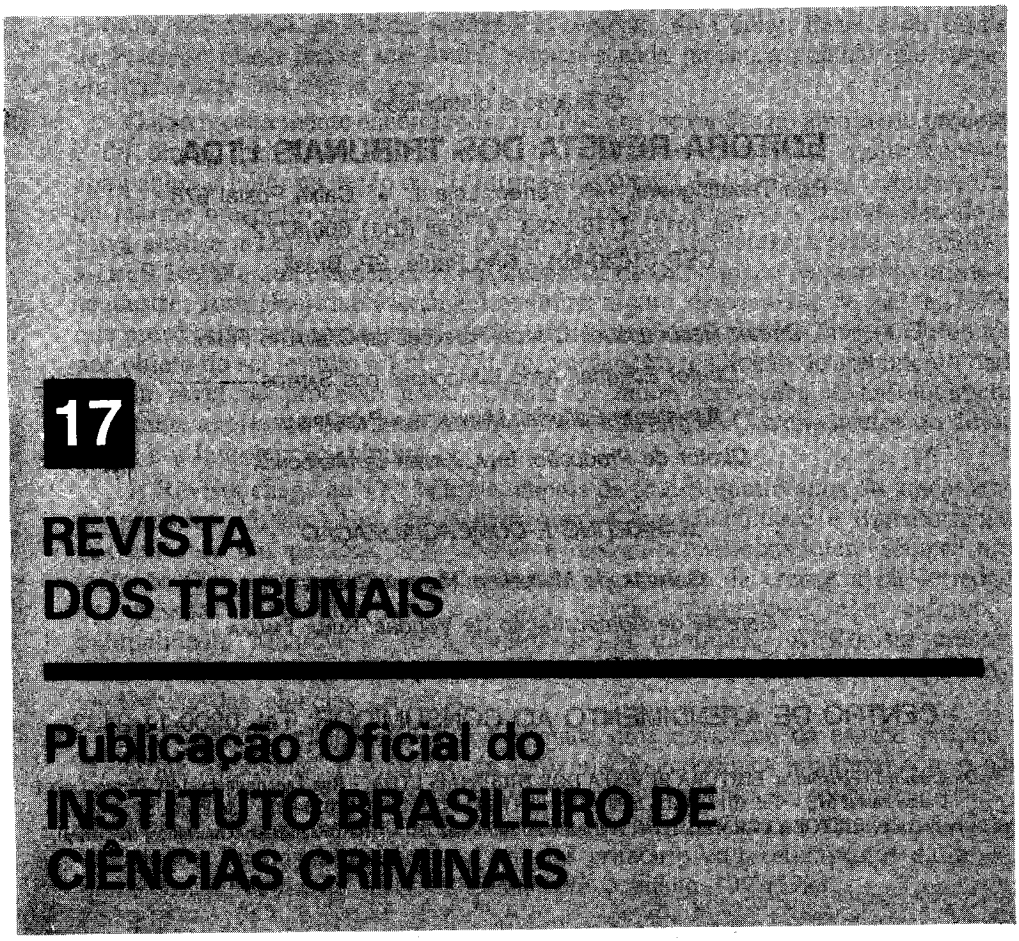
REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

ano 5 - n. 17 - janeiro-março - 1997



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

Trimestral – ANO 5. - n. 17 - jan.-mar./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

"Utopia tem poucas leis, pois o seu sistema social prescinde de uma legislação complexa. Uma das coisas que os utopianos mais criticam nos outros países é o fato de que, apesar da enorme quantidade de volumes sobre leis e interpretações das leis que possuem, não parecem nunca ter o suficiente" – THOMAS MORE – Utopia

E nós, teremos já leis suficientes?

O paraíso idealizado por Thomas More está longe do sentido que hoje se atribui ao seu nome mas, em um ponto, os utopianos tinham razão: sabiam que leis penais não pavimentariam o caminho da justiça social.

Aqui, longe daquela ilha, vão surgindo novidades legislativas a cada dia. Uma reforma sistemática, profunda, moderna e coerente, do Código Penal e do Código de Processo Penal parece um sonho utópico e cada mudança pontual que surge é um passo que nos afasta dele.

O ano recentemente encerrado foi pródigo em inovações no âmbito do processo e do direito penal. Na árdua tarefa de manter-se atualizado, assim encontra companhia o leitor na seção de "Doutrina Nacional": Ada Pellegrini Grinover trata do regime brasileiro das interceptações telefônicas; Antonio Claudio Macedo da Silva analisa a Lei 9.268/96, que trouxe inovações referentes à pena de multa, e a Lei 9.269/96, que estabeleceu causa especial de diminuição de pena no crime de seqüestro; José Henrique Pierangeli examina alguns dispositivos da Lei 9.279/76, que prevê crimes contra a propriedade industrial; Vitor Luiz de Oliveira Guibo tem por objeto de seu estudo a Lei 9.271/96, verdadeira revolução do tratamento dado ao réu revel no processo penal. Diante de tantas inovações, é absolutamente pertinente a reflexão de Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira acerca do direito penal e a intervenção mínima.

A Revista chega ao 17.º volume, depois de exatos quatro anos do lançamento do primeiro número. Em um mundo onde a superficialidade e transitoriedade das coisas e das pessoas, dos valores e das emoções, constituem sempre uma tentação fácil, estes quatro anos refletem a grandeza da crença e da seriedade das pessoas envolvidas com o projeto inicial. Manteve-se, com esforço, a pontualidade. Manteve-se (e aprimorou-se) a qualidade. A Revista cresceu, cresceram seus leitores. É hoje referência segura de quem busca conhecer as novas tendências das ciências criminais.

Às seções já tradicionais é acrescentada uma nova que dá espaço próprio à "Doutrina Argentina". É o reflexo da aproximação econômica e cultural com o país vizinho que levou, recentemente, à assinatura de convênio de cooperação entre o IBCCrim e o Inecip, Instituto de Estudos Comparados em Ciencias Penales e Sociales, sediado em Buenos Aires. Foi este um dos primeiros empreendimentos da nova e promissora diretoria do Instituto, eleita para o biênio 1997/1998.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais, assim como o Instituto, é um espaço para o estudo aprofundado e o debate interdisciplinar. A diversidade dos temas tratados nas muitas seções permite uma visão ampla que talvez revele aquilo que os utopianos sabiam. É preciso que as leis nasçam, não do fórceps das manchetes das páginas policiais, mas de um parto natural, antecedido pelo período necessário de amadurecimento e meditação. Os artigos selecionados que compõem este volume fornecerão, induvidosamente, a inspiração necessária.

CONSELHO DIRETIVO

SUMÁRIO

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

Desarrollo del Niño, Desarrollo Social y Criminalidad (Ruptura epistemológica del desarrollo/economía) – ANTONIO BERISTAIN 13

Causalidad, Omisión e Imprudência – ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG 32

El Delito de Violación: Algunas Cuestiones. El Código Penal de 23 de Noviembre de 1995 – PILAR GÓMEZ PAVÓN 75

Análisis Critico del Titulo V del Libro II del Código Penal Español: "Delitos Relativos a la Manipulación Genética" – STELLA MARIS MARTINEZ 102

2. DOUTRINA NACIONAL

O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas – ADA PELLEGRINI GRINOVER 112

Notas Para Uma Correta Interpretação e Aplicação das Alterações Penais das Leis 9.268 e 9.269/96 – ANTONIO CLAUDIO MACEDO DA SILVA 127

Dos Crimes Contra a Propriedade Industrial – (arts. 183 a 194, da Lei 9.279/76) – JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI 132

O Direito Penal e a Intervenção Mínima – MARCO AURÉLIO COSTA MOREIRA DE OLIVEIRA 145

Sessenta Dias de Prisão Temporária. É Razoável? – ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ 153

Lei 9.271/96 – VITOR LUIZ DE OLIVEIRA GUIBO 161

Bioética: Os Limites da Manipulação da Vida – VOLNEI GARRAFA 167

3. DIREITO PENAL ECONÔMICO

Extinção da Punibilidade nos Crimes Contra a Ordem Tributária – ANDRÉ NABARRETE NETO 172

4. DIREITO DE TRÂNSITO

Manual de Direito Automobilístico – Código de Trânsito Anotado – DÁCIO ARANHA DE ARRUDA CAMPOS – "MATIAS ARRUDÃO" 180

Algumas Considerações Sobre Crimes Culposos de Trânsito e Suas Penalidades – GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO 200

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

Lesão Pessoal Seguida de Morte – Art. 129, § 3.º, CP – JOÃO BOSCO PENNA 214

Acerca da Criminologia Psicanalítica – SHEILA JORGE SELIM DE SALES 222

6. POLÍCIA E DIREITO

Polícia e Criminalidade no Estado de Direito – ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA 257

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

Poder Judiciário, Política e Sociedade em São Paulo na Primeira República – ANDREI KOERNER 277
Democracia e Totalitarismo: O Dilema das Massas – ANNIE DYMETMAN 296
O Direito num Cenário em Transformação – JOSÉ EDUARDO FARIA 306

8. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O Crime do Sacopã (Segunda Parte) – RENÉ ARIEL DOTTI 310

9. JURISPRUDÊNCIA

9.1 Jurisprudência Comentada

Participação em Falso Testemunho – DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JÚNIOR 328
Furto Qualificado e Privilégio – MÁRCIO ORLANDO BÁRTOLI 332

9.2 Jurisprudência Recente

Aplicação Conjunta dos Artigos 14 da Lei 6.368/76 e 8.º da Lei 8.072/90 336
Atenuante: Pena Abaixo do Mínimo 339
Interrogatório *On Line* – Impossibilidade 343
Interrogatório *On Line* – Possibilidade 346
Se a Pena Aplicada é a Mínima, o Regime Deve Ser o Menos Grave 349

9.3 Ementário de Jurisprudência

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR 354

9.4 Jurisprudência Organizada

Habeas Corpus – Atualização – ALBERTO SILVA FRANCO e LUIZ CARLOS BETANHO 369

10. LEGISLAÇÃO

Lei 9.318, de 05.12.1996 383

11. RESENHAS

Segurança Jurídica e Jurisprudência – Um Enfoque Filosófico-Jurídico – Carlos Aurélio Mota de Souza, por LUIZ FLÁVIO GOMES 384
L'Engrenage de la Répression; Stratégies Securitaires et Politiques Criminelles; L'Exemple du Brésil; 1890-1990 – Wanda de Lemos Capeller, por KATHIA REGINA MARTIN 386

12. NOTICIÁRIO

Seminário Internacional – Drogas – Debate Multidisciplinar – CLÁUDIA MARIA SONCINI BERNASCONI, RENATA RAMOS RODRIGUES e RENATO MARQUES MARTINS 388

13. DOUTRINA ARGENTINA

Consideraciones Sobre el Derecho Penal Economico y Especial en la Sociedad Democratica Contemporanea – JORGE VÁZQUEZ ROSSI 400
Sistema Penal: Del Naturalismo a la Renormativizacion – RICARDO CARLOS MARÍA ALVAREZ 412

14. ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 422

COLABORADORES

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP.

ALBERTO SILVA FRANCO

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ANDRÉ NABARRETE NETO

Juiz do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região.

ANDREI KOERNER

Doutorando no Departamento de Ciência Política da FFLCH/USP.

ANNIE DYMETMAN

Pesquisadora do Laboratório de Análises de Sociabilidades Contemporâneas do Departamento de Sociologia da USP.

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático Emérito de Direito Penal da Universidade do País Vasco (San Sebastian). Diretor do Instituto Vasco de Criminologia.

ANTONIO CLÁUDIO MACEDO DA SILVA

Advogado. Procurador do Estado da Bahia.

ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA

Catedrático de Direito Penal da Universidade Complutense de Madri. Diretor do Instituto de Criminologia.

DÁCIO ARANHA DE ARRUDA CAMPOS

Juiz de Direito em São Paulo.

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JÚNIOR

Juiz de Direito em São Paulo.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri.

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

JOÃO BOSCO PENNA

Doutor em Medicina Legal pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

JORGE VÁZQUEZ ROSSI
Advogado. Professor Titular de Direito Penal na Universidade Nacional do Litoral – Argentina.

JOSÉ EDUARDO FARIA
Professor Associado da Faculdade de Direito da USP.

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI
Advogado. Professor de Direito Penal na USP. Procurador de Justiça Aposentado.

LUIZ CARLOS BETANHO
Juiz aposentado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

LUIZ FLÁVIO GOMES
Juiz de Direito em São Paulo. Mestre em Direito Penal pela USP. Professor de Direito Penal e Processo Penal. Doutorando em Direito Penal na Universidade Complutense de Madri.

MÁRCIO ORLANDO BÁRTOLI
Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

MARCO AURÉLIO COSTA MOREIRA DE OLIVEIRA
Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Porto Alegre – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

PILAR GÓMEZ PAVÓN
Professora Titular de Direito Penal.

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

RICARDO CARLOS MARÍA ALVAREZ
Docente da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional do Litoral – Santa Fé – Argentina.

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR
Advogado em São Paulo. Mestrando em Processo Penal pela USP.

ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ
Promotor de Justiça.

SHEILA JORGE SELIM DE SALES
Mestre em Ciências Penais pela FDUFMG. Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Roma. Professora Adjunta de Direito Penal da FDUFMG.

STELLA MARIS MARTINEZ
Advogada em Buenos Aires. Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha).

VITOR LUIZ DE OLIVEIRA GUIBO

Juiz Substituto em Campo Grande/MS.

VOLNEI GARRAFA

Professor Titular e Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética da UnB.

1 – DOUTRINA INTERNACIONAL

DESARROLLO DEL NIÑO, DESARROLLO SOCIAL Y CRIMINALIDAD

(Ruptura epistemológica del desarrollo/economía) *

ANTONIO BERISTAIN

SUMÁRIO: I. Hoy y mañana de este congreso – II. Desarrollo del niño: II-A. El segundo nascimiento; II-B. Las Naciones Unidas y el desarrollo del niño; II-B-1. El interés superior del niño; II-B-2. Coordenadas del desarrollo del niño: A. El niño necesita una protección especial; B. Al niño le competen más derechos que al "nasciturus"; C. El niño requiere comprensión; D. El niño necesita un ambiente de felicidad; E. El niño necesita especialmente de la madre – III. Politica criminal infanto-juvenil: III-A. Prevención del joven infractor; III.A.1 El joven infractor; III.A.2 Preeminencia de los programas preventivos sobre los sancionadores; III-B. "Respuestas" al joven infractor – IV. El desarrollo social en Iberoamerica: IV-A. Tres concepciones; IV-B. La familia en Iberoamerica – V. Las NN.UU. y el Desarrollo Social: V-A. Declaraciones de 1969 y 1986; V-B. El desarrollo en la Declaración de Río de Janeiro; V-C. De la cosificación del desarrollo a su espiritualización – VI. La criminalidad (y la felicidad) hoy y mañana – VII. Anexos I y II – VIII. Sumaria referencia bibliografica.

RESUMEN. Desde la multi – inter – y transdiciplinariedad de la criminología, y a la luz de los correspondientes documentos de las Naciones Unidas, se analiza la realidad sociológica-jurídica del desarrollo del niño y del desarrollo social, para abocar hacia una plenitud espiritual gratificante, superadora de la criminalidad, la pobreza, la ignorancia y el fanatismo.

Palabras-clave: control de natalidad, deberes-derechos, desarrollo, espiritualidad, familia, felicidad, Iberoamérica, investigación, jóvenes, mujer, Naciones Unidas, nuevo orden económico internacional, Psicologia Jurídica, respersonalización, segundo nacimiento, Sociología.

(*) Texto de la Conferencia Inaugural del "Primer Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica", Santiago de Chile, 7 de septiembre de 1995. Se han introducido breves informes bibliográficos y alguna corrección de estilo.

I. Hoy y mañana de este Congreso

Dignísimas autoridades, queridas señoras y señores que tienen la amabilidad de acompañarme en este solemne acto académico:

Ante todo, mi cordial gratitud a quienes tan amablemente me han brindado la oportunidad y el honor de venir a estar con ustedes en este momento y en estas circusntancias. Y ante todo también, mi sincera felicitación a quienes han logrado preparar y realizar este Congreso.

En estas jornadas internacionales se recogen hoy las herencias, pluriancionales repletas de sabiduria humana y científica de los pueblos iberoamericanos. Nos sentimos orgullosos de todos nuestros antepasados. En estas Jornadas intenacionales se siembran los mañanas de nuestras instituciones académicas, de nuestras Universidades; se siembran los futuros de

nuestras iglesias, de nuestras culturas; se modelan los mañanas de nuestras hijas e hijos creadores de una Psicología jurídica nueva. Y, también creadores de una humanidad nueva, sin fronteras, lúdica, gratificante, agápica, fraternal.

En esta ponencia iangural expondré a su consideración, desde mi profesional perspectiva criminológica multi – inter – y transdiciplinar, mirando al futuro y con especial considieración de algunos documentos de las Naciones Unidas, cómo podemos y debemos contribuir a un desarrollo del niño (apartado II), a una Política criminal infanto-juvenil (apartado III) y a un desarrollo social de la comunidad en general (apartado IV) y de Iberoamérica en particular (apartado V) que reduzca al mínimo la criminalidad (apartado VI) y multiplique al máximo el amor y la felicidad. Porque, amigas y amigos, tengamos siempre presente, también en este Congresso internacional, lo que todos más anhelamos: la convivencia feliz.

Apoyados en fundamentales criterios psicológicos se puede afirmar que la felicidad para nosotros empieza desde la felicidad de y para los otros, pues la persona es un ser excéntrico que gira en torno a los demás. No hace falta recordar a Martin Buber, Heidegger, Lacan, Laín Entralgo, Levinas etc.

II. Desarrollo del niño

II.A El segundo nacimiento

Dentro del amplio tema del desarrollo del niño nos limitamos ahora a decir algo respecto a las cinco etapas fundamentales del denominado "segundo nacimiento" – *zweite Geburt* – (distintas de las conocidas etapas del desarrollo moral de Piaget, Kholberg y sus continuadores), que subrayan sus relaciones con la familia (y la sociedad). Como escribió Aristóteles, en su *Etica a Nicómaco* (1162, a, 6-7), "los padres dan a su hijo el ser, el sustento y la socialización".

– La primera se puede titular "Amor-egoísmo".

El contacto, el encuentro físico y psíquico del niño con su madre y con sus familiares más cercanos que le quieren y le manifiestan que le quieren... transfiere al infante un *humus* de afecto y apego. A través de esta relación íntima, el niño palpa el embrujo misterioso del amor, y se convence experimentalmente de algo que marcará el ritmo de su vida seguiente, y podrá darle sentido a todo, incluso al sinsentido (lógico-racional) de la victimación que produce la criminalidad.

En cambio, si en los primeros meses y/ o primeros años de la vida no existe esta cercanía afectiva, el niño corre el riesgo de abocar a la carencia de apego amical, con consecuencias de marginación o incluso de delincuencia. En esto coinciden las investigaciones de Julián de Ajuriaguerra, Rof Carballo, Gion Condrau, Antonio Sánches Galindo, René Sptiz etc.

– La segunda se refiere al binomio "seguridad-miedo".

La presencia constante y fuerte de los padres y de la familia cercana que rodea al niño pone bajo sus pies una roca, demanera que se sienta *securus*, seguro, defendido como un castillo amurallado, sin miedo a los enemigos de fuera que no le podrán quitar su sitio. Además, se siente, se considera *tutus*, sin preocupaciones internas, porque experimenta que os suyos le protegen también cuando él duerme, para liberarle incluso de las fantasías que intentan levantar olas amenazadoras en el océano pacífico nutriente de sus sueños.

– La tercera etapa: "Solidariedad-soledad".

Ya Virgilio enfatiza poéticamente el poder vocacional de la madre cuando canta en su Eneida:

"Incipe, parve puer,
risu, cognoscere matrem"

Empieza, oh bebé, a conocer a tu madre por la sonrisa.

El infante conoce a su madre, se conoce y reconoce a sí mismo como persona porque se experimenta ante y mediante al llamada, la vocación, de su madre, de su padre y hermanos; a través de la mediación, del diálogo, con esos intermediarios que resultan efectivos porque son afectivos. Así, desde el subjetivismo abierto, llega a la construcción de un *nosotros*, la solidariedad.

– La cuarta etapa: "Libertad-prisión".

Hablando a la luz de la cosmovisión de Xavier Zubiri y Heidegger, se puede afirmar que no hay libertad. Sólo hay personas libres y/o personas liberables.

La madre, mediante el juego *dual* del *tú* contrapuesto y orientado – *abierto* – hacia el nosotros, le hace ser, y ser libre, al hijo. Le inicia en los ritos para responder y ser responsable.

Textualmente el filósofo (y también psicólogo) español escribe: "El hombre es una esencia abierta a las cosas reales en la construcción de su Yo".

– Ultima etapa: "Transcendencia-animalidad".

Durante esa infancia inicial la madre, con la familia y las amistades próximas, comunican al hijo un movimiento de ser excéntrico que busca su meta fuera de sí mismo, disparado hacia las otras personas, hacia la amistad... Todavía más, hacia Otro Ser que no cabe en el ser de nosotros. (Entre paréntesis y muy brevemente, recordemos que la Psicología de la persona con todas sus aspiraciones no debe prescindir de la Teología. Si lo pretende se priva de altura y de profundidad. Ya hace veintiseis siglos, los griegos trenzaron en unidad indisolubre el espíritu a la Psicología: pneuma-psique).

Este postrer avance ya no es un paso de progreso cuantitativo, sino que implica un salto cualitativo. No mejora la persona sino que la transforma en algo mejor que la persona: la diviniza.

Si tuviéramos más espacio, comentaríamos algunos escritos del eminente antropólogo Julio Caro Baroja, continuamente preocupado y ocupado con la siempre y en todas partes (semper et ubique) inherente dimensión religiosa de las personas y de las comunidades. Baste haberlo indicado.

II.B Las Naciones Unidas y el desarrollo del niño

Para enriquecer nuestras reflexiones sobre el desarrollo del niño nos brindan fecundas consideraciones algunos documentos de las Naciones Unidas. Ahora nos limitamos a espumar un principio general (el interés superior del niño) y cinco coordenadas que se formulan en la *Declaración de los Derechos del Niño,* del 20 de noviembre de 1959 y en la *Convención sobre los Derechos del Niño,* del 20 de noviembre de 1989.

A luz de estos y otros documentos de las NN.UU. se puede afirmar que el principal problema y la *mayor esperanza* de nuestra comunidad-sociedad actual es el desarrollo integral del niño.

II.B.1 El interés superior del niño

Con frecuencia los sociólogos proclaman que el principal problema de tal o cual ciudad, región o país es la criminalidad. También suelen repetirlo los políticos cuando hacen la campaña antes de las elecciones. Y añaden que piensan destinar en los próximos años cantidades extraordinarias del presupuesto para luchar contra la criminalidad y contra los delincuentes.

Desde la ciencia criminológica-sociológica parece poco acertada esta percepción y esta planificación de primar la lucha contra la criminalidad y contra los delincuentes. (Entre paréntesis sugerimos la conveniencia de evitar las palabras 'lucha' y 'contra' que tanto repin los maniqueos, los fanáticos y los dictadores).

Preferible sería que los programas políticos y los presupuestos intenacionales, nacionale, provinciales y locales cediesen la primacía al desarrollo del niño y al desarrollo social.

En cuanto a la "primacía del niño", mucho se ha escrito en el campo sociológico, educativo, psicológico y jurídico, propugnando "el interés superior del niño".

Como indica el Preámbulo de la citada *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 1989, las Naciones Unidas, en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, de 1948, "proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales". En sentido parecido conviene transcribir el párrafo segundo del Principio 7 de la *Declaración de los Derechos del Niño*, (1959): "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación..." Esta responsabilidad, según se expicita en dicho Preámbulo (1959), la tienen (en cierto sentido) todos: en primer término los padres; pero también compete "a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales". En este Preámbulo se considera "que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle"...

En sentido estricto, esta consideración primordial y este interés superior del niño se refiere a "todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", como estabelece el artículo 3 de la citada Convención.

II.B.2 Coordenadas del desarrollo del niño

Tanto la Declaración de 1959, como la Convención de 1989, no se limitan a colocar en el centro del desarrollo al niño, sino que especifican además algunas coordenadas de ese desarrollo. Merecen destacarse aquí y ahora, al menos, las cinco siguientes:

A. El niño necesita una protección especial

La *Declaración de los Derechos del Niño* (Asamblea General del 20 de noviembre de 1959), en su Principio 2, establece: "El niño gozará de una *protección especial* (subrayado mío) y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda *desarrollarse* (subrayo) física, mental, moral, *espiritual* (subrayo), y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad...". (Antes de pasar adelante, aunque interrumpa el hilo de la argumentación lógica, llamo la atención sobre la exigencia, a todos los niveles, de atender al desarrollo espiritual, que las NN.UU. acertadamente distinguen del desarrollo moral).

Previamente, en el preámbulo, se pueden leer dos "considerandos" atinados que nos recuerdan cómo ya desde hace muchos años se enuncia la necesidad de una protección especial del infante, pues se reconoce su peculiar vulnerabilidad, precariedad y fragilidad (el niño está siempre en situación de riesgo). Dicen así: "Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales,... Considerando que esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924...".

Es lógico que concluya ese Preámbulo instando a *todas* las personas e instituciones para que trabajen en favor de "una infancia feliz", que disfrute de todos sus derechos, en conformidad de los diez principios que enuncia la Declaración. (He subrayado la palabra *todas* porque la Declaración lo sugiere cuando se dirige textualmene "a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales...".

