

REVISTA BRASILEIRA DE

ciências criminais

ano 5 - n. 18 - abril-junho - 1997

18

REVISTA
DOS TRIBUNAIS

Publicação Oficial do
INSTITUTO BRASILEIRO DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Trimestral – ANO 5 - n. 18 - abr.-jun./97

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 • Caixa Postal 678

Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 606-3772

CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Editorial: AFRO MARCONDES DOS SANTOS

Assistente Editorial: MARIÂNGELA PASSARELLI

Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

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

Diagramação eletrônica: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA. – Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1.
Caixa Postal 678 – Tel. (011) 3115-2433 – Fax (011) 606-3772 – CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil.

Impressão: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 – CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Vivemos um momento em que a produção legislativa brasileira tem se exibido merecedora de críticas as mais diversas, momento em que transparece entender o legislador bastar aumentar as penas e endurecer o tratamento processual para que se contenham todas as plurais vertentes da criminalidade, momento em que as emendas ao Código Penal (cujo texto originário data, como sabemos, de 1940) se fazem sem a necessária mínima adequação ao sistema que o diploma consagra (o dolo, afirmou-se, é, ontologicamente, um só, a teor do art. 18, inc. I, mas criaram-se, mercê do binômio “sabe – deve saber”, crimes de tipificação dolosamente distinta, o que já foi ruim, e, agora, acena a Lei 9.426, no delito de receptação, com penas mais duras para condutas impelidas com o dolo eventual que, se é bastante para configurar a posição anímica exigida pelo tipo doloso, não é senão o *standard* mínimo na escala da dolosidade, com o que um comportamento regido pelo dolo eventual, que confina com a culpa, como ensina Anibal Bruno, não é de ser jamais sancionado de modo mais duro que a conduta levada a efeito mercê do dolo direto)...

Neste momento, cabe aos estudiosos do Direito Penal empreender um (proporcionalmente) grande esforço qualitativo. A boa técnica jurídica é o caminho mais curto e mais seguro para o provimento diuturno de justiça, em todas e cada uma das decisões emanadas no País. Bem por isso sentimo-nos muito satisfeitos em face daquilo que ora colocamos para a apreciação de nossos leitores.

Além das seções tradicionais, na de *Doutrina Internacional* Jesús-María Silva Sánchez, catedrático de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra, em Barcelona, em seu *Política Criminal y SIDA*, realiza muito interessante estudo sobre as variáveis de incidência da tutela penal diante do contexto de transmissibilidade da AIDS. Observa o desenvolvimento de duas básicas posições sobre o tema. Uma na linha contrária à intervenção do Direito Penal (a “línea blanda”); outra (a “línea dura”), preconizando a importância da eficácia intimidante de ameaça penal para a proteção da incolumidade física e da vida das pessoas nesse mesmo panorama. O trabalho, rico em fundamentação jurídica, vem permeado por considerações deontológicas. Da professora da Universidade de Estrasburgo, M. J. Littmann-Martin, publicamos *A Proteção Penal do Ambiente no Direito Francês*, com tradução do professor Luiz Regis Prado, texto de análise da produção jurisprudencial mais recente, bem como da atuação do Ministério Público, num cenário de “decepcionante repressão” decorrente de um espectro legal que acena com sanções sobremodo indulgentes e pouco adequadas. Vale analisar a situação francesa. *Abuso de Confiança e Apropriação Indébita – Um Diálogo Conceptual Luso-brasileiro*, é, de outra parte, o artigo enviado por Miguel Pedrosa Machado, mestre da Faculdade de Lisboa, abordando justamente o delito que mereceu do legislador brasileiro recentes e significantes modificações.

De Cuba, da lavra de María Rodríguez Peirallo, vem o estudo *Consecuencia de la Sanción de Privación de Libertad en la Mujer*, exibindo estatísticas diversas

sobre a condição das delinquentes e sobre as marcas que o encarceramento impõe às mulheres sancionadas na república caribenha. Também dos cárceres, mas nos Estados Unidos da América, trata *A Indústria das Prisões*, de Eric Lotke, com tradução de Ana Sofia Schmidt de Oliveira, trabalho que observa a realidade dos presídios privados na América, os múltiplos – alguns verdadeiramente inusitados, à primeira vista – interesses que envolve e a inserção da chamada indústria das prisões na ambiência da democracia. Afinal, pondera o autor, como as indústrias madeireiras precisam de árvores, e as siderúrgicas de ferro, as “companhias das prisões” têm no ser humano sua matéria-prima.

Adolfo Ceretti, professor de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade Estatal de Milão, discorre sobre *O Terrorismo de Esquerda na Itália nos Anos Setenta. Causas e Remédios*, texto traduzido por Ana Paula Zomer.

Pela contribuição dos autores brasileiros (*Doutrina Nacional*), este volume oferece precioso material para análise e reflexão das questões da violência e da delinquência na adolescência. Do juiz Ivan Lira de Carvalho publicamos *O Direito Penal como Instrumento Inibidor da Violência*, artigo que cuida da despenalização e das questões sociais afetas ao fenômeno criminoso. Outro magistrado, Luís Fernando Camargo de Barros Vidal, oferece-nos seu *A irresponsabilidade Penal do Adolescente*, e de João Batista Costa Saraiva, ele também um juiz (da Infância e Juventude no Rio Grande do Sul), trazemos *A Idade e as Razões – Não ao Rebaixamento da Imputabilidade Penal*. Com efeito, o tema do limite da imputabilidade tem freqüentado o pensamento jurídico brasileiro e nossa revista aduz significantes colaborações.

De outra parte, Nelson Bernardes de Souza, outro juiz federal, com olhos nas repercussões do recente art. 83, da Lei 9.430/96, tece sólida argumentação e acena com farto respaldo doutrinário em seu *Crimes contra a Ordem Tributária e Processo Administrativo*.

Em *Direito de Trânsito*, área de intensa repercussão cotidiana, a revista oferece *Direito Automobilístico*, de Matias Arrudão. Já em *Criminologia e Medicina Legal* enriquece o presente volume o excelente *Uso de Substâncias Psicoativas: Aspectos Criminológicos e Políticos*, texto de Joe Tennyson Velo, advogado e professor de Direito Penal no Paraná.

Polícia e Direito traz *O Sigilo do Inquérito Policial e os Advogados*, trabalho realizado para o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Paraná de autoria do conselheiro Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

Sociologia Jurídica, o artigo de Wânia Pasinato Izumino analisa o conflito de gênero e sua solução pelo aparelho judiciário; o de Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer discute os julgamentos de curandeirismo e charlatanismo no Brasil de 1900 a 1990.

Enfim, a revista, em seu décimo oitavo volume, vê, orgulhosa, a sedimentação de sua transformação em ambiente para o debate, conglobando o pensamento penal de todo o País, ilustrado pela colaboração estrangeira. Tudo no sentido do grande esforço que o aprimoramento do Direito Penal ora reclama.

SUMÁRIO

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

O terrorismo de esquerda na Itália nos anos setenta – causas e remédios – ADOLFO CERETTI	9
A indústria das prisões – ERIC LOTKE	27
Política criminal y SIDA – JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ	33
Consecuencia de la sanción de privación de libertad en la mujer – MARÍA RODRÍGUEZ PEIRALLO	45
Abuso de confiança e apropriação indébita – um diálogo conceptual luso-brasileiro – MIGUEL PEDROSA MACHADO	53
A proteção penal do ambiente no direito francês – M. J. LITTMANN-MARTIN	57

2. DOUTRINA NACIONAL

O direito penal como instrumento inibidor da violência – IVAN LIRA DE CARVALHO ..	69
A idade e as razões – não ao rebaixamento da imputabilidade penal – JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA	77
A irresponsabilidade penal do adolescente – LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL	87
Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo – NELSON BERNARDES DE SOUZA	93

3. DIREITO DE TRÂNSITO

Direito automobilístico – DÁCIO ARANHA DE ARRUDA CAMPOS – “MATIAS ARRUDÃO” (2.ª parte)	103
--	-----

4. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

Uso de substâncias psicoativas: aspectos criminológicos e políticos – JOE TENNYSON VELO	109
---	-----

5. POLÍCIA E DIREITO

O sigilo do inquérito policial e os advogados – JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO	123
--	-----

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

Direito e antropologia: uma história de encontros e desencontros – (julgamentos de curandeirismo e charlatanismo – Brasil – 1900/1990) – ANA LÚCIA PASTORE SCHRITZMEYER	135
Justiça criminal e violência contra a mulher: o papel da justiça na solução dos conflitos de gêneros – WÂNIA PASINATO IZUMINO	147

7. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O crime do Sacopã (última parte) – RENÉ ARIEL DOTTI	171
---	-----

8. JURISPRUDÊNCIA**8.1. Jurisprudência Comentada**

A honestidade da mulher de César – FAUZI HASSAN CHOUKR	185
--	-----

8.2. Jurisprudência Recente

Competência – conflito entre justiça militar estadual e justiça comum – Lei 9.299/96.....	207
---	-----

8.3. Ementário de Jurisprudência

ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO	217
---	-----

8.4. Jurisprudência Organizada

Unificação de penas pela continuidade delitiva – SÉRGIO MAZINA MARTINS	237
--	-----

9. LEGISLAÇÃO

Lei 9.426, 24.12.1996	281
Lei 9.437, 20.02.1997	282
Lei 9.455, 07.04.1997	284

10. RESENHA

Ville et violence l'irruption de nouveaux acteurs. – Sophie Body-Gendrot, Paris : Puf, 1993 por LUCI GATI PIETROCOLLA	287
--	-----

11. NOTICIÁRIO

A missão da academia de direito criminal – RENÉ ARIEL DOTTI	291
---	-----

12. DOUTRINA ARGENTINA

La categoria responsabilidad social en la responsabilidad penal de las personas juridicas – DAVID BAIGÚN	299
¿ Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados? A la vez, una refundamentación de la punibilidad de la tentativa – MARCELO A. SANCINETTI	327

13. ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	345
---------------------------------------	-----

COLABORADORES

ADOLFO CERETTI

Professor de Criminologia junto ao 2.º Curso de Láurea da Faculdade de Direito da Universidade Estatal de Milão.

ANA LÚCIA PASTORE SCHRITZMEYER

Doutoranda pelo Departamento de Antropologia da FFLCH-USP.

DAVID BAIGÚN

Professor Titular de Direito Penal da Universidade de Buenos Aires – Argentina.

ERIC LOTKE

Diretor do “National Center on Institutions and Alternatives”. Diretor Associado da “National Criminal Justice Commission”, em Arlington – Virginia. Editor Associado do Relatório “Real War on Crime”. Professor na Georgetown University – Washington D.C.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado em São Paulo.

FAUZI HASSAN CHOUKR

Promotor de Justiça. Professor na USJT. Mestre e doutorando em Direito Processual Penal – USP.

IVAN LIRA DE CARVALHO

Juiz Federal no Rio Grande do Norte. Professor na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO

Advogado no Paraná. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra – Barcelona.

JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA

Juiz da Infância e Juventude no Rio Grande do Sul. Professor de Direito da Criança e do Adolescente na Escola Superior da Magistratura no Rio Grande do Sul.

JOE TENNYSON VELO

Advogado no Paraná. Professor de Direito Penal no Paraná. Mestre em Direito Público. Doutorando na Universidade Federal do Paraná.

LUCI GATI PIETROCOLLA

Professora. Doutora Assistente da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da UNESP
— Franca.

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

Juiz de Direito em São Paulo.

MARCELO A. SANCINETTI

Advogado em Buenos Aires — Argentina.

MARÍA RODRÍGUEZ PEIRALLO

Pesquisadora em Havana — Cuba.

MIGUEL PEDROSA MACHADO

Advogado em Lisboa — Portugal.

M. J. LITTMANN-MARTIN

Professora Titular da Universidade de Estrasburgo — França.

NELSON BERNARDES DE SOUZA

Juiz Federal em Campinas.

RENÉ ARIEL DOTTI

Advogado. Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná.

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR

Advogado em São Paulo. Mestrando em Processo Penal pela Universidade de São Paulo.

SÉRGIO MAZINA MARTINS

Juiz de Direito na Vara de Execuções Criminais de São Paulo.

WÂNIA PASINATO IZUMINO

Socióloga. Mestre em Sociologia pelo Departamento de Sociologia da FFLCH-USP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

O TERRORISMO DE ESQUERDA NA ITÁLIA NOS ANOS SETENTA – CAUSAS E REMÉDIOS

ADOLFO CERETTI*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A revolta dos estudantes – 3. Movimento estudantil, classe operária e grupos extraparlamentares – 4. A estratégia da tensão – 5. O compromisso histórico: uma situação bloqueada – 6. Terrorismo: uma recusa radical à tendência reformista – 7. A ideologia do terrorismo – 8. Alguns dados relevantes – 9. O inimigo absoluto – 10. O movimento de 77 – 11. Ordem pública e criminalidade subversiva – 12. Conclusões – 13. Bibliografia.

1. Introdução

É do conhecimento de todos que, nos idos de 1970, a Itália viveu um período muito complexo, caracterizado por violentíssimos conflitos sociais e políticos. O quadro político daqueles dez anos era formado pelo terrorismo fascista (do qual falarei apenas indiretamente), pela “estratégia da tensão”, criada tanto pelo Estado como pelos golpistas, pelo terrorismo clandestino da Brigada Vermelha e grupos similares e, ainda, pela propagação da violência armada entre grupos extra-parlamentares.

Resumidamente, tratarei dos seguintes temas nestas páginas:

a) O clima sociopolítico no qual começou e se desenvolveu o terrorismo de esquerda;

b) Descrição das linhas essenciais da sua ideologia;

c) Algumas datas concernentes ao fenómeno em si;

d) Algumas considerações sobre os problemas éticos ligados à luta armada;

e) Como criminólogos e penalistas teriam julgado a política legislativa usada para resistir ao clima generalizado de violência e terrorismo que invadiu o País.

Estou perfeitamente ciente de que esses temas, por si sós, mereceriam um artigo específico. Entretanto, estou igualmente convencido de que as conferências internacionais são úteis na medida em que fazem diversas idéias circularem em torno de vários aspectos concernentes a um mesmo fenómeno, sem que necessariamente cheguem a um denominador comum. Conseguindo satisfazer, de algum modo, estas expectativas, já me darei por satisfeito.

2. A revolta dos estudantes

Por primeiro, é preciso ter em conta que, na Itália, entre 1962 e 1968, os governos de centro-esquerda não con-

(*) Texto ampliado e revisto da relação apresentada no “Primer Seminario Internacional de Actualización Criminológica”, evento ocorrido entre 25 e 29 de julho de 1994 em Guayaquil (Equador). Tradução feita por Ana Paula Zomer – Procuradora do Estado de São Paulo junto à 1.ª Vara do Júri da Capital e aluna do Curso de Criminologia da Universidade Estadual de Milão (1996/1997).

seguiram responder às profundas exigências de um País que, a partir do fim da Segunda Grande Guerra, com a queda do fascismo, vivia situações de rápida e intensa transformação.

A partir de 1968, iniciou-se um período de grande ebulição social no qual a inércia da classe política foi substituída pela atividade da sociedade civil, que colocou em discussão todos os “níveis” da organização social italiana: a família, a escola, a universidade, fábricas e hierarquia estatal.

Por razões óbvias, serei muito esquemático e analisarei, brevemente, alguns desses “níveis”; o primeiro dos quais, a universidade.

A origem dos protestos de estudantes universitários deve ser relacionada, antes de tudo, às transformações escolásticas dos anos 60.

Em 1962, foi introduzida a compulsoriedade da escola para pessoas até 14 anos.

Esta importante reforma abriu novos horizontes para milhares de jovens das classes operária e média, que passaram cada vez mais a continuar os estudos até a universidade. Entretanto, as chances efetivas de esses alunos realmente cursarem uma faculdade e, posteriormente, encontrarem um emprego eram muito remotas.

Nesse diapasão, os filhos das classes retrocidades sofreram uma série de desilusões, o que, por sua vez, gerou profundas críticas aos valores dominantes que imperavam na Itália do “milagre econômico”. Individualismo, poder totalizante da tecnologia, convite ao consumo e, acima de tudo, exaltação da família.

Como contraposição aos valores ortodoxos reinantes no País (católicos e comunistas), jovens intelectuais começaram a repensar as idéias marxistas, tentando analisar, a despeito dos percursos já traçados pelos partidos de esquerda, o rápido desenvolvimento material do País. Esta e muitas outras iniciativas contribuí-

ram decisivamente para a formação de uma ideologia comum de solidariedade, ações de grupo e luta contra as injustiças sociais, o que era visto como uma revolta ética, inclusive no que concerne a episódios internacionais. A guerra do Vietnã (que mudou a maneira de toda uma geração de italianos de ver a América) e a morte de Che Guevara (1967), que privou os estudantes do seu principal e grande herói, são exemplos relevantes.

O fulcro do movimento estudantil foi, ao menos no início, um profundo anti-autoritarismo, que se manifestava em radical crítica à relação família-sociedade. Contestava-se, principalmente, o isolamento familiar em relação ao seio social e a supervalorização dos aspectos materiais. Laung e Cooper tornaram-se, também na Itália, profetas de uma particular maneira de analisar as políticas familiares.

Se, à época, os textos de Marcuse, Mao e Marx estavam entre os mais lidos, diga-se, entretanto, que diferentemente do que acontecia na Alemanha, o movimento italiano não se preocupava tanto em elaborações teóricas. Os estudantes deliberavam sempre em Assembléias, deliberações estas que transformavam-se rapidamente em “Ações, Organizações e Luta”. Importava menos aprender do que reunir esforços e agir coletivamente, mesmo se a natureza de suas críticas (anticentralistas, utópicas) e organização não lhes favoreciam a tornar-se um grupo capaz de efetiva pressão para as reformas desejadas. Todo o sistema precisava ser alterado, não apenas uma parte como, por exemplo, a Universidade.

3. Movimento estudantil, classe operária e grupos extraparlamentares

Os estudantes italianos não eram apenas utópicos e, desde o início, ficou claro que a sua força anti-reacionária só seria eficaz se ladeada pela classe operária. O movimento estudantil incumbiu-se, pois, de atingir o povo.

É impossível explicar em poucas palavras a complexidade do mercado de trabalho da Itália àquela época. Basta recordar que desde o final da Guerra vinha acontecendo uma forte emigração do Sul do País para o Centro-Norte, muito mais rico e industrializado. Esse êxodo maciço, que não foi registrado nos anos 60, explicava uma forte pressão sobre as estruturas das principais cidades industrializadas (Milão, cidade da Pirelli e da Alfa Romeo, Torino, cidade da Fiat) e tornava muito mais difícil o processo de integração, pois não havia lugares de trabalho suficientes para todos os migrantes.

Dentro das fábricas, portanto, muitas coisas estavam mudando: a grande reestruturação, seguida de uma crise econômica nos anos de 1964 e 1965, havia resultado em uma maior mecanização e crescente aumento do ritmo de trabalho. A utilização de contratos de trabalho criou diferenças entre os operários. Os chefes passaram a ter maior poder no que tange à distribuição de favores e tipos de trabalho. Havia sido intensificada a vigilância dos gerentes sobre os trabalhadores. Por outro lado, com o aumento das oportunidades no campo da instrução, aqueles que entravam nas fábricas traziam consigo uma maior cultura e consciência do que as gerações anteriores.

Mesmo havendo opiniões divididas dentro da classe operária, muitos jovens operários viam com simpatia o antiautoritarismo do movimento estudantil que, por sua vez, no momento em que abandonou a universidade, perdeu o seu caráter espontâneo e anárquico. A questão, àquela altura, era criar as bases de um novo partido revolucionário que pudesse tirar do Partido Comunista Italiano (PCI) o apoio da classe operária.

No outono de 1968, em resposta aos acontecimentos franceses, nasce a nova esquerda italiana, composta de um impressionante número de grupos revolucionários que mobilizaram por anos dezenas

de milhares de militantes com objetivo de criar uma vasta consciência anticapitalista.

Generalizando, pode-se dizer que o leninismo tornou-se o modelo de organização dominante.

Muito esquematicamente, os grupos que compunham a esquerda extraparlamentar podem ser divididos em dois grupos: os de modelo marxista-leninista em sentido estrito, e aqueles de operários autônomos. Em síntese, a diferença fundamental estava na maneira de conceber o relacionamento entre partido-classe operária. Para os primeiros, fiéis ao modelo bolchevique, a prioridade era o partido. Tratava-se de constituir um núcleo organizado ferreamente e de traçar uma completa teoria revolucionária que “viesse de cima”, capaz de guiar as massas. Para os outros, ao contrário, a constituição do “sujeito revolucionário” era feita da massa para o partido, pois a espontaneidade e o instinto desta eram o ponto essencial. O conceito de autonomia do operariado é fundamental: autonomia como irredutibilidade no comportamento com o capital e, também, como autenticidade originária da classe que se contrapõe aos partidos históricos e aos sindicatos. A fórmula para medir a ligação entre partido-massa derruba aquela leninista ortodoxa e torna-se: “Estratégia para as massas e táticas para o partido”.¹ Mais adiante, voltaremos a esta distinção, fundamental para compreender a matriz do terrorismo na Itália.²

Um fato muito importante é que no outono de 1969 (chamado de “outono quente”) quase um milhão e meio de operários foi conclamado à greve para a renovação do contrato dos metal-mecânicos. *Lotta continua*, um dos grupos operários mais ativos, falava, àquela época, de uma revolução cultural que estava acontecendo na Itália como a da China.

(1) TRONTI M., 1971, p. 257 et seq.

(2) Ver infra parágrafo 7.º.

“Os operários lentamente se emancipam. Destroem na fábrica a autoridade constituída, desmantelam os instrumentos que os patrões usam para dividi-los e controlá-los, se liberam dos tabus que até agora os mantiveram escravos.”³ Os grupos, entretanto, desconsideravam que a consciência anticapitalista não estava tão difundida e que a tradicional fidelidade da classe operária aos sindicatos era muito forte. Estes, de fato, mostraram uma notável capacidade de adaptar-se à mudança de condições e souberam *cavalcare la tigre* ou “domar a fera” do ativismo operário. Além disso, ao final do “outono quente”, os sindicatos obtiveram uma significativa vitória no momento da assinatura do novo contrato de trabalho, que garantia aumentos salariais para todos, introduzia a jornada semanal de 40 horas e dava amplas concessões aos “estudantes-trabalhadores”. A liderança sindical foi assim reafirmada com sucesso nas fábricas.

Também fora das fábricas se estava difundindo uma ação coletiva tendente a transformar os relacionamentos sociais existentes. Pela primeira vez na Itália foram colocadas em discussão as hierarquias de numerosos setores do aparato estatal. Nasce, por exemplo, a “Magistratura Democrática”, uma associação de Magistrados influenciados pelo clima de 68, que começou a debater pela reforma do antiquado sistema judiciário e favorecer formas de Justiça menos classistas. Análogas iniciativas foram lançadas em outros setores do Estado que jamais haviam sido tocados: o Exército e as prisões. Ao mesmo tempo, difundiam-se, cada vez mais, no seio da sociedade civil numerosas “iniciativas de base”: asilos, consultórios médicos, centros sociais “vermelhos” surgiam em toda parte.

4. A estratégia da tensão

Nos primeiros anos 70, os partidos de Governo procuraram de controlar os protestos coletivos através de uma política não programada, caótica, mas, sem dúvida, reformadora. Foram instituídas as regiões, às quais era delegada a possibilidade de legislar sobre os problemas maiores – saúde, assistência social, agricultura, foi instituído o “Estatuto do Trabalhador”, com o qual se estabeleciam os direitos dos trabalhadores (assembléias, organizações sindicais recorrem ao Judiciário contra demissões injustificadas).

O ano de 1970 marcou também a introdução do divórcio na Itália.

Mas houve uma resposta ao “outono quente”, de efeito completamente oposto e de uma gravidade incomensurável. Aos 12 dias de dezembro de 1969, na “Banca Nazionale dell’Agricoltura”, em Milão, explode uma bomba, deixando 16 mortos e 88 feridos. Na mesma noite, o telejornal anunciou, com uma pressa injustificada, que os responsáveis estavam entre os anarquistas. Lenta, mas inexoravelmente, começou a ser dissipada esta versão da polícia, dando lugar a uma verdade muito mais alarmante. Algumas provas primeiramente ignoradas pelas autoridades inquirientes apontaram para um grupo neofascista que, por sua vez, tinha sólidas ligações com o Serviço Secreto. A própria opinião pública italiana tornou-se, assim, cada vez mais convicta de que se tramava um complô contra a democracia, propagando medo, incerteza e criando, como havia acontecido na Grécia, as condições para um golpe de Estado. Alguns efeitos visíveis dessa “estratégia da tensão” emergiram das eleições de 1972, quando o MSI (partido neofascista) dobrou o próprio eleitorado, obtendo 8,7% dos votos e favorecendo, pela primeira vez em anos, a formação de um governo de centro-direita.

⁽³⁾ BOBBIO L., 1979, p. 48.

Para concluir estas considerações históricas, basta recordar que a atitude política dos grupos revolucionários nascidos em 1968 constituiu uma resposta inadequada à necessidade de direção política que emergia do movimento estudantil e dos operários. Os grupos eram sectários, inspirados, freqüentemente, por modelos revolucionários terceiro-mundistas, incapazes de tirar conclusões realistas dos sinais que provinham da sociedade italiana — cada vez mais urbana e laica — que não se aproximava necessariamente dos valores expressos no movimento. Assim, se por um lado a esquerda extra-parlamentar permaneceu como uma pequena minoria até no Norte, por outro, reforçava-se o individualismo e o papel da família. Na Itália, como em outros lugares, a modernização não se baseou na responsabilidade coletiva e na ação comunitária, mas na oportunidade que oferecia aos núcleos familiares individualmente de melhorarem o seu nível de vida.

No que tange às indústrias mais importantes, a tendência de base foi a descentralização produtiva, com o fim de fragmentar a classe operária e enfraquecer os pontos nevrálgicos da atividade política que acabara de emergir.

Não obstante a inflação, durante todos os anos 70, os salários reais aumentaram significativamente: em 1969, 49% das famílias italianas tinham uma televisão, 55% uma geladeira. Em 1975, esses percentuais subiram para 92% e 94%, respectivamente. Assim, a revolução cultural de 68 é vista hoje como uma tentativa idealizada de desacreditar os valores dominantes de uma sociedade em rápida transformação.

5. O compromisso histórico: uma situação bloqueada

Como é sabido, a partir de 1973, os países capitalistas desenvolvidos viram-se envolvidos em uma grave crise eco-

nômica causada pela Opep, que aumentou em 70% o preço do petróleo e diminuiu em 10% as exportações. Esse período de crise agravou-se na Itália através dos conflitos entre sindicatos e empregadores, bem como pela “estratégia de tensão”. A mais importante iniciativa política surge do PCI. Berlinguer, que tornara-se secretário há pouco, preocupado, antes de tudo, que se repetisse na Itália a experiência chilena, lançou a idéia do “compromisso histórico” entre as forças que representavam a grande maioria do povo italiano: Democratas-Cristãos (DC), Comunistas, Socialistas. Em breve, surgiu a idéia de que comunistas e católicos haviam encontrado um código ético e moral comum no qual apoiar as bases para a salvação política e social do País. Visava, assim, a uma superação gradual do capitalismo, à introdução de elementos socialistas na economia, a uma nova ordem baseada na austeridade e nos valores coletivos.

O efeito positivo mais imediato desta proposta foi o isolamento dos DC e da classe média de qualquer tentação autoritária. De outro lado, a dificuldade de colocar em prática essa proposta política dava-se ao fato de os DC (um partido que tinha uma “base” muito articulada e popular), terem-se tornado, para sua infelicidade, o partido dos conservadores e capitalistas italianos, ao qual seus eleitores deram a tarefa de impedir qualquer ascensão comunista. Outro problema provinha da dificuldade de conjugar austeridade e tendências individualistas e consumistas que, como vimos, faziam parte da sociedade italiana.

Em não perdendo de vista esse quadro sociopolítico, estou certo de que ficará claro por que muitos autorizados intelectuais italianos puderam falar do terrorismo como “insurgência sintomática a uma situação bloqueada”, situação esta que surgiu de um sistema cujas bases e organização eram de modo a não consentir

uma crise, seja lá qual fosse.⁴ A Itália, de fato, oferecia um exemplo paradigmático desta hipótese interpretativa: de uma parte a classe política democrata-cristã soubera absorver a centro-esquerda sem fazer substanciais progressos na política de reformas (1958-1968). De outra, o “compromisso histórico” criado em 1973 podia ser interpretado tanto como prova da flexibilidade do sistema quanto como neutralização da maior força anti-sistema teoricamente existente na Itália: o PCI. E, em um “sistema petrificado a ponto de prescindir de quaisquer inovações e trocas de classes dirigentes, não poderia produzir tentações, bem como, ao longo do tempo, insurgências subversivas”.⁵

6. Terrorismo: uma recusa radical à tendência reformista

Todos sabemos, entretanto, que uma situação de bloqueio objetivo do sistema pode ser “condição necessária” não “suficiente” para o terrorismo, e, certamente, não a sua única causa. Ocorre que a essa “situação” se agregam movimentos decididos a romper o diafragma que impede as mudanças, convictos de que a luta armada seja uma necessidade inderrogável. E assim pareceu àqueles que, naqueles anos, resolveram pegar em armas.

Andemos em ordem. Com o agravar da crise internacional, muitas indústrias cessaram suas atividades e outras tantas multinacionais se retiraram da Itália, onde os sindicatos eram muito fortes e o custo da mão-de-obra muito alto. Diante do medo de perder os seus lugares de trabalho, os sindicatos responderam defensivamente com a ocupação de fábricas e greves. O sindicato nesse período (1973-1976) aderiu a modelos de direção centralizada: os conselhos das fábricas per-

deram importância, enquanto a eleição dos delegados tornava-se cada vez mais uma decisão influenciada pela cúpula. Esse caráter defensivo do movimento operário trouxe novos e difíceis problemas aos grupos revolucionários: de um lado estava o PCI, concentrado na política do “compromisso histórico”, e, por outro, era evidente que diminuía a possibilidade de uma revolução consciente da massa. Foi assim que os grupos começaram a perder a capacidade de assumir um papel no contexto da política italiana. Estes acentuaram a sua estrutura piramidal, tornaram-se mais parecidos com um partido e, aos poucos, perderam a habilidade de estabelecer vínculos com instituições, sindicatos etc.

A esta altura, coloca-se como questão se, e em qual medida, a passagem para a luta armada, mais do que uma resposta à insuficiência de uma política reformista “bloqueada”, tenha sido uma negação radical à solução “reformista” (enfocada no “compromisso histórico”) e sindical que, desde o “outono quente” de 1969, havia dado à classe operária conquistas salariais e melhoramentos normativos sem precedentes. Em tal prospectiva não tinham qualquer relevo a ameaça fascista e a de um golpe de Estado. Infinitamente mais relevante era o fato de que o capital apontasse para a formação de um “novo bloco histórico fundado sobre os ideais da democracia progressiva e do socialismo..., no qual também se colocaram validamente católicos de esquerda, sindicatos e comunistas”.⁶ Consequentemente, o “Collettivo Politico Metropolitano” tinha para si que “a única condição para a defesa e desenvolvimento do trabalho autônomo hoje é o ataque ao reformismo”.⁷

Podemos, pois, ver emergindo destes dados que o problema do terrorismo de

⁽⁴⁾ BONANATE L., 1979, p. 119.

⁽⁵⁾ MANCINI F., 1981, p. 52-53.

⁽⁶⁾ “Potere Operario”, 1970, p. 47 *et seq.*

⁽⁷⁾ “Collettivo Politico Metropolitano”, 1970, p. 19.

esquerda — compreendido como degeneração de um método de luta política voltada à transformação violenta do Estado — concerne mais como tipo de sistema político do que com o social. Tradicionalmente, há um tipo de desvinculação entre terroristas e sistema social. Aquele é visto, entretanto, como resposta, em termos políticos, ao sistema político, como consequência de uma perda total de confiança nas instituições e na prática do antagonismo legal. A propósito, muito eloquente é a declaração de um ex-chefe das BR: “Eu deixei o PCI e o sindicato em 1969, porque estas organizações históricas de movimento de trabalhadores não davam mais perspectiva de poder às lutas de massa. Nas BR via o único projeto de classe sério, que andava em várias direções: construção de armamentos de massa, funções de estímulo à luta do proletariado, garantia de intervenção revolucionária contra os fascistas... Tencionavam colocar-se como núcleos iniciais para a formação de um partido revolucionário onde o político e o militar andassem *pari passo...*”.⁸ Assim, para um pequeno (ao menos no início) número de militantes, os partidos, os sindicatos e os grupos não ofereciam mais qualquer horizonte. O partido armado gerou-se de uma ruptura na continuidade do movimento operário socialista. Segundo Ventura (um estudioso do fenômeno), guardados os devidos parâmetros, era natural que no seu processo de maturação reformadora e de integração no sistema político democrático o movimento operário deixasse alguns excessos de raiz essencialmente cultural, que encontram origem nas características específicas da história do País, que vêm, novamente, assumidas na fragmentação e no defeito de hegemonia das classes dirigentes, agravada pela experiência fascista.⁹

A gênese do terrorismo se reassume, pois, na sua específica dimensão ideológica e política, no percurso daqueles grupos extremistas que escolheram o caminho da luta armada. A total invasão de uma ideologia lhe é uma condição essencial.

7. A ideologia do terrorismo

Ao voltarmos à distinção feita precedentemente entre os grupos marxistas-leninistas e operários,¹⁰ podemos especificar que o *homo ideologicus* do qual estamos falando tem no operariado o seu nascimento e a sua consagração e que a cultura da violência e do terrorismo encontraram, na ideologia da autonomia operária, a sua matriz fundamental. E, de fato, já a partir do biênio 1968-1969, o tema da violência revolucionária tinha se tornado central no debate político-ideológico de toda a extrema esquerda.

Mas, enquanto os grupos marxistas-leninistas (certamente pouco respeitosa da “legalidade burguesa”) concebiam a estratégia revolucionária segundo o esquema que previa a revolução armada como ato conclusivo à maturação das condições necessárias e da ocasião propícia, na ideologia da autonomia operária, já existiam os pressupostos teóricos da passagem imediata à luta armada.

Diante de um controle social que vem identificado com o desenvolvimento e que considera os comportamentos sociais unicamente como meios a serem adaptados a esse desenvolvimento, e, diante de uma “microfísica dos poderes” (lida com um tecido reto que atinge os corpos e lhes ultrapassa sem que o sujeito deva transformá-los em representação ou interiorizar-lhes), a autonomia operária passa a ser, essencialmente: vontade de ter poder ilimitado, independência fundada na aceitação da prática de violên-

(8) BONAVITA A., Carta ao periódico semanal *L'Espresso*, 14.06.1981.

(9) VENTURA A., 1984, p. 106.

(10) Ver retro parágrafo 3.º.

cia, ausência da razão compreendida como domínio que investe e penetra a vida quotidiana. O ponto de ruptura que assinala a curva de volta da luta armada se coloca em um momento precioso, a que, uma vez mais, deve-se o sucesso, sem precedentes, das batalhas sindicais depois do "outono quente". O sindicato conseguiu "colocar dentro dos ciclos capitalistas a autonomia operária". Mas, segundo o "Coletivismo Político Metropolitano" (do qual, como já se disse, nasceram as BR), "derrotado não foi o movimento autônomo do proletariado", mas, sim, a sua "espontaneidade". Por conseguinte, "a autonomia proletária tem hoje um só modo de desenvolver-se: "organizar-se".¹¹ É neste contexto que ganha corpo o superamento da distinção entre luta econômica e luta política: as lutas operárias por salários tornaram-se logo políticas, choque direto com o Estado. O capital passa a ser identificado com o Estado: de outras partes se começa a sustentar que as lutas autônomas operárias bloqueavam a capacidade capitalista de controle, impondo ao capital um processo de reestruturação que atua principalmente na área de comando, por meio da violência do Estado. Caem todas as possibilidades de mediação política e "cada ação operária termina por atacar diretamente o Estado". Portanto, quando a luta operária contesta os valores que legitimam a própria existência do Estado, o choque é limitado a um êxito necessariamente violento. A organização operária, a este ponto, deve ser "capaz de atacar as estruturas de poder quando a direção política lhes realçar a necessidade".¹² Impõem-se agora a "questão discriminante e decisiva da violência revolucionária" e aquela, da "construção do partido arma da insurreição", "capaz de comandar a espiral da violência, an-

tecipando a violência do Estado".¹³ A lógica que se inaugura é aquela da guerra que não reconhece outra regra a não ser a destruição do inimigo.

8. Alguns dados relevantes

Gostaria, dentro deste ponto, de fornecer alguns dados, capazes talvez de iluminar, mais do que palavras, a efetiva explosão do fenômeno. Como já se disse, os primeiros núcleos subversivos formaram-se a partir de 1970, em torno de uma análise que reputa inexistente a possibilidade de um antagonismo legal, pelo qual vem finalmente assumido como objetivo deslocar as forças operárias para o terreno da luta armada. Mas de 1970 a 1974 não existiram sinais importantes nesse sentido: num total de 4.035 atentados e violências cometidos,¹⁴ somente 4,5% foi atribuído a grupos de esquerda. As BR, por exemplo, foram protagonistas, nesse período, de poucos (mesmo se clamorosos) episódios: alguns seqüestros e dois assassinatos em uma sede do MSJ. Nesse período, evitaram-se formas de ação muito violentas que pudessem provocar uma repulsa imediata da base a ser conquistada. As ações das BR orientaram-se no sentido de uma espécie de apoio armado às lutas sindicais, mesmo sem colocarem-se como "braço militar das massas". A "tarefa é a de estimular com ações o movimento, esforçando-se para inseri-lo dentro de uma perspectiva estratégica da guerra do povo...".¹⁵ Os alvos das ações mais importantes estavam ligados principalmente às fábricas. Interveio-se com ações provocativas e atos "exemplares" para demonstrar a "vulnerabilidade dos patrões. Voltavam-se, prin-

(11) "Collettivo Politico Metropolitano", 1970, p. 19.

(12) "Potere Operario", 1970, p. 16-71.

(13) "Potere Operario", 35, 27/nov. - 5/dez. 1970.

(14) Os dados aqui relacionados têm por fonte a obra orientada por MAURO GALLENI (1981).

(15) "Brigate Rosse", 1971.

principalmente, para objetos (por exemplo, incendiando carros dos patrões, diretores e supervisores).

O ponto alto da política subversiva ocorre com o seqüestro do Juiz Sossi, em 1974. A partir desta data, a organização terrorista busca uma dimensão nacional e cada vez mais tornam-se freqüentes e relevantes as ações contra os alvos externos às fábricas.¹⁶ É neste período que o partido armado, com a sua estrutura hierárquica, clandestina, rigidamente organizada, chega a formular o seu programa de desarticulação dos aparatos de comando daquilo que define o Estado Imperialista das Multinacionais (SIM): “O Estado — afirmavam as BR em 1975 — assume, no campo econômico, as funções de um grande banco, a serviço dos grandes grupos imperialistas multinacionais... O Estado tornou-se, pois, função específica do desenvolvimento capitalista na fase das multinacionais”.¹⁷ Os objetivos, agora, dirigem-se para aqueles considerados homens-chave desse poder: os políticos (em particular os representantes dos DC tidos como eixo portante do projeto político imperialista), os juizes (em particular aqueles a quem eram confiadas as investigações judiciárias sobre exponentes da guerrilha), os membros dos corpos militares especiais anti-terrorismo, os jornalistas. O objetivo final era subjugar o Estado, atingindo os seus homens principais e as suas estruturas mais delicadas.

Foi assim que no espaço de quatro anos (1976-1979) os atentados reivindicados pelos terroristas de esquerda somaram 1.648. No mesmo período, somente as BR (que àquela altura contavam com 2.800 militantes, entre clandestinos, semiclandestinos, simpatizantes, informantes) e a “Prima Línea” (outra importante formação terrorista) registraram

como suas 119 emboscadas, com 45 mortos e 74 feridos. Outros 26 mortos e 49 feridos foram obra de outros grupos terroristas de esquerda. E tudo isto num clima de expansão da violência que se manifestou em mais de 8.000 ataques e atos de violência sob o *slogan*: “Ataque o coração do Estado”.

9. O inimigo absoluto

Do ponto de vista criminológico me parece muito interessante recordar o Prof. Marconi,¹⁸ que tentou entender como o Estado, seu mecanismo, suas instituições (administrativas e judiciais), ou melhor, suas imagens, foram introjetadas nas mentes daqueles que, então, lutavam com armas e como tais imagens assumiram para estes sujeitos a forma do “inimigo absoluto”.

A seqüência intelectual e de motivos traz à baila as “técnicas de neutralização” de Syker e Matza. Em outras palavras: a) percepção de absoluta injustiça; b) assunção do adversário como “inimigo absoluto” (autor da injustiça absoluta); c) sua ilegitimidade (dos “inimigos absolutos”); d) total legitimidade da “guerra” contra aqueles. Marconi propõe, pois, uma estreita relação entre a representação do poder (que constitui o contexto onde o inimigo age, torna-se responsável pela “injustiça absoluta” e, com isso, merece “ódio total”) e a representação do contrapoder (a responsabilidade pela “injustiça” retira a legitimidade do Estado a ponto de justificar-se a supressão através da criação de espaços onde vige o “direito” de quem o combate. É neste sistema de relações que é estudada, através das entrevistas com ex-pertinentes do partido armado, a relação entre concessões da Justiça (ou seja, o que entendiam como justo os terroristas) e a motivação para a luta armada. A imagem que exsurge

⁽¹⁶⁾ CASELLI G. C., DELLA PORTA D., 1984, p. 169.

⁽¹⁷⁾ Citado em “Soccorso Rosso”, 1976, p. 270.

⁽¹⁸⁾ MANCONI L., 1988, p. 259 *et seq.*

desta pesquisa parece dar uma possível resposta ao dilema de vir a saber se a dimensão ética foi anulada ou diminuída até o fanatismo pelo terrorismo. A resposta não é aquela de um “terrorismo sem causa”, mas, ao contrário, repleto delas, de obrigações morais, que se mostram tão imbatíveis a ponto de trazer à memória a imagem do “partidário” de Schmidt, que, como é sabido, fazia com que o adversário parecesse um criminoso desumano, sem quaisquer valores.¹⁹

10. O movimento de 77

As impressionantes cifras supradescritas legitimaram as BR a escrever, em 1977, que: “Formou-se um verdadeiro e próprio movimento de resistência armada que, mesmo disperso nos vários pontos parciais de luta, estabeleceu as premissas da guerra civil e da guerra do povo...”²⁰

Para agravar a situação, nesse período verificou-se um outro fato importante, qual seja, a ruptura sempre mais definida entre o PCI e a juventude de classe média, ainda que tenham estes contribuído para a ascensão eleitoral daqueles em 1976. Quanto mais o PCI se aproximava do governo reforçando a aliança com o PC, mais os jovens, que freqüentavam universidades, cada vez mais lotadas sem perspectiva de trabalho, perdiam a confiança nas formas de atuação política mais tradicionais. Nasce assim, influenciado pelo economicismo do movimento de 68, um novo protesto, que, antes de tudo, era uma forma de rebelar-se contra o domínio das estruturas na vida privada dos indivíduos. Os jovens do “movimento de 77”, visavam, antes de tudo, a estar juntos e divertir-se. Queriam criar estruturas alternativas mais do que desafiar aquelas do poder constituído. Só em

Milão, no final de 77, cerca de 50 edifícios foram ocupados e transformados em centros sociais, onde 7.000 jovens encontravam atividades para desenvolver, que vão desde concertos, cursos de fotografia, lições de ioga, aos consultórios para tóxico-dependentes. Segundo Melucci,²¹ estes “novos movimentos sociais” não podiam reduzir-se a manifestações de marginalidade ou desagregação social. Como se dizia em muitos lugares: inseridos no quadro conflitual do capitalismo avançado, exprimiam questões sociais que constituíam completa antítese às formas totalizantes dos sistemas de produção e reprodução sociais, em cujo âmbito o desenvolvimento capitalista não era mais garantido através de um simples controle da força de trabalho e da transformação dos recursos naturais, mas, também, através de um crescente e abrangente controle sobre os sistemas de relações sociais, simbólicos, sobre a identidade e necessidade pessoais dos indivíduos.

Mas a esse componente do “movimento” espontâneo” e “criativo” se acoplava uma segunda “autônoma” e militarista com uma nova teoria de “necessidades” inscrita na concepção de Toni Negri.²² A classe operária (em sentido clássico), dizia-se, não existe mais. A divisão do trabalho passa através do conflito, inerente à nossa personalidade, entre instâncias liberatórias e repressivas. A luta de classes, portanto, envolve todos, inclusive os jovens (burgueses) e os intelectuais. Exploração e repressão não são apenas um fato econômico. Foi capitalizada uma cultura que associou pessoas, e com a troca de produtos gerada, vantagens, gratificações e prestígio vêm a ser extraídos. O conceito marxista de mais-valia expande-se e passa a incluir a mais-valia social. O indivíduo que rejeita a exploração e a repressão tende a autovalorizar-

(19) MANCONI L., 1988, p. 283.

(20) Citado em CASELLI G. C., DELLA PORTA D., 1984, p. 184.

(21) MELUCCI A., 1978, p. 8 *et seq.*

(22) NEGRI A., 1978.

se e a enriquecer a própria personalidade. Isto acaba “sabotando” as instituições e estruturas repressivas que produzem estas formas amplas da mencionada exploração. A sabotagem se dilata. Torna-se luta armada. Onde exista um sistema de necessidades não satisfeitas cria-se uma área de contraposição política, contraposta ao Estado, e organiza-se a luta, através de um contato direto com estes espaços sociais. Como sustentava Negri, insurreição significa construção gradual de “contraposição proletária”, “destruição molecular determinada e contínua de todos os centros nervosos da organização estatal”, conduzida adiante temporaneamente à apropriação da riqueza social: “gradual conquista do poder” e, portanto, “guerra civil permanente”.²³

11. Ordem pública e criminalidade subversiva

A esta altura precisamos compreender como a sociedade italiana reagiu ao clima generalizado de violência política e terrorismo. Deve ser dito, acima de tudo, que quase até 1974 o Estado esteve carente de recursos e aparatos para lutar contra o terrorismo.

Até aquela data, de fato, o fenômeno foi subestimado. Foi a particular gravidade de algumas ações terroristas que convenceu o Governo a criar uma verdadeira campanha de “Lei e Ordem” que, depois de alguma reflexão, foi também apoiada pela esquerda.

a) 1975: “Lei Real”: Em 1975 foi aprovada a “Lei Real” sobre a ordem pública. Tal norma, entretanto, não refletia uma atitude específica contra o terrorismo, mas, sim, atacava a criminalidade como um todo. Normas que reduziam o poder dos juízes de conceder liberdade provisória nos crimes contra Pessoa Jurídica do Estado estenderam-se a crimes

comuns. Foram alargados os poderes da polícia de prender provisoriamente, ou seja, prender no local qualquer pessoa ou carro que fosse suspeito de possuir armas e explosivos, sem que isso fosse limitado às atividades terroristas, o que acabou por influenciar muito o direito de manifestação dos jovens politizados.

Obviamente, esta lei foi largamente criticada pelos juristas mais atentos (católicos e esquerdistas). Contestava-se a tendência verificada na política penal italiana, desde a Unificação do País, em 1860, que privilegiava a tutela da Ordem Pública em alguns momentos, e não através de um plano amplo. A “Lei Real”, em particular, foi acusada de ser uma lei especial para uma época extraordinária, que tentava derogar princípios constitucionais, transformando, para “Estado de Polícia”, o “Estado de Direito”. Bricola, por exemplo, escrevia que o eixo da norma era visto como a tutela da ordem pública identificado com *L'ordre dans la Rue*. Enquanto a lei consentia que se atingissem gravemente formas de ruptura da paz social ou *práxis* políticas não institucionalizadas, as outras perspectivas de tutela, nas quais essa se movia (repressão à subversão, inclusive fascista, de um lado, e seqüestros de pessoas e roubos, de outro), deveriam ser compreendidas como cortina de fumaça para angariar um amplo consenso a favor da política de reforço do Estado em face dos conflitos sociais.²⁴ No mesmo sentido, Marinucci,²⁵ que punha em primeiro plano a necessidade de apontar o problema da criminalidade no âmbito de uma política de reformas sociais que removessem os fatores criminógenos mais macroscópicos, ou seja, faziam-se necessárias uma política criminal eficaz, que encontrasse apoio na Constituição, e uma política social racional, na qual a inter-

(24) BRICOLA F., 1975.

(25) MARINUCCI G., 1975.

(23) NEGRI A., 1977, p. 102-103, 181.

venção penal, mesmo se necessária, constituiria somente a *extrema ratio*.

b) 1977: As Prisões de Segurança Máxima: Somente nos anos sucessivos a 1975 o legislador se deu conta da exigência de recorrer a normas expressamente ajustadas para o fenômeno do terrorismo. Em particular, chamo a atenção para um problema levantado pela reforma penitenciária (feita pela Lei 354, de 26.07.1975) que estabeleceu os “direitos dos presos” pela primeira vez na Itália, além da possibilidade de cumprir penas alternativas à pena de reclusão. Ainda, e de maneira muito vaga, esta importante lei previa a possibilidade de suspender regras normais atinentes à execução penal em razão de “sérias e extraordinárias razões de ordem e segurança”. Devido ao grave fenômeno das fugas de terroristas já capturados, as incertezas da lei mencionada justificaram a emanção de um decreto por parte do Ministério da Justiça (d.m. 04.05.1977), através do qual confiava-se a um general a coordenação do serviço de segurança externa e da manutenção da ordem e da segurança interna dos institutos. Assim nasceram os “Institutos de Segurança Máxima” na Itália.

c) O Decreto Antiterrorismo de 1978: Embora as RB cultivassem internamente a glória de que o “movimento de 77” tornara possível ao terrorismo tornar-se um fenômeno de massa, nada poderiam ter previsto os eventos de 16.03.1978.

Aldo Moro, um dos maiores expoentes da corrente de “renovadores” dos DC (aquela favorável ao compromisso histórico), foi raptado pelas BR, no mesmo dia em que a Câmara dos Deputados discutia o ingresso do PCI no âmbito do novo governo. O mal-estar criado após esse episódio levou à emanção de procedimentos amplos,⁽²⁶⁾ com o fim precípua de agilizar os órgãos de polícia e as autoridades inquirentes na prevenção e

repressão da criminalidade subversiva. Cria-se, assim, um novo tipo penal, qual seja, o seqüestro de pessoas com finalidade terrorista ou subversiva, que assegurava uma forte diminuição de pena para quem, dissociando-se dos outros, libertasse o refém.⁽²⁷⁾ No plano processual, embora não se revogasse a norma concernente à necessidade de defensor para o interrogatório policial, sancionou-se, entretanto, para casos de absoluta urgência concernentes a crimes que lesassem a pessoa do Estado e a incolumidade pública, a possibilidade de a polícia obter “informações sumárias” de pessoas indiciadas ou presas em flagrante, sem a presença de defensor.

É inútil sublinhar que o País entrava em uma onda de violência política que representava um ataque às instituições democráticas, abrigadas pela Constituição, uma perigosa ameaça à segurança da coletividade. Nesse clima, os debates jurídico-criminológicos voltaram-se, sobretudo, para a questão do nexo necessário entre defesa da democracia, tutela da ordem democrática e inteireza dos intervenos de coerção, em outras palavras, sobre constitucionalidade ou medidas legislativas concernentes à ordem pública. Vem de Pulitanó,⁽²⁸⁾ jurista progressista, um julgamento positivo destas medidas, vez que, segundo o mesmo, a urgência e a necessidade de defender a legalidade e de encarar os ataques subversivos impuseram a valorização dos aparatos de coerção existentes, dando-lhes confiabilidade e reforçando os seus laços com as camadas democráticas do País. Na base da direção destas medidas de ordem pública expressou-se uma correta revalorização do corpo policial, não mais visto pelo pólo negativo de uma batalha de defesa das liberdades, mas um

(26) Trata-se do Decreto-lei 21.03.1978, convertido na Lei 191 de 18.05.1978.

(27) Como se sabe, essa norma não serviu a alcançar o escopo previsto. Aldo Moro, depois de uma prisão que durou quase dois meses, veio a ser assassinado pelas BR.

(28) PULITANÓ D., 1978, p. 156.

componente institucional decisivo de defesa da convivência civil. O único problema, frisava Caselli (juiz à época empenhado em numerosos processos de terroristas), era assegurar força às medidas de ordem pública e que as mesmas não terminassem aniquilando direitos fundamentais enquanto atingiam o coração das atividades realmente subversivas.²⁹ Pulitanó também evidenciou que, no que dizia respeito à política penitenciária, uma inspeção crítica das detenções em prisões especiais tinha que ser acompanhada por um remédio contra “fenômenos extremamente alarmantes como as seguidas fugas em massa de criminosos perigosos”.³⁰

d) O Decreto Antiterrorismo de 1979: A direção da política legislativa inaugurada pelo Decreto Legislativo de 1979 desenvolveu-se, no final do ano sucessivo, através de um novo provimento³¹ que, além de introduzir duas figuras criminosas inéditas e a obrigatoriedade de prisão nos crimes agravados pela finalidade terrorista, previa, com a ajuda de uma violenta campanha da imprensa, a “prisão por motivos de segurança”. Mas, enquanto as normas estavam ainda dentro da perspectiva da luta contra a criminalidade, compreendida como endurecimento da legislação penal (substantiva e processual), com o mesmo provimento desejou-se inaugurar uma nova estrada baseada em medidas de tipo premial. Em 1929, Alexander e Staub explicaram que a tradicional procura jurisprudencial de benefícios legais para colaboradores-confessos é um fato que possui raízes psicológicas profundas. Segundo eles, “o réu confesso tem, ele próprio, atitude de desaprovação em relação à sua vida, conduta e, mais, promete emendar-se, é

uma ferramenta válida para o superego... Pode-se ter mais clemência, uma vez que esta não sustenta mais a emoção da periculosidade individual. O culpado, com a confissão, opera, ele próprio, a remoção e, com isso, tira da pena a sua função expiatória”.³² Na Itália, a legislação estava, obviamente, voltando-se para além do âmbito tradicional de concessão de atenuantes genéricas para a confissão e estabelecia³³ uma figura especial de “voluntário abandono de propósitos criminosos” para todos aqueles que, embora tivessem cometido até crimes particularmente sérios com a intenção terrorista, tivessem decidido dissociar-se do grupo, ajudando a impedir a ocorrência do evento ou mesmo ajudando a autoridade inquirente na colheita de provas decisivas para a individualização ou captura dos agentes criminosos. Quando isso acontecia, dava ensejo a uma diminuição de pena substancial.³⁴

Embora não seja esta a sede para trazer à tona as numerosas discussões suscitadas por tal escolha legislativa, não se podem esquecer as reservas que a acompanharam em relação aos princípios gerais de Direito Penal.

Mais do que tudo, em razão do caminho de desigualdade de tratamento que terminava por atuar em favor dos imputados de crimes terroristas, disparidade que ressaltou-se ainda mais quando percebeu-se que a nova norma conseguiria efetivamente propiciar “formas de colaboração até aquele ponto pouco previsíveis”. A objeção mais forte, no que tange ao “favor” para os terroristas arrependidos, era a que censurava “a paradoxal inversão de um princípio clássico garantista: o da proporção

(29) CASELLI G. C., 1978, p. 137.

(30) PULITANÓ D., 1978, p. 140.

(31) Trata-se do Decreto-Lei 625 de 15.12.1979, (assim denominado “Decreto cossiga”), depois convertido na Lei 15 de 06.02.1980,

(32) ALEXANDER F., STAUB H., 1929, tradução italiana, 1948, p. 112.

(33) Art. 4.º, do Decreto-lei 625 de 15.12.1979,

(34) A redução de pena prevista era de um terço à metade, enquanto o cárcere era substituído pela reclusão de doze a vinte anos.

nalidade da pena relativamente à gravidade de culpabilidade".³⁵ Os substanciais benefícios em razão da colaboração processual daqueles que haviam cometido crimes extremamente graves tornavam intolerável a ruptura com os princípios do sistema primitivo através da valorização dos "favores" prestados pelo imputado colaborador. A essas acusações respondia-se que o apelo à "justa retribuição", por sua vez, punha em risco a instrumentalidade racional que está na base do pensamento penal moderno: "a opção por uma teoria relativa, finalista das instituições penais, é a premissa na qual se apóia esta relação".³⁶ Em tal perspectiva, a experiência da legislação premial dava razão à teoria da finalidade contra a pretensão metafísica (e autoritária) de uma Justiça que levava a efeito valores absolutos.

É normal, portanto, que em um contexto ordinariamente reformulado sobre a idéia de propósito, finalidade, ou comportamento processual do imputado viesse erigido tranqüilamente a critério de cálculo de pena. Entre os princípios gerais do Sistema Penal, a legitimação (ainda que "indireta, parcial e ambivalente") de um tratamento mais favorável para os imputados que colaboravam estava ancorada à idéia de prevenção especial. Em harmonia com as orientações que reconheciam na idéia reeducativa o critério cardinal da comissuração da pena, o tratamento de "favor" não devia ser visto como "manobra" do juiz ("autorizada" pelo legislador) para incentivar a colaboração processual, mas, sim, como a resposta correta a uma avaliação *ex post*, dirigida àqueles sujeitos que tivessem dado confiáveis demonstrações de arrependimento. Dito isto, não se pode deixar de notar como os equilíbrios racionais do desenho acusatório em seu todo estivessem sendo perturbados pela setorialidade

dos novos institutos e pela sua concentração em fases, em breves períodos, sem ter atenção suficiente à totalidade das funções de orientação, próprias do sistema penal (assim dito prevenção geral positiva).³⁷

É desse período, pois, que surgem animadas polêmicas sobre o tema do garantismo, ou melhor, do novo garantismo. O novo garantismo tido como "teoria" que enfatizava claramente a problemática das liberdades formais, o chamamento ao Estado de Direito, ao princípio da legalidade e às garantias, havia se tornado um cavalo de batalha da "nova esquerda" e de uma certa cultura jurídica democrática. Paradoxalmente, resumindo, de ambientes políticos extremistas provinha um apelo ao respeito pelo formalismo jurídico (burguês), sobretudo nas discussões de questões ligadas à liberdade pessoal dos presos políticos. Pulitanó, neste ponto, frisava como o apelo ao garantismo por parte do "extremismo político" parecia contraditório, instrumental e totalmente privado de legitimidade teórica e política, enquanto os chamamentos ao "Estado de Direito", às garantias, se externavam em um plano teórico radicalmente antiinstitucional que não reconhecia o terreno da democracia política como forma necessária dos processos de transformação social. De uma maneira mais genérica, este neogantismo terminava por colocar, erroneamente, em margens opostas as exigências de garantia, unilateralmente enfatizadas e cindidas de um projeto de transformação social, e aquelas de coerção, aspectos conexos que no modelo clássico de Estado de Direito mostravam-se estreitamente conexos, onde o reconhecimento dos limites formais aos poderes coercitivos confirmava, ao mesmo tempo, a positividade e a necessidade do sistema de coerção.³⁸

(35) FERRAJOLI L., 1982, p. 202 *et seq.*

(36) PULITANÓ D., 1987, p. 84.

(37) PULITANÓ D., 1987, p. 95.

(38) PULITANÓ D., 1978, p. 141 *et seq.*

Para fornecer uma idéia, ainda que vaga, desta questão, vale a pena trazer à baila algumas contribuições de diversas tendências fornecidas pelo grupo de criminólogos e penalistas que haviam se reunido naqueles anos em torno da revista *La Questione Criminale*.³⁹ Em um editorial se argumentava como a posição garantista devia ser compreendida segundo dois aspectos entre si estreitamente conexos: o garantismo formal e o dinâmico. O primeiro se traduzia na rigorosa tutela dos direitos de liberdade do indivíduo no confronto com os aparatos coercitivos estatais, através de técnicas e mecanismos de garantia elaborados pela teoria tradicional do Estado de Direito. O segundo, ao contrário, projetava-se em uma dimensão coletiva e indicava a necessidade de utilizar os espaços de legalidade e liberdade formais para promover a transformação das disposições sociais e institucionais que permitissem o aumento do nível de participação das massas no poder.⁴⁰

Mas alguns foram bem além nas críticas, chegando a sustentar que o Direito Penal produzido na Itália, para fazer frente às emergências do terrorismo, estava certamente em contraste com os princípios do Estado de Direito. Segundo Ferrajoli, a mudança da fonte de legitimação externa do Direito Penal — que havia se tornado questão de Estado e critério pragmático dos objetivos na luta contra a criminalidade, invés de regra do Estado de Direito — terminara por produzir uma justiça política que não prestava mais contas aos cânones ordinários. Em outros termos, a atividade cognitiva baseada na imparcialidade do juízo havia deixado espaço para um procedimento inquisitório sustentado não pela estrita legalidade, mas pelo consenso generalizado dos partidos políticos e da opinião pública. Esta lógica tinha

invadido todo o sistema punitivo a tal ponto que se podia, perfeitamente, falar de um Direito Penal especial — quanto aos tipos de crime, às formas de procedimento e, ainda, especial quanto ao tratamento carcerário.⁴¹

e) A Lei 304, de 29.05.1982: Seja lá qual fosse a opinião dos “encarregados do trabalho”, o recorrer a um mecanismo fundado na previsão de uma sanção “positiva” (ou seja, aquela baseada na lógica do benefício, tido como incentivo ao bom comportamento) mostrou-se rapidamente um sucesso. Numerosos arrependidos⁴² demonstravam atitudes significativas no sentido de retirar-se do plano subversivo. Mais do que isto, em face da excepcionalidade da contribuição fornecida por alguns deles, cresceu no ambiente político e judiciário a convicção de reeditar a política penal de tipo premial e de incentivar, assim, as fraturas que, há tempo, tinham se produzido no interior das organizações. A Lei 304, de 29.05.1982, conseqüentemente, fez mais distinções. Em síntese, de uma parte havia a posição daqueles que tinham cometido com finalidade terrorista somente crimes de tipo associativo. De outra, recepcionando uma distinção já feita pela opinião pública entre “pequenos” e “grandes” arrependidos, o legislador distinguiu a categoria dos colaboradores e daqueles que se dissociavam. Em particular, colaboradores eram aqueles que, além de abandonar as formações subversivas e confessarem os crimes cometidos, davam à autoridade inquirente concretas contribuições na colheita de provas decisivas para a individualização ou captura dos autores de delitos terroristas ou mesmo de elementos probatórios relevantes para a exata reconstituição do fato e descoberta de seus autores. Nesses casos os “benefícios” eram particularmente consideráveis.

⁽³⁹⁾ A revista, cujo primeiro número surgiu em 1975, era dirigida por Alessandro Baratta e Franco Bricola.

⁽⁴⁰⁾ *La Questione Criminale*, 1979, p. 146.

⁽⁴¹⁾ FERRAJOLI L., 1989, p. 853.

⁽⁴²⁾ A opinião pública rebatizou essa norma como a lei de “terroristas arrependidos”.

12. Conclusões

É geralmente reconhecido que a crise do terrorismo italiano terminou com o assassinato de Aldo Moro. A partir daquela data, ocorreu um afastamento da política tanto por parte da opinião pública como por parte das organizações clandestinas e uma concentração nas "guerras privadas" contra o Estado.

Embaraçados pela contradição existente entre a necessidade de preparar-se para uma longa batalha e a de manter a clandestinidade, os grupos terroristas foram obrigados a renunciar aos instrumentos de propaganda que nos regimes democráticos vêm-se garantidos. Na Itália, as BR isolaram-se sempre mais dos conflitos sociais que aconteciam, perdendo, assim, qualquer capacidade de elaborar estratégias publicitárias eficazes e de difundir mensagens de revolta social.⁴³ E, em um momento em que a ideologia terrorista estava perdendo força, o sucesso das leis que previam reduções substanciais de penas para quem tivesse colaborado com o Estado, contribuiu para romper os liames de solidariedade entre as quadrilhas e para instaurar um clima de suspeição recíproca entre os membros das organizações.

Certamente não se pode dizer que a produção legislativa dos anos 78-82 tenha sido suficiente para combater o terrorismo, mas é possível adivinhar que esta resposta, mesmo se desorganizada e improvisada, deu aos órgãos do Estado um instrumento formidável para acelerar a crise ideológica interna ao movimento subversivo. Continuou-se e continua-se a discutir as violações às garantias individuais que estas normas produziram e se a saída do terrorismo comportou a violação dos grandes princípios da civilização jurídica moderna. Assim, de um lado há quem continue a lembrar como alguns

imputados, não colaboradores, normalmente professores universitários, passaram muitos anos presos esperando julgamento e, ao final, condenados em primeiro grau a uma pena de dez anos sem nenhuma outra prova além de algumas afirmações escritas em seus livros, enquanto dirigentes das BR, réus confessos de haver assassinado várias pessoas, ficaram na prisão somente dois anos após terem se arrependido e colaborado com a polícia. De outro lado, há quem continue a lembrar como, não obstante as suas inegáveis lacunas e imperfeições, a política legislativa não tenha cedido à tentação da militarização nem a outras formas de barbarizar o sistema.

13. Bibliografia

- ALEXANDER F., STAUB H., (1929), Trad. Ital. 1948, *Il delinquente e i suoi giudici*, Milano : Giuffrè.
- BOBBIO L., (1979), *Lotta Continua*, Roma : Savelli.
- BONANATE L. (1979), *Criminalità Politica: il terrorismo, le sue cause e la sua prevenzione*, Consiglio Superiore della Magistratura, *Lotta alla criminalità organizzata e politica*, in *Quaderni di Incontri di Studio*, p. 91 *et seq.*
- BRICOLA F., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n. 152)*, in *La Questione Criminale*, I, 2, p. 221 *et seq.*
- BRIGATE ROSSE, "Classe contro classe, guerra di classe".
- CASELLI G. C., (1978), *Le recenti misure per l'ordine pubblico : il decreto 21 marzo 1978 e le modifiche alla legge Reale*, in *Democrazia e Diritto*, XVIII, 1, p. 117 *et seq.*
- CASELLI G. C., DELLA PORTA D., (1984), *La storia delle Brigate Rosse: strutture organizzative e strategie d'azione*, in DELLA PORTA D. (a cura di), *Terrorismi in Italia*, Bologna : Il Mulino.
- COLLETTIVO POLITICO METROPOLITANO, (1970), *Lotta sociale e organizzazione nella metropoli*, in *Il Collettivo*, número único, Milano, janeiro.

⁽⁴³⁾ CASELLI G. C., DELLA PORTA D., 1984, p. 217.

- FERRAJOLI L., (1982), Ravvedimento processuale e inquisizione penale, in *Questione Giustizia*, 2, p. 202 *et seq.*
- FERRAJOLI L., (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari : Laterza.
- GALLEN M., (1981), (a cura di), *Rapporto sul terrorismo. Le stragi, gli agguati, i sequestri, le sigle 1969-1980*, Milano : Rizzoli.
- LA QUESTIONE CRIMINALE, (1979), Editoriale, V, 2, p. 143 *et seq.*
- MANCINI F., (1981), *Terroristi e riformisti*, Bologna : Il Mulino.
- MANCONI L., (1988), Il nemico assoluto. Antifascismo e contropotere nella fase autorale del terrorismo di sinistra, in *Pollis*, II, 2, p. 259.
- MARINUCCI G., (1975), Politica criminale e riforma del diritto penale, in *Democrazia e Diritto*, XV, 1, p. 61 *et seq.*
- MELUCCI A., (1978), Dieci ipotesi per l'analisi dei nuovi movimenti, in *Quaderni Piacentini*, XVII, 65-66, p. 3 *et seq.*
- NEGRI A., (1977), *La fabbrica della strategia. 33 lezioni su Lenin*, Padova : Cleup.
- NEGRI A., (1978), *Il dominio e il sabotaggio*, Milano : Feltrinelli.
- POTERE OPERARIO, (1970), *Alle avanguardie per il partito*, Milano : Edizioni Politiche.
- PULITANÓ D., (1978), La funzione coercitiva : garanzie giuridiche e democratizzazione degli apparati, in *Democrazia e Diritto*, XVIII, 1, p. 139 *et seq.*
- PULITANÓ D., (1987), Tecniche premiali fra diritto e processo penale, in *La legislazione premiale*, AA.VV., Milano : Giuffrè.
- SOCCORSO ROSSO, (1976), *Brigate Rosse, Che cosa hanno fatto, che cosa hanno detto, che cosa se ne è detto*, Milano : Feltrinelli.
- TRONTI M., (1971), *Operai e capitale*, Torino : Einaudi.
- VENTURA A., (1984), Il problema delle origini del terrorismo di sinistra, in *Terrorismi in Italia*, DELLA PORTA D. (a cura di), Bologna : Il Mulino.

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

A INDÚSTRIA DAS PRISÕES

ERIC LOTKE*

SUMÁRIO: 1. Novas oportunidades – 2. Prisões privadas – 3. A indústria das prisões: uma ameaça para a democracia? – 4. Oportunidades perdidas.

A cidade de Bowling Green, Missouri, com 2.976 habitantes, estava com problemas. Os empregos eram escassos e os investidores passavam ao largo. Foi então que algumas lideranças locais viajaram até a capital do Estado para competir com 12 outras cidades do Missouri pela construção de três novas prisões estaduais. Eles despejaram sobre os legisladores centenas de *buttons*, maçãs plantadas na região e ainda 11 milhões de dólares em emissão de bônus. Em março de 1996, Bowling Green recebeu sua prisão.

O estabelecimento, com 1.975 vagas a um preço total de 79 milhões de dólares, trará centenas de empregos a Bowling Green. Os presos são computados como habitantes locais na distribuição de receitas decorrentes do pagamento de impostos, o que gerará \$150.000 anuais em fundos estaduais. Some-se ainda a construção de novas casas, de um motel da rede Super 8 e um McDonald's.

O grande interesse de Bowling Green pelas prisões é um exemplo do recente ritual que vem se espalhando rapidamente na medida em que cidades do interior procuram se beneficiar da galopante taxa de encarceramento dos Estados Unidos.

Punição é hoje a indústria de ponta no crescimento rural. Durante os anos 80 tantas pessoas saíram dos guetos e favelas das cidades grandes para as prisões do interior que 5% do aumento da população rural entre 1980 e 1990 deve-se a este fenômeno.

As prisões substituíram as fábricas como ponto central da economia de muitas cidades pequenas. Autoridades da Flórida recentemente promoveram a febre de construção de prisões no Estado distribuindo panfletos coloridos que afirmavam que uma prisão com 1.100 vagas vale \$25 milhões por ano e rende 350 empregos para a comunidade. As cidades responderam fazendo fila para conseguir uma parte deste filão.

Já se foram os dias em que as comunidades recebiam projetos de presídios com protestos do tipo "Não no meu quintal". Afinal, as prisões não utilizam grande quantidade de produtos químicos, não fazem muito ruído nem poluem a atmosfera e não colocam trabalhadores na rua durante períodos de recessão.

Em uma área em que as produções industrial e agrícola estão declinando, uma nova prisão parece ser um presente divino. Estudantes de catecismo em uma escola dominical no Texas efetivamente ajoelharam-se e rezaram pedindo que uma nova prisão fosse construída nas redondezas.

(*) Tradução do original em inglês: Ana Sofia Schmidt de Oliveira – de acordo com autorização especialmente concedida pelo autor para publicação na Revista do IBCCrim.

1. Novas oportunidades

Os municípios não estão sozinhos na busca de dinheiro vindo do excesso de encarceramento dos Estados Unidos. Interesses privados, incluindo companhias de administração de prisões, empreiteiras e subscritores de bônus, estão proliferando com o crescimento sem precedentes da população prisional americana. A taxa de encarceramento é hoje de cinco a oito vezes mais alta que a das outras democracias industrializadas.

Os Estados Unidos possuem hoje 1.600.000 pessoas atrás das grades – três vezes mais que em 1980 – e ainda 3.500.000 em *sursis* ou livramento condicional. Durante o período de um ano, 12.000.000 de pessoas entram no sistema prisional. A cada dois dias são presas pessoas em número suficiente para encher o estádio superdome em New Orleans.¹

Esta quantidade de pessoas presas envolve muito dinheiro e representa uma grande oportunidade de negócio. O preço de construção de uma cela é de aproximadamente \$50.000. Administrá-la custa em torno de \$20.000 por ano.

No País, o orçamento anual para construção de prisões chegou a \$7 bilhões na última década. A Califórnia vem atravessando, nos últimos anos, um período de expansão de orçamento que atingirá \$5,27 bilhões; o Texas terminou há pouco um projeto no valor de \$1,5 bilhão. As empresas contratadas iniciaram, em 1996, a construção de 26 prisões federais e 96 prisões estaduais.

A fúria de construção de prisões pode ser um encargo enorme para os contribuintes, mas é ótimo para os negócios. Pequenas empreiteiras que prefeririam

construir escolas a prisões de repente se vêem deitando tijolos para erguer uma cela. Gigantescas firmas da Wall Street como Goldman Sachs, Smith Barney Shearson e Merryl Lynch disputam a subscrição de construção de prisões com volumosas emissões de bônus. Intermediários compram bônus e seguros de companhias de prisões privadas ou agências estatais e os revendem aos investidores, um filão do mercado que movimenta de \$2 a \$3 bilhões por ano.

Quem estiver curioso pode ler sobre o assunto nas novas publicações especializadas como *Correctional Building News*, um luxuoso jornal que anuncia a “prisão do mês” na primeira página e revela quais foram as companhias que assinaram os últimos contratos.

Mas assim como as empreiteiras se beneficiam com o dinheiro aplicado na construção, é a possibilidade de receber pela administração das prisões – com contratos que pagam aproximadamente \$20.000 anuais por cela – que oferece as perspectivas mais atraentes para aqueles que desejam lucrar com o *boom* das prisões.

2. Prisões privadas

As companhias de prisões privadas constituem hoje um novo ingrediente na economia dos Estados Unidos.

Oito companhias administram atualmente mais de 100 presídios em 19 estados. É uma indústria que cresceu vertiginosos 34 pontos percentuais nos últimos cinco anos. Existem hoje aproximadamente 70.000 presos em presídios privados. Em 1984 o número era de 2.500.

Ainda assim existe um campo enorme para crescimento: 95% da população prisional ainda se encontra em presídios públicos e esta população aumenta em 70.000 pessoas, aproximadamente, por ano.

Os investidores perceberam isso. Uma pesquisa realizada em março de 1996 pela empresa Equitable Securities em

⁽¹⁾ N. da T. Em uma comparação nacional, significaria dizer que a cada três dias o número de pessoas presas nos EUA equivale à capacidade do Maracanã. Os números dizem respeito só às admissões que resultam em pelo menos uma noite na prisão.

Nashville descreve a indústria de prisões como "extremamente atraente" e a aconselha com muita ênfase aos investidores.

A indústria líder no mercado Corrections Corporation of America, a primeira companhia privada a comercializar suas ações, foi aclamada em 1993 como "o grande investimento dos anos 90" por Ted Goins, um analista econômico da Branch Cabell & Co. da Virgínia. Desde então, a CCA saiu da NASDA² e entrou na Bolsa de Valores de Nova Iorque e viu sua fortuna crescer. A CCA tem hoje contratos que abrangem mais de 35.000 vagas, um sistema prisional maior que o da maioria dos estados norte-americanos. Em 1995, o valor de cada ação da CCA subiu de \$8 para \$37.

Os últimos anos foram um período de grande progresso para a CCA. Foram necessários 10 anos para que a companhia atingisse a marca de 10.000 vagas no sistema prisional e agora ela consegue 10.000 novas vagas por ano, de acordo com a porta-voz Susan Hart.

As perspectivas para o crescimento futuro da companhia são brilhantes. "O público está exigindo que o governo faça alguma coisa sobre o crime e que o faça agora", diz ela. Percebendo a queda no nível social, o aumento no número de lares em que o marido ou a mulher está ausente, o fato de que não há muitas carreiras disponíveis combinado com a realidade de que as pessoas precisam de dinheiro para viver, percebendo as barreiras sociais que impedem que muitas pessoas tenham empregos bem remunerados e outros fatores, Hart prevê que haverá crime e demanda do povo por respostas mais duras para abastecer o crescimento da CCA por algum tempo.

Muitas outras firmas oferecem serviços especializados para as prisões. A "US West" anuncia um serviço telefônico confiável, além de uma das maiores taxas de comissão na indústria telefônica. Ou-

tras companhias telefônicas oferecem tecnologia capaz de rastrear as chamadas feitas pelos prisioneiros, de instalar bloqueador de chamadas ou cortar a ligação quando atingido o tempo permitido.³ A TV a cabo Correctional oferece vídeo, comunicação nas áreas de esportes, notícias, música e programação educacional e religiosa, enquanto garante aos diretores completo controle do que está sendo assistido todo o tempo. A OCS Technologies traz a administração das prisões para a era da informação com *softwares* que reúnem todos os dados referentes ao preso, como classificação de risco, horário de visitas, movimentações, plano de preenchimento de vagas e cálculo de sentenças. Se o preso fica doente, a Correccional Medical Services estará pronta para cuidar dele, nesta fatia do mercado de planos de saúde que vale \$3 bilhões. A Lockup USA oferece uma série de vídeos de treinamento que ensinam aos guardas de presídio as últimas técnicas para disciplinar presos baderneiros e como superar e sobreviver a uma situação em que se é pego como refém. Indústrias ligadas a alimentação, lavanderia e outros tipos de serviços também competem por um contrato.

O grande atrativo da administração privada das prisões e das companhias de serviços é simples: eles podem realizar nas prisões o mesmo trabalho feito pelo governo a um custo mais baixo, normalmente de 5% a 15% abaixo dos custos do setor público.

Mas muito desta economia é devido ao fato de que as companhias privadas pa-

⁽²⁾ N. da T.: National Association of Securities Dealers Automated Quotation.

⁽³⁾ N. da T.: Quase todas as prisões americanas dispõem, nas áreas comunitárias, de aparelhos telefônicos que os presos podem utilizar para fazer chamadas a cobrar. Em muitas das prisões, o imposto cobrado em cada chamada é depois revertido em fundos para desenvolvimento de programas nas próprias prisões.

gam salários mais baixos aos guardas e funcionários e não se importam muito em oferecer serviços que poderiam transformar os presos em membros produtivos da sociedade quando libertados. Companhias preocupadas com os lucros preferem evitar os custos com tratamento para viciados, aconselhamento em grupo, programas de alfabetização. A orientação básica faz com que soluções frias de alta tecnologia — menos guardas, mais câmeras de vídeo — sejam preferidas em detrimento de um trabalho intensivo que envolva a interação humana necessária para assistir pessoas problemáticas.

Hart, a porta-voz da CCA nega que sua companhia possa ser culpada destas acusações. “Nós queremos que as prisões tenham tantos programas intensivos como possível porque isso dá ao preso alguma ocupação, o que faz com que seja mais fácil lidar com eles”, afirma ela. “A economia de custos da CCA”, continua, “vem da administração eficiente do pessoal, da possibilidade de fazer compras sem necessidade de licitação ou obediência a outras regras do governo e a manutenção de técnicas empresariais saudáveis”.

3. A indústria das prisões: uma ameaça para a democracia?

As indústrias madeireiras precisam de árvores; as siderúrgicas precisam de ferro. As companhias de prisões, como diz o criminologista norueguês Nils Christie, autor de *O Controle do Crime como uma Indústria*, usam pessoas como matéria-prima. As indústrias enriquecem na medida em que conseguem apanhar mais pessoas.

“A meta da indústria é manter as prisões cheias. Uma companhia de sucesso tranca tantas pessoas quanto for possível pelo máximo de tempo possível”, diz Dr. Jerome Miller da filial de Alexandria, VA, do National Center on Institutions of Alternatives, um crítico de longa data

das prisões. Miller sabe das coisas. Quando foi comissário no sistema de prisões juvenis de Massachusetts, tentou fechar alguns estabelecimentos que julgava serem desnecessários. Os funcionários protestaram deixando portas abertas para provocar fugas e chamando a imprensa antes da ocorrência de rebeliões. O sentimento de perigo que se seguiu ao episódio fez com que fosse muito mais difícil fechar as prisões.

Um dos componentes da indústria das prisões — os guardas de presídio — é também um dos mais vigorosos defensores da expansão das prisões. Alguns sindicatos de guardas têm aproveitado o clima político punitivo — que eles ajudaram a criar — para se transformarem em poderosos agentes políticos. A associação California Correction Peace Officers cresceu em apenas uma década de 4.000 para 23.000 membros. O sindicato President Don Novey se orgulha de dizer que 38 dos 44 projetos que ele levou à assembleia legislativa estadual nos últimos três governos viraram leis. O sindicato gastou muito dinheiro apoiando a lei dos *three-strikes-you're out*⁴ e gastou mais de \$1 milhão, a segunda maior quantia no Estado, na última campanha do governador republicano Pete Wilson. O apoio de sindicatos presumivelmente linha dura vale ouro para os políticos em disputa eleitoral. O sindicato usa sua influência para fazer *lobby* por leis mais duras, mais guardas de prisões, salários mais altos e benefícios melhores. O guarda de prisão na Califórnia ganha hoje, por ano, em média, \$10.000 a mais que a média dos professores de escola e mais do que muitos professores das universidades estaduais. O sindicato também ajuda financeiramente grupos que

(4) N. da T.: “Três vezes e você está fora” é como tem sido chamada uma polêmica lei em vigor no Estado da Califórnia que prevê prisão perpétua para a terceira condenação. Existem leis assim em 13 estados norte-americanos.

defendem os direitos das vítimas e que também fazem *lobby* por sentenças mais longas e leis mais duras.

Nos próximos anos, na medida em que as prisões privadas forem se expandindo, a influência da indústria das prisões nas políticas para a justiça criminal também crescerá. Pode ser que um dia a justiça criminal seja tão influenciada pela Correction Corporation of America como a política de defesa nacional é influenciada pela Lockheed Martin e McDonnell Douglas.⁵

Hart diz que não há fundamento para este temor. "Não somos nós que fazemos a política", diz ela; e acrescenta: "Existem muitos criminosos por aí. Nós temos mais trabalho para fazer do que possibilidade de fazê-lo".

Ainda assim a pressão das corporações por mais prisões é uma perspectiva assustadora, diante da experiência dos EUA na última década. Ao contrário da crença popular, a nação não experimentou um aumento da criminalidade durante a era das construções de prisões. Pesquisas feitas com vítimas nos anos 80 revelam um leve declínio nas taxas de criminalidade. Mesmo assim, a população prisional triplicou já que a porta de entrada das prisões foi alargada. Criminosos não-violentos contribuíram para um aumento de 84% no número de pessoas que entraram para o sistema prisional desde 1980. A lei dos *three-strikes* da Califórnia, que custa \$5,5 bilhões, levou à prisão por simples porte de maconha o dobro de pessoas que foram presas por homicídio, homicídio culposo e estupro conjuntamente.

Com interesses movidos pelo lucro incentivando o aumento das prisões, não há dúvida de que muitas pessoas serão trancadas. O instituto National Council on Crime and Delinquency já projetou que se as propostas "linha dura" atuais forem totalmente implantadas, a popula-

ção prisional saltaria de 1,6 milhão para 7 milhões.

4. Oportunidades perdidas

Com as indústrias anunciando sua habilidade para prender mais gente por menos dinheiro e com uma variedade de movimentos sociais clamando por mais pessoas presas, qualquer discussão centrada na maneira de evitar que as pessoas sejam presas é sufocada. Milhares de iniciativas locais têm sido bem-sucedidas na redução do crime. Alguns bairros têm desenvolvido programas comunitários que envolvem o cuidado com os jardins e praças públicas ou instalação de quadras de basquete. Algumas comunidades experimentam tratamento para os viciados e programas do tipo "de-casa-para-o-trabalho".

Vicent Schraldi, diretor da filial de São Francisco do Center for Juvenile and Criminal Justice, uma organização sem fins lucrativos que tem um contrato com o Estado para recolocar na comunidade jovens envolvidos na criminalidade, diz que o problema é de quem responsabilizar. "Se um garoto passa pelo meu programa, sai e comete um crime, as pessoas me responsabilizam. Mas se um garoto que passou um tempo preso comete um crime, a culpa é do garoto." Schraldi diz que as companhias de prisões deveriam ser responsabilizadas pela falha ou sucesso na reabilitação, assim como ele é.

Para tornar o setor privado mais responsável, os Estados poderiam fazer com que taxas baixas de reincidência fossem consideradas uma pré-condição para a renovação de um contrato e poderiam também contratar programas de tratamento para viciados. Os Estados ainda estão por fazer tais tipos de exigências.

Em vez disso, a dinâmica tem sido: quanto mais as prisões falham na tarefa de deixar as pessoas mais seguras, mais as pessoas pedem prisões. Isso deve manter as companhias satisfeitas, mas faz muito pouco pelo bem-estar social.

⁽⁵⁾ N. da T.: São os dois maiores fabricantes de armamento pesado e aviões de guerra EUA.

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

POLÍTICA CRIMINAL Y SIDA

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

SUMARIO: I. Introducción – II. Política criminal y transmisión del VIH: 1. Consideraciones previas; 2. Los argumentos de la llamada "línea blanda"; 3. Las razones de la llamada "línea dura"; 4. Un intento de balance – III. Política criminal y conductas de prevención de la transmisión del VIH.

I. Introducción

La determinación de si debe haber una Política criminal –y no sólo una política sanitaria o social, en sentido amplio– para hacer frente a los problemas que plantea la transmisión del Virus de Inmunodeficiencia Humana y de la enfermedad del SIDA es algo que depende –entre otros factores– del concepto de Política criminal que cada uno mantenga. Asimismo, depende de tal concepción inicial la determinación subsiguiente de qué Política criminal habrá de ser ésta. Por ello, antes de entrar en el objeto que nos ocupará en lo que sigue, conviene tomar posición al respecto, para afirmar que en la disyuntiva entre una Política criminal de signo puramente empírico y otra de signo valorativo se opta aquí decididamente por el segundo modelo.

Esto implica que no se entiende la Política criminal, al modo de *von Liszt*, simplemente como un conjunto de estrategias ordenadas a una lucha eficaz contra el delito. Si así fuera, para decidir sobre la conveniencia de una Política criminal en materia de SIDA tan sólo habría que valorar si la intervención del Derecho penal en este ámbito es más funcional que su ausencia. Por contra, la opción por una Política criminal valorativa conlleva un análisis algo más

complejo. En efecto, esta segunda vía implica analizar la intervención punitiva en el ámbito del SIDA, como en cualquier otro, no sólo desde el punto de vista de la eficacia preventiva, sino también, y muy significativamente, desde el punto de vista de la adaptación de tal intervención a los principios de proporcionalidad, subsidiariedad, fragmentariedad y exclusiva protección de bienes jurídicos, entre otros que caracterizan la intervención del Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. De este modo, ciertamente seguirá siendo inadmisibles una incidencia del Derecho penal en esta materia si el mismo no puede proporcionar cotas mínimas de eficacia preventiva. Pero desde la perspectiva de una Política criminal valorativa tampoco será sostenible la intervención del Derecho penal en el ámbito del SIDA cuando, pese a que pueda fundamentarse una eficacia preventiva de las medidas penales correspondientes, dicha intervención vulneraría garantías fundamentales de nuestro modelo de Estado.

Así las cosas, lo primero que debe advertirse es la necesidad de proceder a establecer una diferenciación en atención a la diversidad de conductas con eventual relevancia jurídico-penal que aparecen relacionadas de algún modo con el virus de inmunodeficiencia humana o con la

enfermedad del SIDA. Esta distinción permite formar dos grandes bloques de casos: a ellos aludiremos aquí con las denominaciones "Política criminal de las conductas de transmisión del VIH" y "Política criminal de las conductas de prevención de la transmisión".

II. Política criminal y transmisión del VIH

1. Consideraciones previas

Las diferentes actitudes político-criminales respecto a la procedencia o no de una intervención del Derecho penal contra las conductas de transmisión del VIH se han plasmado, en el ámbito internacional, en la conformación de dos grandes líneas doctrinales. Por un lado, lo que ha sido denominado *línea blanda*, que entiende que la política que debe adoptarse en relación con los actos de transmisión del VIH ha de tener por objeto exclusivamente la información, el asesoramiento y la ayuda de los afectados, y en absoluto medidas de carácter punitivo. En esta línea se sitúan diversos autores alemanes, entre los que cabe mencionar a Prittwitz, Böllinger, Herzog, Nestler-Tremel y, con matices, Kreuzer. También, la mayor parte de las asociaciones de afectados o de solidaridad con los mismos; así, en España, los Comités Ciudadanos Anti-SIDA. Por otro lado, lo que se ha calificado, en términos a mi entender impropios, como *línea dura*, que entiende que, si bien de modo secundario, también es admisible una intervención estatal jurídicopenal para hacer frente a las conductas de transmisión del VIH. Por citar sólo un ejemplo, es ésta la línea que sigue en Austria la Ley especial del SIDA (de 1 de julio de 1986), la cual, sí bien centra su atención en la prestación de ayuda a los afectados, estima también aplicable el Código penal en esta materia. Es éste el punto de vista

que en Alemania sostienen autores como Schünemann, Bottke o Herzberg, entre otros; en España, se han pronunciado en esta línea de modo expreso Luzón Peña, Mir Puig y Silva Sánchez.

Con todo, debe ponerse de relieve que, en cualquier caso, se dan coincidencias sustanciales entre ambas líneas en lo relativo a algunas situaciones de transmisión del VIH. Así, por ejemplo, nadie discute la intervención punitiva cuando ésta ha de recaer sobre hechos de transmisión debidos a conductas realizadas con dolo directo de primer grado. Así, por ejemplo, agresiones con jeringas u otro material contaminado o incluso actos sexuales realizados en contextos de venganza, etc. Del mismo modo, no se discute por nadie la procedencia de la responsabilidad penal en casos de transmisión imprudente del VIH por empleo de material contaminado, cuando ello tiene lugar en el ámbito médico-sanitario (único respecto al que se han dado en España resoluciones jurisprudenciales). Lo discutido es, esencialmente, la intervención del Derecho penal cuando la transmisión del VIH tiene lugar debido al consumo conjunto de drogas por vía parenteral o bien debido a la realización de actos sexuales. A continuación trataremos de reflejar críticamente los argumentos que se esgrimen en la discusión. Pero obsérvese, ya de entrada, cómo ésta no abarca toda intervención punitiva frente a actos de transmisión del VIH. Tal intervención, por contra, resulta admitida en línea de principio. La discusión surge, más bien, por la pretensión de un sector (la llamada *línea blanda*) de excluir a determinados grupos de sujetos o a sujetos que obran en determinadas circunstancias de esa intervención punitiva que se admite en línea de principio. Una serie de consideraciones sobre lo fundado o infundado de esta exclusión constituirán el primero de los ejes de las páginas que siguen.

2. Los argumentos de la llamada línea blanda

Desde la denominada *línea blanda* se han esgrimido una serie de argumentos en contra de la intervención del Derecho penal en los referidos ámbitos, tratando de mostrar que la misma vulnera los principios generales del *ius puniendi*: intervención mínima, Derecho penal del hecho, eficacia preventiva. A continuación trataré de enunciar el contenido de los más significativos de estos argumentos, mostrando lo que, a mi juicio, son sus debilidades más significativas.

a) Uno de los alegatos más reiterados es el de que la intervención del Derecho penal en esta materia se inscribe en la tendencia generalizada a una “huida hacia el Derecho penal”, que habría hallado otros exponentes en la legislación en materia de terrorismo, drogas o medio ambiente. Al respecto, sin embargo, procede efectuar alguna precisión. Ciertamente, pocos discutirán que la referida “huida hacia el Derecho penal” es un fenómeno claramente perceptible en los últimos años e incluso un rasgo característico de la moderna política jurídica. Sin embargo, parece difícil hablar de que la aplicación de tipos esenciales en la protección del bien jurídico vida, como son el homicidio (art. 407 CP) y las lesiones dolosas (art. 420 / 421 CP) o imprudentes (art. 565 CP en relación con los anteriormente citados), a situaciones concretas constituya tal “huida”. Se trata, pues, de la protección de bienes jurídicos esenciales frente a ataques de significativa gravedad y con reconocimiento expreso de que el Derecho penal no es más que un instrumento subsidiario de protección frente a otros que deben primar como, de modo esencial, la información. Sentado esto, no parece fácil sostener que la intervención punitiva en esta materia suponga una vulneración del principio de subsidiariedad salvo que, como veremos, se sostenga una concep-

ción “victimológica” del mismo, a lo que después convendrá aludir.

b) Algo parecido sucede con el argumento de que la intervención penal en esta materia no es expresión de un “Derecho penal del hecho”, sino, más, bien, de un reprochable “Derecho penal de autor”, que recaería sobre homosexuales, prostitutas y drogadictos. El argumento pretende basarse en la dificultad de determinar hechos concretos de transmisión del virus. Pero ello en ningún caso puede fundamentar la crítica que se pretende dirigir a la intervención punitiva en este ámbito. Primero, porque la apelación a la dificultad de determinación de las conductas de transmisión ya permite entrever que no se trata de castigar a nadie por “ser” como es, sino por realizar hechos concretos, conductas de transmisión. Luego se trata claramente de un Derecho penal del hecho. Ciertamente, el hecho del contagio plantea problemas probatorios importantes, sobre todo en lo relativo a la relación de causalidad entre una conducta concreta (relación sexual o acto de uso compartido de jeringuilla) y resultado de transmisión del VIH. La posible promiscuidad de los sujetos y los períodos de latencia del virus hacen, en efecto, sumamente difícil, en general, tal determinación. Pero los problemas no son tantos si lo que se trata de determinar es simplemente la existencia de hechos de “puesta en peligro concreto” de contagio. Así, por ejemplo, la realización de un acto sexual concreto que, en sí, encierra el peligro concreto de provocar la transmisión del VIH. Y ello, concurriendo dolo (aunque sólo fuera eventual) de contagio, bastaría para fundamentar la sanción a título de tentativa de homicidio o, por lo menos, de lesiones graves.

Además, aun faltando el dolo —incluso eventual— de contagio, el hecho podría ser sancionado en sí mismo si se estimara procedente la tipificación de un delito de peligro concreto (que debería requerir —eso sí— la realización dolosa —al menos

con dolo eventual— de actos de puesta en peligro de contagio). En cualquier caso, la impresión no es que la *línea dura* pretenda configurar un Derecho penal de autor sino, más bien, que la *línea blanda* pretende extraer del Derecho penal a determinados autores, cuyas conductas pueden ser materialmente idénticas a las realizadas en otros ámbitos (y que sí se estiman inequívocamente punibles). Ciertamente, el carácter de “persona afectada por el virus” del sujeto activo puede tener alguna incidencia atenuatoria sobre el enjuiciamiento penal de su conducta, sobre todo en el ámbito sistemático de la culpabilidad y a la hora de aplicar determinadas consecuencias jurídicas. Pero, como han señalado diversos autores, parece claro que, realizado un hecho anti-jurídico contra la vida o la salud de terceros, el destino precario del agente (se encuentre ya enfermo del SIDA o sea simplemente seropositivo) no debería conducir a suspender la vigencia del principio *neminem laede*, ni a crear un “espacio libre de Derecho” en torno al consumo de drogas o a las relaciones sexuales. Tal cosa vulneraría irremediablemente el *principio de igualdad*.

Por todo ello, deseo subrayar que considerar pertinente la intervención punitiva en materia de transmisión del VIH es perfectamente compatible con sostener posturas de solidaridad y no discriminación respecto a los sujetos afectados por dicho virus. Otro ejemplo polémico, el de la condición de los extranjeros, puede clarificarlo. Cabe sostener perfectamente la necesidad de no discriminar a los extranjeros y de evitar actitudes xenófobas, y, a la vez, considerar que el extranjero que comete un delito debe ser castigado (aunque ese delito tenga en alguna medida que ver con su condición de inmigrante). Tal condición, con todo, podrá ser tenida en cuenta en términos atenuatorios si ha influido en la culpabilidad del sujeto.

c) En realidad, los argumentos más poderosos no son los hasta ahora expuestos, sino otros. Entre ellos destaca el que discurre por la línea de las modernas perspectivas victimodogmáticas.

La Victimodogmáticas o dogmática orientada al comportamiento de la víctima es una corriente doctrinal que parte de la constatación de la Victimología de que hay víctimas que contribuyen causalmente a la producción del delito que ellas mismas padecen. A partir de ahí, trata de establecer los criterios según los cuales esa contribución de la víctima a la producción del delito puede redundar en una atenuación o incluso exención de pena para el autor.

En el ámbito de la Política criminal del SIDA hay quien trata de excluir la responsabilidad del autor por el hecho de la transmisión, alegando la existencia de una *corresponsabilidad de la víctima* de la infección en dicho hecho. El punto de arranque de tal consideración lo constituyen las propias campañas institucionales de información y prevención, que hacen hincapié de modo central en la autorresponsabilidad de las víctimas potenciales, transmitiendo un mensaje que algunos podrían interpretar en el sentido de que “sólo se contagia del virus del SIDA el que quiere”. En consecuencia, un sector doctrinal propone desplazar la responsabilidad a la víctima y excluir estos casos del ámbito del Derecho penal. El planteamiento político de la cuestión parte de afirmar: Todos podemos evitar el riesgo de contagio de SIDA por nosotros mismos; luego no debemos delegar nuestra responsabilidad individual en los poderes públicos, de modo que sea el Estado el que se haga responsable y adopte medidas penalizadoras para evitar la propagación del virus. Sin embargo, a tal línea argumentativa cabe oponer el caso de muchos delitos (buen número de hurtos, sin ir más lejos) en los que también se dan amplias posibilidades de autoprotección; y no parece que aquí sea posible

exhibir el mismo discurso. Por su parte, la fundamentación dogmática de tal punto de vista es la siguiente: Dado que el acto de contagio requiere (en las relaciones sexuales y en el consumo conjunto de drogas) una intervención activa de la propia víctima potencial, cabe afirmar que dicha víctima se coloca en una situación de *autopuesta en peligro*, puesto que tiene el *dominio del hecho* sobre el proceso de contagio. En estas condiciones, la actuación del sujeto activo no muestra los rasgos de una puesta en peligro de tercero (ni siquiera de una puesta en peligro de tercero con el *consentimiento* de éste), sino de una *cooperación a la autopuesta en peligro*, que debería estimarse impune. Sin embargo, esta construcción, que parte de la existencia de un dominio del hecho por parte de la víctima, pasa por alto la diferencia entre situaciones de *simetría* y *asimetría de conocimiento* de autor y víctima en relación con el concreto contenido de peligro de la conducta. Pues, aunque la víctima realice activamente una parte de los actos que pueden dar lugar al contagio, difícilmente podrá decirse que tiene dominio del hecho si, por carecer del grado de información que posee la otra parte, se encuentra en una situación de inferioridad respecto a aquélla. Así, por ejemplo, si ignora que su pareja sexual es drogodependiente o promiscua (ej. la esposa respecto de su marido) o bien si conoce, por ejemplo, que se trata de un drogodependiente, pero ignora el estado efectivo de infección, que es, por el contrario, conocido por la pareja sexual.

En la medida en que nos es lo mismo el conocimiento de un *riesgo abstracto* o *genérico* que el de un *riesgo concreto* y dado que sólo la auténtica simetría de conocimiento puede proporcionar, según entiendo, condominio del hecho, parece que en bastantes casos de los que aquí interesan no podrá hablarse de un desplazamiento total de la responsabili-

dad a la esfera de la víctima y de una exclusión del autor del ámbito de incidencia del Derecho penal.

d) Mayor interés, por su importancia en el control global de la difusión del virus, tienen las apelaciones a eventuales efectos negativos, en el plano práctico, de la intervención punitiva. Así, ha podido decirse que el intento de combatir la transmisión del virus por la vía de la amenaza de sanción puede producir el efecto de hacer disminuir en la población las medidas fácticas de protección y, por ello, acabar siendo dañosa. También se ha señalado que la persecución penal de la transmisión del SIDA produce temor en los colectivos afectados, contribuyendo a la formación de un submundo desde el que se bloquearía la política preventiva basada en la información y la ayuda. Dicho de otro modo, el interés por protegerse de la intervención penal podría interferir en el interés por la necesaria prevención de la enfermedad.

Las anteriores aseveraciones, sin embargo, admiten asimismo una réplica. Así, en cuanto a lo primero, debe decirse, por un lado, que no existen investigaciones empíricas que respalden lo allí afirmado. A falta de las mismas, la experiencia muestra que la intervención normativa jurídicopenal no determina que la población abandone las medidas fácticas de autoprotección (piénsese, por ejemplo, en la materia de la delincuencia patrimonial). Y, además, sin descartar que la intervención de las normas penales pueda tener —en éste y en otros ámbitos— efectos empíricos negativos, deben valorarse asimismo sus efectos sociales positivos en el ámbito de la conducción de conductas. Por lo que se refiere al segundo argumento, relativo a la formación de *ghettos* por miedo al castigo, resulta difícil discutir su seriedad. Además, es cierto que determinados acontecimientos han venido a corroborar lo real de esta posibilidad. Así, la asociación alemana (*AIDS-Hilfe*, agru-

pación de autoayuda de colectivos fundamentalmente homosexuales, a raíz de las primeras condenas en Tribunales alemanes por la transmisión del virus (que tuvieron lugar por la vía de la calificación de *tentativa de lesiones con dolo eventual*) aconsejó públicamente a los sujetos susceptibles de realizar conductas de riesgo que no se sometieran al test de detección de anticuerpos. Con ello se pretendía, obviamente, evitar la imputación de un dolo eventual en el caso de que, tras una relación sexual, se produjera el contagio del virus a un tercero, pero evidentemente los efectos sanitarios del seguimiento de tal consejo son muy negativos. Asimismo, y de nuevo en el ámbito alemán, parece constatarse, siempre a raíz de las condenas impuestas, que disminuyen las peticiones de ayuda a las instituciones públicas por parte de afectados por el virus, ante el temor de verse implicados en algún proceso penal.

Pues bien, sin desconocer la importancia de esta situación así como la necesidad de adoptar medidas para hacer frente al problema suscitado, lo cierto es que el hecho de que el delincuente trata de sustraerse a la sanción nunca ha sido un argumento defendible para sostener la despenalización de una conducta delictiva. Además, no debe olvidarse que estamos tratando de la cuestión esencial relativa a la protección de la vida de sujetos aún no afectados, frente a lo que otras consideraciones referentes a que sujetos ya afectados permanezcan o no en el anonimato parecen tener una importancia inferior. Por tanto, sólo en el caso de que se pudiera contrastar realmente que, por las peculiaridades del caso que nos ocupa, los efectos preventivos generalmente vinculados la intervención del Derecho penal se ven contrarrestados por efectos empíricos absolutamente negativos en cuanto al control de la difusión de la enfermedad

sería necesario entrar a cuestionarla. Sin embargo, no me parece que algo así se halle en condiciones de ser probado, y mucho menos en el caso español, donde el medio fundamental de transmisión ha sido hasta ahora el uso conjunto de jeringas contaminadas, pudiéndose constatar un creciente acceso de drogodependientes a los centros, público y privados, de tratamiento y deshabitación.

e) Todavía hay dos argumentos de la línea blanda en contra de la incriminación de las conductas reseñadas. El primero de ellos alude a que la intervención del Derecho penal en este ámbito se limita a tener efectos puramente simbólicos, en absoluto instrumentales, y que revela la opción del Estado por soluciones baratas en la lucha contra el SIDA, frente a lo que sería una política auténticamente profiláctica y terapéutica, mucho más compleja y cara.

Se entiende por Derecho simbólico o retórico aquél que, más que resolver el problema correspondiente a través de una protección efectiva del bien jurídico afectado, pretende producir en la opinión pública la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.

El segundo subraya lo anterior insistiendo en la ineficacia del Derecho penal cuando se trata de incidir sobre la esfera íntima y de las subculturas.

De nuevo sucede que desde la *línea blanda* se alega algo sin aportar pruebas empíricas de lo que se sostiene. Así el argumento general de la ineficacia y carácter simbólico del Derecho penal se adopta aquí para el ámbito concreto de la intervención penal en materia de SIDA. Sin embargo, hay pruebas suficientes de la eficacia —modesta, pero eficacia al fin y al cabo— de la intervención del Derecho penal como mecanismo de control de conductas. Y contra ello no se puede aludir a las subculturas, porque es precisamente en éstas donde el Derecho penal, por poca eficacia que tenga, puede tener alguna, dada la nula incidencia de

otros mecanismos de socialización, que chocan con la divergencia cultural. En particular, la llamada a la autorresponsabilidad en el ámbito de la prevención del SIDA puede chocar con la irracionalidad derivada de ciertos planteamientos vitales o de determinadas cargas afectivas, frente a los que sólo la intimidación puede aspirar a tener cierta incidencia —por poca que ésta sea.

3. Las razones de la llamada línea dura

Además de argumentarse contra todo lo anterior, desde esta línea se ha tratado de sostener positivamente que la intervención del Derecho penal en este ámbito no entra en colisión con ninguno de los principios generales que legitiman al Derecho penal: exclusiva protección de bienes jurídicos, subsidiariedad, fragmentariedad, proporcionalidad, etc. En efecto, nos hallamos ante la protección de bienes esenciales como son la vida y la salud frente a agresiones muy graves, que pueden conducir a la destrucción de los mismos. Además, las sanciones impuestas lo son en los términos generales de proporcionalidad. Y no parece que otras vías extrapenales muestren una eficacia preventiva tal que excluyera, por aplicación del principio de subsidiariedad, la intervención del Derecho penal.

Sentado esto, la cuestión es si la intervención del Derecho penal muestra alguna eficacia preventiva superior a su no intervención. Y al respecto no se puede en absoluto excluir — sino más bien lo contrario — que el Derecho penal sea capaz de reducir en alguna medida la frecuencia de realización de actos con peligro de contagio. Las vías a través de las cuales cabe que el Derecho penal aspire a ello son varias: así, la comunicación del valor de los bienes jurídicos que se pueden ver en peligro; la amenaza de castigo; y la propia imposición de la sanción concreta. *Schünemann* atribuye un significado esencial a lo primero, que consistiría en

poner de relieve que determinadas relaciones sexuales o actos de consumo conjunto de drogas pueden no ser hechos inocuos, sino hechos muy graves para bienes jurídicos esenciales, tratando de sensibilizar a los autores potenciales. *Luzón Peña*, en cambio, se centra en el aspecto intimidatorio. La eficacia intimidante del Derecho penal en este ámbito no puede descartarse, a juicio de este autor, por varias razones. En primer lugar, porque no todos los potenciales transmisores son portadores del virus; en segundo lugar, porque no todos los portadores están enfermos, lo que ciertamente podría interferir en la eficacia motivadora del Derecho penal; y, en tercer lugar, porque ni siquiera respecto a los enfermos de SIDA cabe descartar por completo una incidencia intimidante del Derecho penal.

Junto al aspecto preventivogeneral, además, debe hacerse alusión a la vertiente preventivo-especial de la intervención del Derecho penal. Por un lado, como prevención especial negativa, esto es inculcación del sujeto activo. Pero, además, porque la intervención del Derecho penal puede adquirir un contenido de terapia social que haga innecesaria la privación o restricción de libertad del sujeto afectado, con lo que se habría obtenido una efectiva resocialización del mismo. Por último, una intervención del Derecho penal que se traduzca en tratamiento, ayuda sanitariapsicológica, excarcelación en fases terminales de la enfermedad, etc. no sólo no resulta contraria a las exigencias del principio de humanidad, sino que constituye una opción realista en este sentido. No debe olvidarse, al respecto, que los tratamientos de reclusos enfermos de SIDA permiten a éstos vivir con mejor calidad de vida en prisión que fuera de ella, donde por diversos motivos acaban abandonando la ingesta de medicamentos y otras medidas coadyuvantes al tratamiento de su enfermedad.

4. *Un intento de balance*

Así pues, el marco general de una obvia coincidencia en la pretensión de prevenir del mejor modo posible la transmisión del VIH, se observa la existencia de una discrepancia radical entre ambas líneas en cuanto a la idoneidad del Derecho penal para contribuir al referido fin. Sin embargo, ello no es, a mi entender, sino un reflejo de la divergencia tradicional entre tesis que defienden la legitimidad de la existencia del Derecho penal, en la medida que sea, y tesis abolicionistas, esto es, contrarias a la legitimidad de la intervención de aquél. Las tesis intervencionistas tratan de apoyarse en la eficacia preventiva del Derecho penal unida al respeto por el mismo de las garantías del Estado de Derecho. Por contra, las tesis abolicionistas, en todo o en parte, se basan en una supuesta ineficacia preventiva del Derecho penal, unida a los efectos empíricos negativos que, a su juicio, desencadena la intervención de éste. Sería pretencioso que ahora tratáramos de mostrar el alcance de toda esta polémica. De ahí que nos limitemos a señalar que, en el caso que nos ocupa, pueden apreciarse los tres requisitos que la doctrina ha exigido tradicionalmente para la intervención del Derecho penal en un ámbito de conductas: el *merecimiento de pena* del hecho, la *necesidad de pena* para el mismo y la *aptitude de la materia para una protección a través del Derecho penal*. Por lo que hace al merecimiento de pena de estos hechos, poca duda debe haber cuando se trata de hechos lesivos para la vida o la salud que pueden llegar en términos de alta probabilidad a producir la muerte (los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de fragmentariedad y de proporcionalidad abonan, pues, tal intervención). Tampoco ofrece, a mi entender, demasiadas dudas la necesidad de pena en términos plenamente conformes con el principio de subsidiariedad:

por un lado, parece clara la tendencia expansiva de la enfermedad; por otro, ha sido reconocido por los propios creadores de las campañas de prevención de cuño informativo-profiláctico que éstas de momento no han alcanzado la eficacia esperada y que el logro de tal eficacia se retrasará probablemente debido a razones culturales o emocionales que dificultan el cambio de hábitos personales. La aptitud de la materia para la protección penal puede, en fin, afirmarse siempre y cuando se tenga en cuenta que debe partirse de una modestia de los objetivos que se pretende alcanzar y de que se trata tan sólo de una contribución parcial a fines de prevención que deben abordarse desde muy diversas perspectivas.

Un tema distinto es el relativo a las vías técnicojurídicas a través de las cuales habrá de canalizarse la intervención del Derecho penal en este ámbito. En el caso de Alemanha, sin duda el país con una práctica judicial más desarrollada en este campo, la vía adoptada ha sido, como antes se señaló, la de sancionar por tentativa de lesiones con dolo eventual. La imposibilidad de sancionar por delito consumado se deriva de las grandes dificultades, también aludidas, que plantea en estos casos la determinación de la relación de causalidad. El recurso al dolo eventual tiene lugar ante la imposibilidad de determinación, salvo excepciones, de otra modalidad de dolo. Finalmente, la exclusión de una tentativa de homicidio se debe a la imposibilidad de determinar que el sujeto hubiera "contado" con la concreta producción del resultado de muerte. Ciertamente, todo ello es complicado en términos dogmáticos, surgiendo la duda de por qué no puede estimarse que la transmisión es debida a imprudencia. De ser así, resultarían impunes los casos en los que no pudiera determinarse la relación de causalidad con un resultado concreto, pues, como es sabido, la imprudencia a la que no puede imputarse un resultado concreto no es punible. El

problema, siempre complejo, de la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente tiene aquí, una manifestación especialmente trascendente.

Aparte queda la propuesta, que ha resultado muy polémica, de introducción en el Código penal de un tipo de peligro concreto que facilitaría la adopción de una respuesta jurídicopenal frente a estos hechos. Contra dicha propuesta se ha alegado la vigencia del principio de intervención mínima, en la medida en que los bienes afectados ya se hallan protegidos por los delitos de homicidio y lesiones, así como por el delito de propagación maliciosa de enfermedades infecciosas (art. 348 bis CP). Sin embargo, la cuestión es si desde el Derecho penal debe tolerarse la realización de actos de los que el sujeto conoce que suponen un peligro concreto de transmisión del virus (y, por tanto, para la vida de un tercero), aunque por irresponsabilidad confíe en que no va a pasar nada. Pues bien, dadas las dificultades de prueba de la relación de causalidad, estos hechos son de *lege lata* impunes, salvo que se introduzca un delito de peligro concreto similar al propuesto. Y no parece haber razones relevantes para descartar el empleo en este ámbito de una técnica de la que el legislador se ha servido, sin crítica relevante alguna, en otros ámbitos de protección de la salud como son los de la circulación o el consumo.

III. Política criminal y conductas de prevención de la transmisión del VIH

Algunas de las conductas de prevención de la transmisión del VIH resultan cuestionables por poder lesionar bienes jurídicos como la libertad o la intimidad individual. Sin embargo, es obvio que dichas conductas también pueden contribuir a la salvaguarda de otros bienes jurídicos (vida y salud de potenciales afectados). De ahí que, en general, deba

procederse aquí a una ponderación de ambos intereses contrapuestos (en los términos de la causa de justificación de estado de necesidad: art. 8, 7.º CP) para decidir si prevalece el interés lesionado —y en consecuencia puede justificarse una intervención punitiva contra la conducta de prevención— o, por el contrario, prevalece el interés salvaguardado —lo que determinaría la justificación (y consiguiente no punibilidad) del hecho.

Desde este enfoque general deben analizarse ante todo tres medidas preventivas: la práctica no consentida del test de detección de anticuerpos; la revelación de la condición de infectado de un sujeto determinado; y la incomunicación u otras medidas adecuadas de separación de los sujetos infectados. Pues bien, al respecto debe señalarse que tales medidas en términos generales no pueden estimarse lícitas, aunque, a la hora de concretar el título específico de su ilicitud penal, alguna de ellas plantee problemas en cuanto a la determinación de la tipicidad. Estos problemas deberían resolverse en el marco de una reforma del Derecho penal español que estableciera una mejor protección de los bienes jurídicos de la libertad e intimidad individuales. En efecto, la práctica forzosa del test podrá dar lugar a la realización del tipo de coacciones. Sin embargo, si tal práctica se comete mediante engaño o de modo subrepticio será difícil hallar, al menos en Derecho español, un tipo penal en el que encuadrarla (este sería, por ejemplo, el tipo del tratamiento médico arbitrario del Derecho penal austríaco), de modo que la cuestión habría de trasladarse, como sucede en el Derecho alemán, al ámbito de los ilícitos civiles. Por lo que se refiere a la revelación de la condición de infectado, ésta podrá ser estimada incurso en el art. 368 CP si el sujeto activo es un funcionario público, pero no si se trata de un particular, médico o no, dada la falta en nuestro país tanto de una regulación penal del secreto médico como

de otros preceptos penales de protección de la intimidad; nuevamente aquí habrá de recurrirse al Derecho civil. En lo que respecta a la incomunicación u otras medidas de separación, evidentemente podrían dar lugar a la realización de un tipo de coacciones o, incluso, de detenciones ilegales.

Ahora bien, sentado que puede tratarse de conductas ilícitas, incluso típicamente antijurídicas a los efectos del Derecho penal, también creo posible afirmar que, según cual sea la configuración del caso, cabe afirmar la justificación de las mismas. Así, la práctica del test me parece justificada cuando ello puede contribuir directamente a una mejor protección de la vida y salud de terceros (por ejemplo, médicos y personal sanitario que hayan de entrar en un contacto especialmente peligroso con el individuo de que se trate). Es cierto que se ha señalado que ello no sería preciso, por cuanto la adopción de las medidas precautorias generales es suficiente para hacer frente con garantías al riesgo de transmisión del SIDA. También lo es que se ha indicado que la fiabilidad del test no es total dada la existencia de un "período de ventana", de duración variable, en el que la persona ya infectada no ha desarrollado todavía anticuerpos contra el virus, con lo que el test no puede detectarlos. Ahora bien, pese a ello, estimo que sería ingenuo pensar que la información puntual de que se está ante un sujeto infectado no propicia, como mínimo, una mayor "tensión" a la hora de adoptar las medidas precautorias, tensión que se difumina, restando eficacia a tales medidas, cuando se posee tan sólo la constancia genérica de que "cualquiera puede estar infectado". Ante la necesidad de entrar en una relación que implique un riesgo elevado de transmisión (lo que normalmente sucederá, además, en círculos bastante cerrados y vinculados por deberes de confidencialidad) me parece, pues,

justificable la práctica del test. Ello, por entender que la afectación de la libertad e intimidad no es tan importante en su desvalor como para no verse compensada por la relevante contribución a la vida y salud de los terceros expuestos al riesgo.

Consideraciones similares valen, según entiendo, en lo relativo a la revelación de la condición de infectado de un sujeto, por parte del médico que la conoce, a terceros concretos. En los casos en que se dé un concreto peligro para la salud de terceros (por ejemplo, cónyuge o pareja sexual, o personal médicosanitario, etc.), de nuevo entiendo que el desvalor de la conducta lesiva de la intimidad se ve compensado por el valor de la contribución a la vida y salud de terceros.

En esta línea se pronunció el III Congreso Nacional de Comisiones de Deontología Médica, celebrado los días 1, 2 y 3 de mayo de 1992, en sus conclusiones tercera, cuarta y sexta, de las relativas al SIDA. En ellas se indicaba: que el paciente VIH positivo y afectado de SIDA tiene derecho a ser él quien reciba en primer lugar la información sobre su estado de salud por parte del médico, quien le habrá de informar asimismo de los riesgos que comporta su enfermedad para las personas que viven con él, a quienes, por tanto, se les tendrá que comunicar (3.^a); que las personas cuya convivencia con el enfermo comporte riesgo de contagio tienen derecho a ser informadas, de modo que, si el paciente se negara a ello, el médico tiene la obligación de convencerle del deber de hacerlo, comunicándole que, en caso contrario, será él mismo quien les informe (4.^a); y que los profesionales de la salud tienen derecho a ser informados de la afección del paciente y a tomar las medidas profilácticas de protección, teniendo asimismo el médico la obligación de informar a su equipo, recordándole su vinculación al secreto profesional compartido (6.^a).

Por lo que se refiere a la incomunicación u otras medidas de separación, éstas pueden verse justificadas, por ejemplo en el ámbito penitenciario, cuando se trate de reclusos peligrosos por su agresividad o, en todo caso, cuando se trate de actividades que, de suyo, podrían representar un riesgo elevado de contagio.

Para concluir, debe hacerse una referencia sucinta a la valoración políticocriminal que merecem dos cuestiones más en relación con la prevención y control del SIDA. Por un lado, la cuestión de si está justificada la entrega de jeringas estériles a sujetos drogodependientes, con el fin de evitar que el uso compartido de jeringas pueda provocar la transmisión de la enfermedad. Por el otro, el problema de los límites del deber de atención a enfermos de SIDA y sujetos seropositivos por parte del personal médicosanitario.

En relación con lo primero, debe ponerse de relieve que las dudas surgen inicialmente acerca de si tal conducta es típica a los efectos del art. 344 CP. Ello dependerá, obviamente, de si se entiende que tal entrega sólo determina una modalidad de consumo (atipicidad) o, por el contrario, se entiende que determina el propio consumo ilegal, esto es, lo favo-

rece, en cuyo caso debería afirmarse la tipicidad. De todos modos, y aun constando la tipicidad, podría sostenerse la justificación penal de tal conducta, pues la supuesta lesión del bien jurídico salud pública se produciría para proteger la salud individual. La mayor dificultad surgiría aquí al exigir la causa de justificación de estado de necesidad (art. 8, 7.º CP) la presencia de un mal inminente, lo que podría discutirse a propósito de un acto concreto de entrega de jeringas. Tales problemas, aunque a mi juicio no son insalvables, son probablemente los que han determinado que en las instancias políticoadministrativas se haya rechazado la propuesta relativa a la entrega de jeringas estériles, optándose por una vía más neutra, aunque no exenta de cuestiones, cual es la de los programas de distribución de metadona.

Por lo que se refiere a lo segundo, debe, a mi juicio, afirmarse la exigibilidad del deber de atención a sujetos seropositivos y enfermos de SIDA por parte del personal médicosanitario, siempre a partir de la existencia de información y de los correspondientes medios técnicos de protección. Las infracciones de este deber podrán ser sancionadas por los artículos 371 *in fine* y 489 *ter* CP.

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

CONSECUENCIA DE LA SANCIÓN DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN LA MUJER

MARÍA RODRÍGUEZ PEIRALLO

Si difícil y complejo es el proceso por el que pasa un individuo que es remitido a un establecimiento penitenciario, aún más complejo es el referido a la adaptación social del mismo.

Mucho se ha hablado de ambos procesos pero en esta ocasión nos referiremos a las consecuencias de la sanción de privación de libertad con un enfoque de género, basado en una experiencia práctica.

Fundamentalmente son tres las objeciones básicas que se alegan contra el tratamiento penitenciario:

En primer lugar, la aparición de una subcultura carcelaria¹ formada por un conjunto de valores y de normas a través de la cual el preso adopta, en mayor o menor grado los usos y costumbres, tradición y cultura del establecimiento penitenciario. Esto conlleva a una inadaptación social y a una pérdida de la identidad personal.

En segundo lugar el proceso de ruptura del sancionado con el mundo exterior donde básicamente se desvincula de su familia, del medio social, y de las responsabilidades a estos aspectos vinculadas, contribuyendo esto a un mayor desarraigo social.

Y en tercer lugar la falta de medios adecuados y de personal capacitado para llevar a cabo un tratamiento eficaz.

En instituciones penales cubanas se trabaja por minimizar estas consecuencias siendo su principal objetivo, el reeducar al sancionado mediante su incorporación al trabajo, al estudio, a las actividades deportivas y de recreación.

Pero no se puede asegurar el éxito de este tratamiento reeducativo en cada uno de los sujetos sometidos a él, donde no sólo intervienen la diferencias individuales, sino el tipo de sanción y el tiempo de la misma, entre otros factores.

No olvidamos tampoco la influencia del microambiente de donde procede el sancionado ni la acción que ejerce la sociedad en la cual se desenvuelve. Así, en los momentos actuales de crisis económica y de su inevitable repercusión social, donde el modo de pensar y de accionar de las personas puede sufrir cambios ¿como se comporta la reinserción del sancionado?

Específicamente, ¿en qué medida la mujer egresada del establecimiento penitenciario se ha incorporado a la sociedad? Estas preguntas conducen a reflexionar sobre ésta problemática.

En realidad, a pesar de la compleja situación social y económica la mujer cubana sigue disfrutando del respeto y autoridad ante la sociedad, así como del acceso a la cultura, a la educación y al trabajo. Tomando como ejemplo esto último diríamos que en 1958 el 80% de las mujeres en edad laboral eran amas de casa y que en tres décadas alcanzó mas de 1 millón 200 mil trabajadoras, lográn-

⁽¹⁾ Citado por Muñoz Conde Francisco. La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito. Ponencia del Primer Seminario Hispano-Germánico 1980. Barcelona.

dose en 1994 el 40.6% del total de trabajadores del país.

En 1994 las mujeres constituyen el 43% del total de los trabajadores técnicos dedicados a la ciencia y representan el 49.3% de los médicos del país el 61% de los estomatólogos y el 70% de los maestros y profesores frente al aula.

Ahora, estos indicadores no representan que no confrontemos dificultades e insuficiencias en la aplicación de esta política; donde la mujer goza de iguales deberes y derechos que el hombre.

Hemos encontrado al abordar este tema que las referencias a investigaciones sobre la mujer reclusa es pobre. Pensamos que en esto influye el número relativamente menor de la delincuencia femenina cuando se la compara a la masculina.

La delincuencia masculina es más alta en todos los grupos de edades, en todos los tipos de infracciones y a través de todos los períodos de la historia de la cual se poseen estadísticas.

Para ciertos autores, las diferencias que aparecen en algunas estadísticas corresponden a diferencias reales y la explican de la siguiente manera:

1. El carácter femenino sería más conservador en todos los dominios afectando la organización social y le sería más fácil aceptar el orden social establecido aún si le es desfavorable. Este conservadorismo a su vez sería condicionado biológicamente por la tendencia de la mujer a representar el "tipo medio de la especie", mientras que el hombre como "macho", expresa la modalidad y la variedad.

2. En sentido semejante, pero desprovisto de un exceso de substrato biológico, Johanna Huding plantea la situación de la criminalidad femenina en estos términos: ¿por qué la mujer debe sufrir las circunstancias más desfavorables que el hombre para sombrear en la delincuencia? Y responde atribuyendo esta situación al hecho de que la mujer se adapta más fácilmente a las dificultades

de la vida, y entra así en menos conflictos con la ley y el orden.

3. Sutherland, por su parte, considera que la diferencia importante viene de la situación social de las muchachas y las mujeres, comparada con la de los muchachos y los hombres. La diferencia esencial viene probablemente de que las muchachas son más estrechamente vigiladas y se conforman más a los modelos de conducta anticriminales, que le son propuestos con más cuidado que a los muchachos. Desde su edad más tierna las muchachas aprenden que deben ser obedientes y los varones deben ser duros y rudos.

4. El profesor Jean Constant insiste sobre la influencia de la evolución del status socioeconómico de la mujer que no es más según la expresión de Mannhein que *una planta de amapola* protegida de los asaltos a veces fríos de la vida; la criminalidad femenina aumentaría a medida en que la mujer se encuentra más en contacto con las dificultades de la vida².

Sin embargo otros autores, han puesto en duda las proporciones estadísticas pues opinan que hay una diferencia enorme entre las estadísticas y la criminalidad femenina real.

Se señala esa "cifra negra" de la manera siguiente:

Nicéfero opina que la criminalidad femenina es superior a la del hombre, pero menos importante: 1) Porque en el dominio de las costumbres, la prostitución constituye un derivativo en el cual no se encuentra huella en la estadística criminal; 2) porque es una criminalidad astuta hábilmente premeditada que se disimula fácilmente; 3) porque la mujer aún siendo muy a menudo la instigadora del crimen, permanece entre bastidores y escapa a las persecuciones.

(2) Dotel Matos, Héctor. Introducción al estudio de la Criminología. Santo Domingo: 4ta. Edición, 1993.

Según escribe Mannhein, las mujeres se benefician de las ventajas de una sociedad dominada por los hombres. Ellas serían favorecidas en tres niveles; 1) por el legislador que no considera el peligro de un comportamiento, excluyendo notablemente la prostitución en principio del campo de aplicación de la ley penal; 2) por los órganos de persecución, cuya actividad sería difícil no solamente por el género de la infracción y el modo de participación de las mujeres, sino también por las repugnancias del público a perseguir mujeres³.

Si hay consenso en que hay infracciones que se le atribuyen propiamente a las mujeres tales como: el infanticidio, el aborto, el abandono de menores la corrupción de la juventud, la prostitución en la medida en que constituye una infracción, y el adulterio, en el área de infracciones contra la familia.

En cuanto a los delitos contra las personas estaría el envenenamiento, las calumnias, las injurias y en el dominio de los delitos contra los bienes, el hurto y el robo con fuerza.

Según los expertos, en Cuba el porcentaje de las mujeres sancionadas con respecto al conjunto de la población condenada es inferior a un 8%, aplicándose a las mujeres con más frecuencia las medidas sustitutivas de la privación de libertad.

Este último dato fue corroborado por un trabajo realizado por nuestro grupo de investigaciones en los años 90 y 91 y que consistió en un trabajo comparativo sobre la eficacia de la aplicación de las medidas sustitutivas de la privación de libertad en la provincia Ciudad de La Habana, donde se conformaron dos grupos: uno de control con sancionados a privación de libertad y otro grupo experimental, constituido por sancionados a medidas sustitutivas que fueron investi-

gados después de haber transcurrido un tiempo del cumplimiento de la sanción.

En el grupo control (sancionados a privación de libertad) el 91% eran hombres y el 8.1% eran mujeres; a más de la mitad de estas últimas la sanción fue modificada por medidas sustitutivas.

En este estudio se ofrecieron datos muy interesantes de las consecuencias de la privación de libertad, sobre todo en los hombres, que era el sector mayoritario, respecto al nivel de reincidencia, la incorporación laboral y la conducta social.

Sin embargo no se reflejó en esta investigación las consecuencias de la privación de libertad en la mujer puesto que la representación femenina era muy pobre.

Con el interés de reflexionar en esta dirección nos encaminamos a sondear las consecuencias de esta sanción en el sexo femenino. Esto nos permitiría recoger una información necesaria para futuras hipótesis a la luz de las nuevas condiciones socioeconómicas del país.

Los indicadores que nos trazamos fueron:

- Incorporación laboral.
- Nivel de reincidencia.
- Consecuencias en el ámbito familiar.
- Conducta social.

Escogimos para este sondeo el municipio de Centro Habana, que en los últimos 5 años (1990-1991) es el que ha tenido mayor frecuencia de sancionadas, 21 en este caso de un total de 181 distribuidas en los 15 municipios de Ciudad de La Habana. Estas ex reclusas debían tener un mínimo de 6 meses de egreso de la prisión.

Este municipio resulta muy significativo en el país por la alta concentración de habitantes por Km² y las inadecuadas condiciones de vivienda.

De estas 21 sancionadas, 2 no fueron localizadas por trasladarse a otras direcciones, 2 fueron baja por encontrarse

⁽³⁾ Dotel Matos, Héctor. Introducción al estudio de la Criminología. Santo Domingo: 4ta. Edición, 1993.

en el extranjero y 2 se encontraban presas por nuevos delitos.

Por lo que realizamos un total de 15 entrevistas a las ex sancionadas; entrevistándose también al medio familiar y a un representante de la comunidad.

Además se realizaron observaciones al medio ambiente donde se desenvuelven las ex sancionadas.

Resultados

A continuación representamos los índices sociodemográficos más importantes.

<i>Edad</i>	<i>F</i>	<i>%</i>
-20	3	20
20-30	6	40
30-40	2	13.33
40-50	3	20
50-60	1	6.66

Las mujeres menores de 30 años son las de mayor incidencia en el delito e incluso hay 3 menores de 20 años en esta muestra.

<i>Delitos cometidos</i>	<i>F</i>	<i>%</i>
Hurto	4	26.66
Robo con fuerza	2	13.33
Desacato - amenaza	2	13.33
Estafa	1	6.66
Amenaza	1	6.66
Robo con violencia	1	6.66
Violación de domicilio y daño	1	6.66
Evasión de preso	1	6.66
Incumplimiento del deber de denuncias	1	6.66
Actividad económica ilícita	1	6.66

De estos 15 delitos cometidos, hay 9 relacionados con la obtención de objetos o de dinero. Predomina el delito contra

los bienes y en 2do. lugar contra las personas.

<i>Sanciones recibidas</i>	<i>F</i>	<i>%</i>
3 meses	1	6.66
6 meses	4	26.66
9 meses	1	6.66
1 año	3	20
1 año y 6 meses	2	13.33
2 años	2	13.33
3 años	2	13.33

Se observó que las sanciones de 1 año o más constituyeron un % elevado de la muestra. La imposición de sanciones prolongadas aunque están impuestas en correspondencia del delito cometido contribuyen, por un lado, a favorecer un mayor tiempo de trabajo reeducativo y de reincorporación al trabajo en prisión pero por otro se establece una mayor interiorización de modelos de conducta delincuenciales.

<i>Tiempo de egreso de la prisión</i>	<i>F</i>	<i>%</i>
6 meses	3	20
1 año	2	13.33
1 año y 3 meses	2	13.33
1 año y 6 meses	1	6.66
1 año y 10 meses	1	6.66
2 años	3	20
2 años y medios	1	6.66
2 años	1	6.66
5 años	1	6.66

La mayoría hace más de 1 año que esta fuera de la prisión, tiempo suficiente para reorientar sus vidas y hacer planes hacia el futuro. Una tercera parte reflexionó sobre sus vidas en la prisión y expresaron que "a la cárcel no vuelven más", sin embargo hay 2 entrevistadas que plantean que en el centro penitenciario están mejor; (una de ellas ha delinquirido con tal de volver a la prisión).

En estos casos el grado de seguridad, comprensión y protección que ellas encuentran en la institución es mayor que el que encuentran en sus hogares.

<i>Antecedentes delictivos</i>	<i>Total</i>	<i>%</i>
Si	6	40
No	9	60

Seis de las ex sancionadas presentan antecedentes delictivos familiares, por los que las restantes provienen de núcleos familiares que no se han visto afectados por la aplicación de la ley.

<i>Estado civil</i>	<i>F</i>	<i>%</i>
Soltera	10	66.6
Concubinato	4	26.6
Divorciada	1	6.6

En el momento actual sólo 4 de las entrevistadas tienen un compañero en estado de concubinato.

<i>Número de hijos</i>	<i>F</i>	<i>%</i>
Ninguno	6	40
Embarazadas	2	13.33
Con uno	3	20
Con dos	3	20
Con tres	1	6.66

Exceptuando a las 2 embarazadas tenemos que 7 tienen hijos y 6 ninguno. Del total de hijos (12) tres solamente son menores de 6 años, por lo que la mayoría son adolescentes o jóvenes.

La mayoría de las que tienen hijos son madres solteras, 5 de las 7.

<i>Nivel de escolaridad</i>	<i>F</i>	<i>%</i>
Primaria no terminada	1	6.66
Secundaria no terminada	7	46.66
Secundaria terminada	5	33.33
Otros estudios	2	13.33

La mayoría presenta un nivel de secundaria básica no terminada, 7 para un 46.66%, y 5 la han terminado para un 33.33%. En otros estudios se encuentra una compañera graduada de un curso de enfermería y otra con el secretariado no terminado.

Reincidencia

El nivel de reincidencia es uno de los índices más utilizados para evaluar el éxito de la sanción, ya que la amenaza de un castigo es un medio eficaz para intimidar a posibles infractores.

Pero hay que precisar que la reincidencia por sí sola no permite profundizar en el análisis, pues todas las reincidencias no son comparables y muchas son las circunstancias que favorecen el que se cometan nuevos delitos.

No es exacto expresar que todo se debe a la privación de libertad, si el ex recluso se reincorpora de nuevo a su medio ambiente y reaparecen las particularidades negativas de su personalidad.

De estos 15 casos estudiados, 6 para un 40% reinciden, e incluso hay 2 que son multireincidentes que han sido sancionadas en más de 3 ocasiones.

Se pudo constatar que en estas mujeres reincidentes no sólo ha influido la experiencia de la cárcel, sino los acontecimientos posteriores a la puesta en libertad de las sancionadas tales como: la ausencia total de objetivos a lograr en sus vidas, el rechazo familiar y social agravado por las reacciones de agresividad de la cual ellas son portadoras y que imposibilita su inserción social.

Incorporación laboral

El trabajo es la actividad humana más importante, es fuente de desarrollo individual y social.

El individuo interactuando en su colectivo de trabajo asimila la función educativa de este, pues no sólo se ejerce

influencia sobre la actividad que se realiza sino también sobre si mismo.

El trabajo reeducativo que se realiza en la prisión tiene entre sus objetivos motivar a las sancionadas hacia el trabajo, no sólo en el interior de la prisión sino también cuando egresan de la misma, con la expectativa de que esta actitud perdure a pesar de no recibir una influencia tan directa.

En el caso de las entrevistadas, aproximadamente la mitad plantea haber tenido alguna experiencia laboral antes de cumplir la sanción en el centro penitenciario como vemos a continuación:

<i>Experiencia laboral previa</i>	<i>F</i>	<i>%</i>
Si	8	53.33
No	7	46.66

Sin embargo una sola de las entrevistadas está vinculada al trabajo.

<i>Trabajo actual</i>	<i>F</i>	<i>%</i>
Si	1	6.66
No	14	93.33

Hay 2 que piensan hacerlo próximamente pero no tienen aún nada seguro al respecto. La motivación hacia el trabajo en sentido general está ausente.

La instrucción que poseen es muy baja, un poco más de 50% tiene un nivel inferior al de secundaria, lo no que les permite optar por ningún trabajo que exija el 9no. grado como mínimo. Además en las condiciones actuales de reordenamiento laboral tendrían que escoger empleos tales como: barrer calles, limpiar pisos, o de guardaparque, que son de baja remuneración y ellas no están dispuestas a aceptarlos, pues expresan que no quieren trabajar y menos por un salario que no cubra sus necesidades.

Cuando relacionamos esta situación con los ingresos económicos familiares,

constatamos que sólo hay 5 núcleos que reciben pensión o salario por algún miembro de la familia. En los otros núcleos, 2 se declaran trabajadores por cuenta propia y los demás sin ningún ingreso.

Ellas y sus familiares expresan que viven de vender los víveres de la cuota básica, de algún producto del agro o de lo que se presente, lo que puede dar pie a alguna actividad ilegal.

Las condiciones materiales de vida observadas son malas y 3 de los casos resultan pésimas.

Consecuencias en el ámbito familiar

Todos los núcleos visitados lo componen familias incompletas, lo que significa que las entrevistadas conviven indistintamente con la madre y hermanos u otros familiares. La ausencia del padre está presente en todas las familias visitadas. En 2 casos se añade la figura del padrastro. Sólo 4 viven con sus compañeros.

Se evidencia una movilidad sistemática de los miembros de la familia, sobre todo en el caso de los hombres, lo que impide saber realmente que cantidad de personas de forma estable conviven juntos. Además la convivencia radica en que están bajo un mismo techo pero la organización de la vida doméstica la hace cada uno por separado.

Se constató la no existencia de relaciones de comunicación entre sus miembros y la falta de dirección familiar. Estos elementos inciden en la no cohesión familiar favoreciéndose así el libre albedrío y la disociación familiar. En 6 de los núcleos visitados se encuentran hermanos de las ex reclusas cumpliendo sanción de privación de libertad. Cinco de las 15 entrevistadas que son madres solteras no tienen relación con los padres de sus hijos. Ellas mismas no sienten toda la responsabilidad se lo que significa ser madre, han contado con alguna ayuda por parte de la madre y hermanas,

sobre todo cuando cumplieron la sanción y estas aún mantienen diferentes grados de atención hacia estos niños. No piensan en la búsqueda de una relación matrimonial estable.

Ante estos hechos las consecuencias en el ámbito familiar son mínimas. Once de las 15 entrevistadas no tenían responsabilidades para con su núcleo familiar. Incluso 3 de las que tienen hijos nunca atendieron a sus hijos. En la mayoría de los núcleos visitados no se evidencian trastornos o conflictos de índole afectivo o moral, por encontrarse una ex reclusa en el seno familiar, excepto en los casos que ella misma provoque conflictos por sus rasgos de carácter.

Consecuencias del trabajo reeducativo

Todas la sancionadas y familiares hablan a favor del trato recibido y del tratamiento reeducativo de las instituciones penales. Pueden haber existido problemas pero la opinión generalizada es que allí se sintieron atendidas, comprendidas y seguras.

Allí estudiaron y aprendieron a coser, a bordar entre otras actividades. Además todas fueron incorporadas al trabajo socialmente útil en las distintas fuentes de trabajo de que dispone la cárcel de mujeres.

Sin embargo, parece ser que todo lo aprendido quedó en ese centro, cuando ellas cumplieron la sanción.

¿La realidad social que les espera afuera es más criminógena que la del interior de este centro? ¿o es que ellas aprenden a comportarse de una forma u otra según aconsejen las circunstancias?

Si estas conductas no son transferidas a posteriori podemos pensar que está presente el "camuflaje volitivo" por el cual el comportamiento adecuado por parte de las reclusas no se debe a una real interiorización de su reeducación, sino a fines más prácticos como es la reducción de la pena.

Fatalmente no tenemos datos de estas personas antes de cometer el delito, sólo información de los familiares y de la comunidad acerca de si notaron un real cambio en la conducta de estas ex reclusas.

Constatamos que sobre 8 de las entrevistadas (53.33%) se plantea que no han notado cambio alguno.

En 3 de ellas (20%) se habla de algunos cambios solamente, y en 4 (26.66%) se plantea que están más disciplinadas ahora que antes de la sanción.

De esta información también habría que despejar la influencia del "fenómeno de etiqueta", donde se estigmatiza a las personas, se les marca, por haber estado en prisión.

Sin embargo, a una pregunta a ellas sobre este aspecto, donde debían responder si se sienten rechazadas por familiares, vecinos o por algún centro laboral en específico, la mayoría manifiesta que no, que todo sigue igual que antes. Estas respuestas entran en contradicción con lo planteado por los representantes de la comunidad y familiares, los cuales expresaron su rechazo hacia estas mujeres.

Influye en este particular que ellas se comunican básicamente con un grupo determinado de amigos con intereses afines y que hacen su vida separados del resto de la comunidad y de su familia en particular, en la cual realmente no se insertan, ni pretenden insertarse.

Solo en una de las entrevistadas vimos preocupación por integrarse ella y sus hijos a los organismos de masas y participar en las tareas igual que los demás.

Conducta social

Se espera que después de concluida la sanción las ex sancionadas varíen de forma positiva su actitud hacia su familia, hacia el trabajo, hacia las relaciones sociales y hacia las organizaciones de masas.

La conducta de ellas hacia la familia y hacia el trabajo ya fueron analizadas pero sería bueno precisar las opiniones de la comunidad sobre las relaciones sociales

de estas con vecinos y organizaciones de masas.

Se concluye que las ex reclusas no acostumbran a estar en su zona de residencia por lo que no se puede dar un juicio exacto de la conducta social de ellas. Sus amistades no son de la zona.

En 4 ciudadanas (26%) se plantea que son ilegales y por lo tanto no constan en el registro de direcciones de la cuadra.

Reiteramos la opinión de que en el caso de 8 ciudadanas se plantea no apreciarse ningún cambio y en el caso de otras 3 solo modestas modificaciones de la conducta.

Esto nos indica que la imagen pública, en la mayoría de estos casos, no ha sufrido cambio alguno y que aunque algunos criterios son generalizados en función de la familia a los cuales pertenecen, ellas no han hecho nada para que esta imagen mejore.

Predominan los criterios de que son escandalosas, mal educadas, agresivas, alcohólicas y prefieren los contactos con antisociales.

Consideraciones generales

En estos 15 casos analizados se aprecia una complejidad social que va más allá de plantear que las consecuencias de la sanción de privación de libertad en estas mujeres no han sido positivas.

En primer lugar, la no incorporación laboral de la mujer es vista por ella misma y por nuestra sociedad como tarea "no tan obligatoria", diferente a como es en el caso de los hombres, por lo que este indicador no nos mide con absoluta certeza la efectividad de la reeducación. En este sentido ellas prefieren buscar los ingresos económicos por otras vías que no sea el trabajo estatal.

En segundo lugar no pretenderse que al extinguirse la sanción, la mayoría de las características negativas de la mujer quedan eliminadas. En este sentido podemos añadir la opinión de algunos autores que manifiestan que en las condiciones

de privación de libertad no puede ser lograda una verdadera reeducación.

En tercer lugar, parece haber más rechazo hacia la mujer delincuente que hacia el hombre delincuente porque no se acepta que la mujer sea capaz de realizar actos que atenten contra la sociedad.

En el sondeo realizado, la información obtenida nos indica que no se ha logrado éxito desde el punto de vista del fin educativo de la pena.

Al parecer la función lograda en más de la mitad es el temor a volver de nuevo a la prisión.

Aunque estos resultados nos acercan a la posición de ver en crisis no sólo a la cárcel sino a su labor resocializadora; si es bueno aclarar que nuestra sociedad puede posibilitar un trabajo post institucional basado en la estructura social actual; con el apoyo de los consejos populares, las organizaciones de masa y el sistema de prevención social; pues a pesar de que nuestra sociedad no es perfecta, aún ahora se mantienen las condiciones necesarias para un trabajo de seguimiento y continuidad educativa que se ha abandonado en este municipio de Centro Habana, pero que sí se realiza en otras provincias.

Esta situación nos obliga a rescatar este trabajo post institucional; donde es necesario lograr que la sociedad tenga una participación activa y organizada a través del trabajo comunitario, sin olvidar el enfoque diferenciado que necesita cada individuo en particular.

Quisiéramos terminar con estas palabras de Muñoz Conde:

"Hablar de la resocialización del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad en la que va a integrarse el delincuente tiene un orden social y jurídico que se estima correcto."⁴

⁽⁴⁾ Citado por Muñoz Conde Francisco. La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito. Ponencia del Primer Seminario Hispano-Germánico 1980. Barcelona.

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

ABUSO DE CONFIANÇA E APROPRIAÇÃO INDÉBITA – UM DIÁLOGO CONCEPTUAL LUSO-BRASILEIRO

MIGUEL PEDROSA MACHADO

Nos termos do art. 300º do Código Penal português¹, comete o crime de *abuso de confiança* “quem, ilegítimamente, se apropriar de coisa móvel que lhe foi entregue por título não translativo de propriedade”.

Este tipo de crime tem em comum com o de furto o facto de ser um crime contra a propriedade e de em ambos se exigir, como elemento essencial de incriminação, a intenção de apropriação. Mas distingue-se dele em virtude de não haver, no *abuso de confiança*, subtracção, e de estar na sua base, pelo contrário, a posse legítima de coisa móvel alheia (v.g. por ter havido entrega da coisa ao agente a título de “depósito, locação, mandato, comissão, administração, comodato, ou que haja recebido para um trabalho, ou para uso ou emprego determinado” – era a lista exemplificativa constante do art. 453º do anterior Código Penal português, de 1852-1886); é essa posse legítima que é invertida, por dissipação ou descaminho.

A história desta incriminação revela a contraposição entre dois sistemas (que

por sua vez assentam em duas diferentes técnicas legais de previsão), contraposição que tem a sua origem nos diferentes modos por que se organizou, nas leis de fins de setecentos e nas condições oitocentistas, as várias modalidades e as várias situações abrangidas pelo *furtum* no Direito Romano².

Um desses sistemas foi o adoptado pelo Código Penal francês de 1810, na sequência do de 1791 e de uma lei de 1751, mas introduzindo a denominação legal “abuso de confiança” (“abus de confiance”), e consiste em tratar esta incriminação em conjunto com as fraudes, para nela salientar o aspecto da inversão da posse por descaminho. Dessa saliência resultou a acentuação da ideia de quebra da confiança, subjacente à incriminação, e que determinou a própria escolha da denominação em causa³. Este primeiro sistema teve a grande vantagem de ter procedido, historicamente, à separação nítida entre o âmbito próprio do furto (apropriação com subtracção) e as

(1) O Código Penal actualmente vigente em Portugal é o aprovado pelo Decreto-lei 400/82, de 23 de Setembro (precedido da autorização legislativa contida na Lei 24/82, de 23 de Agosto), com várias revisões pontuais e com uma profunda revisão operada pelo Decreto-lei 48/95, de 15 de Março (mediante a autorização parlamentar concedida pela Lei 35/94, de 15 de Setembro), decreto-lei que contém a publicação do texto integral do Código Penal revisto.

(2) E, sobre este, por todos, *vd.* C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* (extr. da “Enciclopedia del Diritto Penale Italiano” dirigida por E. PESSINA), reimp. Roma: “L’Erma” di Bretschneider, 1976, p. 77 *et seq.*

(3) Para uma exposição histórico-actualista pormenorizada através da análise dos elementos constitutivos da incriminação, *vd.* R. MERLE / A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, tomo II, Paris: Éditions cujas, 1982, p. 1.932 *et seq.*

hipóteses de apropriação subseqüentes a uma detenção legítima do objecto material da infracção (o *furtum improprium* do Direito medieval); as dificuldades teóricas dessa separação (ainda patentes nas *Ordenações*, Livro V, título LX) não estão, efectivamente, de acordo com a relativa facilidade da respectiva distinção prática e probatória⁴.

Ao segundo sistema não pareceu necessário sair do contexto da incriminação do furto para conseguir exprimir tal diferenciação. Nele, parte-se antes do género ou elemento comum – a apropriação (e o dolo que a toma por objecto) – e obtém-se depois a especialização, através da existência ou não de subtracção e até, complementarmente, das diversas formas ou títulos por que o agente detém o bem (e, assim, ao lado da “apropriação indevida” – designação correspondente, neste segundo sistema, à incriminação do *abuso de confiança* –, surgem tipos legais de crime como a apropriação em caso de acessão ou de coisa achada). Foi um sistema que encontrou, historicamente, diferentes modos de concretização; modelares podem considerar-se o Código sardo⁵ e o Direito brasileiro⁶, com a

curiosidade, quanto a este último, de o *nomen iuris* “abuso de confiança” aí surgir para designar uma circunstância qualificativa do furto⁷, enquanto o nome a incriminação de que aqui se trata é, coerentemente com o sistema seguido pela lei penal brasileira, apropriação indébita.

O Direito alemão⁸, através do Código prussiano de 1851 e do Código do Império que se lhe seguiu (1871) veio trazer a este segundo sistema o contributo da punição autónoma da quebra da confiança, como reforço valorativo (ou compensação) da maior objectividade deste sistema, inerente à aproximação ao furto.

O actual Direito português revela a influência de ambos esses sistemas, bem como do complemento acabado de referir:

- a denominação da incriminação é a de *abuso de confiança*, para garantir uma continuidade, mesmo que me-

⁽⁴⁾ Cf., v.g., B. GARCIA DOMINGUES, *Investigação Criminal*, II Parte (e vol.) – *Técnica e Tática nos Crimes contra a Propriedade*, Lisboa: ed. A., 1965, p. 273 et seq.

⁽⁵⁾ Por todos, cf. os artigos sobre “Appropriazione indebita” de G. D. PISAPIA no *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, tomo 1.º, 1957, p. 789-808, de C. PEDRAZI na *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, 1958, p. 833-852, e de A. PAGLIARO na 4.ª Ed. do *Digesto, sec. Digesto delle Discipline Penali*, vol. I, 1987, p. 225-239.

⁽⁶⁾ Sobre este, vd. antes demais NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. VII, 4.ª ed. (com notas finais de actualização por H. C. FRAGOSO), Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 128 et seq., e depois, por ex., o próprio HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*.

Parte Especial, edição universitária revista e actualizada por FERNANDO FRAGOSO, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 413 et seq., e PAULO JOSÉ DA COSTA JR., *Comentários ao Código Penal. Parte Especial*, vol. 2 (do conjunto da obra), 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 253 et seq.

⁽⁷⁾ Cf., *inter alia*, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições cit.*, I, p. 327.

⁽⁸⁾ Sobre ele, em geral, e com largas indicações, podem confrontar-se as anotações ao § 246 do StGB (Código Penal alemão) de E. SAMSON, no *Systematischer Kommentar* (org. H.-J. RUDOLPHI, E. HORN e E. SAMSON), vol. II – *Besonderer Teil*, 3.ª ed., Frankfurt a. M.: Metzner, 1987, 17.º cad. (1984), p. 45 et seq., de A. ESER, no *Kommentar* de SCHÖNKE / SCHRÖDER, 24.ª ed., München: Beck, 1991, p. 1768 et seq., e de DREHER / TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 45.ª ed. da obra de O. SCHWARZ actualmente prosseguida por H. TRÖNDLE, München: Beck, 1991, p. 1.325 et seq.

ramente terminológica, em relação ao Código Penal de 1852, que adoptava e praticamente reproduzia o modelo francês;

- a sua estruturação e sistematização é, todavia, a de uma verdadeira *apropriação indevida ou indébita*, na sequência directa da incriminação do furto (sendo que tal aproximação

foi ainda acentuada na larga revisão do Código Penal de 1982 concretizada em 1995)⁹;

- finalmente, o Código Penal português de 1982 consagrou a relevância autónoma da quebra de confiança, através da punição da denominada "infidelidade"¹⁰ (art. 319º, na versão de 1982, e art. 224º, na de 1995).

⁽⁹⁾ Materialmente assente no anteprojecto oficialmente divulgado através da publicação do Ministério da Justiça, *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Lisboa : Ed. Rei dos Livros, 1993.

⁽¹⁰⁾ Tipo de crime a que dediquei parte significativa do estudo *Relevância sistemática do crime de infidelidade patrimonial - Insuficiência na quesitação do abuso de confiança e da burla - Aplicação no tempo do novo Código de Processo Penal*, Lisboa : sep. da "Revista da Ordem dos Advogados", 1991, trabalho no qual procurei reunir a principal bibliografia portuguesa sobre crimes contra o património (notas 17 e 23 *et seq.*).

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

A PROTEÇÃO PENAL DO AMBIENTE NO DIREITO FRANCÊS* INT

M. J. LITTMANN-MARTIN

O ambiente, valor fundamental como a vida ou a propriedade privada e pública, deve ser igualmente protegido pelo direito penal. Ao lado do homicídio e do furto, cada Código Penal deve conter uma ou mais incriminações de poluição, de dano, de destruição, de degradação ou de outras formas de atentados à natureza.¹

Essa resolução, adotada em 1977 pelo Conselho Europeu de Direito Ambiental, traduz a dimensão ética que convém levar em conta quando da preservação de um meio ambiente cada vez mais ameaçado.

Diante de uma gama de fatores de desequilíbrio, tais como a industrialização, as novas técnicas agrícolas particularmente agressivas, a urbanização acelerada, a França, como todos os Estados, munuiu-se de uma legislação que permite regulamentar as atividades humanas mais

perturbadoras e de reprimir certos atentados aos elementos que compõem o ambiente. Ela o fez sob pressão conjugada do direito internacional e, sobretudo, do direito comunitário, particularmente incisivo, e, também, da opinião pública, das associações de proteção da natureza, do mundo científico, cujos sinais de alarme favoreceram a necessária tomada de consciência dos políticos e dos poderes públicos.^{2NT}

Dessa maneira, foi edificado um direito ambiental, novo ramo do direito, e logo, um direito penal ambiental imponente e de uma grande complexidade, mas cuja eficácia permanece frequentemente aleatória.

Em um breve e concreto apanhado, apresentamos em primeiro lugar as características deste direito em formação (I) e, finalmente, algumas justificações de seu relativo insucesso (II).

I. Ordenamento penal imponente e complexo: características principais

Multiplicidade de incriminações e incoerências freqüentes das sanções são traços distintivos desse direito repressivo heterogêneo. Ao que se acresce, ainda, um particularismo desfavorável aos delinquentes ecológicos e um papel especí-

(*) Tradução do original francês e notas pelo Dr. Luiz Regis Prado, Titular de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá; Professor convidado da Universidade de Estrasburgo; Membro do Ministério Público do Paraná e Sócio-fundador do IBCCrim.

(INT) O presente artigo foi escrito em 1992, antes da entrada em vigor do novo Código Penal francês, de 01.03.1994 (Lei 92-1.336 de 16.12.1992, art. 373, modificado pela Lei 93-913 de 19.07.1993), mas, através das notas inseridas no texto, está adaptado à nova legislação.

(1) Citado por M. Delmas-Marty, prefácio à obra de J. H. Robert et M. Rémond-Gouilloud, *Droit pénal de l'environnement*, Paris, Masson, 1983.

(2NT) Sobre a evolução desse processo de reconhecimento, vide Luiz Regis Prado, *Direito Penal Ambiental*, São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 19 et seq.

fico reconhecido às associações de proteção da natureza.

A. Complexidade, inflação penal e incoerência são alguns juízos lançados sobre o direito penal francês do ambiente

“Encontramo-nos diante de disposições penais desordenadas, cujo objetivo é de assegurar o respeito a uma fragmentação de prescrições técnicas. Cada texto é, assim, visto como produto de seu próprio sistema de sanções.”² Não se poderia resumir mais claramente a situação.

Com o intuito de forjar o instrumental jurídico de luta contra a degradação do ambiente, o legislador adotou, sobretudo a partir de 1975, uma sucessão de textos que acabou por se superpor às disposições mais antigas, formando na maioria das vezes um confuso emaranhado. Como cada lei é provida de um dispositivo repressivo próprio, concursos de infrações e dificuldades processuais se reproduzem. Este direito complexo é cada vez mais fluido, já que continuamente alterado.

Nesse campo, a técnica legislativa utilizada é aquela que se encontra em todo direito penal de regulamentação: alguns artigos da lei fixam as sanções correccionais, de acordo com o art. 34 da Constituição, as penas e as medidas complementares e evocam, em termos geralmente vagos, os comportamentos delitivos, deixando ao poder regulamentador o cuidado de os precisar. As fontes

do direito penal ambiental são a lei, é claro, mas também os textos preparados para sua aplicação: decretos e resoluções determinam ou complementam os elementos constitutivos das infrações, onde há um número extravagante de tipos incriminadores.^{3NT}

Os males dos quais padece esse direito penal jovem, mas já enfermo, foram identificados e muitas vezes denunciados.³ Os remédios são conhecidos. Eles exigem uma revisão completa e uma reflexão de conjunto, a fim de restabelecer a clareza e a hierarquia das normas. A solução só pode ser uma codificação legislativa cuidadosamente amadurecida.^{4NT} A atualmente adotada, uma codificação por decreto, constante e precipitada, corre o risco de ser não só inoperante, mas ainda agravante.⁴

A “lógica incerta”⁵ dos dispositivos repressivos pode ser colocada em destaque por alguns exemplos: deste modo, a proteção penal das espécies de fauna e de flora particularmente ameaçadas está garantida pela lei de 10.07.1976, relativa à proteção da natureza. A maior parte das disposições desta lei foi integrada no livro II do Código Rural intitulado “Proteção da Natureza”.⁶

(2) Comissão interministerial para a luta contra as infrações em matéria de ambiente, Informe de C. de Vilmorin, *La lutte contre les atteintes à l'environnement*, Ministère de l'Environnement et du cadre de vie, 1980, p. 61 et seq.; Informe da Comissão “Écologie et Actions Publiques” por M. Gallet, 1991; Informe M. Prieur “Réflexions préliminaires sur l'éventualité d'une codification du droit de l'environnement”, Ministère de l'Environnement, 1991, v. 2, anexo 13; “Le droit pénal et la codification de l'environnement”, por M. J. Littmann-Martin.

(3NT) A propósito da caracterização da norma penal em branco, vide Luiz Regis Prado, *op. cit.*, p. 42-49.

(3) Jean-Jacques de Bresson, *Inflation des lois pénales et législations ou réglementations techniques*, *Rev. Sc. Crim.*, 1975, p. 243.

(4NT) Confira os modelos legais de proteção, Luiz Regis Prado, *op. cit.*, p. 34 et seq.

(4) A senhora Ségolène Royal, Ministra do Ambiente, optou pela codificação do direito ambiental e procedeu, em julho de 1992, à instalação de uma comissão de especialistas. Mas seria, na verdade, salvo novas orientações, de uma consolidação dos textos existentes. As disposições legislativas permanecem inalteradas, daí nossas previsões pouco otimistas quanto aos resultados.

(5) Apresentação do Informe Gallet, citado.

(6) Decretos 89-804; 89-805, de 27.10.1989; J. O. 04.11.1989; Decreto retificativo 90-879

O art. L.211-1 do Código Rural proíbe as atividades que levem perigo ao animal ou à flora protegida, os atos de transporte, de utilização, de comercialização, de alteração dos habitats destas espécies, e, para os animais, as naturalizações. As penas cominadas são de prisão de seis meses e/ou multa de dois mil a sessenta mil francos.^{5NT} A determinação das espécies protegidas é estabelecida por resolução em listas enumerativas. Todas as aves rapinantes diurnas e noturnas são integralmente protegidas, daí por que destruir uma águia real ou um gavião é um delito, mas é também um ato de caça proibido pela polícia florestal que o qualifica de contravenção. O mesmo comportamento pode ser um delito quando tipificado como uma infração à lei "natureza" ou uma contravenção quando infração à polícia de caça. De outro lado, atirar em um animal protegido e errar o alvo não pode ser sancionado por penas correccionais, pois a Lei de 10.07.1976 só previu infrações de resultado, mas recolher um ouriço morto e o transportar constitui um delito.

Outra ilustração de incoerência, de hierarquia desconcertante das qualificações penais: as instalações nucleares de base. Assim, a lei de 19.07.1976 relativa às instalações *classées*^{6NT} para a tutela do

ambiente sanciona com prisão de dois meses a um ano e/ou multa de dois mil a quinhentos mil francos a sua exploração sem autorização, quando esta é exigida (art. 18). Todavia, no caso de exploração de uma instalação nuclear de base ou a sua paralisação sem as autorizações exigidas ou necessárias, há apenas uma contravenção de quinta classe (art. 12 do Decreto de 11.12.1963).

A recusa de informar a administração ou a informação inexata no que tange a certas categorias de detritos caracteriza os delitos previstos pelo art. 24-I da Lei de 15.07.1975 relativa à eliminação de detritos e à recuperação de material (penas cominadas: dois anos de prisão e/ou multa de até cento e vinte mil francos) e a não-declaração de um acidente ou incidente nuclear continua sendo uma contravenção (art. 12-4 do Decreto de 11.12.1963).

Concluir-se-á esta apresentação crítica por um caso particularmente revelador de uma complexidade irracional: a poluição das águas. A legislação francesa prevê, atualmente, três delitos que reprimem os atentados ao meio aquático, cada um sancionado com penas diferentes e submetido a regimes penais diversos. O mais antigo proíbe os lançamentos em águas doces superficiais (e não fechadas), com destruição ou dano ao peixe (art. L.232-2 do Código Rural). Uma interpretação extensiva da jurisprudência transformou esta infração em delito de poluição de águas doces (penas cominadas: dois anos de prisão e/ou multa de

de 28.09.1990: J. O. 30.09.1990. A parte legislativa dos novos livros do Code Rural, cujo livro II foi adotado pela Lei 91-363 de 15.04.1991: J. O. 17.04.1991.

^(5NT) Atualmente, o delito é uma infração punida com pena privativa de liberdade não excedente a dez anos e uma multa de no mínimo vinte e cinco mil francos, e a contravenção é uma infração punida com uma multa de no máximo vinte mil francos, além de penas privativas ou restritivas de direitos e de penas complementares, aplicáveis a ambos (arts. 131-1 a 131-13 do CP).

^(6NT) O art. 1 da Lei 76-663 de 19.07.1976 conceitua as instalações protegidas (*classées*), detentoras de um regime especial, rezando expressamente que: "Estão subme-

tidas às disposições da presente lei as indústrias, oficinas, depósitos, estaleiros e de uma maneira geral as instalações exploradas ou mantidas por toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que podem apresentar risco de perigo ou inconveniente seja para a comodidade dos habitantes das cercanias, seja para a saúde, a segurança e a salubridade públicas, a agricultura, a proteção da natureza e do ambiente ou para a conservação dos sítios e dos monumentos".

dois mil a cento e vinte mil francos). Os art. 6-13 do Decreto-lei de 09.01.1852 sobre o exercício da pesca marítima, datando de uma Lei de 03.01.1986, reprimem os mesmos comportamentos, tendo causado dano ao meio aquático marítimo. Este delito é sancionado exclusivamente com uma multa de cento e cinquenta mil francos. Enfim, a Lei de 03.01.1992, *Loi sur l'eau*, cria um delito geral de poluição de água caracterizado pelos efeitos prejudiciais, ainda que provisórios, sobre a saúde, a flora ou a fauna ou por modificações significativas do regime normal de alimentação em água ou limitação do uso de zonas de banhado (art. 22). As penas cominadas são de prisão até dois anos e/ou multa de até quinhentos mil francos. A escolha entre esses dois textos pode gerar muitos problemas.

Em contrapartida, o regime mais satisfatório é o das instalações *classées* previsto na Lei de 19.07.1976 que contém sanções verdadeiramente dissuasivas para certas ações, com a introdução de procedimentos modernos de diversificação da repressão, tal como a suspensão temporária de aplicação da pena, mediante cumprimento de obrigação legal de recolocar os locais no estado em que anteriormente se encontravam, sob pena de *astreinte* — sanção pecuniária.⁷ A tipologia das infrações é relativamente simples: ausência de autorização quando a atividade a ela é submetida; ausência de declaração quando se lhe exige pela nomenclatura das instalações *classées*; desrespeito a prescrições administrativas ou de uma resolução governamental. O conjunto é coerente e deveria permitir uma repressão mais eficaz dos descumprimentos se os inspetores das referidas

instalações, habilitados a constatar as infrações, não privilegiassem, frequentemente de forma abusiva, a negociação com o empresários, em detrimento da via penal.⁸

A esse conjunto de incriminações complexas, de sanções às vezes muito severas, se acrescenta uma particularidade desfavorável aos delinquentes ecológicos.

B. Particularismos a priori desfavoráveis aos delinquentes ecológicos

O direito penal do ambiente é um conjunto de regras técnicas providas de sanções penais, reprimindo a transgressão às prescrições administrativas. As infrações, devido a sua tecnicidade, são geralmente constatadas pelas polícias especiais e não por oficiais ou agentes da polícia judiciária. Trata-se de funcionários ou agentes públicos autorizados pelo legislador para a condução do inquérito de determinadas categorias de infrações. Eles dispõem de poderes investigatórios cujos limites são insuficientemente definidos.

Em razão dessas imprecisões, os direitos da defesa são, às vezes, mal assegurados. Nota-se a falta de comunicação, imediata, à pessoa interessada da lavratura dos autos. As coletas de água, de ar, são efetuadas, muitas vezes, sem a presença do autor dos lançamentos e em condições que nem sempre permitem o exercício do contraditório em sede pericial.

O princípio da livre participação do cidadão nas operações investigatórias, na fase do inquérito, é aqui pouco conhecido, porque cada lei especial de proteção ambiental prevê um delito de obstáculo a controle, cujos elementos constitutivos permanecem indeterminados enquanto as sanções cominadas são bastante severas.

⁽⁷⁾ Cf. M. J. Littmann-Martin, Le nouveau régime répressif des installations classées pour la protection de l'environnement, *Rev. Jur. Envir.*, 1987, p. 25.

⁽⁸⁾ Cf. P. Lacoumes, La justice de l'environnement industriel: une place à prendre et à inventer, *Justice*, 1988, p. 30.

Em que pese compreender-se a utilidade desse delito, cria ele, entretanto, uma situação paradoxal em relação ao direito comum. Com efeito, a recusa de todo cidadão em colaborar com as investigações policiais — fora dos casos de flagrante ou de instrução — é considerada legítima pelo Código de Processo Penal, salvo na presente hipótese. A extensão dessas prerrogativas, exorbitantes ao direito comum, reconhecida a pessoas estranhas à polícia, deveria ser precisada pelo legislador como o exigido pelo Conselho Constitucional em se tratando de diligências que podem causar perigo a direitos e liberdades individuais. Mas a maior parte das leis relativas ao ambiente não delimita esses poderes e deveria ser completada.

As condições benevolentes da responsabilidade penal do delinquente ecológico devem ser assinaladas.

O elemento intencional tem um papel muito negligenciável, depois de uma decisão de princípio da Câmara criminal de 28.04.1977 declarando que o delito de poluição de águas doces superficiais (art. L. 232-2 do Código Rural) é uma infração material.⁹ De conseqüência, a ausência de culpa não afasta a responsabilidade do poluidor.^{7NT} Somente a força maior poderá eximir e ela é raramente admitida já que suas condições são verificadas com severidade.¹⁰ Esta jurisprudência parece

influir o conjunto do direito penal ambiental. Desde que a ação violadora da norma se encontra provada, o autor identificado, a repressão se torna possível. Este mecanismo implacável pode suscitar reservas. É equitativo de assimilar por meio de qualificações idênticas o atentado voluntário e consciente ao ambiente e o acidental, independentemente da vontade do agente?

A mesma preocupação de rigor quanto às regras de designação do penalmente responsável que será o chefe da empresa. A responsabilidade da pessoa jurídica não está ainda consolidada.^{8NT} O delinquente será então uma pessoa física e uma presunção de responsabilidade penal é admitida em relação àquele que detém o poder de direção e o dever de informação e de vigilância. Um comportamento positivo de encorajamento à infração não é necessário. O descumprimento da regulamentação será suficiente já que: *Nas indústrias submetidas a regulamentos editados no interesse da salubridade ou da segurança pública, a responsabilidade penal remonta essencialmente aos chefes de empresas aos quais são pessoalmente impostas as condições e o modo de exploração de suas indústrias.*¹¹

O único meio de o dirigente elidir sua responsabilidade será provar a existência

vão se concentrar os dejetos poluentes, não é nem imprevisível nem irresistível. Cf. as decisões apresentadas no *Juris Class. Droit rural, Environnement et ressources naturelles*, Fasc. G-3, Répression de la pollution des eaux, por M. J. Littmann-Martin, n. 45 a 49.

⁽⁹⁾ Cass. crim., 28.04.1977, J. C. P., 1978, II, 18.931, nota M. Delmas-Marty, D. S. 1978, 149, nota M. L. Rassat: *Rev. Sc. Crim.*, 1978, p. 335.

^(7NT) O novo Código Penal francês, em vigor desde março de 1994, afastou peremptoriamente a responsabilidade penal objetiva, sufragando o princípio do *nullum crimen sine culpa* (art. 121-3). Não há mais falar em *délit matériel*, já que exigida pelo menos a culpa.

⁽¹⁰⁾ Assim, o acontecimento causador da poluição das águas deve ser imprevisível e irresistível. A seca, a época de grande calor responsável pela baixa das águas nas quais

^(8NT) A reforma penal francesa agasalhou também a responsabilidade penal do ente coletivo (art. 121-2, CPF). Acerca do tema, bastante polêmico, vide Luiz Regis Prado, *op. cit.*, p. 80 *et seq.*

⁽¹¹⁾ Cass. crim. 28.02.1956: J. C. P. 1956, II, 9.304, nota de Lestang: M. Puech, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelles*, Paris, Cujas, 1976, n. 98; M. J. Littmann-Martin, *Jur. Class. Droit rural*, Fasc., ci., n. 35-38.

de força maior, raramente acolhida, ou demonstrar que delegou seus poderes. A Câmara criminal exige inúmeras condições para admitir a efetividade de uma tal delegação.¹²

O breve exposto versando as linhas diretivas do direito penal ambiental seria incompleto sem algumas precisões sobre o papel específico assinalado às associações de defesa da natureza.

C. Os poderes conferidos às associações

Toda vítima de uma infração pode se constituir em parte civil diante das jurisdições criminais para fim de obter reparação. Esta constituição de parte civil pode colocar em marcha a ação penal pública contra a vontade do Ministério Público que tinha decidido em sentido contrário. A vítima pode ingressar com o seu pedido diretamente no Tribunal de Polícia, no Tribunal Correccional ou no juizado de instrução em matéria criminal ou correccional. Portanto, seus poderes são consideráveis já que podem atingir o monopólio do Ministério Público em sua decisão de processar ou de arquivar.¹³ Por isto que condições limitativas são exigidas para o recebimento da ação civil de vítimas de infrações diante das jurisdições repressivas. O prejuízo invocado deve ser pessoal e estar em relação direta com a infração (art. 2.º CPP).

Em consequência, as associações que desempenham uma missão de interesse geral, como a defesa do meio natural, a proteção da flora e da fauna selvagens, pretendem que uma infração ambiental cause também lesão a seu

interesse associativo ou estatutário. A resposta será que “elas não justificam, na espécie, um prejuízo pessoal e direto, distinto do prejuízo social cuja persecução é confiada ao Ministério Público”.¹⁴ ^{9NT} O obstáculo jurídico é então incontornável.

Consciente do papel determinante desenvolvido pelas associações na proteção do ambiente, o legislador as habilita a exercer a ação civil diante das jurisdições criminais. Esta habilitação as dispensa de demonstrar a realidade de um prejuízo pessoal e diretamente ligado à infração objeto de processo. A sua ação civil pode ser admissível.

Em direito ambiental, as habilitações são particularmente numerosas, mas específicas a cada lei e submetidas a condições heterogêneas criticáveis.¹⁵ Uma habilitação geral similar àquela de que se beneficiam as associações de consumidores “pelos fatos que levam prejuízo direto ou indireto ao interesse coletivo dos consumidores” seria desejável.

Contudo, elas utilizam com frequência os poderes que lhes são conferidos e estão na origem dos processos criminais em áreas pouco técnicas que não exigem perícias custosas. A proteção da fauna, das reservas naturais, dos biótipos, são os terrenos preferidos. Algumas associações tornaram-se parceiras do Ministério Pú-

(14) Cass. crim. 10.11.1976, J. C. P., 1977, II, 18.709, nota de M. Delmas-Marty.

(9NT) Em França, os membros do Ministério Público são magistrados – a chamada *magistrature débout* – e recebem a mesma formação dos juízes na Escola Nacional da Magistratura. Após um duríssimo concurso de ingresso, realizam estudos teóricos e práticos, em tempo integral, de aproximadamente trinta e um meses.

(15) Cf. M. J. Littmann-Martin & Cl. Lambrechts, La spécificité du dommage écologique, Informe geral em Le dommage écologique, Actes du Colloque de Nice, 21-22.03.1991, Economica, *Collection Droit et Économie de l'environnement*, 1992, p. 72 et seq.

(12) Serão levadas em conta a importância da empresa, a realidade da delegação, a escolha do delegatário, que deve ser competente e estar munido da autoridade necessária. Cf., por exemplo, Jur. Class. Droit rural, Fasc., cit., nota 49.

(13) Essa opção do Ministério Público decorre do princípio da oportunidade.

blico, cada vez mais receptível a seus argumentos.

Infelizmente, esse reconhecimento é raramente acompanhado de suportes financeiros e as indenizações consignadas ficam cada vez mais irrisórias.¹⁶

Portanto, o direito penal francês do ambiente existe e, apesar de suas fraquezas, constitui um conjunto de instrumentos sérios capaz de lutar corretamente contra os atentados cometidos aos elementos do meio natural e à qualidade de vida. Entretanto, sua eficácia real permanece aleatória.

II. Uma eficácia aleatória

“A lei penal será certamente julgada ineficaz – e ela é duplamente ineficaz – se praticada uma infração não se lhe segue uma punição.”¹⁷ Tal é o caso em matéria de ambiente.

Essa ineficácia pode ser auferida em dois momentos: o das persecuções raras ou mesmo inexistentes em alguns setores e o das sanções, em geral muito brandas ou mal adaptadas.

A. A raridade das persecuções

Os membros do Ministério Público se queixam, em conjunto para explicar sua inércia, “da multiplicidade e do grande tecnicismo dos textos”, fixando as prescrições e com elas os elementos constitutivos das infrações.¹⁸ Eles confessam também nem sempre atinar para a gravidade social dos comportamentos delitivos em sede ambiental, por falta de uma

formação apropriada em ciências da natureza.

Razões sociológicas, mas também jurídicas, explicam, portanto, uma situação que devia, entretanto, evoluir nos anos vindouros.

A decisão de processar tomada pelo membro do Ministério Público supõe que ele seja corretamente informado das infrações praticadas, que ele esteja consciente da necessidade da persecução criminal e que ele domine os textos aplicáveis a fim de tipificar corretamente as ações delituosas de que tenha conhecimento. Ora, estes condicionantes são dificilmente reunidos: informação e formação são igualmente defeituosas.

1. A falta de informação

Na origem dessa falta de informação encontram-se a ausência de verificação das infrações pelos agentes habilitados, o deixar de encaminhar os autos de infração pelas administrações aos *Parquets*, apesar da obrigação legal de fazê-lo e as transações com os delinquentes, estejam ou não previstas em lei.

A não verificação das infrações é uma evidência. Os policiais não têm tempo nem competência técnica para fazê-lo. Os agentes e funcionários habilitados para esta tarefa se esquivam.