B. Al niño le competen más derechos que al "nasciturus"

Esta afirmación se establece en el Principio 3, cuando se declara que "El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad". Estos derechos no los tiene el *nasciturus*.

De este Principio, que nadie discute directamente, se deducen lógicamene conclusiones que muchas personas indirectamente discuten y niegan. Por ejemplo, todas aquéllas que tan apasionadamente piden un reproche y un castigo ético, moral, y jurídicopenal del aborto y del control de natalidad, por las mismas razones que se sanciona el infanticidio.

Muchas personas e instituciones religiosas que reclaman esas sanciones se apoyan en que esta misma Declaración, en su Considerando tercero, parece equiparar en todo al *nasciturus* con el niño en cuanto a sus derechos, pues afirma "que el niño... necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes* (subrayo) como después del nacimiento".

Sin embargo, esta equiparación es sólo parcial, no total. Pide que al *nasciturus* se le protega y atienda especialmente, pero no idénticamente que al ninõ. Nunca las NN.UU. han pedido que el Código penal sancione todo aborto; y tampoco han pedido que el Código penal tipifique el aborto con la misma severidad que el infanticidio. Quienes equiparan ambas realidades sociales ignoran y conculcan los fundamentos elementales e indiscutibles, desde hace siglos, en el Derecho penal y en la Criminología. Se dejan llevar por un fanatismo ciego que aboca a una macrovictimación de millones de niños, de mujeres y de familias.

Un inteligente control de natalidad resulta cada día más necesario. Al "nasciturus", conviene repetirlo, le competen menos derechos que al niño ya nacido. Quienes lo niegan se dejan arrastrar y cegar por preconceptos, presentimientos y prejuicios que menosprecian este Principio tres de la Declaración de 1959.

C. El niño necesita comprensión

Según el Principio de 6 de la Declaración de 1959: "El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión".

De este Principio, tan rico en contenido, diremos ahora unicamente algo sobre la última palabra: comprensión. Con frecuencia el niño es poco amado y poco atendido porque es poco o nada comprendido. Comprender a los niños resulta sumamente complejo y difícil.

Según el Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, *comprender* deriva etimológicamente del latín (*comprehendere*), sus acepciones de uso corriente son "abrazar, ceñir, rodear por todas partes una cosa"; otras acepciones son "2, contener, incluir en sí alguna cosa: 3, entender, alcanzar, penetrar; 4, encontrar justificados o naturales los actos o sentimientos de otro". Y el diccionario añade dos ejemplos: "comprendo sus temores, comprendo tu protesta".

Ahora nos interesan las acepciones 2 y 3. Pero la comprensión que aquí (y en tantos otros documentos) piden las NN.UU. rebasa esas acepciones; significa algo sumamente profundo, complejo e incluso contradictorio; implica mucho más que la mera explicación conceptual.

En alemán hay varias palabras que, desde diversas perspectivas, muestran los múltiples matices que subyacen dentro del común denominador de comprensión. Media docena de verbos (*begreifen, einschliessen, erklären, umfassen, verstehen* etc.) pueden traducirse al castellano por comprender; pero no significan lo mismo.

Comprender al niño supone y exige ponerse en su lugar, llegar a un encuentro (*Begegnung*, en alemán). Una acertada sugerencia, aunque en forma negativa, de lo que exige la comprensión nos la brinda Federico García Lorca, en su Poema del cante jondo. Encuentro:

"Ni tú ni yo estamos
en disposición
de encontrarnos"

Quizás se inspiró en San Agustín cuando éste escribe "El conocimiento exige como requisito previo el amor".

Esta palabra comprensión, tal como la aplican, entienden y utilizan los documentos de las NN.UU., merece ser analizada por los psicólogos juristas y por los sociólogos, pues en ella se oculta una de las claves para que el desarrollo del niño logre sus resultados deseables en el mundo de la pedagogía, de la Criminología y de la convivencia social preventiva.

D. El niño necesita un ambiente de felicidad

Conviene prestar especial consideración a la proclamación del Preámbulo de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (de 1989) cuando reconoce "que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de *felicidad* (subrayo), amor y comprensión".

Aunque a algunas personas les sorprenda, en nuestro análisis criminológico sobre la prevención de las infracciones juveniles, debemos detenernos a reflexionar sobre la felicidad.

Una de las lecciones que nos brinda la ciencia criminológica es la necesidad de superar la "barbarie de la especialización", en terminología de Ortega y Gasset. La necesidad de acudir a estudios y campos científicos ajenos, y aun lejanos.

Recordemos el acierto de Henri Laborit cuando cambió el título de su Instituto en París. Antes se llamaba Instituto de Agresiología. Después se denominó Instituto de Eutonología. Laborit acertó en mirar desde otra perspectiva el campo de su trabajo. Lo que antes veía como estudio de las salidas de las agresiones, después (más inteligentemente) lo miraba como estudio de las entradas en el buen tono, buen talante.

Algo similiar podemos hacer nosotros si el tiempo y trabajo que antes dedicábamos a luchar contra las infracciones juveniles, contra los ambientes de incultura, de miseria, de violencia, de marginación etc., ahora lo dedicamos a estudiar la prevención de esas mismas infracciones aumentando los ambientes de felicidad. Sí, la felicidad entra o debe entrar en el campo de la investigación criminológica y de la Psicología Jurídica.

Permitanme ahora unas líneas conceptuales y estadísticas que pueden abrir la puerta a posteriores y más amplias e inteligentes reflexiones e investigaciones de ustedes y otras personas dedicadas a los problemas que se tratan en este Congreso internacional.

Por felicidad se entiende un estado de ánimo, un sentimiento, algo privado, una percepción subjetiva que se nutre de dos ingredientes fundamentales: 1.º – haberse encontrado la persona a sí misma, haber logrado una personalidad más o menos hecha, equilibrada, con cierta solidez; y 2.º – haber elaborado y aceptado un proyecto de vida, lo que tiene que ver con la vida como anticipación, como programa, como sentido imponente, que se impone sobre la realidad exterior. En este proyecto entran como piedras sillares el amor-afectividad, el amor-sexualidad (que puede adoptar la forma celibataria) y el amor-creatividad cultural, en el más amplio sentido del *homo faber*, artífice de sí mismo.

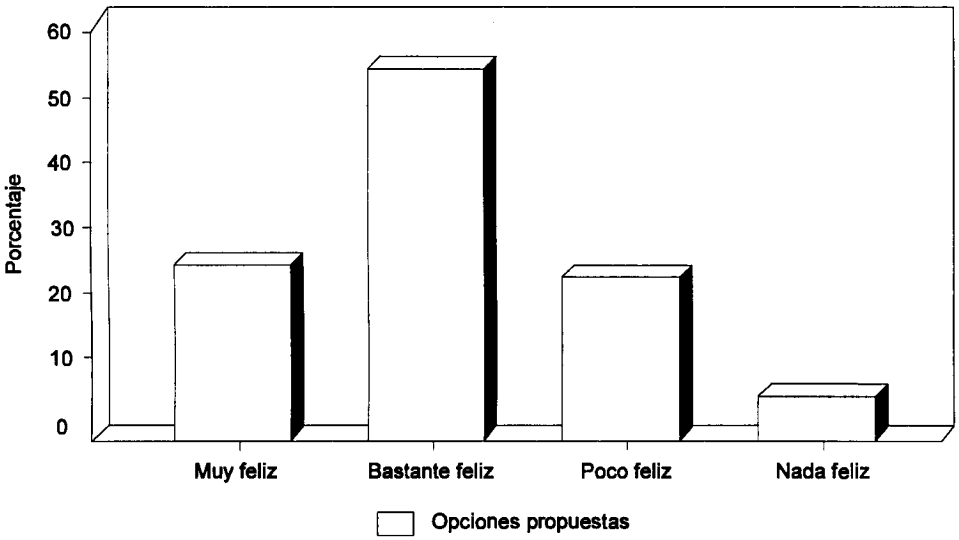
Como ha escrito el profesor de la Universidad de Pau, R. Cario, "le moteur des relations humaines semblait être alimenté par la domination des êtres et de choses qui participent au maintien en équilibre de l'organisme, qui prucurent finalement du plaisir" (*Pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel*, Paris, 1996, p. 78).

Una reflexión sobre jóvenes infractores y la necesaria política criminal de la prevención ha de analizar y hacer pública la mayor o menor auto complacencia de nuestros jóvenes. Aquí me limito a transcribir algunos datos estadísticos de la encuesta llevada a cabo por el profesor de la Universidad Complutense Tomás Calvo Buezas acerca de 5.168 jóvenes, entre 8 y 19 años. En un capítulo de su libro *Crece el racismo, también la solidaridad*

(Madrid, 1995, p. 204 s.) recoge los siguientes datos objetivos que ojalá sirvan de marco referencial para otras investigaciones similares en otros países de nuestra área cultural.

De esos 5.168 jóvenes, la mayoría (72%) se siente muy feliz (23%) o bastante feliz (49%), siendo una cuarta parte la que se siente poco feliz (20%) o nada feliz (4%).

Autosentimiento de felicidad



E. El niño necesita especialmente de la madre

La doctrina sociológica contemporánea, progresista, coincide en cuanto a la deseable equiparación de la mujer y de la madre con el hombre y el padre. Pero, la realización práctica plantea algunos problemas. Lejos de mí pretender solucionar ahora esos conflictos. Unicamente me permito indicar un punto concreto que puede incidir en cuanto al desarrollo del niño (e indirectamente en el campo criminológico, laboral, pedagógico y social).

El Princípio 6 de la *Declaración de los Derechos del Niño*, de las NN.UU., de 1959 (que estamos comentando), afirma textualmente que "salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre". No afirma lo mismo en cuanto a ala separación de su padre.

Probablemente, en nuestras sociedades "desarrolladas", con excesiva frecuencia se separa al niño de corta edad de su madre. La moderna legislación laboral en España y en otros países permite que el padre disfrute del permiso laboral por lactancia durante algunos de los primeros meses, para sustituir a la madre (ocupada en su trabajo fuera del hogar) en las atenciones a la pequeña criatura.

Esta norma, a la luz de lo proclamado por las NN.UU., puede aplaacudirse en casos excepcionales, y si se interpreta con moderación, de manera que se evite su aplicación *contra naturam*.

Si se propugnase la equiparación total entre el padre y la madre, llegaríamos a pedir que los niños recién nacidos convivan (durante sus tres o seis primeros años) con sus padres en la cárcel, cuando éstos sufren una pena privativa de libertad.

III. Politica criminal infanto-juvenil

III.A Prevención del joven infractor

III.A.1 El joven infractor

Prescindimos del problema semántico (muy importante, simbólica y realmente) de distinguir entre joven infractor y joven delincuente. Parece preferible hablar de jóvenes infractores y evitar siempre el calificativo de jóvenes delincuentes, cuando se trata de personas que no han cumplido dieciséis años.

Como dicen las *Directrices de las NN.UU. para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*, de 14 de diciembre de 1990, en sus "Principios fundamentales..., 5. ... La politica y las medidas de esa índole deberán incluir: ... f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de "extraviado", "delincuente" o "predelincuente" a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable".

Al joven que no ha cumplido todavía 16 (o incluso 18 años, en muchos casos) nunca se le debe calificar como delincuente. Si se hace se le estigmatiza, se le margina. Y eso sobre una base falsa, pues se le supone capaz de una responsabilidad y culpabilidad igual que la de un adulto. Esto carece de confirmación científica. Lógicamente, Reynald Ottenhof insiste en que nunca se aplique, ni se imponga, la pena de muerte a los menores.

Además, como explicitan estos mismos Principios fundamentales, ciertos comportamientos y actos de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad, y que alguien podría considerar objetivamente como delitos, en realidad "son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento, y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta" Resulta, pues, injusto tipificar esos actos como delito. Una razón más para repetir que el joven no es un adulto pequeño. Sus diferencias son cualitativas más que cuantitativas.

III.A.2 Preeminencia de los programas preventivos sobre los sancionadores

Las NN.UU. insisten, ante todo, en conceder más atención a la prevención de las conductas infractoras de los jóvenes que a las sanciones posteriores.

Destaquemos de las *Directrices de Riad*, del año 1990, un par de temas concretos que afectan a la prevención de la marginación y victimación infanto-juvenil.

Concretamente, la exigencia de la aportación científica, de la integridad de la familia, de la educación, de los medios de comuniciación, del voluntariado y de la asistencia a las víctimas.

Al comentar la prevención general, el apartado nueve pide una importante aportación científica, pues insiste en la necesidad de formular análisis a fondo del problema y programar políticas y estrategias con estrecha cooperación interdisciplinar y con personal especializado, en todos los niveles (aquí podría ubicarse la labor del personal especializado en Psicologia jurídica).

También conviene recorcar, como lo hace el apartado doce, que la familia, incluida la familia EXTENSA, "es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño", por lo cual "los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la *integridad* (subrayo) de ella.

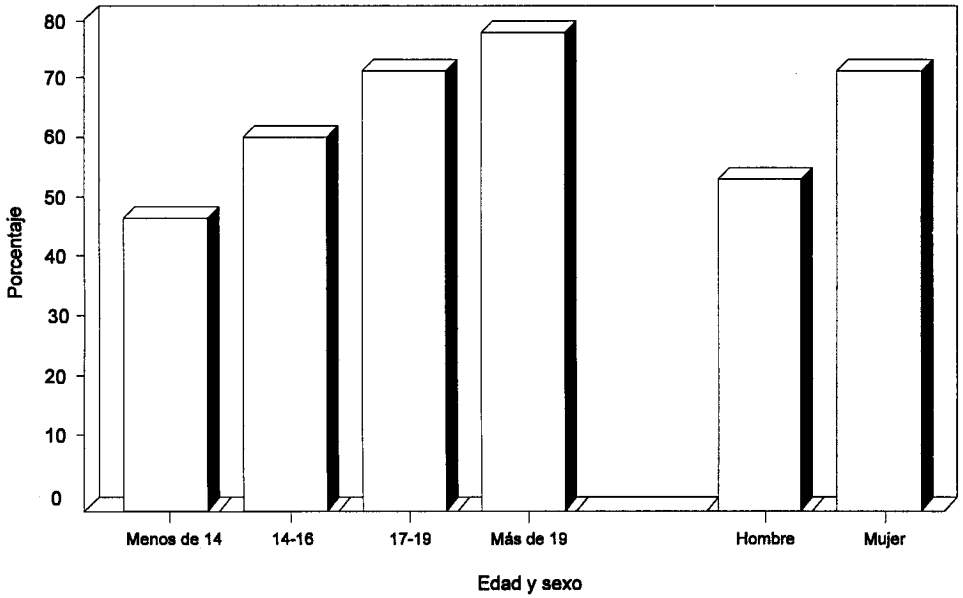
Ante esta petición de la integridad familiar conviene preguntarse si no se está banalizando el aumento de las familias separadas y divorciadas, como si esto no perturbase generalmente el desarrollo de los hijos menores.

Permítaseme transcribir algunos datos estadísticos de este fenómeno actual en

España, tal como los brinda el profesor Calvo Buezas, en su ya citado libro *Crece el racismo, también la solidaridad* (p. 838 e ss.).

Sobre la permisividad ante el divorcio, incluso con hijos pequeños, son significativos los contrastes por edad de los 5.198 encuestados: el 39% de los comprendidos entre 8 y 14 años se manifestan en desacuerdo con que "los esposos que tienen hijos menores, aunque no se lleven bien, no deben divorciarse". También estan en desacuerdo el 54,2% de los comprendidos entre los 14 y 16 años; el 66,1% de los comprendidos entre los 17 y 19 años; y el 73,1% de los mayores de 19 años. Ante la misma pregunta, las mujeres (65,6%) son mas permisivas que los hombres (44,7).

Permisividad ante el divorcio



Sobra decir que estas cifras estadísticas han de leerse y estudiarse con pupila axiológica. No basta la mera reflexión cuantitativa. Urge la investigación cualitativa, aunque resulta mas costosa y difícil.

En cuanto a la educación, las *Directrices de Riad*, en los apartados veinte al treinta y uno, recuerdan que se deberá "cuidar y atender de manera especial a los jóvenes que se encuentren en situación de riesgo social". Asimismo piden que se apliquen "diversos programas educativos para lograr que los maestros, otros adultos y los estudiantes comprendan los problemas, necesidades y preocupaciones de los jóvenes, especialmente de aquéllos que pertenecen a grupos más necesitados, menos favorecidos, a grupos de bajos ingresos y a minorías étnicas u otros grupos minoritarios". Actualmente debe prestarse más atencion al problema, al macroproblema, de las minorías étnicas, de los inmigrantes y refugiados.

En varios apartados se formulan consideraciones innovadoras acerca de la cada

día mayor eficacia preventiva del *Voluntariado* y de la asistencia a las *víctimas*.

El ultimo capítulo – el VII, sobre investigación, formulación de normas y coordinación – insiste atinadamente en la necesidad de intensificar el compromiso y el trabajo sobre los temas que se han seleccionado como centrales en este Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica: "fomentar la interacción y coordinación, con carácter multidisciplinario e interdisciplinario, de los organismos y servicios... sociales, educativos y de salud, con el sistema de justicia, los organismos dedicados a los jóvenes, a la comunidad y al desarrollo..."

También pide que se busquen otras metas muy cultivadas en este Congreso: que se promueva e intensifique "la cooperación regional e internacional... y las actividades de investigación científica..." Sin olvidar que han de "evaluarse sus conclusiones".

III.B Respuestas al joven infractor

Pasemos a hablar de las correspondientes sanciones. Mejor dicho, de las correspondientes *respuestas*, más o menos arbitrarias (no consecuencias objetivas, naturales, metafísicas, de la infracción), que la sociedad elabora y aplica a los jóvenes infractores. Merecen especial atención los siguientes documentos de las NN.UU.: *Princípios básicos para el tratamiento de los reclusos* (14 diciembre 1990), *Reglas mínimas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)* (14 diciembre 1990) y *Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad* (también del 14 de diciembre de 1990).

Estas últimas recuerdan, en su preámbulo, la exigencia de respetar los principios y procedimientos establecidos anteriormente en las *Reglas Mínimas de las NN.UU. para la administración de la justicia de menores*, las denominadas *Reglas de Beijing* (Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985), y añaden unas "perspectivas fundamentales" que merecen tomarse muy en serio "para servir de patrones prácticos de referencia y para brindar alicientes y orientación a los profesionales que participan en la administración del sistema de justicia de menores".

De las *Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad* releamos, al menos, la 42 y la 47: "42) Todo menor tendrá derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo".

"47)... Todo menor deberá disponer diariamente de tiempo adicional para actividades de esparcimiento, parte de las cuales deberán dedicarse, si el menor así lo desea, a desarrollar aptitudes en artes y oficios..."

Mirando hacia las antes citadas Reglas de Beijing, merece tomarse en consideración el Comentario a su Regla 17, cuando reconece y resuelve algunos conflictos entre opciones fundamentales. Prefiere la rehabilitación frente al "justo merecido" (*just desert*), la asistencia frente a la represión y el castigo (en mi opinión, la palabra "castigo" es siempre vitanda), la respuesta en función de las circunstancias concretas (el casuismo) frente a la protección de la sociedad en general, la disuasión frente a la incapacitación individual.

IV. El desarrollo social en Iberoamerica

IV.A Tres concepciones

En la historia reciente de Iberoamérica se pueden considerar diversos períodos en cuanto a la opinión pública, o la cosmovisión, o el concepto del desarrollo social:

1. Visión estático-determinista. Se considera que el iberoamericano es poco propenso a producir el desarrollo que necesita debido a sus peculiaridades raciales, climáticas, y religiosas que no fomentan la laboriosidad que caracteriza a los anglosa-

jones. Por desgracia, todavía permanecen no pocos partidarios de esta tesis.

2. "Concepción colonialista asimilada". Según algunos, Iberoamérica es víctima de un colonialimo criminal. Se le considera país periférico. Se le margina desde los países centrales. Se escribe y se habla contra los Estados Unidos como si fueran el mal en persona.

Por lo tanto, a los iberoamericanos sólo les queda la voz de la denuncia; sólo les queda esperar, como Job, a que cambie el sistema de dominación y el expolio económico-cultural internacional.

3. "Percepción de cambio cultural-productivo". Sin desconocer, ni olvidar, las injustas estructuras sociales *internacionales*, pretéritas y actuales, sin embargo, se perciben también dos realidades *dentro de cada propio país iberoamericano*: 1.º existen injustas estructuras sociales económico-culturales internas, en el propio país, que se deben y pueden superar, y 2.º – apesar de esta autovictimación, se afirma la posibilidad propia para salir de la situación en la medida en que los propios países (sociedad civil y Estado) deciden, con inteligencia y con energía, incrementar sus propias capacidades de pensar-programar y realizar el desarrollo social y educativo que necesitan.

Lo decisivo es fortalecer el cambio de valores y actitudes privadas y públicas para tomar consciencia de que Iberoamérica tiene los requisitos elementales favorables y suficientes para lograr una concienciación de su propia energía que le aboque al puerto de su autónomo desarrollo social, en el mejor sentido de la palabra. (Cfr. Luis Ugalde, en *Forum Deusto*, Bilbao, 1995).

IV.B La familia en Iberoamerica

Sobra decirles que conozco menos la familia en América Latina que la familia en España (o en Europa). Sí puedo afirmar que entre ambas median diferencias notables. Para constatarlas basta leer los Informes sociológicos respecto a España, de Amando de Miguel, y las documentadas páginas de Enrique Dussel respecto al "mundo periférico". (Cfr. la revista *Concilium*, agosto 1995).

El tema de la familia en Iberoamérica es consttitutivo del proceso de conquista y colonización, simultáneo al de la evangelización, porque es parte de un proceso de no reconocimiento de la alteridad del otro.

La llegada, en 1492, del español, del branco extranjero "relajó" las propias costumbres anteriores y produjo, lógicamente y por desgracia, un caos en la estructura familiar indígena.

Actualmente la situación en Iberoamérica puede construirse sobre los cuatro ejes singuientes:

1. La familia monogámica, ideal, cristiana.

2. El matrimonio por consenso social, no celebrado legalmente.

3. La familia en la que el varón (machista) de hecho practica la bigamia, que tolera incluso la mujer blanca.

4. La madre con hijos de diversos padres (que es una realidad frecuente) o el padre sin familia que busca relaciones con mujeres fuera del matrimonio.

La iglesia siempre predicó el matrimonio cristiano ideal. Pero, no se ocupo de estudiar sociológicamente las costumbres reales de violencia inauguradas por el proceso de conquista. Nunca, o casi nunca, analizó la realidad. Construyó su doctrina sobre una teoría muy alejada de la realidad.

Según algunos especialistas, la situación actual puede calificar-se de espantosa, mayormente en la población afro-americana en América Latina y en el Caribe, como lo patentizan investigaciones de campo, de las dos últimas décadas.

A la iglesia le compete, mirando al pasado, pedir perdón por sus macrovictimaciones más o menos disculpables, y, mirando al futuro, procurar una inculturación que tome

en consideración las coordenadas de las ciencias sociales (que muchos teólogos y canonistas desconocen o desprecian). También le compete proclamar, sin reincidir en sus abusos de poder fáctico, su mensaje, espiritual que irá fermentando en la masa paulatinamente, sin llegar nunca al ideal. Ese progreso continuo y ascendente ya es positivo y suficiente.

V. Las NN.UU. y el desarrollo social

V.A Declaraciones de 1969 y 1986

El 11 de diciembre de 1969, la Asamblea General de las NN.UU. adoptó la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo en lo Social*, y el 4 de diciembre de 1986 adoptó la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, que merecen estudiarse a fondo. Aquí y ahora nos limitamos a destacar los fundamentales principios teóricos y prácticos de la Declaración de 1986 que exigirían una reflexión más detenida de la que ahora podemos realizar.

Define el desarrollo como "un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan". (Preámbulo).

Considera la realidad histórica y actual de las violaciones masivas y patentes de los derechos humanos y de la economía internacional que han sufrido y sufren muchos pueblos e individuos.

Proclama, en su artículo 2, que "1. La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo. 2. Todos los seres humanos tienen, individual y colectivamente, la responsabilidad del desarrollo..."

Exige, en su artículo 3, a todos los Estados que caigan en la cuenta de su "deber primordial de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del derecho al desarrollo".

Especial consideración merece este artículo 3 cuando recuerda a los Estados su deber de "realizar sus derechos y sus deberes de modo que promuevan un NUEVO orden económico internacional basado en la igualdad soberana, la interdependencia, el interés comun y la cooperación entre todos los Estados, y que fomenten la observancia y el disfrute de los derechos humanos".

La globalidad e interdependencia queda destacada en el Preámbulo y en el artículo 10, según el cual "Todos los aspectos del derecho al desarrollo enunciados en la presente Declaración son indivisibles e interdependientes y cada uno debe ser interpretado en el contexto del conjunto de ellos".

Esta interdependencia (en terminología sociológica), esta NO-DUALIDAD (en terminología psicológica), este *corpus mysticum* (en terminología teologal), esta igualdad cooperativa (en terminología juridica), esta interdisciplinariedad y responsabilidad universal compartida (en terminología criminológica), puede y debe evitar las exageraciones fundamentalistas, dictatoriales y terroristas que actualmente padece una gran part del globo que habitamos. Y que da pie a modificar radicalmente el principio tradicional de la no ingerencia, mantenido hasta hoy en el Derecho internacional.

V.B El desarrollo en la Declaración de Río de Janeiro

Aunque sea brevemente, conviene espumar algunos principios enunciados en la Declaración de Río de Janeiro *sobre el medio ambiente y el desarrollo* (3 al 14 de junio de 1992):

– se pretende algo nuevo. Por eso el preámbulo proclama "el objetivo de establecer una alianza nueva..."

– se reflexiona desde una perspectiva COSMICA. El principio 1 exige que nuestra vida productiva esté "en armonía con la naturaleza". Cabe concluir, rememorando a Protágoras, que *todas las cosas son la medida del hombre.*

– se subraya la urgencia de intensificar la investigación y el estudio. Textualmente su Principio 9 proclama: "Los Estados deberán cooperar para reforzar la creación de capacidades endógenas para lograr un desarrollo sostenible, aumentado el saber científico mediante el intercambio..."

Permítaseme preguntar si debiá tenerse más en cuenta el peligro de la macrovictimación. Si el Principio 13 debía introducir una nueva formulación en cuanto a "los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas..." Y si debía manifestar que no basta "la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas..." Estas expresiones adolecen de escasa sensibilización global y transpersonal. De escaso aprecio del poder creador del hombre y la mujer.

Afortunadamente, merecen aplauso los Principios 20, 21 y 22, por su especial atención a las mujeres, los jóvenes y los pueblos indígenas.

V.C. De la cosificación del desarrollo a su espiritualización

Conviene reflexionar sobre el peligro en que incurren algunas Declaraciones y Normas internacionales, algunas personas e instituciones que conciben el desarrollo social única o principalísimamente como desarrollo económico, como productividad de cosas materiales.

Muchos Programas de acción (y muchos "Estudios" tanto privados como públicos) nacionales e internacionales *para el Desarrollo*, a pesar de sus buenas intenciones, han ideado y puesto en marcha una dinámica excluyente y a veces destructiva de las personas y los pueblos más pobres y marginados.

Merecen leerse despacio las dos elocuentes páginas (20 y 21) del *Informe sobre Desarrollo Humano 1995*, del Programa de las NN.UU. para el Desarrollo (PNUD), editado en México, que patentizan las trágicas desigualdades entre los diversos países. (Anexo).

Las ciencias antropológicas y sociales (incluso las psicoanalíticas) tienen que lograr una ruptura epistemológica del desarrollo/economía, tienen que abrir nuevos horizontes teóricos y prácticos en los agentes del control social (sin olvidar los psicólogos forenses) y en toda(o) ciudada-na(o), para transformar esa concepción del desarrollo social, par experimentar que la persona sólo alcanza su debido desarrollo social y humano cuando llega al "nivel productivo", en terminología de Erich Fromm (no en terminología consumista).

Cuando libera todas las energías acumuladas propia y naturalmente en sí misma, pero que en circunstancias ordinarias permanecen constreñidas y deformadas y dormidas, de modo que no encuentran el canal adecuado para su desenvolvimiento eficiente, lúdico, gratificante. Cuando aprende a disponer de ellas. Cuando, como efecto de la luz y el calor de la conciencia cósmica y de la oportuna pedagogía profunda, renuncia a aferrarse a sí misma, y supera la codicia de *tener* que hambrea su yo. Y alcanza la estima preferente del *ser.*

Por este camino se presupone la ciencia, pero también se la supera; se abre incluso a la mística (porque Teresa de Avila y Juan de la Cruz escriben para toda persona que sabe leer). Se aprecia el diálogo y la plenitud, pero también el silencio y el vacío. Por este camino, la persona desarrollada humanamente se queda positivamente vacía, entra en el vacío, y se dispone a percibir, por la iluminación directa (no meramente cerebral, o comceptual), la realidad que es energía y dinámica creadora. (A. Beristain, *Nueva Criminolo-*

gia desde el Derecho penal y la Victimología, Valencia, 1994, p. 347, s).

En pocas palabras, se pretende – y se logra – nada menos que transformar la realidad. Si se busca teniendo en cuenta la medida del hombre, de la víctima, de TODAS las cosas (también el ecosistema, el cosmos todo), entonces – y sólo entonces – se alcanza un desarrollo humano, gratificante.

Pero, si se hace a la medida de lo *exterior*, del consumo predatorio, entonces la persona queda reducida a mera máquina, mero funcionario, de una sociedad competitiva, de productividad externa, que crece (se infla) y prolifera siguiendo sus propios caminos y sus propias leyes como última instancia soberana; leyes de crecer por y para crecer, sin referencia a la persona. Así, muchos ciudadanos de la sociedad occidental yerran su camino interior. Y, en tal medida que los estratos profundos de su espíritu se agrietan, se rebelan, y comienzan a reclamar con fuerza un cambio radical, histórico, de su crecimiento interior. Y lo urgen a escala global, planetaria.

Estamos llegando a un "big-bang" de un nuevo desarrollo social, humano y espiritual. Por primera vez, desde hace diez millones de años, los "Nortes' que dan sentido al vivir y al morir, los mitos, los misterios y las divinidades, se están transformando a ritimo imparable: lo que antes era mero objeto de fe, ahora se convierte en un ámbito fontal de experiencias que se imponen con realismo; experiencias que, hasta hoy, los especialistas de las ciencias de la naturaleza habían devaluado y marginado como falsas ilusiones subjetivas estériles para el conocimiento objetivo; experiencias que, hasta hoy, los representantes de la religión habían anatematizado como imaginaciones aberrantes.

He aquí que ahora la transparencia, la percepción, desde y hacia la transcendencia y paradójica inmanencia del Ser esencial, del AMOR, en nosotros mismos, se convierte en el alfa y la omega del ejercicio y del desarrollo del espíritu. El verdadero desarrollo, la auténtica madurez de la persona humana no es privilegio de la sabiduría oriental ni de una religión occidental. Se ubica en el cuerpo cósmico, "despierto", de cada persona. En atinada formulación de San Juan de la Cruz, "y quedéme no sabiendo/ toda sciencia transcendiendo".

Al paseante que sale del portal le preguntan: "A dónde sale?¿ Hacia dónde va?"

El aprende a responder: "Hacia mi dentro".

VI. La criminalidad (y la felicidad) hoy y mañana

Llegamos a la parte última, para preguntarnos qué relación tienen y deben tener el desarrollo del niño y el desarrollo social con la criminalidad... y con la felicidad. (Esta es un derecho elemental inherente siempre a toda persona y, por lo tanto, una constante de toda investigación de las ciencias crimonológicas).

Las posibles múltiples contestaciones exigen más espacio del que aquí y ahora disponemos. Pero, nos contentamos con advertir, telegráficamente, que: 1.º la criminalidad es algo muy distinto de la suma de los crímenes (como el mar es algo muy diferente que la suma de gotas de agua) y nos debe preocupar menos que el desarrollo social, y mucho menos que el desarrollo del niño.

2.º la criminalidad es una parte de la globalidad y de la *nodualidad* e interdependencia universal, antes comentadas, y exige una comprensión que integre los campos contrarios (*coincidentia oppositorum*).

3.º la criminalidad es una parte NORMAL del desarrollo social. Todavía más, la criminalidad (que tiene muchos aspectos negativos para los desarrollos que deseamos, propugnamos y exigimos) tiene

también algún aspecto positivo para esos desarrollos.

Ya Kant nos desvela que la paloma puede volar *gracias* al viento que le "ataca" y "victimiza". Dicho con otras palabras, sin el peso de las alas es imposible volar. Si el mar no fuese tan amargo no sería tan limpio y saludable. La excentricidad de la persona nos patentiza alguna positividad en la criminalidad, pues ésta le expolia a la víctima, le saca de sí, le conduce al morir con dignidad, a la culminación de su vida.

No anda descaminado el poeta cuando nos sorprende con su paradójica comprensión:

Porque después de todo he comprendido
que no se goza bien de lo gozado
subi después de haberlo padecido.

Desde la moderna Criminología se evidencia que al grave problema de la criminalidad se ha de replicar principalmente fomentando el verdaderamente humano desarrollo del niño y de la sociedad. Esta respuesta parece más eficaz y digna que la punitiva. Pero, no la excluye.

En concreto, la macrocriminalidad organizada, las desapariciones forzadas (cfr. la *Declaración sobre las Desapariciones Forzadas*, de 1992, y la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, de 1994, cuyo texto se transcribe en el *Informe* de Amnistía Internacional de 1995, p. 346 ss.), los delitos de tortura etc., exigen que los victimarios indemnicen a sus víctimas. Esta plena reparación y asistencia conlleva también, hoy en día, la sanción penal; aunque sin olvidar los derechos humanos del delincuente.

Para completar las reflexiones aquí expuestas puede ayudar la lectura de algunos informes de la *Cumbre sobre el desarrollo social* que se celebró, en marzo de este año 1995, en Copenhague, presidida por el chileno Juan Somavía. Esta Cumbre patentiza, afortunadamente, el deseo de:

– intensificar la dimensión *persona-social* inherente, exigible, en el desarrollo;

– evitar el cultivo unilateral y excesivo del campo económico;

– centrar el desarrollo en el enigma de la alteridad fraterna. (Bernard Lestienne, "Copenhague, les larmes de la petite sirène", *Objectif Europe*, 35, febrero 1995, p. 33-40).

El documento firmado el último día supera los planteamientos y las conclusiones de las anteriores reuniones en Nueva York, Río de Janeiro, Viena, El Cairo y Pequín.

La Declaración final enuncia diez compromisos francamente laudables. Aunque no corrige completa y eficazmente la visión economicista tradicional; ni logra coordinar e integrar plenamente lo económico y lo político en lo social, ético, moral e incluso espiritual; sí ha dado un nuevo e innovador paso positivo hacia adelante.

Concluyo. En breves palabras: las ciencias e instituciones internacionales, psicológicas, jurídicas, y criminológicas nos están abriendo caminos por los que este Congreso avanzará en servicio y provecho de los individuos y de los pueblos menos favorecidos, más vulberables y quizás, paradójicamente, mejores pedagogos y constructores de la aldea global, feliz, del mañana.

Oigamos al maestro J. Carbonnier: Iberoamérica, como Europa, necesita la Psicología social y nos menos la ciencia jurídica; pero una ciencia que sepa integrar, como lo hace el penalista Georges Levasseur, "à la justice humaniste qui répartit l'*agapé* spirituelle qui rassemble". (*Mélanges offerts à G. Levasseur*, Paris, 1993, p. XXI).

VII. Anexo I y II

PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano* (México, 1995, p. 20-21).

BALANCE DEL DESARROLLO HUMANO: PAÍSES EN DESARROLLO

PROGRESO	PRIVACIÓN
SALUD	
• En el lapso 1960-1992, la esperanza media de vida aumentó en más de un tercio. Actualmente, 30 países han logrado una esperanza de vida superior a 70 años.	• Cada año mueren unos 17 millones de personas debido a enfermedades infecciosas y parasitarias como diarrea, paludismo y tuberculosis.
• En los últimos tres decenios, la población con acceso a agua apta para el consumo casi se duplicó, desde el 36% al 70%.	• Más del 900 de los 17 millones de personas con reacción serológica VIH positiva viven en países en desarrollo.
EDUCACIÓN	
• En los últimos 30 años, la matriculación neta en la enseñanza primaria aumentó en casi dos tercios, y pasó del 48% en 1960 hasta el 77% en 1991.	• Unos 130 millones de niñas en edad escolar primaria y más de 275 millones en edad escolar secundaria no asisten a la escuela.•
ALIMENTOS Y NUTRICIÓN	
• Pese al acelerado crecimiento demográfico, en el último decenio la producción alimentaria per cápita aumentó en más del 20%.	Casi 800 millones de personas no disponen de alimentos suficientes y casi 500 padecen desnutrición crónica.
INGRESO Y POBREZA	
• Durante el pasado decenio, en los países en desarrollo la agricultura y la industria se ampliaron con una tasa anual superior al 3%.	• Casi un tercio de la población, aproximadamente 1.300 millones de personas, viven por debajo del límite de pobreza.
LA MUJER	
• En los últimos dos decenios, la matriculación combinada, primaria y secundaria, de las niñas aumentó del 38% al 68%.	• En los países en desarrollo, la mortalidad debida a la maternidad, de 350 por cada 100.000 nacidos vivos, es unas nueve veces superior a la de los países de la OCDE.
• En los últimos dos decenios, las tasas de fecundidad disminuyeron en más de un tercio.	• Las mujeres ocupan un 10% de los escaños parlamentarios.
LOS NIÑOS	
• En 1960-1992, se redujo a menos de la mitad la tasa de mortalidad infantil, desde 149 hasta 70 por cada 1.000 nascidos vivos.	• Más de un tercio de los niños están desnutridos y tienen peso insuficiente.
• En los últimos dos decenios, cada año se salvaron las vidas de unos tres millones de niños mediante una mayor inmunización básica.	• La tasa de mortalidad de menores de cinco años, de 100 por cada 1.000 nacidos vivos, es aún casi siete veces superior a la de los países industrializados.
MEDIO AMBIENTE	
• La contribución de los países en desarrollo a las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero es inferior a un cuarto de las emisiones de los países industrializados, au un cuando su población sea 3,5 veces superior.	• Unos 300 millones de personas están gravemente afectados por la desertificación.
	• Cada año, se talan o se deterioran gravemente unos 20 millones de hectáreas de bosques tropicales.
POLÍTICA Y CONFLICTOS	
• En los países en desarrollo, más de las dos terceras partes de los habitantes viven bajo regímenes relativamente pluralistas y democráticos.	• A fines de 1993 había en el mundo en desarrollo más de 13 millones de refugiados.

*BALANCE DEL DESARROLLO HUMANO: PAÍSES INDUSTRIALIZADOS**

PROGRESO	PRIVACIÓN
SALUD	
• Hacia 1992, 24 países industrializados habían logrado una esperanza de vida superior a 75 años.	• Hay más de 1,5 millón de personas con reacción serológica VIH positiva.
EDUCACIÓN	
• Entre 1960 y 1991 se duplicó con creces la matriculación terciaria, del 15% al 40%.	• Mas de un tercio de los adultos tienen una educación inferior a la secundaria superior.
INGRESO Y EMPLEO	
• Entre 1972 y 1992, el PNB per cápita real aumentó en un 46%. • Actualmente, la tasa anual de inflación es inferior al 4%.	• La taxa de desempleo total es superior al 8% y la de los jóvenes es casi el 15%. Hay más de 35 millones de personas en busca de empleo. • El 40% de los hogares más pobres sólo recibe el 18% del total del ingreso.
LA MUJER	
• En los cursos de ciencia y tecnología a nível terciario, se ha duplicado ampliamente el número de muchachas por cada 100 muchachos, desde 25 en 1970 hasta 67 en 1990. • Actualmente, las mujeres representan más del 40% dela población activa y ocupan un 28% de los puestos administrativos y ejecutivos.	• El salario no agrícola de la mujer aún es sólo las tres cuartas partes del salario del hombre. • Las mujeres sólo ocupan un 12% de los escaños parlamentarios. • Hay unos 100 millones de personas que viven por debajo de límite mínimo de la pobreza.
SEGURIDAD SOCIAL	
• Los gastos en seguridad social representan un 16% del PIB.	• Hay unos 100 millones de personas que viven por debajo del límite mínimo de la pobreza. • Hay más de 5 millones de personas que carecen de vivienda.
TRAMA SOCIAL	
• Por cada persona, hay más de cinco libros em bibliotecas y una radio; y hay un aparato de televisión por cada dos personas. Una de cada tres personas lee un periódico.	• Más de un tercio de los matrimonios terminan en divorcio y un 7% de los hogares tienen por jefa a una mujer soltera. • En el grupo de edades de 15 a 59 años, cada año se denuncian cerca de 130.000 casos de violación.
MEDIO AMBIENTE	
• Entre 1965 y 1991 se redujo espectacularmente el uso de energía por cada 100 dólares de PIB, que pasó desde 168 kilogramos de equivalente de petróleo hasta 25 kilogramos, merced a enérgicas medidas de conservación y a políticas más apropiadas de fijación de precios.	• Cada año, el daño que sufren los bosques debido a la contaminación causa, en Europa solamente, pérdidas económicas de unos 35 millones de dólares, importe equivalente al PIB de Hungría. • Los habitantes de los países industrializados representan poco más de un quinto de la población mundial pero consumen casi nueve veces más energía comercial per cápita que los habitantes de países en desarrollo.

(*) En los balances, em el grupo de los *países industrializados* no se incluyen los países de Europa oriental ni la Comunidad de Estados Independientes.

Anexo II

El siguiente cuestionario se distribuyó previamente entre los matriculados para que cada asistente se considerara y se comportara como un sujeto activo que nos se limita a escuchar, sino que colabora positivamente al diálogo entre docentes y discentes; y para que los que exponemos los temas desde la tribuna podamos leer previamente qué piensan y qué esperan y qué hacen las personas que nos honran con su presencia y con su atención.

Cuestionario

1. ¿Abrir una escuela conlleva cerrar una prisión?
   sí
   no ¿por qué?

2. ¿El delito contiene alguna faceta positiva?
   sí
   no ¿por qué?

3. ¿El psicólogo debe tener conocimientos de Espiritualidad?
   sí
   no ¿por qué?

4. ¿El teólogo debe tener conocimientos de Psicología?
   sí
   no ¿por qué?

5. ¿El catedrático de Derecho penal puede/debe decir "yo sólo soy jurista"?
   sí
   no ¿por qué?

6. ¿Es posible el desarrollo social pleno en un país periférico?
   sí
   no ¿por qué?

7. ¿El psicólogo jurídico debe/puede amar a los(as) delincuentes en su trabajo?
   sí
   no ¿por qué?

8. ¿Debe/puede pedirles perdón a todos(as) ellos(as)?
   sí
   no ¿por qué?

9. ¿El juez debe/puede amar a todos(as) los(as) delincuentes que él condena?
   sí
   no ¿por qué?

10. ¿Debe/puede pedirles perdón?
    sí
    no ¿por qué?

11. ¿También el policía puede/debe amarles?
    sí
    no ¿por qué?

    ¿y pedirles perdón?
    sí
    no ¿por qué?

12. ¿También el(la) funcionario(a) de instituciones penitenciarias puede/debe amarles?
    sí
    no ¿por qué?

    ¿y pedirles perdón?
    sí
    no ¿por qué?

13. ¿El (la) profesor(a) debe/puede pedir perdón a todos sus alunos(as)?
    sí
    no ¿por qué?

14. ¿La jerarquía religiosa debe/puede pedir perdón a todos(as) sus feligreses?
    sí
    no ¿por qué?

15. ¿El psicólogo jurídico debe aprender de los teólogos?
    sí
    no ¿por qué?

16. ¿Los teólogos deben aprender del psicólogo jurídico formado en Universidad no religiosa?
    sí
    no ¿por qué?

17. ¿Dar es mejor que recibir? ¿Usted prefiere dar?
    sí
    no ¿por qué?

18. ¿Qué dos principales peticiones formula usted a sus compañeros(as)?
    a. –
    b. –

19. ¿Qué espera y desea usted de este Congresso?
    a. –
    b. –
    c. –

Firme con pseudónimo, por favor. Muchas gracias!

VIII. Sumaria referencia bibliografica

Antonio BERISTAIN (1990): *De leves penales y de Dios legislador. Alfa y Omega del control penal humano*, Edersa, Madrid.

Trinidad BERNAL SAMPER (1995): "La mediación como alternativa extrajudicial", en Colegio Oficial de Psicólogos, *Mediación: Una alternativa extrajurídica*, Madrid, 7-23.

Miguel CLEMENTE (Comp.) (1995): *Fundamentos de la Psicología jurídica*, Pirámide, Madrid.

Joaquim CUELLO CONTRERAS (1989): "La influencia de la Teología en el Derecho penal de la culpabilidad", en J.L. de la CUESTA, I. DENDALUCE y E. ECHEBURUA (Comps.), *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-homenaje al Prof. A. Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 483-497.

José L. de la CUESTA (1990): *El delito de tortura*, Bosch, Barcelona.

Elías ESCAFF, Juan M. GALVEZ y Christian FREZ (1994): "hacia un modelo terapéutico para víctimas adolescentes de violación por desconocido", *Cuadernos de Criminología. Policía de Investigaciones de Chile*, núm. 3, 93-110.

Vicente GARRIDO GENOVES y M.ª Jesús LOPES LATORRE (1995): *La prevención de la delincuencia: el enfoque de la competencia social*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Esther GIMENEZ-SALINAS (1992): "La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal", *Papers d'Estudis i Formació*, núm,. 8, 89-99.

Marco A. Gonzalez Berendique (1994): "La víctima y su contribución al delito", *Cuadernos de Criminología. Policía de Investigaciones de Chile*, núm. 2, 157-181.

Daniel GLASER (1990): "Science and Politics as Criminologists, Vocations", *Criminal Justice, Research Bulletin*, Huntsville, Texas, vol. 5, núm. 6, 1-6.

María de la Luz LIMA (1995): "Servicios a víctimas en México", en Varios, *50.º Curso Internacional de Criminología: 'Justicia y atención a víctimas del delito'*, Universidad La Salle, Sociedad Mexicana de Criminología, 11-82.

Jaime NAQUIRA (1986?): "Imputabilidad e inimputabilidad en el sistema jurídico-penal chileno", *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXXVIII, 5-76.

Elías NEUMAN (1995): *Victimología supranacional. El acoso a la soberanía*, Universidad, Buenos Aires.

R. OTTENHOF (1996), "La muerte de un niño", en R. Cario (Comp.), *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio*, Edersa, Madrid, 193 ss.

Luis RODRIGUES MANZANERA (1995): "Derecho victimal", en Varios, *50.º Curso Internacional de Criminología: 'Justicia y atención a víctimas del delito'*, Universidad La Salle, Sociedad Mexicana de Criminología, 171-180.

Antonio SANCHEZ GALINDO (1995): "La victimación de los menores infractores en América Latina", en Varios, 50.º *Curso Internacional de Criminología: 'Justicia y atención a víctimas del delito'*, Universidad La Salle, Sociedad Mexicana de Criminología, 147-170.

Javier URRA PORTILLO (1995): *Menores, la transformación de la realidad. Ley Orgánica 4/1992*, Siglo Veintiuno, Madrid.

CAUSALIDAD, OMISIÓN E IMPRUDÊNCIA *

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

A mi amigo Tute Baigún, deseándole un (65) cumpleaños feliz (♪♫♫).

SUMÁRIO: I. Introducción: delitos de lesión y delitos de peligro – II. La relación de causalidad en el delito de acción: A. La teoría de la condición; B. La fórmula de la *conditio sine qua non*; C. El significado actual de la causalidad en la teoría del delito – III. La distinción entre el delito de acción y el de omisión: A. El criterio de la aplicación de energía; B. Comportamientos estrictamente omisivos; C. Comportamientos con aspectos activos y omisivos: 1. Supuestos de hecho en los que la acción precede a la omisión; 2. Supuestos en los que la omisión (aisladamente o en concurrencia con otras acciones) precede a la acción causante del resultado; 3. Supuestos de hecho en los que, mediante acciones y/u omisiones, intervienen *varios sujetos* en el acontecimiento que desemboca en un resultado típico; D. Resumen – IV. El delito imprudente de comisión por omisión: A. La "relación de causalidad" en la comisión por omisión en general; 1. La aplicación a la omisión de la fórmula (adaptada) de la *conditio sine qua non*; 2. La exigencia de *seguridad* causal en el delito de acción; 3. La imposibilidad de establecer un criterio de seguridad en la cuasicausalidad de la omisión; B. La causalidad en el delito imprudente de acción; C. Balance provisional; D. Los requisitos de la comisión por omisión imprudente: 1. Introducción; 2. La comisión por omisión imprudente como transformación, por ausencia de medidas de precaución, de un foco de peligro lícito en uno prohibido [como creación de un riesgo (ilícito) que desemboca en un resultado típico]; 3. Los controles del foco de peligro – V. Algunas consideraciones sobre la comisión por omisión en general: A. La reducción de la comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de un foco de peligro preexistente; B. La comisión por omisión como *constancia* de que un foco de peligro desestabilizado ha causado el resultado; C. La sustitución de la fórmula de que la acción omitida hubiera evitado el resultado por la de que hubiera disminuido el riesgo de lesión; D. El delito *doloso* de comisión por omisión.