Ora, a atuação dos corpos especializados é determinante tanto para a lavratura dos autos de infração como para sua transmissão ao Ministério Público. Mas a maior parte, entre os quais figuram os inspetores das instalações *classées*, não tem a fibra repressiva nem interesse pela via criminal, salvo em última instância.

Dai por que o inspetor das instalações *classées*, por exemplo, não lavrará o auto de infração, senão quando o industrial – autor – recusar a negociação. Ele espera então da via penal um resultado que não pode obter pela administrativa. Da mesma forma, quando o “lucro” do delinquente priva a negociação de todo inte-

⁽¹⁶⁾ Mil francos foram concedidos a uma associação de proteção da natureza em virtude de destruição voluntária de um depósito de ovos de esturjões; Agen, 15.10.1990, *Rev. Jur. Env.*, 1992, p. 339, nota de Littmann-Martin.

⁽¹⁷⁾ J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, L. G. D. J., 1969, p. 95.

⁽¹⁸⁾ C. de Vilморin, Informe citado, nota 3, p 63 *et seq.*

resse (caso de ferros-velhos marginais), ou, ainda, quando sob pressão dos entes municipais ou da opinião pública, ampliada pelos meios de comunicação.

Inúmeras ocorrências delituosas não são jamais constatadas ou, quando o são, acabam não sendo levadas ao conhecimento do Ministério Público, por falta de encaminhamento dos autos pelo superior hierárquico.

Um observador particularmente atento das práticas administrativas pode consignar: *uma atuação pragmática, com amplo espaço para a negociação e utilizando os recursos fornecidos pelo direito com vistas a obter alguns resultados materiais. A busca de uma eficácia concreta supera aqui a preocupação com a estrita legalidade. Pode-se dizer, neste sentido, que a administração das instalações classées gera praticamente os riscos industriais e forma uma espécie de "magistratura técnica".*¹⁹

Essas práticas correntes explicam a má informação do Ministério Público. Ela explica também as reações de desconfiança das autoridades judiciárias quando recebem a informação e esta é um dos elementos dos arquivamentos.

2. Os arquivamentos

A impressão geral é que eles são numerosos, mas as estatísticas nesse campo permanecem incompletas e pouco confiáveis. Vários fatores concorrem para esta situação e têm influência também sobre as decisões judiciais.

De primeiro, destacaremos "a formação deficitária dos magistrados no que diz respeito ao ambiente", formação qualificada de "fragmentária e de limitada".²⁰ A gravidade dessas infrações é subestimada em relação à delinquência dita "clássica". O ladrão, ao final, será mais sistematicamente objeto de persecução

criminal que o industrial que envenena um curso d'água ou estoca irregularmente detritos tóxicos, colocando em perigo os seus funcionários, as pessoas das cercanias e o meio ambiente.

O primeiro é um ser associar que merece sanção. O segundo, um empresário, criador de empregos, freqüentemente influente e respeitado, que às vezes indeniza espontaneamente as vítimas diretas dos danos por ele causados: associações de pescadores privados da pesca; criadores cujo gado fica doente, intoxicado pela dejeção maciça de flúor na atmosfera, por exemplo.²¹

O Ministério da Justiça nada fez para inverter essa visão retrógrada da delinquência. Nenhuma diretriz, nenhuma circular teve por objetivo sensibilizar os magistrados a respeito dessas novas formas de delinquência, que, entretanto, degradam o patrimônio das futuras gerações e podem ter efeitos irreversíveis. "As bases ou os eixos de uma política criminal na matéria não são na atualidade claramente definidos; as ações do *Parquet* ficam relegadas às iniciativas individuais."²² A delinquência ecológica não é considerada um setor prioritário da atividade penal".²³

Observam-se a seguir as reticências dos magistrados em se transformarem em *gendarmes* do direito administrativo. "A autoridade judiciária parece considerar que ela só é provocada de modo injustamente seletivo, em condições e finalidades que lhe escapam."²⁴ Constatação que ressaí do balanço do Conselho de Estado: *o juiz discerne mal o papel que*

(19) P. Lascoumes, *op. cit.*, p. 34.

(20) Informe Gallet, *op. cit.*, p. 31.

(21) A. Guérin-Henri, *Les pollueurs-Luttes sociales et pollution industrielle*. Le Seuil, Points Politiques, 1980.

(22) X. Matharan & D. Mondon, *Parquet et protection de l'environnement: pour une politique volontariste*, *Rev. sc. crim.*, 1991, p. 301.

(23) Informe Gallet, *op. cit.*, p. 32.

(24) *Idem*, *op. cit.*, p. 35.

*lhe é, no caso, deferido. Não é indubitado, com efeito, que nos casos conhecidos somente através de provocação da autoridade administrativa tem ele a impressão de não poder apreender o conjunto da matéria sobre a qual é chamado ocasionalmente a intervir, e, por consequência, de ser utilizado, conforme a conjuntura e a oportunidade, para a resolução de casos que não são necessariamente os mais graves. Assim, nasce na autoridade judiciária um sentimento de mal-estar que a conduz com frequência a atitudes senão de recusa, pelo menos de indiferença.*²⁵

Sobrecarregados de trabalho, os magistrados não se apressam em vir em socorro de uma administração incapaz de fazer respeitar as regras que ela edita, apesar dos poderes de que dispõe e que, geralmente, os têm deixado de lado, preferindo gerir só este tipo de situação.

A essas razões psicológicas podem ser acrescentadas também causas técnicas de arquivamento: inquéritos mal redigidos, incompletos, inutilizáveis, falta de peritos competentes, independentes dos poluidores, custo proibitivo das perícias.

Dessa forma, arquivar parece mais simples, sobretudo quando o poluidor se dispõe a reparar e a melhorar o funcionamento de suas instalações.

As associações não podem sempre suprir a inércia do Ministério Público, apesar das prerrogativas de que dispõem. Dificuldades jurídicas e financeiras são frequentemente impeditivas.

Compreende-se, assim, por que o contencioso penal seja raro em matéria ambiental. "Algumas migalhas para o aparelho judiciário", segundo a feliz observação de M. Lescoumes.²⁶ Quando as instâncias judiciais são provocadas, as penas

aplicadas são, em geral, decepcionantes, pouco dissuasivas e/ou mal adaptadas.

B. Uma repressão decepcionante

Indulgência de penas principais e falta de originalidade em sua escolha, utilização muito rara de penas e medidas complementares, indenizações irrisórias para as associações, tais são as principais características extraídas da jurisprudência.

1. Sanções pouco dissuasivas

Quando a poluição de águas doces superficiais era sancionada pelo art. 434-1 do Código Rural (art. 408, depois art. L.232-2), a pena de multa prevista era de no máximo oito mil francos. Ora, as penas impostas não ultrapassam quatro mil, a média se situa em torno de dois mil francos. A esta importância, tem-se, antes de uma sanção, uma verdadeira permissão para poluir. Com efeito, é mais vantajoso para o poluidor correr o risco, muito relativo, de novos processos, do que empreender um trabalho de enquadramento. Em 1984, o legislador elevou o máximo da multa a cento e vinte mil francos e a pena de prisão a dois anos. Daí em diante, o montante das multas aplicadas é mais elevado, sem jamais atingir o máximo.²⁷ As penas de prisão são raras e acompanhadas de *sursis*.

As condenações pronunciadas por descumprimento de regulamentos das instalações *classées* oferecem numerosos exemplos desta curiosa brandura. O Tribunal de Polícia de Trévoux, em 25.09.1980, condenou a seiscentos francos de multa o explorador de uma instalação que há anos não respeitava

⁽²⁵⁾ J. J. de Bresson, *op. cit.*, p. 247.

⁽²⁶⁾ Tem-se 1,3% do conjunto das condenações em 1988, 2,2% nestes dez últimos anos.

⁽²⁷⁾ Julgamento do Tribunal Correccional de Mende (12.08.1987), após destacar a gravidade dos fatos, acabou por aplicar uma pena de multa de 8000 F (*Rev. Jur. Env.*, 1987, p. 509).

as prescrições da resolução governamental (a referida instalação lançava no meio natural substâncias tóxicas) e a mil francos pelo desrespeito a uma medida que obrigava à obediência de tais prescrições. Inconformado, o condenado apelou! O Tribunal Correcional de Bourg-en-Bresse, em 07.12.1983, reconheceu-o culpado de violação ao art. 434-1 do Código Rural e de transgredir o regulamento das instalações *classées*, considerando que poluía as águas e persistia em operar tal instalação, apesar da medida suspensiva. Sanção: dispensa de pena.

A benevolência é ainda mais manifesta em se tratando de infrações à Lei de 10.07.1976 relativa à proteção da natureza. Enquanto as penas previstas para a destruição de um animal de uma espécie protegida podem alcançar seis meses de prisão e/ou uma multa de sessenta mil francos, as multas aplicadas raramente excedem a três mil francos. Sanções mais severas são impostas para os casos de taxidermia, mas estão longe de chegar perto dos lucros obtidos.

Portanto, colocando de lado alguns casos espetaculares, em que os juízes se manifestam escandalizados e preocupados em dar exemplo, decidindo agir com severidade — bater forte —, ²⁸ as penas são indulgentes e não contribuem para reforçar a credibilidade do direito penal. Nota-se, contudo, uma evolução no sentido de um maior rigor e não se exclui que se possa confirmar, seguida de uma tomada

de consciência das ameaças que pesam sobre o futuro de nosso planeta.²⁹

2. A apoucada utilização de penas e de medidas complementares

O fato de se colocar o local no estado em que se encontrava, tal como a demolição de um obra irregular, a retirada de detritos estocados ilegalmente, a contaminação do solo, a restauração do meio degradado e a ordem de ajustar-se à regulamentação são medidas muito mais eficazes que uma condenação à pena de multa. Numerosas leis de proteção ao meio ambiente facultam ao juiz as impor, às vezes, no contexto da suspensão temporária de aplicação da pena mediante o cumprimento de uma obrigação, sob *astreinte*. A sorte do culpado será decidida em uma nova audiência em função da diligência inserida na execução da medida.

É decepcionante constatar a pouca boa vontade dos juízes de as utilizar. O acúmulo dos tribunais, as dificuldades de assegurar o cumprimento e o controle da execução dessas medidas explicam esta situação lastimável. Os meios inexistem para remediá-la.

Esse balanço parecerá bem negativo, deve ser ele mediatizado porque mais sinais anunciando uma consideração séria do direito penal ambiental são perceptíveis: instituição de ciclos de formação própria dirigidos aos magistrados; começo de uma colaboração mais regular entre o *Parquet* e a administração; melhor recepção feita às associações de preservação do ambiente; percepção mais justa da gravidade de certos danos ecológicos e sanções mais enérgicas.

⁽²⁸⁾ Assim, o Tribunal Correcional de Estrasburgo, 11.03.1983, condenou a um ano de prisão (com *sursis*) e a 70.000 F de multa, um importador clandestino por estocagem ilegal de detritos tóxicos em seu estabelecimento. O produto em contato com o cascalho acabou por atingir o lençol freático, *Rev. Jur. Env.*, 1983, p. 244; ver também, Tribunal Correcional de Saint-Quentin, 26.06.1985, *Rev. Jur. Env.*, 1985, p. 480, notas de Littmann-Martin.

⁽²⁹⁾ Uma pena de multa de 50.000 F foi sancionada por um Tribunal Correcional e confirmada pela *Cour D'appel* para o caso de um explorador de cascalho que tinha destruído um depósito de ovas de esturjões, espécie protegida, *Rev. Jur. Env.*, 1992, p. 339.

Por cento que reprimir não é o remédio miraculoso que salvará o meio ambiente dos males que o afligem, mas é reconhecer o atentado a um valor social essencial que convém defender do mesmo modo que outros, mais tradicionais. Esta mudança de política criminal parece iniciada, tímida ainda, mas encorajadora. O futuro dirá se se tratava de um frêmito sem amanhã ou de uma verdadeira transformação de mentalidades e de hábitos diante da delinquência ecológica.

Bibliografia

- ALVAREZ GOMEZ, Ana Josefina. La cárcel ante el tercer milenio. *Ponencia III Curso Internacional de Criminología*. Santo Domingo, 1992.
- BERGALLI, Roberto. *Readaptación social por medio de la ejecución penal*. Inst. de Criminología. Universidad de Madrid, 1976.
- DOTEL MATOS, Héctor. *Introducción al Estudio de la Criminología*. Santo Domingo. Editado por Tabares Vargas, 4ta. edición, 1993.
- GARCÍA ARTEAGA, Odalys. La Mujer reclusa. Influencia de la actividad laboral en su reeducación. *Tesis de Diploma*. Escuela de Psicología, 1994.
- GARCÍA, Pedro. *Motivación hacia el trabajo y necesidades*. Editorial Científico Técnica. La Habana, 1981.
- GUEDEZ IZQUIERDO, Elvira. Las medidas sustitutivas a la pena privativa de libertad. *La normativa venezolana*. Conferencia Mérida, 1990.
- HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. *La pena de arresto de fin de semana*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1982.
- MORVIS, Mormal. *El futuro de las prisiones, estudio sobre crimen y justicia*. México. Siglo XXI S.A., 1981.
- RICO, José M. *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*. México. Siglo XXI, 1979.
- RIVERO GARCÍA, D. Investigación sobre el control al que son sometidos los sancionados a limitación de libertad. *Cuaderno de Legalidad Socialista* 15, 1987.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminología, Fuentes Impresores*, S.A. México, 1991.
- RODRÍGUEZ PEIRALLO, María. Ponencia, Valoración de la Eficacia de la Aplicación de las Medidas Sustitutivas de la Privación de Libertad. *Ciencias Penales*. Cuba, 1992.
- TOCAVEN, Roberto. *Psicología Criminal*. Editorial Amanuense. México, 1992.

2. DOUTRINA NACIONAL

O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO INIBIDOR DA VIOLÊNCIA

IVAN LIRA DE CARVALHO

SUMÁRIO: 1. Abordagem inicial sobre a violência – 2. A despenalização – 3. A macrodelinquência – 4. A demora do processo penal e outras violências similares – 5. Os juizados especiais – 6. Conclusões.

1. Abordagem inicial sobre a violência

Honrado com o convite para integrar o rol de expositores desta jornada de estudos ligados às ciências penais, restei a meditar sobre o tema *mater* sugerido (“O Direito Penal e a Criminalidade”). Entretanto, em vez de apreender a sugestão original, não consegui deixar de vê-la sobreposta por outra legenda: “O Direito Penal e a Violência”. Sendo, como sou, um curioso dos rumos do Direito Penal moderno, ao mesmo tempo em que sou partícipe da sua aplicação, como magistrado e professor, não entendo possa a abordagem da criminalidade ser dissociada da violência, que é daquela o mais eficaz combustível e estimulador.

A violência pode ser conceituada como uma agressão, de ordem física ou moral, voluntária, desferida contra um indivíduo ou contra um grupo, podendo ser legítima ou ilegítima. Entretanto, como o que se persegue neste colóquio são soluções para a violência, prestadas ou prestáveis pelo Direito Penal, cuidaremos apenas da violência *ilegítima*.

A exteriorização da violência não reclama forma ou meio preestabelecidos. Tanto pode advir da brutalidade, da estupidez, como pode derivar de apurada dissimulação, assim como pode ser gerada pelo descaso ou pelo menoscabo. Assim, tanto

é violência a *ação* do ladrão, que não hesita em esfaquear a vítima para desta subtrair um relógio, como é violenta a *inação* do Estado, conivente com a proliferação de favelas nas cercanias e no seio das urbes, habitadas pela escória da cidadania, sem acesso à saúde, à educação e até mesmo à alimentação.

Violento é o homicida, que num rasgo de primarismo ceifa a vida do seu semelhante, às vezes por questões diminutas. Violento é também o governante inescrupuloso, que não tergiversa em lançar mão de recursos públicos, para ornar jardins suntuosos da sua propriedade privada, abarcando para si a verba que saciaria a fome de milhares de crianças carentes ou que retiraria dos corredores infectos dos hospitais os miseráveis que têm a desgraça de cair em doença.

E o salário mínimo, que melhor seria chamado de “salário insuficiente”, não é uma severa violência, que atenta contra o natural direito da sobrevivência humana?

Diante desse vastíssimo e triste cabedal da violências, o que fazer para debelá-las ou pelo menos para minimizá-las?

O redirecionamento do Estado-administração é a primeira das sugestões razoáveis. A priorização das políticas de erradicação da miséria decerto atacaria a raiz da maioria dos problemas que deságuam na violência por todos nós repelida.

A contrapartida da sociedade, procurando soluções simples para os problemas tidos em primeiro olhar como incontornáveis, também não pode ser descartada. Assim, a família, as associações profissionais, os clubes de serviço, as universidades, o empresariado e todos os conglomerados que se disponham a dar a sua parcela de colaboração para a minimização da violência devem fazê-lo urgentemente. Não há tempo para a espera! De primeiro, devem atacar *as causas* da violência, velando a educação da infância e da juventude; prestando assistência social aos carentes; desenvolvendo campanhas de esclarecimento acerca da ética e da cidadania, que deverão ser bandeiras das pessoas na busca do bem viver. Em sequência, devem colaborar com o rebate *aos efeitos* da violência, em ações como, por exemplo, de recuperação de egressos penitenciários e de albergamento de apenados a prestação de serviços.

Mas, e o Direito Penal, onde entra para contribuir com a diminuição da violência?

2. A despenalização

A primeira das colaborações que pode ser emprestada na tentativa de encurtar o espectro da violência, por paradoxal que possa parecer, reside na sua própria retração. É o caso de ser mais útil o Direito Penal estando ausente de certos fenômenos sociais e comportamentais, do que efetivamente emprestando o seu concurso.

A perfeita sintonia que o Direito, como um todo, deve guardar em relação aos anseios da sociedade, não pode ficar indene ao Direito Penal. Ao discorrer sobre *Direito Penal e Mínimo Social*, João Mestieri pugnou exatamente por essa ausência salutar do Direito Penal, em searas que melhor seriam tratadas recebendo a atenção de outros ramos da ciência jurídica. Em suas conclusões,

alinha o professor carioca: "Portanto, ao lado dessas considerações, parece-nos útil ter em mente os seguintes pontos: (I) necessidade de um movimento intelectual firme e abrangente, no sentido de restabelecer o papel a ser realmente desempenhado pelo Direito Penal no concerto das medidas de controle social; (II) considerar o Direito Penal não como uma panacéia para a solução dos males sociais, mas como a *ultima ratio* no concerto das medidas de controle social, e apenas daí derivando-se as modernas considerações sobre a teoria da intervenção mínima e os trabalhos de despenalização, descriminalização e até mesmo de abolição penal; (III) repensar-se a ilicitude como ente indissociável da realidade social e não como algo abstrato, de mera contradição formal entre o dever ser e o ser jurídicos; (IV) incorporar a essa linha de investigação considerações sociais essenciais para a compreensão abrangente da ilicitude como critério de reprovação social, tais como a criativa teoria do espaço social e a afirmação de Nilo Batista, muito rica em linhas de investigação, da co-culpabilidade do Estado ou do sistema (*Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Rio, 1990, p. 105)"¹.

A sociedade, destinatária final da ordem jurídica, tem a palavra, por suas caixas de ressonância, para dizer o que deseja que seja tido como crime. De nada adianta ao legislador tipificar essa ou aquela conduta, tisonando-a de criminosa, se o meio social, ainda que informalmente, acolhe com naturalidade o infrator dessas normas. O exemplo mais gritante do divórcio entre as leis penais e os fatos está na criminalização dos chamados *jogos de azar*, ocorrida nos anos quarenta, para atender ao desejo da esposa do então Presidente da República, cuja formação católica censurava a riqueza

⁽¹⁾ *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 8, Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1994, p. 443.

advinda da álea. O “sabor do pecado” multiplicou os cassinos clandestinos, com a mais completa indulgência da sociedade, o que fez com que as autoridades enxergassem o fenômeno com banalidade. Destarte, desde que inteiramente dissociada de outras atividades nocivas (o tráfico de entorpecentes, por exemplo), a jogatina deita e rola “na mais perfeita ordem”. Ou alguém desconhece que até mesmo *alvarás de autorização* são expedidos pelo poder público para o funcionamento de casas de jogos?

Ainda que visto com reserva por parcela da população mais ligada à religião católica, o *auto-aborto* ou o *aborto consentido* já não provocam a mesma indignação na sociedade que provocavam há meio século, quando entrou em vigor o Código Penal. Valerá a pena o Estado-juiz remeter ao cárcere a jovem comerciária que, por incorreta avaliação do seu período fértil, engravidou do seu namorado, um balconista da loja da frente, e porque ambos não têm a mínima condição de criar prole, resolveu interromper a gestação ainda no primeiro mês? Deve esse mesmo Estado, por seu braço legislativo, fazer ouvidos moucos aos movimentos de elevação da dignidade feminina, que após ocuparem respeitáveis espaços na opinião pública nacional, conseguiram ressoar para o Universo, na 4.^a Conferência da ONU sobre a Mulher, realizada em Pequim, neste mês de setembro, o desejo de liberdade para a disposição do próprio corpo, até mesmo em nome da saúde?

O que dizer do delito de *sedução*, perpetrado contra mulher menor de dezoito anos, lograda pelo agente na sua “inexperiência ou justificável confiança”? Será que a sociedade moderna ainda aceita, como há cinquenta anos, que uma mulher biológica e mentalmente normal se escude em “inexperiência ou justificável confiança” para se dizer vítima do crime de *sedução*?

E o *adultério*? Quando qualquer um de nós, detentores de intimidade com o Direito, diz a um leigo que o adúltero pode ser condenado à pena de detenção, de até seis meses, a gargalhada é inevitável, como inevitável é o comentário acerca da feição medieval dessa norma.

Diferente não é a reação de uma pessoa alheia aos meandros da ciência jurídica, ao ter a notícia de que, no Brasil, a *bigamia* é crime. Em geral, é aceito apenas o sancionamento civil do bigamo, com o desfazimento do casamento mais moderno.

Em outro escrito,² tive a oportunidade de registrar a minha irrisignação contra a desnecessária criminalização de condutas que, a meu ver, apenas configuravam *ilícito administrativo* ou, mais precisamente, *ilícito tributário*. Ali afirmei: “1 – Na contramão da história jurídico-penal universal, vem o Brasil assistindo a uma crescente criminalização dos eventos protagonizados por particulares contra a administração pública, numa clara demonstração da impotência do Estado em resolver, por meios civilizados e eficazes, os desvios dos quais é vítima. 2 – Exemplo cabal da falência dos órgãos estatais, para reprimir extrapenalmente os ilícitos perpetrados contra a administração ou contra interesses públicos expostos à tutela imediata desta, é a exasperação irracional das penalidades atribuídas aos praticantes dos chamados “crimes ecológicos”, para os quais não é admitido nem sequer a fiança (Lei 5.197, art. 34). 3 – A esse tipo de reação do Estado impotente, os doutrinadores chamam de *Direito Penal do Terror*, denominação inaugurada por René Ariel Dotti³ e divulgada por João Gualberto Garcez

(2) A criminalização de ilícitos praticados por particular contra a administração pública – O descaminho de mercadorias, *Revista do CEJRN*, Natal, 1995, vol. 2, p. 170.

(3) Um novo Direito Penal do terror, *Folha de S. Paulo*, 25.03.1991, caderno 1, p. 3.

Ramos,⁴ atestando surrada predominância ideológica de um aparelho legiferante míope, que, em vez de procurar soluções práticas e eficientes para os desafios apresentados crescentemente pelas relações sociais, opta por trespassar ao Judiciário o mister de carrasco ignóbil das mais absurdas penas. 4 – Não é moderno esse entendimento do Estado de achar que a panacéia para qualquer irregularidade comportamental advinda do particular somente pode ser corrigida com a aplicação de penalidades deambulatórias. É de ser lembrada a infelicidade de um Chefe de Estado da Velha República que bradava ser a problemática social dos anos vinte *um caso de polícia*. 5 – Um dos cacoetes da má gestão dos problemas administrativos, e nestes incluo os de ordem tributária, está na penalização da falta de pagamento do imposto correspondente ao ingresso de mercadoria estrangeira no Brasil. Fala-se mais especificamente do delito de descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal. 6 – É óbvio que não se prega aqui o absentismo do Estado, mesmo pelo seu braço judiciário, nas relações entre o particular e o fisco. Não se pode desconhecer que entre o puro liberalismo dos meios de produção e consumo pregados por Adam Smith no século XVIII e o Estado Social idealizado por Karl Marx, tem preponderância, hoje em dia, o que Léon Duguit chamou de *Estado Bem-estar*".

A cansativa lista de situações atualmente tidas como delituosas, em descompasso com os anseios da sociedade, não tem outra finalidade, que não a de mostrar que o Direito Penal está cuidando de assuntos que já deixaram de reclamar a sua tutela. Isto o torna "pesado", lento e ineficaz, implicando a sua ausência em áreas onde não poderia faltar, advindo de tal omissão a inevitável violência, retratada na impunidade dos de-

linquentes; na falta de crédito nas instituições jurídicas; no estímulo à criminalidade e, sobretudo, pela ocupação por grupos criminosos, de espaços que haviam sido reservados pela sociedade para a atuação do Estado, como tem ocorrido nos morros cariocas, onde os traficantes de entorpecentes assumem, debaixo de bala, o controle da saúde, da educação, da assistência social, do lazer e da segurança das populações carentes. Esta indevida inversão de atividades tem merecido as mais ácidas críticas de estudiosos de tempera, como é o caso de José Augusto Delgado, em brilhante palestra proferida durante o I Ciclo de Estudos promovido pela Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

3. A macodelinquência

É sobre o arcadismo de ponderável parte do Direito Penal que se instala, nos dias atuais, o que os segmentos especializados da imprensa chamam de *macodelinquência* ou de *macrocriminalidade*, expressões que se traduzem na prática de ilícitos penais, quase sempre de conteúdo patrimonial, cometidos na esteira do processo de globalização experimentado pela economia mundial, em particular a dos países sul-americanos componentes do Mercosul. São crimes timbrados pela sofisticação, perpetrados por especialistas detentores de amplo domínio tecnológico, e que, não raro, provocam danos de vasta extensão social. Mesmo assim, raramente são tipificados especificamente na legislação penal, circunstância que facilita a impunidade dos agentes, diante das dificuldades de subsunção do fato concreto a uma norma preexistente, mas bastante genérica.

O criminalista uruguaio Raúl Cervini, Secretário-Geral para a América Latina do *International Center of Economic Penal Studies (ICEPS)*, analisa os efeitos da macrocriminalidade: "É um tipo de delinquência de conseqüências sociais muito graves. Na Argentina, por exem-

⁽⁴⁾ *A inconstitucionalidade do Direito Penal do Terror*, Curitiba : Juruá, 1991, p. 34.

plo, a falsificação de moeda e de títulos da dívida pública causou um prejuízo superior a US\$ 300 milhões nos últimos dez anos".⁵ Ainda, segundo Cervini, os delitos da ordem em comento não são exclusividade das economias desenvolvidas, pois estas, por terem mecanismos de controle mais eficientes, inibem esses tipos de delitos, diferentemente do que ocorre nos países mais frágeis, onde os criminosos organizados encontram espaço adequado para a empreitada ilícita, facilitada pelo controle estatal deficiente.⁶

Nos países integrantes do Mercosul, a macrodelinquência se pronuncia com maior destaque nas fraudes financeiras, ultimadas com o uso de cartões de crédito ou por intermédio de transferências bancárias "frias". "O crime organizado tem encontrado formas de burlar o controle das transações econômicas. É o caso dos novos cartões de crédito internacionais com circuito individualizador incorporado (cartões auto-identificáveis), que se acreditava serem à prova de todo o tipo de fraudes", conforme dá conta Raúl Cervini,⁷ mas que tiveram o seu circuito individualizador decifrado por um aparelho desenvolvido pelos especialistas do crime, permitindo a sua perfeita reprodução em um cartão falsificado.

Por fim, reclama o criminalista uruguaio: "Só o legislador com profundo conhecimento da realidade econômica pode prever as possíveis mutações de seus mecanismos. Senão combate apenas os sintomas e nunca chega a tipificar adequadamente os delitos".⁸ Para ele, é imprescindível que o legislador defina tipos penais específicos e precisos, já que os tipos penais *abertos*, que permitem interpretações variadas, criam confusão e propiciam a impunidade dos agentes.

Deixando de considerar, com a atenção merecida, o nefasto fenômeno da macrocriminalidade, está o Direito Penal Brasileiro escancarando as portas (máxime as fronteiras) à violência requintada dos falsários da era da eletrônica, estimulando as *nets* da delinquência.

4. A demora do processo penal e outras violências similares

Outra forma de violência que não pode escapar à análise agora desenvolvida é que pode ser chamada de *violência de índole processual*, perpetrada, com especialidade, contra o réu pobre.

Beccaria, em seu célebre *Dos Delitos e das Penas*, já clamava por processos penais rápidos, até mesmo como forma de aproximar, no tempo, o crime e o castigo, emprestando a este maior eficácia.⁹ Entretanto, com a estrutura forense e cartorária deficientes, aliada a um Código Processual burocratizante, não conseguimos ainda atender à sugestão princípio do Marquês de Milão, mesmo que passados mais de dois séculos. Urge, pois, que tenha vigência a anunciada reforma do diploma processual penal brasileiro, tornando mais ágil o apuratório dos crimes e o conseqüente desfecho judicial. A adequação do aparato forense também servirá para que a violência em destaque seja banida (ou pelo menos minorada).

Noutro passo, a falta do efetivo funcionamento da Defensoria Pública implica violência contra o infrator penal de baixo poder aquisitivo, sempre à mercê dos préstimos de um *defensor dativo*, que por maior senso ético que possua não pode descurar dos seus afazeres profissionais já contratados, para dar larga assistência ao réu miserável. E por falar em miserável, é assim que é classificada a simbó-

⁽⁵⁾ *Folha de São Paulo*, 19.08.1995, caderno 3, p. 2.

⁽⁶⁾ Mesma fonte e página.

⁽⁷⁾ *Op. cit.*, mesma página.

⁽⁸⁾ *Idem*, *ibidem*.

⁽⁹⁾ *Série "Clássicos de Bolso"*, tradução de Paulo M. Oliveira, Rio de Janeiro, Ediouro, 1995, p. 54.

lica remuneração oferecida na Justiça Federal ao defensor “dativo”: o equivalente a pouco mais de um salário mínimo, pelo acompanhamento de todo o processo, inclusive com a interposição de recursos. Na Justiça Estadual local o quadro é ainda mais desolador: seis (meia dúzia, mesmo) Defensores Públicos para todo o Rio Grande do Norte, e como eles não têm o dom da ubiquidade, são precariamente substituídos pelos dativos, que prestam o seu labor na mais exclusiva gratuidade, o que, é inescandível, compromete a qualidade de defesa.

Ney Magno Valadares, em ensaio intitulado “A questão da igualdade perante a lei”,¹⁰ resume a desigualdade de tratamento conseguido, no processo penal, por um delinquente rico e por um infrator pobre: “Admito que o grande investidor, que manipula o mercado de ações e causa prejuízo a milhares de pequenos investidores, tem mais possibilidade de ser absolvido do que o punquista que assalta transeuntes incautos ... Por que isso ocorre, se a lei assegura igualdade de tratamento para um e outro? ... Por causa das desigualdades naturais que a ficção legal não pode nivelar. ... Enquanto o grande investidor pode contratar os melhores juristas do país para defendê-lo, a sorte do punquista vai depender da boa vontade de um defensor dativo, nomeado pelo juiz e que, muitas vezes, apresenta uma defesa meramente formal”.

Penso que a sorte do punquista exemplificado por Ney Valadares espera por uma ação mais séria do Estado, que tem o dever constitucional de assegurar defesa eficaz aos seus súditos (CF, art. 5.º, LV), para que se consiga a isonomia preconizada no *caput* do referido dispositivo.

5. Os juizados especiais

O assoberbamento dos juízos e dos juizes criminais, com feitos que se arrastam pelos meandros do anacronismo do processo penal brasileiro, por vezes à espera do julgamento de delitos de infundada ou de duvidosa tipificação, implica, como já foi alinhado acima, retardamento da prestação da tutela jurisdicional.

Uma das soluções para o entrave agora apontado está no efetivo funcionamento dos *juizados especiais criminais*, cuja gênese está na Constituição de 1988 (art. 98) e tem disciplinamento na Lei 9.099, de 26.09.1995.¹¹ Toca a esses juizados o julgamento dos crimes de menor potencial lesivo, desafogando – e muito – os juizes convencionais, que assim terão mais tempo para distribuir justiça nos feitos que envolvem crimes mais complexos.

6. Conclusões

1.ª) A violência pode ser física ou moral, dirigida ao indivíduo ou ao grupo social. Tanto pode ser perpetrada por uma pessoa física como por entes morais, inclusive de natureza pública.

2.ª) O Direito Penal é – e deve cada vez mais ser – o instrumento idôneo para coartar a violência, inclusive a *violência institucional*.

3.ª) No caso brasileiro, deve o Estado-administração priorizar as políticas de erradicação da miséria, atacando, assim, a maioria dos problemas que deságuam na violência por todos nós repelida.

4.ª) É dever da sociedade oferecer contrapartida à ação do Estado-administração, procurando soluções simples para os problemas sociais tidos, em primeira vista, como incontornáveis. Deve cola-

⁽¹⁰⁾ *Direito & Justiça*, n. 207, *Correio Brasiliense*, Brasília, 03.07.1995.

⁽¹¹⁾ A respeito, cf. excelente artigo do Prof. Michel Temer, *Mais justiça para todos, Folha de São Paulo*, coluna *Data Venia*, edição de 09.09.1995.

borar no ataque às causas da violência (falta de escolas para a infância e para a adolescência; ausência de assistência social para os carentes; desinformação sobre rudimentos de cidadania etc.), não deve restar omissa em colaborar, também, com o rebate aos efeitos da violência, em ações como, por exemplo, de recuperação de egressos penitenciários e de albergamento de apenados à prestação de serviços.

5.^a) A presença do Direito Penal deve ser restrita aos campos da atividade humana onde a tutela oferecida pelos outros segmentos da ciência penal não tenha sido suficiente. Assim, o alentado número de tipos penais, disciplinando temas que seriam melhor albergados em outros ramos do Direito, só implica a hipertrofia do Direito Penal, tornando-o lento e ineficaz, o que provoca seu descrédito pela população.

6.^a) A despenalização de condutas que não merecem uma recusa social mais severa é um dos passos para a restauração da mobilidade e da eficácia do Direito Penal.

7.^a) Não pode o Direito Penal avançar em descompasso com as mudanças econômicas e sociais experimentadas pela sociedade neste final de século. Assim, não pode perder a corrida para a macrocriminalidade, que está armada das mais

refinadas técnicas de delinquência, atuando, com destaque, com apoio na cibernética. Verdadeiras *nets* do crime já estão instaladas nos países do Mercosul e o Direito Penal tem que progredir para ficar em compasso com o crime organizado, sob pena de não combatê-lo com eficiência.

8.^a) O processo penal também tem que se modernizar, sob pena de submeter os acusados, principalmente os mais pobres, ao demorado pelourinho de *sub judice*. A demora no julgamento das lides penais bem pode configurar o que se chama de *violência de índole processual*, que é a pior de todas em comento, posto que angularizada, no pólo ativo, pelo próprio Estado-juiz.

9.^a) É dever do Estado, por imperativo constitucional, assegurar defesa eficaz aos seus súditos (CF, art. 5.^o, LV), ofertando defensoria pública de boa qualidade, para que se consiga a isonomia preconizada no *caput* do referido dispositivo.

10.^a) A instalação dos *juizados especiais criminais*, previstos no art. 98 da CF e materializada a partir da Lei 9.099/95, em muito contribuirá para o desafogamento dos juizados penais convencionais, já que cuidará do julgamento das infrações de menor potencial lesivo, com rapidez e em processo célere.

2. DOUTRINA NACIONAL

A IDADE E AS RAZÕES NÃO AO REBAIXAMENTO DA IMPUTABILIDADE PENAL

JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA

SUMMÁRIO: 1. Introdução – 2. Inimputabilidade, não impunidade – 3. Privação de liberdade do infrator – 4. Medida socioeducativa x pena – 5. Uma justiça instantânea – 6. O módulo de internamento – 7. O adolescente e o voto. – 8. A redução de idade para concessão de Carteira Nacional de Habilitação – 9. O discernimento – 10. Considerações finais – 11. Bibliografia.

1. Introdução

Afinal, a solução no combate à criminalidade, em especial nos grandes centros urbanos, passa pela redução da idade de imputabilidade penal hoje fixada em 18 anos? Alguns setores dão tanta ênfase a esta proposta que induzem a opinião pública a crer que seria a solução mágica na problemática da segurança pública, capaz de devolver a paz social tão almejada por todos. A linha principal do argumento é de que cada vez mais adultos se servem de adolescentes como *longa manus* de suas ações criminosas e que isso impede a efetiva e eficaz ação policial. Outros retomam o argumento do discernimento, que o jovem pode votar aos 16 anos e que hoje tem acesso a um sem-número de informações que precipitam seu precoce amadurecimento etc.

2. Inimputabilidade, não impunidade

A primeira distinção que impõe seja feita, frente ao torvelinho de idéias que são lançadas, é que é preciso estabelecer a necessária distinção entre inimputabilidade penal e impunidade.

A inimputabilidade – causa de exclusão da responsabilidade penal – não sig-

nifica, absolutamente, irresponsabilidade pessoal ou social.

O clamor social em relação ao jovem infrator – menor de 18 anos – surge da equivocada sensação de que nada lhe acontece quando autor de infração penal. Seguramente a noção errônea de impunidade se tem revelado no maior obstáculo à plena efetivação do ECA, principalmente diante da crescente onda de violência, em níveis alarmantes. A criação de grupos de extermínio, como pseudo-defesa da sociedade, foi gerada no ventre nefasto daqueles que não percebem que é exatamente na correta aplicação do ECA que está a salvaguarda da sociedade. Todo o questionamento que é feito por estes setores parte da superada doutrina que sustentava o velho Código de Menores, que não reconhecia a criança e o adolescente como sujeitos, mas meros objetos do processo. Daí crerem ser necessário reduzir a idade de imputabilidade penal para responsabilizá-los. Engano ou desconhecimento.

A circunstância de o adolescente não responder por seus atos delituosos perante a Corte Penal não o faz irresponsável. Ao contrário do que sofismática e erroneamente se propala, o sistema legal implantado pelo Estatuto da Criança e do

Adolescente faz estes jovens, entre 12 e 18 anos, sujeitos de direitos e de responsabilidades e, em caso de infração, prevê medidas socioeducativas, inclusive com privação de liberdade.

Muitas das críticas feitas à atual legislação da criança e do adolescente, ou os “arreganhos” dos adversários do ECA, assim definidos pelo Ministro Sepúlveda Pertence,¹ podem ser dimensionadas nas palavras de Antônio Carlos Gomes da Costa:² “Vomitam aquilo de que não se alimentaram”.

Diferentemente do que é bradado, a máxima “com menor³ não dá nada”, está em desacordo com o que preceitua nosso sistema. O Estatuto prevê e sanciona

medidas socioeducativas⁴ eficazes, reconhece a possibilidade de privação provisória de liberdade ao infrator, não sentenciado – inclusive em parâmetros mais abrangentes que o CPP destina aos imputáveis na prisão preventiva –, e oferece uma gama larga de alternativas de responsabilização, cuja mais grave impõe o internamento sem atividades externas.

3. Privação de liberdade do infrator

A propósito dessa medida privativa de liberdade – internação na linguagem da lei –, o que a distingue fundamentalmente da pena imposta ao maior de 18 anos é que, enquanto aquela é cumprida no sistema penitenciário⁵ – que todos sabem o que é, nada mais fazendo além do encarcerar –, onde se misturam criminosos de toda espécie e graus de comprometimento – aquela há que ser cumprida em um estabelecimento próprio para adolescentes infratores, que se propõe a oferecer educação escolar, profissionalização, dentro de uma proposta de atendimento pedagógico e psicoterápico, adequado a sua condição de pessoas em desenvolvimento. Daí não se cogitar de pena, mas sim, de medida socioeducativa, que não pode se constituir em um simples recurso eufêmico da legislação.

Neste sentido fazem-se notáveis as deliberações tomadas quando da Primei-

(1) Discurso proferido por ocasião do lançamento do CD-ROM *Direitos da Criança e do Adolescente*, em Brasília, em iniciativa conjunta da Unicef, Fundação Banco do Brasil e Ajuris.

(2) Pedagogo, consultor da Unicef, ex-presidente da CBIA.

(3) Em uma viagem, por acaso, caiu em minhas mãos um jornal de grande circulação do Estado do Paraná. Naquela interminável jornada, na busca de passar o tempo, não só li aquilo, que normalmente me interessa em um jornal, como acabei me deparando com a indefectível página policial dos periódicos, local antigamente destinado às tragédias do cotidiano. Digo antigamente porque hoje o jornalismo se faz quase somente de desgraças, não escapando dessas nem as futilidades das colunas sociais.

A manchete da página policial, porém, por seu conteúdo ideológico, até hoje me serve como exemplo emblemático de parcela significativa de nossa cultura brasileira: “Menor assalta criança na frente da escola”. Menor era o infrator; criança, a vítima.

Nisso pode ser resumida toda a dificuldade para completa efetividade da doutrina da proteção integral preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda se raciocina no sentido de que crianças são os filhos bem nascidos e menores são os outros: os pobres, os negros, os meninos de rua, os excluídos.

(4) Ver “Adolescentes em confronto com a Lei: O ECA como instrumento de responsabilização ou a eficácia das medidas Socioeducativas” – Ajuris 67/60.

(5) “A organização penitenciária brasileira é um instrumento de degradante ofensa às pessoas sentenciadas. O condenado é exposto a penas que não estão no Código Penal, geradas pela promiscuidade e pela violência. O sistema penitenciário subverte as funções da pena. Assim, deixa de cumprir sua meta básica, que é a de ressocialização” – Ministro José Celso de Mello Filho, à Veja, p. 11, em 05.03.1997.

ra Reunião de Cúpula do Poder Judiciário sobre Infância e Juventude, em Porto Alegre, no início de 1995,⁶ quando, presentes os representantes de todos os Tribunais do País, juntamente com o Ministro da Justiça Nelson Jobim⁷ e Ministros de Cortes Superiores, foi afirmada a prioridade do Judiciário na plena efetivação

do ECA, inclusive com a criação de internatos adequados, em uma política nacional que priorize este segmento estratégico ao desenvolvimento da Nação. A propósito, apenas para citar dois exemplos em extremos do País, os Estados de Roraima⁸ e do Rio Grande do Sul⁹ têm, daquele já concluído, e deste em fase de execução, interessantíssimos projetos de construção de unidades para internamento de adolescentes infratores, nos exatos termos preconizados pelo ECA.

4. Medida socioeducativa x pena

O argumento de que cada vez mais os adultos se servem de adolescentes para a prática de crimes e que por isso faz-se necessária a redução da idade de imputabilidade penal se faz curioso. Ora, pretende-se estender ao *mandado* o mesmo sistema que não alcança o *mandante*? Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas,¹⁰ regra geral do concurso de agentes. Se a questão for de eficácia de sistema, por que o mandante (de regra "pior" que o executor direto) não é responsabilizado? Aliás, reprimido o mandante, exclui-se a demanda. Na verdade

(6) A Reunião de Cúpula sobre o Novo Direito da Infância e da Juventude, realizada em Porto Alegre de 22 a 24.03.1995, representou episódio inédito na história do Poder Judiciário brasileiro. A pauta do Novo Direito da Infância, advindo da Doutrina da Proteção Integral da Infância preconizada pelas Nações Unidas, fez convergir as presenças dos ocupantes dos mais elevados postos administrativos e políticos do Judiciário nacional. Ministros do Supremo Tribunal Federal, Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Presidentes dos Tribunais de Justiça, Corregedores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações de Magistrados, após refletirem sobre as inovações da ordem jurídica de proteção à infância, selaram compromisso com a efetividade prática do novo modelo. Ao comemorar o 5.º ano de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Magistratura brasileira pode proclamar que não se faz alheia aos problemas sociais que tanto afligem nossa Nação, e que, respondendo à altura os reclamos na sociedade civil, encontra-se a serviço da cidadania para levar às últimas consequências práticas as transformações trazidas pelo novo ordenamento.

(7) Quando da Reunião de Cúpula do Poder Judiciário sobre Infância e Juventude, o Ministro Nelson Jobim foi interrompido em sua fala pelos aplausos de uma platéia que lotava o salão de eventos do Plaza São Rafael; ficava a convicção de que não se tornaria a discutir a questão da imputabilidade penal aos menores de 18 anos na atual reforma constitucional. Os aplausos daquele qualificado auditório ao Ministro aconteceram quando este afirmou a posição do Ministério da Justiça e do próprio Governo Federal de que não há o que ser alterado na Constituição brasileira sobre este tema, que resta muito bem equacionado no plano legal.

(8) Centro Socioeducativo Homero de Souza Cruz Filho — O adolescente autor de ato infracional grave passou a receber atenção do Governo. A iniciativa possibilita uma prática educativa de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

(9) O Governo do Estado do Rio Grande do Sul desenvolve a construção de dez unidades de internamento para adolescentes infratores, nas sedes dos Juizados Regionais da Infância e Juventude, em cidades-pólo no Estado, permitindo que o adolescente privado de liberdade afaste-se o mínimo possível de sua realidade social e familiar. Estão em andamento as obras em Caxias do Sul, Santa Maria e Porto Alegre, havendo projetos licitados de outras sete unidades.

(10) Art. 29 do CP que consagra a Teoria Unitária em nosso sistema penal.

o argumento dos arautos do rebaixamento se faz falacioso. O Estatuto oferece amplos mecanismos de responsabilização destes adolescentes infratores, e, o que se tem constatado, em não raras oportunidades, é que, enquanto o co-autor adolescente foi privado de liberdade, julgado e sentenciado, estando em cumprimento de medida, seu parceiro imputável muitas vezes sequer teve seu processo em juízo concluído, estando freqüentemente em liberdade.¹¹

5. Uma justiça instantânea

Quanto à eficácia e eficiência de ação na área infracional não há como deixar de mencionar os extraordinariamente positivos resultados que vêm sendo obtidos no projeto “Justiça Instantânea”, implantado no Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre e em vias de ser estendido às maiores comarcas do interior. Neste projeto, Polícia, Ministério Público, Defensoria e Judiciário funcionam em unidade integrada, no mesmo prédio, dando solução quase imediata às situações de flagrância trazidas pela Polícia Militar ou pela própria Polícia Civil. O adolescente é ouvido pelo Delegado, forma-se o procedimento, submetido ao Promotor, com assistência de advogado, e, feita a representação, é imediatamente apresentado a Juízo, ouvindo-se vítima e testemunhas, se for o caso. Ali, de regra,

são imediatamente solucionados, com sentença.¹²

O funcionamento adequado de um sistema de infância e juventude, preventivo – com ação eficaz dos Conselhos Tutelares¹³ – e repressivo, há de fazer parte de uma política de ação. O resultado que se constata em Porto Alegre é a redução da reincidência e até mesmo uma mudança no perfil da “clientela” do Juizado, com muitos jovens de classe média sendo trazidos a Juízo, fato que raramente se cogitava na época da Justiça de Menores, tachada como um Juizado para os pobres.¹⁴

⁽¹¹⁾ *Zero Hora* divulgou, em 06.09.1994, que adolescentes participam de 10% dos delitos da Grande Porto Alegre. A propósito, a estatística não inclui apenas autores dos atos infracionais, mas também como vítimas. Ora, o percentual destes no montante da população é de cerca de 40%. Se estes se envolvem em 10% dos delitos, é porque 90% dos crimes são de adultos, o que permite concluir que a lei penal para o adulto não é remédio suficiente. Ou em resumo, querem estender ao adolescente um modelo que não está dando certo com o adulto.

⁽¹²⁾ De 08.05.1996 a 28.02.1997 foram iniciados na “Justiça Instantânea” 2.145 procedimentos. Destes, 1.472 foram concluídos no mesmo dia (68,62%); 458 (21,35%) tiveram tramitação parcial – vítima e testemunhas ouvidas em outro dia – e 215 (10,03%) foram remetidos à tramitação normal. Dos adolescentes julgados, 67 foram encaminhados a abrigo, pois não foram localizadas suas famílias, e 185 receberam medida de internamento.

⁽¹³⁾ Instituições centenárias não podem tutelar o Conselho Tutelar: é preciso detectar os erros para apoiar a instituição na busca do bom caminho. No trabalho comunitário é que se irá poder precocemente constatar o flagelo da violência no seio da família. Marcel Hoppe, *A questão da Violência, in Indiferença, Derrube este Muro*, Seminário da Criança e do Adolescente, Promoção da Associação dos Procuradores do Município de Porto Alegre, anais publicados em janeiro de 1996.

⁽¹⁴⁾ Por ocasião do III Seminário Latino-americano do Aresso ao Direito, tratando da evolução da doutrina da situação irregular à da proteção integral da criança e do adolescente, em São Paulo, entre 19 e 23.10.1992, a Oficina sobre Justiça da Infância e Juventude, entre outras conclusões, apresentou: os sistemas de justiça “tutelar”, por estarem baseados na doutrina da situação irregular, não atendem às expectativas dos povos da América Latina, permanecendo em todos os países a justiça de menores

A ação efetiva de todos os agentes envolvidos com a questão infracional passa, necessariamente, por um comprometimento de todos os atores deste processo, desde Polícia, em uma ponta, até o Juiz, na outra. Para isso há de existir decisão política e engajamento de todos os poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, fazendo valer a prioridade absoluta preconizada no art. 227 da CF. O Estatuto é uma receita que a nós cumpre aviar.¹⁵

6. O módulo de internamento

Outra questão que tem sido levantada se refere ao módulo máximo de internamento de um adolescente infrator, fixado em três anos, com limite em 21 anos de idade para sua liberação. A matéria, embora admita a avaliação,¹⁶ merece algumas reflexões frente ao conjunto do sistema penal do imputável, apresentado como solução ao controle da criminalidade. Deve-se considerar, por exemplo, que, para um adulto permanecer três anos "fechado", sem perspectiva de alguma atividade externa, sua pena deverá situar-se em um módulo não inferior a dezoito anos de reclusão, eis que cumprido 1/6 da pena (que são os mesmos três

anos¹⁷ a que se sujeita o adolescente) terá direito ao benefício.¹⁸ Não se pode desconsiderar, no caso do adolescente, que três anos na vida de um jovem de 16 anos representam cerca de 1/5 de sua existência, em uma fase vital, de transformações, na complementação da formação de sua personalidade, onde se faz possível a fixação de limites e valores.

Mesmo aqueles jovens de remoto prognóstico de recuperação merecem tal oportunidade, até porque, adequadamente tratados, são animadores os resultados obtidos. A experiência que se tem tido nestes mais de seis anos de Estatuto da Criança e do Adolescente é altamente satisfatória, a ponto de se poder afirmar que em um índice de 70% a 80% dos jovens adequadamente atendidos nas medidas socioeducativas

como uma justiça de menor importância. Pelo anterior sistema, da doutrina da situação irregular, que norteava o velho Código de Menores, os juizados estavam reduzidos a meros instrumentos de controle da pobreza.

(15) Marcel Hoppe, Juiz da Infância e Juventude em Porto Alegre, foi responsável pela reestruturação do Juizado da Infância e Juventude da Capital e se constitui em uma das maiores autoridades na matéria em nosso País.

(16) Os índices de recuperação e não reincidência em infratores sujeitos a internamento autorizam um juízo otimista em relação ao módulo máximo de privação de liberdade fixado no ECA.

(17) No episódio do homicídio da atriz Daniela Perez, o acusado condenado recebeu pena pouco superior a dezenove anos, pelo que, cumpridos pouco mais de três anos, poderá ver progredido seu regime prisional. A considerar ainda que um condenado entre 18 e 21 anos de idade, que não era o caso daquele, tem a seu favor a atenuante prevalente da minoridade, que sempre lhe reduz a pena. Portanto o módulo de três anos de internamento a que se submete o adolescente, com possibilidade de exclusão de qualquer atividade externa, não está em desacordo com a realidade penal brasileira.

(18) Art. 37 da LEP. No sistema penal brasileiro (arts. 112, da LEP, e 33, do CP), cumprido 1/6 da pena, o condenado preenche requisito objetivo que o habilita à progressão de regime (de fechado para semi-aberto, por exemplo). Assim, não é exagero afirmar que, para um adulto permanecer três anos em regime fechado, privado de liberdade sem atividades externas, há de receber pena não inferior a dezoito anos. A insuceptibilidade de progressão, mesmo nos chamados "crimes hediondos", por inconstitucionalidade, divide a jurisprudência, e no Rio Grande do Sul o entendimento prevalente nas Varas de Execução Criminal é pelo cabimento da progressão.

que lhe são impostas obtêm-se plenas condições de uma completa integração social ao final.

7. O adolescente e o voto

Outro argumento utilizado na justificação da redução da idade diz respeito ao fato de o jovem poder votar, escolhendo desde Presidente da República até Vereador.

Dizer que se o jovem de 16 anos pode votar e por isso pode ir para a cadeia é uma meia-verdade (ou uma inverdade completa). O voto aos 16 anos é facultativo, enquanto a imputabilidade é compulsória. De resto, a maioria esmagadora dos infratores nesta faixa de idade sequer sabe de sua potencial condição de eleitor; faltam-lhes consciência e informação.

A questão de fixação de idade determinada para o exercício de certos atos da cidadania decorre de uma decisão política e não guarda relações entre si, de forma que a capacidade eleitoral do jovem aos dezesseis anos — facultativa — se faz mitigada. Nossa legislação, a exemplo das legislações de diversos países, fixa em 21 anos de idade a maioridade civil. Antes disto, por exemplo, não há casamento sem autorização dos pais¹⁹ e somente após se faz apto a praticar, sem assistência, atos da vida civil.

A propósito a legislação brasileira fixa diversos parâmetros etários, não existindo uma única idade em que se atingiria, no mesmo momento, a "maioridade absoluta". Um adolescente pode trabalhar a partir dos 14 anos e, no plano eleitoral, estabelece que o cidadão para concorrer a Vereador deve ter idade mínima de 18 anos; 21 anos para Deputado, Prefeito ou Juiz de Paz; 30 anos para Governador e 35 anos para Presidente, Senador ou

Ministro do STF ou STJ.²⁰ Não há critério subjetivo de capacitação e sim decisão política. Tanto é assim que Jesus Cristo, que morreu aos 33 anos, a par de sua indiscutível capacidade de discernimento, no Brasil não poderia exercer a Presidência da República.

Assim, mesmo sendo discutível a decisão constituinte de outorgar o voto facultativo aos 16 anos, o fato de *per se* não leva à conclusão de que o adolescente nesta idade deva ser submetido a outro tratamento que não aquele que o Estatuto lhe reserva em caso de crime — mesmo eleitoral.

8. A redução de idade para concessão da Carteira Nacional de Habilitação

Quanto à Carteira de Motorista, tão reclamada pelos jovens filhos da burguesia, o que há a ser dito é que as medidas socioeducativas do ECA são tão ou mais eficazes e rigorosas que as penas que o atual sistema penal reserva aos autores de crimes culposos no trânsito maiores de 18 anos.²¹ Não há necessidade de redução da imputabilidade penal para responsabilizá-los, como sustentam alguns, que postulam, como condição à redução de idade para concessão da CNH, o rebaixamento de idade de imputabilidade penal.

Na forma em que vem sendo conduzida esta questão, inclusive pelo teor de veto lançado pelo ex-presidente Itamar Franco a projeto aprovado no Congresso rela-

(20) Arts. 14, § 3.º, 101 e 104, parágrafo único, da CF.

(21) Homicídio culposo ou lesões corporais culposas resultam em penas de detenção, normalmente convertidas em prestação de serviço à comunidade ou outra pena alternativa. O ECA dispõe de medidas socioeducativas similares aptas a darem uma resposta tão ou mais eficaz no plano da responsabilização dos agentes. No plano da responsabilidade civil a questão prescinde de discussão, estando disciplinada no Código Civil.

(19) Chegar a ser contraditório não poder casar sem autorização dos pais e poder ser preso.

tivamente ao rebaixamento de idade para obtenção da Carteira de Motorista, neste País onde, afirma-se, mata-se cerca de 50 mil pessoas ao ano em acidentes de trânsito, a idéia é de poder entregá-la para os filhos dos ricos — afinal, no Brasil automóvel ainda é privilégio —, para poder lançar os filhos dos pobres na cadeia.

9. O Discernimento

Outro ponto objeto da argumentação pelo rebaixamento diz respeito ao discernimento. De que o jovem de hoje, mais informado, amadurece mais cedo.

Ninguém discute a maior gama de informações ao alcance dos jovens. A televisão hoje invade todos os lares com suas informações e desinformações, trazendo formação e deformação.

Considerando o desenvolvimento intelectual e o acesso médio à informação, é evidente que qualquer jovem, aos 16, 14 ou 12 anos de idade, é capaz de compreender a natureza ilícita de determinados atos. Aliás, até mesmo crianças pequenas sabem que não se pode matar, que machucar o outro é “feio” ou que não é permitido tomar para si o objeto do outro. O velho Catecismo Romano já considerava os sete anos como a “idade da razão”, a partir da qual é possível “cometer um pecado mortal”. Esse raciocínio sobre o discernimento, levado às últimas consequências, pode chegar à conclusão de que uma criança, independentemente da idade que possua, deve ser submetida ao processo penal e, eventualmente, recolhida a um presídio, desde que seja capaz de distinguir o “bem” do “mal”.

O que cabe aqui examinar é a modificabilidade do comportamento do adolescente e sua potencialidade para beneficiar-se dos processos pedagógicos, dada sua condição de pessoa em desenvolvimento.

A experiência dos Juizados da Infância e da Juventude no Rio Grande do Sul tem demonstrado que, aplicadas com serieda-

de as medidas constantes do Estatuto, diversos adolescentes, internados por infrações gravíssimas, como homicídio e latrocínio, têm logrado efetiva recuperação, após um período de internação. Progressivamente, esses jovens têm passado da privação total de liberdade à semiliberdade e à liberdade assistida. Muitos passam algum tempo prestando serviços à comunidade, numa forma de demonstrar a si próprios e à sociedade que são capazes de atos construtivos e reparadores.

O Brasil já mandou para o sistema criminal adolescentes. Maria Auxiliadora Minahim,²² em seu interessantíssimo *Direito Penal da Emoção*,²³ onde destaca que a inimputabilidade dos menores de 18 anos é uma conquista que cumpre ser defendida, citando Bento Faria, ao comentar o Código Penal pátrio de 1890, em seu art. 30 (onde se fixa a inimputabilidade dos jovens até 14 anos), traz o relato de uma série de decisões dos tribunais, de mandar soltar meninos recolhidos em prisões de adultos por falta de instituições adequadas.

O jovem de 1890 teria maior ou menor discernimento que hoje? Se a matéria evoluiu para uma atenção diferenciada, em um país em que as diferenças sociais são abissais, isso revela uma evolução de política criminal, conceito dissociado da idéia de discernimento.²⁴

A opção por um tratamento diferenciado ao jovem infrator — conceituado como “delinqüente” na linguagem dos opo-

(22) Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Mestra e Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

(23) *Direito Penal da Emoção — A inimputabilidade do menor*. São Paulo : RT, 1992.

(24) A Exposição de Motivos ao CP de 1940 tachava os menores de 18 de *imatueros* (item 19). Já a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral (1984) afirma tratar-se de opção (a inimputabilidade) apoiada em critérios de política criminal, em seu item 23.

res do ECA — resulta de uma disposição política do Estado, na busca de uma cidadania que se perdeu — ou jamais foi conquistada.

Revela a história que a preocupação oficial sobre a questão do jovem, como sujeito de um direito diferenciado, encontra precedente histórico apenas em 1896, em Nova Iorque, quando foi registrado o primeiro processo judicial efetivo tendo como causa maus-tratos causados a uma menina de nove anos de idade pelos seus próprios pais. A parte que propôs a ação foi a Sociedade para a Proteção de Animais, de Nova Iorque. Dessa sociedade é que surgirá a primeira liga de proteção à infância.²⁵

10. Considerações finais

Em suma. O “arsenal” de recursos postos à disposição da sociedade pelo Estatuto da Criança e do Adolescente prescinde da anacrônica proposta de redução da idade de imputabilidade penal para o enfrentamento da questão atinente à criminalidade juvenil.

Para tanto o que necessitamos é de compromisso com a efetivação plena do Estatuto da Criança e do Adolescente em todos os níveis — sociedade e Estado —²⁶

fazendo valer este que é um instrumento de cidadania e responsabilização — de adultos e jovens.

A opção por um tratamento diferenciado ao jovem infrator — “delinqüente” na linguagem dos opositores do ECA — resulta de uma disposição política do Estado, na busca de uma cidadania que se perdeu — ou jamais foi conquistada.

Penso restar demonstrado que imputabilidade penal não é sinônimo de impunidade ou irresponsabilidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente oferece uma resposta aos justos anseios da sociedade por segurança e, ao mesmo tempo, busca devolver a esta mesma sociedade pessoas capazes de exercer adequadamente seus direitos e deveres de cidadania.

Como já foi possível expressar em outra oportunidade: reformar a Constituição Federal para reduzir a idade de imputabilidade penal, hoje fixada em 18

rios por brigadianos (PMs). O povo reclama: ‘Falta policiamento’. Os policiais rebatem: ‘Não temos condições para atender, faltam verbas, faltam veículos. Não há nada’. Mesmo nos Estados Unidos, com seu enorme potencial econômico, o enfrentamento do problema se revelou ineficaz. Ali, como aqui, tenta-se combater as consequências do problema, ocorre o aumento do tamanho do governo. A doença com mais serviço médico. O crime com mais aparato policial. O incêndio com mais bombeiros. Agora naquele país está ocorrendo exatamente o inverso. Na Califórnia, Flórida, Illinois, está se trabalhando na prevenção. A conclusão de que para 1 kg necessário à correção basta aplicar 1 grama na prevenção. Atender o social é prevenir o jurídico. A atuação dos Conselhos Tutelares é exatamente necessária para esse desiderato. As pessoas precisam saber que essa nova instituição tem finalidades específicas e não é subordinada a nenhuma outra. A sua intervenção eficaz é capaz de resolver precocemente os problemas” — Hoppe, Marcel, A questão da violência, op. cit.

⁽²⁵⁾ Hoppe, Marcel. A questão da violência, in *Indiferença*, op. cit.

⁽²⁶⁾ “A aceitação de práticas de violência contra as crianças vem a dar causa ao extermínio, que não é contra a infância em geral, mas contra os menores. No ano de 1989, morreram no Brasil 400.000 crianças por causas evitáveis. Deodato Rivera afirma que não houve nenhuma manifestação maior da sociedade e pergunta: ‘O que aconteceria se fosse noticiada a morte de 400.000 bezerros?’ Seria o caos econômico. Seria a falência da estrutura. A imprensa noticia todo dia a violência física: a violência urbana. Assunto permanente é a superlotação de presídios. Presídios são interditados. Presídios são abertos. Trocam-se agentes penitenciá-

anos, significa um retrocesso, um desserviço, um verdadeiro atentado. A criminalidade juvenil crescente há de ser combatida em sua origem — a miséria e a deseducação. Não será jogando jovens de 16 anos no falido sistema penitenciário que se poderá recuperá-los. Mesmo naqueles de difícil prognóstico recuperatório a sociedade tem o dever de investir, máxime porque a porcentagem daqueles que se emendam — dentro de uma correta execução da medida que foi aplicada — faz-se muito maior e justifica plenamente o esforço. Não for pensado assim, amanha estar-se-á questionando a redução da idade de imputabilidade penal para doze anos e depois para menos, quem sabe, até que qualquer dia não faltará quem justifique a punição de nascituros, preferencialmente se pobres...²⁷

11. Bibliografia

- CURY, Munir. SILVA, Fernando do Amaral e. MENDEZ, Emílio Garcia, e outros. *Estatuto da Criança e do Adolescente, Comentários jurídicos e sociais*. São Paulo : Malheiros, 1992.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *De menor a cidadão*. Brasília. Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência. Ministério da Ação Social.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Por uma pedagogia da esperança*. Brasília. Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência. Ministério da Ação Social, 1991.
- FIGUEROA, Ana Cláudia. *Org. da situação irregular às garantias processuais da criança e do adolescente*. São Bernardo do Campo — SP. CEDECA, 1994.
- HOPPE, Marcel e outros. *O estatuto passado a limpo*. Porto Alegre. Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre. Diretoria de Revista e Jurisprudência e outros Impressos do TJRS, 1992.
- HOPPE, Marcel. A questão da violência. In *Indiferença — Derrube este Muro*. Anais do Seminário da Criança e do Adolescente. Associação dos Procuradores do Município de Porto Alegre, 1996, p. 19.
- LEÃO, Sonia Carneiro. *Infância, latência e adolescência*. Temas de psicanálise, Rio de Janeiro : Imago, 1990.
- LIBERATI, O. *Estatuto da Criança e do Adolescente — Comentários*. Brasília : Instituto Brasileiro de Pedagogia Social, 1991.
- MENDEZ, Emílio Garcia. *Liberdade, respeito, dignidade*. Brasília. Centro Brasileiro para a Infância e Juventude. Ministério da Ação Social.
- RIVERA, Deododato. *Pelo amor destas bandeiras*. Brasília : Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência. Ministério da Ação Social, 1991.
- SÊDA, Edson. *O novo Direito da Criança e do Adolescente*. Brasília : Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência. Ministério da Ação Social, 1991.
- SÊDA, Edson. *Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo : Malheiros, 1993.
- SÊDA, Edson. *A criança e o direito alternativo*. Um relato sobre o cumprimento da Doutrina da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente no Brasil, 1995.
- SARAIVA, João Batista Costa. Inimputabilidade, não impunidade. In *Relatório Azul*. Porto Alegre : Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1995, p. 33.
- SARAIVA, João Batista Costa. Adolescentes em confronto com a lei: O ECA como instrumento de responsabilização ou a eficácia das medidas socioeducativas. In *Ajuris* 67/60. Porto Alegre : Ajuris, 1996.

(27) Saraiva, João Batista Costa, Inimputabilidade, não impunidade, in *Relatório Azul*, da Comissão de Cidadania e Direitos Hu-

manos — Assembléia Legislativa do RS, 1995, p. 34.

2. DOUTRINA NACIONAL

A IRRESPONSABILIDADE PENAL DO ADOLESCENTE

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

1. O tema da inimputabilidade penal do menor de 18 anos é objeto de posicionamentos ideológicos muito claros e precisos por aqueles que defendem o limite etário previsto na Constituição Federal ou seu rebaixamento.

Não pretendemos a análise destas posições, de todos conhecidas. Limitamo-nos a afirmar que a visão de hordas desestabilizadoras da ordem social tão projetadas pelos setores que defendem o rebaixamento da idade penal constitui não só equívoco interpretativo da realidade, mas sobretudo argumento cínico de uma sociedade esvaziada em seus princípios éticos, dada a corrosão provocada pela adesão incontida e sem limites a modelos de desenvolvimento utilitaristas e materialistas extremados.

A despeito de todo o discurso dogmático e legislativo acerca da questão, a irresignação para com a idade penal expressa esperança na lei e na ordem e aversão ao direito penal mínimo e à moderna criminologia, o que faz vis seus argumentos, pois manipula a problemática do menor sob os auspícios de lhe oferecer e entregar a sociedade legislação rígida e conforme a terrível realidade que a todos cerca. Tal discurso pretende ruir a imunidade simbólica do menor ao direito penal.

O pior cego, como afirma o dito popular, é aquele que não quer ver. Como na ficção de José Saramago (*Ensaio sobre a Cegueira*), os defensores da solução radical do encarceramento não percebem que as causas do mal permanecem latentes e operantes além dos muros da reclu-

são, e momento haverá que ninguém, dentro ou fora das prisões, estará imune aos seus efeitos.

2. A doutrina e a jurisprudência proclamam a autonomia científica do direito do menor, alçando à condição de ramo específico da ciência o estudo da legislação correlata, que conta assim com regras próprias de interpretação e aplicação.

O princípio fundamental do direito menorista é o do "bem-estar do menor", de natureza finalista, segundo o qual as regras são interpretadas e aplicadas, como prescreve o art. 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU.

O conteúdo do princípio "do bem-estar do menor", também conhecido por princípio da "proteção especial", é dado pelo art. 7.º do ECA, segundo o qual a criança ou adolescente tem "direito a proteção à vida e à saúde, mediante políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".

Neste diapasão, a lei menorista proclama que ao menor autor de ato infracional serão aplicadas medidas socioeducativas.

Nisto se apegam os defensores do rebaixamento da idade penal para vazar a conclusão de que "menor não vai para a cadeia", sem razão contudo.

Conquanto a didática exija a divisão do direito em especialidades tais como o direito constitucional, civil, penal, processual civil, processual penal etc., é certo que o direito é ciência cultural que tem unidade e organização de modo a caracterizar um sistema, completo ou incompleto não importa, pelo que não é

válida a assertiva da existência de autonomia entre os diversos ramos.

Mera exigência didática, afirma-se que determinado ramo possui autonomia quando manipulado por meio de regras e princípios a ele exclusivos, tais como as regras de interpretação do direito civil ou a exegese da norma penal.

Mas tal evidentemente não é correto, bastando a tanto a recordação de que a noção de boa-fé é tão essencial ao direito penal quanto é a legalidade estrita às restrições de direitos da pessoa física no direito civil.

O denominado direito do menor por consequência faz parte do sistema e não pode, senão por conveniência didática, ser proclamado e tratado como ramo autônomo do direito.

Não há em verdade qualquer regra de interpretação ou aplicação exclusiva do direito do menor, pois todas assim proclamadas derivam do sistema.

Que é o princípio da proteção integral ou especial senão derivação da regra da existência digna de todo o ser humano, inerente e essencial aos regimes jurídicos democráticos contemporâneos, princípio fundamental da República previsto no art. 1.º da CF?

Assim também a regra da excepcionalidade da colocação em lar substituto, que deriva da noção burguesa da célula familiar como base da sociedade — art. 226 da CF.

Dá que uma análise crítica do ECA deve apartar-se do discurso legislativo e dogmático e perquirir as reais estruturas que compõem o direito do menor, fixando-o não como ramo do direito, mas subsistema da unidade.

3. O Título III do ECA cuida do que denomina prática de ato infracional.

De início o art. 103 estabelece que se considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção.

O direito penal opera essencialmente com a descrição de condutas proibidas de cuja caracterização deriva sanção.

Muito embora a característica sanção seja considerada a nota diferencial do direito penal, não se pode olvidar que tal ramo da ciência lida com o denominado *mínimo ético* da convivência social (Battaglini, *Direito Penal*, São Paulo : Saraiva, 1964, p. 7).

A noção do *mínimo ético* é fornecida pelo preceito primário da norma jurídico-penal, que descreve a conduta proibida ou indesejada.

A caracterização da conduta proibida faz-se pelo fenômeno da subsunção, cuja análise é informada por princípios de garantia, tais como a legalidade estrita.

Em torno desta noção gravitam causas inibidoras do poder punitivo, tais como as excludentes de criminalidade e culpabilidade.

Ao definir o ato infracional como a conduta criminosa ou contravenção, evidentemente a lei opera com o fenômeno da criminalidade na visão parcial do direito penal, pois se vale justamente da noção do *mínimo ético* que o define.

Consequentemente, derivam do direito penal as regras de interpretação do ECA quanto ao ato infracional.

O estabelecimento de garantias processuais, de regras de competência, de hipóteses absolutórias etc., previstas no ECA, comprova o raciocínio.

Há porém uma razão da denominação de ato infracional à conduta criminosa ou contravenção praticada pelo menor: o fenômeno da inimputabilidade.

Sabe-se que a inimputabilidade é causa de imunidade à lei penal, definindo-se de acordo com conveniências biológicas ou psicológicas.

No que interessa ao presente, temos que o menor de 18 anos é imune à lei penal de acordo com a proclamação do texto constitucional.

Os crescentes abusos verificados na vigência do revogado Código de Menores a pretexto da caracterização do então denominado ato anti-social levaram a lei a buscar definição exata e precisa das

condutas praticadas pelos menores de 18 anos que ofendam os interesses fundamentais e de relevo social.

Porque o direito é um sistema, valeu-se justamente o legislador do direito penal, dele emprestando a noção de delito e suas implicações teóricas.

Como o menor de 18 anos não está sujeito à lei penal nos termos do art. 228 da CF, a exigência recomendou a alternativa de denominação diversa ao fenômeno, que foi o legislador encontrar em ato infracional.

Vista a questão neste prisma, do antecedente normativo, é forçoso concluir que o inimputável etário pratica sob a denominação de ato infracional a mesma conduta que do imputável é caracterizada como crime sob o prisma normativo.

O ato infracional é pois um eufemismo jurídico de delito.

Conseqüentemente, afirmamos que os defensores do rebaixamento da idade penal estão em verdade a questionar o estabelecimento de regras de garantia mínimas que o direito menorista agasalhou ao constituir no ECA, em especial a noção de legalidade derivada do sistema penal como limitação ao poder punitivo.

Como a noção de legalidade é antecedente lógico às idéias de intervenção mínima, nisto também reside o temor do conservadorismo penal nacional.

Mas importa aqui fixar a noção: ato infracional é eufemismo jurídico de delito.

4. O ECA prevê em seu art. 112 medidas ao autor de ato infracional que denomina socioeducativas, quais sejam, advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação, bem como aquelas denominadas protetivas previstas no art. 101, exceção feita à colocação em lar substituto: encaminhamento mediante termo de responsabilidade, monitoração temporária, obrigação de estudar, inclusão

em programa de auxílio, tratamento da saúde física e mental e programa para alcoólatras e toxicômanos.

Segundo os teóricos, tais modalidades de sanção não têm caráter penal e são aplicadas no interesse do menor.

O raciocínio padece de validade.

Nuvolone, depois de afirmar que o direito penal é um complexo de obrigações providas de uma sanção particular, esclarece que a pena se define como sanção heterogênea afliativa, apartando-a da espécie impeditiva e da congênere homogênea (*O sistema do Direito Penal*, São Paulo : RT, 1981, p. 18).

Trata-se do conseqüente normativo inerente à norma-comando, isto é, motivação antitética àquela constitutiva do móvel criminógeno.

Cumpra pois perquirir sobre a natureza jurídica da medida socioeducativa.

Sem receio de incidir no vício da petição de princípios, é intuitivo que a medida em questão caracteriza-se como sanção afliativa, pois deriva da violação da norma-comando.

E a realidade das coisas, no âmago da compostura jurídica do preceito secundário do direito menorista, não permite de fato conclusão distinta.

Ainda segundo Nuvolone (*op. e loc. cit.*), a sanção heterogênea afliativa aparta-se das demais modalidades porque incide sobre o agente e não sobre o ato, e ainda se revela como reação autônoma, isto é, constituída de uma conseqüência incomensurável relativamente à violação da obrigação, do *dever-ser* na linguagem de Kelsen.

Evidentemente que a medida de internação e outras mais já mencionadas assim se caracterizam, pois incidem sobre a pessoa do infrator e de modo autônomo, propositadamente sem qualquer vinculação com a natureza do dever violado.

Temos pois indubitavelmente que a medida socioeducativa é de natureza penal.

Não se pode olvidar porém que as medidas socioeducativas não se resumem à internação ou semiliberdade, pois outras existem que em princípio induzem à negação do raciocínio, quicá dentre elas como mais expressiva a de reparação do dano, dado em princípio o nítido caráter retributivo e proporcional à violação do dever-ser.

É sabido que a reparação do dano no direito vigente não constitui sanção autônoma. Mas o moderno pensamento penal, sensível à crise do sistema, apóia-se nas ciências auxiliares para concluir que em sem número de hipóteses a mera assistência à vítima satisfaz à política criminal.

E por atenção a tal realidade é que o legislador criminal alienígena adota sanções assim particulares, que nem por esta razão perdem o caráter penal como assinala Beristain (*Medidas Penales en Derecho Contemporaneo*, Reus, S.A., p. 90), segundo entendemos que, de acordo com seu pensamento, a tipicidade é o pressuposto da aplicação de tais medidas (*op. cit.*, p. 165).

Mas com isto nos afastaríamos da sanção como *discrímen* do direito penal e repousamos apenas na noção de direito penal como *mínimo ético*, noção meramente formal.

Afirmamos acima que medidas como a reparação do dano em princípio têm nítido caráter de sanção homogênea. Bem analisada, a reparação do dano não é sanção de tal natureza.

A recomposição patrimonial que enseja a reparação do dano não é absoluta, pois não incide sobre todos os elementos da conduta violada, e assim não tem a mesma natureza daquela.

Ao direito civil a recomposição patrimonial decorrente de violação contratual objetiva o denominado *status quo ante*, v.g. a rescisão contratual, tanto quanto aquela decorrente de ilícito extracontratual, como a reparação de dano nos termos do art. 159 do CC.

Não assim no direito penal. À vítima não se devolve a incolumidade física, ofendida com a violência real empregada no roubo, nem tampouco a paz doméstica atacada na ação clandestina inerente ao furto em residência sob o repouso noturno.

Tais bens jurídicos, de extrema relevância ao sistema penal, inserem-se mesmo no núcleo da ação típica de infrações como o roubo e furto qualificados, e restam não abrangidos pela sanção reparatória.

Daí que a conseqüência do preceito secundário, mera reparação do dano, não é proporcional e nem tampouco tem a mesma natureza do dever violado.

Conseqüentemente, a reparação do dano não é sanção homogênea, mas heterogênea, isto é, penal.

O mesmo se diga em relação à medida de advertência.

4. Assim, forçoso concluir que estrutura jurídica dos denominados ato infracional e medida socioeducativa é idêntica àquela do crime e da pena, pelo que nisto verifica-se, no direito menorista relativo à delinqüência, caráter penal.

Daí um passo a compreender os críticos da idade penal.

É difícil tolerar o princípio da legalidade e são inacreditáveis os benefícios das garantias processuais, quanto mais em favor de adolescentes, esses seres naturalmente esquisitos e particularmente atemorizantes no contexto de um país perverso com suas crianças excluídas.

Mais terrível ainda é que a tal segmento a legislação tenha adotado princípios modernos da criminologia mediante a adoção de sanções alternativas ao encarceramento.

Disto a um passo para as desordeiras idéias de intervenção mínima e mesmo abolicionismo penal, como que a se vislumbrar em futuro próximo uma sociedade despida de meios eficazes de controle social.

Esta é a realidade lógica da crítica dirigida ao fenômeno da inimputabilidade

penal na vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, como procuramos demonstrar, ato infracional e crime, bem como pena e medida socio-educativa, são na essência a mesma coisa e só as diferença a linguagem.

5. Nem por isso a significação semântica é algo sem relevo.

Por séculos o direito penal tem sido visto como a redenção da ordem social e seu mecanismo mais eficaz de garantia e controle.

Curioso mesmo que numa sociedade marcadamente utilitarista, em que a relação custo/benefício justifica até a seletividade do tratamento de saúde em hospitais, este ineficaz remédio que tem sido o direito penal adquira cada dia mais importância e se torne fiel depositário das aspirações populares. A simbologia da pena e a mídia se encarregam de explicar um e outro fenômenos.

Neste contexto, o binômio crime-pena é visto como imperativo da defesa social, seu instrumento necessário e imprescindível.

O significado que o termo *medida socioeducativa* empresta ao fenômeno sanção é completamente diferente do conteúdo semântico de *pena*. O caráter expiatório da pena não subsiste na medida socioeducativa, assim como o elemento prevenção. Nesta última, quem expia é a sociedade e dela o menor se previne.

Esta profunda diferença estabelecida pela linguagem esvazia por completo, em relação à denominada delinquência juvenil, o caráter simbólico do direito penal como poder do Estado mediante a afirmação de valores socialmente aceitos, que reside no binômio crime-pena.

Isto explica, no plano simbólico, o terror da sociedade contra o *menor* e seus direitos, bem como situa o espaço psicossocial em que agem os defensores do rebaixamento da imputabilidade penal.

Neste terreno movediço em que falta a razão, só mesmo a natureza pétrea da cláusula constitucional (art. 228) que

estabelece a idade penal resiste ao assédio do conservadorismo penal.

A inimputabilidade etária, muito embora tratada noutro capítulo que não aquele das garantias individuais, é sem dúvida um princípio que integra o arcabouço de proteção da pessoa humana do poder estatal projetado naquele, e assim deve ser considerado cláusula pétrea (art. 5.º, § 2.º). No mesmo sentido leva a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU.

De outro lado, esta mesma diferença semântica impede a interpretação de que o ECA viola o preceito constitucional da inimputabilidade penal do menor de 18 anos.

A declaração constitucional de inimputabilidade penal significa que os menores não têm responsabilidade penal, “estão fora do direito penal e não podem ser autores de fatos puníveis” na expressão de Fragoso (*Direito Penal, Parte Geral*, 13.ª ed., Rio de Janeiro : Forense, p. 197).

O que pretende a declaração de inimputabilidade etária é por critério de política criminal excluir o menor de 18 anos dos efeitos sempre negativos e estigmatizantes do direito penal, impedir de “assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação criminal”, na expressão de Hungria (*Comentários...*, v. 1, § 108).

Quando o legislador empresta do direito penal o comando proibitivo do ponto de vista formal e material, e principalmente ao dele tomar sob a ótica material o preceito sancionatório em sua estrutura, está sem dúvida a manipular aquele ramo do direito como já visto.

Isto implicaria violação substancial do preceito constitucional que estabelece a inimputabilidade penal, não fosse a diferenciação semântica estabelecida pelos termos ato infracional e medida socioeducativa.

É a linguagem e os símbolos por ela manipulados que permitem o ajuste de

constitucionalidade do ECA neste particular. É dela que decorre o efeito pretendido pela Constituição Federal, qual seja, aquele de afirmar imune a lei penal o menor de 18 anos. Só disso e mais nada, pois na estrutura e essência o direito penal e tutelar são a mesma coisa.

Portanto, a manipulação de linguagem pelo legislador infraconstitucional exerce a função de reconhecimento de constitucionalidade do ECA e situa o espaço

de discussão sobre o rebaixamento da idade penal.

6. Em síntese, a crítica feita pelos defensores da redução da imputabilidade penal não se justifica no caráter não-penal do direito do menor e tem por objeto a distinção meramente semântica de crime-ato infracional e pena-medida socioeducativa (que objetiva excluir a simbologia do direito penal como forma de controle social), bem como os princípios garantistas desta ciência.

2. DOUTRINA NACIONAL

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E PROCESSO ADMINISTRATIVO

NELSON BERNARDES DE SOUZA

Eis que venho, Senhor, para fazer a vossa vontade (Salmo 39).

A edição da Lei 9.430, de 27.12.1996, trouxe disposição inserida em seu art. 83 que faz renascer a discussão a respeito da independência entre as instâncias administrativa e penal, posto que, até o momento de sua edição, o entendimento majoritário, escudado na Súmula 609 do Supremo Tribunal Federal, era no sentido de que a ação penal nos crimes de sonegação fiscal não estava condicionada a nenhuma condição prévia de procedibilidade. A lei atual trata desse tipo de criminalidade como crimes contra a ordem tributária.

Dispõe o novel art. 83 que:

“A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27.12.1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do crédito tributário correspondente.

Parágrafo único. As disposições contidas no *caput* do art. 34 da Lei 9.249, de 26.12.1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos policiais e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz”.

Esse dispositivo não se apresenta como novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei 4.357, de 16.07.1964, que entre outras disposições alterava a legislação do imposto de renda, dispunha em seu art. 11, § 3.º, que:

“Nos casos previstos neste artigo, a ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade julgadora de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência do crime, logo após a decisão final condenatória proferida na esfera administrativa”.

Afastada a imperfeição técnica na redação desse dispositivo (“representação da Procuradoria da República”), pois a ação penal pública é incondicionada ou condicionada à representação do ofendido, ou requisição do Ministro da Justiça, ficara clara a intenção do legislador em condicionar o exercício da ação penal pública ao término do procedimento administrativo fiscal. Apesar das críticas apontadas por Manoel Pedro Pimentel (*Direito Penal Econômico*. São Paulo : RT) tudo levava a crer que o legislador estaria condicionando o início da ação penal à decisão final proferida no processo administrativo.

Não houve tempo suficiente para que os tribunais se pronunciassem sobre o tema, porquanto, em 1965, entrou em vigor a Lei 4.729, de 14.07.1965, definidora dos crimes de sonegação fiscal.

Mas semelhante disposição voltaria a ensaiar seu ingresso no mundo jurídico.

Da mesma forma que a dicção do art. 11, § 3.º, da Lei 4.357/64, dispositivo igual constava do § 1.º do art. 34 da Lei

9.249/95, que, no entanto, restou vetado pelo Poder Executivo.

Agora, incorporada ao texto legal, semelhante disposição reaviva o debate em torno da independência das instâncias penal e administrativa. Observa-se, uma vez mais, a omissão do legislador já verificada na redação do art. 34 da Lei 9.249/95: olvidou-se da aplicação do mesmo dispositivo legal aos crimes definidos na Lei 8.212/91, que trata dos crimes previdenciários. Doutrina e jurisprudência se inclinaram pela aplicação daquele dispositivo também aos crimes instituídos pela Lei 8.212/91, em razão de interpretação analógica. Ao que tudo indica, por identidade de razões, a disposição do art. 83 da Lei 9.430/96 será também aplicada nos casos de crimes previdenciários da Lei 8.212/91.

A questão da independência entre as instâncias administrativa e penal foi assunto longamente debatido nos tribunais ocasionando a edição da Súmula 609 do Supremo Tribunal Federal, vazada nos seguintes termos:

“É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”.

A súmula foi editada quando em vigor a Lei 4.729/65, que definia o delito de sonegação fiscal e em cujo texto nenhuma disposição impunha o prévio esgotamento da via administrativa como pressuposto para o exercício da ação penal.

Esta lei, que definia o delito de sonegação fiscal no ordenamento jurídico, foi revogada pela Lei 8.137 de 1990, que não mais fala em sonegação fiscal e sim em crimes contra a ordem tributária. Na definição dos tipos penais deu um tratamento diverso à matéria.

A unanimidade da doutrina considera o delito do art. 1.º da Lei 8.137/90 como sendo delito material, de dano, para cuja consumação é necessária a produção do resultado previsto no tipo: *suprimir ou reduzir tributos*. Tal não ocorria com a descrição legal da Lei 4.729/65, em que bastava a prática de qualquer das condu-

tas, independentemente do resultado. Dificuldade de interpretação pode surgir em relação às ações típicas elencadas no art. 2.º da Lei 8.137/90, que em sua maioria se constituem em crimes formais ou de mera conduta. Porém, o *caput* do art. 2.º estatui que constitui crimes da *mesma natureza* a prática das ações previstas em seus diversos incisos.

Paulo José da Costa Jr. preleciona que “... os crimes definidos na Lei 4.729/65 são todos de mera conduta, visto que se aperfeiçoam independentemente do resultado lesivo. Com efeito, da leitura dos seus incisos se constata que o resultado não integra os tipos ali descritos. De sua parte, nos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei 8.137, o núcleo do crime é *suprimir* ou *reduzir tributos* com a intenção de causar um dano ao erário público. Trata-se, portanto, de um crime de resultado que participa da subespécie dos crimes de dano” (*Infrações tributárias e delitos fiscais*. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 100).

No mesmo sentido, reconhecendo a qualidade de delitos de dano, delitos materiais, nos tipos da Lei 8.137, Aristides Junqueira, Gilberto de Ulhôa Canto, Celso Ribeiro Bastos, Hugo Brito Machado *et alii*, *Pesquisas tributárias: Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo : RT.