(*) El origen de este trabajo está en la ponencia que, con el título «La relación de causalidad en la omisión», desarrollé en un curso que dirigí sobre «La comisión por omisión», dentro del Plan Nacional de Formación de Jueces y Magistrados, que se celebró en Madrid entre los dias 13 y 15 de junio de 1994. Como el auditorio estaba exclusivamente compuesto por miembros de la judicatura y del Ministerio Fiscal, de ahí que el presente artículo se ocupe preferentemente de las consecuencias prácticas de mi concepción de la comisión por omisión, que el

I. Introducción: Delitos de lesión y delitos de peligro

El Derecho penal se justifica porque con él se intentan proteger bienes (intereses) jurídicos: vida, honor, integridad, seguridad del tráfico jurídico, propiedad etc. Mediante la amenaza con una pena para reprimir conductas que *ponen en peligro o lesionan* esos bienes jurídicos, el legislador confía en que, por temor a tener que sufrir un castigo, un buen número de

ciudadanos se abstendrá de realizar los comportamientos tipificados por la Ley penal. De acuerdo con este criterio, los tipos penales se dividen en dos grandes grupos: delitos de lesión y delitos de peligro; en los primeros el legislador sanciona el menoscabo efectivo del bien jurídico, mientras que en los segundos lo que se castiga es una amenaza para ese bien que no ha llegado a concretarse en una lesión. El homicidio, porque menoscaba el bien jurídico vida, la venta de fonogramas ilícitamente reproducidos, porque lesiona los derechos de explotación de los titulares de la propiedad intelectual, la expendición de moneda falsa, porque atenta contra la seguridad del tráfico jurídico, serían, entre otros muchos, ejemplos de delitos de lesión. En cambio, la tentativa en general (art. 3 CP), donde se pone en peligro dolosamente un determinado bien sin llegar a menoscabarlo, la reproducción ilegal (sin que se haya llegado a su venta) de fonogramas [(art. 534 bis a), párrafo primero], porque amenaza, pero aún no lesiona, los derechos de explotación de los propietarios intelectuales, la fabricación (sin expendición) de moneda falsa (art. 283.1.º), porque crea un riesgo de que sea efectivamente puesta en circulación, la conducción temeraria del art. 340 bis a 2.º, que pone en peligro –sin llegar a dañarlas– la vida o la integridad de las personas, constituírian casos de delitos de peligro.

Según otra terminologia, los delitos de lesión deberían llamarse *de resultado,* manteniéndose para la segunda categoria el nombre de delitos de peligro. Pero esa denominación no se ajusta a la realidad, pues no sólo en lo que aquí llamamos delitos de lesión se produce un resultado: también los delitos de peligro tienen un resultado, a saber: el peligro, en cuanto que sobre la base de una pronóstico ex ante,[1] en el mundo exterior, y mediante una conducción temeraria, o un "tirón" sin éxito al bolso de una mujer que consigue retenerlo, o la fabricación de fonogramas ilegales, se ha producido un *resultado de riesgo* para los bienes jurídicos de, respectivamente, la vida o la integridad física, la propiedad o los derechos de explotación de los titulares de la propiedad intelectual.

Como consecuencia de todo ello, me reafirmo en la terminologia que he empleado al principio de este artículo: los delitos se dividen en dos grandes categorias que deben ser denominadas de peligro y de lesión, y no de peligro y de resultado, en cuanto que el peligro es también un resultado (de peligro), por lo que la diferencia entre unos delitos y otros reside en que en un caso ese resultado consiste en la lesión de un bien jurídico, mientras que en el otro consiste en la creación de una situación de riesgo para el interés que, sin embargo, no llega a ser menoscabado.

II. La relación de causalidad en el delito de acción

A. La teoría de la condición

De acuerdo con la doctrina dominante en la ciencia, y ahora también en la jurisprudência de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS),[2] en los delitos de

material utilizado sea predominantemente jurisprudencial y que la literatura científica haya quedado prácticamente marginada de las notas a pie de página. Para una exposición científica y jurisprudencial mucho más amplia de los problemas que aquí se tratan y de otros de la omisión, remito al lector a una monografia mia sobre «El delito de omisión», de próxima publicación.

(1) Sobre los elementos que deben entrar en ese pronóstico *ex ante,* cfr. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad,* Madrid, 1966 [hay reimpresión de 1990], pp. 31 ss.

(2) Cfr., por todas, la sentencia de 7 de julio de 1993, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi [A.] 6057: la «simple causalidad material, regida por el principio de la equivalência de condiciones».

acción existe relación de casualidad cuando el comportamiento activo ha *condicionado* el resultado, esto es: cuando la acción ha contribuído conforme a las leyes de las ciencias de la naturaleza (científico-naturalmente) a la lesión del bien jurídico.

B. La fórmula de la conditio sine qua non

Durante mucho tiempo la teoria de la condición (llamada también de la equivalência o de la equivalência de las condiciones) operaba, para determinar la condicionalidad de una acción para un resultado, con la llamada fórmula de la *conditio sine qua non:* si suprimiendo *in mente* el comportamiento el resultado desaparecia, entonces aquél habría sido condición de éste; en cambio, si al suprimir el comportamiento el resultado no desaparecia, no existía relación de causalidad.

La fórmula de la *conditio sine qua non* llegaba a resultados correctos (es decir: a determinar si existía o no una relación real de condicionalidad) en la mayoría de los casos: si A dispara contra B y le mata, el tiro habría sido condición del resultado, porque si suprimo el comportamiento de A (la acción de disparar) la muerte (resultado) desaparece. Pero esta fórmula desconocía el significado de la causalidad, ya que la entendía no como lo que es, a saber: como un proceso real del mundo científico-natural, sino como lo que no es: como una categoria del pensamiento que enlazaba *intelectualmente* un antecedente con un consiguiente. Por ello, dicha fórmula llevaba a resultados evidentemente falsos cuando potencialmente existía un curso causal hipotético que habría intervenido en el caso de que no hubiera tenido lugar el curso causal real. Para poner de manifesto las consecuencias erróneas a las que podia llevar la fórmula de la *conditio* (erróneas en el sentido de negar el carácter de condición a un comportamiento que *en la realidad sí* que había condicionado el resultado), Engisch [3] propuso el siguiente ejemplo: El verdugo A va a ejecutar al asesino X a las 6:00 de la mañana; B, padre del asesinado y deseando tomarse la venganza por su mano y que asiste en el patio de la cárcel a los preparativos de la ejecución, a las seis menos pocos segundos se abalanza sobre el verdugo, le aparta y oprime él mismo el botón que acciona la cuchilla de la guillotina, que a las seis en punto cae sobre X, decapitándole. Si suprimimos el comportamiento de B (puesta en funcionamiento de la guillotina) el resultado (muerte de X) no desaparece, ya que en ese caso habría sido el verdugo el que hubiera actuado, falleciendo el condenado a la misma hora y en las mismas circunstancias. De ahí que, sobre la base de la fórmula de la *conditio sine qua non*, habría que negar la condicionalidad de la acción de B para la muerte de X; pero como el verdugo tampoco la habría causado, ya que él no tuvo ocasión de actuar, nos encontraríamos con una muerte real (la de X) que no podría ser reconducida a comportamiento alguno, siendo así que, evidentemente, alguien tuvo que guillotinar al muerto.

De todo ello se sigue que para determinar si un comportamiento es condición de un resultado no hay que formularse hipoteticamente qué es lo que habría sucedido sin..., sino averiguar qué es lo que *realmente* ha sucedido y si una conducta ha influído científico-naturalmente en un resultado concreto. Volviendo al caso del verdugo: como está fuera de discusión que es el padre del asesinado quien, al oprimir el botón, ha desprendido la cuchilla que ha decapitado al condenado, de ahí que esté fuera de discusión también que aquél ha puesto una condición de la muerte de éste, y que en todo ello sea absoluta-

(3) Sobre el pensamiento de ENGISCH, cfr. GIMBERNAT, *Cualificados*, 1966, pp. 121-123 y 141.

mente irrelevante –más aún: en ocasiones perturbador y engañoso– preguntarse qué es lo que habría sucedido hipotéticamente si el acontecimiento real no hubiera tenido lugar.

Por lo demás, está claro que en un procedimiento penal la relación de condicionalidad de un determinado comportamiento para con un resultado se establece teniendo en cuenta procesos causales reales y no confrontaciones entre cursos causales efectivamente acontecidos y otros hipotéticos. Para determinar si el disparo del asesino A ha matado al sujeto pasivo B, el dictamen que emite el forense para establecer la causa de la muerte no consiste en acudir al argumento hipotético y perogrullesco de que si A no hubiera disparado B no hubiera muerto, sino a razonar *medicamente* por qué la bala alojada en el cerebro ha sido, por los destroços ocasionados, la que realmente ha provocado (condicionado) el fallecimiento de la víctima.

C. *El significado actual de la causalidad en la teoría del delito*

El triunfo de la teoria de la condición ha relativizado el significado para el Derecho penal del problema causal, al que todavia hace pocas décadas se le atribuía un papel determinante para limitar la tipicidad. Hoy en dia existe acuerdo en la ciencia, y crecientemente también en la jurisprudência, en que la causalidad es un concepto ontológico que debe ser establecido de acuerdo con la teoria de la condición, y que no es con otras teorias discrepantes de la equivalencia –como la de la adecuación, la de la relevancia o la de la interrupción del nexo causal– con las que ha de delimitarse el contenido de la acción típica, sino que las restricciones a la causalidad (condicionalidad) realmente existente deben llevarse a cabo con un criterio abierta y confesadamente normativo: el de la llamada imputación objetiva, que opera, fundamentalmente, con la idea del fin de protección de la norma.[4]

No obstante lo expuesto, la existencia de la causalidad sigue siendo un requisito *indispensable* en todos los tipos penales: en los delitos de peligro porque para que se dé el tipo es imprescindible que el autor haya causado (condicionado) el riesgo; y en los delitos de lesión, porque éstos presuponen que conste que el sujeto activo ha causado (condicionado) el menoscabo del bien jurídico, no bastando, por ejemplo, con que lo único que se haya podido probar es que la conducta creó meramente un riesgo. Por ello, hay que adherirse a la doctrina contenida en la sentencia del TS de 9 de mayo de 1964 (A. 2435), que estimó que no existia un aborto *con resultado de muerte* del párrafo último del artículo 411, sino unicamente una tentativa de aborto, al establecer el dictamen forense que, aunque era altamente probable que el fallecimiento de la embarazada a causa de un fallo cardíaco obedeciese al trauma que para ella supuso someterse a unas prácticas abortivas, no obstante no se podia descartar, a la vista del grave estado de salud previo de la mujer, que su infarto

(4) Recientemente se han publicado en castellano dos excelentes libros sobre la imputación objetiva: uno, de mi discípula MARTÍNEZ ESCAMILLA (*La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992), y el otro, de REYES ALVARADO (*Imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, 1994). En la jurisprudência cfr. sólo la sentencia del TS de 21 de diciembre de 1993, A. 9598: la «doctrina de la equivalência sirve tan sólo para asentar en primer término la relación causal derivada de leyes naturales y de la experiência científica, a la que hay que aplicar un primer correctivo, ya no de la culpabilidad como antes se pretendia, sino de carácter normativo, que no es otro que la relevancia jurídico-penal obtenida del tipo correspondiente o conducta ajustada al tipo, de donde se obtiene la imputación objetiva, con base en el riesgo creado y en el fin de protección de la norma».

hubiera sido independiente de la conducta abortiva ni que, por consiguiente, la mujer no hubiera fallecido igualmente aunque no se hublera intentado interrumpir su embarazo: teniendo en cuenta que todo ello lo que pone en duda es la causalidad (condicionalidad) de la conducta de aborto para la muerte y teniendo en cuenta asimismo que el aborto *con resultado de muerte* es un delito de lesión (muerte), de ahí que si no se ha podido demostrar que el autor del aborto fuese también el de la muerte, sea imposible reconducir científico-naturalmente ese resultado a una conducta de la que no se sabe si lo produjo o no. Igualmente correcta es la doctrina establecida en la sentencia del TS de 15 de abril de 1991 (A. 2775), donde la víctima, que salió de un bar a una calle solitaria acompañada únicamente por los dos procesados, falleció a consecuencia de una sola herida de navaja en la ingle que le cortó la femoral, sin que se pudiera probar cuál de los dos procesados condicionó la muerte con la puñalada, ni tampoco que se pusieran de acuerdo para matar al sujeto pasivo: aunque ciertamente tuvo que ser alguno de los dos acusados quien necesariamente causara la muerte, como no se pudo demostrar cuál de ellos fue el que lo hizo, de ahí que sea inevitable apreciar, con el TS, que ambos deben ser absueltos del homicidio del que venían acusados.

En cambio, la sentencia del TS de 29 de enero de 1983 (A. 702) no puede convencer.[5] Ciertamente que el periodista Vinader actuó imprudentemente cuando en dos reportajes publicados en la revista «Interviú» de diciembre de 1979 y enero de 1980, daba toda clase de detalles – incluyendo sus fotografías– de determinados individuos de ideologia ultraderechista, dedicados supuestamente a actividades violentas anti-ETA, siendo asesinadas pocos dias después por la banda terrorista dos de las personas mencionadas por Vinader. Pero como los autores materiales de los asesinatos nunca fueron hallados y, por consiguiente, no se pudo demostrar ni que hubieran leído los dos artículos de Vinader ni tampoco –para el caso de que hubieran tenido conocimiento de ellos– que ETA no hubiera estado ya al tanto, por sus propios servicios de información, de la identidad de los que posteriormente fueron asesinados, de ahí que lo único que se le puede imputar al periodista sea una acción imprudente que en principio ponía en peligro la vida de las personas a las que mencionaba en sus informaciones; pero ello no basta para condenar por un homicidio imprudente: éste es un delito de lesión que exige, no que la conducta haya creado un peligro para el bien jurídico, sino que haya causado (condicionado) efectivamente su lesión, lo que a la vista de los antecedentes de hecho de la sentencia es algo que científico-naturalmente no pudo ser probado.

La conclusión de lo anterior es que la relación de causalidad, entendida como relación de condicionalidad, sigue siendo un elemento fundamental de la tipicidad, pues tanto los delitos de peligro como los de lesión exigen para su aplicación que se demuestre que el comportamiento ha condicionado en el mundo exterior el resultado típico (de lesión o de peligro).

III. La distinción entre el delito de acción y el de omisión

A. El criterio de la aplicación de energía

En un sentido cientificonatural la omisión no causa nada,[6] pues como se

(5) Sobre el caso Vinader, cfr. GIMBERNAT, «Relación de causalidad en la exigência de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de las ideas (el *caso Vinader*)», *Estudios de Derecho penal, 3.ª* ed., 1990, pp. 92-96.

(6) Doctrina dominante (en contra, sin embargo y por ejemplo, TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim*

caracteriza por la ausencia de (por que no se aplica) energía, y la causalidad, en cambio, por que mediante el empleo de energía se influye materialmente en un resultado, de ahí que, desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza, la inactividad, en cuanto que no pone en marcha cadenas causales en el mundo exterior, no pueda influir en la producción energética de un resultado: *ex nihilo nihil fit.*[7] Expresándolo con un ejemplo: si A dispara (acción) contra B, y le mata, sin que C haga nada para impedido (omisión), el resultado de muerte habrá sido causado cientificonaturalmente por el primero, en cuanto que es él quien ha desencadenado una fuerza (el disparo) que ha producido materialmente la consecuencia del fallecimiento de la víctima, mientras que C, porque *no* ha aplicado energia alguna, nada puede tener que ver tampoco, desde un punto de vista estrictamente causal, con un resultado de muerte que supone, precisamente, una transformación de energía (en este caso, de disparo en muerte): de C no se puede decir, por consiguiente, que haya causado algo mediante una in-actividad (mediante una no-aplicación de energía) sino únicamente que, si *hubiera* actuado, habría impedido (o, al menos, habría disminuido el riesgo de) el resultado de muerte.

B. Comportamientos estrictamente omisivos

En Derecho penal nos podemos encontrar con comportamientos de una persona en los que su única relación con un resultado (no evitado) ha consistido en una inactividad sin mezcla alguna de comportamiento activo. El guarda de paso a nivel que no baja la barrera (o, en su caso, que no tensa las cadenas, cerrándolas) cuando se aproxima el tren, que arrolla así al conductor y, en su caso, a los ocupantes del vehículo que se cruza entre las vias,[8] los encargados de la vigilancia, que, ante un fenómeno atmosférico con grandes vertidos de agua, no abren (o no ordenan abrir) las compuertas de una presa, desmoronándose ésta, y provocando una catastrófica inundación con daños en la vida y en la integridad de las personas y en la propiedad,[9] el electricista municipal que, a pesar de haber sido requerido para ello, no repara una farola pública, cuyos cables han quedado al descubierto, falleciendo un niño al entrar su cuerpo en contacto con dichos cables,[10] los empresarios, arquitectos, directores de obras etc., que *permiten pasivamente* que los obreros instalen, primero, instrumentos de trabajo sin las medidas de seguridad prescritas por alguna de las numerosas normas

fahrlässigen Erfolgsdelikl, Berlín, 1992, pp. 93 ss). En la ciencia cfr., por todos, JESCFIECK, «Lehrbuch des Strafrechts», *AT*, 4.ª ed., Berlín, 1988, p. 559; en la jurisprudência cfr., por todas, la sentencia del TS de 1 de junio de 1992 (5203): «Las omisiones carecen de efecto causal: la nada, nada causa.»

(7) La distinción entre acción y omisión sobre la base del criterio de la aplicación o no-aplicación de energia tiene su origen en ENGISCH (*Die Kausalität als Merkmal der strafrechtichen Tatbestünde*, Tübingen, 1931, p. 29; *Tun und Unterlassen*, Galias-Festschrift, Berlín-Nueva York, 1973, pp. 170 ss.), y ha encontrado una considerable aceptación en la doctrina posterior.

(8) El TS se ha ocupado de imprudencias de guardas de pasos a nivel en las sentencias de 25 de abril de 1964, A. 2260, 23 de febrero de 1970, A. 1007, 2 de marzo de 1977, A. 885, 24 de enero de 1981, A. 240, 13 de junio de 1981, A. 2653, 22 de abril de 1982, A. 2106, 16 de mayo de 1988, A. 3666, y 26 de marzo de 1990, A. 3007; y de la de factores de circulación que no accionan a tiempo las agujas de cambio, en la sentencia de I I de mayo de 1968, A. 2447.

(9) Así el supuesto de hecho de la sentencia (no publicada) de 23 de octubre de 1990 de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valencia (caso presa de Tous).

(10) Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 20 de octubre de 1993, A. 7810.

extrapenales sobre higiene y seguridad en el trabajo – especialmente por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971–, porque, por ejemplo los andamios no tienen anclajes, ni barandillas aquéllos o los huecos del edificio en construcción, o porque no se utilizan cinturones de seguridad, o porque no se han colocado las redes reglamentarias para evitar las caídas al vacío, o existe una acumulación de todas estas irregularidades, o se trabaja sin las medidas preceptivas para evitar descargas eléctricas, falleciendo o resultando lesionado algún trabajador,[11] en todos estos ejemplos parece que si ha de imputarse a esas personas (guardabarreras, encargados de presas, electricista, arquitectos y directores de obra) los resultados producidos, esa responsabilidad penal sólo se podrá reconducir a las correspondientes omisiones que habrían evitado (o habrían podido evitar) los resultados.

C. *Comportamientos con aspectos activos y omisivos*

En muchas ocasiones, sin embargo, el comportamiento humano no se presenta de una manera tan aproblemática como estricta omisión, sino que aparece con una estructura compleja en la que se entremezclan en un mismo sujeto actividades causantes del resultado con inactividades no impedientes de éste. Ello puede suceder incluso en un caso tan paradigmático de la omisión como el del guarda de paso a nivel; pues si éste llevaba ya algunas horas en su puesto de trabajo, el hecho de que las barreras *estuvieran levantadas al* tiempo del accidente (y esa circunstancia de que estuvieran levantadas es justamente la que fundamenta la responsabilidad penal) tiene su origen, *tanto* en que el vigilante, *previamente* y después del paso del tren anterior, *había vuelto a levantar* (acción) dichas barreras, como a que *posteriormente*, por descuido y cuando iba a pasar el convoy que causó el accidente, *no las bajó* (omisión).

En el delito imprudente nos encontramos a menudo con esta concurrencia en *un mismo autor* de conductas positivas causantes del resultado con conductas negativas no impedientes del mismo. El incendio imprudente de un bosque podría reconducirse tanto a la acción de *encender* fuego para calentar comida como a la omisión de *no apagarlo* cuando el excursionista regresa a su casa. Al accidente que se produce al deslizarse una pieza cilíndrica de gran peso cargada en un camión sin haber sido convenientemente

[11] Así, entre las innumerables sentencias, los supuestos de hecho de las de 21 de marzo de 1980, A. 1169; 29 de abril de 1980, A. 1505; 10 de mayo de 1980, A. 1906; 13 de junio de 1980, A. 2757; 7 de julio de 1980, A. 3133; 10 de octubre de 1980, A. 3681; 10 de abril de 1981, A. 1622; 7 de junio de 1988, A. 4489; 15 de mayo de 1989, A. 6738; 22 de diciembre de 1989, A. 924 (del tomo de 1990); 26 de diciembre de 1989, A. 9788; 9 de abril de 1990, A. 3216; 15 de julio de 1992, A. 6375; 4 de octubre de 1993, A. 7276.

A veces los accidentes de trabajo son reconducibles, sin embargo, no a una omisión de los encargados, sino a una *acción imprudente* que desencadena el resultado lesivo en un lugar de trabajo que funciona sin medidas de seguridad. Así, por ejemplo, en el supuesto de hecho del auto del TS de 22 de mayo de 1990, A. 2590: los procesados «*encargaron* a Juan A. S. la ejecución de unas obras de impermeabilización de un tejado situado bajo una lona de alta tensión carente de protección, que el operario que trabajaba con una regleta mecánica de tres metros de longitud tocó, sufriendo una descarga eléctrica que determino su faliecimiento inmediato»; y en el de la sentencia de 27 de abril de 1994, A. 3304: el encargado de obras *encomendó* el manejo de la grúa a una persona inexperta, y elio «provocó que la grúa se desplomara golpeando a un trabajador que falleció por shock traumático».

calzada,[12] podría buscársele su origen tanto en una acción (carga del cilindro en el vehículo) como en la omisión de no calzar la mercancia. La transfusión de sangre *sin* haberla sometido a pruebas anti-SIDA, y las lesiones causadas a distintas personas como consecuencia de ello,[13] hace surgir la duda de si aqui estamos ante un delito de acción (porque se *transfunde* sangre contaminada) o uno de omisión (porque *no* se efectuaron la pruebas preceptivas para detectar la eventual existência de anticuerpos anti-VIH). La muerte o las lesiones a consecuencia de una gasa olvidada por el cirujano dentro del cuerpo del paciente intervenido [14] pueden contemplarse tanto desde las perspectiva de la omisión (el médico no extrae el cuerpo extraño antes de concluir la operación), como desde el de la acción (la gasa causante de la lesión del bien jurídico estaba en el cuerpo del enfermo porque previamente fue *introducida en* él por el facultativo). La hemorragia que (dolosa o imprudentemente) causa la muerte de un recién nacid [15] se produce porque, primero, *se corta* (acción) el cordón umbilical y porque, después, no se evita, *al no ligado,* que el nifio se desangre (omisión). En la tragedia de la discoteca «Alcalá 20» [16] donde, en diciembre de 1983, a consecuencia de un incendio fallecieron ochenta y dos personas y otras muchas resultaron lesionadas produciéndose igualmente gravísimos daños, la no adecuación del local a las normas extrapenales de prevención de incendios [17] consistió, entre otras irregularidades, en la *colocación* en el local de revestimientos textiles y de cortinas que luego *no* fueron ignifugados, en la ausencia de bocas de riego suficientes para cubrir toda la superficie de la sala de fiestas, en las deficiências de las escaleras – de forma curva, con peldaños demasiado altos, excesivamente estrechas y sin pasamanos con los que guiarse en la oscuridad subslguiente al incendio–, y en que las salidas de emergencia (porque no daban directamente a la calle, porque las vias de evacuación tenían recorridos muy largos, porque el ancho de las puertas era muy angosto) eran antirreglamentarias, por lo que el comportamiento imprudente de los propietarios de la discoteca parece residir en un cúmulo de acciones y de omisiones. Asimismo en el comportamiento imprudente contenido en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 5 de junio de 1981 (A. 2577), en el que el conductor del autobús atropelló a un motociclista, encontramos tanto una acción causante del resultado – el autobús se encontraba justamente delante de la motocicleta en el momento del accidente porque, *apretando* el pedal del acelerador y *conduciendo* a una «velocidad no excesiva» previamente se hallaba situado detrás de la moto– como una omisión a la que igualmente se podría reconducir el resultado –el conductor *no* frenó ante un semáforo en rojo,

(12) Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 3 de mayo de 1980, A. 1800.

(13) Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 18 de noviembre de 1991, A. 9448.

(14) Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 5 de marzo de 1965, A. 814, y de 17 de noviembre de 1987, A. 8532, y de la del TC 102/1994, de 11 de abril.

(15) Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 9 de mayo de 1966, A. 2339, 3 de junio de 1969, A. 3160, 28 de junio de 1980, A. 3064, 28 de marzo de 1989, A. 2746, y 31 de marzo de 1993, A. 2598.

(16) Enjuiciada por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia (no publicada) de 20 de abril de 1994.

(17) Fundamentalmente: al Reglamento de Espectácuios Públicos, aprobado por Orden de 3 de mayo de 1935, derogado en parte, al tiempo de los hechos, por el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, y, por haberse producido el incendio en Madrid, a la Ordenanza Primera de Prevención de Incêndios del Ayuntamiento de Madrid, de 27 de enero de 1976.

arrollando entonces al motorista que estaba parado frente al paso de peatones–. Un penúltimo ejemplo: Los accidentes que se producen como consecuencia de la no señalización durante la noche de rebaños de animales,[18] de la no colocación de faroles en una obra al llegar la oscuridad,[19] del estacionamiento de un vehículo –por avería o por otra circunstancia– en horas noctumas, sin encender el alumbrado de situación o colocar otras señales como triángulos reflectantes,[20] tienen en común igualmente la concurrencia de acciones (conducción de rebaños, ejecución de obras, colocación de un vehículo en un lugar determinado) con omisiones (no señlización de los correspondientes obstáculos). Finalmente y por no seguir prolongando los ejemplos: Cuando a consecuencia de un desprendimiento resultan sepultados –y muertos o lesionados– los obreros que trabajan en las excavaciones de pozos, zanjas o galerias, y todo ello sucede porque estas obras no han sido convenientemente entibadas, esto es: fortificadas y revestidas para la contención de tierras (arts. 254 y ss. Ordenanza de Trabajo en la Construcción, Vidrio y Cerámica, aprobada por Orden de 28 de agosto de 1970),[21] la responsabilidad de los directores técnicos de las obras, capataces etc., podría vincularse, en principio, tanto a las ordenes que dieron (acción) a los operarias para que procedieran a una excavación como a la omisión de no advertirles y de no procurar que se realizaram las preceptivas entibaciones.