Dessa classificação dos crimes advêm consequências jurídico-penais de suma importância: na classificação entre crimes formais e materiais, leva-se em consideração o momento consumativo do delito; na distinção entre crimes de dano, ou de perigo, leva-se em consideração o resultado da ação delituosa. Dessa distinção decorre que os crimes materiais, ou de dano, só se consumam com a efetiva produção do resultado previsto no tipo e efetiva lesão ao bem jurídico protegido. Tendo em vista a definição legal dos crimes contra a ordem tributária (supressão ou redução de tributos), eles só se consumam com a efetiva produção desse resultado. E, logicamente, só se pode

falar em supressão ou redução do tributo após o término do procedimento administrativo, que culmina com o lançamento, atividade privativa das autoridades fazendárias.

Bem se pode concluir pela existência de uma relação de interdependência das instâncias penais e administrativas no concernente à verificação dos crimes contra a ordem tributária. Se, ao tempo da Lei 4.729/65, bastava tão-somente a realização de uma das condutas previstas na lei, agora tal já não basta para que se tenha por caracterizado o delito; é preciso que além das condutas típicas se produza o resultado lesivo ao erário público, é necessária a comprovação efetiva do dano ao erário público: *a supressão ou redução do tributo*.

Daí a afirmação de Paulo José da Costa Jr. no sentido de que *a lavratura do auto de infração não é suficiente para a instauração da ação penal* (op. cit., p. 103).

Portanto urge uma nova leitura e quiçá revogação ou reformulação da súmula citada, posto que a nova lei definidora dos delitos contra ordem tributária instituiu infrações penais que se classificam como materiais e de dano. Se editada e válida sob a vigência da Lei 4.729/65, já agora não se sustenta mais seu entendimento à luz das novas disposições legais definidoras dos crimes contra a ordem tributária.

Quando ainda em vigor a Lei 4.729/65, embora nenhum dispositivo legal condicionasse o exercício da ação penal pública por delitos de sonegação fiscal, ainda assim vozes se levantaram para proclamar a necessidade de se aguardar o desfecho do procedimento administrativo. Conferir a respeito voto vencido de Francis Davis em julgamento do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, publicado na RT 448/363, de cujo texto se destacam as seguintes passagens: ... Não se aguardar, nos casos concretos, o pronunciamento final das autoridades administrativas, do último escalão, repre-

sentará, na prática, por via indireta, cerceamento de defesa, com infringência da garantia prevista no art. 153, § 4.º, da Constituição Federal, e pela qual “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. ... Mas pouco adiantará o direito de recurso ao contribuinte, ou estar desobrigado de garantir, a instância, se ficar sujeito, por outro lado, antes de julgamento de seu apelo, aos ônus, limitações, percalços e humilhações de uma ação penal por sonegação fiscal...

E bem por isso, tendo em vista a nova definição legal do ilícito penal tributário, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal a favor do reconhecimento da interdependência das instâncias penal e administrativa, ao conceder ordem de *habeas corpus* (HC 71.755-1 – DJU 04.11.1994), pelo voto do eminente Min. Paulo Brossard, para obstar o seguimento da ação penal intentada contra dirigentes de empresa exportadora de madeira, baseado no fato de que a materialidade do fato gerador da obrigação tributária, reclamada pela Fazenda Pública, ainda se encontrava em fase de discussão no âmbito administrativo (cf. Edmar Oliveira Andrade Filho, *Direito Penal Tributário*. São Paulo : Atlas, 1995, p. 147).

Vê-se, pois, que a jurisprudência começa a atender aos brados da doutrina, que de há muito vem proclamando a existência de verdadeira prejudicialidade na matéria. Além do Pretório Excelso, outros tribunais também já se manifestaram nesse sentido. Assim, por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, no julgamento do HC 95.0103147-0/DF, rela. Juíza Eliana Calmon (*Revista Brasileira de Ciências Criminais* 11/252) com a seguinte ementa:

“Penal – *Habeas corpus* – Sonegação fiscal – Extinção da punibilidade – Hipótese *sui generis* – Denúncia oferecida antes do pagamento do tributo e antecedendo o término do processo fiscal.

1. O tipo penal descrito no art. 1.º, da Lei 8.137/90, para que se possa configurar exige, obrigatoriamente, o término da apuração do agir do contribuinte na esfera tributária.

2. Denúncia oferecida antes do término do processo fiscal que apresenta ausência de interesse de agir do Ministério Público Federal — Carência de ação.

3. Examinando-se a questão do benefício outorgado pela Lei 8.137/90, verifica-se que a denúncia *ante tempus*, por via oblíqua, impediu que pudesse o paciente utilizar-se do favor fiscal.

4. *Habeas corpus* concedido”.

Igualmente, no âmbito da 3.ª Região, o Tribunal Regional Federal, julgando o HC 96.03.060711-8, rela. Juíza Sylvia Steiner, DJU 09.10.1996, p. 76.292, embora admitindo a independência das instâncias administrativa e penal entendeu que:

“1. Se a denúncia arrima-se tão-somente em Autos de Infração lavrados pela fiscalização autárquica, e se tais Autos de Infração foram anulados por decisão judicial, inexistente prova da materialidade delitiva.

2. O princípio da independência das instâncias administrativa e penal não autoriza a que se impute ao contribuinte a prática de crime de natureza fiscal antes mesmo de a Administração proceder à regular apuração da existência do débito, ou quando nulo o procedimento administrativo de que resultou a lavratura do Auto de Infração.

3. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal”.

Não se questiona a independência existente entre as instâncias penal e administrativa. A ação penal por delitos contra a ordem tributária é de natureza pública incondicionada, a teor do art. 15 da Lei 8.137/90.

Referido dispositivo legal não foi alterado pelo art. 83 da Lei 9.430/96, de modo a introduzir uma condição de procedibilidade para o exercício da ação pe-

nal. A *representação* de que fala o art. 83, já tratada pelos Decretos 982/93 e 325/91, nada tem a ver com a figura da representação, com o sentido jurídico que lhes emprestam o Código Penal e o Código de Processo Penal. Para estes diplomas, a representação é condição de procedibilidade, enquanto a representação de que trata o art. 83 da Lei 9.430/96 não passa de mera *notitia criminis*, que não é possibilidade exclusiva das autoridades fazendárias (art. 16 da Lei 8.137/90: “Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta Lei...”).

Em verdade, ao disciplinar o encaminhamento da representação fiscal para fins penais após o término do procedimento administrativo em que se apure a existência de crédito tributário, o legislador deu um tratamento mais lógico à matéria, o que vem de acordo com a doutrina e jurisprudência citadas a respeito do tema, reconhecendo implicitamente a condição de crimes materiais e de dano nas hipóteses elencadas no art. 1.º da Lei 8.137/90, de modo que, só com a verificação do resultado (que se dá após o término do procedimento administrativo e esgotadas as instâncias recursais) é que se poderá falar na ocorrência de *supressão* ou *redução* de tributos. Ou, na expressão da Juíza Eliana Calmon do TRF da 1.ª Região: “Tenho entendimento de que o Estado só passa a ser ofendido quando, tendo nascido a exigibilidade, resiste o contribuinte ao pagamento” (loc. cit.).

Com efeito, o término do procedimento administrativo comprovará, ou não, a *materialidade delitiva*, o resultado da ação do contribuinte.

Não está o Ministério Público impedido de oferecer denúncia antes do término daquele procedimento. Entretanto, deverá o Juiz rejeitá-la, por faltar ao órgão acusatório interesse de agir, face à não-comprovação do resultado descrito no tipo penal, e, por consequência, inexistirá

justa causa para a ação penal, antes que se afirme na instância administrativa que houve a supressão ou redução de tributo devido. O resultado *supressão* ou *redução* de tributo ou contribuição social é o *corpo de delito*, que se materializará na decisão final administrativa, sem o qual a denúncia não poderá ser recebida, porquanto, a inexistência do corpo de delito importa a rejeição da denúncia (TRF – 4.^a Região, DJU 24.06.1992, p. 18.684). De fato, no processo penal o exame de corpo de delito é de suma importância, pois, sem ele, é nulo o processo criminal (art. 564, III, letra b). Dispõem os arts. 158 e 167 do CPP sobre a indispensabilidade do *exame de corpo de delito* nas infrações que deixam vestígios. Nos crimes contra a ordem tributária, o resultado, seus vestígios (sua materialidade), se comprovam com a apuração final da existência de crédito tributário *suprimido* ou *reduzido* após o término do procedimento administrativo. Seria o mesmo que, diante de um boletim de ocorrência em que se mencionasse que o indiciado efetuou seis disparos de arma de fogo contra alguém, se dispusesse o Ministério Público, desde logo, a ofertar denúncia por homicídio consumado, sem mesmo ter às mãos o laudo necroscópico, comprobatório da materialidade do delito. Poder-se-á objetar que as omissões da denúncia poderão ser supridas a qualquer momento, antes da sentença final, conforme autoriza o art. 569 do CPP. Mas, em matéria de crimes contra a ordem tributária, a denúncia assim recebida impedirá o direito consagrado em sede constitucional relativo à discussão da imposição tributária, bem como a que o contribuinte se beneficie da possibilidade de se livrar do processo criminal efetuando o pagamento dos tributos.

Além dessas considerações, tenha-se em mente as observações de Paulo José da Costa Jr., para quem, “o Código Penal é um repertório de tipos penais que, em seu esquema clássico, descreve condutas

ou ações de natureza fática, consideradas nocivas e por isso qualificadas como delitos. A norma penal tributária, contudo, não obedece a este esquema clássico de qualificação delitiva, pois além de descrever condutas e ações reporta-se também a *conceitos normativos*, tais como *tributo*, *contribuição social* (cf. art. 1.^o, *caput*) ou *sujeito passivo de obrigação* (cf. art. 2.^o, II) ...” (op. cit., p. 101), o que obriga o Juiz Criminal a consultar as categorias do Direito Tributário para o conceito de tributo, contribuição social, sujeito passivo, obrigação tributária etc. Dentre essas categorias do Direito Tributário que mais se relacionam com o Direito Penal, no tocante aos crimes contra a ordem tributária, se projetam as concernentes à obrigação tributária e crédito tributário, conceitos nucleares do Direito Tributário, cujo conhecimento e domínio se impõem ao Juiz Criminal como um antecedente lógico na conceituação do que seja ilícito penal tributário. Assim, na preciosa lição de Fábio Fanucchi, “a obrigação tributária se constitui pela ocorrência do fato gerador, antecedendo ao crédito tributário no tempo, em qualquer hipótese. Não há possibilidade de o crédito tributário preceder à obrigação, tanto que, como se viu, o crédito *decorre da obrigação* (art. 139 do CTN). Portanto, há instante, curto ou longo, não interessando sua mensuração, em que existe a obrigação sem existir o crédito que lhe corresponda. Vale dizer, a obrigação existe independentemente do crédito, mas este depende sempre daquela” (Edmar Oliveira Andrade Filho, *Direito Penal Tributário*. São Paulo : Atlas, 1995, p. 94).

Discorrendo sobre a diferença entre obrigação tributária e crédito tributário, com arrimo no art. 140 do CTN, salienta Edmar Oliveira Andrade Filho que “... o lançamento tributário é que caracteriza o resultado nos crimes contra a ordem tributária, porquanto a exigência da exação pode sofrer diversas vicissitudes até que

venha a ser declarada dívida líquida e certa... Por tais razões, é livre de dúvidas que a consumação dos crimes contra a ordem tributária só pode ser afirmada depois de esgotadas todas as instâncias administrativas de que dispõe o sujeito passivo para discutir a exação. Isto porque o lançamento tributário, como vimos, pode perfeitamente ser desconstituído, hipótese em que desapareceria o núcleo do tipo penal; a supressão ou redução ilegal do tributo ou contribuição” (*op. cit.*, p. 96).

A interligação entre a instância administrativa e a penal é tão grande que Américo Masset Lacombe, na obra *Obrigação tributária*. São Paulo : RT, 1977, após discutir as diferenças e suas consequências entre obrigação tributária e crédito tributário, conceitos que estão implicitamente contidos nos tipos penais dos crimes contra a ordem tributária, conclui: “... Tal afirmação é aqui referida para explicar como o lançamento definitivo poderia modificar o provisório, chegando inclusive, no caso de ser inferior ou negativo, a gerar um direito de repetição. Tal situação significaria deixar totalmente sem efeito o lançamento provisório e implicaria declaração da não-existência de obrigação” (p. 84).

Ninguém há de duvidar que as autuações fiscais não passam de um lançamento provisório e que, entretanto, estão a autorizar o início de ação penal. Como então ter-se como comprovado o delito contra a ordem tributária tão-somente com base na autuação fiscal, que não passa em última análise de um *lançamento provisório*? Na esteira dessas lições pode-se concluir facilmente que só o *lançamento definitivo* trará a demonstração da *materialidade* delitiva; se constituirá no *corpo de delito*, já que é ele que corporifica o resultado *supressão* ou *redução* de tributo ou contribuição social. Pode-se afirmar, sem receio de engano, que o lançamento definitivo poderá comprovar a não-ocorrência da obrigação

tributária e do correspondente crédito tributário, inexistindo, então, supressão ou redução de tributos ou de contribuições sociais; em suma, a não-ocorrência de crime contra a ordem tributária.

Tais considerações avultam em importância quando se considera a natureza da norma inscrita no art. 83 e seu parágrafo único. Apresenta-se ela como uma norma processual propriamente dita ou apresenta em seu bojo aspectos relevantes de direito material?

Em sendo a norma do art. 83 da Lei 9.430/96 puramente processual, tem sua aplicação regulamentada pelo que dispõe o art. 2.º do CPP, isto é, aplica-se imediatamente aos processos em curso, sem prejuízo da validade dos atos processuais anteriormente praticados. Caso, entretanto, se reconheça nela alguma parcela de direito material, terá sua aplicação informada pelos princípios que regem a lei penal no tempo, retroagindo naquilo que dispuser a favor do acusado, por força do que dispõe o art. 5.º, inc. XL, da CF, em c/c art. 2.º, parágrafo único, do CP.

A *communis opinio doctorum* reconhece a existência de normas processuais penais de caráter misto, falando-se, então, em normas processuais penais formais e normas processuais materiais. Nesse sentido o escólio de Fernando da Costa Tourinho Filho: “... Entretanto, às vezes, numa norma sobre ação podem coexistir *prevalentes caracteres de derecho penal material*. Quando tal ocorre, aplicam-se os princípios da temporalidade das leis penais”. (*Processo penal*. 12.ª ed., São Paulo : Saraiva, v. 1.º, p. 104).

Também o eminente processualista Eduardo Espínola Filho já chamava a atenção do intérprete ao salientar a dificuldade de se diferenciar entre estas duas espécies de normas processuais ao enfatizar que, “em certos casos, a caracterização perfeita de um preceito, como de direito substantivo, ou de direito adjetivo, é difícil e tanto mais grave quanto é certo que, na justa observação de

Manzini (*Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, v. 1.º, 1931, p. 167), os princípios do direito penal transitório, substantivo, ou do processual, se aplicarão conforme a classificação que se obtiver". (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 4.ª ed., Borsói, 1959, p. 179).

Já se antevê, por estas lições, que as normas processuais penais de conteúdo material se aplicam retroativamente, se favorável aos acusados. Por isso afirma categoricamente Américo A. Taipa de Carvalho que "os princípios constitucionais da proibição da retroactividade da lei penal desfavorável e da imposição da retroactividade da lei penal favorável se aplicam às normas processuais penais materiais". (*Sucessão de Leis Penais*, Coimbra : Coimbra, 1990, p. 223).

Analisando-se as disposições contidas no art. 83, parágrafo único, da Lei 9.430, de 27.12.1996, com o art. 1.º da Lei 8.137, de 27.12.1990, pode-se concluir que a nova lei institui um novo elemento específico na tipificação dos crimes contra a ordem tributária. Não uma condição de procedibilidade, mas verdadeiramente uma circunstância elementar, integrante do tipo penal. É como se o legislador dissesse: constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do crédito tributário correspondente.

Como já salientado, é o lançamento definitivo que aponta a existência de crédito tributário. Antes desse ato administrativo da autoridade competente, o que se tem é a expectativa do crédito tributário. Tanto assim é que, sem o lançamento definitivo, não há que falar na existência de crédito líquido e certo a ensejar a inscrição na dívida ativa, nem se autoriza o processo de execução fiscal.

Além do mais, o parágrafo único do art. 83 da nova lei (embora numa redação que peca pela pureza técnica) está a dizer que

continuam em vigor as disposições do art. 34 da Lei 9.249/95 permitindo a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos ou contribuições antes do recebimento da denúncia. Ora, a real existência do crédito tributário só se verifica após o lançamento definitivo. O crime consiste em suprimir ou reduzir tributos ou contribuições devidos. Se o contribuinte tem o direito de discutir o lançamento provisório através dos meios específicos e se a lei lhe faculta o pagamento daquilo que for apurado como devido antes da denúncia, como se reconhecer a validade de uma denúncia oferecida antes do término do processo administrativo? Não estar-se-ia, assim, suprimindo uma faculdade que a lei processual lhe outorga?; não tem essa disposição caráter de norma processual penal substantiva? Uma interpretação contrária revelaria uma incongruência entre as disposições da cabeça do artigo e seu parágrafo!

Parece nítida a existência de uma questão prejudicial. Não é o Juiz Criminal que vai afirmar a existência de tributos ou contribuições *reduzidos* ou *suprimidos*. Somente a autoridade administrativa, nos termos do art. 142 do CTN, poderá dizê-lo. E assim o fará após o término do procedimento administrativo. A existência ou não de supressão ou redução de tributos ou contribuições é elementar do tipo, no sentido de ser o resultado punível, é a própria tipicidade. Sem ação típica não há que falar na existência de crime.

Há assim um conteúdo de direito substantivo nas disposições do art. 83 e seu parágrafo da nova lei, porque dizem respeito diretamente com o direito de punir, instituto de direito material. Cabível sua aplicação retroativa, por ser mais benéfica aos acusados.

Ainda que assim não se pense, há que admitir a configuração do *favor rei*, na medida em que o parágrafo único do art. 83 manteve em vigor a causa extintiva de punibilidade consistente no pagamento

dos tributos ou contribuições antes do recebimento da denúncia. Ora, se a lei permite ao contribuinte que pague o devido, deve também permitir que ele possa discutir o que a administração tributária entenda como tal, sem que possa ser surpreendido com uma denúncia oferecida, que, em última análise, suprime o direito do contribuinte, agora acusado, de exercer aquela faculdade.

Acresça-se que por expressa disposição constitucional, e pela primeira vez, assegurou-se o princípio do contraditório e da ampla defesa também nos processos administrativos (art. 5.º, LV, da CF). De modo que é lícito ao contribuinte discutir na esfera administrativa a autuação fiscal. Como também lhe é lícita a retificação do lançamento, nos termos do art. 147, §§ 1.º e 2.º, do CTN. Tal comportamento do contribuinte, ainda na esfera administrativa, produzirá reflexos importantes na órbita penal, tendo em vista o que dispõe o art. 15 do CP, que cuida dos institutos da desistência voluntária e arrependimento eficaz. Vale dizer, o contribuinte poderá desistir do objetivo de *suprimir* ou *reduzir* tributos ou, então, impedir que esse resultado ocorra, respondendo tão-somente pelos, atos praticados, se configurarem condutas típicas. Nesta ordem de idéias, o disposto no art. 83, § 1.º, da Lei 9.430, nada mais é do que uma espécie de arrependimento eficaz, erigido à condição de causa extintiva da punibilidade. Ora, a denúncia ofertada açodadamente impede que tal se verifique. Impede o livre exercício do direito constitucional de ampla defesa no processo administrativo em que se pretenda discutir a existência ou não do crédito tributário, a retificação do lançamento e, em última análise, o pagamento do real crédito tributário apurado.

E para arrematar, argutas observações de Eduardo Reale Ferrari que, após salientar a existência de duas vertentes de pensamento sobre a independência entre as instâncias administrativa e penal, apoi-

ando-se na que sustenta a impossibilidade do oferecimento de denúncia antes do término do procedimento administrativo, aduz que, "... pragmaticamente, parece-nos que a solução a ser conferida para tormentosa discussão já presente na nossa atual legislação penal e processual penal, bastando reconhecer-se a dívida tributária como verdadeira questão prejudicial heterogênea do procedimento criminal-fiscal ... a controvérsia, portanto, quanto à existência ou não do tributo, conduz à instauração de uma prejudicial ao mérito da ação penal, cabendo ao julgador suspender o processo criminal, enquanto não decidida a questão tributária, nos termos do art. 93 do CPP. Concomitante à suspensão do processo criminal, razoável será a suspensão da prescrição procedural nos termos do art. 116 do CP, não fazendo sentido possibilitar-se o andamento da prescrição penal quando presente uma prejudicial. A suspensão da prescrição, nesse aspecto, configura-se como ponto de equilíbrio e justiça à instauração da prejudicial" (*Boletim IBCCrim* 50).

De tudo quanto exposto resulta claro e evidente que não se aguardar o término do procedimento administrativo, possibilitando o início do procedimento criminal, tão-só à vista da representação da autoridade fiscal, seria ferir de morte o princípio constitucional da ampla defesa insculpido no art. 5.º, LV, da CF.

O contribuinte se veria diante de um dilema: se discutir a imposição tributária, como lhe facultam a Constituição e as normas do Código Tributário Nacional, corre o risco de ter contra si a instauração de um processo criminal com todas as suas nefastas consequências. Se, para evitar tal constrangimento, resolve desistir do direito constitucional da ampla defesa, efetuando o pagamento do reclamado pela administração tributária, poderá vir a ter o patrimônio diminuído sem que pudesse ter minorado essa consequência. Vislumbra-se, então, outra

ofensa à Constituição Federal na medida em que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal” (art. 5.º, LIV). Essa cláusula implica que se aguarde o término do procedimento administrativo, para só então exigir-se a parcela do patrimônio a que o contribuinte está obrigado. Antes disso não parece lógico e jurídico instaurar-se uma ação penal.

Por interpretação analógica o benefício do art. 34 da Lei 8.137/90 (extinção da punibilidade pelo pagamento) foi estendido aos casos previstos na Lei 8.212/91, notadamente à hipótese do art. 95, *d*, a de ocorrência mais comum. Da mesma forma, dispondo o art. 83 da Lei 9.430/96 que esse benefício continua a ser aplicado, ele continuará a ser aplicado às hipóteses da Lei 8.219/91. Isso porque a Lei 8.137/90 também se aplicava aos casos de não recolhimento de contribuições previdenciárias arrecadadas dos segurados ou do público até o surgimento da Lei 8.212/91, que se tornou especial em relação àquela. E, por identidade de razões, também dever-se-á aguardar o término do procedimento administrativo para o início da ação penal, apesar de o delito de não-recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas ou arrecadadas se configurar em crime omissivo, de mera conduta.

O ordenamento jurídico, analisado como um todo orgânico e harmônico, não pode abrigar tais contradições e, segundo penso, ao Juiz não é lícito dar curso a tais disparidades, devendo antes estar atento ao que dispõe o art. 5.º da LICC no sentido de que, na aplicação da lei, atenderá às exigências do bem comum e aos fins sociais a que se destina.

Por tais considerações é de reconhecer a existência de questão prejudicial ao exercício da ação penal por crimes contra a ordem tributária e por crimes previdenciários, qual seja, o término do procedimento administrativo fiscal, que apontará a comprovação do resultado, demonstrará a existência de crédito tributário e condutas tendentes à redução ou supressão do tributo e que esse resultado se tenha verificado no plano fático.

Como o Ministério Público não está impedido de intentar a ação penal, pois ela continua a ser pública incondicionada, e caso tenha sido oferecida a denúncia antes do término do procedimento administrativo, deverá o Juiz rejeitá-la, nos termos do art. 43, inc. III, do CPP, por inexistência de justa causa para a instauração do processo criminal.

Nos processos criminais em andamento, a despeito de ser a matéria polêmica (cf. Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, em nota ao art. 43 do CPP), abre-se aos Juízes a oportunidade, caso não optem pela concessão de *habeas corpus* de ofício, de suspenderem o curso da ação penal, nos termos do art. 93 do CPP, declarando também suspenso o curso da prescrição penal, com fundamento no art. 116, I, do CP. Tal possibilidade deve ser encarada em face da existência de aspectos de direito material albergados na norma processual do art. 83 da Lei 9.430/96, que permitem aplicação retroativa.

Se porventura se reconheça que o Juiz não pode agir desta maneira, a solução será o recurso à Superior Instância buscando o trancamento da ação penal instaurada com base em procedimento administrativo sem decisão final em seu âmbito próprio.

3. DIREITO DE TRÂNSITO

DIREITO AUTOMOBILÍSTICO (2.^a Parte)*

DÁCIO ARANHA DE ARRUDA CAMPOS
"MATIAS ARRUDÃO"

O Direito não está a serviço da Justiça, mas do Homem, sobretudo daquele que é mais forte. Então, como observa Savatier, à medida que as atividades humanas avançam ou recuam, aumenta ou diminui o campo de incidência da norma jurídica – o Direito está constantemente dirigido no rumo das práticas e atividades, que se diversificam, acompanhando o progresso técnico e científico.⁷

Quando o automóvel começou a ser utilizado, propiciando a seus ocupantes um aproveitamento da velocidade em condições até então nunca imaginadas, criou-se um estado de perplexidade que alcançou até as camadas mais esclarecidas. O novo instrumento de transporte, correndo, oferecia aos que dele se prevaleciam uma vantagem fora do comum; mas cobrava o seu preço, matando e ferindo animais, assustando cavalos, fazendo disparar as carruagens, mutilando e esmagando criaturas humanas. O eterno privilégio de alguns construído sobre o sacrifício de milhares...

O movimento começou na França.

Os juristas franceses, conforme se pode verificar do exame dos repertórios de julgados, aos poucos tiram uma nova interpretação do disposto nos arts. 1.384 e 1.396 do CC. Alguns chegam ao ponto de considerar ato ilícito o aproveitamen-

to da economia de tempo, tornada possível pela mobilidade e versatilidade do veículo, à custa da intranquilidade e insegurança da população e violação do direito que assiste ao público de transitar tranqüilo pelas suas estradas, rurais e demais logradouros públicos. Abrindo caminho para uma exegese que serviu para orientação do hermeneuta brasileiro, outros fazem deslocar o ônus da prova, no caso de acidente, da vítima para seu agressor.

À medida que o tempo veio avançando teve início uma decantação dos novos princípios jurídicos que tinham de atender às situações criadas pelo automóvel.

Lento tem sido esse processo. Lento, sobretudo no Brasil.

Aludindo a determinada obra de jurista francês, dizia Astolfo Rezende em livro que publicou em 1910: "Temos assim concluído estas observações, que não tiveram outro intuito senão o de despertar a atenção para um assunto que muito interessa à incolumidade pública nesta Capital. O desenvolvimento do automóvel está exigindo a decretação de leis especiais que regulem não só a circulação dos automóveis, como as consequências civis e penais derivadas".⁸

Mais de meio século decorreu e continuamos na mesma situação.

(*) A 1.^a parte deste artigo foi publicada no volume 17.

(7) Savatier. *Les metamorphoses economiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, II/60.

(8) Astolfo Rezende. *Nos domínios da criminologia*, v. I, p. 168, (Comentário ao livro de J. Imbrecq – *L'automobile devant la justice*).

Se é certo, como dizia Lombroso, que a civilização como a barbarie tem sua criminalidade específica, os delitos do automóvel são aqueles que melhor caracterizam a delinquência contemporânea. É o que diz Franz Exner ao estudar o delito na vida social: “Se incluímos no mundo circundante cultural também o que se refere às conquistas técnicas, abre-se sobre o desenvolvimento da criminalidade. Os progressos do então vasto campo de que partem os influxos mais intensos, técnica trouxeram à industrialização e à urbanização com suas poderosas consequências delitivas... Queremos dar um exemplo que mostra a relação imediata no progresso técnico e da criminalidade: o exemplo do automóvel. Este veículo vem ganhando, de dia para dia, maior significação criminológica no curso da vida da humanidade”. A seguir, explica Exner que são múltiplas as relações entre o tráfego automobilístico e o crime. Esse tráfego tem produzido os chamados delitos da circulação, como as lesões e mortes resultantes do trânsito. Mas não se circunscrevem a tais crimes os atos penalmente ilícitos que têm sido provocados pelo automóvel. Em muitos casos, os delitos surgem como consequência do automóvel, sem que se trate das tão conhecidas infrações penais contra o tráfego. O automóvel pode ser meio imprescindível para a prática de outros delitos ou o meio desejado para a realização de crimes. “Na América, acrescenta Exner, tais delitos estão na ordem do dia; as novas formas de delinquências graves *hold up* e *kidnapping*, seriam inconcebíveis sem o automóvel.” E os furtos desses veículos? E as falsificações de chapas e números dos carros para a consecução desses furtos? Tudo isto mostra, conclui Exner, como “uma nova conquista técnica acarreta não só uma criminalidade, em massa de tipo completamente novo, como também produz o terreno dos antigos delitos novas formas de manifestação e maneiras de

execução em que antes se não havia pensado”.⁹

O rol de infrações penais ligadas ao automóvel é grande. É que este não só se apresenta como causa eficiente e imediata de figuras delituosas resultantes de seu uso comum qual meio de locomoção e transporte (é o caso dos acidentes do tráfego, tais como atropelamentos e colisões), mas também, segundo registra Sauer, como objeto de crimes (é o que se dá com o furto e contrabando de automóveis) e ainda qual instrumento, meio e modo para a prática de outros delitos.

Até mesmo a moderna ciência criminológica denominada “Vitimologia” tem reflexos na criminalidade automobilística.

Os motoristas profissionais, por exemplo, estão sempre expostos. A circunstância de receberem estranhos em seus carros e de serem obrigados a ter a atenção presa ao que se passa em frente do veículo, oferecendo as costas ao passageiro faz com que sejam facilmente dominados pelos que simulam precisar de seus serviços para o fim de os assaltar.

Tudo isso mostra como é importante, no setor penal, o direito automobilístico. Crimes e infrações penais que se cometem graças ao automóvel estão exigindo, indeclinavelmente, uma regulamentação mais específica, em nossas leis, dos crimes do automóvel.

Não podemos continuar sob a débil tutela de preceitos apenas genéricos do Código Penal e da Lei das Contravenções. Urge que se adotem incriminações particulares sobre atentados que se perpetram com o automóvel, pondo em risco e perigo não só a incolumidade individual, como também a tranqüilidade pública.

Infelizmente, porém, quando se poderia esperar um movimento de modernização do direito, vê-se que as melhores oportunidades são perdidas. Consequen-

⁽⁹⁾ Fraz Exner, *Biologia criminal*, trad. espanhola, 1946, p. 181-183.

temente, é ainda na lei geral que se vai encontrar o preceito básico — *direção perigosa de veículo* — de toda a nossa legislação sobre o assunto.

O Código Penal, configurando a lesão corporal culposa (art. 129, § 7.º), prevê os casos de atropelamentos. E no art. 121, § 4.º, trata do aumento de pena em caso de fuga, muito embora se verifique, pelos termos genéricos em que o texto foi vasado, que a regra do parágrafo se aplica a qualquer homicídio proveniente de culpa em sentido estrito.

É pouco ou quase nada.

É certo que o Código Nacional de Trânsito, que deveria ser um diploma de caráter administrativo, faz incursões no campo do Direito Penal. Esses passeios, entretanto, decorrem mais da ignorância do que do emprego de uma tática legislativa. É o caso da absurda outorga de carta de habilitação a menores penalmente irresponsáveis ou de anedótica iniciativa do Senado, que cuidou de isentar do flagrante e da fiança o motorista que haja socorrido a sua vítima.

Ora, já é tempo de outorgar o Congresso, ao povo brasileiro, um estatuto específico que diga respeito ao automóvel, isto é, que englobe o conjunto de normas que se projetam na área do Direito para a regulamentação de fatos e relações de vida oriundos do emprego não somente do automóvel como também outros veículos motorizados. Além daquelas do Direito Administrativo, que ficariam reservadas ao Código Nacional de Trânsito, dele constariam as demais regras de Direito Civil, Direito Penal, Direito Comercial, Direito Tributário e Direito Processual relacionados com o assunto.

Não vamos aludir aos Tribunais de Trânsito, que poderiam ser criados para julgamento rápido de infrações e que serviriam de cortes piloto, no estilo das eficientíssimas *Night Court* norte-americanas, para a sonhada experiência dos Tribunais de Polícia. Queremos que sejam disciplinadas organicamente certas

práticas que se tornaram comuns, mas que em razão das omissões do legislador subsistem em regime de regulamentação esparsa.

A título meramente exemplificativo poderemos citar os problemas relacionados com o Direito Civil, na hipótese da ocorrência de danos praticados em prejuízo de terceiros por marginais que se utilizam de carro roubado.

Relaciona-se a matéria diretamente a outra, da responsabilidade objetiva, no campo civil, e que diz respeito à extensão do conceito da *guarda jurídica* do proprietário do automóvel, que o tornaria obrigado inclusive a indenizar os danos determinados pelo uso de seu carro por terceiros, ainda que ladrões.

Essa teoria da “guarda jurídica”, entretanto, que começou a ganhar corpo na França, através de julgados da Corte de Cassação, fundados no art. 1.384 do Código Napoleão, não logrou prevalecer. Como salienta Donnedieu de Vabres, foi suplantada pela *guarda material*, pois, se é exato que o proprietário é presumidamente o vigia de seu automóvel, nem por isso a subtração de seu carro perde as características de um ato de força maior cujos efeitos ele não logrou evitar. Em comentário que escreveu para o Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, o discutido Nelson Hungria cogita do proprietário que foi negligente e deixou seu automóvel na via pública, com as portinholas abertas e sem tirar a chave do contato. “Também neste caso, a decisão deve ser favorável ao proprietário. A falta de precaução deste não é suficiente para torná-lo civilmente responsável pelo acidente causado pelo ladrão.”⁽¹⁰⁾

A vida moderna está a exigir uma revisão desses conceitos. A frequência com que indivíduos marginais se utilizam do automóvel subtraído a terceiro para a prática de crimes reclama a impo-

⁽¹⁰⁾ Nelson Hungria, *op. cit.*, v. 5, p. 188, verbete *automóvel*.

sição, aos proprietários, de veículos, de regras novas de conduta que pelo menos dificultem os furtos.

É no campo do delito propriamente dito que o legislador tem largueza de horizontes para atuar.

A embriaguez merece um tratamento especial quando o indivíduo intoxicado pelo álcool assume a direção de um automóvel. O fato não passou despercebido ao legislador que distinguiu os casos de direção perigosa de veículo daqueles outros em que o agente se apresenta em estado de embriaguez e cria perigo para si próprio ou para terceiros.

O fato ajuda a demonstrar que outras hipóteses deveriam ser admitidas para o caso específico do automobilista embriagado. Tanto mais, como salientamos adiante, no breve estudo que fazemos da embriaguez, que a hipocrisia humana é tão intensa que o ato de *beber* — tão generalizado — passa por constituir prática nefanda, que já levou o governo norte-americano a introduzir no País a Lei Seca. Em outras palavras, ao legislador cumpre definir sem preconceitos a embriaguez punível da outra imaginada por terceiros e a eles sugerida pelo cheiro de uma bebida talvez apenas provada, mas de aroma carregado e característico.

Dentro dessa ordem de idéias caberia à lei deixar claro que o agente só pode ser acusado quando a embriaguez do motorista haja sido verificada de modo a não admitir dúvidas sobre o fato nem ainda sobre a intensidade dela.

O excesso de velocidade também reclama uma sistematização pelo motivo de que, em determinadas circunstâncias, as mais altas velocidades *não* constituem “excesso” de espécie nenhuma. Cumpre distinguir com maior precisão as situações que possam surgir para o motorista, desde a corrida disputada por mero espírito de emulação, quando às vezes, inesperadamente, os automobilistas querem provar que são mais hábeis, mais corajosos, ou possuem carro melhor, até aquele

que não respeita cruzamentos, nem semáforos, entendendo que a buzina ou os sinais de faróis lhe outorgam um privilégio de passagem.

Ora, peculiaridades que se relacionam estreitamente ao automobilista e ao automóvel são abandonadas à mercê do critério dos magistrados, sem uma disciplina legal adequada que possa servir de roteiro, como se o homicídio, em razão de tiro ou facada, fosse semelhante à morte por atropelamento premeditado.

Nos centros urbanos densamente povoados tornou-se comum não apenas a subtração de acessórios, mas o próprio furto de veículos para a prática de assaltos a mão armada.

Quanto ao “furto de uso” já existe uma jurisprudência firmada, no sentido de punir esses mocinhos, cognominados *play boys* que se divertem em passeios e por fim abandonam o automóvel em qualquer lugar.

Nesse sentido, em 15.09.1965, o Supremo Tribunal Federal, julgando *habeas corpus* em que eram pacientes três rapazes sentenciados a dois anos e meio de prisão por haverem se apossado de veículo alheio, decidiu que o chamado “furto de uso”, ilícito não previsto em nosso Código Penal, somente não constitui crime quando houver prova indiscutível e inequívoca de que o uso indevido do objeto alheio era apenas temporário e estava expressa a intenção de devolver o veículo furtado.

Contudo, é imprescindível que na legislação penal brasileira seja introduzida a figura do furto de uso, para punir os que se apropriem temporariamente de automóvel alheio. Trata-se de crime especial previsto em várias legislações. A lei espanhola de 09.05.1950 assim o descreve: “El que, sin la debida autorización o sin causa lícita utilizare um vehículo de motor, ajeno, será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 1.000 a 10.000 pesos (art. 9.º)”.

Prevêem o delito as legislações da Suíça, Finlândia e Inglaterra, o mesmo acontecendo em várias unidades federativas dos Estados Unidos, como por exemplo o Estado de Delaware. Muitas são as legislações que o prevêm de forma especial. A lei suíça de 1932 pune o que ilicitamente se apropria de veículo motorizado para seu uso, sendo que ocorrendo o *animus locupletandi* o crime será de furto propriamente dito. Ainda poderiam ser mencionadas as legislações da Inglaterra, Estados Unidos, Finlândia, México (CP, art. 380) e Itália (CP, art. 262, n. I).¹¹

Não há apenas o furto de uso. Há também o *peculato de uso*. O funcionário público que se utiliza do veículo do Estado, que se serve dele no seu interesse exclusivo, em proveito próprio ou alheio, apropria-se indevidamente do que lhe não pertence, consome combustível, lubrificantes, pneumáticos — desgasta o veículo —, infringindo a lei penal. Basta que se leve em conta que, em determinadas circunstâncias, em lugar de se valer do carro para uma viagem ou um serviço, também pode o funcionário ficar com a viatura meses e anos até que a consuma. A hipótese é extremamente difícil de configurar, mas sempre existe a *possibilidade* — bastando a coincidência do mau caráter do servidor e da ausência de controle. Em agosto de 1966, todavia, julgando o pedido de *habeas corpus* 88.233, da comarca de Limeira, impetrado por funcionário que estava sendo processado sob a acusação de peculato de uso (utilização irregular de veículos e apropriação do combustível pertencentes à municipalidade), o Tribunal de Justiça de São Paulo, pelas suas Câmaras Criminais, entendeu que deveria conceder a ordem e mandar trancar o procedimento penal, sob o fundamento de que o peculato de uso não é punido pela lei penal. *Data venia*, discordamos da orientação dos

egrégios julgadores, uma vez que uma jurisprudência racional e adaptada às nossas realidades já consagrou o delito de furto de uso, o qual também não é previsto no Código Penal.

Passemos adiante.

Um estatuto dessa ordem distinguiria os casos de atropelamento dos outros, genéricos, de lesões corporais e homicídio, dada a circunstância de que, em sendo culposos, ocorrem quase sempre em função de fatores que não são encontrados nos demais tipos de infração da lei.

Com a sua costumeira acuidade, José Frederico Marques ensina que podem ser equiparadas, no tratamento penal, as diversas violações de normas técnicas e regulamentares sobre o trânsito. Há casos de alta gravidade em que se verifica a culpa com previsão (ou culpa consciente), bem próxima do dolo eventual. Em determinadas infrações, só o *in dubio pro reo* justifica o afastamento do caráter doloso do crime, tais as circunstâncias que o rodeiam.

Roger Merle, por exemplo, entende constituir caso de dolo eventual um transportador deixar circular veículos de sua propriedade, em mau estado de conservação (com freios deficientes, por exemplo), pois conhece sobejamente os riscos que esses carros oferecem quando em condições tão precárias.¹²

Na verdade, certas infrações das normas de trânsito são de tal monta que deveriam ser imputadas ao responsável por desastres e colisões, a título de dolo eventual. É o que se dá, v.g., com quem atravessa em marcha veloz um cruzamento de vias públicas, desobedecendo o sinal vermelho. Violação regulamentar dessa ordem pode ser posta em plano igual a que comete, por exemplo, o motorista que “para veículo afastado do meio-fio”.

⁽¹¹⁾ Cuello Calón, *Ley Penal del Automovil*, 1950, p. 63-64.

⁽¹²⁾ Roger Merle, *Droit Pénal Général*, 1957, p. 248.

Florian faz menção a essas infrações, dizendo que existe nelas “culpa grosseira, vizinha do dolo”, o que temos por absolutamente exato. E, se desacordo pudéssemos levantar, seria para dizer que essa culpa grosseira é mais que vizinha do dolo, pois que em muitos casos com ele se identifica ou confunde, embora na área do dolo eventual.

É o caso, por exemplo, da chamada “roleta paulista”, divertimento arriscado tipicamente criminoso que consiste na travessia de uma rua movimentada, sem que o motorista tenha visibilidade antes de alcançá-la, e com violação do sinal dado pelo semáforo.

O Direito Penal moderno tem fontes normativas que dificilmente conseguem ficar confinadas em códigos gerais. A legislação extravagante vai, por toda parte, avassalando, cada vez mais, os domínios das normas punitivas. O chamado “Direito Penal Especial” é, na atualidade, fenômeno inextirpável, tal a multiplicidade das diversas categorias de crimes, fora dos códigos.

Fala-se, hoje em dia, em “direito penal do cheque” (Garraud), “direito penal das sociedades” (Pierto Mirto), “direito penal falimentar” (Miranda Valverde), “direito penal financeiro” (H. Launais e L. Accarias) e muitos mais, a denotar as especializações que se vão abrindo dentro da zona dos próprios delitos em espécie, com a proliferação de “*leges extravagantes*” para regulá-los.

Voltando a José Frederico Marques, com ele podemos dizer que “não se deve reconhecer autonomia científica e didá-

tica a regulamentação jurídica de determinadas atividades humanas, porque então o número de disciplinas autônomas do Direito atingiria a proporções abracadabrantes”. Em outras palavras, assim como se pode isolar uma série de normas sobre o “automóvel” e submetê-las a rigorosa sistematização jurídico-dogmática, não seria difícil, como diz Walter Bigiavi, criar também, por igual método, um conjunto de preceitos sistematizados sobre o Direito do Pedestre. E, acrescenta o ilustre professor que, depois, em um belo dia não faltará quem preconize “l'autonomia del diritto pedonale, con istituzione di relative cattedre”.¹³

Ninguém deve contribuir para fragmentar, dessa forma, a Ciência do Direito. Etiquetas e nomes como “direito automobilístico”, “direito esportivo”, “direito agrário” etc. podem indicar ordenação metódica de estudos monográficos. Elevar tudo isso à categoria de disciplina autônoma, no quadro científico do Direito, seria um absurdo.

O problema não é de rotulagem, mas outro, da justaposição do Direito e dos fatos sociais, para que a regra jurídica ganhe calor e palpite cheia de vida.

Em consequência podemos admitir que a situação se modifique e que um dia tenhamos isolada uma série de normas sobre o automóvel e o automobilista, capaz de contribuir para que o veículo que influi tão decisivamente na vida das metrópoles possa facilitar a vida humana e perder a sua característica de *monstro de rodas*.

(13) Walter Bigiavi, *Riv. Trimestrale di Dir. e Proc. Civile*, 1954, p. 211.

4. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

USO DE SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS: ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS E POLÍTICOS

JOE TENNYSON VELO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Uma teoria criminológica – 3. Uma abordagem político-criminal.

1. Introdução

Em tempos de globalização, não falar dos problemas decorrentes do uso de substâncias psicoativas virou consequência de alienação. Todavia, mesmo diante de expressivas palestras, artigos publicados, cursos ministrados, livros lançados, as drogas parecem ser cada vez mais procuradas. Por vezes o questionamento é típico: o problema relaciona-se com a repressão, com a saúde pública ou com ambos? O jurista deve tentar resolver o problema? Atualmente o ser humano está tão vulnerável às drogas em vários níveis, que muitas perspectivas podem ser assumidas para combatê-las e todas guardarem coerência. No cenário do Direito, tem sido freqüente o debate a respeito da conveniência ou inconveniência da criminalização do porte de substâncias psicoativas. Dentre os argumentos desfavoráveis à proibição destaca-se o fato de que a lei penal parece não representar fator eficaz no sentido de inibir o uso das drogas, bem como o de que, segundo alguns, reprovar o mero porte para uso importa ofensa a uma liberdade, cuja prática, sem muito rigor, não representa contundente ofensa a valores tidos como indispensáveis à mínima harmonia para a convivência em sociedade. Outras considerações podem ser narradas sem que aparência

de interesse prático deixe de existir. Convém, assim, centrar a problemática sobre a criminalização segundo duas vertentes de questionamentos: uma de natureza criminológica, no sentido de serem melhor compreendidos os fatores determinantes da conduta de usar drogas, e outra de natureza política criminal, pertinente à função preventiva geral perseguida pela lei penal.

A vertente criminológica e sua aproximação da etiologia prevalecerá aqui, mesmo diante das tendências mais consoantes com as teorias ditas interacionistas. Não reconheço muita utilidade científica em ver a Criminologia segundo paradigmas, um etiológico outro da reação social.¹ Por outro lado, não existe verdade ou realidade para um ser vivente senão aquela determinada pela sua participação no mundo, e a conduta de usar drogas está intimamente vinculada a uma tentativa – por vezes equivocada, é verdade – de vida, circunstância que autoriza vê-la com relativa abstração das conclusões do *social reaction approach*.

⁽¹⁾ A respeito, ver Pereira de Andrade, Vera Regina. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo : RT, abr.-jun., 1996, 14/276-287.

Há uma natural tendência do jurista, diferentemente do conhecimento psicológico ou psiquiátrico, de nutrir seu raciocínio através de uma lógica-formal. Contudo, mesmo que o estudo do Direito Penal, como qualquer ramo do Direito, tenha como primeira fonte a norma jurídica, não se devem dispensar os aspectos que preexistem à norma, principalmente quando o ato de julgar exige consideração da *personalidade e dos motivos do crime*,² e quando está em análise uma modalidade de comportamento envolto de significativos mistérios, como é o uso de drogas. Jamais pode ser esquecido que a reprovação através da lei penal assenta-se na proteção de valores fundamentais mas que, antes disso, a interferência penal justifica-se como censura de comportamentos, como ensinava Welzel. Em relação ao uso de drogas, identifica-se a possibilidade de existir uma tensão dialética entre o interesse e suposta liberdade de usar a droga e o direito das demais pessoas sentirem-se integralmente seguras mesmo próximas do exercício desta liberdade.

2. Uma teoria criminológica

A respeito da primeira ordem de indagações, importa conjecturar por que alguém vai em busca da droga. O resultado de tal consideração poderá ensaiar esclarecimentos de valiosas realidades para o juízo de censura penal ou ao exercício do poder criador de tipos penais. Claro, há complexidade neste campo. Todavia, a meu juízo sobressai-se certa consideração psicológica mais abrangente e de perspectiva talvez mais verdadeira para os fins de inferência criminológica, tomando-se em consideração que é também função da Criminologia ministrar conhecimentos científicos acerca do crime e sobre os métodos mais adequados

para preveni-lo e tratá-lo.³ É errado discutir qualquer assunto penal com menosprezo de considerações criminológicas. Com efeito, muitos dos problemas ditos penais podem ser melhor resolvidos após observações de outros campos. O jurídico não pode dispensar realidades onde é coerente, de uma perspectiva científica razoável, tomá-las como lógicas, sob pena de viver num mundo isolado e absolutamente artificial. Ademais, após o entendimento de certas realidades, à luz de outras ciências, não raro compreende o jurista as justificativas para a não-intervenção da lei penal e para a consecução do atualmente tão importante princípio da intervenção mínima do Direito Criminal.

Pois bem, a questão do uso de substâncias psicoativas insere-se neste contexto e tenho como sugestiva para este assunto uma abordagem analítica do inconsciente. Ela não é de todo compatível com o juízo criminológico comum acerca das "teorias psicodinâmicas", a seu turno um paradigma etiológico-individual na Criminologia.⁴ O inconsciente ora enfocado, ainda, não se limita ao divulgado pela Psicanálise, cujos exemplos são os mais marcantes dentre as perspectivas psicodinâmicas, embora, é verdade, se o problema criminológico quanto ao uso de drogas não se reduz à explicação da defesa dos indivíduos às solicitações de um polimórfico e indiferente inconsciente de feição *instintiva*, ele tem relações com o inconsciente, instintivo e dinâmico, mas também finalista e provocador. E não interessa agora conseguir identificar a posição a seguir exposta com alguma das

⁽²⁾ Código Penal, art. 59.

⁽³⁾ García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminologia*. São Paulo : RT, 1992, trad. de Luiz Flávio Gomes.

⁽⁴⁾ Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, in *Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra : Coimbra, 1992, p. 178.

inúmeras teorias criminológicas já existentes. É provável que ela guarde sintonia essencial com algumas delas, mas, nem por isso, creio, será válido dizer que existe identidade de pensamentos. Em verdade, tratando-se de um ensaio, importante é o mérito em si, antes de sistematicamente conseguir encaixá-lo em estruturas de pensamento eventualmente já apresentadas.

A abordagem condiz com a Psicologia Analítica desenvolvida a partir do início do século através do psiquiatra suíço Carl Gustav Jung.⁵ Traz à luz o conhecimento de que a *psique* humana é afeiçoada por iniciativas inconscientes chamadas arquetípicas.⁶ Como versão final de raciocínios anteriores, o arquétipo é o conceito base de tal teoria psicológica. São padrões de comportamento ou disposições psíquicas voltadas ao direcionamento de atitudes. Não são idéias natu-

rais, *mas a possibilidade herdada das idéias. Não são aquisições individuais, mas, em geral, são comuns a todos os seres humanos.*⁷ Os arquétipos são, por definição, fatores e motivos que ordenam os elementos psíquicos em determinadas imagens, caracterizadas como arquetípicas, mas de tal modo que podem ser reconhecidos somente pelos seus efeitos.⁸ A pergunta filosófica sobre o *quid* referente ao arquétipo talvez seja impossível de responder ou mesmo desnecessária. O que deve ser frisado é não representarem uma disposição inerente a certa raça, pois universais, de acordo com as quais a mente organiza seus conteúdos, logicamente úteis para a compreensão de realidades. Com base nas considerações concernentes à existência de um inconsciente coletivo, procurou esclarecer Jung que, em nível inconsciente, mas objetivamente operante, há uma espécie de arcabouço psíquico que determina a forma geral e as fronteiras da vida consciente, pois assim como o corpo herda uma tendência determinante dos contornos físicos, a mente, de igual maneira, é estruturada por fatores herdados. Esse potencial herdado por todos consiste nos *arquétipos*, cujo conjunto opera primordialmente em nível inconsciente em todos os seres humanos, daí por que seu conjunto é denominado "inconsciente coletivo": é expressão de *toda a herança espiritual da humanidade*,⁹ pré-condição para agirmos de de-

(5) A Psicologia Analítica pode ser identificada com uma linha de pensamento filosófico. A narrativa de Heinz Heimsoeth é esclarecedora: Nietzsche e depois dele Dilthey foram também aqui os grandes precursores e inspiradores do pensamento contemporâneo. Foram eles, com efeito, quem, partindo aliás de experiências e intenções extremamente diversas, puseram à sua época o problema que consiste em explicar a vida e a actividade humana, desde a esfera vital até à espiritual, pela compenetração e oposição entre si de inúmeros impulsos e das mais variadas exigências da vida: ou seja, numa palavra, pelas paixões, volições e tendências de sentimento que se acham na essência do próprio homem. As investigações da mais recente Psicologia médica (Freud, Jung, Kretschmer, P. Schilder) conseguiram também fornecer um importante material para esta concepção vital-psicológica do homem que hoje se acha principalmente representada por Klages (*A filosofia no século XX*, 5.^a ed., Coimbra, Arménio Amado, 1982, p. 94).

(6) "Arquétipo" é resultado de *arque*, que significa "substância primordial", e *tipo*, "impressão" ou "marca".

(7) Jung, Carl G. Concerning the archetypes and the anima concept, *Collected Works* 9, i, § 136, *apud* Sharp, Daryl, *Léxico junguiano*, Cultrix, São Paulo, 1991, nota 52, p. 29.

(8) O apoio epistemológico de Carl Jung foi a filosofia de Immanuel Kant (1724-1804). Coerente uma comparação entre o pensamento kantiano a respeito das *categorias a priori* e os arquétipos apresentados por Jung.

(9) *Collected Works*, v. 8, § 342.

terminada forma. Hoje algumas pesquisas em laboratório de neurociência divulgam a possibilidade da localização e de como se dá o funcionamento dos arquétipos em nível de dinâmica neurológica. Como estrutura subjacente da psique, são os arquétipos uma herança comum da humanidade, compreendedores de elementos modeladores, que nos predis põem a pensar, agir e sentir de certas maneiras. São predisposições, ao menos potenciais, em todo ser humano.¹⁰ Daí ser válido supor que em nível inconsciente o ser humano traz potencialidades comportamentais de várias ordens. O inconsciente é a matriz da consciência. Alguns comportamentos são expressão mais direta de arquétipos.

A partir deste ensinamento, muitos analistas procuram explicar o componente arquetípico que rege o fenômeno de busca da droga para o uso, ou seja, o padrão psíquico universal (arquetípico), inconsciente, que está por trás desse processo e, sem querer estabelecer um rígido critério causal, considerar que a drogadição é uma manifestação psicótica e que a psicose é expressão de tensões sociais graves, cujo foco de complexos identifica-se geralmente com o núcleo familiar e é ativado por interferência de arquétipos. Como escrevem Kalina e Klovadloff, *o drogadicto é vítima de terríveis contradições culturais que carre-*

*ga inconscientemente, e que nele tomam a forma de uma doença mental determinada.*¹¹ Inegável que, levada a sério, esta consideração pode comprometer um raciocínio jurídico a respeito da ilicitude ou censura do porte de substâncias psicoativas.

Neste contexto, o exposto pelo analista italiano Luigi Zoja, segundo estudos realizados ao longo de anos de prática clínica, talvez não represente emérita novidade entre os estudos sobre o inconsciente. Todavia, sua abordagem a respeito da busca da droga é suficientemente clara e objetiva, sendo útil aos operadores do Direito Penal incomodados com certa criminologia. Considerado está que o que se busca no consumo da droga é uma transformação psíquica através de um ritual, conhecido como ritual de iniciação, e que esta busca de transformação é arquetípica. Os "rituais de iniciação" são tão universais quanto o tabu e o incesto. Exemplos deles são o batismo, o casamento, os rituais da puberdade, o ingresso em sociedades ou entidades de importância social etc. Diz-se que esses rituais regulam as transformações energéticas psíquicas individuais e coletivas. *Toda transformação se caracteriza por uma mudança significativa, isto é, um fim e um começo. Nesse sentido, observamos como padrão arquetípico nesses rituais a Morte-Renascimento. A morte da criança para surgir o adulto, a morte do solteiro para surgir o casado, a morte neste mundo para renascer num outro mundo. A psique profunda tem sede de rituais, pois precisa se desenvolver. Quando há falta desses rituais ela busca alternativas, e às vezes sucedâneos incompletos, desvirtuados, que levam a*

⁽¹⁰⁾ Interessante analogia fez o professor de Filosofia e História das Idéias na Kingston Polytechnic J. J. Clarke, quando, usando linguagem de computação, compara os arquétipos a um programa de fiação ativado por insumos reais e que estes até certo ponto podem se modificar segundo uma evolução (in *In search of Jung - historical and philosophical enquiries*, London, 1992. Arquétipo é matriz. Assim como não herdamos um vocabulário, mas a disposição para criar uma linguagem, os arquétipos não revelam idéias, mas disposições para certas vivências. A evolução do cérebro permitiu isto.

⁽¹¹⁾ Kalina, Eduardo e Kovadloff, Santiago. *Drogadição: indivíduo, família e sociedade*, 3. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983, p. 89 e 91. Cabe, entretanto, que Eduardo Kalina e Santiago Kovadloff não seguem a Psicologia Analítica.

*resultados destrutivos.*¹² Assim Zoja fala da morte-renascimento observada no dependente de drogas; *o indivíduo permanece paralisado na fase inicial, a fase de morte. É o conhecido impulso suicida do drogado.*¹³ É o querer morrer, sem contudo conseguir renascer porque o meio empregado não condiz com a necessidade arquetípica. Veja-se que muitas drogas, como o haxixe, o peiote, o álcool, desde tempos imemoriais, faziam parte dos rituais iniciáticos. No entanto eram utilizadas em doses controladas, com o objetivo de aproximar o mundo da consciência do mundo do inconsciente. Em tempos modernos esta manifestação, naturalmente inconsciente, tem sido “desregrada”, vale dizer, nossa consciência está envolvida em situações (complexos) que induzem ao mau uso das substâncias; a natural disciplina está ofendida por contundências. Lembrando o grande Fernando Pessoa, digamos que em muitas ocasiões passamos a desconhecer os próprios ou verdadeiros desejos, pois os outros fazem prevalecer os seus desejos, por isso a verdade individual é esquecida.¹⁴

Por conseguinte, entendo que o interesse pela droga pode ter raízes arquetípicas. É a busca de ultrapassar uma situação, simbolicamente morrendo-se em relação a ela, para atingir outra, nova, que renasce após a passagem. Isto pressupõe um ritual para que a passagem seja dignificada e para a proteção da vida no seu exercício. Estamos carentes de rituais.

Resta indagar: nossa sociedade permite que um indivíduo renove radicalmente a sua condição sem desencadear contradições que o marginalizem? Fato é que, como salienta Zoja, *as possibilidades de*

*renovações consideráveis e institucionalmente reconhecidas encontram nos dias de hoje obstáculos materiais quase insuperáveis.*¹⁵ A insegurança diária favorece o imobilismo psicológico, e os rituais, as cerimônias, as considerações sobre momentos de transformação psicológica (casamento, formatura, religião etc.) assumiram uma *performance* sobremaneira artificial, implicante na perda quase que total da importância psíquica da transformação de momentos da personalidade. Enfatiza Zoja que *o problema da iniciação coloca-se hoje como retorno do reprimido cultural, como necessidade outrora satisfeita que, negada pela cultura oficial, torna a propor-se em termos ocultos e inconscientes. Como a maioria dos processos arquetípicos, a iniciação tende, porém, a produzir ao seu redor uma moldura ritual e nela reconfirmar-se. O voltar-se às drogas pode ser visto como uma tentativa de iniciação, falha já de início por falta de consciência.*¹⁶

A ambiência psicológica que favorece a procura da droga pode ser assim esquematizada:

1. Uma situação inicial a ser transcendida porque insignificante e não eficaz para a evolução da personalidade. Com efeito, quando o ser está esquecido num meio consumista e massificador, ele tende naturalmente a querer transcender tal estado de coisas, a assumir uma posição mais individualizada, inconfundível ou criadora. A tentativa de ultrapassar o esquecimento e criar é fundamental, pois é modificando-se a ordem que se modifica a si próprio. Franz Kafka (1883-1924) magistralmente intuiu o perigo do menosprezo em relação a isto.¹⁷ A droga

(15) *Op. cit.*, p. 5.

(16) *Op. cit.*, p. 6 e 7.

(17) “Ao sentirmos que nossa vida se escoava, com o doloroso desperdício de nossa criatividade, resvalamos para a condição de insetos, in *A metamorfose*, São Paulo: Estação Liberdade, 1989, p. VII, tradução de Erlon José Paschoal.

(12) Zoja, Luigi. *Nascer não basta*. São Paulo: Axis Mundi, 1992, prefácio. Tradução de Roberto Leal Ferreira.

(13) *Idem*.

(14) Escreveu o poeta: *eu sou o intervalo entre o meu desejo e o que o desejo dos outros fez de mim*.

convida a uma transformação (através de uma morte) e a um ilusório renascer. Filhos esquecidos, com conforto ou na pobreza, voltam a querer ultrapassar a situação de esquecimento; profissionais liberais, bem-sucedidos ou não, perseguem um reconhecimento mais condigno em relação às suas humanidades. Eis a ambiência. O adolescente da sociedade primitiva se entregava à iniciação que lhe conferia uma identidade completa e adulta, enquanto o adulto era visto como ser que sente e que se relaciona com uma divindade, além de ser útil à família.

2. Morte iniciática, ou seja, um querer se afastar das atitudes habituais, de regra condicionadas por práticas consumistas.

3. Renascimento iniciático, através de um acompanhamento de rituais e por um consumo controlado da droga que dificilmente acontece.

Fato é que o viciado em drogas necessariamente fracassa. Primeiro, porque a sociedade em que vive não lhe ensina qualquer ritual protetor, prática totalmente ausente nos dias atuais. Em segundo lugar, ele não vivencia a segunda fase. Já no início há a intoxicação química e ele passa a ser um grande consumista, agindo exatamente conforme tudo aquilo que queria negar. Como resume Zoja, *ele não dispõe, enfim, do espaço interior que, juntamente com os rituais exteriores, deve servir de recipiente para a experiência de renovação*.¹⁸

Portanto, a principal questão criminológica a respeito do porte de substância psicoativa para uso e sobre a conveniência de sua tipificação penal não reside em perquirir sobre os “dependentes de drogas” ou os “consumidores de drogas”, seus conflitos etc., mas, sim, pertine aos “iniciados em drogas”. Em outras palavras, para desenvolvermos um estudo de política criminal neste terreno, impossível perder de vista a causa da procura da droga: esta procura e conseqüente porte

para uso devem ser típicos? Até quando a procura da droga é livre e merece ser livre seu consumo (ou porte)? É possível tratar o problema somente neste nível de abordagem psicológica? Em relação à última questão desde já cabe dizer não. A sugestão criminológica aqui exposta não tem a pretensão de sozinha resolver todo o drama. A criminologia, por quaisquer de suas vertentes, jamais dará uma resposta fundamental a um problema penal, assim como a Medicina não consegue reduzir a doença a certa ordem de fenômenos. Sempre restará um desconhecido. Mas, assumida esta consideração etiológica, não haverá desprezo à Ciência Penal e ela pode ser decisiva quando realizados juízos.

Ora, a interpretação psicológica desenvolvida por Zoja, segundo a Psicologia Analítica, é de que a procura e o uso iniciático da droga guardam conotações subjacentes arquetípicas de relevante contribuição ao exercício da liberdade de escolha. Sendo assim, o interesse em ultrapassar situações em direção a momentos novos, diferentes, transformados, *não morre jamais e tende a reaparecer sob os mais diversos pretextos e racionalizações*.¹⁹ Existem modelos inconscientes que conduzem à droga como aquisição desejável, antes mesmo do estabelecimento de uma dependência mais relacionada à dependência orgânica que se instala após certo tempo de uso da substância e independentemente do conhecimento de seus perigos. Vê-se, assim, que considerar a “curiosidade” o principal motivador da busca da droga não explica muita coisa. Importa questionar o que sustenta a “curiosidade”. E se a busca tem motivação arquetípica, inegavelmente tal circunstância deve ser ponderada pelo aplicador da lei penal.

As considerações criminológicas com este direcionamento não devem parar por aqui. A iniciação e o consumo de drogas,

(18) *Op. cit.*, p. 8.

(19) Zoja, *op. cit.*, p. 8.

como todos os temas arquetípicos, são fundamentalmente um processo bipolar, no caso, as polaridades *vida e morte*, ou *morte e vida*, *o morrer para o renascer*. Sendo arquetípica, pertence à psique objetiva (inconsciente coletivo)²⁰ e abrange potencialmente todo tipo de personalidade. A busca da droga é um sério e grave sintoma de que algo está errado na criação de espaços para o desenvolvimento da personalidade.²¹

Não raro tem-se conhecimento de que pessoas de cultura distinta, como profissionais liberais, têm usado drogas iniciando um declínio em suas vidas, deixando um rastro de que algo precisava terminar para outra situação começar. Trata-se de um sintoma de que o meio não está viabilizando passagens dignas de alterações da personalidade. É uma necessidade de ultrapassar o próprio estado a qualquer preço, mesmo que às custas de meios que comprometam a saúde física ou se crie o risco de ir para a prisão. É algo muito determinante em quem não consegue uma condição, reconhecimento ou papel preci-

so na sociedade. Ora, esta é a regra em nossa cultura massificante e coisificante, noutras palavras, a *alienação*, com o significado colocado por Martin Heidegger (1889-1976). Destaca o filósofo o caráter destruidor e perturbador das preocupações cotidianas, fazendo com que o *eu* individual seja sacrificado pelo persistente e opressivo *eles*, resultando uma alienação anuladora do tornar-se indivíduo, favorecendo a preguiça e a banalidade.²² Para ultrapassar esta depressão (muitas vezes disfarçada), pode ser desenvolvida a vontade de usar a droga. Ela será, então, não uma fuga da sociedade, mas exatamente o contrário, uma busca ingênua, desesperada e inconsciente de unir-se a ela, ocupando um lugar. É o chamado *herói negativo*, um querer inconsciente de vencer barreiras, de tornar-se personalidade. Também não é de admirar que muitos jovens procurem drogas, pois a sociedade não os tem reconhecido. Como escreve Zoja, *o esforço da pessoa para tornar-se ela mesma, para ser consciente e responsável do seu progresso e de suas opções, o esforço do Ego para sair da obscuridade pré-consciente, foi retomado e expresso pelas mitologias como uma luta do herói isolado contra os inimigos e os dragões*.²³ Por conta disto, é sobretudo na juventude que a pessoa tende a procurar experiências perigosas ou heróicas. De outro lado, a principal característica do herói é o colocar em jogo sua própria existência, combater para vencer ou morrer. Constatase que esta luta pela sobrevivência, que heroicamente tem de ser vivenciada, nos dias atuais amiúde não é valorizada. Mesmo que se tenha de ser diariamente herói, é comum não se receber reconhecimento por isso, quer da massa com que se convive no trabalho, quer dos pais, da esposa ou dos filhos, pois outros valores, supérfluos, destacam-se. Como ad-

(20) Reconheço que a tese de Carl Jung a respeito do "inconsciente coletivo" em princípio parece absurda e corre o sério risco de cair na pura metafísica, principalmente diante das tradicionais considerações da psicologia de inclinação mais *biomédica* ou mesmo psicanalítica. Em verdade, desde que John Locke supostamente demoliu, no século XVII, o conceito de idéias inatas, instalou-se um pensamento de que a mente é resultado somente dos condicionamentos exteriores, e com Freud o inconsciente adquiriu fundamentalmente a função de reservatório de valores não aceitos pela consciência. Para Jung, o inconsciente não é originalmente "vazio", mas — na linha *schopenhauriana* — potência, intenção original, daí por que com o tempo Jung ultrapassou o conceito de "inconsciente coletivo" para o de "psique objetiva" (*Obras Completas*, Rio de Janeiro : Vozes, XVIII e XIX).

(21) Cabe ressaltar que a *personalidade* é uma circunstância judicial (art. 59 do CP).

(22) Sobre Heidegger, ver a coleção *Os pensadores*. São Paulo : Nova Cultural, 1991.

(23) *Op. cit.*, p. 22.

vogado, tive um cliente que por várias vezes foi preso em flagrante usando maconha. Em vão eu aconselhava para que desistisse de tal ato ou, caso fosse dependente, que usasse a droga em lugares menos povoados, além, é claro, para que procurasse ajuda médica. Tudo em vão. Ele dizia que precisava *correr o risco*. Suas prisões eram constantes, e cultura mais tradicional sobre a imputabilidade não viabilizava um relacionamento entre sua eventual dependência à droga e um estado de inimputabilidade, para com isto ouvir um juízo de exclusão da culpabilidade. Ele parecia estar vivendo uma necessidade de ser observado em sua luta pela vida.²⁴

Se a necessidade de lutar e de transcender é arquetípica, e portanto não pode ser anulada, mas reprimida, fato é que nossa sociedade é pobre de ressonâncias arquetípicas, induzindo a desequilíbrios. Como diz Zoja, *a categoria do heróico, que sempre denotara algo de pessoal e excepcional, perdeu valor, como uma nota de dinheiro inflacionado*.²⁵ Estando reprimida a necessidade de ser *herói*, quer porque as regras sociais não autorizam tal atividade, quer porque as mesmas normas desfavorecem a dignificação de quem em verdade está sendo diariamente um herói, tal experiência arquetípica isola-se num compartimento psíquico que em Psicologia Analítica denomina-se *sombra*,²⁶ constelando-se, assim,

como um herói negativo e destruidor. Se o herói vencedor não está sendo devidamente valorizado, quem sabe o será caso seja um herói destruidor. Com efeito, explica Zoja que *quando um elemento psicológico arquetípico é reprimido e expulso pela cultura dominante, ele tende a reaparecer sob formas cada vez mais irracionais, primitivas e esquemáticas, que se unem a outras formas de coisas reprimidas. Ou seja, une-se ao mal, à destrutividade, ao arquétipo da sombra, de modo semelhante a como no passado uma cultura que negava em demasia o papel feminino havia criado e exaltado o problema das bruxas*.²⁷ Assim como o herói negativo tem sido causa de problemas jurídicos, a iniciação negativa também, construída com o uso de drogas, uma inconsciente busca de, heroicamente, ultrapassar um estado de coisas matando-o.

Reconheço que esta linha de reflexão não é bastante familiar no campo do Direito Penal, mas arrisco a afirmação de que o drogadicto pode ser vítima de impulsividade e não completamente livre. Há liberdade quando o comportamento é escolhido com o firme entendimento de que ele é o mais adequado à realização da identidade, circunstância não presente em relação a quem procura a droga, pois neste caso prevalece a impulsividade caracterizante de uma dissociação da personalidade: *a ação dissociada não é "praxis" mas impulso, "acting out", isto é, uma conduta doente*.²⁸ Retomando a idéia exposta por Hegel e reelaborada por Marx, liberdade implica consciência da necessidade. O interes-

(24) Entre adolescentes, a necessidade de aliviar sintomas depressivos tem sido apontada como o principal fator estimulador do início do consumo da cocaína inalada (vide Scivoletto, Sandra, *et alii*. A progressão do consumo de drogas entre adolescentes que procuram tratamento, in *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Científica Nacional, n. 4, abril/1996, 201-6).

(25) *Op. cit.*, p. 31.

(26) Escreveu Jung: *"a natureza daquilo que se deve tomar consciência e se assimilar, foi expressa muito bem e com tanta plasticidade na linguagem poética pela palavra "sombra", que seria quase presunção não recor-*

remos a este patrimônio lingüístico (Considerações teóricas sobre a natureza do psíquico, in *Obras Completas*, vol. VIII, São Paulo : Vozes, p. 213, § 409). Imagino que toda uma teoria criminológica seria possível tendo como centro a concepção analítica a respeito da "sombra".

(27) *Op. cit.*, p. 33.

(28) Kovadloff, *op. cit.*, p. 95.

sado na droga, por motivos arquetípicos, necessita transcender, nem que seja através da droga. Porém, a ausência da consciência essencialmente provocada pela alienação favorecida por contingências sociais ou por qualquer trauma familiar, dificulta a recusa deste caminho tão caro à saúde (ou à liberdade) com a escolha de outro, pois isto requer reflexão. A dissociação não favorece a reflexão. Jean-Paul Sartre escreveu certa vez que o importante não é o que a história faz do homem, mas sim o que o homem é capaz de fazer com o que a história tem feito dele. Mas até que ponto é possível, principalmente aos jovens de hoje, refletir sobre a história, uma vez que sequer têm grandes incentivos ou possibilidades de ao menos conhecê-la adequadamente? De onde os indivíduos poderão extrair mecanismos para alcançarem um melhor estado de consciência crítica e assim tornarem-se verdadeiros indivíduos, renunciando a atingir tal momento através de um simples “prazer espúrio”, segundo palavras de Rado? *Pensar é uma atividade que impoica capacidade de espera, tolerância à frustração, diferenciação entre um objeto pensado e um sujeito pensante. Na ação impulsiva, essa distinção é anulada.*²⁹ Quando se diz a um drogadicto que com o uso da droga ele está se matando ou poderá ser preso, arrisca-se ouvir dele que sem ela ele estava morrendo ou não conseguia ter momentos de liberdade. Com a tipificação do porte de substâncias psicoativas, o Direito Penal arrisca ameaçar com a perda da liberdade a própria busca da liberdade.

Fazendo uma pequena digressão, pergunta-se: como fica o instituto da imputabilidade diante estas considerações? Sabe-se que o Direito Penal não reconhece culpa quando no momento da ação típica o sujeito não era capaz (ou inteiramente capaz) de consciência do ilícito ou de determinar-se de acordo com aqui-

lo de que estava consciente.³⁰ A imputabilidade é um requisito existencial para a censura penal e, em termos dogmáticos, perante a conduta de portar substância psicoativa (ou qualquer outro crime), somente não será reconhecida se, por força da dependência,³¹ no momento do porte o sujeito não era capaz ou inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.³² O problema da imputabilidade tem a ver com questões sociais e psicológicas tão complexas e sem fronteiras, no mundo jurídico contemporâneo, que o atual debate em torno dela, na Itália por exemplo, apresenta conclusões de causar angústia. Não há dúvidas de que a Psiquiatria evoluiu para melhor entender os transtornos mentais e com isto contribuir para o bem-estar das pessoas. Entretanto, os psiquiatras italianos assumiram serem incapazes de precisar — objetivamente — quando e em que

(30) Art. 26 do CP.

(31) A Organização Mundial da Saúde já definiu “dependência” como um estado psíquico e algumas vezes físico resultante de uma interação entre um organismo vivo e uma droga, caracterizado pelo comportamento e outras respostas que muitas vezes inclui a compulsão a tomar a droga, contínua ou periodicamente, com o objetivo de experimentar seus efeitos psíquicos e algumas vezes evitar o desconforto de sua ausência (apud Delmanto, Celso. *Tóxicos*, São Paulo : Saraiva, 1982, p. 11).

(32) Art. 19 e parágrafo da atual Lei de Tóxicos (6.368, de 21.10.1976). A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, através de sua 6.ª Turma, tendo sido relator o Min. Anselmo Santiago, decidiu: *1. Se o réu, condenado por tráfico de entorpecente, é pessoa dependente de droga e se, em razão da dependência, não possuía, ao tempo da ação, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de autodeterminar-se, impõe-se a redução da pena como prevê o parágrafo único do art. 19 da Lei 6.368/76. 2. Recurso provido (REsp 52.209-9/MG; DJU 01.04.1996, p. 9.947).*

(29) apud Kovadloff, op. cit., p. 101.

grau alguém age privado de capacidade de entender ou de querer. Por conta disto, não podem mais auxiliar o penalista como antes se pensava possível. O jurista foi abandonado pelo psiquiatra; deve decidir sozinho quando deve ou convém punir, tendo a Psiquiatria como fonte meramente informativa. Deve, por conseguinte, aperfeiçoar seus critérios teóricos.³³

O ensaio criminológico agora apresentado não é especulativo, mas descreve a hipótese da existência de fatores inconscientes, porém concretos, capazes de interferir na imputabilidade num nível mais sutil do que o legalmente previsto ou comumente admitido. Assim, o uso da droga (e seu concomitante porte) pode estar induzindo a um estado de inimputabilidade que não implique a inconsciência da ilicitude ou de autodeterminação segundo seu conhecimento. E a dúvida cruel de precisar até onde o inconsciente age e condiciona escolhas talvez aconselhe tratar a questão no campo da tipificação e não do juízo de censura penal, assumindo-se todos os riscos políticos que tal postura possa criar.

3. Uma abordagem político-criminal

Dizer que a busca da droga pode ser efeito de provocação de uma tendência psíquica potencial em todo ser humano pode até ocupar um lugar especial no imaginário do criminólogo, mas até que ponto é válido representar uma consideração influente na política criminal respeitante ao uso de entorpecentes é questão que precisa ser enfrentada. A política criminal não deve menosprezar a atitude essencialmente arquetípica de morrer para renascer através da droga.

Assumida a consideração criminológica quanto a possíveis hipóteses explicativas das causas subjacentes à procura da droga, resta, a partir de tal conhecimento, exercitar juízos sobre se o uso da droga (e conseqüente porte) merece censura ou ser ilícito penal e, na hipótese de dever persistir o ilícito, definir se realmente existe um valor a ser eleito como o protegido através da manutenção do caráter de tal conduta. E o termo mais correto é *valor* e não simples *interesse*, pois, como escreveu Bettiol, a idéia de que a intervenção penal visa à proteção de bens jurídicos como “interesses” sociais destaca a função utilitária de certos aspectos da vida, em detrimento de outros relacionados à condição humana, também importantes, mas cuja “utilidade” nem sempre é de fácil apreensão ou aceitação. É mais adequado, portanto, referir-se não exatamente a interesses, mas a *valores*, pois estes têm mais a ver com aspectos éticos, cuja utilidade nem sempre é evidente.³⁴

É exatamente esta necessidade de privilegiar a ética o aspecto que contraria a criminalização do uso das drogas. No

(33) A respeito, ver Ponti, Gianluigi. Il dibattito sull'imputabilità, in *Questioni sulla imputabilità*, aos cuidados de Adolfo Ceretti e Isabella Merzagora, Padova : Cedam, 1994, p. 1-24.

(34) Escreveu G. Bettiol: *Os bens ou valores que o direito penal tutela, ainda que sejam bens ou valores que possam ter reflexos utilitarísticos, são, na sua essência, valores éticos, na medida em que, fora da ética, não é compreensível um direito penal que, como o nosso, pretenda ser garantia e tutela dos postulados morais fundamentais sobre os quais assenta a sociedade... E é precisamente por essa razão que nós falamos, a propósito de bem jurídico, de valores e não de interesses, porque o valor é um termo mais apropriado para exprimir a natureza ética do conteúdo das normas penais, ao passo que o interesse é um termo que exprime uma relação. Não é ponto de chegada, mas trâmite para o ponto de chegada* (Vargas, José Círio de. *Direito Penal*, apud “Introdução ao estudo dos crimes em espécie”, Belo Horizonte : Del Rey, 1993, p. 37-8).

campo do juízo de ilicitude costuma-se encontrar explicação de que o valor protegido com a tipificação do porte de entorpecente é a saúde pública. Esta seria o objeto jurídico do tipo hoje definido no art. 16 da Lei 6.368/76. Existe um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo emblemático quanto a isto: *O só ato de fumar maconha (sem dano social) é atípico. O legislador sanciona a aquisição, a guarda e o porte do entorpecente para uso próprio, por entender que o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo porque é fator decisivo na difusão do tóxico. No entanto a partir do momento em que a consome, lesa a si próprio e sua conduta não representa mais um perigo social.*³⁵ O que se pune, então, não é assumidamente o uso da droga, mas o fato de portar, guardar etc. para uso próprio. Percebe-se, porém, que para o exercício do uso é quase impossível não portar ou trazer consigo. A tipificação, ainda que de maneira indireta, abarca a conduta de simples uso. A mentalidade essencial presente no tipo é a punição de usuários. A idéia de “desvio da normalidade social”, âmbito de qualquer trabalho tipificador, em relação à ilicitude do porte da droga condiz com uma reprovação do usuário, rotulado como “toxicômano”, “drogadicto”, “perigoso”, enfim, qualquer denominação que assuma um lugar específico num suposto contexto antropológico de desvio social. Como consequência, ter o perigo à sociedade como exclusiva justificativa para a existência do tipo penal é, no mínimo, um desespero político, além de revelar incoerência no exercício de tipificações e relevante dose de hipocrisia. Existem mil e uma coisas mais perigosas no uso ou porte do que os tóxicos. O automóvel é uma dessas coisas. Imaginar que a simples condução de

tóxico é perigoso e, ademais, presumidamente perigoso,³⁶ importa rigoroso e incompreensível critério.

A atual política antitóxicos na prática criminaliza o uso de substâncias psicoativas e é a partir desta realidade que se devem partir raciocínios. O legislador brasileiro observou a recomendação da *Convenção Única sobre Entorpecentes* de 1961 e o Tratado de 1971, quando, respectivamente nos arts. 36 e 22, os países assinantes se comprometem a combater a posse indevida de drogas através de normas penais. Imaginou-se que punindo o simples usuário por tabela estar-se-ia inibindo o tráfico. Como é possível constatar hoje, o legislador agiu mal, embora a intenção fosse boa. Sobre tudo porque, com a proibição do uso, favoreceu o crescimento de um mercado negro altamente lucrativo e foco de outras e mais sérias condutas criminosas, como a organização de sociedades para o tráfico e a corrupção policial, cuja prática chega a ser rotina e atinge a postura de uma pena de multa antecipada em troca da “suspensão do inquérito”.

Por derradeiro, o poder político penal neste assunto resulta agir diretamente sobre a mentalidade das pessoas, tentando frear uma ação personalíssima, implicando fundamental interferência na intimidade, cujo efeito colateral buscado é a saúde pública. É um interesse não facilmente aceitável, pois neste caso a saúde pública corre um perigo muito próximo do insignificante, sendo válida a afirmação de que existe um delito sem vítima. A escolha da proteção da saúde pública para incriminar o porte de entorpecentes é, portanto, um equívoco, e nas palavras da magistrada Maria Lúcia Karam, *cla-*

(36) O tipo do art. 16 da Lei 6.368/76 é classificado como de *perigo abstrato* ou cuja demonstração não é exigida. Porém, deve ser descritivo de conduta que revela uma *probabilidade*, e não mera *possibilidade*, de lesão aos valores tutelados.

(35) ApCrim 156.247-3/1 da 5.^a Câ. Crim., Rel. Des. Dante Busana, j. 29.09.1994, v.u.

ramente incompatível com os postulados de racionalidade que devem informar os atos do governo em um Estado Democrático de Direito.³⁷ Com efeito, a presunção absoluta de que o usuário cria perigo à saúde alheia implica a punição de um modelo de personalidade, a do usuário, em menosprezo da conduta, realizada ou provável. Noutras palavras, há a punição do usuário porque ele é usuário. Há um desrespeito contundente ao princípio da *lesividade*³⁸ do bem jurídico e uma clara sintonia com uma doutrina de *tipos de autor*, um tanto rejeitada em Ciência Penal quando associada a certa história. Discussão pela perspectiva da história das idéias sobre os “tipos de autor” nos revelaria que a culpabilidade pela conduta na vida, quando aceita como fator decisivo para o reconhecimento da culpa ou para a tipificação de condutas, não condiz com o Direito Penal Democrático.³⁹ Dar oportunidades a efeitos desa-

gradáveis de uma doutrina de “tipos de autor” é questão de opção política e infelizmente parece ser esta que se está viabilizando com a atual postura que vê o uso de substâncias psicoativas como ilícito penal. Mas é fato que a política criminal hoje legislada está desvinculada de qualquer consideração séria de natureza criminológica. Como postura política pode desaparecer a qualquer momento.

A incoerência e o real perigo não ficam por aqui. Como lembra Gérson Pereira dos Santos, nas últimas décadas o uso de entorpecentes tem sido a única atividade íntima e colateral punida. O Direito Penal incrimina outras atividades ditas colaterais, mas com a não-punição das correspondentes condutas principais.⁴⁰ Isto reforça a idéia de que na atual postura política está atuando não somente a boa vontade de proteger a saúde pública, mas também, num nível mais profundo, o sentimento de desprezo pela pessoa do usuário e sua tentativa heróica (entretanto equivocada) de se fazer indivíduo através do relacionamento com a droga. Com efeito, o drogadicto quer assumir novo estágio de personalidade através de algo em princípio “prazeroso”. As pessoas também perseguem o prazer em relacionamentos que por vezes assumem a dimensão de autênticas disputas. O ponto de vista é o de que muitas opiniões dirigidas à punição dos usuários de droga decorrem de pontuações in-

(37) Drogas: a irracionalização da criminalização, in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, agosto/1996, 45:9.

(38) Observa Zaffaroni, Raúl: *Basta esta breve referencia a los principales argumentos en favor de la punición de los simples usuarios, para caer en la cuenta de que el principio de lesividad queda sometido a las necesidades de la “guerra”: nadie debe consumir, porque si no hay consumidores no hay traficantes; nadie debe consumir porque no debe obstaculizar la “guerra” al tráfico; en definitiva, nadie debe consumir porque favorece el tráfico. Luego, queda claro que el mal está en el tráfico y no en la lesión a la salud como se pretende, o sea, que, se persigue el tráfico por el tráfico mismo.* (“La legislación ‘anti-droga’ latinoamericana: su componentes de derecho penal autoritario”, in *Fascículos de Ciencias Penales*, edição especial “Drogas, uma abordagem interdisciplinar”, Porto Alegre : Sérgio Fabris, abr./mai./jun.-1990, p. 21).

(39) Sobre as teorias dos “tipos de autor” Bettiol escreveu um extraordinário artigo intitulado *Azione e colpevolezza nelle teoria dei tipi di autore*, in *Scritti Giuridici*, Padova :

Cedam, 1996, tomo II, p. 535. Existem alguns casos nos quais ao Direito Penal pode interessar o homem não enquanto “agente”, mas tão-somente enquanto “ser” que se apresenta de determinado “modo” e isto tem sido pernicioso.

(40) Assim, por exemplo, a exploração da prostituição, o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio e o auxílio à fuga de preso (O dependente de drogas, perspectiva vitimológica, in *Fascículos de Ciências Penales*, edição especial “Drogas, uma abordagem interdisciplinar”, Porto Alegre : Sérgio Fabris, abr./mai./jun.-1990, p. 143.

conscientes contra o prazer do "outro". É comum as pessoas se deixarem levar pelo que ainda não foi aceito de forma consciente e com isto pensarem que seus motivos são morais, enquanto, de fato, o que existe é uma dissimulação de fortes desejos de poder. Este inconsciente (sombrio) construído às custas de valores reprimidos tende a ser concretizado num nível arcaico e marcado pela falsidade. Numa visão agora até mais próxima da Criminologia, do *social reaction*, a tipificação do usuário de drogas denota projeção da sombra, e quem ignora a própria sombra falsifica a personalidade. O Direito Penal em muitas ocasiões é expressão de aspectos sombrios da sociedade. Sem esta conscientização, alimenta-se o risco da consagração da culpabilidade pela conduta na vida que, se não deve ser de todo banida do pensamento jurídico-penal, não pode conviver sem a existência de uma conduta individualizada também seriamente reprovável, o que não existe no simples uso ou porte da droga.

Enfim, a saúde pública não pode ser entendida como o valor que justifique o caráter ilícito do uso de entorpecentes, fazendo deste delito um delito de perigo abstrato, porque é expressão da busca de satisfação de meros interesses (alguns inconscientes) e não condizentes com a ética penal. Talvez outra circunstância possa vir a ser aceita, mas isto depende de novos estudos, conscientizações e assunção de novas concepções políticas.

Não posso concordar, ainda, com o argumento de que um usuário ou portador da droga seja um traficante em potencial, dando forma, assim, a um outro tipo de perigo.⁴¹ A presunção de mal social aqui, como disse, revela-se exagerada, além da prática ter demonstrado

que assim pensando um grande número de pessoas é gratuitamente criminalizado, como meio para a criminalização dos demais. Fere-se a dignidade pela instrumentalização do ser humano e cria-se espaço para a arbitrariedade.

Em qualquer ciência inexistem certezas absolutas, mas entendo que a eleição do uso de drogas como ilícito penal (através da narrativa do porte para uso) não contribui significativamente para a repressão da escolha da droga como forma de materialização de funções arquetípicas, e as razões fundamentais desta conclusão são: a) o Direito Penal não pode reprovar exclusivamente uma "maneira de ser"; b) os inconvenientes sociais são evidentes (corrupção, mercado negro etc); c) com a incriminação o Direito Penal reprova ato supostamente perigoso num nível de abstração não aceitável, tendo em vista o sistema penal e seus princípios, como o da *intervenção mínima*, *lesividade de um bem jurídico* e, principalmente, o da *culpabilidade*.

Merece referência que os principais centros formadores de cultura jurídica tendem a não punir com a prisão o porte da droga para uso. Na Itália, por exemplo, a Lei 162 de 1990 não acolhe a prisão para o portador usuário e contrariando os princípios que caracterizam o Direito Penal de feição iluminística, através de uma espécie de "norma manifesto", traz como novidade um mero conselho no sentido de desaprovar o uso tendo-o como "ilícito".⁴² Vale dizer, o Esta-

⁽⁴¹⁾ Isto me faz também lembrar a teoria da *Ação sintomática* de Tesar e Kollmann de princípios do século XX, quando destacavam "sintomas" como perigosos.

⁽⁴²⁾ A respeito, Manna, Adelmo. L'attuale politica criminale sulla droga, in *Dei delitti e delle pene*, Gruppo Abele Periodici, 1991, 3:99-134. O Professor da Universidade de Roma ressalta que o usuário de drogas é um problema médico e psicológico: *manca, in altri, termini, una presa di coscienza adeguata degli sviluppi scientifici in materia, e, soprattutto, delle "tipologie" di tossico-dipendenti, che già da tempo sono state individuate nella letteratura specialistica, e*

do quer manifestar seu interesse na tipificação, mas não parece querer punir. Faz um papel de mensageiro ético na esperança de chegar primeiro e colaborar para a inibição da busca da droga. É questionável que uma norma externa consiga prevalecer sobre uma interna muitas vezes mais poderosa como é a do arquétipo. Ademais, se mesmo as normas que prevêem pena de prisão não conseguem efeitos de prevenção geral, o que esperar das que sequer as prevêem? Entretanto, mantendo-se no campo da ilicitude a conduta somente se contribuirá para a valorização do tráfico. Ora, se através do Direito Penal não é possível evitar o uso, deve-se estrategicamente esquecê-lo para ao menos se evitar qualquer contraprodução.

A política criminal internacional propõe a não-intervenção penal para inibir o uso de substância psicoativa. Tal pensamento é expresso no Seminário Internacional de Málaga, Espanha, acontecido em 1991, e subscrito por alguns dos principais penalistas do mundo ocidental, como José Luiz Diez Ripolles (Uni-

versidade de Málaga), Alessandro Baratta (Universidade de Saarland, Alemanha), Francisco Muñoz Conde (Universidade de Sevilla), Steven Wisotski (Nova University, Estados Unidos) e Raúl Zaffaroni (Universidade de Buenos Aires). Confirmou-se o Seminário "Drug Policies in Western Europe", acontecido em Tilburg, Holanda, em 1988. Naquela ocasião ficou assentado que a intensificação da intervenção penal nesta matéria implica distorção das funções do Direito e do Processo Penal, com evidente e gravíssima lesão a princípios fundamentais que caracterizam o Estado de Direito. Particular apontamento crítico ainda foi feito à tendência de alguns países de estender a sanção penal ao mero consumo de drogas, em especial porque resultam sanções de comportamentos não diretamente ofensivos de bens jurídicos merecedores de tutela penal.⁴³

Como se trata de um ensaio, não se deve firmar conclusão além do que ficou entendido. Importante é o lançamento de um pensamento, questionador de algo humano.

nella pratica clinica, e che dovevano viceversa essere tenute presenti, nel momento in cui si intendeva operare e livello sanzionatorio. (...). Stando così le cose a livello scientifico, risulta evidente come l'attuale, nuovo approccio legislativo italiano al consumo di stupefacenti non possa che giudicarsi quantomeno inadeguato. Da quanto osservalo è evidente la "criminalizzazione" che opera l'attuale normativa nei riguardi di patologie che dovrebbero essere invece di esclusiva pertinenza medica, intenso quest'ultimo termine in senso, oltre che biologico, anche psicologico e sociologico (cf. cit., p. 132 e 134).

⁽⁴³⁾ Concluiu o Seminário: *Senza voler affatto contestare la necessità di una attiva politica*

*preventiva dei governi per la protezione della salute pubblica, riteniamo che l'unica razionale azione legislativa pensabile nei confronti delle droghe denominate illecite sia un trattamento normalizzato, e cioè inserito nell'ambito delle restanti sostanze pericolose. Gli effetti preventivi nei confronti dell'abuso di droghe, che costituiscono lo scopo di ogni politica razionale, devono essere perseguiti attraverso l'educazione sanitaria generale, come si comincia a fare con il tabacco e l'alcol, riservando il ricorso agli strumenti penali per quei soli casi in cui l'importanza del ben giuridico implicato lo richieda in modo indubitabile (Documento contro il proibizionismo, in *Dei delitti e delle pene*, 3:195-203).*

5. POLÍCIA E DIREITO

O SIGILO DO INQUÉRITO POLICIAL E OS ADVOGADOS

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO

PARECER

Protocolo 3.700

Interessado: Advogado Cássio Lisandro
Telles, Presidente da Subseção da
OAB de Pato Branco

Assunto: Atos de autoridades policiais im-
pedindo advogados de acompanharem atos de inquérito policial

Senhor Presidente:

1. O ilustre advogado Cássio Lisandro Telles, Presidente da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Pato Branco, comparece perante esta Seccional solicitando orientações, em face de fatos e atos que narra: "... tem sido comum nas delegacias de polícia as autoridades policiais impedirem os advogados, regularmente constituídos, de acompanharem determinados depoimentos, no inquérito policial, sob a alegação de que o inquérito é um procedimento investigatório, de caráter sigiloso. Sob o mesmo pretexto, quando se permite o ingresso do advogado, na sala, para acompanhamento do depoimento, tem sido negado o direito a perguntas. No caso do colega Dr. Janio, o mesmo foi até a DEPOL local, representando o indiciado, para presenciar o depoimento da vítima, porém não lhe foi dado o direito de efetuar tal acompanhamento, argumentando-se que depois da inquirição seria dada uma cópia para o mesmo. Em nosso entender, a Lei 8.906/94, permite tal acompanhamento por parte

do advogado; entretanto, para reforçar a posição e afastar qualquer dúvida, pedimos o pronunciamento desta Seccional, informando se existem limitações à atuação do advogado na fase do inquérito policial e se há impedimento a perguntas, nesta fase".

2. Nesta Seccional, designou-me relator o *bâtonnier* Alfredo de Assis Gonçalves Neto, para inclusão na pauta da reunião do Conselho Pleno do dia 26.04.1996.

3. O tema merece profunda reflexão e uma longa pesquisa, mas o tempo é impiedoso. De qualquer sorte, é fundamental, o c. Conselho Pleno posicionar-se, de modo a balizar a atuação dos advogados nos casos concretos, não fosse o fato de poder servir de suporte às próprias autoridades policiais.

É o relatório. Passo a opinar.

1. A consulta sugere uma dupla ordem de questionamentos, sendo a segunda diretamente vinculada à primeira. Poder-se-ia, para abrir e fixar o campo de discussão, apresentá-las na seguinte or-

dem: 1.^a — sob o fundamento de que o inquérito policial é sigiloso, pode a autoridade policial, hoje, impedir os advogados regularmente constituídos de acompanharem determinados depoimentos?; 2.^a — sob o mesmo fundamento, em admitindo o acompanhamento pelo advogado, pode negar o direito a reperguntas?

2. Antes de tudo, faz-se mister tentar entender, diante da ordem constitucional de 88 e do Código de Processo Penal, o significado que tem o precitado *sigilo* do inquérito policial.

3. Seguindo a tradição da nossa legislação, o CPP de 1941 sufragou o *sistema inquisitório*. A persecução penal tem duas fases, de regra, sendo a primeira de investigação, preliminar, buscando a “formação da culpa” (como se referia anteriormente), isto é, preparar o exercício da ação penal. A segunda fase é processual e, embora essencialmente inquisitória (a *gestão da prova* continua nas mãos, primeiramente, do juiz: CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, Torino : UTET, 1986, p. 47; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. O papel do novo juiz no processo penal, in *Direito Alternativo*, Rio de Janeiro : IAB/ADV/COAD, 1994, p. 33 *et seq.*), vem marcada por elementos importados do sistema acusatório como, por exemplo, a existência de partes (embora com as dúvidas que possam daí surgir) e a separação entre a acusação e o julgamento.

4. Na esteira do modelo napoleônico, admitiu-se esse aparente monstro de duas cabeças. Na protocélula estavam intenções autoritárias, sabem todos. Napoleão não era ingênuo e sabia que o espírito revolucionário tinha superado o orgulho francês para aceitar os fundamentos do sistema inglês, onde o cidadão contava alguma coisa desde antes da Magna Carta. Basta ver o teor do Decreto de 16 – 24.08.1790, a Constituição de 03.09.1791 e o Decreto de 16 – 29.09.1791, onde há efetivo enterro do *ancien régime*: *formação da culpa perante um Júri de Acusa-*

ção, que decide s'il y a lieu ou se s'il n'y a pas lieu, cabendo o acerto do caso a um segundo colegiado, o Júri de Julgamento. O que sucumbe, em verdade, é um modelo fundado em uma lógica deforme, onde o inquisidor fixava tanto o *thema probandum* quanto o *thema decidendum* (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, Coimbra : Coimbra, 1981, p. 62), ou seja, “*ele constitua, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado*.” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, 6.^a ed., trad. de Ligia M. Pondé Vassallo, Petrópolis : Vozes, 1988, p. 36). O grande risco era — e é — trair-se pelo imaginário, pela crença na aparência, na primeira imagem. Afinal, a *verdade* não é linear e mostra-se, sempre, multifacetada: acreditar na primeira delas, em geral a mais evidente, é mais fácil, mas ofende a inteligência humana. Seria, metaforicamente, conhecer um imenso palácio pela sua cintilante fotografia. O castelo da verdade, quando em jogo está a própria vida dos seres humanos, não pode ser banalizado pelos senhores das fórmulas fáceis, das aparências, muito a gosto daqueles que, hoje, tomam-se por *politicamente corretos*. Em suma, é preciso grandeza para não ser traído por aquilo que Cordero, da sua genialidade, chamou de *primato dell'ipotesi sui fatti*, até porque *La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi*. (CORDERO, F. *Guida... cit.*, p. 51). Napoleão, como qualquer outro tirano que não legisla contra si mesmo, quis acabar, passados os ventos de liberdade, com toda a estrutura importada dos ingleses, máxime, o *Júri de Julgamento* (o *Júri de Acusação* já começava a cair pela *Lei 18 Pluviôse/ano IX* e sucumbe integralmente no novo Código), isto é, a fase dos debates contraditórios, mas foi impedido pelo *Conseil d'Etat* (BARREIROS, José Antônio. *Processo*

penal, Coimbra : Almedina, 1981, p. 38), ainda não esquecido das razões pelas quais tantos haviam morrido. Desse jogo político nasce, em 17.11.1808 (em vigor desde 01.01.1811), o *Code d'Instruction criminelle*, o grande modelo processual penal do mundo moderno de direito europeu continental, inclusive do nosso, embora, aqui, a situação seja pior ainda. O equívoco do processo reformado, dito misto, está nesta tentativa de conjugação do impossível: uma primeira fase inquisitória e uma segunda (aparentemente, pretensamente) acusatória. Deu no que deu; no que se conhece do cotidiano: uma farsa – ou quase – de um processo penal de garantia do cidadão. Na análise da matriz, salta aos olhos, está a sentença ditada pelo resultado dos sistemas processuais penais atuais, nos diversos países que a seguiram. Por isto, não há que discordar de Cordero: “*nei labirinti bui dell'instruction regna Luigi XIV; segue una scena disputata coram populo. A qualcuno sembra un capolavoro: secondo gli eufemisti, “l'information préliminaire” quale appare nell'ordonnance 1670, “est une des plus précieuses conquêtes de la législation; abilmente condotta, “elle prépare le jugement; elle en assure la sagesse”; insomma, è il lascito “le plus fécond” del Quattrocento di moderni. Jean Constantin, Charles Dumoulin, Pierre Ayrault, la giudicavano meno bene: c'è un abisso, nota l'ultimo, dall'instruction secrète” alla palese; “il est facile à huis clos d'adjouter ou de diminuer, de faire brigues ou impressions”; l'udienza pubblica garantisce lavoro pulito; “il y aura toujours quelque chose à redire” sui giudizi non allestiti in pubblico, da capo a fondo; “cette face composée de plus d'yeux, de plus d'oreilles, de plus de testes que celle de tous les monstres et géants des poètes, a plus de force... pour pénétrer jusques aux consciences et y faire lire de quel côté gît le bon droit, que nostre instruction si secrète.” (...) Intonato al clima grave dell'Impero, liquida gli*

entusiasmi fioriti all'Assemblea costituente. Le corti lo intendono nel senso più autoritario. (CORDERO, F. Guida... cit., p. 73-4).

5. Para nós, a situação acabou ainda mais complicada porque, do gênio tupiniquim saiu a superação, para pior, do modelo napoleônico. Com efeito, até depois da independência vigia o regime ordenatório (nele estavam imperando as Ordenações Filipinas, de 1603, com algumas alterações, tendo por base um sistema com *devassa geral, devassa especial e julgamento*), mas o espaço de liberdade criado, então, não poderia continuar convivendo com um sistema que havia legado ao mundo não só a possibilidade mas a efetiva *arbitrariedade estatal*, dada a inoperância comprovada das regras reguladoras dos mecanismos de controle. Veja-se, por exemplo, o que se passou com a tortura. *quella vergogna del genere umano* (CORDERO, F.. La riforma dell'istruzione penale. In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano : Giuffrè, 1963, p. 716), tão bem dissecada pelos iluministas, que descreviam e criticavam a realidade em que viviam, mormente por aquele que, quicá, foi o maior deles, no campo penal: VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*, trad. de Frederico Carotti, São Paulo : Martins Fontes, 1992. Tal aberração penetrou, na forma em que se encontra, com a Inquisição, por elementar que em nome de um deus/verdade jamais concebido(a) pelo próprio filho do Senhor; e foi ficando, passando pelos tempos (já são quase oito séculos), para restar como solução fácil àqueles que não têm capacidade para fazer da perquirição a exaltação da racionalidade humana e assumem, pelo seu ato, a sua própria derrota diante dos fatos e seus autores, em geral, no Brasil, ignoras das práticas criminosas, para sorte de uma sociedade consciente da sua incapacidade para combater uma criminalidade altamente sofisticada.

6. Faz-se a superação, assim, com a Lei de 29.11.1832, que dá à luz o *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*, o conhecido Código de Processo Penal do Império. O relator, Manuel Alves Branco, importa, para ele, *não a base providencialmente deturpada do Code d'Instruction Criminelle*, já em vigor, na França, como referido, desde 1811, mas o vero sentimento revolucionário expresso no Decreto de 16-29.09.1791. Tal diploma não era perfeito a ponto de não ser passível de críticas (que foram infinitas e ideologicamente bem definidas), mas era *excelente* de tomarmos por parâmetro de avaliação o Código atual. Em vigor, hoje, aquele Código, o país — ou a imagem da Justiça Criminal — poderia ser outro. Tendencialmente acusatório, dar-nos-ia a chance de *introjetar* uma cultura de respeito ao cidadão acusado, o que, hoje, instrumentos como o princípio da *presunção de inocência* não conseguem fazer.

7. Da mesma forma que na França, também tivemos nossa recaída imediata. As forças conservadoras, de pronto, imputaram ao Código, *muito liberal*, a *anarquia nacional*, como se uma lei fosse capaz de tamanha façanha. Nessas horas, porém, como está a acontecer nos nossos dias, gente de tal quilate toma o pavão pela craca dos seus pés, denunciando-o por imundo. Tal atributo, em verdade, explica a psicanálise, não é dos objetos, mas dos próprios viventes, que os investem com suas cargas libidinais: culpa-se os outros por suas próprias mazelas ou, mais precisamente, pelo resultado da — natural — impossibilidade de obturação da sua falta. Eis a fotografia do chamado *Movimento de Lei e Ordem*, que *es capaz a corto plazo de echar por tierra los esfuerzos de muchas décadas por conseguir un Derecho penal equilibrado y moderno*. (HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona : Bosch, 1984, p.

95). A reforma, destarte, veio com a malfadada Lei 261, de 03.12.1841. Ela refletiu um retorno — até hoje ineliminado — ao *ancien régime*: “no seu policialismo exagerado, foi além do que realmente exigia a situação do país, fortalecendo, com isto, o reacionarismo político” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, 2.^a ed., Rio de Janeiro — São Paulo : Forense, 1965, p. 98); tudo sem embargo de nela não se ver, por mais incrível que possa parecer, do ponto de vista processual, “qualquer espírito de odioso antiliberalismo”, como ocorreu com muitos autores, inclusive José Frederico Marques (a citação está na *op. cit.*, p. 98) e os inúmeros que influenciou diretamente, todos, talvez, por uma visão asséptica, mas inaceitável, do direito. A polícia, deste modo, não só retomou seu poder inquisitório, como também passou a exercer a jurisdição, em larga esfera de competência.

8. A situação criada, depois, não se conserta, mas sofre um remendo, bem ao estilo brasileiro: um acordo de bastidores; uma arrumação emergencial para acalmar os ânimos. Com efeito, é imaginável como o arbítrio foi exercitado e a reação esboçada pelos liberais, altamente influenciados pelo espírito revolucionário francês. Por isso, várias tentativas de reforma foram encaminhadas ao parlamento imperial. Vingou, como precitado, um acordo político entre conservadores e liberais, influenciados decisivamente pelo Imperador, o qual manifestou-se favoravelmente, em crítica aos *excessos e abusos*, na Fala do Trono de 03.05.1871 (PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*, Bauru : Jalovi, 1983, p. 149). Assim, o Ministério Rio Branco consegue fazer promulgar a Lei 2.033, de 20.09.1871 e, em seguida, o seu Regulamento, pelo Decreto 4.824, de 22.11.1871. Não se retorna ao regime do Código do Império, mas não se fica, na aparência, naquele da Lei 261, de

03.12.1841. Entender tal passagem é vital, porque ilumina nossa marca registrada, nosso *Janus* monstruoso.

9. A Lei 2.033 – e seu Regulamento – rompe com a estrutura do Código de Napoleão. Neste, como se sabe, a primeira fase da persecução, de instrução, voltou a ser inquisitorial, mas comandada pelos juízes: daí falar-se em *juizado de instrução*. Não era, por evidente (olhando desde hoje, naturalmente, e a partir da forma para onde as investigações se encaminharam), uma grande coisa: o cidadão – como se pretendia, por sinal – não estava melhor garantido porque o inquisidor seria um juiz e não um policial. Não é afinal, tão-só, um problema de *status* (como demonstrou a história), mas das *pessoas* que lá estão a exercer a função. Basta não esquecer que grandes inquisidores – e atozes – foram bispos, e o resultado foi Bernardo Gui, Torquemada, e tantos outros. Por que, então, seria diferente com os juízes, os promotores de justiça ou os policiais? Ora, basta estar lá, munido de poder, que a racionalidade se encarrega de fazer o resto, a não ser que se tenha – e muito – instrumentos eficazes para efetivar aquilo que Freud chamou de *sublimação*. Eis, então, por que o *Juizado de Instrução* é imprestável (veja-se o excelente filme Z, de Costa Gavras) tanto quanto o *inquérito policial*, essa excrescência jurídica criada pela Lei 2.033. A diferença, contudo, entre eles, pode-se perceber pela história: a evolução do *Juizado de Instrução* levou as Cortes Constitucionais (mormente as européias), como parecia inevitável, a estender, a ele, o *contraditório* (v. RICCIO, Giuseppe, DE CARO, Agostino, MAROTTA, Sergio. *Principii costituzionali e riforma della procedura penale : una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, Napoli : Scietifiche Italiane, 1991, p. 151 *et seq.*; CORDERO, F. *Procedura penal*, 8.^a ed., Milano : Giuffrè, 1985, p. 645 *et seq.*), e mitigou-se o sistema

inquisitório. Aqui, sem uma estrutura jurisdicional na Polícia (foi isso que não se mediu no acordo costurado por Rio Branco), os nossos tribunais, quando se dão conta da situação (o que não é fácil), encontram-se manietados. Não conseguimos, destarte, evoluir, algo que só seria possível com o abandono da essência inquisitória do nosso sistema, como já concluí, em 1988, na minha tese (*L'esigenza di garanzia dei diritti della difesa nel nuovo processo penal brasiliano*) defendida na *Università degli Studi di Roma – La Sapienza* (aprovada com grau máximo e voto de louvor): *L'unica soluzione per una sostanziale riforma del processo penale brasiliano è, pertanto, l'abbandono integrale del sistema inquisitório*. Para tanto, entre outras coisas, é preciso acabar com o *inquérito policial*, na forma como temos hoje, o que não significa acabar com as *investigações*, as quais, melhor que ninguém, faz a própria polícia. Enfim, *é preciso acabar com a burocracia da fase preliminar*, ou seja, *com a produção de provas* (salvo a técnica, em que pese ser imaginável um controle da *prova real*, que aí deve ser procedida, por óbvio, mormente nos chamados *delicta factis transeuntis*), de modo a evitar-se o que ocorre – ou deveria ocorrer – hoje, isto é, uma inaceitável *duplicidade de instruções*.

10. O *inquérito policial*, assim, nasce canceroso, ainda que extremamente exaltado por gente do porte de José Frederico Marques, como “*uma das instituições mais benéficas de nosso sistema processual*” (MARQUES, J. F. *Elementos...* cit., p. 101). Veja-se, porém: a gênese é ruim; a estrutura é ruim; e o resultado não é só ruim, é catastrófico. Como louvar algo do gênero?

11. Apesar de tudo, passa imune o *inquérito policial* por todas as reformas que a legislação processual penal sofreu até hoje, mormente aquelas determinadas pela Constituição de 1891 (que resultou

nos Códigos estaduais, com a ressalva merecida para o Código do Distrito Federal que, por seu art. 243, dava um jeito de anestesiá-la sua força), assim como as da Constituição de 1988, a qual traz regras que ainda não foram bem entendidas e não ganharam a necessária efetividade, *entre elas a que trata da matéria ora em discussão*.

12. Note-se, não obstante, que a questão do *sigilo* (do latim, *sigillum*) não é imanente ao inquérito policial, na sua mais larga extensão. Já não o era quando da sua criação e nenhuma razão tem para ser agora, *em vigor a Constituição de 1988*. Com efeito, falava dele, por seu referencial semântico, o art. 10 (mormente o § 1.º) da Lei 2.033/1.871. Definia-o, porém, o art. 42 do Regulamento (Decreto 4.824/1.871): “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e complices; deve ser reduzido a instrumento escripto, observando o seguinte(...)”. Vital, entretanto, para a hipótese em análise, era o § 7.º do mesmo artigo: “Todas as diligências relativas ao inquérito serão feitas no prazo improrrogável de cinco dias, com assistência do indiciado delinquente, se estiver preso, podendo impugnar os depoimentos das testemunhas. Poderá também impugná-los nos crimes afiançados, se requerer sua admissão aos termos do inquérito”. Nossa tradição (se é que se pode falar dela referindo-se a um instituto com tal idade), como se percebe de uma análise um pouco mais atenta, fala *contra o sigilo pleno*. O Brasil da modernidade quis enterrar os fantasmas inquisitórios dos juízes *a priori*, mas continua derrotado. Esse querer, parece claro, não autoriza — antes, deslegitima — os senhores das alcovas e dos porões onde aparecem mortos os nossos Herzog, muito menos os seus ventríloquos, dos livros e das cátedras. Onde estaria, então, a nossa fonte?

13. Para um Código parido na ditadura de Vargas (Decreto-lei 3.689, de 03.10.1941), a fonte não poderia ser outra que não uma de cariz ditatorial. Nélson Hungria, o grande, tão louvado por sua obra, sabia disto. Como integrante da Comissão de elaboração do projeto e seu mais eminente membro, foi buscar a base no maldito criminoso?; veja-se, por todos, o que se passou com Carlo Levi, conforme relatado no seu *capolavoro: Cristo si è fermato a Eboli*, 7.ª ed., s/d, Einaudi, 1947. Codice Rocco italiano, produzido pelo *fascismo* sob o comando de Mussolini e sob a batuta de Manzini que, pelos “elevados” serviços prestados, ganhou a recém-criada cátedra de Roma de Direito Processual Penal; e é largamente copiado como “democrata” por vários dos nossos operadores do direito criminal, desavisados ou catedráticos, como conceituou Lyra Filho, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?*, Brasília: Nair, 1984. O *sigilo*, assim, vem da Itália: *Chiudendo i pochi spiragli aperti nel 1913 alla difesa, il codice Rocco aveva restaurato un sistema coerente: ovvio che nell'istruzione, nata da metastasi inquisitoriali, avvenga tutto in segreto; gli interessati lo sapranno alla fine, col deposito degli atti* (art. 372: *nel rito sommario bisogna addirittura aspettare la citazione*); *esclusi dalla macchina inquirente, sfoghino poli l'acume critico, se vogliono, discutendo sulle carte*. (CORDEIRO, F. Guida... cit., p. 288-9) — (grifo nosso). Não é de estranhar que gente da excelência de Joaquim Canuto Mendes de Almeida (há que ler nossos antigos homens de princípios) tenha ficado de fora da Comissão que engendrou o nosso Código atual.

14. Revistas, ainda que apressadamente, as fontes, é possível começar a entender a razão pela qual, ao que parece, as infinitas discussões sobre o *sigilo*, no inquérito policial, são, em grande medida, estéreis. Não se trata, inclusive, não poucas vezes, de engajamento a posições

vinculadas à *ideologia política*. Em geral, os posicionamentos refletem o *puro casuísmo*, e entorpecem a boa vontade.

15. Que o Código trata da matéria ninguém desconhece: “A autoridade assegurará no inquérito o *sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade*” (art. 20) – (grifo nosso). O problema, então, é delimitar o alcance de tal regra, a começar pela imprescindível adequação aos elementos do preceito, o que não parece nada difícil em se tratando de *conceitos indeterminados*, como o era o de *segurança nacional* e são tantos outros, estruturais no direito criminal, ao qual “orgulhosamente” em presta-se o bastão de defensor do cidadão, sem qualquer pejo, ainda que com tal *legalidade*: nossos autores esqueceram de ir a fundo na luta pelo *princípio da taxatividade*. Ora, prever que o *sigilo* será determinado quando for *necessário à elucidação do fato* ou quando for *exigido pelo interesse da sociedade* significa dizer que dele será lançado mão *quando a autoridade policial assim entender*. O resto é mera justificativa, jogo de palavras, com o que não se pode brincar, principalmente quando a partir do ato pode-se colocar na cena a vida das pessoas: uma tortura mal feita (o ato é ignominioso de qualquer forma e só o utilizo como exemplo) pode levar à morte, mas, quando isso não ocorre, produz traumas, inevitavelmente; e é disso que estamos tratando.

16. Não bastasse isto, o próprio legislador de 41 havia criado um mecanismo a mais, sob o manto do *segredo*, o qual ajudava a garantir uma “prova polida”, olhando-se pela ótica de quem a produzia: a *incomunicabilidade do indiciado* (nos termos do art. 21), mas ela “dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir”. Novamente pululam os *conceitos vagos* com a agravante de que, agora, é imprescindível um “despacho nos autos”, o que faz sugerir que

para o *sigilo*, nos termos do artigo anterior, ele não era necessário. A questão, aqui, não obstante tratar-se de uma aberração também, foi parcialmente solucionada quando, após o anterior Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 4.215, de 27.04.1963), o legislador, ao organizar a Justiça Federal de primeira instância, acrescentou um *parágrafo único* ao supracitado artigo, criando uma exceção que poderia amenizar a situação: “A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, o respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no art. 89, inc. III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 4.215, de 27.04.1963)”. A questão, por isto, perdeu sua importância: quando aparece uma decisão jurisdicional abre-se logo um grande leque de mecanismos de controle; dela, bem entendido. O juiz – seria ingênuo pensar diferente –, como se sabe, é muito mais controlado, olhando-se a partir da lei, que as autoridades policiais. Ademais, em desuso entrou o art. 21 em virtude da Lei 7.960, de 21.12.1989, que trata da *prisão temporária*, a qual mereceria uma longa observação, impossível no espaço restrito do presente parecer. De qualquer maneira, em todas as hipóteses, hoje, não há *incomunicabilidade* para os advogados.

17. Por outro lado, por causa das regras do antigo Estatuto da OAB (art. 89, III, VI, “b”, e XV), houve quem tivesse entendido que “desapareceu, praticamente, o sigilo dos inquéritos” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 16.^a ed., São Paulo : Saraiva, 1994, p. 191), o que foi contestado por autores reconhecidos, vinculados aos organismos policiais – e outros –, como, por exemplo, MORAES, Bismael Batista. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*, São Paulo : RT, 1986, p. 207 *et seq.* De qualquer forma, olhan-

do para a velha ordem constitucional, autores como Tourinho Filho sustentam que: "Se no inquérito não há acusação, claro que não pode haver defesa. E, se não pode haver defesa, não há cogitar-se de restrição de uma coisa que não existe. Por isso mesmo os advogados dos indicados, quando se fizer necessário o sigilo, não podem acompanhar os atos de inquérito policial" (*op. cit.*, p. 188). No mesmo sentido: MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*, 4.^a ed., São Paulo : Atlas, 1995, p. 80. E por aí vai boa parte dos nossos operadores do direito criminal, sem embargo da existência de posições mais lúcidas, contrárias ao sigilo, já antes da CF/88: SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo: teoria em prática do processo penal*, 4.^a ed., São Paulo : Sugestões Literárias, 1978, p. 25 *et seq.* Algo, contudo, está fora da ordem, como parece sintomático.

18. Com efeito, há uma grande preocupação – e em certa medida procedente – quanto à extensão, ao *inquérito policial*, na ordem constitucional atual (como já havia antes), do *princípio do contraditório*. Sobre a matéria, antes de 1988, asseverando o *direito de defesa*, manifestou-se ninguém menos que ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. O direito de defesa no inquérito policial, in *RF* 173/26 *et seq.* ("a inquisitorialidade não é incompatível com o exercício do direito de defesa pelo indiciado durante o inquérito policial. Seu interesse, ali, consiste, ao menos, em demonstrar que não deve ser denunciado", p. 38); mas também VANDERLEI, Tomás. Inquérito policial, in *RF* 116/611-12: "O indiciado, mesmo no caso de prisão em flagrante ou preventiva, tem o direito de exercer amplamente a sua defesa, o que lhe é garantido pela própria Constituição". A matéria era – como ainda é – polêmica, mas a grande maioria dos autores, seguida por maciça jurisprudência, jamais aceitou o *contraditório no inquérito policial*.

19. Hoje, com a devida vênia de todos que possam pensar o contrário, *é absolutamente necessário ver a matéria a partir das regras constitucionais, mormente aquelas que estabelecem direitos e garantias individuais*. Aqui, os posicionamentos passados, fundados em premissas distintas, não têm – e não podem ter – qualquer pertinência. Afinal, são posições de tal jaez que nos atrelam ao ultrapassado e, não poucas vezes, não permitem a necessária *efetividade das regras constitucionais*, (sobre o tema, v. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo : RT, 1995; BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro : Renovar, 1993; na doutrina estrangeira, v., por todos, CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição* Coimbra : Coimbra, p. 43 *et seq.*). Sem ela, contudo, não se pode ter esperança na democracia.

20. Desde a nova ordem, então, o grande nome a sustentar o *contraditório no inquérito policial* é TUCCI, Rogério Lauria. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo : RT, 1993, p. 25 *et seq.*, o qual, da sua perspicácia, analisa: "A Constituição Federal de 1988, inovando vigorosamente na matéria, deixou assentado no mesmo art. 5.^o, incs. LV, LXII e LXIII, respectivamente, que: 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes'; 'a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada'; e 'o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado'. (...) A *assistência de advogado*, por sua vez, não há de ser

concebida como assistência passiva, de mero espectador dos atos praticados pela autoridade policial e seus agentes, mas, sim, *assistência técnica*, na acepção jurídica do termo, qual seja a de *atuação profissional de advogado*. (...) O mais que se pode admitir, na exegese do preceito constitucional focado, é a *dispositividade da determinação da atuação de defensor do indiciado* (que não pode ser confundida, à evidência, com a *contraditoriedade real*, ínsita à sua *efetiva assistência*), no transcorrer da *informatio delicti*. (...) Já agora, consubstanciada a atuação espontânea do defensor num *direito subjetivo* do seu constituinte, a atividade defensiva prévia ganha bem maior dimensão, a ponto de propiciar, sem qualquer sofisma, a *contraditoriedade no inquérito policial*".

21. O problema, assim, é ler a ordem infraconstitucional à luz daquela maior, respeitando-se, por evidente, o que Kelsen nos legou de melhor: a hierarquia das leis, pela estrutura piramidal, expungido o discurso sobre a *grundnorm*, porta de entrada de um de seus maiores defeitos. Nesta esteira, vigente o art. 20, do CPP, não há como não reconhecer que foi ele recebido pela nova Constituição por força de um raciocínio primário, de lógica: *na fase preliminar do inquérito policial tem-se, à evidência, dois momentos: um de investigação e outro de produção da prova recolhida*. Se é assim, não há como excluir — ainda que se pudesse ousar criar uma lei em tal direção — o *sigilo* do primeiro momento. A *investigação*, respeitados os direitos e garantias individuais (pense-se nas *interceptações telefônicas* etc.), não pode ser controlada *ex ante*. Não teria sentido, v.g., a autoridade policial *comunicar aos eventuais interessados* que irá perquirir pela vida particular de um suspeito. Mas o *inquérito policial* não é só isso, embora, como antes referido, penso, *mutatis mutandis*, que deveria ser. Ele é muito mais, ou seja, carrega consigo o *segundo momento*, aquele de produção da prova e, assim,

a *introdução no procedimento dos elementos de reconstituição do fato apurado*. Nesse passo, o problema é delicado. Ademais, o *sigilo* recomendado, por outro aspecto, para fazer-se respeitar o disposto no art. 5.º, XLIX, da CF: "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

22. Quanto ao precitado *segundo* momento, há que reconhecer que a prova produzida no *inquérito policial*, só porque queremos — tudo é mera retórica —, *não pode ser usada na fase processual contra o réu (antes indiciado), de modo que é imprestável para fundar uma sentença condenatória*. Todos, todos os dias, neste país, uma infinidade de réus são condenados a partir de juízos formados com base na prova do *inquérito policial*. Veja-se, por todos, MIRABETE, J. F. *Processo... cit.*, p. 81: "O conteúdo do inquérito, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público os elementos necessários para a propositura da ação penal, não poderá deixar de influir no espírito do juiz na formação de seu livre convencimento para o julgamento da causa, mesmo porque integra os autos do processo, podendo o juiz apoiar-se em elementos coligidos na fase extrajudicial". Ora, há, na assertiva, pelo menos, honestidade. Afinal, é com isso que se convive no cotidiano e não pode ser escondido a golpes de *imbrogli* retóricos. O chocante, todavia, é que o *inquérito policial não se deve prestar para esse fim, justamente porque a prova da fase inquisitorial escapou do crivo do contraditório*. Pensar diferente é, escancaradamente, pregar a burla da regra constitucional.

23. Pelo que se vive no cotidiano, então, não haveria saída à posição do lúcido Rogério Lauria Tucci. Não obstante, o erro não está, na forma hoje disposta (já referi que tenho presente que a solução é *acabar, nos moldes que propus, com o inquérito policial*), no seio do procedimento preliminar (não seria

eufemismo, agora, chamá-lo assim?), *mas naqueles que validam, quando sabem que não deveriam, a prova nele produzida*, a começar pelo egrégio STF. Por isso, de nada adianta dizer que o escopo do *inquérito policial* é, tão-só, preparar o exercício da ação penal (MARQUES, J. F. *Tratado de direito processual penal*, São Paulo : Saraiva, 1980, p. 189), para aí justificar a sua *inquisitorialidade*, porque a realidade do foro faz a afirmação virar devaneio e ajuda a ampliar o abismo existente entre o que se ensina nas Faculdades de Direito e aquilo que se passa, de verdade, nos tribunais criminais. Consertem-se, por primeiro, os homens.

24. Por outro lado, é também a realidade que indica na direção de não se levar o *contraditório* ao *inquérito policial*. Da maneira como vivem os órgãos da Polícia Judiciária em todo o país, admitir o *contraditório pleno* (ainda que pela disponibilidade pudesse não ser exercitado) seria empeçar, definitivamente, a reconstituição dos crimes. Não há, sejamos honestos, estrutura material — não poucas vezes, pessoal — para suportar a efetivação do princípio. A conclusão, é verdade, neste nível, não é jurídica, mas é de tamanha relevância que não pode vir separada, nem depois daquela.

25. Do ponto de vista jurídico, por seu turno, a questão parece ter solução por um outro viés: *não se trata, no inquérito policial, de um processo*. Estamos — tendo presente que a investigação inquisitória é preliminar e meramente preparatória ao exercício da ação penal —, como se sabe, diante de mero *procedimento*. E este, *sem contraditório*, não é processo (FAZZALARI, Elio. *L'esperienza del processo nella cultura contemporanea*, in *Rivista di diritto processuale*, Padova : Cedam, 1965, v. XX, p. 27. E onde não há processo não atinge a regra constitucional do art. 5.º, LV, a qual, expressamente, garante aos *litigantes e aos acusados em geral*, o *contraditório*, porém, “em processo judicial ou administrati-

vo”. Deixando de lado a adequação correta às expressões *litigantes e acusados*, porque poderiam ser tomadas como filigranas superáveis pelo mero discurso, dada a falta de sustentação outra que não meramente discursiva (veja-se que não há lide no processo penal ou, pelo menos, do ponto de vista técnico, ela é inaceitável, como já referi: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *A lide e o conteúdo do processo penal*, Curitiba : Juruá, 1989; assim como *acusado* é sinônimo de imputado só por convenção), há que se levar em consideração, — aí sim — o quanto a *prova do inquérito policial pode prejudicar o investigado*.

26. Superado o problema do contraditório, há que responder à ordem constitucional sobre a extensão da regra do art. 5.º, LXIII, ou seja, aquela que garante ao preso — e a *fortiori*, qualquer indiciado — que ele “será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (grifos nossos). O que seria, enfim, essa *assistência de advogado* referida no texto? Por certo que aí não está para ser letra morta. Desta forma, tem razão SLAIBFILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*, Rio de Janeiro : Forense, 1989, p. 318: “Ainda no inquérito policial ou no auto de prisão em flagrante delito tem o advogado poder de reperguntar, requerer diligências e providências que achar convenientes ao ato, sem prejuízo, é claro, da autoridade processante deferir, ou indeferir, sempre com fundamentação, o que lhe foi requerido”. No mesmo sentido: BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo : Saraiva, 1988-1989, 2.º v., p. 293 *et seq.*

27. Tenho para mim, então, que a *assistência do advogado* referida na regra constitucional não é — e não pode ser — meramente passiva. O próprio CPP já contemplava regras (como a do art. 14, por exemplo) que estavam a permitir

uma participação ativa do advogado, requerendo, como mandatário do indiciado, qualquer diligência, ainda que ela pudesse ser deferida, ou não, a juízo da autoridade. O art. 5.º, LXIII, por evidente, oferece algo mais: a efetiva possibilidade de participação do advogado em qualquer ato de produção de prova no inquérito policial, inclusive pericial, nos termos da lei, ou seja, formulando quesitos e, eventualmente, oferecendo assistente técnico. Com isso, pode haver controle da prova produzida; e é, inclusive, uma garantia à própria autoridade policial que bem atua.

28. Por sinal, não são poucas aquelas que, na prática, desde sempre permitiram a *assistência dos advogados*, razão pela qual só fizeram angariar respeito e admiração. Em verdade, uma autoridade policial bem preparada jamais temeria reconhecer tal garantia constitucional aos indiciados, mas, como havia reticentes, fez-se mister a regra precitada.

29. O advogado, dada a limitação da regra constitucional, não tem direito a ser notificado dos atos de produção da prova; continua não tendo direito à produção da prova que pleiteia pelo indiciado (ainda medida pelo juízo da autoridade policial), mas, se presente, tem direito de acompanhar a produção da prova, requerendo o que for necessário. Neste sentido, são precisas as conclusões de CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, São Paulo : RT, 1995: "Não há, por certo, qualquer óbice à presença do patrono quando da oitiva de testemunhas, por exemplo, ou mesmo se o advogado desejar acompanhar uma prova pericial ou a reconstituição do delito. (p. 115). (...) Mas, fora as questões incidentais (a serem necessariamente tipificadas), temos sérias dúvidas quanto a reconhecer a existência da garantia desejada no que tange àquilo que poderia ser concebido como 'mérito' da investigação. Basicamente por faltar uma característica funda-

mental do contraditório, que é a capacidade de influenciar que detém o poder decisório neste momento. (p. 116) (...) Por tudo isto pode-se compreender a extrema dificuldade de inserção da garantia já na investigação, o que significa o abandono do suspeito a uma sorte arbitrária, onde venha a ser alvo constante e absoluto de injustiças e sofra investigações criminais fruto de imaginação dos órgãos estatais responsáveis pela persecução, com supressão das garantias mínimas da liberdade individual" (p. 117).

30. Por sua vez, há que recordar que a Lei 8.906, de 04.07.1994, o novo Estatuto da Advocacia e da OAB, regulamentando o art. 133 da Constituição Federal ("O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da função, nos limites da lei"), garante o amplo exercício profissional. Esse, por evidente, não se efetivará, no caso do indiciado, se tal regra não for conjugada com aquela que lhe garante a *assistência*. Para além, é direito do advogado, nos termos do art. 7.º, III, da Lei precitada, "comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis". Não resta, portanto, qualquer dúvida quanto à atuação sem o instrumento do mandato, seja porque é impossível fazê-lo, seja porque eventual ausência pode ser suprida, na forma da lei.

31. *At last but not at least*, não é demais recordar que a conjugação do art. 133 com o art. 5.º, LXIII, nos limites referidos, é um direito do advogado ao livre exercício profissional. Sem ele, não se consuma a garantia constitucional do cidadão preso ou indiciado. Por isso, não pode tal direito sofrer qualquer atentado, por parte das *autoridades policiais*, sob pena de cometimento do *crime de abuso de autoridade*. Não é outra coisa que está

referida no art. 3.º, *j*, da Lei 4.898, de 09.12.1965. O crime, por certo, reconhecerá o Poder Judiciário, consciente da importância do respeito à regra constitucional.

32. O que se espera, de verdade, é que advogados e autoridades policiais possam conviver harmonicamente, cada um cumprindo o seu papel, sem a arrogância que, em geral, atinge não só os desprovidos de humildade, mas, principalmente, de conhecimento.

Isto posto, opino, respondendo às perguntas que formulei, sintetizando a consulta lançada pelo douto presidente da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Pato Branco:

1.ª – sob o fundamento do sigilo, *não* podem as autoridades policiais impedir os advogados, regularmente constituídos ou não, de acompanharem atos de produção de prova no inquérito policial, mormente depoimentos;

2.ª – sob o mesmo fundamento do sigilo, sendo admitido o acompanhamento, pelo advogado, dos atos de produção da prova testemunhal, *não* podem as autoridades policiais negar o direito a reperguntas, sem embargo de que podem, na forma da lei (art. 14 do CPP), indeferir-las.

É o parecer que submeto à Vossa Senhoria e ao c. Conselho Pleno.*

Curitiba, 25 de abril de 1996.

(*) Agradeço à estagiária Adriana da Costa Ricardo Schier pela inestimável colaboração.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

DIREITO E ANTROPOLOGIA: UMA HISTÓRIA DE ENCONTROS E DESENCONTROS – JULGAMENTOS DE CURANDEIRISMO E CHARLATANISMO – (BRASIL – 1900/1990)

ANA LÚCIA PASTORE SCHRITZMEYER

SUMÁRIO: I. Introdução – II. Magia e religião em alguns paradigmas antropológicos: 1. Precusores de teorias antropológicas sobre magia e religião; 2. Magia e religião para a Escola Britânica; 3. Atalhos pela Psicologia; 4. A Escola Francesa – III. Mentalidade jurisprudencial brasileira: ordem e progresso: 1. Curandeiros e charlatães; 2. Textos doutrinários – IV. Algumas considerações finais.

I. Introdução

São duas as questões básicas que gostaríamos de propor para reflexão e debate. A primeira, sugerida no título deste trabalho, refere-se a quais foram os encontros e desencontros ou congruências e incongruências entre Antropologia e Direito em julgamentos de curandeirismo e charlatanismo no Brasil deste século. A segunda, decorrente das conclusões a que chegamos com a primeira, indaga por que apenas houve um grande encontro no final do século XIX e início do XX, quando alguns paradigmas antropológicos fizeram parte do universo jurisprudencial brasileiro, tendo os paradigmas posteriores ficado à margem das idéias e práticas que nortearam os magistrados em suas sentenças.

Demonstraremos que os principais textos doutrinários, pareceres e decisões de tribunais superiores referentes a julgamentos de curandeirismo e charlatanismo publicados entre 1900 e 1940, nas duas principais revistas de jurisprudência do país, freqüentemente se embasavam em teorias socioantropológicas ainda discuti-

das na Europa e quase sempre reinterpretadas e adaptadas criativamente ao contexto brasileiro. A partir dos anos 40, contudo, tais teorias parecem ter se cristalizado, ficando as novas produções antropológicas internacionais, e mesmo nacionais, à margem dos debates que chegavam aos tribunais.

Cabe-nos refletir se este descompasso decorreu de um desconhecimento dos novos paradigmas antropológicos por parte dos intérpretes e aplicadores da lei, ou se, conhecedores desses novos modelos, eles optaram por desconsiderá-los. Nossa hipótese é a de que, por um lado, houve um desconhecimento, pois o impacto das teorias socioantropológicas na formação de profissionais do Direito parece ter sido mais intenso no final do século XIX e início do XX do que nas décadas seguintes, quando ocorreram alterações no conteúdo curricular dos cursos jurídicos, até então cursos de ciências jurídicas e sociais. Também mudaram substancialmente, a partir de meados deste século, o perfil e as expectativas dos corpos docente e discente das mais famosas Faculdades de Direito brasileiras, pois

com o aumento do número de vagas oferecidas e a multiplicação de oportunidades de trabalho, professores e alunos tornaram-se mais técnicos e burocratas da lei do que cientistas e pesquisadores de seus conteúdos e alcances. Por outro lado, é possível que os novos referenciais antropológicos, ao contrário dos da virada do século, não corresponderem mais às exigências de controle e contenção sociais almejados pela ordem jurídico-política pós 40, o que explicaria sua exclusão de textos doutrinários e de fundamentações jurisprudenciais.

As respostas que apresentaremos à primeira das questões norteadoras deste trabalho estão respaldadas em material documental já coletado e analisado.¹ As hipóteses que desenvolveremos em relação à segunda questão são ainda de caráter especulativo. Ambas, todavia, têm por finalidade abrir caminhos para que discutamos as relações entre Antropologia e Direito ou, mais especificamente, a importância que a produção teórica antropológica já teve na legitimação de discursos e práticas dos aplicadores da lei.

II. Magia e religião em alguns paradigmas antropológicos

Adotaremos como ponto de partida a proposta elaborada por Roberto Cardoso de Oliveira, segundo a qual o desenvolvimento da Antropologia se deu não através da superação de paradigmas, mas de complexas combinações e sobreposições entre vários deles, relações estas responsáveis pela criação de uma *matriz*

disciplinar. Tal *matriz*, portanto, é uma composição de paradigmas que, apesar de historicamente datados e localizados, não se substituíram, *mantendo-se todos e cada um ativos e relativamente eficientes*. Seriam eles os paradigmas *racionalista*, proveniente dos trabalhos da Escola Francesa; *empiricista e estrutural-funcionalista*, da Escola Britânica; *culturalista*, da Escola Histórico-cultural, e, por fim, o paradigma *hermenêutico*, da Antropologia Interpretativa.²

Tentaremos demonstrar que o Direito não absorveu esta *matriz* à medida que foi apreendendo a Antropologia ao longo deste século. Ao incorporar paradigmas antropológicos enquanto argumentos científicos para sustentar alegações, contra-alegações e sentenças em julgamentos de curandeirismo e charlatanismo, acreditamos que a mentalidade jurisprudencial brasileira absorveu fragmentos da produção antropológica, mas não para formar uma nova matriz e sim perdendo de vista seu contexto e as articulações entre teorias.

A própria Antropologia nos ensina, todavia, que podemos ver caos onde pode existir uma lógica estranha aos nossos códigos, ou seja, a apreensão aparentemente desarticulada que o Direito fez (e faz?) de paradigmas antropológicos pode ser uma maneira de rearticulá-los em função de parâmetros da lógica jurídica e jurisprudencial.

Analisemos, então, quais foram esses fragmentos absorvidos e utilizados pelo discurso jurisprudencial brasileiro, ao longo deste século, observando-os a partir de casos em que os conceitos de magia e religião estavam em jogo.

(1) Trata-se da dissertação de mestrado intitulada *Sortilégio de Saberes: Curandeiros e Juízes nos Tribunais Brasileiros (1900-1990)*, apresentada em 06.09.1994, ao PPGAS da FFLCH-USP (Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo), sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Paula Montero.

(2) Ver CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. Tempo e Tradição: Interpretando a Antropologia, in *Sobre o Pensamento Antropológico*. Rio de Janeiro/Brasília: Tempo Brasileiro/CNPQ, 1988, p. 13-25.

1. Precusores de teorias antropológicas sobre magia e religião³

Iniciemos lembrando que o interesse intelectual por fenômenos mágico-religiosos é muito anterior ao surgimento da Antropologia, pois, desde antes do Renascimento, teólogos analisavam-nos para tipificar fiéis e infiéis. Como tais análises partiam de um referencial cristão, considerava-se a renascença florentina, caracterizada pelo platonismo de alguns escritores, o marco inicial dos primeiros "estudos intelectuais" sobre magia e religião.

Estes estudos, e os que os sucederam até a segunda metade do século XVIII, não buscavam, entretanto, o porquê das crenças ou questionavam diferenças entre magia e religião; apenas pressupunham a viabilidade de certos tipos de magia e davam-lhes tratamento doutrinário, transformando-os em sistemas lógico-divinatórios como a quiromancia, a fisiognomonia, a astrologia e a geomancia.⁴ Somente em meados do século XIX, essa busca teve início com o nascimento da Antropologia e da Sociologia.

Interessados em investigar a origem da humanidade, em explicar as diferenças entre grupos das mais diversas partes e empenhados em identificar e tipificar regularidades no aparentemente aleatório comportamento humano a fim de classificá-lo, controlá-lo e prevê-lo, os primeiros antropólogos e sociólogos fizeram do estudo de fenômenos mágico-religiosos o fio condutor de muitas de suas principais obras.

O tema da religiosidade representava-lhes não só o desafio intelectual de inaugurar um novo espaço científico de reflexão, como também um desafio pessoal, uma vez que muitos, apesar de declaradamente agnósticos ou ateus à época em que desenvolveram seus estudos, provinham de diferentes formações religiosas, como o judaísmo (Durkheim e Lévy-Bruhl), o presbiterianismo (Frazer) e o catolicismo (Malinowski), entre outras. Para estes intelectuais, tomar as religiões como objeto de investigação era uma espécie de prova cabal e de autoconvencimento de que as ciências sociais tinham chegado para ficar, equiparando-se às já legitimadas ciências físicas e naturais.

Enquanto biólogos perguntavam qual o mecanismo da evolução das espécies, antropólogos discutiam qual o ponto de partida e através de que etapas a Humanidade evoluíra e prosseguia se aperfeiçoando. O questionamento sobre o ponto de partida foi típico da tradição francesa, a qual interligou Antropologia e Sociologia, desenvolvendo-se a partir dos trabalhos de Durkheim, Hubert, Mauss e Lévy-Bruhl. Já a discussão sobre qual a sequência das etapas evolutivas foi típica da tradição britânica, consolidadora de um evolucionismo etnográfico-comparativo, especialmente a partir dos trabalhos de Tylor e Frazer.⁵

Antecipando o paradigma da Escola Francesa, temos Auguste Comte, com sua "teoria do fetichismo", segundo a qual magia e religião se situavam na etapa inaugural da evolução do pensamento humano, raciocínio que progrediria através da superação de três estágios: teológico, metafísico e positivo, sendo o

(3) Uma análise detalhada das teorias e autores e obras mencionados neste item encontra-se no Capítulo I da dissertação já citada, sob o título "Magia, Religião e Direito na Tradição Antropológica" (p. 16-58).

(4) V. THOMAS, Keith. Curandeiros e Magia Popular, in *Religião e o Declínio da Magia: Crenças Populares na Inglaterra - Séculos XVI e XVII*. São Paulo : Companhia das Letras, 1988 (Cap. 8).

(5) Para uma retomada dos principais aspectos do evolucionismo cultural, v. STOCKING JR., George. *Race, Language and Evolution. Essays in the History of Anthropology*. Chicago : University of Chicago Press, 1968.

primeiro formado também por três fases sucessivas: fetichismo, politeísmo e monoteísmo.

Contemporânea a esta teoria e antecipando a tradição britânica, temos a “teoria do mito natural”, proposta por Max Müller, para quem os deuses da antiguidade seriam personificações de fenômenos naturais, como sol, lua e trovão. Segundo este autor, todo conhecimento e raciocínio humanos partiam da limitada percepção dos sentidos, de modo que fenômenos intangíveis provocavam a noção de infinito e de deidades.

2. Magia e Religião para a Escola Britânica

Opondo-se a Müller e inaugurando a tradição antropológica britânica, Herbert Spencer, Edmund Tylor e seus pupilos Andrew Lang e R. R. Marett desenvolveram, na segunda metade do século XIX, as teorias “do fantasma” e “da alma”, cuja relevância está no reconhecimento de que os *primitivos* eram capazes de inferências racionais, embora débeis.

Para Spencer, a origem da religião residia no culto a ancestrais ou na crença em fantasmas, os quais não se confundiam com almas, uma vez que, segundo ele, primitivos dotavam de alma tanto criaturas quanto objetos.

Tylor, a partir de duas teses sobre a origem da alma (uma remetendo-a a sonhos e outra relacionando-a a um estágio inferior ao espírito), concluiu que a religião primitiva partia da crença nessa entidade material capaz de se desmaterializar, ocasião em que seria concebida como divindade. Daí, segundo Tylor, explicações primitivas atribuídas à morte, doenças, transes, visões e sonhos relacionarem-se à presença ou ausência de alma.

Tanto Spencer quanto Tylor, portanto, tentaram demonstrar a racionalidade da magia ou religião primitivas, uma vez que as viam como resultados da capa-

cidade dos crédulos de refletir lógica e associativamente, elaborando classificações por similaridade, embora “confundindo” conexões objetivas com subjetivas.

Quanto a Lang, discípulo de Tylor considerado um dilettante em Antropologia, sua contribuição residiu na recusa de que a idéia de divindade evoluíra das noções de fantasmas, almas e espíritos. Acreditava que o monoteísmo poderia ter sofrido uma “degradação” e precedido o animismo.

Mas Lang e Tylor logo foram duramente atacados por Frazer, para quem a religião era precedida por uma fase mágica ainda mais elementar que o animismo. Frazer discordava de Lang quanto à degradação do monoteísmo e concebia o desenvolvimento intelectual da Humanidade de modo semelhante a Comte, ou seja, através de três estágios evolutivo-progressivos: magia – religião – ciência. Foi o primeiro a questionar, profunda e sistematicamente, as relações e distinções entre estes três conceitos.

Segundo Frazer, magia e religião eram técnicas. Diante da ineficácia de certos ritos mágicos, o Homem teria constatado sua impotência perante a Natureza e inventado deuses, os quais, por demandarem abstrações e reflexões complexas, teriam renunciado a chegada do pensamento científico. Mesmo atribuindo à magia e à religião o caráter de falsas ciências, Frazer também admitiu que nelas já se encontravam sementes dos fundamentos racionais e das regularidades causais característicos do pensamento científico.

3. Atalhos pela Psicologia

Um dos primeiros a questionar as explicações intelectualistas de Tylor e Frazer foi Marett, filósofo da escola que ficou conhecida como pré-animística. Ele se contrapunha a Tylor afirmando que primitivos não confundiam conexões obje-

tivas com subjetivas, pois sabiam distinguir ações simbólicas de empíricas. Quanto à diferenciação entre magia, religião e ciência elaborada por Frazer, Marett afirmava existir um estágio inicial, pré-animístico, em que magia e religião se equiparavam, tendo ambas função catártica e simuladora. Considerava-as derivadas de estados afetivos ou tensões emocionais, os quais, por sua vez, seriam causados pela "sensação de mistério" decorrente da atribuição de poderes ocultos a certas pessoas e coisas.

Contemporâneo a Marett, Ernest Crawley também enveredou pelo campo das sensações, acrescentando aos debates de seu tempo a idéia de que os mundos mental e espiritual estavam imbricados. Apontou a religião primitiva como produto do medo e equiparável à noção de tabu: quanto maior a primitividade, mais presentes a noção de perigo, a sensação de medo e a religiosidade. Como prova desta relação diretamente proporcional entre medo e religiosidade, apontava o fato de serem as mulheres mais medrosas e religiosas do que os homens.

Apesar dessas investidas psicológicas de Marett e Crawley, a inauguração da chamada "Psicologia Científica" somente foi atribuída a Wilhelm Wundt, que também propôs explicações especulativas e evolucionistas sobre a seqüência magia-religião, a qual, segundo ele, seria composta das seguintes etapas: crença na magia (em demônios) → totemismo → culto a ancestrais humanos → culto a heróis → culto a deuses.

É inegavelmente estreita a relação entre correntes de pensamento antropológico e psicológico na virada do século XIX para o XX, sendo que Freud não fugiu à regra. Ao refletir sobre o desenvolvimento intelectual da Humanidade, analogamente a Frazer e a Comte, ele associou a magia a um estágio inicial (narcísico) em que a realização dos desejos se daria através de alucinações. Estudou ritos mágico-primitivos e equiparou-os a ob-

sessões protetoras dos neuróticos, concluindo que os mágicos, como as crianças, as mulheres, os poetas, os artistas, os amantes, os místicos, os criminosos, os sonhadores e os loucos lidam com a realidade através da onipotência do pensamento. A religião, para Freud, seria uma ilusão originada e alimentada por sentimentos de culpa e pela busca de proteção, havendo correlação direta entre a figura paterna e a de Deus.

Foram muitos os desdobramentos dessa interface entre Antropologia e Psicologia no que se refere a análises sobre magia e religião. O mais importante, talvez, seja o do qual resultou a própria Escola Francesa de Sociologia ou, ao menos, a obra de um dos principais representantes do paradigma que Roberto Cardoso de Oliveira denomina de *racionalista*: Durkheim.

4. A Escola Francesa

Após sua passagem pelo laboratório de psicologia experimental fundado por Wundt, com quem estudou Antropologia e Psicologia, Durkheim decidiu se dedicar às ciências sociais com o propósito de transformar a Sociologia em disciplina autônoma. E para demonstrar que as leis reguladoras da vida social não se reduziām às de outros domínios, sobretudo aos psicológicos, ele contestou as explicações emocionalistas de Wundt sobre magia e religião, afirmando que ritos mágico-religiosos não eram efeitos de estados psicológicos exaltados, mas suas causas. Preocupado em compreender a progressiva desorganização das sociedades européias na virada do século XIX para o XX e empenhado em encontrar mecanismos para defender e estimular a coesão social, Durkheim considerou magia a religião desiguais enquanto forjadoras de elos sociais.

Considerava a magia um exercício de caráter predominantemente individual, fonte de anomia social, tanto que pres-

cindia de uma igreja, ou seja, de um sistema unificado de crenças e práticas relacionadas ao sagrado. A religião, ao contrário, dependente da existência de tal sistema era, para Durkheim, um exercício de caráter predominantemente coletivo, fonte de moralidade e coesão, pois voltado para o controle de transgressões.

Mas o que denominamos Escola Sociológica Francesa prossegue com as obras de Marcel Mauss e Herbert Hubert, especialmente com a retomada que estes fizeram das teorias sobre magia e religião até então existentes. De um modo geral, eles criticaram os teóricos anteriores por terem analisado apenas atos mágicos e não a magia como um todo, a qual se compunha, segundo eles, de três elementos inseparáveis: atos, agentes e representações.

E quanto às distinções feitas por Durkheim, concluíram que *forças coletivas* estão presentes tanto em atos mágicos quanto religiosos, uma vez que nestes últimos tudo se passa como se tais forças coletivas se apropriassem dos indivíduos e, nos primeiros, como se os indivíduos delas se apropriassem. Nas palavras dos autores: "(...) o mágico é designado pela sociedade, (...) Ele possui (...) o espírito de sua função, a gravidade de um magistrado, é sério, pois é levado a sério e é levado a sério porque tem-se necessidade dele. (...) a simulação do mágico só é possível em razão da credulidade pública".⁶

Mauss e Hubert demonstraram, portanto, que um fenômeno coletivo, como a magia, pode se apresentar sob formas individuais e, com isto, inauguraram o campo de estudo que viria a ser conhecido como simbolismo. A lógica mágica passou a ser concebida como representante da lógica social, assim como hierar-

quias atribuídas pelos homens às coisas passaram a ser tratadas como hierarquias existentes entre os próprios homens. Mas apesar do impacto positivo desta nova abordagem sobre os pensadores da época, nem todos aderiram a ela.

Lévy-Bruhl, por exemplo, contemporâneo de Durkheim, mesmo concordando com seus postulados básicos, priorizou o estudo da lógica de sistemas de pensamento em detrimento da análise de possíveis relações entre estes e instituições sociais. Cada sociedade, segundo Lévy-Bruhl, tem um tipo distinto de mentalidade. As de tipo primitivo estariam orientadas para o sobrenatural, tendendo ao misticismo, enquanto as de tipo civilizado procurariam as causas dos fenômenos em processos naturais, tendendo à ciência. Concluiu que as primeiras partiam de representações coletivas *pré-lógicas* e *místicas*, pois não evitavam contradições, ao passo que as segundas partiam de representações coletivas científicas, pois limitavam-se à objetividade das coisas. Parece não ter atribuído descrédito a nenhum desses tipos de representações e, quanto à magia e à religião, aceitava-as como fatos consumados, não tencionando demonstrar suas origens e desenvolvimento; desejava apenas desvendar suas estruturas para, a partir delas, provar a existência de tipos distintos de mentalidade.

Suas teses não encontraram grande ressonância nos meios antropológicos, especialmente porque pesquisas de campo começavam a revelar a existência de mais complementaridades que contradições entre explicações místicas e científicas. Contudo, apesar das controvérsias, muitos pensadores não deixaram de mencionar as idéias de Lévy-Bruhl, como foi o caso de William James, Max Weber, Evans-Pritchard e Lévi-Strauss.

Poderíamos prosseguir destacando outras teorias antropológicas e novos prismas através dos quais magia e religião foram abordadas, mas acreditamos

(6) HUBERT, Herbert & MAUSS, Marcel. Esboço de uma teoria geral da magia in *Sociologia e Antropologia*, São Paulo : EPU/EDUSP, 1974, v. I, p. 126.

ter selecionado os que nos pareceram os mais presentes no universo de idéias e práticas jurisprudenciais relativas aos crimes de curandeirismo e charlatanismo no Brasil. Prossigamos, portanto, apontando a presença de paradigmas antropológicos e de como fragmentos desses chegaram aos tribunais brasileiros e se rearticularam numa nova dinâmica.

III. Mentalidade jurisprudencial brasileira: ordem e progresso⁷

O Brasil da virada do século XIX para o XX cindia-se entre o que restava do Império e o que ainda não existia da República. O país oscilava entre a escravidão e o capitalismo, entre os mundos rural e urbano. Negros, índios, mestiços e imigrantes brancos desafiavam uma possível unidade nacional e, nas grandes cidades da época, os saberes populares esbarravam nas primeiras faculdades. A coesão e a viabilidade do país estavam em causa, o que implica dizer que seu povo estava se tornando objeto de preocupações políticas e acadêmicas. Era preciso desvendá-lo, analisá-lo, tipificá-lo, curá-lo e educá-lo, tarefas às quais se lançaram arduamente médicos e juristas, muitos dos quais também políticos. Neste contexto, algumas teorias socioantropológicas, ou recortes delas, caíam como uma luva para conferir a esses profissionais a legitimidade científica de que necessitavam para se proclamarem vanguardas intelectuais da modernidade e do progresso almejados.

Instituir novas regras, para a maioria dos que participavam dessas vanguardas, significava compatibilizar a manutenção da *Ordem* com a chegada do *Progresso*, como bem anunciava o lema da nova bandeira nacional de inspiração comtiana.

Era preciso transformar cada brasileiro num cidadão capaz de ocupar, ordenada e corretamente, as modernas funções e espaços públicos. Uns poucos “avançados” teriam de se encarregar dessa cruzada modernizadora, levando multidões de “atrasados” rumo ao desenvolvimento. Mas tal cruzada seria viável? As diferenças entre “civilizados” e “primitivos” seriam conjunturais e superáveis ou eram inatas e definitivas? A Antropologia e a Sociologia davam dicas: positivismo, evolucionismo, darwinismo social.

Modelos teóricos europeus, aparentemente inconciliáveis, foram então reinterpretados e devidamente adaptados ao contexto brasileiro, aproveitando-se, de cada um, os argumentos que melhor servissem aos interesses em jogo. Assim ocorreu diante do “problema” da miscigenação, recuperando-se do darwinismo social o reconhecimento de hierarquias e diferenças naturais – *Ordem* – e retirando-se do evolucionismo a crença na transformação e no aperfeiçoamento – *Progresso*.

As principais dúvidas dos intelectuais brasileiros quanto à viabilidade de uma composição harmoniosa das diferenças abundantes no país, em vez de os imobilizarem, levaram-nos à elaboração de novos códigos e projetos de lei, medidas sanitárias e políticas governamentais. Tornou-se praticamente hegemônica a idéia de que se não fosse construída uma *identidade cultural* para o Brasil e, de preferência, próxima àquela considerada a mais bem-sucedida – branca, intelectualizada, urbana e industrializada –, não haveria *identidade nacional*.⁸

Para os índios, prevaleceu o pressuposto de que as espécies evoluem como

(7) Detalhamentos dos aspectos mencionados neste item foram trabalhados na dissertação citada, Cap. II – “Sortilégios – Charlatanismo e Curandeirismo no Brasil”, p. 59-91.

(8) V. QUEIROZ, Maria Isaura Pereira. Identidade Cultural, Identidade Nacional no Brasil, in: *Tempo Social – Revista de Sociologia* (1), São Paulo : USP, 1989, p. 29-46

os indivíduos, fazendo-se necessário tutelá-las até se tornarem adultas. Incorporados ao Estado como indistintamente infantilizados, grupos indígenas os mais variados foram considerados igualmente representantes de uma “natureza bruta” carente de sedentarização, de leis, de trabalho e de religião.

Negros e mulatos também foram indistintamente vistos como lembranças do passado escravo e de costumes bárbaros a serem combatidos, tais como o candomblé que, na opinião de Nina Rodrigues, era uma inquietante mistura entre catolicismo e “cultos bárbaros”.

Mesmo os diferentes tipos de imigrantes brancos europeus foram hierarquizados de acordo com as características de “atraso” ou “progresso”, dependendo de seus países de origem. O conjunto dos imigrantes, na verdade, foi visto por muitos intelectuais do período como perigoso, pois vários grupos traziam de seus países hábitos considerados perturbadores da *Ordem*, como jogos e festas de rua ou experiências sindicalistas. O modelo que, no final do século XIX, associava o trabalhador não branco à ociosidade e à decadência, nas primeiras décadas do século XX se alargou e passou a associar o ócio, praticado por quem quer que fosse, à ilegalidade, bem como o trabalho à legalidade.

A umbanda, neste contexto, nascida na década de 20, no Rio de Janeiro e em São Paulo, desde o início foi reprimida, pois floresceu em zonas consideradas marginais, ligadas à criminalidade, além do que, elementos centrais de seus ritos, como a possessão e o transe, foram, desde logo, percebidos por médicos como sinais de loucura. Não será por mero acaso que predominarão “presidentes” ou “diretores” de centros espíritas dentre réus de curandeirismo e charlatanismo, durante várias décadas deste século.

A incipiente polícia e os não menos principiantes saberes médico e jurídico

tomaram a frente desse empreendimento identificador, repressor e saneador de qualquer tipo de “desordem” ou “retrocesso”, estando especialmente unidos na perseguição a curandeiros e charlatães que, simultaneamente, representavam perigo para a ordem e para a saúde públicas. É certo que, desde o início, houve enfrentamentos teóricos e práticos entre médicos e juristas, higienistas e legisladores, mas as oposições se esvaneciam quando a briga era entre “doutores” e “não doutores”.

1. Curandeiros e charlatães

Podemos dizer que, desde o primeiro Código Penal republicano, promulgado em 1890, foi declarada uma verdadeira guerra médico-policial-jurídica contra os mais diferentes agentes terapêuticos populares e suas respectivas atuações curativas. Reunidos sob os rótulos de praticantes ilegais da medicina, de charlatães ou de curandeiros, estão *velhos pajécaboclos* remanescentes de grupos indígenas desagregados; *santos milagreiros*, *beatos*, *benzedeiros*, *raizeiros*, *curadores de cobras*, *negros rezadores e curadores*, todos integrados aos quadros do catolicismo popular. Temos também os *adeptos do espiritismo* como alvos de perseguição, uma vez que se discutia a legitimidade do espiritismo enquanto religião a ser reconhecida pelo Estado.

Mas o que nos interessa é questionar em que medida na rotulação desses agentes terapêuticos e réus preferenciais de acusações de curandeirismo ou de charlatanismo estão presentes alguns paradigmas antropológicos.

Analisando todos os resultados de julgamentos realizados por tribunais superiores e que chegaram a ser publicados entre 1900 e 1990 em duas das principais revistas nacionais de jurisprudência (um total de 223 casos), pudemos perceber a construção de estereótipos de réus e ví-

timas que nos permitem traçar algumas considerações.⁹

O típico curandeiro brasileiro retratado por essa jurisprudência é do sexo masculino e, geralmente, age sozinho, pelo menos aos olhos de um direito liberal que pulveriza conflitos e esgarça redes de relações sociais. Nas sentenças majoritariamente condenatórias, esses curandeiros são tachados de perturbadores da ordem pública e agentes que põem em risco a coesão social.

Considerando o conjunto de casos em que a fala judicial atribui qualificativos aos réus (174), confirma-se a presença marcante de adeptos de religiões populares (médiums, presidentes de centros espíritas, pastores evangélicos, budistas, não católicos, membros de seitas, sacerdotes, pretos velhos, pais de santo etc — 21%) e de “profissionais” da área da saúde, como massagistas, enfermeiros, farmacêuticos, doutores e médicos (15%), além de menções a “espertalhões e farsantes” (20%). Estes dados parecem reforçar a idéia de que os réus são, preferencialmente, agentes que disputam fatias do mercado religioso e da saúde com outras forças sociais significativas.

Quanto às vítimas, destaca-se na leitura dos acórdãos o seu anonimato, uma vez que, na maioria dos casos, há somente vagas menções a “pessoas” ou “população”. Mesmo as vítimas individualmente caracterizadas são citadas como representantes de uma coletividade (*doentes, incautos, supersticiosos, ignorantes, crédulos etc*).

Esta estereotipia coletiva das vítimas é coerente com a abordagem jurídico-pe-

nal dos delitos de curandeirismo e charlatanismo, segundo a qual esses são crimes “de perigo” e não “de dano”, ou seja, para se configurarem não há necessidade de que alguém seja prejudicado pelo curandeiro ou charlatão, pois o que se analisa é se seu comportamento cria a probabilidade de a vítima se prejudicar. O que está em julgamento, portanto, é uma presunção, um juízo.

2. Textos doutrinários¹⁰

Os textos doutrinários mais citados e os acórdãos que se cristalizaram como referências jurisprudenciais para novos julgamentos revelam alguns outros dados que merecem menção.

A questão da liberdade de culto é objeto de acirrados debates. Um parecer de 1939 sugere aos julgadores que, diante de práticas de espiritismo, saibam distinguir aquelas “inofensivas”, a serem absolvidas, das “nocivas”, condenáveis por invadirem domínios de tratamentos cientificamente apropriados.

Fica clara a existência de espaço oficial para crenças doutrinárias, não práticas, tanto que, por um lado, tolera-se o “espiritismo-doutrina” ou “espiritismo-religião”, tendente ao abstrato não interventivo e, por outro, condena-se o “espiritismo-curandeirismo” enquanto rito mágico mais próximo de problemas da vida laica. Esta oposição religião-doutrina x magia-prática foi bastante explorada pela tradição francesa, especialmente por Hubert e Mauss e se fez bastante presente nos debates jurídicos brasileiros.

Outro parecer, anterior a 1940, sugere aos julgadores que não considerem como

⁽⁹⁾ Nos Cap. III e IV da já mencionada dissertação, respectivamente intitulados “Tribunais Brasileiros (1900-1990) — Fontes e Metodologia” e “Curandeiros e Juízes — Panorama Jurisprudencial”, estão explicitados todos os passos da seleção, coleta e análise de dados qualitativos e quantitativos (p. 92-150).

⁽¹⁰⁾ A bibliografia completa dos textos que serão mencionados, bem como maiores detalhes a respeito de seus conteúdos, se encontram na dissertação citada, no Cap. V — “Um olhar antropológico observando os juízes — Alguns textos e casos paradigmáticos” (p. 151-195).

álibi para o curandeiro a possibilidade de suas vítimas já estarem doentes ao procurá-lo e, portanto, virem a piorar em decorrência da própria doença.

Este parecer deixa claro que a fragilidade da vítima é condição necessária para a ocorrência do delito e não atenuante do mesmo. Por igual razão, é considerado irrelevante o fato de as substâncias ministradas pelo curandeiro serem inócuas. O "bom juiz", registra o parecer, é aquele que é mais esperto do que o espertalhão curandeiro, pois, do contrário, pode se igualar às "ingênuas vítimas". Como parâmetros decisivos da racionalidade científica e da modernidade, são elogiados outros pareceres médicos, considerados modernos recursos técnicos para o aplicador da lei que, sobe-rano, julgará.

A partir de 1940, há pelo menos cinco textos recorrentes na literatura jurisprudencial sobre o assunto que dão continuidade a esta linha de raciocínio. Um deles se propõe a esclarecer o leitor sobre a definição de curandeirismo, fazendo um apanhado histórico que parte da escassez de remédios no país para chegar a comentários sobre "elementos indígenas e negros" e a "perniciosa" miscigenação cultural e racial que provocam. O curandeirismo é tomado como mau fruto dessa hibridação e, portanto, como prática a ser extirpada.

Em 1942, num texto resultante de palestras ministradas sobre o novo Código Penal, proferidas por um professor de medicina legal da USP, o charlatanismo é analisado a partir de um raciocínio degenerativo-evolucionista. Partindo do "bom charlador", o professor chega ao "mau charlatão", indo do lícito comércio de mercadorias praticado pelo primeiro à ilícita medicina praticada pelo segundo. Considera as vítimas também culpadas pelo comportamento delituoso de quem as prejudica, idéia que alcançará muitos julgados. Atribui ainda a uma cadeia de causas e efeitos, que nada tem de sobre-

natural, os eventuais sucessos de curandeiros. Finaliza com uma leitura organicista do curandeirismo, associando-o ao trabalho de "animais necrófilos" responsáveis pela putrefação de cadáveres que, apesar dessa terrível tarefa, contribuem com o médico legista permitindo-lhe que este identifique a data provável da morte. Escreve o professor: "(...) o curandeirismo é, simultaneamente, revelador de atraso cultural e indicador de onde programas civilizatórios devem ser implementados".

Uma certa novidade é trazida num texto, também de 1942, que comenta a Lei das Contravenções Penais. Ao tratar da "exploração da credulidade pública", o autor minora o tom depreciativo com que fala da "propensão psicológica para a superstição". Ele a considera universal e cita "importantes civilizações" que demonstraram tê-la, como os egípcios, assírios, babilônios etc. Apesar disto, não deixa de associar feitiçaria a atraso e religião a progresso e civilização.

Sobre a mesma contravenção, outro autor, em 1958, também retorna a "civilizações passadas" para demonstrar a universalidade de tendências supersticiosas, pontuando, com grande preocupação, a persistência de sobrevivências mágicas no Brasil do século XX e citando negros, o candomblé e a macumba como verdadeiras reminiscências de um passado que assombra o presente.

Por fim, já em 1981, temos um artigo escrito por um juiz de uma das varas de família e sucessões de Porto Alegre, demonstrando uma postura mais concessiva em relação a curas mágico-religiosas, simpatia que parece passar pelo reconhecimento da cientificidade de novos saberes como a Medicina Psicossomática e a Parapsicologia.

Uma leitura do conjunto desses sete textos referenciais da jurisprudência brasileira sobre curandeirismo, charlatanismo e exploração de credulidade pública pode nos sugerir que o combate ao curandeir-

rismo, iniciado na virada do século XIX para o XX, persiste até os dias de hoje, tendo ganhado novos reforços científicos com a entrada da Psicologia e da Parapsicologia no cenário acadêmico. Outra leitura, contudo, pode nos levar à conclusão de que justamente esse alargamento do "científico" permitiu que agentes, antes marginalizados, ganhassem legitimidade e reconhecimento da lei para atuar. A senha para participarem legalmente do jogo de saberes curativos parece não ter mudado: para ser legal é preciso ser científico. Todavia, o número de possuidores da senha aumentou e, com isto, também cresceram os alcances do "científico" e do "legal".

IV. Algumas considerações finais

Voltando ao nosso ponto de partida, gostaríamos de concluir que os paradigmas antropológicos mais presentes em julgamentos de curandeirismo e charlatanismo no Brasil deste século foram os que Roberto Cardoso de Oliveira apontou como provenientes da Escola Francesa (*racionalista*) e Britânica (*empiricista estrutural funcionalista*), estando ausentes o da Escola Histórico-Cultural (*culturalista*) e, principalmente, o da Antropologia Interpretativa (*paradigma hermenêutico*). O(s) porquê(s) disto pode(m) estar relacionado(s) com a maior afinidade entre os dois primeiros paradigmas e um modelo jurídico-monológico, que busca verdades, excluindo alternativas e menosprezando contextos.

A jurisprudência, enquanto técnica voltada para a aplicação da lei a casos concretos, faz uma miscelânea entre teorias científicas e impressões advindas do senso comum. Esta mescla julga e decide

casos concretos, estando a Antropologia presente, uma vez que produz teorias científicas a partir de muitos estudos de "casos concretos". Porém, sua presença tem sido a de uma testemunha que somente pode dizer o que querem ouvir ou que muito diz, mas tem seu depoimento devidamente censurado.

Talvez seja chegado o momento de a Antropologia voltar a participar da construção de outros saberes técnico-científicos com suas mais recentes produções, dúvidas e conclusões. Isto poderá começar, por exemplo, sem grande estardalhaço, em algumas aulas de graduação para alunos de Direito, mesmo sob o título de Sociologia. Quem sabe possamos contar para esses futuros profissionais da lei um pouco sobre hermenêutica não dos textos jurídicos, mas dos contextos sociais. Quem sabe, também, haja algum espaço para esta investida em cursos voltados para a formação dos próprios profissionais que já trabalham com a "ordem pública", como policiais, magistrados, procuradores e promotores.

Não são poucos os antropólogos já chamados a dar pareceres em processos envolvendo questões indígenas, conflitos de terra e conflitos interétnicos. Gostaríamos que não estivesse longe o dia em que também fossem procurados pelo Direito para exporem suas reflexões a respeito de relações conjugais, trabalhistas, de vizinhança etc. Provavelmente, isto os incomodaria bastante, pois, na maioria das vezes, *antropólogos não estudam para decidir*. Mas os *juristas* também se incomodariam, pois, na maioria das vezes, *não decidem para estudar*. Provavelmente, todos ganharíamos com um reencontro entre Direito e Antropologia

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

JUSTIÇA CRIMINAL E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: O PAPEL DA JUSTIÇA NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE GÊNEROS¹

WÂNIA PASINATO IZUMINO

O objetivo deste artigo é analisar o conflito de gênero e sua solução pelo aparelho judiciário. Enfoca-se especialmente a intervenção da justiça nos casos de lesões corporais que resultaram de conflitos motivados pelas relações de gênero entre vítimas e agressores.

Um dos estímulos para estudar o conflito de gênero através da ótica da justiça foi a constatação de que questões relativas à aplicação da justiça nos casos de violência contra a mulher têm sido pouco trabalhadas pelas ciências sociais. Se por um lado existem vários estudos abordando o papel da polícia na apuração de denúncias e na instauração de inquéritos em casos de violência contra a mulher,² por outro lado pouco se conhece sobre o andamento desses casos na esfera judicial. Como consequência, algumas questões relativas à impunidade, à existência de uma "vitimologia feminina" e ao uso de argumentos que apelam para a defesa da honra têm recebido respostas nem sempre satisfatórias para a compreensão desse problema.

O que se propõe nesta análise é que questões como a impunidade, as diferenças no acesso à justiça e a reprodução das

desigualdades que estão no bojo de uma problemática que o debate atual denomina a "crise no judiciário" ainda que não sejam específicas do tratamento que esta instituição dispensa aos casos de violência contra a mulher, quando abordadas pelo enfoque de gênero, permitem verificar que as decisões jurídicas apresentam características que são próprias da forma de entendimento dessa violência pela sociedade como um todo.

Atualmente o Sistema Judiciário está na pauta do debate político e acadêmico, ensejando diferentes investigações que visam identificar os desafios e dilemas pertinentes a seu funcionamento e à aplicação da justiça. Quando inseridos num contexto mais amplo, os problemas são apresentados como reflexo de uma crise do Estado e de sua legitimidade ou como decorrente do descompasso entre o modelo de justiça liberal e o advento da sociedade tecnológica e do Estado de bem-estar social (Campilongo, 1994; Lopes, 1994; Sadek e Arantes, 1994; Faria, 1994), que tornaram as relações sociais mais complexas e assimétricas. Toda a crítica se constrói sobre o argumento da falência do modelo liberal de justiça e a inadequação desse modelo às sociedades modernas.

Teoricamente, a partir ainda do modelo liberal, a justiça é definida como instância privilegiada de resolução dos conflitos, onde estaria preservada a igualdade de todos os cidadãos perante as leis,

(¹) O presente artigo refere-se a parte do trabalho apresentado como dissertação de mestrado no Depto. de Sociologia da FFLCH-USP em maio de 1996.

(²) Cf. AZEVEDO, 1985; SEADE/CECF, 1988; CAMARGO *et alli*, 1991; CANÇADO *et alli*, 1991; SOARES, 1993.

independentemente de sua raça, cor, sexo, classe social, situação econômica, preferências sexuais, convicções políticas ou religiosas. Ou seja, uma vez chamado a intervir, caberia ao aparelho judiciário apurar as responsabilidades nos ilícitos penais, punindo as transgressões de acordo com o princípio contido nas leis, aplicando-as de maneira uniforme àqueles que as transgridem. Na prática, observava-se que o Judiciário tem se apresentado muito mais enquanto instância reprodutora de desigualdades.

Genericamente a denúncia da desigualdade no acesso à justiça escuda-se no recorte de classe, que sustenta que a justiça seria inacessível aos mais pobres, àqueles menos privilegiados economicamente, subentendendo-se com isso as camadas mais carentes da população: seja de direitos sociais e políticos, seja de condições de subsistência ou diante do reconhecimento de seus direitos.

Na análise dos processos envolvendo conflito de gênero, sendo este último entendido como uma categoria de análise que incide transversalmente sobre outras categorias – a econômica, social ou racial – (Paoli, 1991; Castro, 1992) pretende-se examinar como essa categoria penetra a esfera judicial, atravessando essa instância e dando novas tonalidades à desigualdade social no acesso à justiça.

A abordagem da desigualdade jurídica sob o ponto de vista do recorte de gênero é bastante recente no Brasil e ainda carece de aprofundamento teórico-metodológico, contudo pode-se afirmar que há uma espécie de consenso entre os pesquisadores que tratam de temas relativos à situação da mulher na sociedade brasileira contemporânea, de que o uso do conceito de gênero para definir as relações entre os sexos, marcou o início de um novo debate em torno dessas questões. Se a referência ao gênero não permite eliminar todas as diferenças entre os sexos – como pretendia o feminismo na década de 70 –, possibilita que as

diferenças percebidas entre os sexos percam o caráter *naturalizado* de que sempre estiveram revestidas, passando a serem reconhecidas como construções sociais, sendo, portanto, passíveis de modificações e de superação – da forma como apregoa o feminismo dos anos 80/90.

Adotando-se a perspectiva de gênero enquanto papéis sexuais socialmente construídos, optou-se por abordar os casos de violência contra a mulher enquanto conflitos de gênero. Essa escolha se pautou pela compreensão de que, quando utilizada nos estudos sobre violência contra a mulher, a categoria de gênero permite que esta passe a ser vista enquanto um conflito que tem origem na oposição entre os sexos, ou antes, na oposição entre os papéis sexuais socialmente construídos, que resulta em relações de poder que se desenvolvem cotidianamente em múltiplas direções, estabelecendo diferentes possibilidades de dominação e submissão.

Abandonam-se assim os estereótipos associados às imagens femininas – submissão, passividade, modelos de comportamento que colocam as mulheres como seres *naturalmente* inferiores aos homens – e masculinas – marcadas pela virilidade, força, capacidade de domínio e discernimento – em nossa sociedade, ainda que estejam presentes nos depoimentos registrados nos processos penais observados, substituindo-os por imagens de homens e mulheres que interagem em sociedade exercendo papéis sociais múltiplos, mutáveis e complementares.

Adotou-se neste estudo a definição de gênero proposta por Joan Scott, historiadora americana segundo a qual “gênero é o campo primeiro no seio do qual e por meio do qual o poder é articulado. O gênero não é o único campo, mas ele parece ter constituído um meio persistente e recorrente de tornar eficaz a significação do poder no Ocidente” (Scott, 1988:16).

Ao definir as relações de gênero como relações de poder, Scott sugere que as relações entre os sexos sejam entendidas além da necessidade de dominação do homem, ou da oposição entre superioridade masculina x inferioridade feminina. Para entender as relações de gênero enquanto relações de poder considerou-se a definição de poder tal como foi proposta por Michel Foucault, ou seja, "o poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer esse poder e de sofrer sua ação, nunca são alvos inertes e consentidos do poder, são sempre centro de transmissão" (Foucault, 1988:183).

O poder entendido assim não se estrutura como hierarquias rígidas onde há dominantes e dominados, oposições que podem se basear nas diferenças de sexo, cor ou *status* social, mas como assimetrias numa situação estratégica, onde ora um, ora outro podem se encontrar como dominante ou dominado, em múltiplas relações.