A pesar de las dificultades que existen para determinar si un comportamiento ha de ser considerado activo u omisivo, la solución – o, al menos, y teniendo en cuenta los limitados objetivos de este artículo: el planteamiento de la solución– del problema parece que no se puede eludir, dado que, según la doctrina dominante, los presupuestos de imputación del resultado son distintos en cada una de las dos clases de comportamiento. Mientras que en el comportamiento activo doloso o imprudente para la imputación del resultado se requeriría (y bastaría con) que aquél hubiera causado cientificonaturalmente éste (con las limitaciones, naturalmente, que impone el criterio de la imputación objetiva), en la omisión, en cambio, los presupuestos de la responsabilidad por un resultado serían otros: por una parte, que el omitente tuviera una posición de garante, y, por otra, que la acción omitida, con una probabilidad rayana en la certeza, hubiera evitado el resultado [o según otra tesis, minoritaria, hubiera disminuido el riesgo de lesión].[22]

1. Supuestos de hecho en los que la acción precede a la omisión

a) Si en el comportamiento de *un mismo sujeto* aparece, primero, una acción causante del resultado, y, después, una omisión de haberlo impedido, el delito de acción quedará descartado si en la actividad condicionante de la lesión no concurrió dolo ni imprudencia. Ciertamente que los comportamientos *activos de introducir* una gasa durante la operación (que luego no se retira), de *levantar* la barrera de un paso a nivel (que después no se baja cuando va a pasar el tren), de *cortar* un cordón umbilical (que más tarde no se liga), de *ejecutar* una obra o de *colocar* un obstá-

(18) Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 9 de mayo de 1966, A. 2338.

(19) Así los supostos de hecho de las sentencias del TS de 5 de abril de 1968, A. 1762, y de 10 de mayo de 1969, A. 2736.

(20) Así los supostos de hecho de las sentencias del TS de 6 de octubre de 1980, A. 3661, 12 de julio de 1984, A. 4043, y 30 de enero de 1985, A. 381.

(21) Así los supostos de hecho de las sentencias del TS de 5 de mayo de 1980, A. 1806, 16 de junio de 1980, A. 2627, 20 de noviembre de 1980, A. 4523, y 15 de junio de 1985, A. 3012.

(22) V. *infra* V C.

culo (que posteriormente no se señalizan), de *conducir* un automóvil (que luego, al llegar a un semáforo en rojo, no se frena), de *encender* en el bosque un fuego para cocinar (que no se apaga al regresar a casa), están en relación de condicionalidad con las correspondientes consecuencias de muertes, lesiones y daños, y que, por consiguiente, el autor ha hecho una aplicación de energia que ha desembocado en los resultados típicos.

Pero que exista una *acción* causante del resultado típico no quiere decir, todavia, que concurra un *delito* de acción. Pues ciertamente que la *tipicidad* de éste consiste, en su aspecto objetivo, en que un comportamiento activo haya condicionado un resultado típico, pero en el subjetivo requiere, además, que ese condicionamiento se haya realizado dolosa o imprudentemente,[23] y como en los casos que nos ocupan las correspondientes acciones (por ejemplo: la de colocar un obstáculo o la de encender fuego en el bosque) no se realizaron con la *intención* de lesionar o de matar a nadie, y, por otra parte, son comportamientos *en si* correctos (esto es: no imprudentes), entonces, y por faltar el tipo subjetivo, esas acciones causantes del resultado son atípicas; de ahí que no haya otra forma de vincular una responsabilidad penal al sujeto que la de recurrir a lo único que puede fundamentaria: a sus omisiones de no señalizar el obstáculo o de no apagar el fuego que, al ser indubitadamente imprudentes, permiten su consideración como conductas típicas (omisivas).

Resumiendo: Si un mismo sujeto ha *causado* un resultado y, posteriormente, ha *omitido* impedirlo, el delito será de omisión si el comportamiento activo causante, por no ir acompañado de dolo ni de imprudência, no es subsumible en el correspondiente tipo del delito de acción.

b) El enjuiciamiento del comportamiento como activo u omisivo *podría* variar en el supuesto, que obviamente y tal como están formulados no concurría en ninguno de los ejemplos con los que estamos operando, de que, *al tiempo de ejecutar la acción*, el autor desencadenara el proceso causal bien con *dolo* de producir el resultado típico, bien con *imprudência*. El criterio a seguir en estos casos en que tanto la acción como la omisión subsiguiente se consuman con dolo o imprudência es el de que, a desigualdad desvalorativa de comportamientos (activo u omisivo), prevalece el más grave, e incluso pueden concurrir ambos si los títulos de imputación (dolosos o imprudentes) son distintos y distintos también los bienes jurídicos lesionados –así, el homicidio *imprudente activo* (bien jurídico lesionado: vida) concurre con la ulterior *omisión* del deber de socorro *dolosa* (bien jurídico protegido: solidaridad)–; y el de que, en el caso de que ambos comportamientos sean igualmente graves, quedan agrupados, como una unidad natural de acción,[24] en una única conducta comisiva-omisiva.[25]

(23) Con la doctrina dominante, opino que el dolo y la imprudência no son formas de culpabilidad, sino que integran la parte subjetiva de, respectivamente, los tipos dolosos e imprudentes (cfr. Sólo GIMBERNAT, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», *Estudios*, 1990, pp. 171 ss.).

(24) Sobre la unidad natural de acción, cfr. GIMBERNAT, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», *Estudios*, 1990, p. 216.

(25) El criterio de que cuando existan dudas sobre si estamos ante un delito de acción o uno de omisión hay que dar preferência a aquél, porque la acción es siempre más grave que la omisión, es sólo plausible sobre la base de los presupuestos de la doctrina dominante que considera que la comisión por omisión tiene siempre menos entidad desvalorativa que la acción. Frente a ello hay que decir que si una omisión no alcanza en gravedad a la acción, entonces es que no puede ser calificada de comisión por omisión y que, por ello, hay que revisar

Con esto queda esbozada la solución a este grupo de casos, sin que sea posible entrar en ulteriores detalles, pues uno de los critérios de gravedad: el de determinar cuándo una inactividad *dolosa* constituye una (más grave) comisión por omisión o una (más leve) omisión propia –en los supuestos que nos ocupan seria preciso abordar, además y dado que estamos ante omisiones precedidas de acciones, el discutido problema de si la injerencia fundamenta o no una posición de garante y, con ello, una comisión por omisión –,[26] queda al margen del objeto del presente trabajo, donde sólo se va a tratar la comisión por omisión *imprudente*.

los critérios que mantiene la doctrina dominante para establecer que una omisión es una impropia. Como expondré más adelante (*infra* IV D 2 d, v. también, para los delitos dolosos de omisión impropia, V D), en el delito imprudente –y de acuerdo con los critérios que estableceremos– existe una *coincidência desvalorativa entre acciones y omisiones*; por ello, ninguna clase de comportamiento puede prevalecer frente a la otra, sino que en tales casos el comportamiento debe ser enjuiciado como una unidad natural de acción comisiva-omisiva: si una persona, en un verano caluroso y seco y a pesar de que ello está prohibido, *enciende fuego en el bosque* (acción imprudente) y luego *olvida apagarlo* (omisión imprudente) (cfr., en este sentido, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 25 de septiembre de 1970, A. 3800), será ese comportamiento complejo comisivo-omisivo el que, como unidad natural de acción, cumplirá el tipo del incendio imprudente.

(26) La idea de la injerencia, como tercera fuente, junto a la ley y al contrato, de posiciones de garante, tiene su origen en STÜBEL (1828), KRUG (1855), GLASER (1858) y MERKEL (1867); para más detailes, cfr. TRAEGER, «Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf– und Zivilrecht», *Enneccerus-Festgahen,* 1913, pp. 30 ss.; RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, pp. 6 ss.; PFLEIDERER, *Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun,* Berlín, 1968, pp. 48 ss.

En la doctrina moderna, el principal impulsor de la tesis (todavia muy minoritaria) que niega que el hacer precedente –criterio sobre el que, por lo demás, siempre ha planeado el fantasma del dolo subsiguiente: cfr. TRAEGER, *op. Cit.*, p. 32; SCHWARZ, *Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung*, 1929, pp. 16/17; FRANK, *StGB,* 18 ed., 1931, p. 18– pueda convertir al injerente en garante y, con ello, en autor o participe de un delito de comisión por omisión, es SCHÜNEMANN [cfr. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte,* 1971, pp. 316, 323 y *passim*; «Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung», *GA*, 1974, p. 233; «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 236; «Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen», *ZStW*, 96 (1984), pp. 291/292, 294 y 3081. Más o menos radicalmente en contra del criterio de la injerencia se han manifestado, también, WELZEL («Zur Problematik der Unterlassungsdelikte», *JZ,* 1958, p. 495; «Comentario a una sentencia del OLG Karlsruhe de 15-10-1959», *JZ*, 1960, p. 180; *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, p. 216); BACIGALUPO, *ADPCP*, 1970, p. 45 [en *Principios de Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., Madrid 1990, p. 264, BACIGALUPO se muestra mucho menos contundente con el rechazo de la idea de la injerencial; ROXIN, «Ein «neues Bild» des Strafrechtssystems», *ZStW*, 83 (1971), p. 403; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 504/505; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, 1982, p. 407; SEEBODE, *Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts,* Spendel-Festschrift, 1992, p. 344.

La teoria de BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, 1986, pp. 392, 403, 413, 417, 420, 421, 436 y *passim*, de fundamentar la responsabilidad del injerente no en una omisión, sino en la acción previa, ha sido rechazada unanimemente por la doctrina: cfr. GÖOSEL,

c) En ocasiones, sin embargo, *aunque la acción causante del resultado se ejecute con dolo de lesión*, no obstante, para poder fundamentar una responsabilidad juridicopenal, habrá que seguir recurriendo a la omisión: ello es lo que sucede cuando el *comportamiento activo viene exigido como único* correcto por las circunstancias objetivas del acontecimiento: [27] así, en los nacimientos, donde lo objetiva y *necesariamente* correcto es cortar el cordón umbilical, o en una intervención quirúrgica donde la *lex artis exige ineludiblemente* que se apliquen gasas para contener eventuales hemorragias. De ahí que, aunque ya en el momento de aplicar la gasa o de seccionar el cordón exista la intención de no retirar aquélla o de no ligar éste, no obstante y porque la intención no se ha manifestado en el mundo exterior con una *mínima apariencia delictiva*, por ello, sobre la base del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, no puede vincularse responsabilidad penal alguna a una actividad que venía exigida por las circunstancias del momento: en estos casos habrá que recurrir nuevamente a las omisiones (no se ha extraído la gasa, no se ha anudado el cordón) subsiguientes para poder imputar el resultado. Aqui, por lo tanto, la situación es distinta a los casos anteriormente estudiados de encender un fuego en un bosque o de colocar un obstáculo: estas actividades no vienen *exigidas* por nada, por lo que si se realizan con la intención previa de luego no apagar o no señalizar, tales comportamientos activos fundamentariam ya la realización de un tipo por acción.

en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, AT*, II, 7.ª ed., 1989, p. 205; JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2.ª ed., 1991, p. 801 n. 53; FREUND, *Erlgsdelikt una Unterlassen*, 1992, pp. 179/180 n. 75; RUDOLPHI, *SK*, I, 6.ª ed., 1993, § 13 n. m. 38.

(27) Sobre este grupo de casos, cfr. ya GIMBERNAT, «¿Qué es la imputación objetiva?», *Estudios*, 1990, p. 216.

2. Supuestos en los que la omisión (aisladamente o en concurrencia con otras acciones) precede a la acción causante del resultado

En la distinción entre delito de acción y de omisión nos hemos ocupado hasta ahora de supuestos de hecho en los que *el mismo sujeto realiza previamente* un comportamiento activo (generalmente, sin dolo ni imprudência) al que subsigue uno omisivo (imprudente). Otras veces, en cambio, y de estas conductas vamos a ocuparmos a continuación, la omisión precede a la acción. Estamos entonces ante casos como el de la transfusión de sangre que *no ha* sido sometida previamente al test anti-SIDA,[28] o el de «Alcalá 20», donde, entre otras irregularidades, no se habían ignifugado los recubrimientos textiles ni las cortinas del local, *ni* se habían colocado suficientes bocas de riego ni tampoco pasamanos en las escaleras.

A diferencia de los casos hasta ahora estudiados, donde la omisión que subseguía a la acción era siempre *jurídico-penalmente relevante*,[29] lo que caracteriza a este nuevo grupo es que en él la omisión –en sí y tomada aisladamente– no integra ningún tipo delictivo, por lo que, al aparecer como *única* conducta típica una activa (imprudente) es *a ella* a la que

(28) Este supuesto presenta un esquema semejante al muy discutido alemán, del que informa MARTÍNEZ ESCAMILLA, *op. cit.*, p. 194, de los «pelos de cabra» (RGSt 63, 211 ss.), en el que el propietario de una fábrica de pinceles entrega a sus empleadas pelos de cabra chinos *sin desinfectar*, muriendo algunas de ellas a consecuencia del bacilo de corbunco.

(29) Lo cual no queria decir que (aislada o conjuntamente con la acción) entrara en todo caso en la desvaloración jurídico-penal, ya que, como hemos visto, si el comportamiento activo tenía mayor gravedad, entonces la omisión *–en sí* jurídico-penalmente relevante– quedaba desplazada.

necesariamente hay que vincular la imputación del resultado.

a) En el caso de la transfusión de sangre no sometida al test anti-SIDA, como en el de la entrega de los pelos de cabra no desinfectados, la omisión precede a la acción (de transfundir, de poner a disposición de las operarias el material de trabajo), pero esa omisión, como tal, no es subsumible en ningún tipo juridicopenal. Mientras la sangre no se *transfunda,* los pelos de cabra no se *entreguem* a las trabajadoras, o, para acudir a un último ejemplo, yo tenga el coche en mi garaje *sin* líquido de frenos, no se está llevando a cabo ninguna omisión juridicopenalmente relevante. El comportamiento *se convierte* en juridicopenalmente relevante sólo mediante la *acción*: cuando el médico *transfunde, cuando* el fabricante *entrega* el material no desinfectado, o cuando yo decido *conducir* el vehículo que, por no tener líquido de frenos, provoca un accidente. Es entonces cuando se consuma un delito imprudente por acción, ya que aquellas carencias de los medios con los que materialmente se causan los resultados imprudentes no son sino faltas de medidas de precaución que, por si solas y *sin un comportamiento activo,* son inidóneas para ponerlas en relación con un resultado. Por consiguiente y resumiendo: Como en estos casos las omisiones, en si y aisladamente, no son ni siquiera objetivamente típicas, de ahí que el único comportamiento al que se pueda recurrir para fundamentar una responsabilidad juridicopenal sea el activo causante del resultado de transfundir sangre (o de entregarla a quien la va a transfundir), de proporcionar material de trabajo no desinfectado a las operarias o de arrollar a otro conduciendo un vehículo sin frenos: estamos, pues, ante un delito de acción.

b) El caso de «Alcalá 20» coincide con los que acabamos de estudiar en que también allí hubo unas omisiones previas (no ignifugación de textiles y cortinas, no instalación de suficientes bocas de riego, no colocación de pasamanos en las escaleras) que, *en si y* como meras ausências de medidas de precaución, no habrían sido nunca subsumibles en un delito imprudente de resultado en comisión por omisión. La corrección de esta tesis se demuestra porque en este supuesto, *además* de las omisiones y a diferencia de los que acabamos de exponer *supra* a), *también se realizaron acciones* (*instalación* de escaleras de forma curva y con peldaños demasiado altos etc.) que, por sí solas, únicamente suponían, nuevamente, la ausencia de medidas de precaución, inidóneas, como tales y sin ulteriores comportamientos, para producir la muerte o las lesiones de nadie. La construcción de una discoteca con estas características antirreglamentarias (reconducibles tanto a acciones como a omisiones) no integra ningún tipo penal de resultado y sólo es susceptible de ser objeto de una sanción de *carácter administrativo.* De nuevo, pues, estamos ante un supuesto en que el único comportamiento juridicopenalmente relevante *per se* y que justifica objetiva y subjetivamente la imputación de los resultados a título imprudente es uno activo: el de *poner en funcionamiento* la sala de fiestas, pues al posibilitar así que los clientes entraran en un local cuyas características estaban por encima del riesgo permitido, es por lo que aquéllos, al encontrarse dentro del mismo en la madrugada del 17 de diciembre de 1983, pudieron resultar muertos o heridos. Otra vez hay que considerar al delito, por lo tanto, como uno de acción, porque el comportamiento activo de *abrir el local* al público es el *único* que puede fundamentar una responsabilidad imprudente (por acción), mientras que las omisiones de medidas de seguridad, como tales omisiones y sin la adición ulterior de conductas positivas, no constituyen injusto penal alguno.

3. Supuestos de hecho en los que, mediante acciones y/u omisiones, intervienen *varios sujetos* en el acontecimiento que desemboca en un resultado típico

a) Finalmente, y para concluir este apartado dedicado a la distinción entre delito de acción y de omisión, hay que señalar que, *cuando concurren varios sujetos cada comportamiento debe ser analizado individualmente*, siendo posible tanto que todos los responsables de un resultado imprudente respondan en comisión por omisión como que unos lo hagan por este título y otros, en cambio, por un delito de acción. Y es que lo expuesto hasta ahora rige, fundamentalmente, para aquellos casos en los que los comportamientos activos y/u omisivos concurren en *una misma persona*. A veces incluso, y para abordar los problemas con la mayor claridad posible, hemos descrito algunos supuestos de una forma simplificada que no coincide exactamente con lo que sucedió en la realidad: en el caso de la transfusión de sangre contaminada con SIDA, por ejemplo, no estamos ante un supuesto como el de los «pelos de cabra», donde el propietario que entrega el material es *la misma persona* a quien correspondía desinfectarlo, sino ante otro en el que quien en última instancia causa el resultado *por acción*: quien transfunde la sangre en quirófano, es un integrante del equipo quirúrgico que, además, actúa sin imprudencia, apareciendo en el acontecimento anterior *otras personas distintas* de las que unas realizan acciones (así la Jefe del Servicio de Hematología que *entrega* a los cirujanos una sangre no cribada) y otras omisiones (así, los médicos y executivos del Hospital responsables, que no adquirieron, a pesar de que lo deberían haber hecho, el instrumental idôneo para llevar a cabo el test anti-SIDA). A diferencia del caso de los «pelos de cabra» o del caso del propietario de un vehículo sin líquido de frenos, donde con la mera omisión sin más de las medidas de precaución no se ha realizado ningún ilícito penal, porque el acontecimiento sigue *bajo el control del omitente*, y éste sólo comete un delito cuando mediante una actividad (de entregar el material, de conducir el coche) condiciona que el instrumento al que le faltan aquellas medidas de precaución despliegue efectos causales, en el supuesto del SIDA los responsables de que la sangre que se transfundía no estuviera contaminada, y que *omitieron hacerlo, dejaron de tener el control delfoco de peligro* cuando éste pasó a las personas encargadas de la transfusión, por lo que aquella omisión no aparece ya (como en el caso del líquido de frenos) como una mera omisión de medidas de precaución jurídico-penalmente irrelevante mientras el propietario del vehículo –al mismo tiempo omitente y actuante– no *conduzca* el coche provocando el accidente, sino como una *omisión de evitar que otro transfundiera sangre no sometida al obligado test anti-SIDA*, es decir: como una *omisión de impedir la causación imprudente de un resultado de lesiones*.[30]

Por consiguiente, en aquellos supuestos en los que un sujeto causa imprudentemente, o, incluso, fortuitamente (ejemplo: si el farmacéutico vende una medicina en mal estado, cuya ingestión provoca lesiones, no es a él, sino a los responsables del laboratorio a quienes incumbe el control de la calidad de la medicina envasada), un resultado, y *otras personas distintas* están encargadas de que el foco de peligro no rebase el riesgo permitido y desemboque en una lesión típica, quien actúa podrá responder de un delito imprudente de acción (o de nada, si actúa fortuitamente porque no le correspondía el control del foco de peligro), y los que periniten que el foco (no sometido a las medidas de

(30) Al caso del SIDA volveremos *infra* IV B 3 a, al ocuparmos de la relación de causalidad en el delito imprudente.

precaución de cuya aplicación son responsables) despliegue sus efectos causales, de un delito imprudente en comisión por omisión.

b) Como ejemplos de una *responsabilidad unitaria en comisión por omisión* de todos los intervinientes pueden mencionarse los supuestos de hecho de las siguientes sentencias del TS.

aa) *Dentro del marco de la seguridad e higiene en el trabajo*, el de la de 13 de junio de 1980, A. 2757 (responsabilidad en comisión por omisión del arquitecto y del maestro albañil por *permitir* que el obrero lesionado se desplazara por una pasarela formada por dos tablones, no sujetos entre si, sobre un hueco y a la altura de la cuarta planta, eayendo al vacío y produciéndose gravísimas lesiones); el de la de 15 de mayo de 1989, A. 6738 (responsabilidad, entre otras personas y en comisión por omisión, tanto del arquitecto y director técnico de la obra como del ingeniero industrial y director técnico de la estructura por *no impedir* que el obrero fallecido trabajara a una altura de dieciocho metros, sin barandillas ni pasarelas ni redes, desde donde cayó al vacío); el de la de 17 de noviembre de 1989, A. 8666 (responsabilidad conjunta del Doctor arquitecto, del arquitecto técnico y del encargado de la obra por no adoptar medidas para evitar que cayeran a la via pública materiales de construcción apilados en un edificio de once alturas, cuyas obras se encontraban suspendidas, alcançando a un peatón que resulto gravísimamente herido); el de la de 15 de julio de 1992, A. 6375 (responsabilidad conjunta en comisión por omisión del arquitecto director, del aparejador y del encargado de obras por infracción del art. 10 de la Ordenanza de Higiene y Seguridad en el Trabajo, que impone al personal directivo, técnico y mandos interinedios la obligación de hacer cumplir al personal a sus ordenes lo dispuesto en la Ordenanza sobre normas de seguridad, no obstante lo cual *permitieron* que un operario trabajara en el piso sexto de una obra en construcción, sin las preceptivas barandillas, cayendo al vacío y falleciendo instantaneamente); y el de la de 4 de octubre de 1993, A. 7276 (responsabilidad en comisión por omisión tanto del subcontratista de la obra como del encargado de la empresa contratante por *no impedir* que el obrero trabajara en un andamio, sin cinturones y sin red de seguridad, precipitándose al vacío y falleciendo).

bb) *Y dentro del marco de la imprudencia médica*, el de la sentencia de 4 de septiembre de 1991, A. 6021, donde, con razón, se condena por un homocidio imprudente en comisión por omisión: al anestesista, porque *deja de vigilar al* paciente que está siendo operado; al cirujano, porque si bien –y sobre la base del principio de división del trabajo, y para concentrarse en su propla actividad médica, no tiene que intervenir en las tareas propias del anestesista–, lo que si que le incumbe, como director de la operación, es asegurar las presencia continua de aquél en el quirófano, por lo que si *permite* que se ausente, responderá igualmente de un homicidio en comisión por omisión: y, finalmente, al director del Hospital, porque ciertamente que no tiene el deber de supervisar la actuación concreta del anestesista, pero si que es responsable de que cada intervención quirúrgica que se desarrolla en su Hospital sea asistida de manera permanente por un anestesista, por lo que si conoce, como en el supuesto de hecho que nos ocupa, que por el reducido número de médicos de esa especialidad, éstos tenían que asistir simultaneamente a varias operaciones, entonces su *tolerancia* de esa situación fundamenta asimismo una responsabilidad por el resultado en comisión por omisión.

c) Como ejemplos de *títulos de imputación concurrentes de varias personas por un delito imprudente, de unas por acción y de otras por comisión por omisión*, hay que mencionar aquellos

supuestos en los que la responsabilidad del vigilado tiene por base una *actividad negligente* (acción), y la del vigilante una *abstención imprudente* (omisión) al no controlar esa actividad. Este es el esquema que está presente, por ejemplo, en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 7 de junio de 1983, A. 3091 (caso catástrofe del camping Los Almufaces), donde un camión cisterna, conteniendo propileno en una cantidad notoriamente superior a la permitida, explosionó a consecuencia de esa sobrecarga, inflamándose y causando, además de numerosos lesionados, la muerte de más de doscientas quince personas, de entre los turistas que se encontraban en el mencionado camping, y donde al conductor del camión-remolque, que era consciente de que la carga del líquido inflamable excedia de la autorizada, le es imputable un delito de acción (cuya responsabilidad quedó extinguida por haber fallecido también él en el accidente), y de comisión por omisión, en cambio, a los encargados de controlar que dichas cargas se mantuvieran dentro de los limites autorizados, *por permitir* que el foco de peligro carente de medidas de precaución pudiera causar aquella catástrofe.