Considerar as relações de gênero como uma das formas de circulação de poder na sociedade significa alterar os termos em que se baseiam as relações entre homens e mulheres. Além de inserir a relação entre os sexos numa relação dinâmica, permite que, na leitura dos processos, se enfoque a fala feminina como elemento relevante na construção do fato criminal, uma vez que as mulheres são retiradas do papel no qual figuram como vítimas passivas da violência, para figurarem como agentes de um discurso que fala sobre elas e sobre sua situação.

A idéia de poder como algo que se produz em rede, numa trama onde os sujeitos aparecem como agentes de propagação de seus efeitos, e não apenas

como receptáculos desses efeitos, mostrou-se bastante adequada para a análise dos conflitos de gênero. Abandonou-se dessa forma a idéia de "violência contra a mulher" que pressupõe a existência de um agente que sofre a ação e de outro que a comete. A noção de conflito, por sua vez, sugere que existe oposição entre as partes, revelando a existência de litígios e pontos de resistência no exercício da dominação que revelam como se dá a reprodução dos papéis sociais na sociedade.

Dois trabalhos brasileiros são referências obrigatórias na análise do papel da justiça na solução dos conflitos de gênero por serem pioneiros na análise do tratamento que a Justiça Brasileira tem dedicado aos casos envolvendo crimes contra as mulheres. Ressalte-se que ambos são anteriores ao uso da categoria de gênero para explicar as relações entre os sexos, fazendo parte de uma linha de análise que privilegiava a fala *sobre* as mulheres e sua situação nas relações violentas. Trata-se dos livros *Morte em Família* de Mariza Corrêa (1983), e *Quando a Vítima é Mulher*, de Danielle Ardaillon e Guita Debert (1987). A análise proposta nestes trabalhos sugere que a justiça, ao julgar casos de violência contra a mulher, valorize mais a adequação do comportamento dos envolvidos aos modelos de comportamentos socialmente elaborados do que o crime, tal como enquadrado no Código Penal brasileiro.

Em *A Morte em Família* a autora demonstra pela análise de processos de homicídios, ocorridos na cidade de Campinas entre os anos 1952 e 1972, que nos casos de violência contra mulheres que foram julgados pela justiça, a decisão final do processo foi tão mais favorável ao agressor quanto mais seu comportamento se aproximou de um modelo masculino (ser bom pai, trabalhador, honesto etc.), concomitantemente tenha havido um afastamento do comporta-

mento da vítima do modelo feminino (ser esposa fiel, mãe dedicada e zelosa com os filhos). Outra especificidade desse trabalho está na ênfase que Corrêa atribuiu aos modelos de comportamento masculino e feminino tendo como referência um modelo de relacionamento entre os sexos: o casamento. Este por sua vez foi entendido como um modelo de união institucionalizada, considerado pela sociedade o único relacionamento legítimo, entre um homem e uma mulher envolvidos numa relação sexual. Essa união supõe certos direitos e deveres que são aceitos *a priori* por todos aqueles que participam dessa discussão. A tônica do debate jurídico se dará pela necessidade de definir quem se adequa mais ou menos a esses modelos. Diz a autora: "(...) Ao aceitar o modelo de casamento como referência para a discussão do relacionamento homem-mulher, os julgadores aceitam também a identidade social de cada um deles, suposta nesse modelo: o homem como figura ativa e a mulher como sua subordinada, como figura passiva (...) a quebra da lei será aceita como justificada e os acusados serão absolvidos apenas quando se adequarem perfeitamente a essas identidades básicas, seus companheiros tendo sido apresentados como desviantes delas" (Corrêa, 1983:91).

Abordagem semelhante está proposta em *Quando a Vítima é Mulher*. Neste caso, as autoras analisaram processos de estupro, espancamentos e de homicídios envolvendo vítimas mulheres, demonstrando que as lógicas que presidem as decisões jurídicas nestes casos apresentam características dadas pela oposição de sexo entre vítimas e agressores. Preocupadas em identificar como se constrói o discurso jurídico sobre a violência contra a mulher e quais são os elementos específicos desse discurso que permitem a discriminação das mulheres no acesso à justiça, destacam a importância dos papéis sociais e o peso atribuído à adequa-

ção dos comportamentos das vítimas e de seus agressores nas decisões judiciais.

As autoras concordam com Corrêa, afirmando que, nos casos de violência contra a mulher, o que está em julgamento não é o crime, mas a adequação dos envolvidos aos papéis sexuais socialmente definidos, isto é, ao gênero. Consideram ainda que nos processos penais não se julga o crime isoladamente, mas sobretudo as pessoas envolvidas que terão seus comportamentos avaliados em função de sua adequação aos papéis sociais. "(...) o que se tenta fazer é enquadrar homens e mulheres concretos dentro de padrões idealizados, e comprovar a sua maior ou menor adequação a eles. Do sucesso dessa operação é que vai depender a condenação ou a absolvição dos acusados, pois o que se pune é a conduta social do acusado e da vítima, e não o crime cometido" (Ardaillon e Debert, 1987:13).

Interessa para este trabalho, em especial, a análise que Ardaillon e Debert propuseram sobre os casos de espancamento. Deve-se destacar que esta foi a primeira vez em que se analisaram casos de espancamentos de mulheres que ensejaram a instauração de processos penais para a apuração da responsabilidade penal. Ardaillon e Debert apuraram que os réus não negam a ocorrência das agressões, como ocorre nos casos de estupro, por exemplo, mas a lógica dos julgamentos reside na tentativa de atenuar a culpa do agressor. Como circunstâncias atenuantes — uma vez que estes casos ocorreram entre casais —, foram identificados argumentos de que o sustento da família depende do agressor e de seu trabalho, além do destaque dado à leveza das agressões.

Também dentro dessa lógica a constatação de que não é sempre a primeira agressão que motiva as mulheres a denunciarem seus agressores à polícia torna-se relevante do ponto de vista do

discurso jurídico. Legalmente, cada agressão gera uma ocorrência e deve ser punida criminalmente. Nos casos de lesão corporal contra mulheres, especialmente nos casos que envolvem casais, a repetição das agressões que deveria funcionar como agravante acaba resultando em atenuantes para o crime. Na esfera policial, no momento do registro da ocorrência, as autoras verificaram que a ocorrência de agressões anteriores gera uma esfera de dúvida sobre a intenção da vítima em sustentar sua denúncia e processar criminalmente seu agressor. Na esfera judicial o que se tem observado é que a defesa se apropria desse elemento para estruturar sua tese de que as agressões foram leves, além de utilizar a repetição das agressões para sustentar que se o agressor em outras oportunidades agrediu sua esposa, e mesmo assim o casal continuou a viver junto, a vítima não tem intenção de vê-lo processado e condenado, nem mesmo pretende se separar de seu agressor.³

Essa valorização dos papéis sociais não está presente apenas nos casos de violência contra mulher. Adorno (1988) chama a atenção para o fato de que o uso de móveis extralegais — comportamentos, pobreza e ignorância entre outros — faz parte da dinâmica dos processos e julgamentos judiciais. Dessa forma, nos casos que envolveram conflito de gênero, a especificidade estaria dada por dois fatores: em primeiro lugar, a supervalorização de questões relativas às práticas sexuais — extraconjugais ou não — e ao casamento, e, em segundo lugar, a forma como esses elementos são utilizados no sentido de reconduzir o conflito através de um caminho que o transfere do mundo público, das leis, para o mundo privado, das relações domésticas.

As análises propostas por Mariza Corrêa, Danielle Ardaillon e Guita Debert representam grandes contribuições para a compreensão dos mecanismos que impedem a criminalização da violência contra a mulher. Contudo, as explicações que oferecem têm como foco o discurso jurídico e todas as falas que se produzem e reproduzem nesta esfera. A ênfase recai sobre as falas dos agentes jurídicos, enquanto que os depoimentos das vítimas, dos acusados e das testemunhas só interessam na medida em que sirvam para ilustrar o processo de tomada de decisões na esfera jurídica.

Hoje, a leitura dos processos envolvendo agressões perpetradas contra mulheres, quando feita sob o enfoque do gênero, sugere mudanças quanto à construção de uma vitimologia feminina e do conceito socialmente elaborado de violência contra a mulher. Questionando o pressuposto da igualdade jurídica à luz da categoria de gênero, pretende-se demonstrar neste artigo que o conflito de gênero aparece nas instâncias jurídicas, fortemente marcado pela fala das mulheres enquanto vítimas e enquanto personagens centrais na apresentação dos conflitos que pretendem ver solucionados.

Na hipótese inicialmente adotada neste trabalho, entendia-se que o conflito de gênero não chegava a ser criminalizado porque não era socialmente reconhecido como crime. Com a leitura dos processos foi possível perceber que para as próprias mulheres as agressões que estavam relatando não eram reconhecidas como tal, a hipótese subjacente é de que as mulheres buscam o apoio da justiça para a solução dos conflitos conjugais como a última alternativa que encontram para resolver o problema que estão vivendo, o que significaria que o desfecho para essa situação não precisaria ser necessariamente a punição do agressor (Souza,

⁽³⁾ Um uso extremo da repetição das agressões como atenuante ocorre quando a defesa usa a ocorrência de outras agressões para demonstrar que seu cliente não é perigoso, caso contrário já teria assassinado a vítima.

1993; Gregori, 1993). Para a comprovação dessa hipótese mostrou-se necessário compreender melhor a disparidade entre o número de absolvições em relação ao número de condenações nos casos de lesões corporais, bem como a aplicação da pena mínima à maioria dos casos que resultaram em condenações nos processos de lesões corporais observados na pesquisa, revelando que seria melhor conhecer um pouco mais sobre as motivações das mulheres ao denunciarem para a polícia as agressões sofridas.

O trabalho de Maria Filomena Gregori, *Cenas e Queixas* (1993), permitiu uma melhor compreensão dessa "fala" feminina. Gregori não trabalhou com processos ou com casos que tivessem sido denunciados à polícia, mas entrevistou mulheres vítimas de agressões praticadas por seus maridos, identificou nos relatos uma referência comum ao projeto de casamento e à família, além de um esforço em identificar os elementos que atrapalhavam a concretização desse projeto. Quando chegam a ser nomeados, esses elementos quase sempre são externos, como por exemplo: bebida, mulheres, desajustes sexuais etc.

Para Gregori, esse projeto de vida em comum pressupõe uma reciprocidade entre as partes que é rompida pela violência. O pedido de ajuda externa – à polícia, à família – se realiza como uma tentativa de restabelecer o equilíbrio interno da relação, necessário para a harmonia e manutenção do casamento. O que a autora propõe é que nesses casos as relações violentas que se estabelecem entre homem e mulher devem ser entendidas como uma forma de comunicação – que na realidade não são exclusivas das relações conjugais, podendo ser identificadas em outras formas de relacionamento –, momento em que as mulheres, contrariando o estereótipo da passividade, assumem o lugar da parceria (Gregori, 1993).

Ao adotar a idéia de parceria proposta por Gregori tornou-se possível na leitura dos processos ver/ouvir as mulheres em seus depoimentos sem o véu de passividade e de subordinação que as tem coberto, podendo-se dessa forma valorizar sua fala durante os processos penais.

A unidade empírica de análise utilizada foram os processos penais instaurados para a apuração de responsabilidade nos crimes de lesões corporais que envolveram mulheres como vítimas e homens como agressores. O critério adotado para a seleção dos processos foi a necessidade de haver oposição de sexo entre vítimas e agressores, buscando-se investigar aqueles casos de agressão decorrentes do conflito de gênero, isto é, que foram motivados por questões relativas aos papéis sexuais socialmente convencionados para homens e mulheres na sociedade brasileira contemporânea. O estabelecimento desse critério implicou algumas restrições como, por exemplo, a necessidade de haver algum tipo de relacionamento entre vítimas e agressores, seja conjugal, de parentesco, de vizinhança ou empregatício. Excluíram-se, por esse mesmo critério, os casos de latrocínio, acidentes de trânsito e outros nos quais agressor e vítima não apresentavam nenhum tipo de vínculo emocional, de afetividade ou hierárquico.

O universo empírico da pesquisa se constituiu de 62 processos⁴ penais instaurados para a apuração de responsabilidade nos crimes de lesões corporais, distribuídos igualmente segundo o desfecho processual: sentenças de absolvição e condenação proferidas em primeira instância. Todos os processos foram julgados e sentenciados entre 1984 e 1989, na 1.ª Vara Criminal localizada no Fórum

⁽⁴⁾ Estes 62 processos foram sorteados aleatoriamente num universo de 238 processos julgados e sentenciados na 1.ª Vara Criminal de Santo Amaro no período selecionado para a pesquisa.

Regional de Santo Amaro, da Comarca de São Paulo.⁵

Embora a violência entre casais não tenha sido o critério exclusivo de escolha dos processos analisados nesta pesquisa, na maior parte dos casos selecionados o perfil encontrado aponta para a existência de vínculos afetivos entre vítima-agressor, indicando também que as relações eram estáveis: 51 casos envolveram casais unidos legal ou consensualmente, que viviam juntos ou se encontravam separados no momento da agressão.

Para os autores do relatório do ISER sobre violência contra a mulher (Soares, 1993) os argumentos que recorrem ao medo, ou a vergonha de tornar pública essa agressão, quando utilizados para explicar por que as mulheres não recorrem à polícia quando agredidas por parentes ou conhecidos, não se confirmam diante das pesquisas. Os autores acreditam que ao serem agredidas por parentes “elas denunciam porque querem renegociar o pacto doméstico, enquanto que em relação a um desconhecido a denúncia não é feita porque não há nada a ser provado ou resgatado” (Soares, 1993:11).

A análise da forma como o conflito de gênero é traduzido no discurso jurídico foi feita a partir da leitura dos depoimentos das vítimas e dos réus, colhidos durante a fase de inquérito policial e no decorrer da instrução criminal. Toda a análise se estruturou sobre a narrativa das vítimas em relação às agressões que sofreram. Nesses casos, a inexistência de testemunha fez com que as versões sobre o conflito consistissem de um confronto entre o que a vítima e seus agressores

narraram sobre o caso, sendo que a prova oral (os depoimentos), nesses casos, teve maior importância do que as provas técnicas. As versões apresentadas pelas mulheres na polícia e na justiça se modificaram conforme a intenção inicial da mulher ao denunciar a agressão à polícia: se a intenção era voltar a viver bem com o marido, a versão sobre as agressões se modificava na medida em que o processo avançava na esfera judicial; se a intenção era denunciar a agressão sofrida com o objetivo de preservar sua liberdade e garantir seus direitos, a versão apresentada inicialmente se mantinha a mesma ou era agravada com o relato de outras agressões.

Já as versões apresentadas pelos réus sempre apresentaram contradições nas diferentes fases do processo. Na polícia, quando presos em flagrante, algumas vezes influenciados pela bebida ou pelo calor do momento, alguns réus assumiram a autoria do crime e não esboçaram nenhum arrependimento pelo ato cometido. Em juízo suas alegações se modificaram e eles passaram a dizer que agiram em legítima defesa física, ou que a agressão foi acidental. Outro recurso foi negar a agressão ou afirmar que agiram sob violenta emoção, procurando desta forma justificar seus atos.

Além dos depoimentos foram utilizadas também as peças de intervenção do Ministério Público, da defesa e do juiz, de modo a identificar alguns elementos presentes na aplicação da justiça nesses casos que não apenas revelaram a especificidade do tratamento jurídico dado a esses conflitos, mas também permitiram conhecer os mecanismos de criminalização deste tipo de violência.

Considerando-se a complexidade do encaminhamento dos processos e da linguagem jurídica, do número de peças que o formam e do número de versões que são apresentadas para o mesmo fato, optou-se por escolher alguns aspectos para uma análise mais detalhada. Assim,

⁽⁵⁾ Agradeço especialmente ao Dr. Luiz Sérgio Fernandez de Souza, juiz titular da 1.ª Vara Criminal de Santo Amaro à época da pesquisa, não só por ter facultado meu acesso aos processos, bem assim pelo interesse com que acolheu meu projeto de pesquisa e a paciência com que ajudou-me a entender os caminhos da justiça criminal.

foram selecionados aqueles aspectos que por sua frequência permitissem identificar mudanças e continuidades no tratamento dado pelo judiciário aos casos de lesões corporais contra a mulher. Além da frequência desses aspectos nos depoimentos dos protagonistas, foi considerada também sua relevância para a construção da argumentação dos agentes jurídicos no encaminhamento do desfecho processual.

Observou-se inicialmente que vítimas e agressores, quando chamados a falar sobre as agressões, iniciavam a narração do fato através de uma contextualização dos acontecimentos, como se fosse necessário tecer um enredo para depois narrar a agressão. Define-se por *cenário* o conjunto de informações que as vítimas e agressores fornecem em seus depoimentos sobre o tipo de relacionamento existente entre as partes, se são casados ou amasiados, há quanto tempo estão juntos, os conflitos que enfrentam, as causas identificadas para os desentendimentos, a frequência das agressões e como essas são relatadas. Uma das características desse cenário é sua mutação no decorrer do processo penal, quando elementos novos podem ser acrescentados e outros serão eliminados dos depoimentos, contribuindo para a construção do fato criminal, ou seja, aquela versão do crime que será levada a julgamento pela justiça. A importância desta descrição pode ser melhor entendida quando é associada à narração dos motivos desencadeadores da agressão.

Como motivo da agressão foram consideradas as razões que as partes apresentaram para justificar a ocorrência das agressões. Na leitura dos processos, sua identificação nem sempre foi fácil, e em alguns casos os motivos permaneceram para além da sentença, isto é, os acontecimentos não chegaram a ser formulados e reconhecidos como motivos da agressão. As dificuldades para identificar os motivos que levaram às agressões apa-

rentemente demonstram a fragilidade das mulheres nas relações descritas, pois se elas não sabem por que estão sendo agredidas é porque não fizeram nada que pudesse desencadear essas situações e, portanto, não são merecedoras desse tipo de tratamento.

O papel secundário que os motivos para a agressão parecem ocupar nesses depoimentos fica ainda mais claro quando se observam os qualificativos que são atribuídos aos agressores — violento, bêbado —, demonstrando que, nessas circunstâncias, o que ele menos precisa é ter um motivo para agredir a vítima.

Nos casos em que foi possível identificar, a partir da fala feminina, os motivos que desencadearam as agressões, observou-se que estes giravam em torno das expectativas em relação ao comportamento do companheiro, ou da expectativa que eles tinham em relação a elas. Figuram nesses relatos: acusações de infidelidade conjugal da vítima ou do agressor, casos em que as vítimas negaram-se a manter relações sexuais com seus companheiros, casos em que as vítimas declararam sua intenção de pedir a separação judicial ou quando se negaram a uma reconciliação. Em outros casos, as agressões ocorreram por questões banais como a vítima ter deixado acabar o gás e não ter feito o jantar, ter pedido dinheiro para comprar alimentos e pagar as despesas da casa. Percebe-se que entre os motivos apresentados, nenhum deles justifica uma agressão. Tanto as vítimas quanto seus agressores sabem disso e por isso tentam justificá-las a partir de explicações que se referem à inadequação do comportamento de seus companheiros.⁶

Seja qual for a intenção da mulher ao procurar a polícia e registrar uma queixa, não se pode ignorar que este é um momento difícil, quando ela decide tornar

⁽⁶⁾ A mesma observação foi feita por Ardaillon e Debert, quando os agressores apresentam-se à polícia.

pública a sua situação. A partir de sua denúncia na polícia, não serão apenas os parentes e amigos que saberão de sua história. O conflito que até então era privado, isto é, era considerado como questão a ser resolvida pelo casal, embora fosse conhecido por um grupo de pessoas com vivências comuns, passa agora a pertencer a uma outra esfera, a esfera pública, representada pela polícia, a justiça e em alguns casos pela imprensa. É por isso que ao relatar sua história para um agente externo a mulher precisa detalhar não só a agressão sofrida, mas também o tipo de relação que está vivendo, apontando em que ela se desvia de um comportamento considerado normal, como uma forma de dar legitimidade à sua busca de apoio. O discurso que se constrói em torno das agressões faz com que a violência sofra um processo de privatização, ou seja, ao adotar como elemento explicativo para as agressões motivos ligados ao relacionamento do casal, às diferenças e desajustes em relação a modelos de comportamento e de casamento vigentes na sociedade, a justiça inicia o movimento inverso àquele que havia sido iniciado pela vítima no momento da denúncia. A não-criminalização da violência contra a mulher deve levar em conta este movimento e os obstáculos que ele encontra em seu percurso, obstáculos que podem influenciar o desfecho processual e determinar a condenação ou a absolvição do agressor.

Nesse movimento de privatização do conflito e de sua solução é que se destaca a importância da fala das vítimas nos casos de lesões corporais e sua influência nas decisões judiciais. Nesses casos, o principal argumento da sentença é o reconhecimento de que houve o restabelecimento da harmonia entre o casal. Na leitura dos Livros de Registros de Sentença, chamou a atenção o número de casos em que promotor e juiz justificavam a absolvição do réu com base nos argumentos de que a agressão

descrita como "mero incidente doméstico" havia sido superada e a harmonia entre o casal estava restabelecida. Esses argumentos apoiavam-se, por um lado, na "leveza" das agressões provocadas e por outro lado em referências à fala da vítima e do réu que confirmavam o fim das agressões.⁷

À medida que se avança na leitura dos depoimentos prestados pelas vítimas nos diferentes momentos do inquérito e do processo, é possível observar e comparar a fala dessas mulheres constatando-se que sua palavra nos casos de lesão corporal se reveste de um papel fundamental. Ainda que algumas mulheres recebiam algum tipo de orientação dos advogados para em seus depoimentos alterar ou ocultar alguns elementos de sua história, ou que outras sejam pressionadas pelo próprio réu para que digam que não houve agressão ou que tudo já foi superado, as mulheres possuem formas próprias de manipular as informações sobre as agressões sofridas.

Essa manipulação, que se manifesta por completo na fase final do processo quando são ouvidas em juízo, começa a ser esboçada quando as mulheres falam de sua vida conjugal e dos motivos mais variados para a agressão ainda na fase policial. Há uma diferença no modo como se conduzem as histórias contadas pelas vítimas, que está diretamente associada aos motivos que as levaram a procurar ajuda na intervenção policial. Foram

(7) Nesta fase da pesquisa entre os 155 processos que resultaram em absolvições, 56 tiveram como argumento para a sentença a reconciliação do casal; 19 se apoiaram nos depoimentos das vítimas que afirmaram que o réu não teria sido o agressor, atribuindo as lesões a quedas e acidentes; 32 se referiram à negativa de autoria pelo agressor, e em 8 processos o promotor e o juiz declararam que, embora a autoria e a materialidade estivessem provados, a absolvição do réu seria a medida mais adequada para não tumultuar mais a vida do casal.

identificados dois modos básicos, de acordo com as intenções da vítima: o primeiro é quando as mulheres procuram a polícia apenas para dar um susto em seus agressores. A agressão sofrida não é reconhecida como uma violência que deve ser contida e punida e as versões tendem a variar quando são apresentadas na fase policial e na judicial. Ao depor na polícia, logo após terem sido agredidas, as mulheres demonstram rancor, exageram nos relatos, apontam em seus agressores apenas características negativas (ele bebe, bate nas crianças, não dá dinheiro em casa etc.). Ao depor na justiça, essa versão tende a se alterar. O contexto onde ocorreram as brigas será outro, a vítima sai de seu papel passivo e as agressões passam a ser mútuas, assim como as provocações. Nestes casos, parece claro que a vítima não quer ver seu agressor condenado e ela se esforça para demonstrar que tudo foi superado e que por isso a condenação não se justificaria.

Entre os casos em que as mulheres procuram a polícia porque reconhecem que as agressões são excessivas e que não querem mais suportar essa situação, as histórias não se modificam. O relato inicial pode ser exagerado, mas se houver mudança ao longo do processo judicial, esta será para relatar novas ameaças e outras agressões. Estas mulheres não estão preocupadas em atenuar a culpa de seus agressores, porque reconhecem que foram vítimas de violência e que não querem mais passar por isso.

Se o recurso ao Judiciário pode ser descrito como a última alternativa que essas mulheres encontram para salvar seu casamento, não significa que elas o façam de forma passiva. Mesmo nesta esfera cujo funcionamento desconhecem, elas desenvolvem mecanismos de manipulação do discurso que lhes dá um papel importante na história.

Os depoimentos, na maior parte das vezes, são prestados logo após as agres-

sões e se iniciam com a descrição dos elementos que servirão para compor o cenário onde as agressões ocorreram. Este é descrito a partir do comportamento dos agressores, observando-se uma necessidade em datar o início das agressões e dos desentendimentos entre o casal, sempre a partir de fatores relacionados ao comportamento dos agressores. Entre esses fatores estão o uso de bebidas alcoólicas pelo acusado, o fato do acusado manter relações extraconjugais, ou ser uma pessoa muito violenta. Outra constante desses depoimentos são as reclamações quanto ao fato do acusado não colaborar no sustento da casa ou recusar-se a pagar pensão alimentícia para os filhos.

Segundo Maria Filomena Gregori (1993), as mulheres ao relatarem essas situações usariam como "um recurso frequente nas explicações sobre os conflitos domésticos (...) atribuir a responsabilidade por eles a elementos que não dizem respeito às suas condutas e que são de difícil resolução por parte delas. O casamento é considerado um projeto de vida em comum a longo prazo, desestabilizado pelos procedimentos e condutas inadequados de seus maridos: beber, ser mulherengo, ser boêmio, praticar excessos sexuais" (Gregori, 1993:140).

Amantes, embriaguez, abandono material, cenas de violência aparentemente gratuitas, separação do casal. Tudo isso aliado a ofensas verbais e agressões físicas compõe uma fórmula de denúncia que caracteriza a entrada dos casos de violência contra a mulher na esfera policial.

Observou-se nos relatos que na maior parte das vezes as mulheres não recorrem à polícia logo após a primeira agressão e, ao registrar suas queixas na polícia, não declararam um número preciso de agressões que já tinham sofrido. Se, por um lado, isso revela que as relações vividas por elas são marcadas pela violência, por outro lado, contribui para dar

maior dramaticidade aos fatos narrados. Quanto à gravidade das lesões, são comuns referências como “das outras vezes foram só tapinhas, mas desta vez ele tirou sangue”, revelando que, para essas mulheres, parece necessário hierarquizar as agressões sofridas, como uma forma de justificar o fato de terem suportado tanta violência e não terem procurado auxílio antes.

Evidencia-se pouco a pouco a necessidade de “renegociar o pacto doméstico”. Embora as informações obtidas sejam imprecisas, elas revelam uma história não só de uniões duradouras, mas também de relacionamentos, permeados pelo conflito. A impressão contida nestas respostas pode ser atribuída a três fatores: a) as mulheres não lembravam o número de vezes em que foram agredidas porque esta situação realmente ocorreu inúmeras vezes; b) além das agressões, estas mulheres eram constantemente humilhadas e ameaçadas por seus agressores e já não conseguiam distinguir entre uma situação e outra; c) informando vagamente sobre a ocorrência de outras agressões, as mulheres conseguiam dar maior dramaticidade a sua história. Reafirmam-se, assim, as conclusões de Soares et alli. (1993), quando afirmam que “(...) o fato de que as únicas medidas judiciais tenham se dado em casos nos quais as vítimas já haviam sofrido agressões anteriores também confirma o senso comum; o recurso ao Judiciário supõe etapas anteriores, em um itinerário de tentativas de renegociação do pacto conjugal, que termina por se demonstrar insustentável ou, talvez, que em certos momentos passe a exigir investidas mais radicais da mulher, mesmo que ela vise, ainda uma vez, à renegociação do contrato doméstico” (Soares, 1993:14).

Foi possível depreender dos depoimentos que, ao procurarem a polícia e registrar a queixa contra as agressões sofridas, a intenção das vítimas era por fim a uma situação que, cada vez mais,

parecia fugir de seu controle. Essa situação pode ser o casamento ameaçado, o desejo da separação judicial, ou o reconhecimento das agressões como violência, como crimes que devem ser punidos. Ainda que os depoimentos na polícia, na fase de inquérito policial, tenham sido tomados logo após a ocorrência, foi possível observar que as mulheres apresentavam diferentes motivações para tomar essa iniciativa. Essas motivações se traduzem em estratégias e maneiras de descrever o que aconteceu, de modo que alguns elementos permaneçam confusos e que possam ser modificados, sem perturbar a trama inicial, uma vez que em muitos casos, ao registrar a queixa na polícia, essa decisão pode ter sido motivada por uma opção em publicizar o conflito, mas isso não exclui a possibilidade de que a solução dos conflitos ocorra por outras vias.

Ardaillon e Debert (1987) observaram, entre suas conclusões, que um dos fatores que influenciam as diferenças existentes entre o número de Boletins de Ocorrência registrados e o número de inquéritos policiais que são instaurados e seguem para a esfera judicial não se deve tanto a dúvida sobre a ocorrência do delito, mas à dúvida sobre até que ponto a vítima deseja punir legalmente seu agressor (Ardaillon e Debert, 1987:54).

São vários os relatos em que as mulheres, dias após terem registrado a queixa contra seus agressores, retornam à delegacia dizendo que querem retirá-la porque os desentendimentos já foram superados e o casal voltou a viver em harmonia. Esses relatos repetem-se nos Fóruns, onde as mulheres procuram os juízes e promotores pedindo que arquivem os processos, de modo que o caso seja encerrado e não reste nenhum indício de sua passagem pela polícia ou pela justiça. O que essas mulheres desconhecem é que a queixa, uma vez registrada pela polícia, não pode mais ser retirada.

Dessa forma, mesmo desconhecendo o funcionamento da justiça, essas mulheres desenvolveram estratégias de denúncia que permitem uma manipulação dos fatos de acordo com o desfecho desejado. São exemplos dessa estratégia os casos em que as mulheres informam em seus relatos que são constantemente agredidas sem saber por que estão sendo agredidas e sem saber descrever os motivos para a agressão.

Já na fase judicial, quando ouvidas pelo juiz, foram observadas diferenças na forma como as agressões são descritas pelas vítimas, diferenças que se refletiram nas decisões judiciais, influenciando na absolvição ou na condenação dos acusados. Em alguns casos, em seus depoimentos, as vítimas não demonstraram mais preocupação em descrever o cenário das agressões e os fatores externos aos quais atribuíam o desequilíbrio em seus relacionamentos. Desapareceram, por exemplo, as referências à bebida e à infidelidade conjugal. Neste depoimento, declararam que a vida do casal voltou "ao normal". Para dar maior peso a esta nova versão em seus relatos, afirmaram que os acontecimentos foram superados pelo casal, que o casal voltou a viver em harmonia, não tendo mais ocorrido brigas ou discussões.

Os fatores que haviam sido apontados como responsáveis pelas agressões foram omitidos ou modificados. Quanto ao modo como as agressões ocorreram, foi possível identificar três situações no depoimento das vítimas na fase judicial, nos processos que resultaram em absolvições: a) as agressões foram negadas, isto é, a vítima em sua nova versão dos acontecimentos declarou que as lesões foram provocadas por uma queda, ou um acidente doméstico; b) a vítima assumiu parcialmente a responsabilidade pelas lesões dizendo que resultaram de agressões mútuas; c) a vítima assumiu integralmente a responsabilidade pelas lesões dizendo que provocou e agrediu o

réu e as lesões ocorreram quando ele tentava se defender das agressões iniciadas por ela.

A versão de que em outros momentos já teriam sido agredidas pelo réu foi modificada e na nova versão a agressão que desencadeou o processo criminal foi a primeira e única que sofreram.

Se, em seu depoimento na polícia, a mulher apontou alguns indícios de que reconheceu nessa agressão uma violação de seu corpo e de seus direitos, neste segundo momento, a agressão enquanto crime de lesão corporal, perde toda sua força e passa apenas a justificar um desabafo. Se o objetivo da vítima for reequilibrar seu casamento haverá então uma preocupação em garantir aos agentes jurídicos que tudo já foi superado, que o casal está reconciliado e que não ocorreram novas agressões.

Nos casos nos quais o casal já estava separado ou nos quais uma reconciliação não foi possível, o argumento apresentado é de que, mesmo separado, o casal mantém um bom relacionamento e que o agressor tem cumprido suas obrigações pagando a pensão alimentícia a seus filhos.

Há um terceiro tipo de caso, intermediário, onde o casal não se separou de fato, mas vive na mesma casa dormindo em quartos separados. Neste caso, a vítima até admite que ocorreram agressões mútuas e que só não se separou ainda por falta de condições financeiras.

Comparando-se os aspectos selecionados para a análise — o cenário e os motivos das agressões —, segundo a decisão judicial, foi possível perceber que existe uma semelhança entre as situações relatadas na polícia, preservadas as diferenças relacionadas à trajetória individual dos protagonistas. A pergunta que se coloca nesse momento é por que em casos que são aparentemente idênticos, as decisões judiciais ora absolveram, ora condenaram os acusados?

Essa diferença parece afirmar que as decisões judiciais não se pautaram apenas na intencionalidade do réu em praticar as agressões, mas também pela intenção da vítima ao denunciar seu agressor.

Quando a comparação entre os processos focaliza, por exemplo, os motivos apresentados para a ocorrência das agressões, observa-se que entre os casos que resultaram em condenações, embora os motivos nem sempre estejam bem definidos, os depoimentos mantiveram maior coerência nas diferentes fases do processo, coerência que está sendo atribuída à motivação das vítimas ao iniciarem o percurso de denúncia do caso à polícia.

Nos processos que resultaram em absolvição pela justiça, as mulheres, instruídas pelos advogados ou por opção própria, omitiram detalhes em seus depoimentos, melhorando a imagem do agressor, exaltando suas qualidades como pai e marido e demonstrando que as agressões ocorreram em decorrência de um desequilíbrio nas relações do casal, que já foi superado. Nos casos que resultaram em condenações, a posição das vítimas foi sempre de acusação: as agressões foram relatadas com detalhes, o comportamento do réu, descrito desde o início como violento, foi acrescido do relato de novos episódios de violência, sendo que em alguns casos as vítimas afirmaram que foram agredidas porque o réu recebeu intimações para comparecer na polícia ou em juízo. Entende-se que nos casos em que houve condenação as mulheres, ao iniciarem o percurso da busca de ajuda externa, tinham como objetivo acabar com as agressões e buscaram a mediação da justiça com esse objetivo. Reconheciam, nas situações de violência em que estavam envolvidas, um desrespeito aos seus direitos. Reconheciam também que continuar vivendo com o agressor significava continuar sendo agredida e ameaçada.

Os depoimentos dos agressores contríbuiam para o entendimento do tratamento

que a justiça dispensa aos casos de conflito de gênero, na medida em que permitem que se analisem as agressões sob a ótica de quem as protagoniza e procura justificá-las a partir daquilo que consideram uma inadequação ao modelo de mãe e esposa exemplar. Dessa forma, os réus buscaram diferentes justificativas para as agressões, por exemplo, à mulher que se recusa a manter relações sexuais é atribuído o estigma da infidelidade conjugal; quando ela não cuida direito da família, ou quando trabalha fora, mesmo que seja responsável pelo sustento do lar, lhe é atribuída uma inadequação ao casamento (são mulheres que querem viver como se fossem solteiras). Embora não expliquem a ocorrência das agressões, essas justificativas permitem aos agressores justificarem seus comportamentos sempre tendo por referência o comportamento de suas esposas e companheiras. Contribuem assim para que o conflito existente não transborde as fronteiras do privado, desautorizando a intervenção da justiça em questões que estão previstas no contrato civil do casamento (mesmo não sendo casados legalmente, o fato de ambas as partes terem concordado em viver juntas torna válidas as cláusulas do mesmo contrato).

Nos depoimentos dos réus as agressões estavam inscritas em cenários bastante conturbados que se caracterizam por envolver mulheres descritas como "nervosas", excessivamente ciumentas, infiéis e muitas vezes "dadas ao vício da embriaguez", por oposição às declarações das vítimas que responsabilizavam o comportamento inadequado dos réus pela ocorrência das agressões.

Nos casos que compuseram o universo empírico deste trabalho, as versões apresentadas pelos réus se modificaram com o andamento dos processos, ora para que suas versões se adequassem àquelas apresentadas pelas vítimas, ora porque precisavam convencer os agentes jurídicos de que na realidade não praticaram nenhuma

ma agressão, ao contrário do que afirmavam as vítimas. Nesses casos a estratégia adotada pelos réus e seus defensores foi de não negar a ocorrência de brigas e agressões, mas negar que tenham dado início ao conflito, estratégia que encontra confirmação no estudo de Ardaillon e Debert (1987). Dessa forma, as agressões foram sempre descritas como resultado de um “descontrole das vítimas” — acusadas de terem “ataques de nervos, de embriaguez e de infidelidade” — que agrediram os réus obrigando-os a reagirem em legítima defesa. Em geral, negaram também que já tivessem ocorrido outras agressões entre o casal; mas, se admitiram sua ocorrência, foi para figurar como vítimas e não como agressores.

Nesses casos os cenários foram formados por informações que se referem sempre ao comportamento das mulheres. Diferente das vítimas que, em seus depoimentos, procuravam apresentar as causas iniciais das agressões relacionando os desvios no comportamento do agressor e os efeitos que isso tinha sobre seu casamento, os agressores limitavam-se a informar sobre as agressões e o que as motivou.

A culpa pelo início das discussões é atribuída à vítima que não respondeu a uma pergunta ou que o provocou com alguma insinuação. Nos depoimentos prestados pelos agressores na fase policial foi possível identificar três situações: a) os agressores afirmam, desde o início, que não houve agressão e que a vítima se machucou sozinha em um acidente doméstico ou durante uma discussão, quando tentavam agredi-los; b) afirmam que não lembram o que aconteceu porque estavam bêbados e não sabem se houve ou não uma discussão e agressões; c) afirmam que as lesões foram provocadas pela vítima pois agiram em legítima defesa quando foram injustamente agredidos ou provocados.

Chamam a atenção os casos em que os réus, ao deporem na polícia, admitiram as agressões e ameaças, sem nenhuma preo-

cupação em atenuar os atos que cometeram. Esses réus admitem que bebem e que nessas ocasiões agredem suas companheiras e esposas. A bebida não funciona nesses casos como uma atenuante, é apenas um componente do cenário onde as agressões se desenrolam. A hipótese, nesses casos, é de que eles agem desta maneira porque acreditam que suas mulheres nunca os denunciariam e, mesmo nos casos em que o fizeram, confiam na impunidade que cerca seus atos.

Em juízo, os depoimentos prestados pelos réus modificaram-se para se ajustar às declarações feitas pelas vítimas. Nos casos que resultaram em absolvição, quando depuseram perante o juiz, as vítimas declararam que tudo já havia sido superado, ou quando se responsabilizaram pelas lesões, alegando que se machucaram durante um acidente doméstico ou quando tentavam agredir o réu. Assumindo em parte ou integralmente a ocorrência das agressões, as vítimas deixaram aos agressores a tarefa de ratificar junto às autoridades o que declararam, reforçando a idéia de que tudo realmente foi superado e que o casal voltou a viver em harmonia.

Entre os casos que resultaram em condenação, além das vítimas não terem atenuado sua culpa nas agressões, o comportamento dos réus durante o andamento dos processos na esfera judicial também influenciou o desfecho processual. Em alguns casos, os réus se tornaram revéis, não comparecendo a nenhuma audiência para depor. Este comportamento foi considerado indício de seu envolvimento nas agressões. Em outros casos, os réus compareceram para depor em juízo e apresentaram versões contraditórias nas quais negavam tudo o que as vítimas afirmaram sobre as agressões e a respeito de seu comportamento. Outro fator que pesou na condenação desses réus foi o fato de terem ocorrido outras agressões ou ameaças, mesmo depois da vítima ter procurado ajuda da polícia.

A tipologia aqui proposta se restringiu aos casos de violência conjugal porque são eles que melhor permitem observar como se dá a confluência das esferas macro e microsociológicas na solução judicial dos casos de conflito de gênero. Quando confrontados na polícia e na justiça, vítima e réu tentam, cada um a sua maneira, explicar seu comportamento e atitudes a partir do comportamento do outro, ou melhor, da inadequação desse comportamento. É das versões apresentadas pelos agentes que surgem as referências sobre suas vidas cotidianas, suas dificuldades de lidar com a pobreza, com as virtudes e os defeitos do outro. Implicitamente está a idéia de valores morais que devem ser seguidos, de papéis sociais estabelecidos que devem ser desempenhados, de comportamentos a serem observados de acordo com a posição de cada um dentro da sociedade, posição que é dada entre outros elementos por sua idade, sexo e estado civil.

Nesse confronto surge também o entendimento que vítima e agressor têm da agressão ocorrida. Em alguns casos, a vítima identificou a agressão como um sinal de que seu relacionamento estava em desequilíbrio, o que significou que ela deveria procurar ajuda externa para resolver esse problema. Em outros casos, as agressões representaram uma violação dos direitos individuais que se expressou na violação do corpo e do próprio direito à vida. No primeiro caso, não houve uma criminalização da violência; no segundo caso, esta foi possível a partir do momento em que a vítima reconheceu a gravidade do ocorrido. O que aparece implícito em todos os depoimentos é o interesse da vítima em superar essas dificuldades e recuperar a harmonia familiar; nos casos em que esta não é mais possível, o objetivo é acabar com as agressões, abrindo-se a possibilidade de viverem uma nova vida.

Interessante desse ponto de vista é analisar qual dessas visões de violência

— uma criminalizada, outra não — tem sido aceita com maior frequência nos debates jurídicos. Os depoimentos que são apresentados durante o processo e que fazem parte da construção da *fábula* (Corrêa, 1983) são repletos de contradições que vão se agregando ao fato, sem que isto chegue a prejudicar o entendimento de como as agressões ocorreram. Estas contradições acabam por ficar suspensas, e no final do processo, quando é proferida a sentença final, elas podem ser adotadas como a versão final dos acontecimentos, passando a constituir a “verdade jurídica” (Foucault, 1983) sobre o caso julgado.

A leitura dos processos sob a ótica de seus protagonistas permitiu que o conflito de gênero fosse analisado pela ótica daqueles que o vivenciaram, colocando em evidência elementos que, na formulação do discurso jurídico serão apropriados pelos agentes jurídicos em suas intervenções, indicando quais as vias possíveis para a criminalização da violência contra a mulher.

A postura que vítimas e réus apresentaram diante da violência se refletiu sobre as decisões judiciais, que, conforme foi observado nos processos, atuou no sentido de preservar a família ainda que as provas técnicas e a admissão da autoria pelo acusado comprovassem sua ocorrência. Nesses casos, o desfecho processual se deu independente das formalidades jurídicas necessárias à comprovação do crime, mas foi determinado pelas relações de gênero, visando a manutenção dos papéis sociais, da família e do casamento. A polícia e a justiça são agentes nesse processo que, quando atinge seu objetivo de garantir a manutenção da família, endossam a solução privada, promovendo a absolvição do acusado e deixando de criminalizar a violência contra a mulher. O percurso de publicização da violência que havia se iniciado com sua denúncia à polícia termina com essa decisão, que transfere o conflito para a esfera privada.

Entre os casos que resultaram em condenação, a decisão judicial sancionou não apenas o fim do casamento, mas também o fracasso da sociedade na oferta de soluções para aquele conflito. A publicização desses casos garantiu que a mediação da justiça resguardasse a família de novos ataques que colocassem em risco sua sobrevivência.

Se esta análise se detivesse apenas sobre o discurso que a justiça produz a respeito do conflito de gênero, o alto número de absolvições encontrado poderia ser interpretado equivocadamente como uma inadequação do aparelho judiciário em tratar desses casos. Vistos pela ótica do gênero, atribuindo importância à intervenção feminina nos casos julgados, a intervenção da justiça se deu em perfeito ajuste com os interesses da sociedade – ou pelo menos das partes envolvidas – com relação à mediação desse tipo de conflito. Neste sentido a criminalização do conflito de gênero tem sua ocorrência condicionada à manutenção da família e do casamento.

Por este recorte, as decisões judiciais não devem ser entendidas apenas dentro da lógica interna da justiça (que define o que é crime, enquadra os atos nessa definição e cuida de puni-los de acordo com as leis), mas devem ser entendidas dentro da lógica da sociedade e das formas que apresenta para a solução desses conflitos, entre as quais o recurso à justiça se apresenta como uma das alternativas possíveis.

O discurso jurídico e a moralidade que ele produz formam-se a partir da confluência de dois procedimentos. Por um lado, estão os procedimentos técnicos que cuidam de selecionar quais são os elementos que melhor permitem a qualificação do crime ocorrido. Com esta finalidade se produzem os laudos de exames médicos, perícias – repletos de termos específicos e linguagem técnica de difícil acesso ao leitor leigo – e as folhas de antecedentes criminais, trabalho que

se desenvolve sob o restrito rigor do saber jurídico. Por outro lado, estão os procedimentos para a apuração da culpa ou da inocência, entre os quais valorizam-se os depoimentos dos protagonistas e sua apropriação pelos agentes jurídicos. Essa apropriação quando se traduz no discurso jurídico propicia a reprodução da desigualdade social na esfera jurídica (Adorno, 1994).

Essa articulação se reproduz em diferentes estágios dos processos, nos momentos em que os agentes jurídicos são chamados a intervir. A cada intervenção o caso narrado ganha novos contrastes. Cada agente que intervém no processo faz uma leitura do caso, da qual resulta uma nova versão. Dessa forma, ao terminar a leitura do processo, este se apresenta como um emaranhado de versões que, embora apresentem muitas contradições quando confrontadas entre si, apresentam uma coerência interna que faz sentido quando cada caso é tomado isoladamente (Corrêa, 1994).

Nos processos de lesões corporais, na medida em que as vítimas assumiram um papel importante na narrativa dos acontecimentos, modificando as versões sobre o conflito e demonstrando qual o desfecho que esperavam obter para o caso, a promotoria e a defesa em suas intervenções procuraram organizar os elementos apresentados, elaborando um discurso jurídico sobre o conflito de gênero que, em nome de uma política criminal que objetiva a preservação da família, garantisse a absolvição dos réus evitando que qualquer decisão contrária viesse a abalar o equilíbrio familiar. Juridicamente, essa preocupação com a família e com o casamento implica a formulação de práticas que inviabilizem a criminalização da violência contra a mulher. Nesses casos o que está sendo julgado não é a agressão, nem mesmo a adequação das vítimas e de seus agressores aos papéis sociais que lhes são designados. O que está sendo questionado é a

adesão dessas pessoas ao “interesse social” que visa preservar a família e o casamento enquanto instituições sociais.

Entre os casos cujo desfecho processual foram as sentenças de absolvição, esta decisão baseou-se em um acordo implícito entre as partes envolvidas no processo — protagonistas e agentes jurídicos — que resultou na produção de uma jurisprudência que garante que o conflito de gênero permaneça sem ser reconhecido como crime. Um exemplo desse tratamento é a forma como os conflitos foram descritos nas peças de intervenção do Ministério Público, da defesa e na sentença final, etapas processuais nas quais as brigas e agressões narradas foram qualificadas como “mero entrevero doméstico”, “pequeno entrevero sem maiores proporções”. Os ferimentos apresentados pelas vítimas, por sua vez, foram descritos como sendo “leves” ou “levíssimos”. Finalmente, essas mesmas peças decisórias afirmam que em nome do “interesse social” ou de uma “boa política criminal” que visa proteger a harmonia, os réus devem ser absolvidos.

Na maior parte desses casos, os argumentos adotados sustentaram-se na falta de provas técnicas e, principalmente, na ausência de testemunhas que tivessem presenciado as agressões. Outros argumentos adotados foram: as dificuldades para a apuração das circunstâncias em que ocorreram as agressões; a apresentação de versões conflitantes pela vítima e seu agressor, entre elas a impossibilidade de definir quem deu início às agressões; e o fato da vítima ter admitido em juízo que foi a responsável pelas agressões que sofreu, tendo antes agredido ou provocado o réu.

A leitura das argumentações produzidas pelos agentes jurídicos sugere que o discurso jurídico sobre o conflito de gênero adota uma estratégia que procura desviar a discussão do crime — sobre sua autoria, sobre o modo como foram cometidas as agressões e qual a gravidade das

lesões produzidas — para os comportamentos dos envolvidos. Nesses casos, a ênfase recai nos papéis sociais na medida em que eles estão relacionados com o casamento e a família.

O desfecho do processo na justiça, nesses casos, apenas confirma uma decisão tomada *a priori* pelas pessoas envolvidas no conflito. Se a busca de ajuda externa indicava a necessidade de restabelecer a harmonia familiar e conjugal, uma vez que ela foi obtida, a intervenção jurídica se torna desnecessária. Por outro lado, a decisão jurídica apenas poderia ser aplicada às agressões, que, traduzidas de acordo com os artigos do Código Penal, poderiam ser processadas como crime. O que se observa nos relatos dos protagonistas e dos agentes jurídicos é a constante tentativa de desviar o foco do debate jurídico das agressões para os motivos que as desencadearam, para o comportamento das pessoas envolvidas nessas situações esvaziando o processo de elementos que permitam essa criminalização.

Em ambos os casos — absolvições e condenações — observaram-se os pontos de confronto entre a esfera da legalidade e das normas sociais. Ao absolver um marido agressor a justiça age de acordo com o que a sociedade espera dessa instituição na intervenção nos casos de conflitos de gênero. Age no sentido da conformidade aos papéis sociais, reforçando as posições inerentes aos sexos masculino e feminino na sociedade, adotando como parâmetro a importância desses papéis para a preservação da família e do casamento. Nesses casos, o que estava sendo julgado e processado não era o crime de agressão, mas o grau em que essas agressões afetaram a estabilidade dessas instituições. Uma vez superado o conflito, não resultando em seqüelas na ordem social, não haveria por que condenar o agressor.

Nos casos que resultaram em condenação, a motivação das vítimas ao fazerem

a denúncia é diferente. A hipótese adotada nesses casos é de que não havendo mais o apelo das vítimas para que o casamento seja preservado, o que será colocado em julgamento será a agressão, que será enquadrada e julgada como um crime.

Dos 31 casos cujo desfecho foi a condenação dos réus, a maior parte envolveu casais que estavam separados no momento da agressão, ou cuja separação ocorreu logo após as agressões. Se houve confirmação na palavra da vítima que atestava sua vontade de se separar do réu (ou manter-se separada) diante da impossibilidade de reconciliação, o réu acabou condenado pela prática das agressões. Outro elemento que pesou a favor da condenação foi o fato do réu apresentar outros antecedentes criminais (o que significa ter se envolvido em outros processos penais) ou ter apresentado um compromisso inadequado que prejudicou sua família e desfez seu casamento.

Para a absolvição, o fato da ocorrência ter se dado quando agressor e vítima encontravam-se sozinhos, serviu para justificar a absolvição por falta de testemunhas e pela impossibilidade de afirmar quem teria dado início às agressões. A repetição das agressões serviu como exemplo da falta de interesse da vítima em ver seu agressor condenado. Nos casos de condenação, a ausência de testemunhas e o fato das agressões terem ocorrido num momento em que o casal estava sozinho revestem-se de caráter negativo, servindo para justificar a atitude dolosa do agressor.

Essa manobra só é possível porque na construção do discurso jurídico se apresenta para cada parte a possibilidade de se apropriar e manipular os elementos que melhor se adequem às teses que pretendam defender. Essa apropriação e manipulação são garantidas pelas práticas jurídicas, segundo as quais, o processo de criação da culpa e da inocência

percorrem caminhos que, tomados fora do contexto do processo, se apresentam contraditórios e sem sentido.

A manipulação desses elementos para a construção do discurso jurídico faz parte de um processo maior que se inicia com a apropriação do fato pela esfera policial, passa por sua transformação em fato criminal e leva à sua transformação em um “acontecimento”. Ao se apresentar como “acontecimento” (Veyne, 1974), o fato que está sendo processado e julgado pouco ou nada tem a ver com o fato que originou a ação criminal. O acontecimento define-se por ser um corte na realidade que submetido a diferentes leituras revela diferentes possibilidades de interpretação. Ele depende para sua constituição de uma narração, o que, por sua vez, implica uma seleção dos elementos que serão apresentados, uma vez que nenhuma narração pode abarcar a totalidade dos fatos.

Nesse mesmo sentido, Mariza Corrêa (1983) descreve os processos de homicídio como “fábulas”, nas quais o real é apropriado e processado, gerando ao final várias versões sobre o fato inicial, sendo que com a decisão judicial marca-se o momento em que apenas uma dessas versões será aceita como verdadeira.

Se a estratégia da acusação, que nesses casos deteve-se nas provas materiais e testemunhais para embasar o reconhecimento da culpa dos réus nas agressões, sinaliza para uma mudança no tratamento que a justiça dispensa aos casos de conflito de gênero, a estratégia da defesa que, para provar a inocência dos réus apelou para elementos mais subjetivos extraídos dos depoimentos das vítimas, das testemunhas e dos próprios réus, indica que as mudanças ainda são poucas e permitem que esse tipo de argumento seja acolhido nas decisões judiciais. As teses defendidas pela defesa consistiram em negar o envolvimento dos acusados na prática das agressões ou alegar que

agiram em legítima defesa. Como teses subsidiárias, apelaram para os motivos subjetivos que levaram réus e vítimas a se envolverem nessas situações de discórdia e agressão. Estes motivos, na maior parte das vezes, foram apresentados como relacionados à inadequação das vítimas a seus papéis, descrevendo mulheres desequilibradas e vingativas, por oposição aos réus, descritos como perfeitamente adequados aos papéis sociais que deveriam desempenhar.

Com a sentença final consolida-se a verdade jurídica a respeito de cada caso em particular. Nesse momento, para cada caso será selada uma decisão que leva em conta a particularidade dos fatos narrados relacionando-os à história de seus protagonistas, ao mesmo tempo em que universaliza a decisão adotada, de modo que a mesma decisão poderá ser adotada em outros casos, que juridicamente possam ser definidos como semelhantes. Essa semelhança se define pela comprovação de elementos que podem ser descritos como objetivos: a autoria e a comprovação da ocorrência das lesões.

Finalizada a leitura dos processos de lesões corporais, oportunidade em que foram vistos tanto sob a ótica de seus protagonistas e o tipo de solução que esperavam encontrar ao denunciar os casos de agressões para a polícia, quanto sob a ótica da justiça, ou seja, do modo como os agentes jurídicos se apropriaram e manipularam os elementos que foram extraídos dos depoimentos, constatou-se que a absolvição e a condenação dos agressores ocorreram em conformidade com aquele que estava sendo definido como um comportamento adequado para homens e mulheres adultos que vivem nos grandes centros urbanos. Nesses casos, a criminalização dos casos envolvendo conflitos de gênero foi possível, todas as vezes que as agressões, mesmo antes de serem denunciadas para a polícia, afetaram a família e o casamento

levando à sua dissolução. Nos casos que resultaram em absolvições, estas decisões foram possíveis porque a reconciliação entre o casal permitiu que o conflito fosse novamente transferido para a esfera doméstica, onde obteve solução.

Ainda que essas condenações tenham se dado com a aplicação da pena mínima, elas devem ser vistas como decisões que apontam para mudanças no tratamento que a justiça criminal tem dispensado aos casos que envolveram conflito de gênero, revelando que a criminalização desses conflitos é possível e que ela depende unicamente da forma como a sociedade, ainda nos dias de hoje, encara essas ocorrências.

A relação entre papéis sociais e desfecho processual pode ser confirmada na leitura daqueles processos em que a vítima e seu agressor não estavam unidos por laços matrimoniais. Nesses casos, cada um dos protagonistas foi avaliado separadamente, segundo sua atuação nas esferas públicas e privada. Destacaram-se nesses casos, por exemplo, as informações a respeito da situação conjugal da vítima (se era casada, se era solteira) e do comportamento social do réu (se trabalhava, se tinha dívidas etc.). Quanto mais esses comportamentos se mostraram desviantes em relação ao comportamento socialmente aceito, maior foi a possibilidade de criminalização da violência.

Todavia, mesmo nos casos em que a condenação dos agressores e de seus atos foi possível, esta decisão não ensejou uma contestação do modelo de família ou dos termos em que se estruturam as relações entre os sexos levando à hipótese de que estas decisões foram possíveis devido a uma mudança na interpretação desses modelos.

O que se pode supor a partir da leitura dos processos é que este modelo pode ter se transformado, passando-se de uma descrição que privilegiava a indissolubi-

lidade do casamento, que deveria ser defendida e aceita, a despeito do tipo de relacionamento entre o casal não se compatibilizar com a imagem da família feliz que esse modelo preconiza, para um modelo cuja principal característica reside na “harmonia” entre o casal.

Essa mudança nos comportamentos não ocorreu isoladamente, mas dentro de um processo de modernização da sociedade que possibilitou às mulheres um espaço que antes lhes era negado. Essas mudanças ocorreram em diferentes esferas da sociedade — econômica, política, social — e trouxeram em seu bojo mudanças nos papéis sexuais. Com essas mudanças o papel feminino deixou de definir apenas pelas obrigações conjugais e relativas à manutenção da família, levando a um reordenamento dessas funções entre os cônjuges. Todas essas mudanças trazem em seu bojo a luta pelos direitos individuais.

Dessa mudança resultou também a necessidade de encontrar novas formas para a solução dos conflitos. Nesses termos, deixando de ser considerada indissolúvel, a separação do casal pôde ser aceita como uma solução privada para o conflito, sem que o modelo de família tenha sido afetado (exemplo pode ser extraído daqueles casos que resultaram em absolvição, nos quais o casal estava separado e a vítima declarou em juízo que mesmo separado o casal mantinha um bom relacionamento). Para a preservação desse modelo “modernizado” ou atualizado de família, as relações entre os sexos e a forma como se organizam ganham destaque. Este é mais um resultado desse processo de modernização que alterou os limites para o exercício da sexualidade feminina e masculina (por exemplo, as experiências sexuais antes do casamento, para homens e principalmente para mulheres, já são aceitas com maior naturalidade pela sociedade).

As decisões judiciais, embora tenham sido adotadas em função da adequação

dos envolvidos aos modelos prescritos para os comportamentos sexuais, deram-se com base em duas estratégias diferentes. Nos casos de absolvição, a decisão teve como objetivo preservar a família, de modo que a solução privada, como a separação do casal, ou a superação do conflito pelas partes, pode ser aceita para justificar a decisão sem que com isso o modelo fosse afetado ou que a atuação da justiça pudesse ser considerada falha.

Nos casos que resultaram em condenações, a justiça procurou preservar a “harmonia” do modelo, ou seja, sua validade. Uma vez que os modelos são definidos socialmente, a condenação dos agressores expressou a necessidade de solução externa para o conflito para que o grupo social no qual este modelo se inscreve não fosse afetado. Nesses casos, a intervenção da justiça foi socialmente reconhecida como necessária e adequada. Nos dois casos o modelo em questão é o mesmo, diferindo apenas as estratégias adotadas para sua preservação.

Algumas considerações se fazem necessárias com relação a alguns dos diferentes fatores que intervieram na condução desses casos na esfera judicial e na conseqüente decisão judicial que condenou ou absolveu os agressores.

Uma das questões que esteve presente em todos os processos, como pano de fundo nas situações relatadas pelos protagonistas, é a pobreza, ou antes, a carência que marca a vida das pessoas envolvidas nos casos analisados, que se traduz numa carência de direitos e de instituições mediadoras dos conflitos.

Ao escolher o Fórum de Santo Amaro para a realização da pesquisa empírica, um dos objetivos era selecionar processos que tivessem envolvido pessoas de diferentes classes sociais. Logo na primeira seleção, ficou claro que a maior parte dos processos envolvia vítimas e agressores com baixo nível de qualifica-

ção profissional, residentes em bairros que formam a periferia da zona sul de São Paulo, vivendo em bairros sem infraestrutura.⁸

Atualmente, já se reconhece que a violência contra a mulher não é um fenômeno associado à pobreza, ou à ignorância, e que pode ocorrer em qualquer classe social, independente de nível econômico, de escolaridade, religião ou opção política. Determinante nesses casos parece ser o entendimento que a sociedade abrangente, ou o grupo social em questão, produz a respeito das relações de gênero e os limites de atuação para homens e mulheres dentro da sociedade, incluindo-se aqui o grau de respeito pelas liberdades individuais.

A despeito desse reconhecimento, as estatísticas (Soares, 1993; SEADE/CECF, 1987) continuam a mostrar que a maior parte das ocorrências se registrou entre as camadas mais baixas da população, reforçando o senso comum que associa violência e pobreza. Um recurso explicativo para essa diferença entre duas realidades tão definidas seria a diferença no acesso às instâncias de mediação do conflito.

Essa carência de direitos e de recursos pode ser abordada a partir de duas perspectivas. Em primeiro lugar, estão os depoimentos prestados pelas mulheres vítimas de agressões, nos quais revelam que a violência física a que são submetidas se insere num contexto marcado por toda a sorte de carências e violações a seus direitos. Os relatos que fazem a

respeito do modo como vivem e as dificuldades que enfrentam indicam, entre outros problemas, a convivência com dificuldades financeiras, problemas relacionados à sobrevivência dos filhos e à manutenção da casa e desorganização familiar.

Em segundo lugar, estaria sua decisão em procurar a polícia que revela a falta de alternativas para a solução dos conflitos. Dessa forma, sem condições de ter acesso a outras instâncias que promoveriam a mediação dos conflitos, resta a essas mulheres recorrer à polícia e à justiça — instituições públicas — em busca de auxílio para a solução de conflitos de natureza privada, como é o caso dos conflitos conjugais, que representaram aproximadamente 80% dos processos analisados.

Para as mulheres pertencentes às classes médias e alta existe a possibilidade de recorrer a outros agentes que atuam na mediação e pacificação dos conflitos, como por exemplo, advogados, médicos, sacerdotes, psicólogos. Estes agentes representam um papel de instância reparadora das relações, que mantêm sua ocorrência confinada na esfera privada. Na ausência dessas instâncias de mediação, a justiça e a política são chamadas a intervir. Contudo o que se espera delas nessa intervenção não é a condenação dos agressores, mas que atuem no sentido da reparação das relações conjugais.

Como exemplo, poder-se-iam citar aqueles casos em que o registro da queixa na polícia e o posterior andamento dos processos na esfera judicial deixaram entrever a existência de um litígio em relação à divisão dos bens do casal, em virtude da separação conjugal. Nesses casos, as mulheres recorreram à justiça, não com o objetivo de acabar com as agressões — cuja ocorrência acaba sendo colocada sob suspeição — mas legitimar seu pedido de separação e a necessidade de intervenção dos agentes jurídicos para garantir seus direitos nessa separação.

(8) É digno de nota que em alguns casos a pobreza em que viviam vítimas e agressores tenha sido usada pelos agentes jurídicos, principalmente aqueles encarregados da defesa, para justificar a ocorrência das agressões. As justificativas nesses casos referem-se ao fato de que, pobres e ignorantes, as pessoas envolvidas não conheceriam outros meios de solucionar seus conflitos ou resolver suas diferenças.

Abordando este aspecto da pobreza, observa-se que, embora o recorte de gênero incida transversalmente sobre as outras categorias, por exemplo, classes sociais, em cada ponto de interseção é possível observar singularidades que refletem as relações entre as pessoas e o Sistema Judiciário, sugerindo que a população pode se apropriar de diferentes formas da justiça.

Com relação aos casos analisados, a leitura dos processos pela ótica de seus protagonistas permite concluir que ao acionar a justiça para acabar com as agressões, essas mulheres nem sempre aguardam como decisão final a condenação de seus agressores. Nesse sentido, não há razão para afirmar que a justiça falhou no tratamento dos casos de conflito de gênero, absolvendo os agressores na maior parte dos casos que lhe foram apresentados.

Como foi observado, todo o debate jurídico se estruturou em torno de duas instituições: casamento e família. Dessa forma, as decisões de absolvição ou de condenação basearam-se em maneiras diferentes de manipulação dos elementos apresentados pelas vítimas e agressores em seus depoimentos, que permitiram aos agentes jurídicos determinar qual o grau de adequação dessas pessoas aos papéis sociais que lhes foram designados.

Como resultado dessa forma de aplicação da justiça, ocorre a formulação de uma política criminal e de uma jurisprudência que, a despeito da comprovação do crime, justificam a absolvição do agressor em nome da preservação da família, que, desta forma, é colocada acima de qualquer decisão judicial que ocorra como resultado da restrita aplicação das leis.

Ardillon e Debert (1987) em sua análise afirmam que as decisões judiciais se dão sempre no sentido de adequar vítimas e agressores aos modelos de comportamento socialmente determinados, sem que haja qualquer crítica a esses modelos. Neste trabalho, mesmo entre os

casos que resultaram em condenação, que poderiam, à primeira vista, representar uma forma de crítica aos modelos existentes, observou-se que esta pena se aplicou sem que o modelo fosse questionado, representando, pelo contrário, uma medida que visa sua preservação.

Todavia, observou-se que, se por um lado o modelo permanece sendo aplicado sem críticas, houve, por outro, uma mudança na interpretação desse modelo.

As mudanças sociais ocorridas nos últimos 15 anos, responsáveis por mudanças no papel da mulher na sociedade, afetaram também o modelo de família e casamento vigentes na sociedade. A inserção das mulheres na esfera pública fez com que elas abandonassem o "exclusivismo" das tarefas domésticas, levando a uma redistribuição das atividades entre os cônjuges e entre os outros membros da família. Nessa nova família, as tarefas foram redistribuídas de tal forma, que todos passam a ser responsáveis pelo funcionamento do lar. Às mulheres, antes confinadas ao espaço doméstico, abriu-se o acesso à esfera pública, forçando-as a relegar para terceiros os cuidados com os filhos e com a organização da casa. É claro que esta passagem foi muito mais fácil para as classes médias, que puderam contar com o auxílio de aparatos domésticos e servidores domésticos, que assumem suas tarefas, resguardando para os homens a prerrogativa das atividades na esfera pública.

Entre as classes populares, essa passagem se fez com maiores dificuldades e as mulheres ficaram sobrecarregadas por uma dupla jornada de trabalho. Isto, aliado às dificuldades de inserção no restrito mercado de trabalho para a mão-de-obra feminina, fez com que essas mulheres buscassem outras alternativas de trabalho para colaborar com o sustento da casa. Entre essas atividades, estão aquelas ligadas ao mercado informal de trabalho: vendedoras de produtos de higiene e beleza, costureiras, venda de roupas e bijuterias, manicu-

re etc. São atividades que podem exercer em seu horário de folga, depois de terminadas as lides domésticas e os cuidados com os filhos. É interessante destacar que, ainda que muitas vezes colaborem mais do que seus maridos para o sustento da casa e da família, essas tarefas são descritas como atividades temporárias, que serão abandonadas tão logo o orçamento familiar esteja equilibrado, oportunidade em que poderão voltar a cuidar exclusivamente da casa.

Esta postura feminina diante do trabalho que desenvolvem aparece em alguns estudos, justificando os longos anos de agressões que sofreram sem denunciá-las à polícia, com medo que seus companheiros fossem presos; ou em casos em que se justificam, afirmando que continuam a viver junto com os agressores porque não teriam condições para se separar e manter a casa sozinhas. Observa-se que há um imaginário de casamento e de papéis sociais, masculino e feminino, que permanece inalterado diante das mudanças sociais (Costa e Bruschini, 1989).

Concluir que a absolvição dos réus ou a atribuição de penas mínimas nos casos de conflito de gênero atestam que a justiça é falha e sua aplicação desigual significaria adotar uma perspectiva restrita à lógica interna da justiça. Da ótica da sociedade, as decisões judiciais que absolveram os agressores, em nome de uma política criminal que preserva a família e o casamento, se coadunam com a expectativa da sociedade em relação a essa intervenção. Segundo essa lógica, a decisão da justiça sancionou a desigualdade entre os sexos na sociedade e reforçou a hipótese de que as relações entre os sexos se dão como relações de poder, nas quais ora um ora outro se encontra numa posição privilegiada em relação ao seu parceiro. Exemplificando, poder-se-ia dizer que ao conseguir a restauração de seu casamento, e manipular os elementos que garantam a absolvição de

seus agressores, essas mulheres se encontram em posição privilegiada em relação a seus parceiros e em relação à sociedade, pois mostraram-se aptas a reabilitar suas relações conjugais e familiares. Com a condenação, a justiça sanciona o fracasso das pessoas envolvidas nas relações, e condena os agressores para que essa imagem negativa não prejudique a harmonia do modelo de família vigente naquele grupo social.

Finalmente, observa-se que esse "novo" modelo de família comporta dois tipos de decisão: uma decisão seria interna ao modelo, com a pacificação dos conflitos e conseqüente absolvição dos agressores, visando à preservação e à união da família. Neste plano, a decisão, embora ocorra na esfera pública, respeita e preserva as soluções adotadas pelo grupo social levando em conta a trajetória individual dos envolvidos e sua capacidade de prosseguir nesse relacionamento.

A outra decisão objetiva a repressão do comportamento criminoso, com a conseqüente condenação dos agressores. Essa decisão é externa ao modelo e visa preservá-lo em nome de um interesse social. Neste plano a decisão se dá independentemente da trajetória individual dos envolvidos, pautando-se por elementos que permitam a comprovação do crime. Aparentemente, estes dois tipos de decisão são pautados pela postura das vítimas ao denunciarem as agressões à polícia, e dela dependem também as possibilidades de criminalização do conflito de gênero.

Bibliografia

ADORNO, S. *Justiça Criminal e Violência Urbana*. Relatório de pesquisa. CEDEC/NEV, 1988b.

———. Crime, Justiça Penal e Desigualdade Jurídica: as mortes que se contam no Tribunal do Júri, in *Revista USP - Dossiê Judiciário*. São Paulo, n. 21, março-maio/94, p. 132-151.

- ARDAILLON, D. e DEBERT, G.G. *Quando a Vítima é Mulher. Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio*. Brasília : CNDM, 1987.
- AZEVEDO, M. A. *Mulheres espancadas. A violência denunciada*. São Paulo : Cortez, 1985.
- CAMARGO, B.; DAGOSTIN, C.G. e COUTINHO, M. A violência denunciada contra mulher: a visibilidade via Delegacia da Mulher em Florianópolis, in *Cadernos de Pesquisa FCC*, SP (78), agosto/1991, p. 51 a 58.
- CAMPILONGO, C.F. O Judiciário e a Democracia no Brasil, in *Revista USP – Dossiê Judiciário*. São Paulo, n. 21, março-maio/94, p. 116-125.
- CANÇADO, M.E.R; SILVA, M.V. e ALMEIDA, S.S. *Violência Conjugal: silêncio e repressão*. XV Encontro Anual da ANPOCS, MG, out./1991.
- CASTRO, M. G. *O conceito de gênero e a análise sobre mulher e trabalho: primeiras notas sobre impasses teóricos*. IX Congresso Nacional dos Sociólogos. Seminário Latino-Americano de Sociologia, São Paulo, agosto/1992.
- CORRÊA, M. *Morte em família. Representação jurídica de papéis sociais*. São Paulo : Graal, 1983.
- COSTA, A. e BRUSCHINI, C. (org.) *Rebelião e Submissão. Estudos Sobre a Condição Feminina*. São Paulo : FCC/Vértice, 1989.
- FARIA, J.E. O Desafio do Judiciário, in *Revista USP – Dossiê Judiciário*. São Paulo, n. 21, março-maio/94, p. 46-57.
- FOUCAULT, M. *A História da Sexualidade*. 9.^a ed. Rio de Janeiro : Graal, 1988.
- . *La verdad y las formas jurídicas*. México : Gedisa, 1983.
- GREGORI, M. F. *Cenas e Queixas. Um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*. São Paulo : Paz e Terra/ANPOCS, 1993.
- LOPES, J.R. Justiça e Poder Judiciário ou a Virtude Confronta a Instituição, in *Revista USP – Dossiê Judiciário*. São Paulo, n. 21, março-maio/94, p. 22-33.
- PAOLI, M. C. As ciências sociais, os movimentos sociais e a questão de gênero, in *Novos Estudos CEBRAP*, n. 31, out./1991, p. 107-120.
- SADEK, M.T. e ARANTES, R.B. A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes, in *Revista USP – Dossiê Judiciário*. São Paulo, n. 21, março-maio/94, p. 34-45.
- SCOTT, J. *Gênero: uma categoria útil para a análise histórica*. Tradução : Christine Rufino Dabat. Recife, 1988.
- SEADE. *Um Retrato da Violência contra a Mulher, 2.038 B.o*. São Paulo : SEADE/CECF, 1987.
- SOARES, L.E. *et alli. Violência Contra a Mulher: um estudo comparativo*. Rio de Janeiro : Núcleo de Estudos ISER, 1993.

7. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O CRIME DO SACOPÃ (ÚLTIMA PARTE)

RENÉ ARIEL DOTTI

SUMÁRIO: 1. As impressões da sessão de julgamento do *habeas corpus* – 2. A repercussão do *habeas corpus* – 3. A divulgação pela imprensa: 3.1 A cobertura do jornal *O Globo*; 3.2 A cobertura da revista *Veja*; 3.3 A cobertura da revista *O Cruzeiro* – 4. A opinião de criminalistas famosos – 5. As diligências para o novo Júri – 6. O encerramento da causa penal – 7. A relação de forças – 8. O triângulo amoroso – 9. A passagem do tempo – 10. *In dubio pro habeas corpus* – 11. Fontes de consulta e pesquisa.

1. As impressões da sessão de julgamento do *habeas corpus*

A revista *Veja* descreveu as impressões causadas na sessão de julgamento do *habeas corpus* pelos membros da Corte, pelo paciente, por figuras envolvidas com a causa e pelos espectadores.

“A sala de sessões, como no julgamento de 1954, estava lotada em grande parte por senhoras acima de trinta anos. Algumas delas, certamente em regozijo por se aproximarem do lendário Bandeira, ainda que a figura pouco ou nada lembrasse o oficial da mocidade. Contrariando a impassibilidade da imagem antiga, o personagem principal, naquele dia, iria chorar. Estava sentado na primeira fila do plenário, já que o Supremo não tem banco de réus, entre sua mulher, Teresa, e o ex-deputado Tenório Cavalcanti,¹

velho amigo e advogado, que duas vezes havia fracassado nas tentativas de rever o processo.

“Agora, o defensor era Joaquim de Sousa Neto, ex-desembargador e ex-Juiz no Rio (foi quem presidiu, entre outros, os julgamentos dos matadores de Aída Curi – 1956 – e dos pistoleiros que emboscaram o jornalista Carlos Lacerda – 1954). E seu memorial de 182 laudas contava a história de um processo falho em vários pontos. Propositamente falho, ele argumentava, para condenar Bandeira e, assim, ocultar os verdadeiros culpados, gente da mais alta importância do Rio de 1952.

“*Bandeira chora* – Pacientes, os cinco ministros de togas reluzentes ouviram o arrazoado de Sousa Neto. Em seguida, o presidente da sessão, Min. Eloy da Rocha, anunciou a decisão de ‘conhecer do pedido’. Significa que o Supremo estava resolvido a discutir a questão. Mas Bandeira entendeu que se ia ‘conceder’ o pedido. Emocionou-se, tirou um lenço

⁽¹⁾ Natalício Tenório Cavalcanti de Albuquerque, chefe político de Caxias, no Estado do Rio de Janeiro, ex-Deputado Federal pela União Democrática Nacional (UDN) e tido como pistoleiro. Eram audaciosas e teatrais as suas aparições públicas, de capa e chapéu pretos, sempre empunhando uma me-

tralhadora, carinhosamente chamada de *Lurdinha*. Com aquela imagem aparentava encarnar um tipo de justiceiro social.

branco e chorou. No mesmo engano e no mesmo pranto, juntaram-se Teresa e Tenório. Conduzidos para uma sala dos fundos, onde tomaram calmantes, os três não puderam assistir aos votos que se seguiram.

“Existiu, naqueles quase sessenta minutos, um resquício da expectativa de 1954. O Min. Thompson Flores, relator do processo, discursou demoradamente, rebatendo cada uma das nulidades levantadas por Sousa Neto. Votou contra, para desagrado do plenário. O Min. Xavier de Albuquerque concordou com algumas falhas — ‘Trata-se de um processo muito estranho’ —, votou a favor, a assistência mal controlou o nervosismo. O seguinte seria o duro Min. Antônio Neder, que raras vezes aceita pedidos de *habeas corpus*. Surpreendentemente, também estranhou que a única jurada fosse qualificada com o nome de solteira — apesar de estar casada desde cinco anos antes do julgamento (Maria Diana Brito Pater-nostro, a jurada, explicou, na semana passada, que fora sorteada com o nome de solteira e informou ao Juiz sobre sua mudança de estado civil. Não houve duas pessoas, como insinuava Sousa Neto). E ainda achou errada a redação de um dos quesitos.

“Dois a um a favor de Bandeira, os Mins. Thompson Flores e Antônio Neder travavam ligeiro debate técnico, terminando quando Neder recordou passagens do início de sua carreira em Petrópolis. ‘Com a juventude que ainda conserva’, lisonjeou Thompson Flores. ‘Tomara’, agradeceu Antônio Neder.

“*Peço silêncio*’ — Terceiro a votar, o Min. Bilac Pinto quase nada falou. Acompanhava os votos de Xavier de Albuquerque e Antônio Neder. Desfez-se a tensão, abraçaram-se as senhoras do plenário, explodiram aplausos para Bandeira e sua gente, já de volta. Enérgico, o Min. Eloy da Rocha recriminou público e fotógrafos, que acendiam os flashes por ele proibidos: ‘Está em funcionamento o

Supremo Tribunal Federal. Peço silêncio’. E votou, finalmente, contra”.²

2. A repercussão do *habeas corpus*

O triunfo de Bandeira foi comemorado com um quase carnaval. Por toda parte, além de Brasília e do Rio de Janeiro, incendiavam-se discussões *ortodoxas* (entre os juristas, sobre o cabimento do remédio heróico) e *profanas* (entre a população em geral sobre a culpa ou a inocência). Era o grande assunto. Novamente em lágrimas, Bandeira proclamava: “É a justiça, em que sempre acreditei”. Sousa Neto, entre cumprimentos, definia: “O caso do Tenente Bandeira não foi um erro judiciário. Foi um crime judiciário”. E, agora, o que acontecerá? — todos queriam saber.

O julgamento do Supremo Tribunal Federal teve extraordinária repercussão nacional. Viviam-se em nosso país os tempos de opressão obscurantista e de terror institucionalizado, provocados pelo terrífico Ato Institucional n. 5, baixado em 13.12.1968, pelo Presidente Arthur Costa e Silva, ouvido o Conselho de Segurança Nacional. Esse órgão implementava o chamado *Poder Revolucionário* no contexto da ditadura militar.³ O sistema de supressão das liberdades de opinião e de comunicação interditava todas as matérias de conteúdo social, político, ideológico, econômico e cultural que não se amoldassem aos critérios e aos “objetivos revolucionários”.⁴ Mas abria *generosas clareiras* para assuntos

(²) *Veja*, n. 224, de 20.12.1972, p. 26. (Transcrição fiel do texto original.)

(³) O AI 5 foi revogado somente em 13.10.1978, através da Emenda Constitucional n. 11, que entrou em vigor em 1.º.01.1979. Teve, portanto, a longa duração de 10 anos.

(⁴) Os governos militares dos anos 60 e 70 mantinham servidores da Polícia Federal nas redações dos jornais para exercer a função de censores. Foi o tempo em que *O Estado de São Paulo* e *O Jornal da Tarde*

que não perturbassem a chamada *doutrina de segurança nacional* erigida para combater as formas diretas, lavradas ou imaginadas de subversão e corrupção. Como exemplo, no plano jurídico, basta verificar que enquanto o Ato Institucional n. 5 suspendeu a garantia do *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10), nenhuma restrição havia quando se tratasse de discutir a ilegalidade ou o abuso de poder no âmbito dos processos instaurados para apurar os mais graves delitos contra a vida, a integridade corporal, a saúde, a liberdade, a incolumidade pública, o patrimônio e outros bens jurídicos. A televisão, a imprensa e o rádio tiveram, portanto, amplo acesso ao processo e ao julgamento do *habeas corpus* que anulou a condenação profereida pelo Tribunal do Júri.

Conforme registrou a revista *O Cruzeiro*, em sua edição de 27.12.1972, o *habeas corpus* concedido pelo Supremo Tribunal Federal, por três votos contra dois, anulando o julgamento do Tenente Bandeira, foi considerado o maior acontecimento da justiça criminal daquele ano.

3. A divulgação pela imprensa

Muito embora a divulgação pela mídia eletrônica fosse intensa, somente os registros escritos puderam ser recuperados para o artigo ora publicado. Daí a remissão indispensável a alguns órgãos da imprensa que deram cobertura ao julgamento e aos fatos dele resultantes.

3.1 A cobertura do jornal O Globo

O Globo, que desde os primeiros dias após o crime deu-lhe grande destaque,

se notabilizaram ao preencherem os espaços censurados com poemas de Camões e receitas de culinária. Tais publicações eram *se-nhas* indicando a censura prévia.

também cobriu a decisão do Supremo Tribunal Federal, reconstituindo detalhes sobre o evento e seus protagonistas. Disse o jornal:

“Embora não tenha sido o mais brutal – ou sequer o mais engenhoso –, o Crime do Sacopã foi sem dúvida o que criou maior expectativa popular e maior envolvimento na opinião pública, no Brasil. Em março de 1954, dois anos após o assassinio do bancário Afrânio Arsênio de Lemos, o interesse do povo não diminuíra: milhares de pessoas se aglomeraram à porta do edifício do Foro na madrugada anterior de um julgamento que duraria 29 horas.

“As medidas de proteção policial, o clima emotivo e a tensão nervosa indicaram que aquele seria um julgamento extraordinário. E, de fato, foram numerosas as suas atrações extras: entre eles o desmaio do promotor Emerson Lima – após chamar o Tenente Bandeira de ‘alma de iceberg’ –, a vaia da multidão à chegada de Marina Andrade – o pivô do crime –, e a expulsão de um casal do Café Society que, após uma noitada no então famoso ‘Vogue’, resolveu ‘esticar’ nas salas do foro.

“Muito além de marcar para sempre o nome de uma pacata rua na Lagoa, o Crime do Sacopã incorporou-se à mitologia popular como o protótipo do crime passionnal, cujos principais ingredientes são o ódio, o amor e a traição. Acrescenta-se a tudo isso os protestos de inocência feitos obstinadamente pelo Tenente Bandeira, que deu conotações ainda mais dramáticas ao episódio.

“Seria impossível prever quantas surpresas proporcionariam as circunstâncias da morte do jovem encontrado com três balas no corpo, na manhã de 07.04.1952, em um Citroën negro, no alto da estrada do Sacopã. Começa ali uma das mais completas tramas policiais de que se tem notícia no Rio, sem que, até hoje, tenha sido totalmente desvendada.

“Um homem foi condenado como autor do assassinato, mas ainda protesta inocência. Testemunhas que a princípio acusavam, depois defenderam o Tenente-Aviador Alberto Jorge Franco Bandeira, e outras surgiram sob a suspeita de serem forjadas pelo Advogado Leopoldo Heitor, ao qual, tempos depois, seria imputado outro crime indecifrável.

“Passados vinte anos, o processo que condenou o Tenente Bandeira continua objeto de indagações e dúvidas, que se estendem a todos os que dele participaram, desde investigadores policiais à própria pivô do caso.

“Entre os pertences do bancário Afrânio foi encontrado retrato de Marina de Andrade Costa. Esta negou relações de qualquer natureza com Afrânio, seu antigo namorado; tanto que amava, então, outro rapaz, o Tenente Bandeira. Quando suspeitas levantaram-se contra o militar, Marina apressou-se em conceder entrevistas à imprensa, nas quais se deixava fotografar em poses românticas ao seu lado.

“Em seu primeiro depoimento na polícia, Marina não acusou quem quer que fosse, de nada sabia. Entretanto, depois que o arquiteto Gilberto Bastos Nogueira declarou ter dado uma ‘carona’ a Marina na noite do crime, ocasião em que estaria ocorrendo um entrevero entre dois de seus namorados, ela, em novo depoimento, admitiu ter sido coagida por Bandeira. Na Vara Criminal, no entanto, voltaria atrás mais uma vez, assegurando que fora pressionada pela polícia em que nada do que dissera acerca de Bandeira, no sentido de incriminá-lo, era verdade”.⁵

3.2 A cobertura da revista *Veja*

Em mais de uma oportunidade, a revista *Veja* abriu grandes espaços para infor-

mar sobre o *Crime do Sacopã*. É oportuna a reprodução de algumas passagens da primeira reportagem após o julgamento do Supremo Tribunal Federal, publicada na edição de 20.12.1972.

“Fina poeira ainda ofusca o raro diamante, no ‘Crime do Sacopã’. Examinada avidamente pelo Rio de Janeiro e o resto do país, durante as investigações policiais e até os debates forenses, a jóia acabaria por refletir os seguintes dados: Réu: Alberto Jorge Franco Bandeira. Vítima: Afrânio Arsênio de Lemos. Dia do fato: 06.04.1952. Local: Avenida Eptácio Pessoa, próximo ao Clube Caiçaras. Decisão: Condenado a quinze anos de reclusão’.

“As outras de suas muitas faces, apenas espanadas, continuariam atirando tênues, mas persistentes, raios sobre mulheres sedutoras, homens apaixonados, políticos influentes, espertalhões renomados, honras vulneráveis, fulgurantes ou apagadas figuras do Rio de Janeiro da época. Nítida, límpida, em todo esse tempo, somente a condenação, cumprida em duas etapas: metade na cadeia, metade sob o regime de liberdade condicional.

“E mesmo a sentença, na última segunda-feira, dia 11, encobriu-se. Apreciando sobre nulidades invocadas pelo extenente-aviador de jovem e impertubável semblante, hoje um encanecido e emotivo senhor, o Supremo Tribunal Federal, em Brasília, decidiu: ‘Concedido o *habeas corpus*, para anular o julgamento, a fim de que outro se realize’”.⁶

E prossegue a reportagem:

“Temporariamente de volta à condição de acusado, como se pena alguma existisse, cumprida ou por cumprir, Bandeira retornará ao banco dos réus, única peça que mudou naquela sala apertada, de fluente cortinado, atrás da alta cadeira do juiz. Em vez do banco duro, em que

⁽⁵⁾ *O Globo*, edição de 12.12.1972. (Transcrição fiel do texto original.)

⁽⁶⁾ *Veja*, n. 224, edição de 20.12.1972, p. 26. (Transcrição fiel do texto original.)

esteve sentado por mais de 24 horas, há dezoito anos, encontrará assento estofado, com encosto".⁷

3.3 A cobertura da revista *O Cruzeiro*

Sem dúvida a revista *O Cruzeiro* exerceu por mais de vinte anos em nosso país a hegemonia entre as publicações similares. Os fatos de maior relevo nacional nas mais diversas áreas eram objeto de reportagens e artigos especiais. A sensibilidade na escolha dos assuntos, o empenho na investigação e o estilo vigoroso do texto, davam à revista a nota máxima durante o longo período de sua existência.

Vale transcrever trechos da matéria sobre o julgamento e o próprio caso:

"06.03.1954. De pé, no Tribunal do Júri, Bandeira escuta sua condenação. 15 anos de reclusão pela morte do bancário.

"11 de dezembro, 15h20, Brasília, Praça dos Três Poderes, Supremo Tribunal Federal. O tenente Bandeira escuta a voz da sua inocência, que o manda a novo julgamento, porque não reconhece, nos autos, a presença de provas para condená-lo.