D. Resumen

Como resumen de este apartado sobre la distinción entre el delito de acción y el de omisión pueden establecerse los siguientes principios.

Primero. El comportamiento será obviamente omisivo si en la conducta del sujeto no aparece ningún movimiento corporal causante del resultado típico.

Segundo. Cuando en la conducta se aprecian tanto elementos activos como omisivos, si la acción ha *precedido* a la omisión, ésta prevalecerá sobre aquélla cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque, al tiempo de ejecutarlo, no concurrieron dolo ni imprudencia. Si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejecutó ya con dolo o imprudência, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad, concurriendo ambos –como unidad natural de comportamiento– cuando sean igualmente graves; en el supuesto de que la acción y la omisión obedezcan a títulos de imputación distintos (imprudente una, dolosa la otra) y que los bienes jurídicos lesionados por aquéllas (por ejemplo, vida en el homicidio, solidaridad en la omisión del deber de socorro) sean distintos también, entrará en juego un concurso (por ejemplo, entre homicidio imprudente y omisión del deber de socorro dolosa). No obstante lo expuesto, si la acción que precede a la omisión viene exigida como única *correcta y posible* por el ordenamiento jurídico –por ejemplo, corte del cordón umbilical durante un parto–, entonces, y aunque aquélla haya sido ejecutada con dolo, la responsabilidad penal quedará vinculada únicamente a la (comisión por) omisión (no ligadura del cordón umbilical).

Tercero. Si la omisión ha *precedido* a la acción y se manifesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces como aquélla, como tal omisión, es atípica en el sentido de un delito de *resultado* [lo más que puede integrar es una infracción administrativa o, en casos excepcionales, un delito de mero *peligro*],[31] el único comportamiento jurídico-penalmente relevan-

(31) Así, por ejemplo, el art. 348 bis a) (recientemente estudiado por LASCURAÍN, en su monografia «La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo», Madrid, 1994): «Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñsen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad fisica, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas.»

te *de resultado* será el activo causante de la lesión típica.

Cuarto. Cuando en el acontecimiento intervienen *varias personas*, los encargados de vigilar que el foco de peligro causante del resultado típico no rebase el riesgo permitido responderán, cuando no cumplen con su obligación y por esa inactividad, por un delito imprudente en comisión por omisión, y quien causa activamente la lesión con el foco de peligro por un delito imprudente de acción (a no ser que esa causación fuera para él fortuita, por corresponder a aquéllos exclusivamente, pero no a éste, las funciones de vigilancia del foco).

IV. El delito imprudente de comisión por omisión

A. La «relación de causalidad» en la comisión por omision en general

1. La aplicación a la omisión de la fórmula (adaptada) de la *conditio sine qua non*

Como hemos visto (*supra* III A), entre la omisión y el resultado no puede establecerse, en sentido estricto, una relación de causalidad. La doctrina dominante exige, no obstante, como *requisito imprescindible* de la responsabilidad por un resultado en la comisión por omisión –tanto en la dolosa como en la imprudente– una cuasicausalidad: ésta concurre cuando consta que la acción omitida por el garante, *con una probabilidad rayana en la seguridad,* hubiera evitado el resultado. Esta fórmula de la cuasicausalidad es una adaptación a la comisión por omisión de la funesta fórmula de la *conditio sine qua non* con la que un sector doctrinal trata de determinar la causalidad en el delito de acción; y así como en éste lo que se trataria de establecer seria si *suprimiendo* el comportamiento el resultado desapareceria o no, en aquélla lo que habría que constatar sería si *añadiendo* la acción (omitida) el resultado desaparecería o no.

2. La exigencia de *seguridad causal* en el delito de acción

En el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 9 de mayo de 1964 (cfr. *supra* II C), aunque, *con toda probabilidad*, la intervención abortiva fue la que, en efecto, determinó el fallo cardíaco y la muerte de la embarazada, existia, no obstante, una *mínima duda* de que dicha intervención no hubiera sido la que ocasiono materialmente el fallecimiento, y esa mínima duda bastó para excluir la aplicación del art. 411, párrafo último; y con razón, pues si lo que el tipo castiga es un aborto con resultado de muerte, iria en contra del principio de legalidad y del de *in dubio pro reo* dar por sentada una relación de causalidad donde no se ha despejado con un ciento por ciento de certeza que el aborto haya causado la muerte, esto es: que el supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento sea subsumible en el tipo correspondiente. Análogamente, en el caso Vinader (cfr. *supra* II C *in fine*), *todo hace pensar* que la información que publicó el periodista en la revista «Interviú» fue la que efectivamente desencadenó los asesinatos posteriores; pero como la aplicación del homicidio imprudente exige obviamente la certeza de que concurren sus presupuestos típicos –esto es y entre otros: de que existe una relación de causalidad entre el comportamiento negligente y el resultado–, de ahí que la *mínima duda* de que esa relación de causalidad no se ha dado debería bastar para eximir al periodista de responsabilidad criminal. Al margen ya de supuestos resueltos por la jurisprudencia, un último ejemplo: si A pone veneno en un alimento de X y B le clava una navaja, y la autopsia sólo puede determinar que el fallecimiento de X se debió con un 99 por 100 de probabilidades al veneno, pero no puede descartar la posibilidad de un 1 por 100 de que la

muerte sea reconducible al apuñalamiento, la solución del caso es aplicar, tanto a A como a B, un delito contra la vida en grado de *frustración*; pues no se puede condenar a A por un tipo que requiere *haber matado* a alguien cuando existe una mínima probabilidad de que no haya sido A quien ha matado.

Estos criterios tan estrictos que hacen imposible condenar por aborto con resultado de muerte o por homicidio imprudente o por un delito consumado contra la vida a los sujetos activos de nuestros ejemplos, no son *delicatessen* dogmáticas, sino que constituyen uno de los orgullos de un Derecho penal democrático que –por muy fundadas que ellas sean– rechaza que se opere con sospechas y exige la seguridad y la certeza.

3. La imposibilidad de establecer un criterio de seguridad en la cuasicausalidad de la omisión

a) De lo expuesto sobre la causalidad en el delito de acción derivan dos objeciones contra la aplicación a la comisión por omisión de la fórmula adaptada de la *conditio sine qua non.*

Primera objeción. Si la probabilidad rayana en la certeza es insuficiente para imputar un resultado en un comportamiento *positivo* (porque supondría convertir al delito de resultado en un delito de peligro) y, por ello, no es posible imputar la muerte en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 9 de mayo de 1964 (aborto con resultado de muerte), ni en el «caso Vinader», ni tampoco en el ejemplo de que el fallecimiento con un 99 por 100 de probabilidades se debió al veneno y unicamente con una posibilidad del 1 por 100 al apuñalamiento, a pesar de que en todos estos casos tanto la persona que practicó el aborto, como Vinader, como el envenenador *causaron la muerte con una probabilidad rayana en la seguridad*, entonces –y si se quiere mantener la equivalencia entre acción y omisión– tampoco a ésta se le puede imputar el resultado si «sólo» existe una probabilidad rayana en la certeza de que la acción omitida hubiera evitado el resultado.

Segunda objeción. Pero es que, además, cuando llega el momento de aplicar a los casos concretos de comisión por omisión la fórmula de la *conditio sine qua non* ni siquiera se respeta lo que se ha establecido a nivel de principio: por el contrario, se prescinde de la exigencia de la probabilidad rayana en la certeza –porque ésta muchas veces no puede encontrarse en la vida real– y se califican de delitos consumados de comisión por omisión supuestos en los que sólo existe una (más o menos) elevada probabilidad (pero no rayana en la certeza) de que la acción omitida hubiera evitado el resultado. Y así, ello es lo que sucede en dos «ejemplos de manual» de comisión por omisión, de acuerdo con los cuales responderia por la muerte de la esposa fallecida, como parricida, el marido que no le ha auxiliado cuando cayó enferma o el que no impidió que un tercero la matara.

Si la esposa sufre una peritonitis o un infarto y el marido no le ayuda, que la acción omitida hubiera evitado el resultado dista mucho de ser una probabilidad rayana en la certeza; pues como se trata de enfermedades con índices de supervivencia que, según la gravedad de la afección, pueden ser del 50 por 100 e incluso inferior, por ello es imposible determinar en el caso concreto si la mujer enferma pertenecía o no al grupo de personas que, a pesar de ser atendidas médicamente, no obstante no habrían podido superar la enfermedad, es decir: de la acción omitida sólo se puede predicar la probabilidad (pero ni de lejos una probabilidad rayana en la certeza) de que hubiera evitado el resultado. Esta probabilidad rayana en la certeza de evitación del resultado *ni siquiera* se puede afirmar en enfermedades con índices de supervivencia mucho mayores o que incluso lo tienen del 100 por 100 *si se presta a tiempo atención*

médica; pues como el proceso causal que habría desencadenado la acción omitida de solicitar auxilio nunca se puso en marcha, el marco dentro del cual nos tenemos que desenvolver es el de las (más o menos probables) hipótesis, pero tampoco el de la probabilidad rayana en la seguridad de que la acción del cónyuge de recabar atención médica hubiera evitado el fallecimiento: como el marido no recabó esa atención –es decir: como tenemos que operar con lo que nunca ha sucedido– es imposible averiguar si, en el supuesto de que el cónyuge hubiera realizado la acción (que no realizo) omitida, la ambulancia hubiera llegado a tiempo, si, llegando a tiempo, no obstante la ambulancia (que nunca fue avisada) habría conducido a la enferma al hospital o – a consecuencia, por ejemplo, de una avería, de que se habría quedado sin gasolina o de un eventual accidente de circulación – no lo habría conseguido, si, aun suponiendo que la ambulancia llegara a tiempo para recoger a la enferma y hubiera podido trasladarla al hospital, a pesar de ello todo habría sido inútil por la imperícia de un médico (que jamás llegó a intervenir).... y así podríamos seguir enumerando las eventualidades que podrían haber sucedido en un curso causal hipotético; pero no es necesario, porque la consecuencia de todo ello se ha extraído ya por si misma: por definición y por tener que trabajar sobre un proceso causal hipotético e *independientemente de la mayor o menor gravedad de la dolencia*, ni siquiera en enfermedades con índices altos o incluso seguros de supervivencia, si se llega a prestar una atención médica correcta, podremos saber –con la probabilidad rayana en la seguridad que, a nivel de principio, exige la doctrina dominante– si la acción omitida hubiera evitado o no el resultado.

Y lo mismo rige para el otro «ejemplo de manual» que hemos elegido: el marido, si hubiera realizado la acción omitida, *sólo* habría podido *intentar* reducir a quien iba a matar a su mujer, pero que lo hubiera conseguido o no es algo que depende de la fuerza y de la destreza del marido, de la capacidad de resistência del homicida, de la actitud de la propia mujer y de muchos otros factores cuya eventu incidência –porque no tuvieron ocasión de manifestarse en la realidad– jamás podremos averiguar con una probabilidad rayana en la certeza.

b) Los resultados a los que hemos llegado comparando los requisitos de la causalidad en el delito de acción con los que se exige para el de comisión por omisión son los siguientes: en primer lugar que como el tipo objetivo del delito de acción exige la *seguridad* de que el comportamiento activo *haya causado* el resultado, por ello no puede serle equivalente una omisión de la que lo más que pued decirse es que habría evitado el resultado con una *probabilidad rayana en la seguridad*; y, en segundo lugar, que la doctrina dominante ni siquiera se toma en serio el criterio de la probabilidad rayana e la seguridad, sino que subsume en los delitos de resultado (en comisión por omisión) supuestos en los que esa probabilidad dista mucho de rayar en esa seguridad.

B. La causalidad en el delito imprudente de acción

1. El presente trabajo está dedicado a la comisión por omisión imprudente, y de la dolosa sólo nos ocupamos marginalmente cuando ello aparece necesario para fundamentar o completar alguna via de argumentación.

Por ello, el primer paso para determinar cuándo una omisión *imprudente* equivale a una acción –esto es: cuándo se puede decir de ella que es una *comisión* por omisión– es el de analizar con un mayor detenimiento cómo está estructurada la causalidad en el delito culposo de acción, para lo cual antes quiero hacer una rápida referencia a un movimiento que se inicia en los años sesenta y que trata de superar

una tendência hasta entonces dominante que, en el delito imprudente, excluía la responsabilidad cuando el resultado causado por una acción descuidada se *habría producido* también aunque el sujeto se hubiera comportado conforme a Derecho.[32] Este principio, que supone una enésima resurrección de la fórmula de la *conditio sine qua non* –no ya para determinar la relación de causalidad material, sino una supuesta relación de antijuridicidad–, ha de ser rechazado por la imposibilidad de demostrar algo que no ha sucedido: lo que ha causado *realmente* el resultado ha sido un comportamiento imprudente, y qué es lo que habría sucedido si el sujeto hubiera actuado diligentemente es algo que se escapa a cualquier constatación empírica. Para evitar este recurso a procesos causales hipotéticos como fundamento de una absolución, Roxin [33] establece, en 1962, su teoria del «aumento del riesgo», que no opera con ninguna especulación hipotética, sino sólo con la constatación de si la conducta imprudente, en comparación con la correcta, ha incrementado o no el riesgo de producción del resultado. Y el autor de este artículo, por su parte y en ese mismo año,[34] introduce en la ciencia penal la teoria del «fin de protección de la norma»,[35] que igualmente prescinde, para determinar si un resultado debe o no ser imputado a un determinado comportamiento formalmente imprudente, de la confrontación con lo que habría sucedido de haberse comportado el autor correctamente, estableciendo como criterio determinante el de si el resultado concreto producido era uno de los que el Derecho queria evitar con la imposición de un determinado deber de diligência.[36]

En lo que sigue, parto de estos principios, también del del aumento del riesgo, para estudiar la relación de causalidad en el delito imprudente de acción,[37] evitando

(32) Sobre todo ello informo ampliamente en mi libro *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 119 ss.

(33) Cfr. «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *ZStW*, 74 (1962), pp. 430 ss. y *passim*. Cfr. ahora ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2.ª ed., Munich, 1994, pp. 314 ss.

(34) Cfr., en alemán, mi tesis doctoral de Hamburgo, *Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, 1962, pp. 126 ss., y mi artículo «Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre», *ZSTW*, 80 (1968), pp. 922/923 nota 20, y en español, *Delitos cualificados*, 1966, pp. 119 ss.

(35) Así lo reconocen en la ciencia penal alemana, entre otros, ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei denfahrlässigen Delikten*, Bonn, 1965, pp. 52/53, 117/118; RUDOLPHI, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Nortn in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *JuS*, 1969, pp. 550 nota 9, 552; ROXIN, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», *Honig-Festschrift*, 1970, p. 140 nota 20; KRÜMPELMANN, «Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten», *Jescheck-Festschrift I*, 1985, p. 335 nota 63; "KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, 1990 pp. 240 nota 501, 212; TOEPEL, *Kausalität und Pflichwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín, 1992, p. 142 nota 54.

(36) En contra de lo que a veces se mantiene (cfr., por ejemplo, TOEPEL, *op. cit.*, p. 142), la teoria del fin de protección de la norma no supone la transposición al Derecho penal de una comente vigente ya en la dogmática del Derecho civil, sino que la elabore *generalizando* para los delitos imprudentes –y también para los delitos dolosos– un criterio establecido en 1888 por v. KRIES para determinar cuál era la relación *típica* entre delito base y resultado cualificante en los delitos cualificados por el resultado (cfr. GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, 1966, pp. 167 ss.).

(37) Para una exposición más detallada sobre las teorias del aumento del riesgo y del fin de protección de la norma y sobre su relación entre ellas, remito al lector la monografía citada en la nota inicial * de este artículo.

las objeciones [38] contra aquel principio en el sentido de que viola el principio *in dubio pro reo* y de que convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, y acudiendo para ello al criterio de que en el grupo más importante de los delitos imprudentes de acción tiene que *constar* que el resultado se ha producido por un *foco de peligro*, del que tiene que *constar igualmente* que se ha convertido en uno prohibido *a consecuencia de una acción imprudente*.

2. Desde el punto de vista de la concatenación objetiva entre comportamiento *activo* y resultado, el delito imprudente de acción se manifesta en alguno de estos dos grandes grupos.

En el primer grupo el comportamiento consiste en crear un riesgo *ab initio* ilícito – y hasta entonces inexistente – que causa (condiciona) el resultado. Por ejemplo: con la pistola de su padre, que cree descargada, A, para dar un susto a su amigo B, dispara contra éste, quien resulta muerto porque en la recámara del arma se alojaba una bala.

Pero el grueso de los delitos imprudentes de acción que tienen lugar en la realidad pertenece al segundo y último grupo. Este viene caracterizado por que mediante un comportamiento activo se crea (o se incide en) un foco de peligro *ab initio* lícito –riesgo permitido– que, no obstante y como consecuencia de la acción, rebasa ese riesgo permitido hasta convertido en prohibido, desembocando entonces el foco de peligro, causalmente, en un resultado típico. Dentro de este grupo y por ejemplo, hay que incluir los delitos imprudentes de la circulación, donde el riesgo permitido del tráfico rodado (conducción de vehículos) es rebasado como consecuencia de una acción imprudente (adelantamiento incorrecto, velocidad excesiva), causando entonces el foco de peligro (no permitido ya) un resultado típico de, por ejemplo, muerte o lesiones.

3. En este segundo grupo muchas veces es imposible constatar si el resultado es reconducible o no a la acción imprudente, y es fácil de comprender por qué ello es así: un foco de peligro que se mantiene dentro del riesgo permitido, por definición y ya que es, en sí, peligroso, también –y a pesar de no estar prohibido– puede producir resultados típicos (si no, no seria peligroso): conducciones de automóviles correctas, anestesias, transfusiones de sangre o intervenciones quirúrgicas executadas conforme a la *lex artis*, locales públicos construidos de acuerdo con las normas reglamentarias de prevención de incendios, postes de alta tensión bien señalizados, todos esto focos de peligro *permitidos* pueden, no obstante, desembocar en resultados de muerte o lesiones. Si ello es así –y así es–, entonces, cuando a consecuencia de una acción imprudente el foco de peligro rebasa el riesgo permitido y causa un resultado típico, a menudo nos encontraremos con dificultades simplemente insuperables para responder a la pregunta de si, por ejemplo, las lesiones obedecen al segmento permitido o al no permitido de ese foco de peligro.[39] Dos ejemplos que expongo a continuación nos van a permitir desarrollar lo que acabo de formular a nivel teórico.

a) El primer ejemplo es el del supuesto de hecho de la sentencia del TS, ya mencionada, de 18 de noviembre de 1991 (A. 9448), donde varias personas resultaron lesionadas al contraer la enfermedad del SIDA, después de que se les transfundió sangre que no había sido sometida al test que hubiera podido detectar la contamina-

(38) Cfr., por todos, FRISCH, *Tatbeçtandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, Heidelberg, 1988, pp. 539 ss., 545/546; JAKOBS, «Strafrecht», *Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín-Nueva York, 1991, pp. 236-237.

(39) Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT, I*, 2.ª ed., 1994, p. 315: «... un riesgo no se puede escindir en una parte permitida y en otra prohibida, averiguando para cada una de ellas, por separado, la realización del peligro».

ción del plasma. Por lo que se refiere a si aqui estamos ante un delito de acción o uno de omisión, y tal como se ha apuntado anteriormente (*supra* III A), es obvio que, como toda modificación que se produce en el mundo exterior, el contagio de la enfermedad se tuvo que causar por un comportamiento *activo* (por una aplicación de energía) consistente, en este caso, en la *transfusión* de sangre infectada que tuvo lugar en quirófano (en concreto, a uno de los sujetos pasivos de las lesiones, a Juan José M. T., «le fue transfundida sangre en el curso de una intervención quirúrgica de recambio valvular aórtico», y al otro, a Vicente L. P., le fue transfundida «en el curso de una intervención de by pass aortocoronario»); pero como los integrantes del equipo quirúrgico no son expertos en hematología, y se limitan a emplear la sangre que les entrega el servicio competente, de ahí que los que causaron activamente las lesiones al *hacer* las transfusiones no sean penalmente responsables por no concurrir en su comportamiento activo ni dolo ni imprudencia. De los condenados en la sentencia de 18 de noviembre de 1991, dos lo fueron por una imprudencia en comisión por omisión y una tercera persona por unas lesiones imprudentes por acción: aquéllos –por una parte, el Director Gerente y, por otra, el Director médico del Hospital Príncipes de Espafia, de Bellvitge–, por la *omisión de* no adoptar las medidas oportunas, ni comprar el instrumental preciso, para que se llevaran a cabo en el Hospital los tests anti-SIDA de la sangre que les constaba que se iba a transfundir a los pacientes, y la tercera persona condenada – la Jefe del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital– por la *acción* imprudente de *ordenar que se entregara* a los equipos quirúrgicos la sangre no cribada.

Este comportamiento activo de la Jefe del Servicio de Hematología constituye un interesante ejemplo de cómo, dentro de este segundo grupo, está estructurada a veces la causalidad en el delito imprudente de acción, ya que, según señala la propia sentencia de 18 de noviembre de 1991,[40] y según la información a la que ha podido acceder el autor de este artículo,[41] el test anti-SIDA no permite detectar *siempre* la presencia en la sangre de anticuerpos anti-VIH, ya que durante el llamado «período ventaria», que puede extenderse hasta ochenta dias después del contagio, la sangre del ya enfermo puede seguir sin dar positivo en las pruebas del VIH. Como consecuencia de ello, en el supuesto de hecho de la mencionada sentencia del TS no podemos saber si el efectivo contagio de los lesionados obedeció al riesgo que conlleva toda transfusión –porque el plasma empleado se encontraba en el «período ventaria», el cual, aunque se hubieran hecho las pruebas, habría impedido detectar la presencia de la infección en la sangre– o a la acción imprudente de transfundir sin un test previo –porque el «período ventaria» ya había pasado y, por lo tanto, se hubiera comprobado la infección de la sangre, y, consiguientemente, desechado, si se la hubiera sometido a la correspondiente prueba–.

b) Un segundo ejemplo de delito imprudente de acción donde surgen las mismas peculiaridades en la concatenación causal que en el caso anterior seria el de la *venta* (acción) de productos que pueden ser letales sin que, en contra de lo preceptuado,[42] se liame la atención en el etiquetado

(40) «Desde el momento de la infección hasta que se forman los anticuerpos, pasa un período no determinado de tiempo durante el cual no es posible detectar la presencia de vírus VIH en la sangre».

(41) Y que agradezco a mi amigo, el Dr. Carlos Alberola, Jefe del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital Santa Maria del Rosell, de Cartagena.

(42) Cfr., por ejemplo, el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, aprobado por Real Decreto 1078/1993, de 2 de julio.

sobre su peligrosidad.[43] Si una persona ingiere la sustancia y fallece, es imposible determinar *a posteriori* si el fallecimiento hay que reconducirlo al segmento permitido (que autoriza la venta de determinadas sustancias venenosas) o al prohibido (pero esa venta no está autorizada si en la etiqueta no se hace constar el carácter tóxico de aquéllas) del foco de peligro. Y es que la advertência sobre la peligrosidad del veneno colocada en el exterior del envase habría seguido siendo inútil si la persona que falleció: bien tenía la vista cansada y aquel dia se le habían roto las gafas, bien era una que nunca miraba las etiquetas de los productos que consumia, bien era otra que amaba el peligro y le gustaba ingerir precisamente productos tóxicos, o bien, simplemente, y conociendo las consecuencias que podia tener, aunque no se hubieran resehado en el exterior del frasco, bebió la sustancia porque queria suicidarse: todas estas circunstancias, que serían determinantes para averiguar si la *imprudência* de vender el producto sin la etiqueta reglamentaria tuvo alguna incidência en el fallecimiento, tienen que quedar necesariamente sin respuesta por la sencilla razón de que no podemos resucitar al muerto para preguntarle qué es lo que realmente sucedió.

c) No obstante lo expuesto, la conclusión de que en estos dos ejemplos no integran dos delitos imprudentes ni la transfusión de sangre sin someterla al test anti-SIDA ni la venta sin advertencia de un producto venenoso, porque lo único que podría decirse de esos comportamientos activos es que habrían elevado el riesgo de lesión, pero no que lo hubieran causado, por lo que imputarles el resultado supondría convertir a un delito de lesión en uno de peligro, seria una conclusión precipitada: como el curso que habría seguido el foco de peligro manteniéndose dentro del riesgo permitido es un experimento irreproducible, porque no se sabe si el plasma ya transfundido se encontraba o no dentro del «período ventana», porque como el fallecido no nos lo puede contar tampoco sabemos qué es lo que habría sucedido si el producto tóxico hublera estado reglamentariamente etiquetado, la *insostenible* conclusión que habría que deducir de todo ello es que, entonces, los médicos podrían seguir transfundiendo sangre sin ningún tipo de precaución, y los fabricantes de productos tóxicos podrían despreciar las normas de etiquetado, en la seguridad de que nunca podrían ser hechos responsables de un delito imprudente. Y continuando con los ejemplos: el médico que ejecuta una operación que tiene un índice bajo de suervivencia podría llevarla a cabo también sin observar en absoluto las reglas de la *lex artis*, porque si el paciente se muere –y como la operación es irrepetible, entre otras razones porque el enfermo ya ha fallecido– siempre podría alegar que hubiera sucedido lo mismo, aunque la intervención quirúrgica peligrosa se hublera realizado conforme a la más irreprochable técnica.

d) *Pero naturalmente que en todos estos casos estamos ante muertes y lesiones imprudentes*, porque lo que caracteriza a la imprudencia por acción en estos casos es que un foco de peligro –en concreto: transfusión de sangre, producto tóxico, intervención quirúrgica–, *a consecuencia* de un comportamiento negligente activo –entrega del plasma no cribado, venta del producto sin el etiquetado reglamentario, operación médica incorrecta –, *rebasa* el riesgo permitido, causando el foco de peligro el resultado típico. Los correspondientes sujetos activos no pueden alegar que ellos sólo han elevado el riesgo, pero que no han causado el resultado, ya que el resultado *lo ha causado con seguridad el foco de peligro* (la transfusión de

(43) En concreto, el comportamiento del que nos vamos a ocupar a continuación seria subsumible en un delito cualificado por el resultado del art. 342 (comportamiento base doloso) en relación con el 348 (homicidio imprudente cualificante).

sangre, el producto tóxico, la operación), y, *con seguridad también*, ese foco se ha convertido en uno no permitido por la ejecución de la acción imprudente.

e) Como resumen de lo expuesto y a los efectos que aqui son relevantes, hay que extraer la siguiente conclusión: dentro del marco de los delitos imprudentes de *acción*, cuando un comportamiento activo convierte al riesgo permitido en uno prohibido, el resultado debe ser imputado a ese comportamiento, ya que aquél ha sido causado *con toda seguridad* por el foco de peligro y ya que el que éste hubiera rebasado el riesgo permitido convirtiéndose en uno prohibido es reconducible, *igualmente con toda seguridad*, a la correspondiente acción negligente: en estos casos, por consiguiente, el delito imprudente de acción viene caracterizado *por que el foco de peligro causante del resultado ha traspasado el «punto crítico» de lo permitido a lo prohibido a consecuencia de la conducta negligente del autor.*

C. Balance provisional

1. Hemos visto que la relación de causalidad, como cualquier otra característica típica, tiene que estar acreditada con toda seguridad para que el comportamiento pueda ser subsumido en el correspondiente tipo de lesión.