"Na primeira data, quando leu seu nome nas manchetes como criminoso, não alterou a fisionomia. Na segunda data, ao ouvir a sentença condenatória, também não mexeu um músculo da face. Na terceira data, ao escutar a votação de 3 a 2 a seu favor, o seu rosto, se contraiu e deu passagem às lágrimas de 20 anos. "Muitos sabiam de tudo, mas nem tudo podia ser dito".⁸

(...) "Duas tentativas de revisão criminal marcaram os 20 anos de desespero de Bandeira. Em ambas estava a revista *O Cruzeiro*, com suas equipes de investigação. A primeira, de Serrano Neves, tentou provar o falso testemunho de Avancini

que, se bem sucedida, derrubaria a condenação e levaria o tenente a novo Júri. A segunda, onde Tenório Cavalcanti se empenhou a fundo – e ainda se empenha –, tinha por meta provar que o criminoso era outro. E que o verdadeiro criminoso, ou criminosos, havia partido dos porões da Central do Brasil.

(...) "O ex-Desembargador Sousa Neto, patrono de Bandeira, em sua defesa, no Supremo citou nominalmente Fritz Alencastro Guimarães como um dos mandantes do crime. A irmã de Fritz já nos primeiros momentos do fato era apontada como vítima de chantagem do bancário e, assim, se situava como verdadeiro pivô do crime.

(...) "Bandeira nunca esteve só. O povo, em sua expressiva maioria, sempre ficou ao lado de sua inocência. *O Cruzeiro* nunca derrapou na sua defesa, através de tantos anos de derrota da verdade e vitória da mentira. Entre os lutadores, não seria justo omitir o esforço de oficiais da FAB, seus companheiros, que, ombro a ombro com jornalistas desta revista, tentaram salvar a dignidade da Justiça Popular, livrando o tenente de uma condenação injusta".⁹

4. A opinião de criminalistas famosos

A decisão do Supremo Tribunal Federal ensejou a *O Cruzeiro* a pergunta: "O resultado do julgamento do Tribunal comporta ou não um novo júri para o tenente Bandeira?" A reportagem colheu opiniões de brilhantes criminalistas que, embora não tendo participado da causa, haviam acompanhado o processo desde o seu início. Benjamin Moraes Filho, Cate-drático de Direito Penal e membro de comissões de reforma do Código Penal e do Código Penal Militar; Gastão Menescal, Procurador da Justiça na Guanabara, Evandro Lins e Silva, ex-

⁽⁷⁾ Veja, idem, ibidem.

⁽⁸⁾ *O Cruzeiro*, edição de 27.12.1972. (Transcrição fiel do texto original.)

⁽⁹⁾ *O Cruzeiro*, edição de 27.12.1972. (Idem, ibidem.)

Procurador-Geral da República e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal; Heleno Cláudio Fragoso, prestigiado autor e mestre de Direito Penal e Antonio Evaristo de Moraes Filho, notável tribuno do Júri, assim responderam a questão, aparentemente singela:

“Benjamin Moraes Filho:

“Comporta. Porque o Supremo Tribunal Federal, dando o *habeas corpus* que anulou a decisão do Tribunal do Júri, automaticamente permite a realização de novo júri até que ocorra a prescrição do delito, o que deverá acontecer em fevereiro de 1973. Se ocorrer a prescrição, não haverá julgamento de ninguém, de nenhum dos acusados ou suspeitos, porque o direito que tem o Estado de promover a ação penal pública estará prescrito. Em tal hipótese, o tenente Bandeira será considerado inocente, porque *Innocentia praesumitur ante condemnationem*, isto é, que até haver condenação transitada em julgado, o réu se presume inocente. Se houver alguma sessão do Tribunal do Júri para julgar o fato antes de ocorrer a prescrição, pode o acusado ainda ser absolvido ou condenado. São estas as possibilidades legais.

“Considero louvável, entretanto, o esforço do tenente Bandeira, já manifestado, em querer novo julgamento, pois aí ele terá oportunidade de demonstrar sua inocência”.⁽¹⁰⁾

“Gastão Menescal:

“Comporta novo julgamento porque o réu volta à condição de pronunciado. A prescrição foi interrompida pela pronúncia nos termos do art. 117, número dois, do Código Penal. Se a pronúncia foi dada há mais de 20 anos, estaria prescrita a ação penal. Caso contrário, comporta novo julgamento porque a prescrição no caso do homicídio qualificado é de 20 anos e ela começou a contar novamente da data da pronúncia. Anulado o julga-

mento, ele volta à condição de réu pronunciado, isto é, deve ser submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri”.⁽¹¹⁾

“Evandro Lins e Silva:

“A decisão do Supremo Tribunal Federal anulou o julgamento do tenente Bandeira por defeito na formulação de um quesito submetido aos jurados. Dessa omissão de formalidade, considerada essencial pela lei, resultou que o acusado deve ser submetido a outro júri, no qual deverão ser obedecidas todas as regras previstas no Código de Processo Penal, inclusive aquela de que os quesitos devem ser formulados de modo claro para que os jurados os possam responder com perfeito conhecimento de causa, evitando-se assim um outro erro ou omissão que possa dar lugar a nova nulidade de julgamento.

“A decisão do Supremo não importou em julgamento do mérito do processo, isto é, o Tribunal não se pronunciou sobre se o acusado era inocente ou culpado. Com a concessão do *habeas corpus* nos termos noticiados nos jornais, o tenente Bandeira deverá ser submetido a novo julgamento. Está de pé a sentença da pronúncia, o que quer dizer que o acusado poderá ser preso para ser julgado. Essa hipótese, contudo, parece que não ocorrerá porque a prescrição da ação penal se dará dentro de pouco tempo, cerca de um ou dois meses, quando não deverá ainda ter sido publicado o acórdão que concedeu o *habeas corpus*. A prescrição se verifica com o só decurso do tempo, e a lei estabelece, nesses casos, em 20 anos.

“Há causas interruptivas da prescrição, entre elas o recebimento da denúncia e a sentença da pronúncia. O prazo de prescrição há de ser contado da última causa interruptiva que foi a pronúncia datada, segundo noticiário, de fins do mês de janeiro de 1953.

⁽¹⁰⁾ *O Cruzeiro*, edição de 27.12.1972. (Idem, ibidem.)

⁽¹¹⁾ *O Cruzeiro*, edição de 27.12.1972. (Idem, ibidem.)

“Transcorridos os 20 anos, o réu não pode mais ser julgado e a norma legal que assegura a prescrição é de caráter absoluto. Deixou de haver interesse social na repressão do crime, e mesmo as provas ou desapareceram ou se tornaram difíceis de ser coligidas ou ainda de se fazer sobre elas um julgamento de valor, uma vez que os fatos se tornaram muito distantes para quem vai julgá-los.

“Na época desse acontecimento, eu era assíduo freqüentador da tribuna do júri e amigo pessoal de Romeiro Neto, saudoso e competente advogado que foi o defensor do acusado. Como é sabido, Romeiro Neto faleceu como ministro do Superior Tribunal Militar. No dia do julgamento do tenente Bandeira, almoçamos juntos logo após a formação do Conselho de Sentença, especulando em torno de sua composição. Romeiro mostrava-se muito otimista e confiante no resultado favorável a seu cliente, mas eu não participava daquele otimismo. Ao contrário, o Conselho de jurados daquele mês já se tinha mostrado muito severo em outros casos. Depois do almoço, Romeiro voltou à tribuna e eu assisti a grande parte do julgamento. Lembro-me bem de que o júri foi presidido por um então jovem e ilustre Juiz, João Claudino de Oliveira e Cruz, e o promotor que atuou no julgamento foi Emerson de Lima, que fez um brilhante trabalho na acusação.

“Ao que tudo indica, o júri não se repetirá, e se se repetir, é pena que não seja com os mesmos personagens que participaram do primeiro julgamento”.¹²

“Helena Cláudio Fragozo:

“A decisão do Supremo Tribunal Federal que anulou o julgamento do tenente Bandeira, realizado no Tribunal do Júri da Guanabara, constitui o mais importante acontecimento da justiça criminal no ano de 1972. O que nele ressalta é que o trabalho notável do advogado, o antigo

Juiz Sousa Neto, que conseguiu, através de processo sumaríssimo do *habeas corpus* (de que a turma conheceu por unanimidade), o que somente poderia normalmente obter através de uma revisão criminal.

“Surpreende mesmo, sob esse aspecto, a decisão do Supremo Tribunal Federal, que tem sido nos últimos tempos tão rigoroso em matéria de *habeas corpus*. Falando como jurista, não creio que a decisão possa ser aceita sem reservas, tendo-se em vista os fundamentos invocados pelos votos vencedores. O acusado deve ser submetido a novo julgamento antes que se verifique a prescrição da ação penal que é iminente, o que me parece extremamente difícil.

“A não realização do julgamento favorece a defesa. Se houver novo julgamento, não tenho dúvidas de que o réu será absolvido particularmente considerando o tempo já decorrido e a punição já cumprida, que nada pode fazer desaparecer”.¹³

“Evaristo de Moraes Filho:

“Desde que o Supremo Tribunal Federal, concedendo o *habeas corpus*, anulou o julgamento anterior, o tenente Bandeira, necessariamente em cumprimento da decisão, terá que ser submetido a novo júri. A única hipótese de não realização do segundo julgamento é se ocorrer a prescrição pela passagem de mais de 20 anos a contar da data em que o tenente foi pronunciado.

“Nesse segundo júri, os jurados terão ampla liberdade para reexaminar o processo no seu mérito, podendo absolver o acusado ou reproduzir o entendimento do júri anterior. Isto porque a decisão do Supremo Tribunal não entrou no exame da culpabilidade ou não do tenente Bandeira”.¹⁴

(13) *O Cruzeiro*, edição de 27.12.1972 (idem, ibidem.)

(14) *O Cruzeiro*, edição de 27.12.1972. (idem, ibidem.)

(12) *O Cruzeiro*, edição de 27.12.1972 (idem, ibidem.)

5. As diligências para o novo Júri

Tão logo o presidente do Supremo Tribunal Federal, Aliomar Baleeiro, enviou telegrama ao presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara,¹⁵ comunicando-lhe a decisão da 2.^a Turma do Tribunal, em sessão de 11 de dezembro, adotaram-se medidas burocráticas para que os autos originais pudessem chegar, com a maior urgência, ao 1.^o Tribunal do Júri para se proceder ao novo julgamento para evitar que se consumasse a prescrição vintenária.¹⁶ Assim, também o Ministro Eloy da Rocha, presidente da 2.^a Turma, enviou ofício, transmitido por telex, ao Tribunal de Justiça da Guanabara.

Na manhã de 22.01.1973, aguardava-se a apresentação de Bandeira, para ser julgado pelo Tribunal do Júri do Estado da Guanabara. Ele estava foragido em consequência da ordem de prisão expedida quando os autos baixaram do Supremo Tribunal Federal. O deferimento do *habeas corpus*, anulando o julgamento, manteve a pronúncia e, conseqüentemente, a prisão provisória dela decorrente.¹⁷ Mas o advogado Sousa Neto e o ex-Deputado Tenório Cavalcanti já haviam dito na noite de véspera que a defesa não encontrava clima de imparcialidade para o novo Júri e daí aguardaria o evento da prescrição. O defensor declarou ao jornal

O Globo que o tribunal popular não tinha isenção para julgar a causa: “Há um propósito de desagravo — acrescentou — ou seja, o de condenar o tenente Bandeira para se vingar do Supremo Tribunal Federal em face da anulação do julgamento. Por isso decretaram essa absurda prisão preventiva e querem julgá-lo com uma pressa singular, sem que o STF tenha se pronunciado a respeito do quesito que foi anulado e só esta Corte tem competência para formulá-lo através de acórdão. Por isso e por outras razões não vou permitir que o meu cliente seja humilhado por um Tribunal que não quer fazer justiça, mas tem somente sede de vingança”.¹⁸ Uma ponderada reflexão sobre as circunstâncias da causa e sobre a repercussão do *habeas corpus* evidenciavam que o defensor estava exagerando ao argumentar que os jurados se “vingariam” da decisão do Supremo Tribunal Federal. Ao reverso, havia um clima propenso à absolvição, máxime porque o acusado já cumprira pena que, em caso de nova condenação, não poderia ser fixada além da quantidade já estabelecida no julgamento anulado.¹⁹

Houve três tentativas para a realização do novo julgamento. A última delas, na manhã do dia 22.01.1973. Presentes no 1.^o Tribunal do Júri, o Juiz de Direito, Hélio Mariante, o Promotor de Justiça, José Carlos da Cruz Ribeiro, o assistente do Ministério Público, Milton Salles (que já atuara anteriormente) e os defensores, Sousa Neto, Wilson Lopes dos Santos e Tenório Cavalcanti. Logo após as 9 horas estava completo o número mínimo de 15 jurados. Apregoadas as partes, não acudiu ao pregão o acusado Alberto Jor-

(15) Com a transferência da capital federal para Brasília (21.04.1960), o então Distrito Federal, constituído pela cidade do Rio de Janeiro, passou a ser o Estado da Guanabara. Tal situação permaneceu até 1975 quando ocorreu a fusão entre os Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara, sob a denominação de *Rio de Janeiro*.

(16) A pronúncia é datada de 25.01.1953, mas o réu foi dela intimado em 06.02.1953.

(17) O Código de Processo Penal, antes do advento da Lei 5.941, de 22.11.1973 (que deu nova redação ao art. 408 e parágrafos), tornava obrigatória a prisão em caso de pronúncia por crime inafiançável.

(18) *O Globo*, edição de 22.01.1973.

(19) Ao tempo em que se aguardava a realização do segundo Júri, já havia precedentes no sentido de que, anulada a condenação em consequência de recurso exclusivo do réu, não se poderia aplicar pena mais grave em caso de nova condenação.

ge Franco Bandeira, ainda foragido em face de ter sido restaurada a prisão da pronúncia, que era obrigatória. Não mais de 15 minutos foram suficientes para que o Juiz declarasse encerrada a sessão.

6. O encerramento da causa penal

A prescrição da ação penal pela pena *in abstracto* consumou-se em dias do mês de fevereiro de 1973. E o Juiz, Hélio Mariante da Fonseca, presidente do 1.º Tribunal do Júri do Estado da Guanabara, em longa sentença, declarou extinta a punibilidade e determinou o recolhimento do mandado de prisão.

Segundo informação do Advogado Wilson Lopes dos Santos (um dos patronos da defesa) ao auto do presente artigo, havia o real interesse do acusado e dos defensores em realizar o segundo júri porquanto somente a absolvição poderia restituir todos os direitos e as vantagens funcionais sacrificados pela condenação.

No entanto, consumada a prescrição, nada mais havia para ser feito. Parafraseando uma passagem da antológica *carta-testamento* deixada por Getúlio Vargas, pode-se afirmar que o *Crime do Sacopã* saiu da vida rotineira dos cartórios para entrar na história dos casos criminais célebres.

7. A relação de forças

Alguns meses antes do homicídio de Afrânio Arsênio de Lemos, um dos mais expressivos pensadores da doutrina filosófica do Existencialismo, publicava uma de suas obras máximas: *L'homme révolté*. Na primeira frase, Albert Camus se refere à antiga classificação: há crimes de paixão e crimes de lógica. E esclarece que o Código Penal distingue um do outro, bastante comodamente, pela premeditação.

O *affaire*, que após vinte anos ressuscitou personagens principais e secundários, teve, seguramente, nas discussões dentro e fora do processo, as duas vertentes a que aludiu Camus. Seria um crime passionnal a confirmar a autoria atribuída a Bandeira que, repelindo uma bofetada, não atirou para se defender do agressor, mas para eliminar o concorrente afetivo; seria, porém, um crime planejado segundo indícios de que Afrânio fora vítima de uma vingança organizada.

As investigações para a descoberta da autoria do homicídio movimentaram grupos de influência na antiga Capital Federal, com destaque para a circunstância do principal suspeito envergar a farda gloriosa da Aeronáutica. Segundo o memorial de Sousa Neto, por trás de toda a história, manobrando os fios de um *teatro de marionetes* estaria o todo poderoso Napoleão de Alencastro Guimarães, companheiro do então presidente Getúlio Vargas desde a militância política do Rio Grande do Sul e fundador, no Rio de Janeiro, do imbatível Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Ele era o líder do Governo no Senado e dono de um próspero laboratório que fabricava sabonete de prestigiada marca. A sua filha, Maria Helena (Mimi), jovem e rica viúva (o marido falecera em acidente de automóvel), teria mantido um romance tumultuoso com Afrânio Arsênio de Melo. Segundo a versão exposta no memorial, o assassinato de Afrânio teria sido tramado em defesa da dignidade e da moral de Mimi e da própria família Alencastro Guimarães (ameaçada pela divulgação de indiscretas fotografias, algumas montadas, outras caprichosamente capturadas através de microcâmaras). A morte do chantagista teria sido decretada quando ele esbofetou a filha do senador, no Clube Caiçaras, na presença de testemunhas altamente qualificadas e que mais tarde confirmariam o fato. Frederico (Fritz) de Alencastro Guimarães, para

vingar honra da irmã e preservar a família de novos embaraços, teria se juntado a dois amigos e contratado dois matadores para *fazer o serviço*. Tal hipótese foi alimentada pela defesa de Bandeira ao longo de toda a história do processo e, com mais ênfase no memorial de Sousa Neto e nas entrevistas concedidas pelo ex-Deputado Tenório Cavalcanti, de temperamento vulcânico e um beligerante do cotidiano político e social.

O *criminalista de Caxias* — como seria chamado ironicamente por uma parcela da imprensa — apontava outros tantos “responsáveis” pelo crime.

A relação de forças políticas e sociais foi objeto de intensas luzes geradas pela imprensa e pela radiodifusão que exploraram os aspectos mais evocativos da sensualidade reprimida pelos usos e costumes dos anos 50.

8. O triângulo amoroso

Ex-pracinha da Força Expedicionária Brasileira, desquitado, funcionário do Banco do Brasil (um dos melhores empregos para a época), automobilista amador, sempre se vestindo com roupas de bom feitio e bem passadas, Afrânio era um homem elegante e atraente. Seus colegas de banco lembravam-se dele como uma “autêntica figura”. Recebia muitas visitas de mulheres durante o expediente, num tempo em que era rara a presença feminina nos bancos. Outras lhe telefonavam com frequência. Algumas o chamavam de *Fafá* e com sua ex-mulher, Ismênia, conservava “excelentes relações”, segundo a mesma teria afirmado numa entrevista para a imprensa, vinte anos mais tarde. Sintetizando o seu perfil, Sousa Neto classificou o sucesso junto às mulheres como simples fachada do caráter de Afrânio. Na verdade, disse o Advogado, ele “vivia de emoções, de emoções continuadas, de emoções arriscadas. E toda a sua vida foi uma desenfreada corrida atrás do gozo, do gozo

ininterrupto e temerário. E, ainda, era audacioso, mal-afamado, mais do que aventureiro”.²⁰

O perfil psicológico do tenente Bandeira foi exposto com detalhes em muitas notícias e reportagens. O seu temperamento, considerado agressivo, também seria responsável por alguns antecedentes nos quais o jovem e sedutor acusado agira com violência física. Falava-se, também, de suas manifestações de ciúmes em namoros do presente e do passado.

Coincidência ou não, Dorival Caymmi havia composto, poucos anos antes, o samba-canção intitulado *Marina* e que se tornou famoso pela voz de Nelson Gonçalves, mantendo-se durante muito tempo entre os *hits* da música popular no Rio de Janeiro e outras cidades brasileiras. A letra revelava um amante ciumento: “Marina, morena Marina, / Você se pintou. / Marina você faça tudo/ mas faça um favor. / Não pinte este rosto que eu gosto/ E que é só meu./ Marina, você já é bonita / Com o que Deus lhe deu./ Me aborreci, me zanguei,/ Já não posso falar./ E quando me zango, Marina, / Não sei perdoar”.

A leitura dos jornais da época e a memória das notícias e entrevistas radiofônicas convenceram que Marina, Afrânio e Bandeira compunham um *triângulo escaleno*, cujos vértices estavam ligados às fantasias sensuais, à imagem e à semelhança das tragicomédias e das personagens de Nelson Rodrigues. O teatrólogo e as suas criaturas eram *malditos*²¹ porque o público e os críticos não estavam preparados para

(20) *Veja*, edição de 17.01.1973.

(21) “Durante muitos anos, Nelson Rodrigues carregou a fama de ‘tarado’. Em seus anos finais, a de ‘reacionário’. Ninguém foi mais perseguido: a direita, a esquerda, a censura, os críticos, os católicos (de todas as tinturas) e, muitas vezes, as platéias — todos, em alguma época, viram nele o anjo do mal,

ver e ouvir os quadros e as palavras de um realismo do cotidiano somente admitido na clandestinidade dos encontros e na clausura dos quartos.

9. A passagem do tempo

Ao tempo do fato, Bandeira tinha vinte e um anos. Vestia um uniforme impecável e exibia um bigodinho *traço de lápis* talhado à imagem e à semelhança dos utilizados por galãs do cinema norte-americano, a exemplo de Robert Taylor.

Cumpriu cinco anos do tempo de reclusão que lhe foi imposta, na Penitenciária Lemos de Brito, na Guanabara,²² outros três na Base Aérea de Santa Cruz e alguns meses em um quartel do Exército. Saiu da prisão no ano de 1960,²³ arrasado física, financeira e moralmente.

Reintegrado à Aeronáutica no final de 1973, após a declaração da extinção da punibilidade do delito de que era acusado, Bandeira não recuperou, no entanto, muitas vantagens da carreira e não teve direito às promoções automáticas. Só pôde pilotar aviões velhos porque não estava familiarizado com a tecnologia dos novos. Dez anos mais tarde, falando para a *Veja*, admitiu: “Fiquei tão feliz em vestir a farda novamente que não me importei em ser ainda um segundo-tenente, embora meus colegas de turma já fossem coronéis”.²⁴

Foi o Presidente Emílio Médici, aprovando parecer do Consultor-Geral da República, Romeo de Almeida Barros, quem assinou o decreto restituindo a carta-patente e o posto de 2.º Tenente-

Aviador, reintegrando-se o oficial “independentemente do exame, por parte do Ministério da Aeronáutica, da aplicação da legislação relativa à inatividade”.²⁵ No parecer constou a ressalva de que a substituição da carta-patente e do posto não significava, obrigatoriamente, a reversão ao serviço ativo com promoções em ressarcimento de preterição, como pleiteava o requerente. Antes do Natal de 1973, um ano após a concessão do *habeas corpus*, Bandeira receberia todos os atrasados a que tinha direito e relativos aos 19 anos em que esteve afastado do exercício de suas funções. Essa foi a informação divulgada pela Diretoria de Administração do Pessoal do Ministério da Aeronáutica. A notícia da reintegração foi recebida com satisfação por oficiais do Ministério, no Rio de Janeiro. O Major-Brigadeiro Alfredo Gonçalves Correia, Diretor de Administração do Pessoal, afirmou que sempre esteve convencido da inocência de Bandeira. Tal convicção nascera da descoberta de que Walter Avancini, a única testemunha ocular do crime, mentira em diversos trechos de seu depoimento durante as investigações realizadas pela Aeronáutica. Em entrevista concedida ao jornal *O Globo*, publicada no dia 13.12.1973, o Major contou ter acompanhado, ao tempo em que ocorreu o *Crime do Sacopã*, as referidas investigações e ouviu Walter Avancini afirmar que estava no interior do Citroën em que Bandeira matou o bancário Afrânio Lemos. Avancini disse que naquela mesma noite, após o crime, dormiu em companhia de uma mulher. O Major conseguiu localizar a referida testemunha a qual negou que tivesse dormido com Avancini. Mas, como devia a ele muitos favores estava disposta a colaborar em tudo que fosse preciso: “Se for para ajudá-lo, eu digo que ele esteve comigo”.²⁶

um câncer a ser estirpado da sociedade brasileira. E, olhe, quase conseguiram”. (Ruy Castro, *O anjo pornográfico*, 1992, São Paulo : Companhia das Letras, p. 8).

(22) Estado da Guanabara: ver nota n. 15.

(23) Bandeira obteve o livramento condicional após ter cumprido metade da pena. Ver nota n. 4, inserida no segundo artigo desta série.

(24) *Veja*, edição de 26.10.1983.

(25) *O Globo*, edição de 13.10.1973.

(26) *O Globo*, cit.

Ao atingir a idade-limite como tenente, em 1976, Bandeira foi promovido a capitão e passou compulsoriamente para a reserva. Anos mais tarde (21.02.1981), o Tribunal Federal de Recursos iria negar o pedido visando a promoção ao posto de tenente-coronel. O relator do feito, Min. Carlos Madeira, sustentou que a decisão do Supremo Tribunal — declarando a nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri — não equivalia à absolvição.

Em entrevista concedida para a revista *Veja*, em 26.10.1983, Bandeira admitiu a hipótese de publicar as suas memórias em livro. Desabafou aos repórteres que os seus amigos daquela época ainda o ajudavam nos negócios, mas que não conseguia emprego fixo e passava por dificuldades financeiras. E lembrou, emocionado, que o ex-Deputado Tenório Cavalcanti, o seu Advogado Joaquim de Souza Neto e alguns jornalistas endossaram a tese da inocência. Estes, correndo o risco de perderem seus empregos.

10. *In dubio pro habeas corpus*

Durante muitos meses o Advogado Sousa Neto leu exaustivamente os autos, anotou à exaustão, pesquisou jornais da época e ouviu pessoas que, embora não tivessem testemunhado no processo, tinham informações para apoiar a tese da negativa de autoria. Daquele trabalho, ingente e predestinado, iria nascer o volumoso memorial, de 176 páginas, para distribuir aos ministros que iriam julgar o *habeas corpus*. Foi impressionante a veemência com a qual ele vergastou provas e indícios que teriam autorizado a sentença da maioria dos jurados. Como foi dito numa das reportagens, a decisão do Supremo Tribunal Federal provocou o “baile dos fantasmas”. O retorno das cogitações em torno da inocência de Bandeira implicou a busca de outro culpado ou de que seriam muitos e ainda vivos. “Como num baile de fantasmas, envelhecidos vinte anos atrás da preciosa

e fosca gema da verdade do Sacopã, esses vultos antigos reapareciam irados.”⁽²⁷⁾

A leitura de trechos da petição inicial, do parecer da Procuradoria da República, do memorial e dos votos — vencedores e vencidos — convenceu que o *habeas corpus* se substituiu à revisão criminal e que a sua concessão resultou de circunstâncias extraordinárias e que, certamente, não se repetiriam em casos futuros. Pode-se afirmar que a declaração de nulidade do julgamento popular, pelo apontado vício, constituiu uma oblíqua decisão de mérito. Afinal e apesar da liturgia do cargo e da solenidade da toga, os três ministros não poderiam esconder o *coração de jurado* que pulsa em favor da absolvição quando não há certeza da culpa.

Mais que um *in dubio pro reo*, o famoso precedente do Supremo Tribunal Federal caracterizou um caso singular e sugestivo de *in dubio pro habeas corpus*.

11. Fontes de consulta e pesquisa

Como é notório, os casos forenses célebres, tanto no cível como no crime e em outras áreas jurídicas, não têm registros adequados para que os estudiosos e profissionais do Direito possam fazer pesquisas que resgatem, com a maior fidelidade, os fatos e seus protagonistas.

Os debates do julgamento do *Crime do Sacopã* foram gravados pelo criminalista Carlos de Araújo Lima e reproduzidos em seu valioso livro *Os grandes processos do Júri*.⁽²⁸⁾ Mas além desse material e da reprodução da denúncia, nada mais existe no livro (termos e atos processuais, comentários, crítica etc.).

Diante de tal carência seria impossível a *reconstituição* do *Crime do Sacopã* não houvesse a colaboração de colegas e amigos que me permitiram uma visão direta de partes do processo e de publi-

(27) *Veja*, edição de 20.12.1972.

(28) 1957, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, p. 198-295.

cações da época. Agradeço, portanto, ao Doutor Wilson Lopes dos Santos, pela remessa do valioso Memorial elaborado pelo Advogado Souza Neto, para o julgamento do HC 50.010; ao Doutor Almir Hoffmann pela colheita de material junto

ao Supremo Tribunal Federal e ao Jornalista Reynaldo Bessa, pela obtenção de notícias e reportagens publicadas na imprensa do Rio de Janeiro, ao tempo do crime e do julgamento do histórico *habeas corpus*.

12. DOCTRINA ARGENTINA

LA CATEGORIA RESPONSABILIDAD SOCIAL EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

DAVID BAIGÚN

Ya hemos señalado que como consecuencia de la naturaleza de la acción institucional, su ubicación dentro de un diferente diseño del tipo y la reformulación de la antijuridicidad, la categoría tradicional de la culpabilidad pierde sentido en el nuevo sistema; las críticas a la pretensión de trasladarla a la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya han sido objeto de otros trabajos¹ y a ellas

nos remitimos. De lo que se trata ahora, es de proponer la creación de un nuevo estrato en el esquema, que defina la responsabilidad de la persona jurídica por la realización del injusto institucional.

La construcción de una nueva categoría significa un paso más en el sistema; si la antijuridicidad de la acción institucional se refiere a su coincidencia o discrepancia con los deberes del ordenamiento jurídico, la responsabilidad apunta al acto del apartamiento o desvío de las exigencias establecidas por él. No se trata del reproche por la deficiente formación de la voluntad social de la persona jurídica —la remanida fórmula de la motivación de conducta—, sino de la valoración del hecho concreto de desconocer lo exigible.

I— Aventando Sospechas

Pero antes de ingresar en el análisis del contenido de la nueva categoría, es conveniente aventar suspicacias sobre la similitud de la responsabilidad social con otras formulaciones conocidas; nos referimos a la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por el riesgo en el derecho civil y el conocido instituto del “strict liability” del derecho norteamericano².

meio ambiente: Responsabilidade e Sanções penais, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, año 2, n° 7, 1994, p. 117.

(2) Omittimos otras acepciones de responsabilidad, examinadas por Hart, pues son notoriamente lejanas de las que aquí interesan. El

(1) La responsabilidad penal de las personas jurídicas: polémica conocida pero no resuelta, en *La Responsabilidad*, Homenaje al Prof. Doctor Isidoro H. Goldenberg, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1995. p. 869 y ss; La tipicidad en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, denominado doble imputación, en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*. Edición Homenaje a Ricardo C. Nuñez. Nueva Serie N° 1, Universidad Nacional de Córdoba 1995, p. 53 y ss; Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en De las penas*. Homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti. Ed. Depalma (en prensa) Bs. As. 1997. Son numerosos los trabajos que sostienen una posición contraria a la nuestra; en lengua castellana destacamos Marino Barbero Santos; Los delitos contra el orden socioeconómico; presupuestos. *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*. Univ. Madrid 1982; Luis Gracia Martín Actualidad penal n° 39-25 Madrid 1993; Enrique García Vittor, Planteos Penales Univ. Nac. del Litoral n° 14, 1994. En lengua portuguesa ver René Dotti. Os Atentados ao

1— La responsabilidad objetiva, o por el resultado, “se da cuando un individuo es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto antijurídico³”. Esta definición de Nino, que sintetiza impecablemente preceptos tradicionales del derecho, está a leguas de distancia de la fórmula que proponemos.

Se debe recordar, en primer lugar, que el concepto de responsabilidad objetiva se ha construido a partir de un enfoque antropocéntrico del derecho, pues la relación de la acción con el resultado siempre requiere al individuo como polo neurálgico. Ya lo hemos subrayado en otras ocasiones⁴; en el ámbito de las personas jurídicas el eje no es el hombre sino un producto social, una entidad diferenciada, mediatizadora de intereses predominantemente económicos. La autodeterminación, premisa insoslayable de la culpabilidad en el derecho penal tradicional, por su connotación psicológica, es ajena a la concepción de la decisión institucional; y, si en algunas oportunidades se acude a comparaciones con la teoría del delito, no es para marcar diferencias de especie sino para explicar campos de género diverso. La teoría del sujeto responsable, si se quiere trasladar el conocido apotegma de Bustos Ramirez⁵ no se asienta aquí en el hombre, sino en una criatura compuesta, objetivamente diferenciada: la persona jurídica, ropaje de una sociedad o corporación.

En segundo lugar, la aplicación de la pena por el resultado no es una consecuencia automática; como la hemos examinado en otro trabajo⁶, amén de haber

incorporado al sistema el error limitado del tipo, en la responsabilidad social se tiene presente, en ciertos casos, la gravitación de eximentes que generan la exención de pena o su aminoración. Si se toma en cuenta estas reflexiones, sólo un simplismo doctrinal interesado puede llevar a la igualación entre responsabilidad social y responsabilidad objetiva.

2— La responsabilidad por el riesgo (derecho civil) tiene hegemonía ganada en el plano teórico; “el sujeto es responsable por los riesgos o peligros que su actuar origina, aunque ponga de su parte toda la diligencia necesaria para evitar esos riesgos⁷”; basta la relación de causalidad y la intervención. La fórmula se ha extendido a distintos tipos de obligaciones, suficientemente conocidas: la de los productores y proveedores, la que surge de la participación en el mercado (“market share”), la que atañe al transporte oneroso de personas, la que proviene de la contaminación del medio ambiente, la que se deriva de la ejecución de tareas en condiciones de insalubridad, o de los daños sufridos por el público en ocasión de acontecimientos deportivos, de accidentes de trabajo, o de emprendimientos que suponen la adopción de medidas de control en resguardo de los usuarios o terceros, obligaciones que, obviamente, abarcan la actuación de las personas jurídicas. Cabe agregar que, para la solución de la mayoría de esos supuestos se acude a la variante del riesgo-beneficio, pues se entiende que el sujeto que obtiene el provecho de una cosa o de una actividad debe cargar también con los riesgos que esa cosa o actividad crea, nota, es cierto, de llamativa similitud con el interés económico de la acción institucional típica, ya examinada en un artículo anterior⁸.

resumen puede leerse en Nino Santiago; El concepto de responsabilidad, en *La Responsabilidad*, *op. cit.*, p. 15.

⁽³⁾ Nino, *op. cit.*, nota 2. p. 19.

⁽⁴⁾ Ver publicaciones en nota 1.

⁽⁵⁾ *Manual de Derecho Penal*. Parte General 3era edición. Ariel Derecho. Barcelona, 1989. p. 309 y ss.

⁽⁶⁾ *La tipicidad ...* nota 1.

⁽⁷⁾ Moisset de Espanés, Luis; El acto ilícito y la responsabilidad civil, en *La responsabilidad*, *op. cit.*, nota 1, p. 98 y ss.

⁽⁸⁾ Naturaleza de la acción institucional art. civ., nota 1.

No obstante la reducción de la culpa (culpabilidad) como vertiente de fundamentación teórica, la responsabilidad por el riesgo creado en el derecho civil, sigue aferrada al antropocentrismo de los códigos napoleónicos; su acogida en la órbita de la legislación no alcanza aún el carácter de regla general y solo figura como justificación de determinadas situaciones consideradas excepcionales⁹.

Pero, además, la responsabilidad por el riesgo creado —que no ignoramos es una forma de responsabilidad objetiva— no cuenta, ya sea para escapar a la reparación (símil válido con la exención de pena) o para lograr su disminución, con las eximentes originadas en la exigibilidad de otra conducta¹⁰. Las excepciones a la tarificación del resarcimiento —equivalente de la disminución de la pena— o a la responsabilidad plena dentro del campo de las actividades peligrosas se fundan siempre en el requerimiento de la no culpa individual (estrictamente subjetiva) es decir, en la categoría matriz del sistema¹¹. Aún por un rodeo distinto, volvemos permanentemente a lo mismo¹².

3— La eventualidad de que la responsabilidad penal pueda ser emparentada

con la “strict liability” de la doctrina anglosajona no es reflexión caprichosa. Ya algunos teóricos del derecho penal¹³ han sostenido que la renuncia al principio de culpabilidad tradicional y su sustitución por el “interés público preponderante”, fundamento de la “strict liability”, genera el riesgo de conmover el Estado de derecho, introduciendo un cuerpo extraño en el sistema penal; la cuestión merece un breve apartado.

La “strict liability doctrine” prescinde de la “mens rea” —equivalente del dolo, según Hendler¹⁴— para la punición de ciertos delitos donde priva el “interés público preponderante”; son áreas en las cuales por razones de política social, se prioriza el bienestar público¹⁵. O dicho de otro modo, no se requiere la culpabilidad del agente, en el sentido que le asigna la doctrina anglosajona— con una inferencia obvia: el error nunca excusa¹⁶.

En una monografía de innegable

⁽⁹⁾ Zavala de González, Matilde. *Responsabilidad por riesgo*. El nuevo artículo 1.113. Hammurabi, Bs. As. 1987, p. 224 y ss. En sentido contrario Messina de Estrella Gutierrez, Graciela N. *En Derecho de daños*. Ed. La Rocca Bs. As. 1991 p. 40.

⁽¹⁰⁾ Como veremos más adelante, la exigibilidad de otra conducta es un elemento clave de la responsabilidad social.

⁽¹¹⁾ Goldenberg, Isidoro H. *Indemnización por daños y perjuicios*. Hammurabi, Bs. As. 1993, p. 476 y ss.

⁽¹²⁾ No nos detenemos aquí en un elemento básico de la confrontación entre la responsabilidad por el riesgo y responsabilidad social: la pena, uno de los ejes de división entre derecho civil y derecho penal. En este terreno el parangón requiere un tratamiento especial, tal cual lo proyectamos para un próximo trabajo.

⁽¹³⁾ Hirsch, Hans J. *La cuestión de la Responsabilidad Penal de las Asociaciones de Personas*, trad. Patricia Ziffer. Bonn. 1993 (Conferencia en la Academia de Ciencias de Renania en Dusseldorf, 1993).

⁽¹⁴⁾ Hendler, Edmundo S. *Derecho Penal y Procesal de los Estados Unidos*, E. Ad. hoc. Bs. As. 1996, p. 52.

⁽¹⁵⁾ Idem, p. 57. La definición de estas áreas aparece claramente en el fallo Morissette v. United States, citado por el autor.

⁽¹⁶⁾ Malamud Goti, Jaime. *Política criminal de la empresa*. Ed. Hammurabi, Bs. As. 1983. p. 102 y ss.

⁽¹⁷⁾ Wells, Celia. *Corporations and Criminal Responsibility*. Ed. Clarendon Press. Oxford New York 1993 p. 94 y ss. Ver también Hendler Edmundo (nota 14) p. 56 y ss. La misma opinión cabe extraer de Dianne Saxe (Canadá) en el art. Theories of Liability publicado en *Environmental Offenses Corporate Responsibility and Executive Liability*. Ed. Canadá Law Book Inc. Ontario: “Las acciones y omisiones de los empleados y agentes en el desarrollo de su actuación son actos de la corporación” p. 100.

interés¹⁷, Celia Wells explica que la *strict liability* (responsabilidad estricta o absoluta) se incorporó progresivamente al área de la responsabilidad de las personas jurídicas, pero que este proceso se realizó siempre a partir de la relación de la empresa con sus empleados o agentes; señala las dos vertientes paralelas: la aplicación de la responsabilidad vicariante (de los patrones por la acción de sus empleados) y la diferenciación con los delitos de "mens rea" ("offenses"), pero en ambos casos, la cuestión residió siempre en determinar la conducta de los directivos o responsables y no la de la entidad como organismo autónomo.

Si la reflexión es correcta, aún reconocida la ausencia de la culpabilidad, la "strict liability" no se traslada a la esfera específica de actuación de la persona jurídica; pertenece, en verdad, al campo del derecho penal convencional, por lo cual las críticas a su validez, se deben realizar desde este ángulo y no en el plano de la responsabilidad penal de los entes colectivos¹⁸.

II— Responsabilidad Social. Categoría compleja. Función

No escapará al lector, por lo que brevemente afirmamos en un comienzo, que la responsabilidad social es una categoría compleja; sus componentes (elementos), la atribuibilidad y la exigibilidad —a los que nos referiremos más adelante— registran tanto situaciones de hecho, como ingredientes de valoración; es casi obvio

señalarlo puesto que cualquier acción institucional se produce en un determinado contexto social y esa conducta, cuando es contraria al ordenamiento, debe ser enjuiciada normativamente; la responsabilidad social permite, sencillamente, construir un juicio de reprobación sobre un acto de la persona jurídica, objeto de valoración; en este sentido debemos coincidir en que se trata de un "juicio de referencia" pero con la aclaración, tan repetida, que la infraestructura no es el hecho psicológico sino el comportamiento institucional¹⁹.

En otro plano, el juicio de responsabilidad social cumple una función propia; es un mecanismo de control normativosocial que se ejerce a través de la coacción estatal al tiempo que resuelve conflictos producidos por la actividad de ciertas estructuras que entran en contradicción con bienes jurídicos fundamentales de la comunidad²⁰.

Es claro que la punición —consecuencia de esa actividad— no obedece exclusivamente a los objetivos de control y solución de conflictos; pretende restaurar, además, las expectativas sociales defraudadas por el desconocimiento de reglas de juego establecidas. En este sentido actúa como instrumento para corregir la disfuncionalidad del sistema;

(18) La preeminencia del factor subjetivo en el directivo o empleado, como base de la culpabilidad, aún cuando la persona jurídica pueda ser responsable, se advierte diáfanaamente en el fallo *United States v. Park*, de la Corte Suprema de los Estados Unidos (1995); citado por Hendler Edmundo y Gullco Hernán en *Casos de Derecho Penal comparado*. Editores del Puerto. Bs. As. 1996. p. 128.

(19) Aunque lo decimos en otro lugar, el juicio de reprobación, sinónimo de responsabilidad social, no es igual a juicio de reprochabilidad; este concepto exhibe connotaciones psicológicas y por ello preferimos omitir su uso. La cita de Mezger (*Tratado de Derecho Penal*, T. II, p. 12, traducción de Arturo Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955) no debe provocar equívocos.

(20) Es obvio que este mecanismo de control nada tiene que ver con el control ético. Sobre la ingenuidad de los controles éticos para las corporaciones, Warschaver, Eduardo en *Castigar a las transnacionales*; un ensayo de futurología en política criminal. *Doctrina Penal* n° 17, 1982, p. 111.

entiéndase bien, no para sacralizarlo o para legitimar sus poleas, sino para fortalecer los mecanismos de convivencia logrados hasta ese momento; responde, con este perfil, a la dimensión simbólica y comunicativa del derecho a la que se refiere Javier de Lucas en el prólogo al libro de Vicente Ferrari²¹.

La responsabilidad social no es solo barómetro de la socialización y distribuidor de responsabilidades sociales²²; este rol es visible pero no está aquí su límite; actúa como árbitro ideológico en la colisión de bienes jurídicos fundamentales e intereses particulares (corporaciones o sociedades), a partir de la primacía de los primeros sobre los segundos, del conglomerado social sobre uno de sus componentes²³. Es cierto que esta formulación integra el concepto de control esbozado antes pero, aquí, está referida al acto concreto, al suceso puntual; con otras palabras, reviste el carácter de una categoría singular.

III- Tipo de Responsabilidad Social

Así como en la doctrina penal tradicional se han estructurado el tipo de injusto y el tipo de culpabilidad para diferenciar planos de análisis, también en el diseño

que propugnamos se puede utilizar idéntica subdivisión; es claro que los dos tipos se hallan interconectados, modo tal que en su conjunto responden a un sistema homogéneo, apto para resolver los conflictos.

¿Y cuál es la clase de relación? Utilizando un principio conocido, manejado habitualmente en el derecho penal convencional, se trata de una relación de subsunción, donde el tipo de injusto exhibe un perímetro más reducido y el de responsabilidad social aparece con una dimensión mayor; éste lo abarca pero no lo descodifica pues, obviamente, la responsabilidad social se construye como juicio de totalidad a partir del tipo de injusto; está un escalón arriba. Sólo cuando el conflicto no ha podido ser resuelto mediante la aplicación del concepto abarcado por el perímetro menor, surge la necesidad de acudir al tipo de responsabilidad social. No estamos, por consiguiente frente a un tipo más completo —la completitud también se da en el tipo de injusto con su faz positiva y su contracara negativa— sino ante un tipo de mayor dimensión; es esta la nota que fija sus límites.

La acción institucional es el hilo conductor que recorre los dos ámbitos; de aquí la importancia de subrayar la naturaleza cualitativamente distinta de la que registra la acción humana. Es el soporte del tipo de injusto —en el tipo y en la antijuricidad— y también soporte de la responsabilidad social; en tanto, en el tipo de culpabilidad de la doctrina dominante, los elementos subjetivamente considerados (Jescheck) o el defecto de motivación (Jakobs), ambos vinculados con el aparato psíquico, se convierten en el eje de la categoría, en el sistema aquí propugnado, la acción institucional es la plataforma sobre la cual se erige el edificio, o, dicho con otras palabras, es el hecho fundante tanto de la responsabilidad social como del tipo de injusto.

La referencia al modelo conceptual que examinamos quedaría incompleta si

(21) *Funciones del derecho*. Trad. de María José Añon Roig y Javier de Lucas Martín. Ed. Debate. Madrid 1989 p. 15. Sobre el papel de la punición nos detendremos en otro trabajo posterior.

(22) Expresión de Jakobs, Gunter. *Derecho Penal*. Parte General. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid. 1995, p. 587.

(23) En la conocida división entre infraestructura económico-social y superestructura nuestro análisis se refiere a éste segundo nivel; es parte de la napa ideológica para un estudio sobre las articulaciones entre ideología y derecho ver García Barceló, Abel. *Sociedad y Derecho*. Ediciones Estudio, Bs. As., 1979, p. 207 y ss., en especial 253 a 262.

no determináramos la ubicación de la llamada faz negativa, es decir, las causales que conducen a la no responsabilidad o su disminución; podríamos escoger, por su difusión actual, la división entre tipo positivo y tipo negativo, sinónimo este último de tipo de exculpación²⁴, incluyendo en el primero el acto de desviación y la exigibilidad de otra conducta y, en el segundo, las causales que generan la eximición o la aminoración de responsabilidad social. Sin embargo, preferimos mantener un concepto unitario de tipo total, indiviso, donde las circunstancias que obstaculizan la exigibilidad de otra conducta se inserten como un componente más del modelo utilizado para la valoración final; de otro modo, corremos el riesgo de incurrir en un serio error metodológico pues los obstáculos de que hablamos reconocen una premisa previa: excluyen el error de prohibición (el denominado directo), es decir, que una excusa de esta naturaleza no gravita del mismo modo sobre la exigibilidad de otra conducta como pueden hacerlo otras. Esta inexigibilidad seccionada impide la simetría requerida para la dualidad tipo positivo — tipo negativo a la que se refiere la doctrina actual.

El tipo de responsabilidad social tiene, pues, modalidades propias; de un lado, es asimétrico; del otro, resuelve los conflictos que no pueden ser solucionados en la esfera del tipo de injusto institucional; la presencia de un error inevitable sobre un componente descriptivo (fáctico) del tipo o de la justificante no requiere la discusión acerca de la exigibilidad de otra conducta pero, esta aparece como insoslayable cuando ese error es evitable o gira en torno de un elemento normativo. Estas reflexiones nos convencerán de la conveniencia de no recoger el tradicional paralelismo manejado por la teoría del delito convenci-

onal; en nuestro esquema, no resulta útil para clasificar su composición.

La propuesta teórica de un tipo de responsabilidad social suscita, inexorablemente, una cuestión ya discutida en la órbita del tipo de culpabilidad; nos referimos a la cuantificación de la responsabilidad social y los patrones idóneos para mensurarla. Ya hemos anticipado que los elementos de la responsabilidad social son la atribuibilidad y la exigibilidad de otra conducta; la ausencia de alguno de ellos genera consecuencias en el juicio de valoración final, sea para determinar la falta total de responsabilidad —excluido el caso de error de prohibición— o para amenguarla según el baremo de lo exigible que se aplique, (este criterio, como se verá más adelante solo rige respecto del segundo elemento pues la atribuibilidad sólo admite un anverso absolutamente rígido, propio de su estructura; aquí, sí, “responsable-no responsable”).

La sola mención de las consecuencias nos autoriza a decir que la responsabilidad social es perfectamente cuantificable, es decir que acepta una mayor o menor intensidad de reprobación; y es forzoso que así sea porque la exigibilidad de otra conducta, su apoyatura decisiva, no es un patrón tabulado; es un principio circunscrito a cada acto de desviación de la persona jurídica en un contexto situacional determinado; pero, el punto conflictivo, de mayor entidad, no reside en el reconocimiento de diferentes grados de intensidad de la reprobación sino en hallar pautas razonables para mensurarla, y éste es uno de los problemas casi insolubles del sistema penal ordinario; no tiene porqué ser disímil en el área de las personas jurídicas.

IV— Elementos

Punto de partida insustituible para conformar la responsabilidad social es definir la atribución del injusto institu-

⁽²⁴⁾ Jakobs utiliza esta denominación, *op. cit.*, p. 596.

cional, reconocer el acto concreto que debe ser cargado a la persona jurídica como autora—acto propio—o, con palabras de Maurach, verificar la relación jurídicamente desaprobada del ente con su acto típico y antijurídico²⁵. Aparece así la atribuibilidad, que junto con la exigibilidad de otra conducta conforme a derecho, constituyen — a nuestro entender— los dos pilares sobre los cuales habrá de elaborarse el juicio de reprobación final.

1— Atribuibilidad

Este primer peldaño tiene semejanza parcial con la categoría del mismo nombre instrumentado hace varias décadas por Maurach y Jimenez de Asúa, y remozada en la actualidad por Bacigalupo; el parentesco reside en que se determina la “mismidad” (Jimenez de Asúa), en primer lugar, y, en segundo término, en que se autonomiza la imputación²⁶.

Respecto del primer lazo, se atribuye a la persona jurídica su acto típico y antijurídico, es decir, la infracción dañosa, porque las acciones y omisiones que la causan proceden de la “mismidad” del productor²⁷; con relación al segundo, se autonomiza la imputación —ya como conducta desaprobada jurídicamente— de la responsabilidad final; la persona jurídica, realizada la acción institucional típica y antijurídica, ya está en condiciones

de responder a las resultas del acto²⁸.

Sabemos de los apoyos y críticas que esta categoría ha recibido en el ámbito de la doctrina penal pues en el trasfondo de la polémica está la sombra de la peligrosidad²⁹ pero, en la esfera de las personas jurídicas, la atribuibilidad se impone fundamentalmente por dos razones: la primera es la necesidad de discriminar prolijamente las acciones estrictamente institucionales de las acciones personales que obligadamente intervienen en la realización del delito; no olvidemos que unas y otras son ejecutadas por seres humanos. La segunda es la posibilidad de que un mismo protagonista revista roles diferentes, es decir, actúe a título personal o en representación del ente colectivo, situación que se complejiza a través de distintas variantes, como veremos después³⁰.

Estas razones, en verdad interconectadas entre sí, demuestran que la persona jurídica, para estar en condiciones de responder a las resultas del acto debe coetáneamente purificar la imputación; sin esclarecer la atribuibilidad, desaparece la posibilidad de construir la exigibilidad. Esta decantación necesariamente nos lleva de la mano al tratamiento de dos problemas: primero, el examen de una zona común con el tipo, donde la imputación objetiva juega un papel preponderante en casos conflictivos de asignación de riesgos

(25) Maurach Reinhart, *Tratado de D. Penal*, T. II, Trad. Juan Córdoba Roda. Ediciones Ariel Derecho. Barcelona, 1962, p. 34.

(26) Maurach, Reinhart, *op. cit.*, ps. 31 y ss; Jimenez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, T. V, Ed. Losada, Bs. As., 1956, ps. 20 y ss; Bacigalupo Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Parte general, Ed. Temis. Ilanud. Bogotá 1984. ps. 138 y ss. En la 3era edición de *Lineamientos de la Teoría del delito*, Hammurabi, Bs. As., 1994, el autor varía el tratamiento en ps. 123 y ss.

(27) Hemos trasladado casi literalmente las palabras del maestro español, *op. cit.*, p. 36.

(28) Expresión de Maurach, *op. cit.*, p. 34.

(29) Recordemos que la atribuibilidad permite ingresar a los inimputables y al niño en el sistema penal; sin necesidad del reproche, se puede aplicar la medida de seguridad; *op. cit.*, p. 34 y ss.

(30) La atribuibilidad en el esquema teórico puede no coincidir con el régimen de imputación que se establezca en un sistema legal. Para las propuestas sobre el régimen legal, ver Righi Esteban y *Derecho Penal Económico Comparado*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1991. p. 263 y ss.

y distribución de roles; segundo, la posibilidad de que, ausente algún ingrediente de la atribuibilidad, resulte prescindible el abordaje de la exigibilidad y, por ende, quede verificada la falta de responsabilidad social sin acudir al desarrollo de todo el esquema.

A.a. Conexión con la imputación objetiva. Asignación de riesgos

En un trabajo anterior³¹ hemos anticipado que la imputación objetiva puede ser utilizada, en nuestro esquema, como correctivo de la insuficiencia de la teoría de la adecuación o de la relevancia, con el objeto de decidir en ciertos casos límites la verificación de la tipicidad en los delitos de resultado mediante ciertos parámetros de imputación extraídos de la propia norma, pero que la nota saliente en el campo de las personas jurídicas reside en su rol bivalente: como correctivo del tipo y, además, como eje de la atribuibilidad³².

Para entender esta proposición es conveniente que nos detengamos en algunos de los rasgos de la imputación objetiva en el plano correctivo del tipo que resultan imprescindibles para su proyección en el ámbito de la atribuibilidad; aún cuando este tratamiento puede aparecer como un retroceso metodológico, no cabe otra alternativa si pretendemos una explicación racional.

Es cierto que, de la profusa bibliografía existente en la actualidad sobre imputación objetiva, no se extrae claramente si

se trata de un desarrollo de la teoría de la tipicidad —como lo sostiene el agudo Gimbernat³³— de un problema de antijuridicidad³⁴, o de un sistema teleológico-funcional con pretendida universalidad³⁵ extendido hoy a diversos ámbitos de la teoría del delito³⁶ pero es cierto, también, que hay lograda coincidencia en que la teoría de la imputación objetiva abarca un conjunto de criterios derivados de la naturaleza de las normas jurídicas aplicable para la determinación del nexo entre acción y resultado, cuando la relación de causalidad resulte insuficiente en ciertos casos o, sustituyéndola lisa y llanamente, en otros. Este perfil parece estar ya fuera de discusión.

La trascendencia de este nuevo mecanismo teórico no reside, a nuestro entender, en que se ha superado definitivamente el plano naturalístico de la relación causal en el tipo objetivo, sino en la incorporación, con categoría oficial, de un componente que en la teoría tradicional ya estaba implícito en la acción y en el resultado y, porque no decirlo, en las propias entrañas del bien jurídico; nos referimos al riesgo, que como es sabido, aparece con personalidad propia en el sistema penal contemporáneo. Los criterios elaborados por Roxin, aún aquellos que no hacen referencia directa al riesgo³⁷ como el denominado “ámbito

⁽³¹⁾ La tipicidad en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, denominado doble imputación. *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*. Ed. en homenaje a Ricardo C. Nuñez. Nueva Serie, nº 1, 1995. Universidad de Córdoba, p. 53 y ss., *cit.*, nota 1.

⁽³²⁾ En el citado trabajo hablamos de la atribuibilidad como presupuesto de la responsabilidad; hoy, preferimos denominarlo elemento pues se ajusta certeramente a la estructura que diseñamos para esta categoría.

⁽³³⁾ ¿Qué es la imputación objetiva? *Estudio de Derecho Penal*. Tecnos, 3era Ed. Madrid 1990, p. 217.

⁽³⁴⁾ Bustos Ramírez, Juan. *La imputación objetiva en Bustos Larrauri*. Ed. Temis. Bogotá 1989, p. 29 y ss.

⁽³⁵⁾ Martínez Escamilla, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Edersa, Madrid, 1992, p. 30.

⁽³⁶⁾ Bacigalupo, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, 3era Ed., Hammurabi. Bs. As., 1994, p. 72.

⁽³⁷⁾ Roxin, Claus; Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal. *Problemas básicos del derecho penal*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Ed.

de protección de la norma”, “pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma penal”, y “realización del plan” reconocen, todos, un baremo de mayor o menor riesgo en la realización de la acción, en la producción del resultado o en la afectación del bien jurídico. Con independencia de las controversias que pueda suscitar una óptica sistemática, o la solución de los casos mediante los cuales ejemplifica el penalista alemán, lo importante es observar que el riesgo aparece como la última “ratio” dirimente de los conflictos planteados; se convierte, en definitiva en un patrón para la problemática de interpretación. Esta premisa inicial justifica, por sí misma, el transporte de esta aportación teórica al ámbito de las personas jurídicas como se observará en las diferentes hipótesis planteadas.

Pero es cuestión previa adoptar un concepto de imputación objetiva que permite clarificar el traslado. En primer lugar, determinar si el ámbito de la imputación objetiva del resultado con sus tres condiciones —que el autor haya provocado el resultado de modo causal con su actuación; que haya creado un peligro desaprobado y que en el resultado se realice ese mismo peligro desaprobado— está limitado al círculo del resultado o si, al contrario, incluye también las secuencias de la acción, tal cual lo sostiene Frisch en un trabajo reciente³⁸. Para nosotros, en el ámbito de la teoría del delito tradicional, es de toda evidencia que la creación de un peligro desaprobado no puede ser patrimonio exclusivo de la esfera del resultado, pues ello significaría desconocer la importancia de las condiciones personales del autor —centro neurálgico del injusto personal— y del propio

contexto en que se desarrolla el proceso de producción; nada hay en el resultado que no se haya generado en la acción, aún cuando en el itinerario se incorporen o adicione otros componentes extraños. En verdad, la aceptación de la teoría de la imputación objetiva en los delitos de resultado solo tiene sentido si se contempla la acción como parte de su plataforma o, dicho de otro modo, si se la estructura a partir del conjunto del tipo objetivo y no de su último tramo; repitiendo una afirmación del autor alemán antes citado³⁹, es necesario, antes que nada, rectificar en el plano teórico la ubicación de la imputación objetiva si es que se pretende instrumentar la creación del riesgo desaprobado como un patrón normativo de valoración.

Entendida ya la unidad acción-resultado —conjunto del tipo objetivo— como primer paso, resta un segundo: determinar si el traslado de esta concepción a la esfera de la acción institucional exhibe notas específicas, componentes diversos de los que se observan en la acción humana aprehendida por el tipo tradicional, teniendo siempre como mira, obviamente, que el riesgo considerado por la imputación objetiva no es una magnitud autónoma sumada al comportamiento, sino una cualidad ínsita en el tipo.

Si recordamos que la acción institucional registra una naturaleza cualitativamente diferente, —verificada a través de la tríada ya examinada en otro trabajo⁴⁰— y que actúa sobre bienes jurídicos como el medio ambiente y el orden económico, fácil es colegir que el riesgo no puede ser apresado con las mismas pinzas que usa la teoría del delito; no se trata de negar que muchas de estas lesiones a esos bienes jurídicos pueden ser realizados por individuos aislados, y por tanto, en nada se diferenciaría esta situación de la que proviene de acciones típicas

Reus SA, Madrid 1976, ps. 128 y ss. Bustos Larrauri. *La imputación objetiva*. Ed. Temis. Bogotá, 1989, ps. 78 y ss.

(38) Frisch Wolfgang; *Tipo penal e imputación objetiva*, Cap. III, trad. Carlos Perez del Valle, p. 92 y ss.

(39) Idem, ps. 94 y 95.

(40) *De las penas cit.*, nota 1.

ordinarias, sino de subrayar que el volumen del riesgo es diferente cuando es la actividad de las personas jurídicas la que lo produce; pensemos, por ejemplo, en los hechos de contaminación conocidos⁴¹ o en las administraciones fraudulentas de grandes bancos donde nunca habrá una respuesta satisfactoria sobre los alcances del peligro producido por el comportamiento.

Esta distinción cuantitativa entre el riesgo de las acciones individuales y el de las institucionales —que se transforma en cualitativa porque el riesgo es difuso y, por tanto, incapsulable perimetralmente— se refleja en cada uno de los problemas planteados por la teoría contemporánea de la imputación objetiva⁴². Comencemos por la clásica división entre riesgo permitido (inherente a la vida social normal) y riesgo desaprobado. Aquí no cabe duda que el ordenamiento jurídico, históricamente, ha valorado de modo diverso los riesgos para la salud de la población originados en la producción, distribución y consumo de los productos, y los generados por la actividad industrial en relación con el ecosistema; muchas de las secuelas del uso de las máquinas de vapor o de la energía eléctrica, consideradas en sus inicios como aprobadas socialmente, pertenecen hoy al rubro deslegitimado, y seguramente, buena parte del peligro ocasionado en la actualidad por la utilización de la energía atómica o la termodinámica ingresará en la categoría del riesgo desaprobado. En nuestro esquema, esta relación contrapuesta —reflejo de

una más amplia entre desarrollo y ambiente— debe ser resuelta, en los casos conflictivos, de conformidad con la formulación antes mencionada: el riesgo será desaprobado si la persona jurídica es la que actúa como protagonista.

La problemática se traslada, obviamente a la distinción entre riesgo permitido y riesgo desaprobado en los llamados delitos de resultado tardío; nos referimos a los casos en que, después de la lesión primaria, transcurrido un tiempo, se producen otras consecuencias conectadas con el primer impacto; es el ejemplo de las explosiones atómicas, donde adicionado al daño, se crea un peligro latente, difícil de dimensionar, con resultados que se concretizan en lapsos diferentes, lejanos al primer envío. Sin duda, el pronóstico se hace más complejo que el elaborado en la esfera de las acciones individuales, donde la teoría tradicional resuelve la contienda con el apartamiento del resultado por ausencia de la dimensión temporal de la imputación⁴³, o sea, por la no integración del resultado tardío en el peligro desaprobado. Innecesario resulta decir que nosotros propugnamos la contraria.

Ecuación harto compleja se presenta en los casos que denominamos de consecuencias posteriores externas (en el derecho penal convencional, el “shock” traumático en la familia cuando se lesionan bienes individuales). Aquí resulta aún más dificultoso el traslado a las acciones institucionales; por ejemplo, en los delitos económicos, ¿como determinar el límite entre los riesgos que corresponden al resultado interno —circuito del bien jurídico orden económico— y los que pertenecen al sector externo?. La solución invocada por la teoría tradicional, que acude al ámbito de protección de la norma, no parece tan diáfana en esta situación ya que el conflicto no reside en la valoración sino en el sustrato material sobre el que

(41) En la nota 1 del artículo publicado en “La responsabilidad” p. 869 —ver nota 1 de este trabajo— citamos casos conocidos: entre otros: Saveo (1976); Bophal (1976); El Amoco Cadiz, (1989); Exxon Valdez (1971).

(42) Frisch expone en el libro ya citado una especie de inventario de problemas vinculados con la noción del riesgo. Algunos de los mencionados en este trabajo son consecuencia del esquema ideado por el penalista alemán. p. 58.

(43) Frisch. *Op. cit.*, p. 43.

ella se apoya (la ubicación del riesgo). A nuestro entender, el volumen del riesgo, aún el generado en el sector externo, debe incidir en la aplicación de la imputación objetiva, salvo que claramente las secuelas riesgosas sean ajenas a la esfera de actuación de la persona jurídica; con otras palabras, la valoración no arranca del ámbito de protección de la norma, sino a la inversa; el acento recae sobre el volumen del riesgo.

En el catálogo de los llamados riesgos conflictivos del derecho convencional —difícil determinación de su vínculo con el resultado— cabe anotar el denominado “comportamiento alternativo ajustado a derecho”. Pensemos en el supuesto de un acto de contaminación realizado por una empresa química que genera un riesgo para el medio ambiente, al exceder en un punto el límite establecido por la regulación pertinente y que, de haber actuado con la diligencia debida, hubiera podido neutralizar el efluviu. Posteriormente se comprueba que la contaminación igualmente se habría producido porque, aún cuando el ente hubiese actuado ajustadamente conforme a derecho, la toxicización no se habría evitado.

En los ejemplos equivalentes del derecho tradicional, mayoritariamente en el análisis de la negligencia, buena parte de la doctrina afiliada a la imputación objetiva, alega aquí la ausencia de una realización del riesgo prohibido en el resultado, no obstante la inobservancia del cuidado, por lo cual el sujeto queda impune⁴⁴. En los delitos contra el medio ambiente y el orden económico la óptica es otra; la polémica queda resuelta “ab initio” porque, tratándose de un bien jurídico colectivo (difuso) está siempre presente, al margen de la realización del riesgo, un aumento de éste. La especificidad de la acción institucional vuelve, aquí, a suministrar una solución diversa.

De igual modo debe despejarse la ecuación respecto de los denominados, en la teoría del delito, riesgos residuales (vgr. los dolores con posterioridad a la herida recibida), secundarios —mala praxis en el hospital, después de haber sido víctima de un disparo— o de terceras consecuencias, de estrecha similitud con los llamados de resultado tardío y de consecuencias alternativas externas. En todos estos casos, que remiten en verdad al problema de la división entre riesgos de la vida social y los desaprobados socialmente, parte de la doctrina acude a la suma de criterios normativos para resolver el conflicto⁴⁵. En la esfera de los delitos económicos y ambientales, sin excluir los criterios adicionales, parece visible que el volumen del riesgo es el mecanismo más convincente. Si ejemplificamos con el delito de monopolio, observaremos que el peligro para la supervivencia de industrias conectadas con las directamente afectadas por la acción (residual), o el que se produce posteriormente por decisiones equivocadas de los entes públicos encargados de contrarrestar la conducta monopólica (secundario), o el que genera en un sector social que no puede acceder al producto objeto de la concertación monopólica (tercera consecuencia), solo pueden ser concebidos a través de la consideración del volumen de riesgo.

Sin duda, que la constelación de problemas es incompleta, pero suficiente para acordar en que la acción de las personas jurídicas exhibe notas especiales que deben ser contempladas a la hora de optar por los diferentes criterios normativos. En los comportamientos delictivos del área tradicional, no obstante la idoneidad de las acciones para provocar riesgos desaprobados, la mayoría de estos riesgos ingresan en la órbita de los riesgos generales de vida; al contrario, en las acciones institucionales la proporción entre riesgos

⁽⁴⁴⁾ Idem, p. 52.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*, p. 57 y ss.

de relevancia típica y los marginados de ella, es diversa; la sobredeterminación que ejerce el interés económico modifica el cuadro de proporciones; el ámbito vital (producción industrial, comercio, relaciones financieras, medio ambiente) en que se realizan ciertas actividades, eleva la magnitud del peligro, genera una capacidad o aptitud superior para desencadenar procesos causales lesivos.

Aunque parezca repetitivo, el volumen de riesgo es el dato de la realidad que acompaña permanentemente la acción institucional; por ello se convierte en el parámetro idóneo para resolver los conflictos planteados por la imputación objetiva.

A.b. Distribución de roles

Hasta aquí la teoría de la imputación objetiva en el plano correctivo del tipo para entender su primer rol como mecanismo coadyuvante en la interpretación de los tipos penales en referencia directa a la especificidad del riesgo en las acciones institucionales; es, dijimos, una zona común con la atribuibilidad por la confluencia de ambas categorías en la necesidad de asignar riesgos. Pero, como lo anticipamos, juega un segundo rol decisivo en otro sector de la atribuibilidad, en el que podríamos denominar zona de distribución de roles.

Cuando nos enfrentamos con las acciones institucionales advertimos que muchas veces no es tarea sencilla determinar a quien se atribuye la conducta y concomitantemente, el riesgo que la acompaña; las acciones de las personas jurídicas son ejecutadas por seres humanos. Se allana el camino cuando la decisión se ubica en el acuerdo del órgano pero los obstáculos emergen cuando, a partir de ese momento, se acumula una serie de actividades que bien puede responder a los lineamientos de la decisión o transformar su itinerario; actúan no solo directores

o apoderados sino, también, empleados o terceros extraños al ente con el agregado que, en determinadas ocasiones, un mismo protagonista —vgr. director— inserta su cuota personal en el desarrollo de la acción delictiva. Se trata, en suma, de problemas conflictivos de las llamadas “desviaciones del curso causal o de las delimitaciones entre autoría y formas de la participación que, a nuestro juicio, deben ser resueltas mediante un baremo adicional, extraño de la propia naturaleza de la acción institucional; nos referimos al beneficio, generado por el interés económico. Se trata, en suma, de un criterio normativo más, característico de la actuación de la persona jurídica que amplía el ámbito de aplicación de la teoría de la imputación objetiva.

Las variantes son numerosas y, seguramente, algunas quedarán fuera del inventario; nuestra pretensión alcanza a las más conocidas.

a') En las acciones institucionales delictivas habituales (“normales”) la distribución de roles no requiere, va de suyo, el apoyo de la imputación objetiva —(establecida, es obvio, la conexión con la acción-resultado). La actuación de directivos o empleados es emanación clara de la voluntad social dolosa o de la decisión negligente de la sociedad, tanto en los comportamientos comisivos como en los de omisión. Las acciones individuales, pertenecientes a la esfera personal de cada interviniente, como es sabido, son desplazadas hacia el área del sistema convencional.

b') La distribución de roles se oscurece cuando nos adentramos en la problemática de la descentralización de la empresa; en las grandes corporaciones es conocida la división entre el poder de decisión y la dirección fáctica junto a la existencia de diferentes instancias jerárquicas, de arriba hacia abajo, y la fungibilidad del personal que generan muchas veces lo que Schünemann deno-

mina vacío de imputación⁴⁶; es sabido también que la ubicación de los funcionarios en la escala jerárquica no se corresponde, en numerosas ocasiones, con la incumbencia de funciones que cada uno tiene asignada⁴⁷ lo cual complica los espacios de garante de las diversas instancias. La clarificación de los lazos de imputación se convierte así, en una condición "sine qua non", previa al análisis de la exigibilidad de otra conducta, tarea en la cual la imputación objetiva —a través del parámetro beneficio— aparece como el instrumento idóneo para determinar, en definitiva, cuáles son los actos que corresponden a la persona jurídica y cuáles los que se ligan con el área personal de los funcionarios o de terceros; si el provecho favorece al ente colectivo, está clara la decisión.

c) Es casi obvio afirmar que la mayoría de las actividades delictivas de las sociedades se realizan al margen de las imposiciones del estatuto⁴⁸; exceden sus

límites. Pero el comportamiento de los directivos puede obedecer a sus intereses personales; la representación les sirve como pantalla para su finalidad delictiva y los beneficios no ingresan al patrimonio de la empresa, sino a sus arcas. Sin embargo, existe la posibilidad de que la empresa recoja algún provecho; en estos casos la presencia del beneficio permite la atribución de la acción al ente colectivo; el interés económico es la aguja que marca la distribución de roles.

Idéntico criterio rige para las hipótesis, no infrecuentes, en que actúe un grupo de directores sin satisfacer el número necesario para obligar a la sociedad, o un apoderado con facultades incompletas, o un alto funcionario —gerente— sin representación pero que en el contexto situacional se exhibe como la cara de la sociedad (vgr. concentración monopólica o acto de polución); en la práctica social, es uno de los caminos elegidos para generar el pretexto de ajenidad de la empresa al hecho ilícito.

No es improbable que la génesis del comportamiento delictivo provenga de una decisión institucional tomada con la anticipación requerida a la realización del acto, pero puede suceder también que los ejecutores cuenten en sus planes con la futura ratificación de la empresa. Para la distribución de roles, la variante carece de importancia; el beneficio es el elemento determinante de la imputación sin perjuicio de que, en el segundo supuesto, el problema de la exigibilidad —y por ende de la responsabilidad social— se traslade al área de la conducta negligente de la empresa por ausencia de control de sus subordinados.

No se nos oculta que las variantes enumeradas son susceptibles de solución en el marco de la interpretación del tipo o —como decimos en un párrafo anterior— de la autoría y participación; pero la búsqueda de un concepto abarcativo de la atribuibilidad nos convence de la necesidad de acudir al auxilio de la impu-

⁽⁴⁶⁾ Schünemann Bernd ¿Qué ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? en *Jornadas sobre la "reforma del Derecho Penal en Alemania"*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1991, p. 39.

⁽⁴⁷⁾ Sobre la faz organizacional de la empresa, ver Baigún David, art. cit. nota 1 en *De las Penas*.

⁽⁴⁸⁾ Los sistemas legales siguen diferentes criterios. El Anteproyecto del Organismo Judicial de Guatemala (1991) establece (art. 47) que la imputación se realizará "cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares, siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de su negocio". No prevé el beneficio. El nuevo Código Penal de Francia, (art. 121-2) establece que las personas morales son responsables por infracciones cometidas por su cuenta, órganos o representantes. "Pour leur compte", significa en su beneficio; ver J. Borricard *Pour une responsabilité de tous les groupements?* Annales Fac. Droit Clermond Ferrand, fsc. 18, 1981, p. 143.

tación objetiva para resolver los casos límites en que la distribución de roles no exhibe la prolijidad que una categoría normativa lo requiere; obviamente, este manejo selectivo de los roles no implica interferir o avanzar en el campo del derecho penal convencional donde el papel de cada sujeto actuante se rige por las reglas ya conocidas.

B- Exclusión de atribuibilidad

La conducta típica desaprobada es la base de atribuibilidad. Ya hemos señalado que en los casos en que se recurre a la imputación objetiva para resolver algunos conflictos de interpretación para la asignación de riesgos, la aplicación de esta teoría se realiza en el plano correctivo del tipo aunque se proyecte sobre la atribuibilidad. El análisis de la ausencia de riesgo pertenece, por consiguiente, a la faz negativa del tipo de injusto institucional y no al tipo de responsabilidad social.

En cambio, es genuino terreno de la atribuibilidad el examen de las condiciones que actúan sobre la distribución de roles y generan la ausencia de la categoría. No son exhaustivas, no configuran un cuerpo cerrado; desde un punto de vista teórico es suficiente que influyan sobre la no determinación de la asignación a la persona jurídica para satisfacer la calidad de condición de no atribuibilidad; es el ejemplo de la falta de un beneficio económico, en el área de la descentralización de la empresa cuando, examinadas las distintas instancias, se concluye que la persona jurídica es ajena al entrecruzamiento de las relaciones producidas o, de igual modo, cuando el provecho está ausente no obstante el acoplamiento de las acciones personales y las institucionales.

Debemos subrayar que el enfoque teórico puede no corresponderse con el que se implementa en un sistema legal; es

posible, verbigracia, establecer en este último, como causal de no atribución, la falta de inscripción de una persona jurídica, cuando en otro plano, se encuentran reunidos todos los componentes de la acción institucional o, a la inversa, decidir la imputación de una sociedad monoaccionaria o de la instrumentada exclusivamente para acciones delictivas cuando ónticamente no responden a la naturaleza de la acción institucional. Son razones de política criminal, como dijimos en otra ocasión⁴⁹, las que determinan la estructura del sistema normativo pero ello no nos debe llevar a confundir atribución legal con atribuibilidad (campo teórico).

El resultado de la operación intelectual sobre la no atribuibilidad está a la vista; se hace innecesario acceder al segundo escalón: la exigibilidad de otra conducta, componente que trataremos en seguida.

2- Exigibilidad de otra conducta

En un trabajo reciente, Bustos Ramirez⁵⁰ sugiere que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede construir dogmáticamente (teoría del delito) a partir de la problemática de la participación, y de la exigibilidad de conducta en el sujeto responsable. Dejemos para otra oportunidad la discusión sobre la primera apoyatura, pero convengamos en que la exigibilidad de otra conducta se inserta perfectamente en la categoría de la responsabilidad social por nosotros propugnada.

Comencemos por señalar que no exhibe las mismas características que le asigna la teoría tradicional. Para algunos auto-

⁽⁴⁹⁾ Ver *De las Penas*, cit. en nota 1. Ver además nota 30 de este trabajo.

⁽⁵⁰⁾ La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en *El Derecho Penal*, Hoy. Editores del Puerto SRL, Bs. As., 1995, ps. 24 y ss.

res⁵¹, la exigibilidad de un comportamiento ajustado a la norma es un principio regulativo aplicable en el área de las causas de exculpación (disculpa) en especial referencia al estado de necesidad exculpante, el exceso en la legítima defensa y la coacción o miedo; si la culpabilidad exige que el reproche se origine en la formación de la voluntad en el “poder haber actuado de otro modo”, en estos casos el autor pudo haber obrado de otro modo y sin embargo se lo exime de la pena, o se la atenúa. La no exigibilidad actúa como instrumento de salvamento para evitar o morigerar las consecuencias del reproche.

Para otro sector⁵², la no exigibilidad es una causa general de inculpabilidad, sinónimo de causa supralegal de la exculpación, o género de ésta última especie, pero vinculada siempre con la preponderancia del motivo en la conciencia del agente.

Es casi generalizada la opinión de que la cláusula de no exigibilidad no es un requisito, elemento o componente de la culpabilidad sino un “carácter exclusivamente negativo”⁵³, una indulgencia o dispensa del derecho conforme a ciertas circunstancias; la culpabilidad queda satisfecha con la constatación de la imputabilidad y la conciencia del injusto⁵⁴.

No deseamos extendernos en cuestiones ya conocidas de la teoría del delito que registran, además, abundante bibliografía. En el esquema que proponemos la exigibilidad de otra conducta pertenece, sin duda, a un patrón general del derecho, —la existencia de un ordenamiento impli-

ca ya la lealtad a la norma— pero actúa aquí como un principio limitado a un comportamiento determinado a una conducta circuitada que, por razones de nomenclatura, denominamos desviación o apartamiento. Esta desviación (soporte de hecho, objeto de valoración) es la acción institucional, que no obstante los requerimientos de los mandatos normativos, emprende otro camino; por eso el principio se formula como exigibilidad de otra conducta en sentido afirmativo y no a la inversa, solo como recurso de salvamento o dispensa que cuando está presente excluye la responsabilidad social.

Es obvio que este planteamiento importa reconocer la presencia de una alternatividad, de una opción porque la persona jurídica pudo haber actuado de otro modo, pero este poder no se enjuicia —como dijimos tantas veces— a partir de las motivaciones psicológicas de quienes intervienen en la acción institucional (proceso de la decisión), sino del acto concreto de desviación⁵⁵.

También parece evidente que resulta superfluo la confrontación entre el acto producido y el que se debió haber realizado; en una sociedad preñada de contradicciones económicas, donde las acciones institucionales reconocen como ariete fundamental el interés económico, el único modelo apto es el que se desprende de las regulaciones legales. Sería pecado ingenuo de nuestra parte reproducir aquí las coordenadas tradicionales de una parte de la doctrina, que construye para la comparación, un baremo teórico en torno “al poder medio”, “al

(51) Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Ed. Bosch, Barcelona, 1981, T 1, p. 655 y ss.

(52) Jimenez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Losada, T. IV, ps. 932 y ss.

(53) Bustos Ramirez, Juan, *Manual de Derecho Penal cit.*, p. 336, ver nota 5.

(54) *Idem*, p. 336 y 337.

(55) Jakobs (*op. cit.*, p. 645), en referencia a la capacidad de culpabilidad propone, en lugar de la pregunta ¿Pudo comportarse de otro modo no?, ésta otra: ¿Es responsable el autor por no haberse comportado de otro modo?. En verdad, la segunda interrogación es una consecuencia derivada de la respuesta a la primera; por eso no nos parece razonable la sustitución.

actuar de otro”⁵⁶ cuando la denominada flexibilización es el modelo impuesto en la actualidad por los grupos hegemónicos. Por supuesto, esto no importa desechar totalmente la comparación con otras empresas de parecido potencial o importancia, como factor evaluable al momento de determinar la exigibilidad⁵⁷.

Detengámonos ahora en la conformación de la exigibilidad de otra conducta o, dicho de otro modo, en su contenido. Como lo adelantamos la desviación o apartamiento en el soporte de hecho y sobre esta situación se asienta el juicio de valor; veamos los dos aspectos por separado.

A— El acto de desviación o apartamiento

El concepto de desviación atraviesa, en una primera fase, el tamiz del tipo; sean acciones institucionales con voluntad social dolosa o decisión negligente por comisión u omisión el primer nivel de detección requiere el prisma típico. En el acto de desviación está ínsita la necesidad del conocimiento institucional, con las características que hemos puntualizado en otro trabajo⁵⁸, y la posibilidad de su contrapartida; el error, limitado a los elementos descriptivos (fácticos).

Pero en un nivel ascendente, aparece una cuestión cualitativamente diferente; ¿Es necesario que el conocimiento institucional abarque además, lo que en la teoría del delito se denomina conciencia de la antijuridicidad?. La respuesta negativa ya ha sido anticipada por nosotros en varias ocasiones⁵⁹ al referirnos a la con-

secuencia lógica de no acoger en este sistema, la categoría de la culpabilidad tradicional y a la inadmisibilidad del error de prohibición como eximente.

El conocimiento presunto de las normas es una regla de oro en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por su propia estructura y organización —estatutos, normas internas, etc.— la corporación o la sociedad anónima está obligada a contar con toda la información técnica y jurídica que requiere su funcionamiento; este dato —“información construida”— forma parte de su esencialidad, está incorporado a su sobrevivencia como persona jurídica; por eso el “arsenal de su saber” sobre las disposiciones regulativas que la afectan, es un ingrediente propio de la actuación del ente y no un elemento vinculado con la aptitud o capacidad para conocer el ordenamiento⁶⁰. La aptitud ya está definida “ex ante” del acto de desviación, lo cual no significa, naturalmente, que los mayores o menores esfuerzos del directorio por actualizarla o resolver las dudas que se suscitan en el órgano al momento de la decisión, puedan ser tomadas en cuenta en el instante de evaluar la responsabilidad social, pero esta apreciación es ajena a la fundamentación conocida del derecho penal convencional que legitima el error de prohibición mediante esas razones.

La hipótesis es harto frecuente en la vida de las corporaciones y se visibiliza claramente cuando el órgano acude al informe técnico jurídico o al consejo profesional para justificar el apartamiento; aquí, el “máximo cuidado” o la “intensi-

(56) Jescheck, *op. cit.*, p. 588 y ss.

(57) Rusconi, Maximiliano. Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación? en *El derecho penal*, Hoy., *op. cit.*, p. 80.

(58) La tipicidad, ya cit. en nota 1 p. 72 y ss, donde analizamos el conocimiento institucional como elemento de la voluntad social dolosa.

(59) Ver artículos citados en nota 1.

(60) Un argumento similar se halla en “United States v. Park” fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos. *Casos de Derecho Penal Comparado*: Hendler Edmundo y Gullco Hernán, Editores del Puerto SRL. Bs. As. 1996, p. 135. Son los elementos especiales de la doctrina alemana, difundidos por todos los textos.

dad de la preocupación” —que en verdad son elementos de un normal funcionamiento— no alcanzan para neutralizar el conocimiento presunto y solo sirven para mensurar el juicio de valor como veremos más adelante.

La propuesta no debe generar pavor; la asignación del conocimiento presunto a las personas jurídicas no está tan alejado de ciertas formulaciones del sistema tradicional; ningún investigador del derecho penal se autoflagela cuando admite que en la sociedad actual el autor de un comportamiento como el hurto, robo, homicidio o falso testimonio sabe que su hecho está prohibido por la ley⁶¹, mucho más cuando es resultado de un plan de preparación.

Esta reflexión está muy próxima de la que surge de la actividad de las corporaciones o sociedades anónimas en el campo económico o en la esfera ambiental, donde delitos como el monopolio o la evasión tributaria —en el primero— o la contaminación —en el segundo— son inimaginables sin conocimiento de las regulaciones vigentes por parte de las empresas responsables.

Es casi redundante afirmar que la información que se presume abarca el perímetro correspondiente al injusto institucional (vgr. no se le exige a una corporación pesquera que conozca las normas conectadas con la actividad agrícola)⁶². Dicho de otra manera, estamos frente al rechazo de la pretendida teoría del “versare in re illicita” pues la desviación está acotada a las consecuencias de la voluntad social dolosa o la decisión negligente, y no a cualquier resultado que se produzca más allá de su esfera.

Un problema relevante de esclarecimiento es, sin duda, determinar si el

conocimiento presunto abarca, además del orden normativo estatal, el que se conoce como orden regulativo interno, es decir, el estatuto y las restantes disposiciones que gobiernan la política del ente. Cuando hablamos de acto de desviación, sin duda, nos referimos a su contraposición con el ordenamiento externo, pero la cuestión no deja de ser importante porque, en definitiva, el orden regulativo interno se integra también en el área de la prohibición y bien podría ser invocada para sustentar un error de esta índole; es más, en un sector de la doctrina anglosajona, las distintas modalidades de actuación de los directivos frente a este conflicto, son decisivas para valorar la responsabilidad penal de la persona jurídica⁶³. Nosotros, congruentes con lo que venimos explicando, creemos que el conocimiento presunto no debe hacer escisiones: el orden regulativo interno integra la naturaleza de la persona jurídica, es parte de su funcionamiento y va acoplado, por consiguiente, al acto de desviación.

El acto de desviación no siempre aparece expuesto claramente; no es una unidad sino un suceso fraccionado, lo cual dificulta muchas veces la ubicación “geográfica” del conocimiento presunto. Pensemos en el caso del capitán del barco, cargado de residuos tóxicos, que decide “per se” atravesar una zona declarada de riesgo —situación que él ignora— para favorecer los intereses económicos de la empresa, pues el desvío importa un apreciable ahorro de costo de combustible. Parece razonable, que si el directorio acepta implícita o expresamente la conducta del capitán, la presunción del

⁽⁶¹⁾ Stratenwerth, Gunter. *Derecho Penal Parte General I*. Trad. Gladys Romero. Edersa. Madrid. 1982, p. 186.

⁽⁶²⁾ En Jakobs, *op. cit.*, p. 617, “pertenece a su ámbito de organización.”

⁽⁶³⁾ Fisse Brent. The attribution of criminal liability to corporations: a Statutory Model; The Sydney Law Review. Volumen 13, n° 3, set. 1991. El autor estudia distintas variantes a partir del concepto de “organisational blameworthiness” (culpabilidad organizacional).

conocimiento normativo se desplace al momento en que se ordenó el cambio de rumbo aunque la decisión institucional sea posterior; sin embargo, no es ésta la solución más ajustada, pues el papel de garante de la empresa obliga a situar la presunción antes del comportamiento del capitán, es decir, antes de la confirmación institucional. Lo que nos importa, en definitiva, es advertir que no siempre existe coincidencia temporal entre el hecho real de la desviación y la presencia del conocimiento normativo, cuestión que se compagina con las formulaciones anteriores en materia de atribuibilidad.

B- Valoración de la exigibilidad

a) Enunciado. La desviación es un hecho concreto, un acto determinado en un contexto situacional; la valoración de la exigibilidad de otra conducta se refiere a ese hecho y no a un modelo abstracto que actúa como paradigma. Verdad sabida es la exigencia de actuar conforme al derecho, en lugar de adoptar una actitud contraria; es una fórmula genérica, común a todas las prácticas sociales y que, por tanto, nada define. Una categoría, como la de responsabilidad social, que pretende tener patente propia en el sistema, quedaría vacía si la construyéramos con esa cláusula general.

Pero al realizar el juicio de valoración se advierte que, junto al acto objetivo de la desviación, su sola contraposición con el ordenamiento, aparecen en numerosas ocasiones, otros factores concurrentes que integran ese contexto y que pertenecen, al objeto de valoración. Son insoslayables, no sólo porque ópticamente revistan en el ámbito situacional sino, porque actúan como presupuestos de la punición; son el remedo parcial⁶⁴

de las llamadas causales de inexigibilidad que, para evitar confusiones, denominaremos en este sistema factores que impiden u obstaculizan la exigibilidad de otra conducta.

Desde un punto de vista taxonómico, la agrupación de tales factores debe alejarse forzosamente del marco de la teoría del delito tradicional, aunque la mayoría de ellos provengan de este riñón. Dos razones decisivas; en primer lugar, la naturaleza de la acción institucional y, en segundo término, el esquema diverso de imputación, con la desaparición de la culpabilidad como estrato decisivo.