No basta, por consiguiente, con que conste unicamente una (más o menos elevada) probabilidad de causalidad.. Por ello, tenía razón el TS cuando en la sentencia de 9 de mayo de 1964 (cfr. *supra* II C y IV A 2) absolvió de un aborto con resultado de muerte a quien muy probable (pero no ciertamente) condicionó el fallecimiento de la embarazada, y, en cambio, se equivoco cuando imputó un homicidio imprudente al periodista Vinader (*supra* II D *in fine* y IV A 2), ya que, aunque era muy probable, no existia la seguridad de que, con sus reportajes, hubiera condicionado la muerte de las personas asesinadas por ETA.

2. En consecuencia, y aplicando a la comisión por omisión las reglas que rigen para el delito de acción, la probabilidad rayana en la seguridad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, no puede servir de base para imputar éste al omitente: el marido que no solicita atención médica para la mujer que está sufriendo una peritonitis, no puede ser hecho responsable de ese resultado, ya que con su inactividad «sólo» ha elevado el riesgo de muerte, pero no se puede decir que ésta sea reconducible a aquella omisión, en cuanto que hay muchas personas que, una vez declarada la enfermedad, fallecen no obstante por muy rápido y acertado que sea el tratamiento médico al que se las somete. Y lo mismo rige incluso para enfermedades menos (o mucho menos) graves en las que la actitud pasiva del cónyuge mantiene la situación de ausencia de tratamiento médico, porque teniendo en cuenta que el proceso causal hipotético que hubiera puesto en marcha la acción omitida no llegó a desencadenarse, por ello nunca podremos descartar con seguridad –sino sólo con un juicio de probabilidad– que no hubieran surgido entonces incidentes imprevistos –no llegada a tiempo de la ambulancia o posterior averia de ésta, tratamiento médico inadecuado etc.– que hubieran impedido la curación de la enferma leve: también aqui, por consiguiente, nos encontramos con una probabilidad (ciertamente, mucho más elevada) de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, pero no con la seguridad que exige el Derecho penal para que una persona pueda ser hecha responsable de una determinada lesión típica.

3. En el grupo más característico del delito imprudente de *acción*, y que acabamos de estudiar, *la estructura de la causalidad es algo diferente*: ahí la acción imprudente convierte al foco de peligro de permitido en ilícito, y es éste el que, *sin duda alguna*, causa el resultado. No se

puede decir, por consiguiente, que *no se sabe* qué es lo que ha condicionado el resultado: el resultado (lesiones, muerte) lo ha causado con toda seguridad el foco de peligro (la transfusión de sangre, el producto tóxico), y este foco de peligro dejó de estar autorizado por el Derecho *porque* el sujeto activo, con su acción imprudente e igualmente con toda seguridad, elevó el nível de riesgo del foco, transformándolo en uno no permitido.

[Al contrario de lo que sucede en el imprudente, en el *delito doloso de acción el foco de peligro (el riesgo) permitido apenas desempeña un papel*, lo que repercute, a su vez, en la estructura y en el alcance (mucho más limitado) de la *comisión por omisión dolosa*: no se puede decir, por ejemplo, que dentro del matrimonio uno de los cónyuges –que hasta entonces goza de buena salud o a quien nadie quiere hacer daño– *constituía por sí solo y por el mero hecho de vivir, un foco de peligro* porque puede sufrir una peritonitis o porque puede ser objeto de un delito contra la vida, y que ese foco se transformaria de permitido en prohibido a consecuencia de la inactividad del otro cónyuge. De la comisión por omisión dolosa, y aunque sólo sea de pasada, nos ocuparemos en el último apartado de este artículo (*infra* V D)].

4. Pero volvamos al delito imprudente de acción. Como en éste lo que fundamenta la responsabilidad del autor por la lesión típica es que su acción imprudente ha incidido en el foco de peligro no permitido (no permitido porque el comportamiento activo ha *transformado* lo que hasta entonces era un riesgo permitido en uno prohibido) *causante* del resultado, por ello ahí el *único* problema de causalidad que puede plantearse –y, con ello, la única posibilidad que existe, al margen de cuestiones de imputación objetiva, de que el autor imprudente no responda por el resultado– es que *surja la duda* de si ese foco de peligro que ha rebasado lo permitido es o no el que efectivamente ha causado la lesión.

Para decirlo con un ejemplo: si el autor, imprudentemente, vende un producto peligroso sin advertir de su toxicidad, pero no es seguro que haya sido ese foco de peligro el que ha causado la muerte del consumidor, porque existe la duda forense de si no habría sido *otro* veneno que había ingerido previamente la víctima el que condicionó el fallecimiento, entonces entra en juego el *in dubio pro reo* y el sujeto no puede ser hecho responsable de un resultado que *tal vez* no ha sido condicionado por el foco de peligro que, a consecuencia del comportamiento activo, rebasó el nivel de lo permitido para entrar en la esfera de lo prohibido. O para decirlo con un segundo ejemplo, éste extraído de la jurisprudência: si un médico, mediante una acción, convierte un foco de peligro de lícito en ilícito, porque lleva a cabo *una transfusión de sangre incompatible*, pero no resulta acreditado que ésta fuera la causa de la muerte, entonces, al no estar probada la relación de causalidad –y a pesar de que dicha transfusión obviamente incremento el riesgo de muerte–, el facultativo tampoco puede ser hecho responsable del resultado.[44]

(44) Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 5 de julio de 1991, A. 5627: «El Tribunal sentenciador lleva a término un análisis profundo y detailado de toda la prueba obrante en la causa, y de la mano de aquél concluye que, a consecuencia de la errónea transfusión de sangre practicada al paciente, sufrió hemólisis y anuria, que fueron debidamente tratadas; la primera mediante plasmaferesis que se practicó inmediatamente después de excetuada la transfusión y de haberse advertido el error, haciéndose un recambio plasmático de seis litros, que corrigió los posibles efectos de la hemólisis; y la segunda mediante hemodiálisis, si bien la anuria persistia hasta el faliecimiento de Gerardo G. por un edema de pulmón, no *habiéndose demostrado que el óbito fuera consecuencia de la transfusión*

Por lo demás, tanto en el supuesto de hecho de la sentencia de 9 de mayo de 1964 (aborto con resultado de muerte) como en el caso Vinader, el argumento determinante para negar la responsabilidad de los respectivos autores reside, igualmente, en que, a pesar de que en ambos supuestos y mediante las correspondientes acciones se elevó el riesgo de producción del resultado, no obstante no está acreditado que esos focos de peligro no permitidos (en un caso, el aborto, que es un foco de peligro *ab initio* ilícito si no concurre alguna de las indicaciones del art. 417 bis; en el otro, los reportares periodísticos, lícitos, en principio, en cuanto que suponen un ejercicio de la libertad de información, pero que se convirtieron en prohibidos al describir Vinader, con toda clase de detalles, a los presunto activistas anti-ETA que luego resultaron asesinados) fueran los que efectivamente causaron los resultados de muerte.

D. Los requisitos de la comisión por omisión imprudente

1. Introducción

Las anteriores consideraciones sobre el funcionamiento de la causalidad en el delito culposo de acción, para un artículo dedicado preferentemente a la comisión por omisión imprudente, han sido relativamente extensas.

Pero ello era inevitable, porque sólo conociendo el mecanismo del delito imprudente de acción es posible entonces determinar a qué omisiones, por presentar una estructura en lo esencial igual que aquél, se les debe imputar el resultado *como sí* éste hubiera sido causado mediante una acción, esto es: cuáles deben ser consideradas una comisión por omisión.

incompatible o de sus efectos» (cursivas en el texto original de la sentencia).

2. La comisión por omisión imprudente como transformación, por ausencia de medidas de precaución, de un foco de peligro lícito en uno prohibido [como creación de un riesgo (ilícito) que desemboca en un resultado típico]

Recordemos la conclusión a la que habíamos llegado: el grueso de los delitos imprudentes de acción se caracteriza por que el resultado es causado con toda seguridad por un foco de peligro que, *como consecuencia de una acción imprudente*, se ha transformado de permitido en ilícito. De acuerdo con ello, la comisión por omisión imprudente vendrá caracterizada por que el resultado ha sido causado con toda seguridad por un foco de peligro que, *como consecuencia de una omisión imprudente*, se ha transformado de permitido en ilícito.

En lo que acabamos de decir, puede llamar la atención la frase: «*como consecuencia* de una omisión imprudente», pues si la omisión no causa nada, ¿cómo se puede explicar que se le pueda atribuir (normativamente), como consecuencia suya, la transformación de un riesgo permitido en uno ilícito, esto es: que se le pueda atribuir el *efecto* de un *aumento* del riesgo?

Ello es así porque, a diferencia de la *lesión* de un bien jurídico, que sólo puede ser causada por una acción, en cuanto que supone *una modificación material dañosa en el mundo exterior* que necesariamente ha de tener su origen en una aplicación de energía, el peligro, en cambio, no es una modificación *dañosa* en el mundo exterior: es una amenaza de ésta, cuya presencia se establece sobre la base de un *juicio de probabilidad* que se elabora *intelectualmente* teniendo en cuenta los dos siguientes elementos: el primero, de carácter material y positivo, consiste en la existência (o en la creación) en el mundo exterior de un foco de peligro; el segundo tiene un carácter especulativo, pero se fundamenta en el dato, *absolutamente*

real, de que la *ausencia* o la *presencia* de medidas de precaución hace más o menos probable que el foco de peligro desemboque en una lesión efectiva. De todo ello se sigue que el *índice de riesgo* viene determinado por dos factores: por una parte, por la mayor o menor peligrosidad del foco, y, por otra, por que esa peligrosidad sea contrarrestada (y en este caso, con mayor o menor eficacia) o no por medidas de precaución.

a) El concepto de riesgo permitido

El concepto de riesgo permitido es un concepto mixto ontológico-axiológico.

Ontológico (*riesgo*), ya que la presencia o no de una situación de peligro se determina sobre la base de datos del mundo del ser, sin ningún componente nomiativo; con esos –y sólo con esos– datos se puede establecer, por ejemplo, que quien mantiene relaciones homosexuales sin utilizar preservativos o quien comparte jeringuillas con otros para inyectarse heroína corre el riesgo de contraer el SIDA.

Y axiológico (*permitido*), porque el punto a partir del cual el riesgo se transforma de permitido en prohibido viene establecido por las normas de diligência, las cuales, además, están sometidas a cambios en el tiempo en función de los eventuales avances de la ciencia (la transfusión de sangre sometida al test anti-SIDA que hoy se practica en los Hospitales, y que aún no es capaz de detectar la contaminación durante el «período ventana», se convertiría en imprudente, por sobrepasar entonces el riesgo permitido, si se descubriera una nueva prueba que posibilitara apreciar la presencia del VIH desde el momento mismo del contagio) y en función de las eventuales reformas legislativas (que pueden fijar más o menos requisitos que los vigentes para autorizar el funcionamiento de focos de peligro).[45]

b) La desestabilización del foco de peligro

El legislador tolera la existência de focos de peligro. Unas veces porque no tiene más remedio que hacerlo, en cuanto que su origen está en fenómenos que no puede controlar: enfermedades, tormentas con grandes vertidos de agua etc. Y otras, porque su creación, aunque es reconducible a la actividad humana (tráfico ferroviario, instalación y funcionamiento de ascensores, construcción de edificios, excavación de minas o túneles etc.), se estima imprescindible o conveniente para el mejor desarrollo de la sociedad y de los individuos que la integran, dentro del cual hay que incluir, entre otros, los fines de diversión (corridas de toros, carreras de automóviles etc.). Pero por su lesividad potencial el legislador tolera (o se conforma con) esos focos sólo en la medida en que no excedan de un determinado índice de peligrosidad, y es allí donde sitúa el (como hemos visto, cambiante) nível de lo permitido, prohibiendo (*penalmente*, si ello desemboca en un resultado típico) cualquier desequilibrio que lo eleve por encima de ese nível. Ese desequilibrio se produce por acción cuando mediante un movimiento corporal se incide en el foco de

(45) A veces, y paradójicamente, es el mismo legislador el que impone que el riesgo *no descienda* de un determinado nível, tal como ha establecido para las corridas de toros, donde está *prohibido el* «afeitado» de las astas, a pesar de que éste constituiria una medida de precaución que contendría el peligro para la vida y para la salud de los lidiadores. Y así, el Reglamento de Espectáculos Taurinos, aprobado por Real Decreto 176/1992, de 28 de febrero, dispone en su art. 48: «1. Las astas de las reses de lidia en corridas de toros y noviliadas picadas estarán íntegras. 2. Es responsabilidad de los ganaderos asegurar al público la integridad de las reses de lidia frente a la manipulación fraudulenta de sus defensas. A tal efecto dispondrán de las garantias de protección de su responsabilidad que establece el presente Reglamento.»

peligro transformando lo hasta entonces permitido en prohibido. Y *también* por omisión, porque como el foco de peligro suele tener una tendência expansiva a rebasar el nível de lo permitido, el legislador ha *previsto normativamente* que determinadas personas (médicos, encargados de obras, guardas de paso a nível) apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión. Si, por consiguiente, los focos de peligro sólo están autorizados en tanto en cuanto se mantienen sin sobrepasar un determinado índice y el legislador ha previsto medidas de precaución para evitar ese rebasamiento, entonces *funcionalmente* existe una *equivalência* entre la *desestabilización* del nível de lo permitido *porque una acción* incide en el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado (*adelantamiento* incorrecto, por ejemplo, en la circulación de vehículos), y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una *omisión* porque, en contra de lo *normativamente previsto,* no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo juridicamente tolerado (*no* frenar el autobús ante un semáforo en rojo, arrollando así y matando a un motorista que estaba parado frente a un paso de peatones).[46]

Si lo que caracteriza al grueso de los delitos imprudentes es, de acuerdo con todo ello, la *causación del resultado típico por un foco de peligro que ha rebasado el riesgo permitido*, el *responsable* del resultado será: en el delito culposo de acción quien, *mediante su comportamiento activo*, ha desestabilizado el foco transformándolo de permitido en prohibido; y en el delito culposo de comisión por omisión quien, *al no adoptar una medida de precaución a la que venía obligado*, igualmente ha desestabilizado un foco que, si se hubiera aplicado aquella medida, se habría mantenido dentro del riesgo permitido. Con otras palabras: Si el legislador fomenta, acepta o se resigna con los focos de peligro sólo en la medida en que éstos no rebasan el riesgo permitido, y para alcanzar esa finalidad impone normativamente a determinadas personas que apliquen medidas estabilizadoras de precaución, entonces es obvio que si éstas no se aplican y, con ello, el foco deja de ser permitido, el *responsable normativo* del rebasamiento será precisamente quien estaba encargado especificamente de controlar el foco dentro de los limites tolerados por el ordenamiento jurídico.

c) La renuncia a operar con procesos causales hipotéticos en la comisión por omisión imprudente

Y así como en la acción imprudente, para poderle imputar el resultado, no hay que preguntarse si, suprimiéndola, el resultado desaparecería, porque esa pregunta muchas veces es imposible de contestar, sino sólo si esa acción *efectivamente* ha elevado a prohibido un foco de peligro que, a su vez y *efectivamente*, ha causado el resultado, de la misma manera en la comisión por omisión imprudente, y en contra de lo que mantiene la doctrina dominante, tampoco hay que preguntarse si la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino unicamente si la omisión de aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara *efectivamente* el riesgo permitido (ya que se habría mantenido dentro de éste, si se hubiera adoptado aquella medida) y si, a su vez, ese foco de peligro (ya prohibido) ha causado *efectivamente* el resultado.

d) La intercambiabilidad valorativa entre acción y omisión en el delito imprudente

Estos criterios de equivalencia entre acción y omisión en el delito imprudente

(46) Así el supuesto de hecho de la ya citada (*supra* III D) sentencia del TS de 5 de junio de 1981. A. 2577.

lo son hasta tal punto que casi hacen aparecer al comportamiento activo y al pasivo como intercambiables. ¿Que más da que el sujeto pasivo muera electrocutado porque tocó un cable de alta tensión que el encargado de hacerlo no (omisión) había señalizado preceptivamente, avisando del peligro, o que la descarga eléctrica y la consiguiente muerte tenga su origen en que alguien descuidadamente *retiró* (acción) el cartel que avisaba del peligro del cable: que más da si en los dos casos lo determinante para elevar el riesgo a prohibido ha sido la *ausencia* (allí, como consecuencia de una omisión, y aqui como resultado de una acción) *de la señalización*? [47] ¿Qué diferencia existe entre los supuestos de hecho de las sentencias citadas supra nota 8, donde los accidentes se producen porque los guardas de los pasos a nível no bajan las barreras o no tensan las cadenas cuando se aproxima el tren, y el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 16 de mayo de 1988, A. 3666, donde –¡oh!, sorpresa– la imprudência del guardabarreras no consistia, como es lo habitual, en no (omisión) bajar la barrera levantada cuando iba a pasar una unidad ferroviaria, sino justamente en lo contrario: en *levantar* (acción) la barrera que se encontraba convenientemente bajada, produciéndose, así, el accidente,[48] con lo que la *misma circunstancia* de que el foco de peligro causante del resultado típico hubiera rebasado el riego permitido (tráfico ferroviario *sin que esté cerrado el paso a nivel*) tiene su origen: por una parte, en los supuestos de fiecho de aquellas sentencias, en las correspondientes omisiones (de no bajar la barreras), y, por otra parte, en este último supuesto de la sentencia de 16 de mayo de 1988, en una acción (de levantar la barreras que estaban bajadas)? Todavia un ejemplo más: en el caso de la presa de Tous (v. *supra* nota 9) su desmoronamiento se produjo por «*no haberse aperturado* las compuertas del aliviadero de superficie, ni las demás de los mecanismos integrantes de su sistema de desagüe (salvo la de una toma de aguas para riego) [siendo ese hecho] el determinante o causante de que por ello se produjeran vertidos de importantes caudales o láminas de agua por encima de la coronación de la presa que originaron su paulatina degradación y ruina» (cursivas añadidas); si ello es así, si lo que hace pasar el peligro de permitido a prohibido es la *no apertura* de las compuertas, entonces es *valorativamente evidente* que da lo mismo que esa no apertura haya que reconducirla (tal como sucedió realmente en el caso concreto de la Presa de Tous) a la *comisión por omisión* de *no abrirlas*, que a un eventual caso imaginaria de *acción*, en el que un empleado, por equivocación, cerraría las compuertas cuando éstas se encontraban abiertas.

La equivalencia valorativa entre omisiones y acciones en los tres ejemplos que acabamos de exponer (*no* colocar el cartel de peligro para advertir de la presencia del cable de alta tensión = *retirar*

(47) Con este ejemplo condenso supuestos de hecho como los de las sentencias citadas supra nota 19, donde los accidentes se producen porque se choca contra una obra de cuya presencia, al llegar la oscuridad, no se había advertido con la oportuna colocación de faroles, o como el de la sentencia del TS de 10 de octubre de 1980, A. 3681, en el que un obrero pereció electrocutado al agarrar un asidero de un grupo de soldadura, conectado a 380 voltios, que tampoco estaba convenientemente señalizado con un aviso de peligro.

(48) El guardabarreras, tal como se describe en esa sentencia de 16 de mayo de 1988, realizó «una *acción* tan notoriamente peligrosa como *levantar* la barrera y dejar expedito el tráfico automovilístico sobre una via férrea por la que, en cualquier momento, podia pasar un tren al que, por añadidura, no podia ver a causa de las desfavorables condiciones meteorológicas» (cursivas añadidas).

aquél por descuido; *dejar* levantada la barrera cuando se debe bajar = *levantarla* cuando debe estar bajada; *no abrir* las compuertas que hubieran permitido la entrada en funcionamiento del sistema de desagüe de la presa = *cerrarlas* cuando se encuentran debidamente abiertas) se explica porque lo decisivo no es si la clrcunstancia (por ejemplo, la situación de cierre de las compuertas) que eleva el riesgo de permitido a prohibido tiene su origen en una acción o en una omisión, sino la *presencia misma de esa circunstancia*, independientemente de que haya que atribuiria causalmente a un comportamiento activo o normativamente a uno pasivo.

e) La jurisprudencia española ante el criterio de que la acción omitida habría evitado el resultado

A veces la jurisprudencia, atrapada por la fórmula adaptada de la *conditio sine qua non* de la doctrina dominante, que exige en la comisión por omisión, para que se pueda imputar el resultado, que la acción omitida –con una probabilidad rayana en la seguridad– hubiera evitado el resultado (v. *supra* IV A 1), entra en una línea de argumentación que, en realidad, no tiene salida. Las enfermedades, por ejemplo, que son un foco de peligro con el que el legislador tiene que resignarse, porque le vienen impuestas por la naturaleza, pero que si conducen a un resultado lesivo (muerte, lesiones del paciente) pueden fundamentar una responsabilidad por imprudência cuando los encargados de aplicar medidas (terapéuticas) de precaución (médicos de guardia, facultativos responsables del tratamiento del paciente) omiten ejecutarlas, rebasando entonces el foco el riesgo permitido y convirtiéndose en ilícito, todo ello integra un supuesto de hecho frente al que los Tribunales, en unas ocasiones, tratan de contestar a la irresoluble cuestión de si el tratamiento con aquellas medidas (terapéuticas) de precaución omitidas hubiera evitado la muerte o las lesiones del paciente, y, en otras, se limitan a dejar constancia de su desconcierto. Y así:

aa) En el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 8 de junio de 1989, A. 5054, el niño afectado por un grave accidente escolar, que le produjo una «contusión craneal con conmoción cerebral», fue tratado por el médico responsable del servicio de urgências de un determinado Hospital, que no ordenó que el lesionado quedara ingresado allí, permitiendo que fuera trasladado a su domicílio; ante el agravamento del estado de su hijo, los padres, posteriormente, le ingresaron nuevamente en un establecimiento médico, «en donde se le practicaron intervenciones quirúrgicas que lograron salvar su vida, pero no así evitar las gravísimas secuelas fisicas y psíquicas que padece la víctima». El TS, que condena al médico de guardia por un delito de lesiones imprudentes en comisión por omisión, porque no mantuvo ingresado al niño en el Hospital, aun «sabiendo (por ser hecho notorio) que todo traumatismo craneal necesita un período de observación de bastantes horas», al examinar la cuasicausalidad de la omisión impropia –la acción omitida, según la doctrina dominante, debería haber evitado el resultado– manifesta su perplejidad de la siguiente manera: «Finalmente, tampoco es óbice para casar la sentencia [la sentencia de la Audiencia había sido absolutoria] en el sentido que se ha indicado, el hecho de que no se haya demostrado la relación de causalidad entre la acción [el TS debería decir: omisión] enjuiciada y las lesiones producidas, o, lo que es lo mismo, no podemos saber si de haber tenido lugar el internamiento se hubiera o no causado el mismo resultado lesivo. Esta circunstancia, decimos, no es impedimento para una sentencia condenatoria porque, *en casos como el enjuiciado, no se trata de concretar esa relación causal, de una manera tajante (ello seria imposible), sino de juzgar conductas im-*

prudentes por si mismas que sirvan de lógico vehículo a un desenlace penalmente sancionable» (cursivas añadidas).