Al incidir sobre la exigibilidad de otra conducta, estos factores operan como eximentes de la responsabilidad social, en unos casos, y como atenuantes o dirimentes, en otros. Esta división —ya anticipada al tratar el tipo de responsabilidad social— puede servir como eje de una primera coordenada; pero desde otra óptica, los factores pueden provenir del proceso interno de la corporación o generarse en el ámbito externo; es el origen lo que determina la razón de esta segunda coordenada mientras que en la anterior priman las consecuencias. Mediante la conjunción de ambas ensayaremos un breve inventario, con riesgo de que resulte incompleto por algún déficit de nuestra imaginación; el orden que seguiremos corresponde, lógicamente, al de los estratos que componen el sistema “ad-hoc.”

b) Los factores que impiden u obstaculizan la exigibilidad de otra conducta. Sin duda, el error juega un papel decisivo; pero además están presentes otros factores: la coacción, el miedo, la desgracia, la intervención de terceros; todos relacionados, naturalmente, con la exigibilidad de otra conducta. Ello no significa que algunos puedan ser valorados en un peldaño anterior cuando, por ejemplo, el conflicto se resuelve con solo verificar el error inevitable sobre el elemento descriptivo del tipo o de la causa de justificación; aquí, como hemos

⁽⁶⁴⁾ Decimos parcial porque en el derecho penal convencional las causales de inexigibilidad hacen desaparecer la exigibilidad. En nuestro esquema pueden provocar su ausencia o disminuirla.

explicado, estamos aún en el territorio del tipo de injusto institucional; no hemos avanzado más allá⁶⁵.

Vayamos ahora a los factores impeditivos u obstaculizantes, conforme al orden programado:

a) — Error evitable sobre un elemento descriptivo del tipo o de una causa de justificación.

Cuando el error a que nos referimos es evitable, la valoración se traslada al ámbito del tipo de responsabilidad social. Y es lógico que así sea, pues la evitabilidad requiere un juicio, que ya no se satisface con la ausencia de un elemento descriptivo (circunstancias de la acción y modalidades, datos de tiempo y lugar) sino que requiere *el cómo de la formación del conocimiento institucional, la información construída*, datos conectados visiblemente con la exigibilidad de otra conducta.

Si coincidimos con este razonamiento, la evitabilidad no se puede desprender del análisis de la información construída; sin un acuerdo sobre este concepto, su valoración resulta imposible. En el derecho tradicional, la inevitabilidad o la invencibilidad, cualquiera sea la fórmula que se use, se apoya en el esfuerzo de conciencia del agente, en su interese; en el esquema que propugnamos, ausente la conciencia individual, lo que importa es el examen de los componentes que concurren a la formación de la “información construída”, estableciendo si existió un déficit en esa formación o si alcanzó el punto óptimo. En el ejemplo que hemos dado antes (nota 67), si en lugar de la comunicación equivocada del organismo impositivo, la empresa maneja la información de un empleado, el déficit de la “información construída” ya no es

suficiente para justificar la inevitabilidad del error; y lo mismo se puede sostener en el supuesto de una empresa que decide arrojar al mar —en estado de necesidad— residuos nocivos que resultaron tóxicos debido a la apreciación errada de un empleado, cuando lo razonable era haber requerido la información técnica.

No es superfluo subrayar que a la formación de la “información construída” confluyen datos fácticos y componentes normativos; a los primeros pertenecen los procedimientos empleados para munirse de la información, la idoneidad de la técnica utilizada conforme a los objetivos de la empresa y el área de su competencia, los esfuerzos por mantener la actualización de saberes. Los segundos se vinculan con la actividad del órgano en función del estatuto, la completitud de la información acumulada, la importancia de los baches o huecos en este terreno —algo semejante al resto de conocimiento de la norma latente en Jakobs⁶⁶—, la procedencia de esos baches, es decir si obedece al propio comportamiento de la persona jurídica o se origina en un tercero (vgr. el poder público), la calidad del material de que se ha valido para el inventario del *saber jurídico*, dentro del cual se incluye la fiabilidad de los recursos humanos utilizados.

La conformación de la “información construída” es un instrumento útil para resolver la evitabilidad de cualquier error, con la aclaración tan repetida, que los componentes normativos se presumen incorporados en la persona jurídica, son consustanciales con su funcionamiento; el teorema se resuelve tomando en consideración “la información construída” pero poniendo el acento en la escisión entre elementos descriptivos fácticos y normativos; como observaremos en el listado de factores, el tratamiento de los llamados errores de prohibición es una consecuencia directa de esta división.

⁽⁶⁵⁾ En el artículo (La Tipicidad, p. 86 nota 1) ponemos el ejemplo de una comunicación equivocada del órgano impositivo que da lugar a un pedido de reintegro por parte de la empresa.

⁽⁶⁶⁾ *Op. cit.*, p. 675.

Ahora bien, la clasificación anotada no obstruye el cómputo del grado de relevancia de los distintos elementos; la diferenciación tradicional entre esenciales y accidentales⁶⁷ de la teoría del delito, bien puede ser trasladada aquí, aunque respetando el marco determinado por la "información construída"; el dato suministrado por el gerente general no exhibe la misma entidad que el obtenido a través de un empleado, ni tampoco pueden ser parangonados los procedimientos de alta tecnología con los que ya pertenecen al archivo histórico; la distinción entre una y otra situación no puede ser ignorada a la hora de considerar la evitabilidad del error.

Pero el interrogante principal, tanto respecto de los ingredientes fácticos, como de los normativos, reside siempre en determinar cuáles son los criterios utilizables para valorar la evitabilidad; ¿existe un patrón rígido o es necesario acudir a módulos normativos?

La respuesta bordea las mismas costas que la imputación objetiva; es posible acudir a un patrón social válido para determinar cuándo ciertas situaciones son admisibles para el diagnóstico del error o cuándo ellas no son razonables, pero este cartabón no siempre coincide con las disposiciones del ordenamiento jurídico. Al igual de lo que sucede con otras categorías teóricas, la evitabilidad está sujeta a las imposiciones y permisiones de la coacción estatal; la aceptación de ciertos errores también pertenece al campo de los actos tolerados por el Estado, de segmentos no acogidos por la coacción. Pero, desde el punto de vista teórico, la

regla se debe construir tomando en cuenta el protagonismo relevante de las corporaciones en el mundo actual, el volumen de riesgo de sus acciones y el beneficio económico como motor decisivo, o sea, claros argumentos de política criminal; la información construída en un punto óptimo aparece, así, como un instrumento de mayor rigor o severidad para dimensionar la evitabilidad en el conflicto concreto.

Volvamos a la evitabilidad del error sobre un elemento descriptivo del tipo o de la justificante. Interesan las consecuencias. Si la formación de la información es deficiente, la voluntad social dolosa queda resentida pero no desaparece; el comportamiento permanece en la órbita del tipo de decisión institucional negligente; el factor no obtura la exigibilidad de otra conducta, sólo la obstaculiza; no exime la responsabilidad social pero la traslada a un campo paralelo.

La situación no varía cualitativamente si el error que tratamos aquí se genera a raíz de un comportamiento delictivo previo. En el ejemplo dado anteriormente, bien puede ocurrir que el funcionario de jerarquía o el empleado actúen personalmente o en connivencia con otra empresa de un modo doloso con la finalidad de provocar el error en la decisión colectiva. En el plano de la política criminal, esta solución puede parecer una apoyatura de métodos perversos en el campo de la competencia; sin embargo, esta preocupación debe ceder ante el riesgo mayor que significa la deficiente formación de la "información construída", de cuyos resultados en la práctica social, da cuenta permanentemente la crónica periodística.

b'— Error sobre un elemento normativo del tipo. Ya hemos sostenido en otro artículo, que el error sobre los elementos normativos con significación jurídica merece el mismo tratamiento que el de prohibición, es decir, no actúa como

⁽⁶⁷⁾ La división entre error esencial y error accidental en el tipo, es hoy prácticamente aceptada por toda la doctrina; en lengua portuguesa, con remisión a la bibliografía, ver entre otros Silva Franco e outros. *Código Penal*, p. 51; Luiz Flávio Gomes. *Erro de tipo o Erro de proibição*. Ed. Revista dos Tribunais, 3era. Ed., 1996, p. 101.

eximente de responsabilidad social⁶⁸; y también hemos agregado que en caso de duda⁶⁹ —conflicto entre carácter descriptivo o normativo— debíamos volcarnos por este último, por razones de política criminal; estas razones ya han sido expuestas en el apartado anterior, al examinar el concepto de “información construida”.

La aserción de que el conocimiento de los elementos normativos es similar al que se tiene de todo el ordenamiento, es decir, registra la calidad de conocimiento presunto, nos eximiría de asignarle un tratamiento especial al problema. Sin embargo, la presencia de las llamadas leyes penales en blanco, de uso tan habitual en las áreas económica y ambiental, justifica alguna digresión.

Según Tiedemann⁷⁰, siguiendo las teorías conocidas, son normas total o parcialmente “abiertas” que se remiten, para ser completadas y complementadas, a normas con rango inferior a la ley (normas penales en sentido estricto) o a otras leyes (normas penales en sentido amplio). Las cuestiones intrincadas no emergen de este segundo supuesto sino del primero, circunstancia históricamente visible en los delitos económicos y ambientales.

Como es sabido, casi todas las regulaciones del campo de la economía y del medio ambiente, generalmente emanadas de órganos de desigual jerarquía, son creadas por el poder administrador; la frondosidad y la ausencia de regímenes ordenadores son moneda corriente en estas disposiciones, característica que dificulta su conocimiento por parte de la población; obviamente, el común de los habitantes las ignora y,

cada vez que se suscita un conflicto, la invocación del error de prohibición desplaza a las demás razones.

Una óptica diversa se impone cuando los sujetos son las personas jurídicas; la obligación de informarse sobre el conjunto de normas vinculadas con su funcionamiento —la información construida ya examinada— impide que la alegación del desconocimiento de una norma pueda ser esgrimida como factor que neutraliza la exigibilidad de otra conducta. Desde el punto de vista teórico no existe, por consiguiente, ninguna diferencia con el conocimiento normativo presunto, antes estudiado; las normas complementarias son parte de esa formulación.

Es cierto que en algunas ocasiones, la información construida puede verse interferida por agentes extraños a su formación; vgr. si disposiciones referidas a una materia determinada se publican en un texto totalmente ajeno (cuestiones pesqueras en resoluciones sobre ganadería); en tal caso, es evidente que la regla del conocimiento normativo presunto queda condicionada por un factor anormal del ámbito organizacional (Jakobs), que incide sobre la exigibilidad de otra conducta; la consecuencia lógica es la reducción de la responsabilidad social, que se traducirá en la mensuración de la pena.

Cabe acotar aquí que la génesis del error —provena de la actividad de un empleado, de un alto funcionario, o de la visión del órgano— sólo gravita en la medición de las consecuencias, incide en la mayor o menor reducción, pero no va más allá; se trasladan a esta hipótesis las pautas sobre evitabilidad examinada en el apartado anterior.

c'— El estado de necesidad disculpante.

Hemos admitido en otro trabajo⁷¹ la posibilidad de recurrir al estado de necesidad justificante cuando concurren

(68) *La tipicidad*, ver nota 1, p. 80.

(69) Muñoz Conde, Francisco, en *El error en derecho penal*. Ed. Tirant lo blanch, alternativa. Valencia 1989, ps. 32 y ss.

(70) *Lecciones de Derecho Penal Económico*, PPU, Barcelona, 1993, p. 158.

(71) Antijuricidad y causas de justificación, aún inédito.

las condiciones conocidas de este instituto; eliminado el elemento subjetivo de la antijuricidad, es obvio que la información construída en su punto óptimo debe abarcar el conocimiento de la necesidad como requisito, sumada a las denominadas cláusulas objetivas; si el bien que se salva es de mayor valor que el que se sacrifica, el conflicto queda resuelto mediante la aplicación de la regla del parangón de bienes sin que sea menester acudir a un escalón superior (la responsabilidad social, en nuestro esquema). La solución queda circumscripita al área del tipo de injusto institucional.

¿Qué ocurre cuando los bienes en pugna son equiparables o el que se salva es de menor jerarquía que el sacrificado? Esta problemática, conocida como estado de necesidad exculpante (o disculpante), trasladada a la esfera de las personas jurídicas, tiene notas específicas, en las cuales debemos detenernos.

En primer lugar, es importante entender que los bienes jurídicos afectados —en nuestro diseño— exhiben una extensión mayor que los tutelados por el Estado de necesidad disculpante del derecho penal convencional; como es sabido, la doctrina restringe la aplicación de este mecanismo a la vida, el cuerpo y la libertad en tanto admite una flexible y generosa frontera para el estado de necesidad justificante⁷². En los delitos contra el medio ambiente y el orden económico es casi innecesario aclarar que los bienes jurídicos afectados abarcan al menos dos de los antes mencionados. Pensemos sólo en el ejemplo de una empresa que decide arrojar al mar contaminantes de mayor peso y volumen para evitar que el barco se hunda con otros de similar riesgo, o en el caso de una corporación que enajena productos medicinales vencidos para neutralizar la propagación de una epidemia que sólo puede ser combatida con ese medicamento específico. Sin negar cierta artifi-

cialidad en el segundo ejemplo, es visible que, con independencia de los bienes centrales lesionados, la vida de los tripulantes, en el primero y la salud de los ciudadanos, en el segundo, están abarcados por la tutela

En segundo término, la determinación de lo exigible requiere presupuestos previos —algunos coincidentes con el derecho convencional— sin los cuales la valoración es inviable; la persona jurídica deberá soportar el peligro si ha sido causante del riesgo inherente al estado de necesidad, exhibe el papel de garante o hubiera incumplido disposiciones regulativas propias, impuestas por el ordenamiento jurídico. La apreciación del factor obstaculizante de la exigibilidad de otra conducta solo entra en escena si la empresa no se halla obligada a soportar el peligro por las tres razones dadas, suficientemente debatidas en la teoría del delito, por lo cual nos eximimos de tratarlas aquí⁷³.

La operatividad del factor obstaculizante sólo conduce a la reducción de la responsabilidad; no genera nunca la exoneración. Los límites de esta solución dogmática son proyección de los dictados de una política criminal coherente, construída, como se dijo, a partir del protagonismo de las corporaciones, el volumen de riesgo de las acciones y el interés económico; un efecto disculpante, que alcanzara la exención, abriría las compuertas del sistema en franca contradicción con esos postulados.

d'— El exceso en la legítima defensa.

Si una persona vuelva sustancias venenosas en un río —proveedor de aguas potables, — cuya custodia se halla a cargo de una empresa, cabe la posibilidad de que esa acción sea repelida por diferentes medios racionales, si la finalidad reside en contrarrestar la agresión; este ejemplo conjetural demostraría la viabilidad del

⁽⁷²⁾ Jescheck, *op. cit.*, p. 660.

⁽⁷³⁾ In extenso— Jescheck, *op. cit.*, p. 664 y ss. En la edición traducida por José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares, Granada, 1993. p. 438 y ss.

traslado a nuestro esquema del recurso de la legítima defensa como causal de justificación. Sin embargo, para ser congruentes con la estructura del sistema, el caso debe ser desplazado hacia el área del derecho penal convencional, pues la orden de repulsa emanada de la persona jurídica afectaría un bien jurídico extraño a su actuación, es decir, excedería el campo de los delitos económicos y ambientales. La legítima defensa podrá ser invocada, pero en el contexto relacional de personas humanas, entre el agresor y el empleado o funcionario que defiende el bien jurídico.

El ejemplo propuesto no persigue otro objetivo que señalar la excepcionalidad de la aplicación de la defensa necesaria en el campo de las personas jurídicas; modificando la hipótesis, sólo si el ataque proviniera de una decisión institucional y la respuesta fuera resuelta por otra semejante podríamos mantener el diseño; una persona jurídica que agrede y una segunda que se defiende, satisfechos, obviamente, los recaudos del instituto.

Desde un punto de vista teórico, planteada la posibilidad, el tratamiento del exceso se vuelve cuestión obligada, tanto del denominado intensivo (va más allá de la medida de la necesidad) como del llamado extensivo —superación de los límites temporales— pues se debe partir, siempre, de la preexistencia de las condiciones objetivas y de la información construida (el conocimiento institucional)⁷⁴.

En el error intensivo, el yerro de la persona jurídica sobre la medida de la necesidad se puede abordar por dos caminos; si lo hipotizamos como un error similar al de prohibición indirecto⁷⁵ de la

doctrina tradicional, debemos concluir en que subsiste una cuota responsabilidad social, por un déficit de la información construida, pues ésta no alcanzó su punto óptimo. Pero si enfocamos el problema como error sobre un elemento de la justificante el resultado es equiparable porque, en este caso, estaríamos en presencia de un error evitable, sometido a las exigencias mencionadas en un párrafo anterior (a'—). Dicho de otro modo, el error intensivo nunca exonera de responsabilidad, aunque sí puede aminorarla.

Más simple es la consideración del error extensivo. En el ejemplo imaginado, el error sobre el momento en que debió recurrirse a la respuesta refleja un mayor déficit de información, cercana al límite de la improcedencia de la defensa necesaria; la disminución de la responsabilidad social deberá ajustarse, en consecuencia, a esta mensuración.

e'— Suposición errónea de una causa de justificación.

Hemos insistido en que el error de prohibición (directo) se halla marginado de nuestro diseño; pero, como es sabido, la doctrina prevalente en el ámbito penal, incluye el error sobre la suposición errónea de una causa de justificación como otro de los supuestos del error de prohibición, el denominado indirecto. En este terreno dos casos son indiscutidos: “el autor supone erróneamente la existencia de una causa de justificación no aceptada por el ordenamiento (error sobre la existencia), o bien desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación admitida (error sobre los límites)”⁷⁶. El tercero, (error sobre circunstancias que de concurrir darían lugar a una causa de justificación reconocida —error de tipo permisivo—), sigue siendo objeto de polémica, pues son muchos los autores que le asignan una calidad “sui generis” en tanto otros lo asimilan a un error de tipo o de subsunción.

⁽⁷⁴⁾ *Sobre error intensivo y error extensivo*, Jescheck, *op. cit.*, p. 671 y ss.

⁽⁷⁵⁾ Sobre el tratamiento del error sobre la necesidad conforme a las reglas del error de prohibición, ver las inteligentes observaciones de Sancinetti Marcelo, en *Error, dolo y culpabilidad*. Nuevo Pensamiento Penal, Bs. As., 1976, p. 267.

⁽⁷⁶⁾ Jescheck, *op. cit.*, p. 632 y ss.

Si hemos transcripto, casi literalmente, la opinión de Jescheck es porque la clasificación del autor alemán aparece reproducida en casi toda la bibliografía; optamos por acogerla como plataforma de nuestra digresión para no introducirnos en el debate de la doctrina⁷⁷. En el esquema propugnado por nosotros, el primer caso es asimilable al error directo, pues la suposición errónea de una causa de justificación no difiere, en esencia, de la creencia sobre la no vigencia de una norma; uno de los modelos básicos del error de prohibición directo. En el "arsenal del saber jurídico" del ente colectivo, ambas circunstancias se consideran incorporadas, forman parte del conocimiento institucional presunto.

El segundo caso, en cambio, registra trazos distintos. Como ya lo señalamos en el apartado anterior (d'-), el yerro sobre los límites de una justificación aceptada, si bien es sinónimo de yerro sobre una permisión, exhibe al mismo tiempo, una zona común con el tipo de justificación pues el equívoco versa sobre uno de los elementos (vgr. la necesidad en el estado de necesidad y en la defensa necesaria). Sale, por consiguiente, de la órbita del error de prohibición.

La construcción del tercer caso, en el ámbito de las personas jurídicas, debe ser seccionada y remitida a los dos anteriores. Si el llamado error de tipo permisivo ("sui generis") se apoya en el error sobre circunstancias que de concurrir daría lugar a una causa de justificación (Jescheck), en las personas jurídicas, esas circunstancias deben valorarse con relación a la información construida, ya examinada; y, aquí, como dijimos, confluyen ingredientes descriptivos fácticos y normativos.

si el error gira en torno de un elemento fáctico, el conflicto se debe resolver conforme a las reglas del error de tipo; si versa sobre componentes normativos, su tratamiento corresponde a la esfera del error de prohibición.

¿Cuáles son las consecuencias?

En el primer caso y, parcialmente en el tercero, la exigibilidad de otra conducta aparece intacta; la responsabilidad social es plena; en el segundo, y parcialmente en el tercero (error fáctico), la suposición de la causa de justificación incide sobre la exigibilidad; la responsabilidad queda reducida.

Va de suyo que la suposición de una causa de justificación debe provenir del órgano; si la persona jurídica elaboró su creencia sobre la base de la opinión de un empleado, servirá en todo caso, como elemento para la valoración de la conducta de la empresa, o, dicho con otra expresión, para la mensuración de las consecuencias.

f°- El miedo y la coacción.

Dentro del grupo de causas de justificación exculpantes, o de exclusión de la responsabilidad por el hecho⁷⁸ figuran en algunos autores la coacción o amenazas, en tanto otros agregan el miedo.

En los delitos contra el medio ambiente y, en especial los económicos, la hipótesis de un acto de desviación provocado por una causal de esta naturaleza, no es antojadiza; recordemos los casos corrientes suministrados por la literatura o la cinematografía sobre el uso de la presión como arma decisiva en el campo de la competencia; las proclamas sobre la libertad de mercado no alcanzan para ocultar este fenómeno preponderante de la cifra negra.

La coacción y el miedo pueden ingresar por dos vías: a través de la pulsión sobre las personas que integran el órgano o,

(77) Zaffaroni, Eugenio Raúl (*Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Ediar, Bs. As., 1982, ps. 191 y ss) plantea otro esquema más convincente, a nuestro juicio, que por las razones apuntadas omitimos tratar aquí.

(78) Así las propone Bacigalupo. *Lineamientos ...ob. cit.*, p. 125.

directamente, sobre el ente colectivo. En ambos casos, la idoneidad del factor para mover la voluntad social se debe apreciar a partir de la decisión institucional y no del efecto provocado en cada una de las individualidades. Las fórmulas conocidas, como “miedo insuperable” o “idoneidad de las amenazas” usadas frecuentemente por la doctrina, pueden ser útiles para el juicio de valor, pero no son determinantes; en el contexto situacional gravitan con igual o mayor peso, la intervención de la persona jurídica en la creación del conflicto, la obligación de soportar el riesgo y la ausencia de otros recursos para resolver la situación.

Las amenazas o el miedo sólo actúan como factor impidiendo de la exigibilidad de otra conducta si satisfacen plenamente todos los requisitos; es decir, si además de la dimensión necesaria del miedo o las amenazas, no ha existido participación de la persona jurídica en la génesis del conflicto, no se encuentra en la situación de soportar el riesgo y resulta impotente para superar el problema por la carencia de otros mecanismos. Son casi inimaginables, en un marco teórico, los ejemplos que responden a este esquema pero no es improbable, en la práctica social, que una empresa de menor envergadura sea obligada a ingresar en una concertación monopólica por la presión gansteril de grandes corporaciones, obviamente, en un estado viciado de corrupción y con deficiente funcionamiento institucional.

La exoneración de la responsabilidad es la lógica consecuencia de la confluencia de los componentes mencionados; pero la ausencia de alguno de ellos genera automáticamente la reducción o directamente, el rechazo del miedo y la coacción como factor obstaculizante; en este sentido, las reglas de la evitabilidad, examinadas anteriormente, pueden servir como criterio normativo para graduar la cuota de aminoración.

En cambio, no forma parte de este apartado, la fuerza física irresistible

cuando incide sobre la decisión institucional; aunque se trata, como dice Jiménez de Asúa⁷⁹ de casos de escuela, refiriéndose a hipótesis semejantes en la órbita de las acciones humanas, es posible suponer el constreñimiento físico de un director con el fin de volcar una votación en el directorio: pero aquí, ya no se necesita recurrir a una exigibilidad interferida sino resolver el conflicto en el plano del tipo, partiendo del hecho que la decisión viciada es sinónimo de falta de acción institucional.

g'— La desgracia o acontecimiento fortuito. La intervención de un tercero.

En el área de los delitos contra el medio ambiente y en los económicos es frecuente la invocación de una desgracia, o la intervención de un tercero ajeno a la empresa, para justificar acciones institucionales de efectos relevantes; el hundimiento de un barco cargado de residuos tóxicos o atómicos es el hecho más conocido dentro de este cuadro.

Como no escapará al lector, no está presente aquí la discusión sobre la incidencia de un acontecimiento en una acción institucional con voluntad social dolosa, sino en una actividad institucional negligente. En el ejemplo del párrafo anterior, supongamos que el barco ha seguido un itinerario adecuado, prolijamente estudiado por el directorio y que responde a las máximas exigencias de las reglas de cuidado (seguridades técnicas, alejamiento de zonas pobladas, previsión de las condiciones meteorológicas, personas altamente especializadas, etc.). De improviso, se produce en la región un fenómeno atmosférico inusitado —temporal, maremoto— no detectado por los instrumentos técnicos y el capitán del navío, previa comunicación con los directivos y con la conformidad de éstos, opta por apartarse de la ruta e introducirse en una zona no aconsejada para el transporte de elementos riesgosos. Ya en esta región,

⁽⁷⁹⁾ *Tratado*, T. III, p. 728 y ss.

se produce el hundimiento como resultado de los deterioros surgidos durante el tramo anterior; el derrame afecta especialmente a las poblaciones costeras próximas (obviamente a la fauna y flora marítima).

Planteado el conflicto, parecería, en principio, que se debe acudir al estado de necesidad pero, como hemos visto, ello no es posible cuando, como en el caso, los daños producidos como consecuencia del hundimiento son superiores o de difícil mensuración. La desgracia obra, entonces, como factor obstaculizante en la exigencia de una conducta adecuado al derecho, reduce el ámbito de determinación. Y lo mismo podría afirmarse si el acontecimiento fortuito obedeciera al hecho de un tercero, verbigracia un acto de guerra totalmente ajeno al protagonismo de la empresa.

Dentro de este cuadro, debe contemplarse una variante obligada. Si la decisión de internarse en la zona de mayor riesgo proviene exclusivamente del capitán del barco —imposibilidad fáctica de una consulta o comunicación— la valoración de la conducta de la empresa escapa al ámbito de la exigibilidad, se ciñe a la esfera del comportamiento individual del capitán (derecho penal convencional) sin perjuicio de la responsabilidad que le cupiera a la empresa en el plano civil.

Sin duda que las hipótesis formuladas no se ajustan linealmente a la realidad. El segundo tramo, en el ejemplo dado, está conectado con el primero, con la observancia de las reglas de cuidado desde que se resolvió la travesía. Dicho de otro modo, el acontecimiento fortuito no debe prescindir del proceso histórico anterior: la ruta escogida, el estudio de las condiciones meteorológicas, la capacitación técnica del personal, la elección del navío adecuado e inclusive el contexto político internacional (para el hecho de guerra); en una fórmula abreviada, el grado de contribución, por parte de la empresa, a la formación del peligro,

desde límite cero hasta el punto de riesgo mayor, atravesando cada una de las etapas del desarrollo cronológico. Por eso, la valoración de la exigibilidad no debe aprehender el último eslabón, sino el ámbito situacional y su génesis; es a partir de aquí que la desgracia y el hecho de un tercero habrían de ser evaluados como factor eximente o aminorante de la responsabilidad social.

V- Conclusiones

Examinados el acto de desviación o apartamiento y los factores que impiden u obstaculizan la exigibilidad, el colofón lógico es la construcción del juicio de responsabilidad social.

La reprobación del hecho de la persona jurídica conduce a la condena o a la disminución de la sanción cuando obviamente no hubiera actuado algún factor impidiendo que genere la exoneración. Ya señalamos que el juicio se estructura sobre la base de una acción institucional, realizada al margen de las exigencias del ordenamiento jurídico, cuando en rigor, hubiera debido ajustarse a sus límites; ausentes la "capacidad de culpabilidad" y, por ende, la posibilidad de motivación, lo que se valora es el apartamiento objetivo del marco normativo, su protagonismo en el hecho concreto a través de la voluntad social dolosa o de la decisión indiferente.

En en nuestro sistema el principio de proporcionalidad —que luego se reflejará en la sanción—⁸⁰ también juega su papel; el parangón entre el acto de desviación y

⁽⁸⁰⁾ Sobre la proporcionalidad en el ámbito de las personas jurídicas, ver Tiedemann, Lecciones, ya cit. p. 132; en el Derecho Penal convencional, entre otros, Bitencourt, Cezar Roberto; *La extraterritorialidad penal en el Mercosur y las garantías fundamentales*. IV Seminario Regionalización del Derecho Penal en el Mercosur. Santa Fé. (Argentina junio de 1996) (En prensa).

el daño causado es vital para la medición de la responsabilidad social; la nota distintiva —ya recordada varias veces— es la dimensión del daño ocasionado por las acciones de las personas jurídicas, que no puede ser ignorada a la hora del juicio de valor.

Ahora bien, las consecuencias de la reprobación se traducen también aquí, en la aplicación de las penas y medidas de seguridad pero analizadas con otro rasero que el utilizado por el derecho

penal convencional; los criterios de prevención general y prevención especial exhiben fundamentación distinta; la actuación de las personas jurídicas gira alrededor del interés económico o ganancia; está signado por la conveniencia. Este dato es plataforma suficiente para convencernos de la necesidad de elaborar un esquema específico que acompañe a la teoría por nosotros propugnada; de esta temática nos ocuparemos en un trabajo posterior.

12. DOCTRINA ARGENTINA

¿RESPONSABILIDAD POR ACCIONES O RESPONSABILIDAD POR RESULTADOS? *

A la vez, una refundamentación de la punibilidad de la tentativa

MARCELO A. SANCINETTI

I. La cuestión

Dada cualquier forma de control social, ella consistirá siempre en hacer responder a una persona por su comportamiento desviado frente a las expectativas del grupo; supondrá necesariamente, por tanto, una teoría de la *responsabilidad*. Ahora, ¿en qué consiste aquello por lo que se hace responsable a alguien?

Para introducir a esta cuestión, piénsese en las primeras experiencias normativas o sancionatorias de nuestra vida.

(*) Conferencia pronunciada por el autor primeramente ante un grupo de estudio conducido por el Dr. Leopoldo H. Schifffrin, juez de la Cámara Federal de La Plata, el 21.04.1994. Luego fue reiterada en versión prácticamente idéntica en el VI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, el 26.08.1994, en San Miguel de Tucumán, bajo el título: *Fundamento del ilícito penal: ¿lesión del bien jurídico o quebrantamiento de la norma? A la vez, una refundamentación de la punibilidad de la tentativa*. Bajo el título originario fue pronunciada también el 09.09.1994 en el curso de posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral (Santa Fe); el 14.10.1994, en el Congreso de Derecho Penal de la Universidad de Lomas de Zamora (Provincia de Buenos Aires); y el 28.10.1994, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes). En esa versión fue enviada a publicación a diversos países de América Latina

Ejemplo: Un niño travieso arroja una piedra contra el parabrisas del automóvil de su padre que observa desde lejos con atención. La piedra da en la parte cromada de uno de los ángulos superiores de los parantes, y, sólo por ello, ni los cristales ni la carrocería resultan afectados. Ni siquiera se distingue el sitio del impacto de la piedra.

Hasta aquí el hecho, ahora la reacción. El padre del niño se abalanza sobre él, ofuscado, lo zamarrea de un brazo, y le dice:

—Si llegabas a romper el parabrisas no salías a jugar en todo el año.

Un hermano del niño travieso, mucho más reflexivo que su papá y testigo de la situación, queda bien contrariado. Él se pregunta a sí mismo:

(Colombia, Perú, Uruguay). Finalmente, el 25.08 y el 29.08.1995 el texto fue leído por el autor en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (Trelew-Chubut) y en la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires), respectivamente. Esta última versión —que aquí se publica— incluye un punto no contenido antes, ni considerado tampoco en anteriores publicaciones del autor, a saber: el que la individualización de la pena concreta de una tentativa acabada y de un delito consumado debe caer siempre dentro del *mismo marco penal* aun en el derecho positivo argentino (al respecto, cf. *infra*, VII, B, a). Versión publicada en "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal" (Buenos Aires), Año 1, n. 1.

—¿Qué enseñanza quiso darle papá a mi hermano travieso?, ¿que la próxima vez acierte de nuevo justo en el ángulo, para no dañar el vehículo? Seguramente no —se contesta—. Habrá querido inducirlo a que no volviera a hacer lo mismo, justamente porque la piedra *podría* dar en el parabrisas y *romperlo*.

—Pero si las sanciones de papá tuvieran algún sentido, para lo cual se puede dar varias respuestas razonables, ¿por qué debería influir en la gravedad de su reacción, que el vidrio se rompa o no se rompa? ¿Cuál sería el precepto infringido por mi hermano: “no romperás los cristales”, o “no tirarás una piedra en dirección a los cristales”? Y si algún día se repitiera la situación con los resultados previsibles —sigue él en sus reflexiones—, ¿es que sería excesiva la sanción de no salir a jugar en todo el año, o es que ha sido demasiado indulgente esta vez, en que el tiro fracasó, el mero zamarrear de un brazo?

El monólogo de nuestro niño reflexivo podría continuar un rato largo. En cualquier caso, el curso de la conversación sería similar a los principales interrogantes que tiene que elucidar una teoría de la imputación o de la responsabilidad penal. ¿Se responde por lo que *pudo suceder*, o por lo que *sucedió*?, en una palabra: ¿por lo que se *hace*, o por lo que *pasa*?

Cuando alguien se aposta a matar de un tiro y acciona el gatillo, ¿ya ha hecho todo lo que merece reprobación, o falta que su decisión de voluntad se concrete en el éxito, se transforme en una lesión exterior?

II. La visión resultatista del hecho punible

Si se me exime de presentar una evolución histórica de la teoría del ilícito —que ha pasado por toda alternativa posible de explicación del contenido de una norma y su infracción—, habré de tomar directamente como blanco de crítica la

idea, mui difundida en América Latina, de que una teoría de la imputación que *no* parta de las consecuencias *causales*, concretamente lesivas, dadas en el mundo exterior, lesionaría principios esenciales del estado de derecho, en particular, el patrimonio liberal de que “las acciones privadas de derecho, en particular, el patrimonio liberal de que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados” (para formularlo con el lenguaje del art. 19 de nuestra Constitución).

La doctrina argentina en particular identificó muchas veces el derecho penal propio de un estado liberal con un derecho penal *de lesión*, por oposición a un derecho penal *de puesta en peligro*. Esta fue la posición, por ejemplo, de Sebastián Soler, en un ardoroso opúsculo sobre las *Bases ideológicas de la reforma penal*,¹ que tenía por finalidad —además de alabar su proyecto de 1960— el criticar duramente las corrientes positivistas anteriores y posteriores a la época de su *Tratado*, toda forma de derecho penal autoritario, y, en particular, las traumáticas experiencias del nacional-socialismo.

Las contradicciones de esta posición se ven muy claras, si uno atiende a la dureza con que Soler criticaba en ese trabajo al positivismo criminológico, por pretender “la supresión de la idea de responsabilidad subjetiva, de mérito o de reprochabilidad”². Sería muy difícil vencer a nuestro niño reflexivo, por ejemplo, de que la reprochabilidad es mayor si la piedra pega realmente en el lugar elegido. Si Soler hubiera vinculado más estrechamente su definición de que el derecho penal es un conjunto de nor-

(1) Soler, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Buenos Aires, 1966.

(2) Soler, *Bases*, p. 10 (véase allí también la nota 1, especialmente *in fine*, p. 11).

mas aseguradas con “amenaza de sanción retributiva”, con la idea de que se trata de retribuir según el *mérito* o la *reprochabilidad*, habría debido advertir que el resultado del hecho, la lesión, ocupa un lugar incómodo: se retribuiría así un suceso, no una acción por lo reprochable que fue. Soler no fue aquí tan reflexivo como el niño de nuestro ejemplo.

Muchos años después de Soler, sin embargo, el jusfilósofo argentino, desaparecido hace no mucho tiempo, Carlos Nino, formuló una —así entendida y denominada por él— *teoría “liberal” del delito*³, cuyo punto neurálgico consistía en que el *daño* era la base de la responsabilidad penal. Nino formuló un silogismo, que tenía más o menos esta configuración:

a) la ley penal sólo puede estar destinada a prevenir las conductas perjudiciales para terceros;

b) la conducta punible debe ser una de las que la ley trató de prevenir;

c) *ergo*, la conducta sólo puede ser punible, en un caso concreto, si produce efectivamente el daño que la ley quería evitar⁴.

Según Nino, la razón la tiene, entonces, el padre ofuscado, no el hijo reflexivo. Sin embargo, el punto de partida de que la ley puede *prevenir* daños supone un modelo de norma penal que tiende a

la *disuación* de la conducta desviada, es decir, supone que la amenaza de una sanción tiene un sentido contra-motivador. Ahora bien, en el momento en que la norma *disuade*, o “*quiere*” *disuadir*, *prevenir*, la conducta no ha causado aún ningún daño; se trata de disuadir del daño que la acción *podría* causar. Por tanto, de la premisa de que la ley debe prevenir perjuicios a terceros, y de que la acción a disuadir debe ser de aquellas que la ley trató de prevenir, no se deriva ninguna conclusión a favor de la relevancia del resultado posterior, todo lo contrario: el modelo de disuasión sólo exige lo siguiente: *tú no debes realizar un comportamiento del que se pueda derivar un perjuicio a terceros*.

El requisito de que la acción concreta debe causar el daño que se quería evitar, entonces, no responde a las premisas, entra sorpresivamente por la puerta del fondo. Un modelo de norma que pretende motivar sólo puede hablar a favor de una relación de oposición entre norma y acción, una oposición que, a más tardar, *rige hasta el último instante en que el autor puede tomar aún una decisión de acción*. Cuando ya no puede influir más sobre el suceso, ya no hay nada que imputar, porque al autor no le queda nada por hacer. Pero es que el resultado se produce *siempre después* de ese último instante de relación entre norma y autor, justamente cuando ya no hay nada que imputar, porque no resta nada por hacer.

III. Bien jurídico y quebrantamiento de la norma

No se puede derivar ninguna conclusión contraria a partir de la teoría tradicional del bien jurídico, invocada generalmente para definir el ilícito como lesión del bien jurídico. Así sucede, por ejemplo, hasta en un finalista como Eugenio Raúl Zaffaroni: “Cuando el bien jurídico o su afectación, no existen no habrá tipicidad”,

⁽³⁾ Nino, *Los límites de la responsabilidad penal, Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1980.

⁽⁴⁾ Al respecto, cf. *Los límites*, especialmente el capítulo IV, *El perjuicio como condición de responsabilidad penal*, p. 269 y ss.; contra esto, ya en detalle en mi primer trabajo de tesis, para acceder al grado de doctor por la Universidad de Buenos Aires (1990), publicado luego como *Teoría del delito y disvalor de acción, Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, esp. ps. 79 y ss.

decía en 1973⁵ —una opinión que, básicamente, ha mantenido inalterada—. Se supone aquí —al igual que en la obra de Nino— que en razón de que la norma penal queda legitimada por su capacidad de proteger el “bien jurídico tutelado”, la sanción se justifica sólo si el hecho afecta ese “bien”. Es una explicación realmente curiosa: se exige que un objeto real de bien jurídico esté afectado para legitimar la reacción penal, porque ésta está para proteger el bien jurídico; ahora: si el bien jurídico está afectado, ¿qué protección de él podría cumplir realmente la sanción? Parece ya contraintuitivo que el padre ofuscado pueda tener, con sus sanciones, más capacidad de proteger el parabrisas, justamente cuando está roto. Si los “cristales del auto” fuesen realmente el objeto de protección de las sanciones del padre —para dramatizarlo más aun, supóngase que se trata de los últimos cristales del universo—, entonces, no tendría ningún sentido aplicar la sanción cuando el cristal está roto, es decir, cuando ya no existe como bien jurídico. Al contrario, ello debería conducir a reaccionar más fuertemente contra la tentativa fracasada, porque el objeto de la acción todavía se puede seguir protegiendo. Para decirlo en una conocida formulación de Hans Welzel, el orden jurídico “siempre llega demasiado tarde”, como para proteger al bien jurídico⁶.

Ocorre que nada de esto es lo que debe importarle a la teoría de la responsabilidad: el valor comprometido no es la vida

de X, o el cristal de Y, sino el mandato de respeto a la vida o a la propiedad, de X, Y y Z. Lo decisivo es, entonces, refirmar el valor de la norma que prohíbe la conducta respectivamente desviada, no proteger un objeto, que las más de las veces habrá dejado de existir después del hecho. Esto no significa, como se lo entiende a menudo, que el valor a tutelar sea el cumplimiento del deber por el deber mismo. Es verdad que la legitimidad de la norma, y, por tanto, del deber, tiene por fundamento el proteger intereses socialmente valiosos, pero no el proteger un objeto concretamente agredido, sino la confianza general de que objetos de “esta clase” *deben* ser respetados. La conducta del autor, su quebrantamiento de la norma, pone en cuestión esta expectativa: mediante su conducta él expresa que la norma que protege la propiedad no rige para él; la imposición de la pena refirma que esa norma *sí rige, debe* ser respetada. Sólo mediatamente surge a partir de esto una eventual protección general de los *restantes* objetos concretos de bien jurídico⁷.

Con esto no se le quita nada a la teoría tradicional del bien jurídico, en su función de legitimar cada una de las normas, sólo se le quita aquello que es nocivo, es decir: la creencia de que el contenido de una infracción se determine por el grado de lesión a un bien físico, del mundo de la naturaleza.

IV. El disvalor de resultado como resabio del pensamiento primitivo

No por casualidad hablo aquí del “mundo de la naturaleza”. A Hans Kelsen se debe que sea una cuestión básicamente reconocida por la ciencia jurídica de este siglo, el diferente plano en que se desenvuelve el *derecho*, con relación a las *ciencias naturales*. La aceptación de un ámbito del deber ser, como conceptualmente diverso del mundo del ser, se presenta hoy como algo no controvertido.

⁽⁵⁾ Zaffaroni, *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1973, p. 241, § 14, c. 1; véase también todo el § 13 (ps. 213-228).

⁽⁶⁾ Welzel, *Strafrecht*, p. 3. De todos modos, la posición de Welzel en torno de esto es conocidamente ambivalente; al respecto, cf. mi trabajo *Teoría del delito y disvalor de acción*, esp. 105 y ss. (en polémica con Juan Bustos Ramírez); de modo probablemente similar, Winfried Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973, ps. 89 y ss.

do. A la notable investigación de Kelsen *Sociedad y naturaleza*⁸ (así reza el título de la versión inglesa, algo reformada, de una obra publicada primeramente en alemán como: *Retribución y causalidad*⁹) se debe el saber que aquella diferencia no era clara para el pensamiento primitivo. Y no porque el hombre primitivo identificara todo fenómeno como “natural”, o derivara conclusiones éticas, de deber ser, a partir de premisas no éticas, del mundo del ser (la llamada “falacia naturalista”). Justamente, este pensamiento ni siquiera sabe de la existencia de “leyes naturales”, como tales. Ya la expresión “ley natural” es un atropomorfismo, o sociomorfismo, porque evoca la idea de que lo empírico, lo que sucede, pudiera obedecer a una ley, es decir, sugiere una confusión entre causa e infracción: “¿a qué se *debe* este hecho?”

La interpretación normativa de la naturaleza lleva a trasladar los criterios de convivencia y relación social entre los hombres, entre ellos y los animales, y aun entre ellos y las cosas. Relata Kelsen que un jefe *cafre* llegó a decretar en cierta ocasión:

—No permito a nadie en mi tierra que muera, a no ser de vejez¹⁰.

(7) Presento aquí de una manera breve la posición de la teoría de la prevención general positiva, al respecto, cf. por todos Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (Lehrbuch)*, 2.^a ed., Berlin-New York, 1991, 1/4 y ss.

(8) Kelsen, *Society and Nature, A Sociological Inquiry*, Chicago, 1943, London, 1946, traducción castellana (a partir de la edición inglesa) de Jaime Perriau, *Sociedad y Naturaleza, Una investigación sociológica*, Buenos Aires, 1945.

(9) Kelsen, *Vergeltung und Kausalität, Eine Soziologische Untersuchung*, Den Haag, 1941.

(10) Kelsen, *Sociedad y Naturaleza*, p. 35 de la versión castellana (este párrafo no se halla en la primera versión alemana de este texto [véase la referencia de nota 9]).

También cuenta que los nativos *kpelle*, en caso de guerra, ruegan a sus flechas y sus lanzas que, por favor, no yerren el blanco¹¹. La idea de una muerte natural, como tal, no existe; siempre habrá, detrás, una “mala voluntad”¹².

En el pensamiento del hombre primitivo se comprende el carácter constitutivo del resultado: al no existir ninguna distinción conceptual entre “ley” en sentido normativo y “ley” en sentido natural, causal, no pudo haber ninguna disociación entre *voluntad* y *causalidad*. No hay otra teoría de la causalidad que una teoría de la imputación¹³.

De aquí hay sólo un paso para hacer la asociación inversa, en la versión moderna de un pensamiento igualmente primitivo: sólo se puede imputar la producción de un *efecto*; se responde, pues, por las malas *consecuencias*. Los dioses señalan al autor del hecho consumado como más “malo” que al autor de tentativa.

Pero la razón sabe que cada efecto tiene un número indefinido de causas, y cada causa, un número indefinido de efectos. Si se es más severo con aquel que logra el resultado que con quien no lo produce —si se actúa, por tanto, como el padre ofuscado— es porque se le atribuye a ambos no sólo la causa consistente en su *acto voluntario*, sino también todas las otras causas concurrentes que no dependían de la voluntad, que no podían ser dominadas por ella en toda su extensión (inclinación justa del brazo para arrojar la piedra, peso de la piedra, resistencia del aire, golpe de viento repentino, movimiento sorpresivo del automóvil, etc.).

La producción efectiva del resultado, como cualquier otro efecto de una causa,

(11) Kelsen, *Sociedad y Naturaleza*, p. 52 de la versión castellana.

(12) Kelsen, *Sociedad y Naturaleza*, véase esp. ps. 63/71 de la versión castellana.

(13) Sobre todo esto, cf. Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, ps. 117 y ss.

es, en parte, siempre casual, un producto del azar, del acaso, de la arbitrariedad. Una teoría de la responsabilidad no puede partir de esta deficiencia.

V. La versión subjetiva del principio de exterioridad

Uno podría formular, pues, un modelo completamente opuesto al de Soler, Nino, Zaffaroni, y una larga cadena de juristas que razonan más bien como el padre ofuscado. La imputación no puede incluir elementos independientes de la decisión de voluntad, sólo lo que esté en el ámbito de esta decisión puede contraponerse a la norma, porque también sólo en este ámbito puede influir la norma sobre el autor.

Podríamos preguntarnos entonces si este modelo, que restringe el juicio de ilícito al puro disvalor de acción, entendido como disvalor de voluntad, no hace trizas la regla de Ulpiano: *cogitationis poenam nemo patitur* (los pensamientos están exentos de pena), que se halla en la base de nuestra tradición jurídica. En el discurso penal moderno, se la conoce como principio *del hecho*, o de *exterioridad del hecho*.

Según yo lo interpreto, la regla del Digesto tiene el mismo sentido que el art. 19 de la Constitución argentina, es decir: ninguna norma puede estar destinada a evitar pensamientos, o acciones privadas de los hombres en general. Si, por ejemplo, uno clasifica a las conductas de auto-lesión en el universo de las acciones privadas exentas de la autoridad de los magistrados, el resultado de lesión de sí mismo, como tal, no puede legitimar, por grave que sea, la injerencia estatal, sea que ese daño se produzca o no se produzca; y justamente porque el estado no puede disuadir de realizar esa clase de comportamientos, ni puede refirmar una norma que imponga la autoprotección. Ahora, cuando la acción *tiende* al perjuicio de un tercero, entonces, es legítimamente punible, y, de nuevo, con

independencia de que el daño se produzca o no se produzca.

Mientras la norma sea legítima, por tanto, su infracción no dependerá de qué pase en el mundo exterior, dependerá de cuál sea la decisión de voluntad.

El principio *cogitationis*, así interpretado, o el principio *de exterioridad*, admite una versión subjetiva. Esta versión es plenamente congruente con otra regla del Digesto, mucho más rica en contenido, que es raramente citada por la doctrina nacional: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (en la malas acciones decide la voluntad, no el resultado). Ambos aforismos son completamente contradictorios, si se interpreta al primero en sentido naturalista, como: "prohibido reaccionar contra lo que no aparezca visible en el mundo exterior". Los dos principios se compaginan sólo en su versión *subjetiva*. Formulado de modo *negativo*, ello significa: no es alcanzable por el derecho penal ninguna decisión de voluntad que no se dirija, ya para el propio autor, al mundo exterior, que *incluso a su juicio se mantenga en su propia esfera* (*cogitationis poenam nemo patitur*); formulado de modo *positivo*: es alcanzable por el derecho penal la decisión de voluntad que, según la representación del autor, ya significa que una arrogación *actual* de la esfera *ajena* (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*)¹⁴.

(14) Acerca de esta relación entre las dos máximas del Digesto, cf., con un desarrollo más amplio, la investigación que llevé a cabo en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, presentada luego como trabajo de tesis para acceder al grado de doctor por la Universidad Complutense de Madrid (1994), y que habrá de publicarse por la editorial Temis, bajo el título *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, § 7 (también la versión alemana *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, Zugleich eine Untersuchung über die Unrechtsbegründung bei Jakobs*, a publicarse por la editorial Carl Heymanns Verlag).

Aquel que presiona el gatillo de un arma que acaba de ser descargada a sus espaldas, se arroga la posibilidad de matar a otro, en una decisión que reconoce como posiblemente irrevocable: él quebranta la norma que prohíbe el homicidio, como también la quebranta el omitente que, sin riesgo personal, presencia esa acción sin hacer nada por salvar a la víctima putativa a la que debe proteger como garante; que él "no haga nada en el mundo exterior" es una percepción naturalista del fenómeno; normativamente, ha omitido cuando debía actuar.

VI. Objetividad de la norma y subjetividad de su infracción

Entonces, que la norma se dirija a una *voluntad* no significa que pueda avasallar el *fuero interno*. Para que la decisión de voluntad sea contraria a derecho tiene que configurar una conducta identificada por una norma *legítima* como "conducta prohibida". Esta norma es una norma *objetiva*, que no depende de la voluntad del autor. La representación del autor no puede reemplazar a una norma objetivamente inexistente para el orden jurídico.

Este es el sentido del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. No es que este principio sea necesariamente "liberal", como siempre se lo dice. Uno podría imaginarse como *summum* del estado liberal, a uno que sólo impusiera penas en la medida de las representaciones incluso *normativas* de cada personaje. Aquello que a mí me parezca prohibido está prohibido, lo que yo considere permitido, está permitido. Si se tratara de indagar por un modelo liberal, no habría nada más liberal que eso. Al menos a partir del principio liberal por sí solo, no habría nada que objetar en el hecho de que el derecho se identifique con la moral del autor.

Sin duda el principio de legalidad (no hay crimen ni hay pena sin ley previa) es una garantía (y cualquier garantía se

puede definir como garantía liberal, en tanto le pone un límite al poder del estado); la garantía reza aquí: *el estado no puede hacerme nada si no lo previó antes*; en este sentido, el principio me garantiza *libertad*. Pero si fuera sólo por amor a los principios de la "libertad", no habría nada más sublime que el poder de crear incluso el derecho. Si el principio de legalidad impide esta ilusión es por su ingrediente, justamente, de *autoridad*, es decir, porque también es un principio *autoritario*: El estado es el que determina qué *está* prohibido y qué *no* lo está; la idea de estado es consustancial a la capacidad de *establecer el derecho*.

Las convicciones eventualmente contrarias del autor acerca de lo que se deba hacer no influyen en el juicio de antijuridicidad. Y, como se vio, no porque lo imponga aquí una garantía *liberal*, sino justamente porque el autor no tiene la capacidad de establecer el derecho, carece de la libertad de imponerle a los órganos del estado el deber de aplicar una pena contra lo que no es antijurídico según el juicio objetivo del estado. Si en ciertos casos las representaciones normativas del autor pueden excusarlo, será por razones de inculpabilidad, y en tanto no haya tenido ninguna duda de que el derecho considerase lícito el comportamiento, o en tanto no pudiera cargarse a él su defecto de socialización¹⁵, y cualesquiera que fueran sus convicciones morales eventualmente diversas.

Por consiguiente, una teoría subjetiva del ilícito presupone siempre la *objetivi-*

⁽¹⁵⁾ La cuestión relativa a cuándo se puede considerar inevitable un error de prohibición, es resuelta en general, hoy en día, de modo altamente normativista, y esto significa: importan menos las capacidades individuales concretas en el momento del hecho, que las necesidades de prevención, con o cual, el criterio conduce a cierto regreso al *error juris nocet*. Un exponente de este criterio, Jakobs, *Lehrbuch*, 19/6 y ss., 19/22 y ss., y, especialmente, 19/35 y ss.

dad de la norma penal; sólo la infracción es subjetiva, no la norma infringida. El mensaje del derecho al autor reza más o menos de este modo:

—Yo decido qué es lo que está prohibido y qué sanción te impondré en caso de infracción. Tú decides si observarás o quebrantarás la norma.

Formulado de modo más burdo, pero ilustrativo:

—Yo decido el derecho; tú, los hechos.

VII. Consecuencias para la teoría de la tentativa

Se impone como evidente que los puntos de partida esbozados hasta aquí convierten a la tentativa en el centro de la teoría de la responsabilidad. La tentativa fue siempre, como dice Eberhard Struensee¹⁶ un “niño problemático” para la teoría objetiva de la imputación. A falta de resultado, se quería introducir el peligro “objetivo” como factor de reemplazo; este resultado menor justificaba la reducción de pena. Pero aun así se abandonaba a la afectación del bien jurídico como fundamento de la antijuridicidad, porque este “peligro” constituía un ilícito, sólo bajo el presupuesto de que hubiera *dolo de lesión*. El comienzo de ejecución era objetivamente “peligroso”; pero era objetivamente peligroso sólo si el autor tenía en miras “acabar la ejecución”, de otro modo, decaía el concepto de tentativa. Ahora, un peligro objetivo que depende de que el autor tenga dolo —y un dolo que va más allá que el peligro—, abandona su punto de partida

objetivista¹⁷. Siempre tuvo que regir una teoría al menos en alguna medida *subjetiva* de la tentativa. Y este fue el más importante argumento de Welzel contra el dogma causal: si el dolo era un elemento del ilícito en la tentativa, también tenía que serlo en el delito consumado; el resultado no podía hacer “saltar al dolo de lugar sistemático” (el llamado “argumento de la tentativa”).

Pero aquí quiero fundar algo mucho más terminante que eso. Que una teoría objetiva de la tentativa no es lógicamente fundamentable, a mí me parece obvio. Lo que quiero mostrar ahora es cuáles son las consecuencias dogmáticas de erradicar del concepto de ilícito, al elemento “consumación”. Es decir, qué sucede si todo el ilícito es el ilícito de la tentativa.

A) Delito putativo, actos preparatorios y tentativa inidónea

Por el mismo hecho de que la *norma* subjetivamente infringida es, como tal, *objetiva* —es decir, impuesta soberanamente por el derecho—, no existe la menor posibilidad de que una teoría subjetiva de la infracción conduzca a la punibilidad del delito putativo o de los actos preparatorios¹⁸.

Si, por ejemplo, un sujeto tiene relaciones incestuosas en la creencia de que el incesto está penalmente prohibido, no infringirá con esto ninguna norma, porque ella, la norma, tiene que existir por la autoridad del estado, no depende de las representaciones del autor. No está en la competencia de éste el crear una norma objetivamente inexistente. Ni siquiera es de su competencia el establecer los límites del mandato o de la prohibición que sí existen con un alcance distinto: si

⁽¹⁶⁾ Así, en prólogo a la edición castellana del opúsculo: *Dolo, tentativa y delito putativo* (traducción de Marcelo A. Sancinetti), p. 15, en el que son recogidos dos artículos de Struensee: *Versuch und Vorsatz* (*Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, ps. 523 y ss.) y *Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität*, en ZStW 102, (1990), ps. 21 y ss.

⁽¹⁷⁾ Al respecto, ya en mi trabajo *Teoría del delito y disvalor de acción*, ps. 357 y ss.

⁽¹⁸⁾ Al respecto, ya en mi trabajo *Teoría del delito y disvalor de acción*, ps. 453 y ss.

quien ha comprado un cuadro de buena fe cree no ser el propietario cuando después se entera de que el vendedor era un depositario infiel, y, por furia, rompe el cuadro, no habrá dañado una cosa ajena, ni siquiera habrá “querido hacerlo”, según el juicio normativo del estado; porque él, conforme al derecho civil, era realmente el *propietario* del cuadro, por tanto, para el derecho ni siquiera dirigió su voluntad a romper una cosa *ajena*¹⁹. El juicio normativo del autor nunca reemplaza al juicio normativo del estado, aun cuando puede neutralizarlo a su favor o bien por falta de dolo, en caso de que el autor carezca de la consciencia mínima necesaria para el respectivo elemento normativo del tipo —caso inverso al recién citado: el antiguo propietario rompe el cuadro creyéndose aún el verdadero dueño—, o bien por inculpabilidad, en casos de error inevitable de prohibición —el autor desconoce, por motivos razonables, que está obligado a prestar una declaración jurada ante la oficina de la Dirección General Impositiva—.

La razón para que una teoría circumscripita al disvalor de voluntad, tampoco pueda adelantar por sí sola el juicio de ilícito a los actos preparatorios, es la misma que para la impunidad del delito putativo. Para que un acto preparatorio sea punible hace falta una norma (objetiva) que imponga esa consecuencia. El hecho de que el autor quiera seguir ade-

lante con el *iter criminis* no altera en nada esta conclusión. Porque esta voluntad de seguir actuando después no es suficiente, si el autor no ha tomado aún aquella decisión de acción que, según una valoración objetiva, ya configura comienzo de ejecución.

Sea representado un comportamiento cualquiera, dividido en 10 actos individuales hipotéticos (= 10 pasos de acción). Supóngase que el quinto paso de acción constituye, según el derecho, el comienzo de ejecución. Si el autor da el cuarto paso no podrá oponerse aún a la norma, cualquiera que sea su representación sobre lo ilícito de una tentativa. La norma se mantendrá inoperante hasta el paso siguiente, recién aquí le impartirá un imperativo al autor, no des *este* paso de acción. Para el paso anterior falta ya la norma, del mismo modo que falta para el delito putativo. De consiguiente, una teoría subjetiva es incapaz de diluir la frontera entre preparación y ejecución. La discusión sobre este límite es una discusión normativa, por tanto, objetiva.

Sí es cierto que, para el juicio normativo sobre el “comienzo de ejecución”, es decisiva *la base fáctica que se representa el autor*: si él cree que la pastilla que pone en el café de su tía es el medio tóxico que compró especialmente asesorado para deshacerse de esta pariente, él habrá quebrantado ya la norma que prohíbe comenzar a ejecutar un homicidio, aun cuando, objetivamente, la cantidad aplicada fuera inocua o incluso favorable para el estado de salud de la tía. Por el hecho de que una tentativa sea “objetivamente” inidónea no se deriva ninguna atenuación del juicio de disvalor; el quebrantamiento de la norma sigue siendo *perfecto*.

B) Punibilidad de la tentativa

a) ¿Impone el derecho positivo argentino una pena necesariamente atenuada para la tentativa?

⁽¹⁹⁾ En mi trabajo *Teoría del delito y disvalor de acción* (ps. 453 y ss.) dejé este problema particular —es decir, el caso del error que recae sobre un elemento *normativo* del tipo—, sin resolver, por no atinar a una solución. En mi tesis doctoral española (v. nota 14), resolví esta cuestión de modo tajante, como lo hacen Burkhardt (*Rechtssirrtum und Wahndelikt*, en JZ, 1981, ps. 681 y ss.) y Jakobs (*Lerhbuch*, 25/38 y ss.): las representaciones normativas equivocadas del autor nunca pueden perjudicarlo, siempre vale el juicio normativo (objetivo) del estado.

El Código Penal argentino prevé una disminución general de la escala penal de la tentativa, de carácter obligatorio (arts. 42, 44, CP). Se trata de un error, aunque, por cierto, es el derecho positivo vigente. Uno podría sostener que esa solución infringe el principio de igualdad ante la ley, que el ámbito de la responsabilidad no puede llegar más allá que hasta la tentativa acabada, y que, por tanto, la agravación de la pena que produce la consumación es contraria al principio de proporcionalidad, es decir, de igualdad proporcional de la pena. Quien hiciera este planteo no tendría ninguna chance de éxito, dado que el paradigma vigente entre los juristas supone que la agravación por las consecuencias del hecho no tiene nada de irrazonable. Incluso en Soler, Nino, Zaffaroni, y tantos otros, se puede leer la idea infundamentable de que esa diferencia responde a principios liberales de garantía, más bien responde a un pensamiento primitivo, que no distingue entre el quebrantamiento de una norma y un suceso de la naturaleza. Modificar estas confusiones milenarias no se puede lograr sólo por una explicación de carácter racional.

En todo caso habría más posibilidades de una reforma de la ley penal que permitiera la disminución obligatoria sólo respecto de la escala penal de la tentativa inacabada, y una atenuación meramente facultativa, para el caso de tentativa acabada²⁰.

Por lo demás, tampoco es cierto que necesariamente haga falta una modificación legal para aplicar a una tentativa acabada razonable la misma pena concreta que a un delito consumado. Pues a

este efecto se puede llegar por vía de interpretación, en el ámbito de la *medición de la pena*. Sólo hace falta que se comprenda la razón por la cual una tentativa ejecutada de modo completamente razonable no debe tener ninguna atenuación en comparación con un hecho consumado. En efecto, en la dogmática de la medición de la pena domina tanta dosis de incertidumbre como urgente es hallar criterios que restrinjan el arbitrio judicial, que expliquen, en fin, una decisión racional de la determinación de la pena concreta. Ahora bien, la escala del delito consumado y la escala del delito tentado correspondiente tienen siempre —a excepción de la pena absoluta del arts. 80, 215, CP, cuya inconstitucionalidad hoy no es difícil fundamentar^{20a}— un gran

(20a) La pena perpetua, como principio, presupone la posibilidad de segregación definitiva de un sujeto del cuerpo social, lo cual está en pugna con las convenciones de derechos humanos incorporadas recientemente a nuestra Constitución (art. 75, inc. 22, CN). Especialmente los incisos 2 y 6 del art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al proscribir el primero "las penas crueles o inhumanas" y al establecer el segundo que "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados" impiden la cadena perpetua. Pues la "rehabilitación social" es incompatible con la existencia de penas privativas de libertad que se autodefinan como eternas (en esta misma línea, en principio, Eugenio R. Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, PG, t. V, n. 594, ps. 111 y ss., ya antes de la reforma constitucional). El que se le reconozca al condenado la posibilidad de acceder a la libertad condicional no modifica la autoproclama de *perpetuidad*; pues la libertad condicional es un derecho que el condenado adquiere si *cumple ciertas condiciones* y que *puede no obtener*: la pena perpetua, pues, tiene como tal —como lo indica su nombre— la vocación de ser *eterna* o de *poder serlo* (en este sentido, no del todo correcta, a mi juicio, la aclaración de Zaffaroni, *Tratado*, cit., esp. p. 116, cuando

(20) Otro déficit de mi tesis argentina fue el no advertir ninguna razón para atenuar la pena de alguna clase de tentativas acabadas. He corregido este defecto en mi tesis española (como en nota 14), § 13, V, B, tal como —aunque de modo demasiado breve—, explico más abajo, bajo letra c.

campo de superposición. Entre el mínimo del delito consumado y el máximo de la tentativa acabada hay un sector común a ambas escalas. Quien no vea ningún fundamento racional para aumentar la pena por encima del marco del delito tentado, ni para disminuirla por debajo del delito consumado por el solo hecho de la falta de resultado, podrá fijar siempre la pena puntual dentro del sub-marco determinado por la composición de ambas escalas. Y el resultado sería necesariamente el de una pena acorde a las escalas de la ley, es decir, una pena que se hallará dentro del marco legal respectivo. En el delito de homicidio simple, por ejemplo, la escala común entre delito consumado y tentativa acabada razonable correrá entre 8 y 16 años y 8 meses de pena privativa de libertad (arts. 79, 42-44, CP). Entre estos límites se podrá fijar la pena concreta.

Por tanto, para aplicar el plus que va por encima del máximo de la escala de la tentativa, un juez razonable nunca hallará suficiente fundamento, porque dicho plus

dice que "la misma pena perpetua no es en nuestra ley realmente perpetua, puesto que goza de la libertad condicional". Todo juez que se hallara ante el deber de condenar a un sujeto por delito que tiene amenazada pena perpetua debería hoy, ante el texto constitucional actual, declarar inconstitucional la *perpetuidad* de la pena, aunque no la pena misma; por tanto, debería arbitrar una escala penal *construida* a partir de la ley: ejemplo, la escala penal de la tentativa que el art. 44, CP, prevé respecto de los delitos amenazados con pena privativa de libertad perpetua; en los detalles, este criterio requeriría un desarrollo ulterior que no puedo hacer aquí. Por último, lo dicho acerca de la inconstitucionalidad de la pena perpetua por su carácter cruel, inhumano y desocializador, es independiente del vicio —que existió siempre— de que la amenaza de una pena absoluta —fija— no permite la graduación de la pena según la gravedad del ilícito y según la medida de la culpabilidad. (Nota no incluida en las primeras

sólo podría habilitarlo la casualidad, no la mayor culpabilidad del autor. Por otro lado, el recurrir a una pena inferior al mínimo deberá estar fundado en una peculiaridad propia de la tentativa, a saber: el no haber sido acabada, o el haber sido, ya como ejecución individual —aun cuando acabada—, poco razonable.

¿Cómo se explica esto?

b) La disminución obligatoria para la tentativa inacabada

Dado que cada paso de acción de determinado *iter criminis* puede ser valorado según una norma objetiva distinta —de hecho, como se vio, el paso anterior al comienzo de ejecución normalmente no es punible, y sí lo es el paso siguiente—, así también cada paso posterior al comienzo de ejecución le agrega al hecho una cuota de disvalor: hay una nueva decisión de acción (o sub-decisión) que acerca el hecho cada vez más a la realización completa del tipo. Desde este punto de vista, uno podría ver a la norma de la tentativa inacabada como una norma derivada de la norma madre, es decir, de la norma de la tentativa acabada (que es la misma que la norma de la consumación). La norma derivada, que rige para la tentativa inacabada, está dirigida a una voluntad del autor que en parte se realiza en el momento actual (ya apunto el arma contra la víctima), en parte en el momento posterior (luego apretaré el gatillo).

La legitimidad de una norma que se refiere a voluntades futuras adolece de cierta precariedad: no se prohíbe ya un acto actual por su propio significado, sino sólo por la relación de planeamiento del autor, es decir, por la conducta que pretende terminar de configurar después. Puede ser que este adelantamiento de la prohibición sea razonable, pero lo cierto es que implica un juicio de disvalor por pasos de acción aún no realizados. Por ello, su escala penal —o al menos la graduación de la pena dentro de una

misma escala— no puede coincidir, *ceteris paribus*, con la pena de una tentativa en la que el autor ya ha hecho todo lo necesario para la consumación. Sólo el agotamiento de los pasos de acción, o bien la realización de aquel paso de acción a partir de cual el autor asume que quizá ya sea después demasiado tarde para impedir la consumación, infringe la norma de la tentativa acabada, la norma de mayor legitimidad.

La situación de menor gravedad de la tentativa inacabada no sólo vale para la disminución de la pena, sino también para no imputar el resultado en los casos en que se produce un aceleración sorpresiva de la causalidad. La doctrina y jurisprudencia alemanas dan aquí algunos ejemplos: el autor está persuadido de que con una serie continuada de gotas de veneno podrá matar a la víctima, como muy pronto, a partir de la quinta dosis, pero la víctima muere en verdad, ya con la segunda. Un grupo quiere linchar a un sujeto y matarlo después de arrojarlo al aire varias veces con una manta, pero el agredido muere al caer de la manta al suelo. Aquí, la muerte no es producto de una realización dolosa, porque se produce cuando el autor no ha tomado aún una decisión definitiva de matar a otro. Sólo será imputable la tentativa inacabada, eventualmente en concurso con el homicidio imprudente²¹.

c) La disminución facultativa para la tentativa acabada

La tentativa acabada sí se contrapone, en cambio, a la norma principal, idéntica a la norma de la consumación. Por

consiguiente, en principio no corresponde ninguna atenuación del marco penal; ni siquiera una disminución de la pena dentro del marco, si el fracaso *no es imputable al autor*. Es decir, que si la tentativa se realiza bajo la representación de un marco de riesgo completamente razonable y es ejecutada también de modo humanamente eficiente, no se justifica ninguna atenuación de la pena, y la pena concreta “individualizada” debe caer dentro de la escala que le correspondería a un delito consumado^{21a}.

Ocorre, sin embargo, que el fracaso de una tentativa puede derivarse de la deficiente concepción o ejecución del hecho, por ejemplo, si el autor dispara apresuradamente y sin apuntar con cuidado. En estos casos, la realización dolosa de la tentativa ocurre junto con una imprudencia “al revés”, es decir, el autor se comporta descuidadamente respecto de su plan de ejecución. Esta “imprudencia invertida” debe ser computada en su favor, del mismo modo que la imprudencia normal es computada en contra. Esto no significa aceptar ahora un matiz objetivista para la punibilidad de la tentativa. También el juicio de imprudencia puede formularse sobre la base fáctica admitida por el autor. Si el autor sabe que no ha revisado si su arma está cargada o no, ejecutará negligentemente su tentativa de homicidio con esa arma. Cuando la imprudencia invertida no es incompatible con la consumación, es decir, si también podría estar el arma cargada y producirse el resultado, el juicio de imprudencia debería reflejarse en la medición de la pena, y, por cierto, tanto en caso de fracaso, como de consumación. Si dos autores han disparado con armas de fuego sin revisar el cargador, ambos deben tener la misma sanción —nuevamente a igualdad de las restantes condiciones— aun cuando sólo una de las ar-

versiones de este trabajo, publicadas en Colombia, Perú y Uruguay.)

(21) Sobre todo esto, mi trabajo *Teoría del delito y disvalor de acción*, ps. 409 y ss., esp. 419 y ss., y *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa* (como en nota 14), § 10, y § 13, V, A.

(21a) Cf. *supra*, VII, B, a (vale la referencia de la nota 20a).

mas haya estado cargada. Esta circunstancia (arma cargada o descargada) responde al *azar*, no es imputable, lo imputable es haber accionado el gatillo, sin revisar el cargador. Dado que el hecho consumado siempre puede concretarse a pesar de una imprudencia en la ejecución, y, sin embargo, le corresponderá la escala prevista para la consumación, la imprudencia que podría tanto conducir al fracaso como carecer de efecto, sólo debería ser considerada en el ámbito de la medición de la pena, y sin que, para esto, influya el dato casual de si se produjo el resultado o no²².

Ahora, así como es imaginable una tentativa en la que el autor haya tomado los mejores recaudos para el éxito de la ejecución, y que, sin embargo, fracase, como, asimismo, una en la que el autor incurra en cierta imprudencia que igualmente no haría imposible un desenlace exitoso, también es imaginable un proyecto de acción de lo más ineficiente. Si bien el juicio de ilícito de una tentativa acabada estaría presente de todos modos, el derecho debería hacerse cargo igualmente de que la imprudencia sería aquí tan grave que resultaría imposible una consumación imputable a dolo. Aquí se justificaría la disminución de la escala penal, para todos los casos de tentativas que, sin ser burdamente insensatas, se aproximaran a ello, para todos los casos, en definitiva, en que la producción del resultado no pudiera imputarse ya como realización dolosa, por derivar de circunstancias fortuitas. En esto habría una analogía con la tentativa inacabada cuidadosa, porque ella —como vimos— tampoco puede producir, todavía, una consumación.

El Código Penal alemán (§ 23, párr. 3) conoce aún una atenuación extraordinaria de la pena, e incluso la posibilidad de

prescindir de toda punibilidad, en los casos en que el autor ha obrado por burda insensatez. Los límites conceptuales de esta categoría son de lo más borrosos, pero ciertamente existen casos de imprudencia sumamente grave que hace más que imposible la consumación, ridículo el proyecto. Ejemplo: el autor sopla con fuerza una cerbatana cargada con arroz, creyendo que con esto puede originar una hemorragia en la nuca de quien está adelante; o bien: el autor lee en una revista especializada que la planta de diente de león mezclada con té puede producir la muerte. Uno podría discutir si estos casos siguen constituyendo un ilícito, es decir, si estos continuos juicios de imprudencia invertida cada vez mayor no pondrán a la acción ya en el marco de un riesgo jurídicamente permitido.

En todo caso, antes de resolver esa cuestión, hay que recalcar que esto no significa atribuirle de nuevo, al peligro *objetivo*, la función de co-fundamentar el ilícito. Justamente podría ocurrir que, a pesar de lo burdo de una ejecución, una conducta fuera riesgosa por constelaciones puramente casuales, que no son imputables al hecho doloso en sí. Ejemplo de Jakobs²³: el autor quiere envenenar a un bebé con pastillas de valeriana, pero, al querer tomarlas de la cocina, se equivoca de frasco y estraee, por error, un Valium. Aquí habrá cierto peligro objetivo, y quizá un resultado; pero éste no podrá ser imputable al dolo, porque la circunstancia Valium, es tan casual como si el autor, al equivocarse de frasco, le hubiera dado al niño azúcar cande. A lo sumo se podrá hablar de nuevo de una responsabilidad por imprudencia (una imprudencia al derecho), dado que el autor es consciente de un síndrome de riesgo: no se debe suministrar una gragea sin cerciorarse bien de qué se trata. Pero la realización dolosa, aunque burda, sigue intacta como tal, con resultado o sin él.

(22) Sobre todo esto y lo que sigue inmediatamente, cf. mi trabajo *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa* (como en nota 14), 13, V, B, 3.

(23) Jakobs, *Lehrbuch*, 24/82.

Creo que ha sido un permanente error de la doctrina argentina, cometido entre otros por mí mismo, el considerar que el art. 44 del Código Penal, al regular el "delito imposible", atenuando aun más la escala penal y permitiendo eximir incluso de toda sanción, se refiere a la tentativa inidónea sin más. Se refiere, sí, a una tentativa inidónea, pero sólo a aquel caso en que la propia concepción o ejecución del proyecto de acción puede considerarse burda. Es decir, que el delito imposible del Código Penal argentino, es la tentativa por burda incompreensión del Código Penal alemán. No cualquier tentativa inidónea, entonces, merece la atenuación extraordinaria del art. 44, CP. Para volver al ejemplo inicial, quien dispara con un arma que ha sido descargada a sus espaldas, no comete un "delito imposible" en el sentido del art. 44, CP, porque la acción de "disparar con un arma", en principio, es totalmente compatible con un homicidio, y la circunstancia "arma descargada" no entra en la representación del autor²⁴.

(24) Claro que se puede formular el argumento de que si —según los arts. 42-44, CPA— la falta de resultado, por casual que sea, siempre disminuye la pena en comparación con un hecho consumado, entonces, también la falta de idoneidad, por más que sea también casual, podría disminuir la pena con relación a la tentativa objetivamente idónea. Contra esto se contesta lo siguiente: que la pena del delito consumado no se puede aplicar a una tentativa (incluso acabada) surge con claridad del Código Penal argentino, el texto no permite aquí una solución mejor, más racional (salvo declarar la inconstitucionalidad del aumento de pena para el delito consumado); en cambio, que la tentativa inidónea por pura casualidad tenga que recibir necesariamente una pena menor no surge del texto. Las razones materiales para justificar el último párrafo del art. 44, CP, sólo valen para aquella tentativa cuyo plan o modo de ejecución es —ya considerando las representaciones subjetivas como exclusivo objeto de valora-

C) *Tentativa irreal o supersticiosa*

Queda la cuestión de si una tentativa supersticiosa o irreal puede constituir un ilícito²⁵. Uno podría plantear que desde la tentativa completamente razonable, generalmente idónea, hasta la tentativa irreal hay un continuo; que, entonces, no existen límites claros; que, por tanto, la tentativa irreal también sería un ilícito, de aceptarse la teoría subjetiva de la tentativa.

Incluso la tentativa burdamente insensata es, como ilícito, de segunda jerarquía; una conducta casi cubierta ya por el riesgo permitido. Pero esta tentativa constituye conceptualmente un ilícito, en la medida en que el proyecto de acción admita una descripción que tenga algo de razonable. Quien mezcla una planta que ha leído como venenosa en un texto especializado, se comporta en *cierta* medida, de modo razonable (la norma diría: no mezcles en el té del prójimo, una planta señalada como venenosa por un ente especializado); pero, si el error de información es tan burdo que cualquiera lo habría advertido, se comporta también, en *otra* medida, de modo completamente irrazonable (la norma ya no rige si el ente especializado dice un disparate).

En la tentativa irreal, en cambio, no queda ningún resto para este juicio de disvalor. Para expresarlo con palabras de Jakobs: el autor yerra aquí ya completamente a las categorías sociales, por ejemplo, supone que acercando un imán a la pared podrá producirle un dolor de

ción—, de *imposible* realización según un patrón objetivo.

(25) Sobre esta cuestión la solución de mis dos libros (*Teoría del delito y disvalor de acción*, 463 y ss.; *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, § 14) es sustancialmente coincidente; sólo que, en el segundo, incluyo ciertas correcciones de formulación respecto del primero.

cabeza a su vecino, porque alguna vez ha oído que el vecino tuvo un dolor de cabeza cerca de un imán. De todos modos, la delimitación conceptual entre una tentativa burdamente insensata (un delito imposible) y una tentativa irreal no tiene mayor importancia. De hecho estos casos raramente podrían llegar a los tribunales, y a una teoría subjetiva no le preocupa en absoluto que queden sin sanción, porque esta sanción tampoco hace falta.

Mucho menos hace falta discutir si el intento por medios supersticiosos constituye un ilícito. Aquí es muy claro que el autor recurre a un proyecto que queda fuera del tipo, por ejemplo, reza a Dios por la muerte de alguien. Esto que el autor quiere hacer no está alcanzado por el tipo del delito de homicidio.

D) El desistimiento

Los casos de la tentativa supersticiosa, irreal e incluso burdamente insensata carecen de toda importancia práctica; si en la literatura jurídico-penal se les asigna un espacio es por las dificultades de formulación que le producen a una teoría subjetiva de la tentativa (y del ilícito).

Mucho más importante es estudiar la teoría del desistimiento correcta según los puntos de partida sentados hasta aquí. ¿Es posible una fundamentación subjetiva del desistimiento?

En mi primera tesis doctoral he tratado la impunidad por desistimiento de modo completamente contradictorio con la teoría del ilícito allí formulada²⁶.

Fue correcto el haber aceptado que el desistimiento sea eficaz ya por la mera decisión de interrumpir la ejecución en el caso de la tentativa inacabada. Si el resultado se produce a pesar de eso, ello ocurrirá —como ya se dijo— de modo casual, con relación a la ejecución dolosa, porque el autor no conocía todas las

condiciones del resultado. Y si el autor, antes de reconocer la producción del resultado, desiste de seguir adelante, tendrá derecho a la impunidad, porque en la medida del hecho doloso, es decir, de la tentativa inacabada, la ejecución está desistida (43, CP). El desistimiento no necesita, por consiguiente, ser exitoso, evitar el resultado. También en este caso se podrá responder, a lo sumo, por imprudencia²⁷.

Lo incorrecto fue haber aceptado el desistimiento liberador de pena después de una tentativa acabada, para lo cual exigía yo, en consonancia con la doctrina resultatista dominante, una acción de salvamento posterior al acabamiento de la tentativa, que fuera exitosa, es decir, que obtuviera el resultado positivo de frustrar la consumación o, al menos, “deshacer la acción”²⁸. Una solución grotesca: “final bueno, todo bueno”.

(27) *Teoría del delito y disvalor de acción*, ps. 409 y ss., 429 y ss., 435 y ss.

(28) Esta segunda alternativa intentaba reducir la dosis de “resultatismo” de aquel trabajo, al admitir el efecto excusante de un arrepentimiento activo posterior a la tentativa acabada, cuando el autor —sin evitar el resultado— lograra retrotraer “la ejecución a un paso anterior al último, porque llevaría la realización hasta una tentativa incompleta [inacabada], y regirían por ello las mismas soluciones válidas para el desistimiento de la tentativa inacabada” (lug. cit., ps. 442 y ss.). Se pretendía resolver así casos como el siguiente: “A” envenena el vino servido en la copa de “B”, y, por un momento, pierde el control seguro de revocación. Luego de que, por ello, “B” habría podido beber ya de su copa, “A” se arrepiente, y, aprovechando una distracción de “B”, cambia la copa de “B”, por la suya propia. Pero, en razón de que “B”, desconfiando de “A”, cambia nuevamente las copas ante una breve distracción de “A”, resulta que muere efectivamente “B”. Aquí, “A”, autor de tentativa de asesinato —o, en su caso, instigador o cómplice de suicidio (respecto de lo que ahora interesa, es indiferente)—,

(26) *Teoría del delito y disvalor de acción*, ps. 439 y ss.

El principal objetivo de mi investigación en Alemania consistió en resolver esta contradicción. Pero la tarea acababa de ser hecha, al llegar a Bonn, por el propio colega con el que fui a estudiar, Jakobs, quien, por cierto, incurre en la contradicción de sentido contrario. Él sigue atribuyéndole un efecto al resultado disvalioso en el ámbito del ilícito, al igual que lo había hecho el finalismo tradicional de Welzel, Stratenwerth, Hirsch. Pero, en el ámbito del desistimiento, Jakobs entiende, con razón, que carece de toda razonabilidad concederle al autor la impunidad por el simple hecho de que haya evitado causalmente el resultado, si ya había aceptado la posibilidad de la consumación.

Ejemplo: el médico inyecta sangre con SIDA a una persona para probar el efecto de una vacuna que está tratando de elaborar. En la medida en que la vacuna no descarte todo riesgo de que la sangre produzca la muerte, la doctrina dominante debería admitir una tentativa punible si la vacuna fue puesta con *antelación* a la inyección; si, la vacuna, en cambio, es aplicada después de la inyección, la opinión corriente tendría que reconocer

por un lado, ya había llegado a la tentativa acabada, y, por otro, no logra efectivamente evitar el resultado; pero —así rezaba mi solución de entonces—, dado que “A” sí había logrado retrotraer la ejecución hasta un estadio comparable a la preparación o a la ejecución inacabada, el resultado no sería imputable y el desistimiento sería eficaz. Hoy veo a ese criterio como una inadmisibles solución “resultatista”: Lo es, en primer lugar, ya por el hecho de que la posibilidad de lograr el “retroceso” de la ejecución se debe a la casualidad de que no se ha producido la consumación a pesar de haberse llegado a la tentativa acabada; lo es también, en segundo lugar, porque el autor tendría que *lograr* el mentado retroceso. La solución correcta consiste en negar toda posibilidad de desistimiento si el autor se ha animado ya a llegar tan lejos.

que hay desistimiento e impunidad al menos si existe la posibilidad de que la vacuna haya neutralizado la enfermedad.

Con la solución resultatista tradicional de que todo salvamento al fin y al cabo eficaz debe conducir a la impunidad, tampoco se puede resolver de modo razonable todos los casos en los que el autor no realiza la mejor acción de salvamento a su alcance, sino sólo un desistimiento mezquino. Ejemplo: el marido ha envenenado a su mujer. Ahora está arrepentido, pero no quiere exponerse a la persecución penal. Por ello, lleva a su mujer inconsciente hasta 100 metros antes de un hospital, donde la deja abandonada con la esperanza de que un transeúnte la haga salvar, lo que en definitiva sucede. También aquí hubo un salvamento efectivo, que es imputable al autor, pero él también ha omitido realizar el mejor salvamento posible. La dogmática del delito de omisión se opone a toda generosidad en favor del desistimiento mezquino.

Estas inconsecuencias —y otras más que ahora dejo de lado— son resueltas por Jakobs²⁹ de modo tajante. El autor puede desistir sólo mientras gobierne en su mano todos los riesgos de consumación, es decir, mientras él tenga la capacidad segura de neutralización del riesgo. Si se entiende por tentativa acabada, entonces, no sólo aquella en la que el autor ha hecho todo lo necesario, sino también aquella en que el autor carece de una posibilidad segura de revocación del peligro, entonces, será muy fácil la solución. La tentativa acabada no admite desistimiento, sólo la tentativa inacabada, comisiva u omisiva, puede ser desistida, y, por cierto, mediante la mera revocación del dolo, es decir, en la tentativa por comisión, omitiendo seguir adelante, en

(29) Especialmente en su trabajo: *Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten*. En: ZStW 104 (1992), ps. 82 y ss.

la tentativa por omisión, cumpliendo el mandato. Este desistimiento sólo puede ocurrir antes de que el autor asuma la posibilidad de no poder evitar más la consumación.

La pregunta es ahora si esta restricción del desistimiento es compatible con el Código Penal argentino. Creo que lo es. Aquel que ha dejado que el hecho siguiera tan adelante como para no estar ya seguro de poder impedir la consumación, por ejemplo, ha disparado un tiro, habrá realizado una tentativa que o bien producirá la consumación, o bien no la producirá, pero, en este caso, ya por circunstancias fortuitas. Por ende, regirá el art. 42: el hecho no se consuma, al menos en alguna medida, por circunstancias *ajenas* a la voluntad del autor, por tanto, ya no es desistible. La eventual acción de salvamento realizada después de ese instante valdrá como comportamiento posterior al hecho, a tener en cuenta en el ámbito de la medición de la pena, del mismo modo que hay que tener en cuenta la reparación del daño causado. Así reza la solución de Jakobs³⁰, con lo cual, él debería reconocer que si la evitación del resultado es posterior al hecho, cuando sucede después de la tentativa acabada, es porque el hecho es la tentativa acabada, y el resultado o su evitación, son

posteriores, ajenos tanto a un juicio de ilícito como de desistimiento.

VIII. Conclusiones

Una teoría del ilícito fundada en la capacidad motivadora del derecho, en el principio de culpabilidad, en que al autor se le reprocha haberse motivado por el comportamiento incorrecto, no tiene modo de hacer ingresar al concepto de ilícito nada que sean consecuencias casuales, influidas por la magia de la causalidad. Solamente puede incluir decisiones de acción. Esto no sólo no es antiliberal, sino que es lo más liberal que hay: *responsabilizar al hombre sólo en la medida de sus decisiones*.

En el campo de la teoría de la tentativa esto se refleja en soluciones más justas: presupuesto que quede atrás la preparación, la tentativa es más o menos punible, según el grado de desarrollo del hecho, y la aplicación personal del autor en la ejecución, sin que importe si, además, hubo consumación. El desistimiento liberador de pena sólo es posible mientras el autor no haya tomado una decisión de acción no revocable con seguridad: después de este momento, sólo cabe una conducta posterior al hecho.

(30) Él debe enfrentar la "objeción de derecho positivo" ante un texto que, a primera vista, es aún menos favorable que el nuestro para esta solución. El § 24, párr. 1, primera oración del Código Penal alemán, prevé la impunidad para quien "abandona el hecho" o "impide su consumación". Jakobs contesta que, con relación al riesgo resuelto ya

por azar, el autor ni abandona *ese* riesgo (ya salido del ámbito de su dominio), ni impide *su* consumación (en la proporción del riesgo ya resuelto: el disparo dejó herida a la víctima; el conducirla al hospital no impide la consumación del riesgo ya no gobernado —fracasado— de que la víctima muriera instantáneamente).