bb) En el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 5 de julio de 1989, A. 6091, el médico encargado de atender al paciente, imprudentemente, no diagnostico una peritonitis –e la que posteriormente falleció dicho paciente–, *omitiendo,* en consecuencia, la medida (terapêutica) de precaución de atajar o de disponer que otro atajara el curso de la enfermedad. Al enfrentarse con el problema causal entre omisión y resultado, el TS se pronuncia de la siguiente forma: «... dentro del mundo de las probabilidades *no puede* de ninguna manera *descartarse,* y no debió hacerse, teniendo en cuenta la edad juvenil del enfermo, veintitrés años, y las técnicas médicas y sobre todo quirúrgicas, *el exito de una intervención de este tipo, a tiempo.* Afirmar esto no es incidir en una presunción, conjetura o sospecha, sino llevar a cabo una inferencia coherente con la lógica, con lo que no cabe duda de que, aun cuando concurrieran en el hecho fatal de la muerte, como es normal, una serie de concausas, la conducta del procesado fue contribuidora decisiva del acontecimiento. Ello no implica, como se destaca en el recurso, que se acuda a presunciones o conjeturas. Se trata, en definitiva, de la existência de la relación causal imprescindible para que el delito nazca. La actuación del médico procesado, ahora recurrente, contribuyó con su actuación a un resultado que era previsible y también evitable, *dentro de la relatividad con la que estos conceitos han de manejarse en el campo del Derecho y especialmente del Derecho penal*» (cursivas afiadidas).

cc) Finalmente, y fuera ya de las enfermedades, pero en otro supuesto de un foco de peligro generado por la naturaleza, y que, para que se hubiera mantenido dentro del riesgo permitido, debería haber sido abordado con determinadas medidas de precaución, omitidas por los responsables del caso concreto, la Audiencia Provincial de Valencia, en su sentencia (no publicada) de 23 de octubre de 1990 (caso presa de Tous), asimismo entra en consideraciones sobre lo que habría sucedido si, durante el insólito temporal de agua que estaba descargando sobre el embalse, se hubieran aplicado aquellas medidas de precaución, esto es: si se hubieran abierto las compuertas, concluyendo lo siguiente: «*no puede estimarse probada la inevitabilidad* del resultado sobrevenido, al *no poder considerarse acreditado* que de haberse actuado normativamente y de haberse aperturado de forma cuidadosa y diligente todas las compuertas de los elementos mecânicos del sistema de desagüe de la presa, igualmente, se hubiese subseguido el mismo resultado» (cursivas añadidas).

dd) Los razonamientos de estas tres sentencias, en la lírica de la doctrina dominante de requerir, en la comisión por omisión imprudente y para la imputación del resultado, que la acción omitida hubiera impedido la lesión típica, ponen claramente de manifesto hasta qué punto es irresoluble la tarea. Los Tribunales no pueden retrotraer los acontecimientos al momento en que el niño con el grave traumatismo craneal fue (des)atendido por el médico de guardia, para comprobar si, de haberse iniciado entonces el tratamento médico adecuado, las consecuencias habrían sido distintas, como no pueden, tampoco, dar marcha atrás en el tiempo y poder comprobar así si, intervenido quirúrgicamente a tiempo el enfermo de peritonitis, podría haber salvado o no la vida, como no pueden, finalmente, reconstruir, de manera idêntica a la que tenía antes de su derrumbamiento, la presa de Tous, volver a repetir –y con la misma intensidad– el fenômeno atmosférico de la «gota fria» y el temporal de agua que desencadenó, para apreciar entonces si abriendo las compuertas aquélla se habría desmoronado o no. No pueden; pero tampoco tienen por qué hacerlo. Pues no se ve la razón por la cual hay que exigir en

el delito de comisión por omisión imprudente unos requisitos que no se piden para el delito de acción: si para la imputación de la muerte imprudente a la *venta* de un producto venenoso en el que no aparece ninguna indicación sobre su toxicidad es irrelevante el hecho de que, aunque se hubiera entregado con la etiqueta preceptiva, tal vez se hubiera producido también el mismo resultado, importando unicamente que el foco de peligro (producto tóxico), por encima del riesgo permitido a consecuencia de una acción negligente (*venta sin aquella etiqueta reglamentaria*), haya causado efectivamente la muerte del consumidor, entonces en los tres casos jurisprudenciales de omisión que acabamos de exponer lo único relevante para imputar el resultado debe ser que tres focos de peligro (traumatismo craneal, peritonitis, temporal de agua que se derrama sobre una presa), por encima del riesgo permitido a consecuencia de la *no* aplicación de medidas de precaución (vigilancia médica del traumatismo, intervención quirúrgica del enfermo de peritonitis, apertura de las compuertas de desagüe), han causado efectivamente y sin duda los correspondientes resultados típicos.

3. Los controles del foco de peligro

El legislador, como hemos señalado anteriormente, bien se resigna con los focos de peligro, porque vienen generados por la naturaleza, bien incluso los promociona, porque son necesarios para el desarrollo y para el progreso de la sociedad. Pero se resigna con ellos o los promociona sólo en tanto en cuanto se mantienen dentro del riesgo permitido, y para alcanzar ese objetivo prevé que determinadas personas apliquen medidas de precaución, por lo que si aquéllas permanecen inactivas y el foco sobrepasa entonces ese riesgo permitido causando un resultado típico, esa abstención integrará una comisión por omisión imprudente, ya que el *responsable normativo* de la conversión del peligro de lícito en prohibido será naturalmente quien estaba encargado de controlar que ello no sucedera.

El *control* puede ser, por una parte, *en origen*, cuando se establece para conseguir que el foco de peligro sea *puesto en funcionamiento* dentro de los limites del riesgo permitido. Y puede ser, también, *posterior*, cuando se encomienda a determinadas personas la aplicación de medidas de precaución para evitar que, a consecuencia, por ejemplo, del deterioro natural de las cosas o de un comportamiento fortuito, imprudente o incluso doloso de un tercero, el foco, después de haber sido puesto en funcionamiento, rebase el nível de peligro juridicamente tolerado.

a) Controles en origen

aa) Con el control en origen del foco de peligro cuando va a *ser puesto en funcionamiento* nos hemos encontrado ya en varios de los supuestos con los que hemos estado operando a lo largo de este artículo: la venta de un producto tóxico, la transfusión de sangre a un paciente, la excavación de una zanja o la entrega a las operarias de un determinado material, todos esos focos de peligro requieren juridicamente la aplicación de unas medidas de precaución para que puedan entrar en actividad. Cuando el responsable de adoptar las medidas es *la misma persona* que, posteriormente, pone en circulación el producto, como sucede en el caso de los «pelos de cabra» (v. *supra* nota 28), entonces, y como ya se ha indicado [*supra* II C 2 a)], si las medidas de precaución no se aplican, no estamos ante un delito de omisión, sino ante uno de acción; pues esa inactividad previa sólo puede ser concebida como una –penalmente irrelevante– omisión de medidas de precaución sin más, pero no como una omisión de evitar que un comportamento humano cause, mediante un foco de peligro no permitido,

un resultado típico; pues como el propietario de la fábrica de cepillos sigue *manteniendo el control del producto peligroso* después de no haberlo desinfectado, la causa de que éste llegue a las operarias, y produzca su muerte, no es aquella inactividad –que obviamente no puede ser entendida como la omisión del fabricante de evitar su *propio* comportamiento posterior activo–, sino la *entrega efectiva* de los «pelos de cabra» cuya manipulación condiciona los resultados típicos.

bb) La situación varia cuando el control en origen está asignado a *otras personas distintas* de las que (con obligación asimismo de controlar el foco de peligro, o sin esa obligación) ponen a aquél –mediante un comportamiento activo– en circulación. En tal caso, los encargados de aplicar las medidas de precaución (por ejemplo, responsables de un Hospital que no compran el instrumental necesario ni dan las instrucciones precisas para que se efectúe el test anti-SIDA del plasma que se va a transfundir, encargados de controlar que las conservas o el agua mineral no salgan deteriorados de las plantas de envase) que no cumplen con su deber, responden, en comisión por omisión, de los resultados típicos –muerte, lesiones– causados a, respectivamente, enfermos o consumidores, ya que normativamente, y a consecuencia de su inactividad, son los responsables de que el foco de peligro causante del menoscabo de bienes jurídicos haya rebasado el riesgo permitido. Los que en última instancia y *mediante una acción* causan materialmente el resultado típico responderán de éste sólo en el caso de que también estuvieran obrigados a controlar, por su parte, el foco, algo que no sucede en ninguno de los dos ejemplos que acabamos de exponer: si no concurren circunstancias excepcionales, ni el médico que transfunde tiene por qué desconfiar –ni, consiguientemente, revisar– la sangre que le proporciona el Servicio de Hematología de un Hospital, ni el dependiente de la tienda de ultramarinos está obligado tampoco a controlar el contenido de las conservas y del agua mineral que vende, entre otras razones, porque si, para comprobar si estaba o no deteriorado su contenido, tuviera que abrir cada una de las latas o desprecintar todas las botellas de agua mineral que suministraba a sus clientes, automaticamente convertiría en inservible su mercancia y en inviable la explotación de su negocio.

b) Los controles posteriores

Una vez que el foco se ha generado, bien por accidente, bien por una actividad humana, y para mantenerlo dentro del riesgo permitido, se establecen servicios de vigilancia que pueden clasificarse, en función de la mayor o menor peligrosidad del foco y sin ánimo de ser exhaustivos, en: permanentes, periódicos o facultativos.

aa) Controles permanentes

Cuando el foco encierra un alto e ininterrumpido peligro de exceder del riesgo permitido, el control que se establece tiene carácter permanente.

Al médico-anestesista, por ejemplo, le corresponde un control continuo sobre el peligro al que está expuesto un paciente objeto de una intervención quirúrgica; por ello, si el facultativo –por desatención o porque, como sucede la mayor parte de las veces en las que el TS se ha ocupado de estos supuestos,[49] se ausenta para atender

[49] Sobre la doctrina jurisprudencial, cfr., entre otras, las siguientes resoluciones del TS:

Sentencia de 1 de diciembre de 1989, A. 791 (dei Repertorio de 1990): «... [el médico-anestesistal volvió a ausentarse del quirófano de nuevo y hubo de ser buscado por la enfermera y tras una tercera ausencia de más de diez minutos, cuando volvió de nuevo a su puesto en la operación, en los momentos finales de la misma, al mirar la

a otro enfermo– deja de aplicar la oportuna medida de precaución, bien en quirófano, bien cuando el operado se encuentra todavia inconsciente en la Sala de Despertar, y, a consecuencia de ello, el foco entra en la esfera de lo prohibido causando un resultado típico de muerte o lesiones, aquélla o éstas les serán imputables a título imprudente en comisión por omisión.

Además del que acabamos de exponer, pueden mencionarse, como ulteriores ejemplos de obligación de control permanente, aquel al que están sometidas las centrales nucleares [50] y el que se ejerce

pantalla del monitor vio que la señal electrocardiográfica daba plana, y cuando levantó los paños del campo operativo, descubrió que el tubo nasotraqueal que suministraba oxigeno al paciente estaba desconectado, lo que provocó a la víctima el que quedara descerebrado y en estado crónico vegetativo, hasta su posterior fallecimiento. Es evidente que el hecho de no preocuparse en examinar con la debida atención el monitor y comprobar *constantemente* lo que reflejaba su pantalla, que le proporcionaba la señal electrocardiográfica indicadora del estado del paciente, representa una imprudencia temeraria profesional» (cursivas añadidas).

Auto de 16 de octubre de 1992, A. 8329, en el que en un supuesto de hecho donde el anestesista «entró y salió constantemente del quirófano», presentándose «un paro cardiorrespiratorio [cuando] el enfermo estaba desatendido con incumplimiento de sus obligaciones [de aquél]», resultando lesionado, el TS hace suyo el argumento de la sentencia de instancia de que "esta vigilancia *constante y permanente del* enfermo fue, en efecto, omitida por el Dr. V. [el anestesista] y esa omisión infringe una norma sociocultural de cuidado que integra y completa el ilícito de la imprudência» (cursivas añadidas).

Sentencia de 18 de septiembre de 1992, A. 7187, en la que se condena por imprudencia a la doctora-anestesista por dejar «solo [al paciente] en la Sala de Despertar sin encomendar a nadie su vigilancia», siendo así que «el paciente [estaba] necesitado de *ininterrumpida* vigilancia» (cursivas añadidas).

Sentencia de 7 de julio de 1993, A. 6057: El «abandono del área del quirófano –por la anestesista– de un paciente no motorizado está en conexión causal y directa con la falta de oxigenación cerebral que pasó inadvertida durante unos minutos y que desencadenó todas las consecuencias arriba descritas; todo ello revelaba, además, grave negligencia y una patente falta a las normas de cuidado inherentes a su especialización que exigían un *control y vigilancia, siempre efectiva*, sobre la situación del operado y de sus constantes biológicas» (cursivas añadidas).

Sentencia de 22 de abril de 1994, A. 3357: «La cuestión que se debate en este motivo se ciñe a la intensidad de la negligencia del acusado, y contraída al hecho –que se declara probado en la sentencia de instancia– de la falta de *vigilancia constante y permanente* de la recién operada cuando permanece en lo que se llama "Sala de Despertar". Si la ausencia del acusado, cuando interviene en la siguiente operación, se produce, como queda perfectamente recogido en la sentencia, cuando la operada no había recuperado aún la consciência, ello supone la vulneración de las más elementales medidas de precaución y cuidado por parte de quien es responsable de controlar el siempre peligroso instante de la recuperación de los efectos de la anestesia... Resulta incuestionable que el hecho de que se hubiese retrasado la recuperación de la consciência entrañaba un toque de alarma que exigia extremar todas las medidas precautorias, y especialmente esa *constante presencia, con un seguimiento continuo* de su evolución, faltando, de modo palmario a la más elemental prudencia cuando se ausentó, dejando sin asistencia a la recién operada, especialmente cuando la recuperación era anormal» (cursivas añadidas).

(50) Cfr. art. 70.2 del Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, aprobado por Decreto 2869/1972, de 21 de julio: «En el caso concreto de instalaciones nucleares de la categoría a) del artículo tercero [scil. de centrales nucleares] se establecerá un *servicio permanente*,

por los controladores aéreos sobre el tráfico de los aeropuertos.[51]

En todos estos casos son fáciles de construir, nuevamente, supuestos en los que *la equivalência valorativa entre acción y omisión aparece evidente*: el controlador responderá por imprudência de las consecuencias de un accidente aéreo, y con toda justicia, tanto si aquél tiene su origen en la instrucción equivocada que le dio (acción) al piloto del avión siniestrado, como en la no (omisión) advertencia de que existia un obstáculo con el que posteriormente colisionó el avión.

bb) Controles periódicos

A diferencia de los supuestos que acabamos de examinar, otras veces el foco no presenta una amenaza continuada de convertirse en prohibido, por lo que son suficientes revisiones periódicas (más o menos espaciadas en el tiempo, en función de la mayor o menor tendência del foco a desequilibrarse) para comprobar que se mantiene establemente dentro del riesgo permitido.

De acuerdo con ello, se establecen controles periódicos para asegurar que no se ha rebasado el riesgo permitido, o, en su caso, y si en el intervalo entre los controles preceptivos lo ha rebasado, para reintegrarlo al nivel autorizado mediante la aplicación de medidas de precaución, revisiones que pueden tener, según la naturaleza del foco y por mencionar sólo unos ejemplos significativos, una periodicidad diaria –así, para los andamios en los trabajos de construcción,[52] y para las entibaciones en la excavación de pozos, zanjas, galerias y similares [53] –, o anual –así, para los locales de espectáculos bajo la vigencia del Reglamento de Espectáculos Públicos, aprobado por Orden de 3 de mayo de 1935 [54] –, o bianual –así, para los

compuesto de un Supervisor y un Operador, desde el instante en que se comience la carga del combustible, independientemente de cuál sea el estado de funcionamiento de la instalación. *El Supervisor de servicio no pairá ausentarse de la instalación.* El Operador de servicio *no pairá abandonar la sala de control* sin autorización del Supervisor y *sin que sea sustituido* por éste u otro Operador con licencia».

(51) Cfr. apartado 4.5.4.1 del Reglamento de Circulación Aérea, aprobado por Real Decreto 73/1992, de 31 de enero: «Los controladores de aeródromo mantendrán *vigilancia constante* sobre todas las operaciones visibles de vuelo que se efectúen en el aeródromo o en sus cercanias, incluído de las aeronaves, vehículos y personal que se encuentren en el área de maniobras, y controlarán ese tránsito de acuerdo con los procedimientos que aqui se formulan y con todas las disposiciones aplicables de tránsito aéreo».

(52) Cfr. art. 21 de la Ordenanza de Trabajo en la Construcción, Vidrio y Cerámica, aprobada por Orden de 28 de agosto de 1970: «Antes de su primera utilización, todo andarmo será sometido a la práctica de un reconocimiento y a una prueba a plena carga por persona competente, delegada de la Dirección técnica de la obra, o por ésta misma, en su caso. Los reconocimientos se repetirán *diariamente*, y las pruebas, después de un período de mal tiempo o de una interrupción prolongada de los trabajos, y siempre que, como resultado de aquéllos, se tema por la seguridad del andamiaje», y, para la aplicación de ese precepto a un supuesto de imprudência con tres resultados de muerte, la sentencia del TS de 14 de mayo de 1985, A. 2488.

(53) Cfr. art. 254 de la Ordenanza citada en la nota anterior: «En esta clase de trabajos [pozos, zanjas, galerias y similares] se establecerán las fortificaciones y revestimientos para contención de tierras que sean necesarias, a fin de obtener la mayor seguridad para el personal. Las entibaciones habrán de ser revisadas *al comenzar la jornada de trabajo*», y, para la aplicación de ese precepto a un supueste de imprudencia con dos resultados de muerte, la sentencia del TS de 15 de junio de 1985, A. 3012.

(54) Dada la aglomeración de personas que puede producirse en un local de espectáculos, ello

ascensores instalados en edificios industriales y lugares de pública concurrencia [55] –, o cuatrienal –así, para los ascensores instalados en edificios de más de veinte viviendas o con más de cuatro plantas servidas.[56]

cc) Controles facultativos

Los controles facultativos –atribuidos, por lo general, a las Administraciones central, autonómicas o municipales– suelen tener por objeto focos de peligro que se encuentran *bajo la dependência directa de particulares*, quienes son, por consiguiente, los primeros responsables de que aquél no sobrepase, por acción o por omisión, el riesgo permitido. Con la superposición de una vigilancia administrativa se intentan alcanzar dos objetivos: en primer lugar, que ante la amenaza permanente de una eventual inspección, los particulares, por el temor a ser sancionados [normalmente, con carácter administrativo],[57] adopten las medidas de precaución previstas; y, en segundo lugar, que en aquellos supuestos en que una inspección efectivamente realizada ponga de manifesto esa infracción de las normas de diligencia, las irregularidades sean corregidas, reconduciendo entonces la Administración el peligro a los limites juridicamente tolerados.

Pero a la vista de la multitud de focos de peligro existentes que caen dentro de las revisiones facultativas, lo que naturalmente no se puede exigir es que los inspectores tengan el don de adivinar el futuro y que inspeccionen, precisamente, *aquel foco de peligro del que se va a derivar una accidente imprudente*: los controles facultativos, como su propio nombre indica, establecen *una facultad, pero no una obligación* de control, por lo que, en abstracto, tampoco pueden fundamentar un delito imprudente de comisión por omisión: no se puede hacer responsable, por ejemplo, de un delito imprudente por omisión al guardia civil de tráfico de la comandancia más próxima, por no estar presente *justamente* en el tramo de la carretera donde, por la noche, circulaba un vehículo con los faros apagados que posteriormente provocó un accidente. En consideraciones de esta naturaleza se basó la sentencia (no publicada) de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 1994 [caso Alcalá 20, v. *supra* III C 2 b)] para absolver al –en el momento de los hechos– Concejal de Seguridad del Ayuntamiento de Madrid, Emilio García Horcajo; pues ciertamente

constituye un foco de peligro ante la eventualidad de un incendio, por lo que se hacen precisas numerosas medidas de precaución, tanto para conseguir atajar el fuego (presencia de mangueras y de extintores), como para que no se extienda (obligación de ignifugar los materiales empleados), como para que sea posible que los asistentes puedan alcanzar rapidamente la via pública (salidas de emergência y vias de evacuación en un determinado número y con unas determinadas características). El art. 3.º del Reglamento de 1935 ordenaba una inspección anual de los locales, fundamentalmente para comprobar si se cumplían las normas de prevención de incêndios, y, en función de esa comprobación, se otorgaba o no la licencia (anual) de temporada, imprescindible para que el espectáculo pudiera seguir estando abierto al público. El control periódico anual del Reglamento de 1935 ha sido sustituido por un control facultativo en el Reglamento de 1982 [v. inmediatamente *infra* cc)].

(55) Cfr. apartado 16.1.3.4 de la Instrucción Técnica Complementaria MIEAEMI del Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención referente a ascensores electromecánicos, aprobada por Orden de 19 de diciembre de 1985, y modificada por Órdenes de 23 de septiembre de 1987 y de 12 de septiembre de 1991.

(56) Cfr. la disposición citada en la nota anterior.

(57) Cfr., sin embargo y excepcionalmente, *supra* nota 31.

que el servicio municipal de prevención de incêndios tenía, de acuerdo con el artículo 46.4 del Reglamento General de Policia de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, de 1982, *facultades* para inspeccionar locales de espectáculos («... los servicios técnicos municipales *podrán* realizar cuantos reconocimientos y visitas de inspección consideren necesarios para comprobar las condiciones de seguridad e higiene y el funcionamiento de instalaciones y servicios [de las instalaciones destinadas a espectáculos o actividades recreativas]»); [58] pero teniendo en cuenta que en Madrid existen más de 300.000 locales dedicados a esas actividades (discotecas, cines, teatros, bares, cafeterías etc.) lo que obviamente le era imposible al Concejal era adivinar que uno de ellos, en concreto, la discoteca «Alcalá 20», no cumplía con las normas de prevención de incendios, que, además, iba a arder, y que el incendio se iba a producir precisamente en la madrugada del 17 de diciembre de 1983, por lo que tendría que haber ordenado que se girase una inspección antes de esa fecha.[59]

De acuerdo también con estos criterios, la sentencia del TS de 26 de marzo de 1994, A. 2599, absuelve al Teniente de Alcalde y al Jefe de la Policia Local del Ayuntamiento de Córdoba del incendio y de las muertes imprudentes de las personas que perecieron abrasadas, que les habían sido imputadas a aquéllos, en comisión por omisión, por la Audiencia Provincial. Ésta había fundamentado su sentencia condenatoria en que los dos acusados no habían intervenido para retirar unos coches mal aparcados en una via peatonal, y en que, con ello, habrían «dejado de adoptar la más mínima medida para evitarlo [el

(58) Los controles administrativos son, en cambio, preceptivos, de acuerdo con los arts. 40.3 y 47.1 del Reglamento de 1982 cuando el local se pone en funcionamiento (control en origen) o cuando ha estado cerrado un mínimo de seis meses.

Art. 40.3: «Tal licencia [preceptiva para la apertura de todo local de nueva planta o reformado destinado a espectáculo o actividades recreativas] *tendrá por objeto comprovar* que la construcción o la reforma y las instalaciones se ajustan integramente a las previsiones del proyecto previamente aprobado por el Ayuntamiento al conceder las licencias de obras a que se refiere el artículo 36 de este Reglamento, especialmente en aquellos aspectos y elementos de los locales y de sus instalaciones *que guarden relación directa con las medidas de seguridad*, sanidad y comodidad de obligatoria aplicación a los mismos.»

Art. 47. 1: «Sin perjuicio de las facultades inspectoras permanentes de los Gobernadores Civiles y los Alcaldes, éstos *ordenarán el reconocimiento preceptivo* de los locales destinados a espectáculos o recreos públicos, cuando, tras haber permanecido cerrados durante seis meses como mínimo, pretendieran comenzar o reanudar su actividades, *afin de comprobarsi subsisten las medidas de seguridad* y sanidad que fueron tenidas en cuenta para la concesión de la licencia de apertura y funcionamiento.»

(59) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid fundamenta la absolución de García Horcajo, entre otras, en las siguientes consideraciones: «En el caso de autos el procesado García Horcajo no adquirió la condición de garante... En el caso de autos se derivaria de una disposición legal, que no es otra que el art. 46.4 del Reglamento del 82 ...; pero este artículo *no impone una obligación de inspeccionar, sino una facultad*, por lo que el procesado no estaba sometido a ningún deber jurídico concreto de actuar. El Reglamento de 1982 atribuye facultades inspectoras a los Ayuntamientos, pero sólo impone la obligación de inspeccionar en el art. 47. 1, referente a los locales que han estado cerrados seis meses como mínimo y pretenden reanudar su actividad, que no era el caso de la discoteca Alcalá 20. Por ello no puede hablarse de delito de imprudencia temeraria en la actuación de García Horcajo» (cursivas añadidas).

estacionamiento prohibido], siendo esto lo que impidió el paso de los vehículos de bomberos, lo que originó un retraso determinante, de forma altamente decisiva del fallecimiento de las víctimas [que estaban dentro del edificio incendiado]». La sentencia de la Audiencia de Córdoba desconoce que siendo, como es, *facultativo* el control municipal de los coches mal estacionados no se entiende sobre qué base la policía local, de entre los cientos o los miles de vehículos incorrectamente aparcados aquella noche en Córdoba, tenía la obligación de comprobar aquellos que –como sólo pudo ponerse de manifesto *a posteriori*– iban a dificultar el paso de los bomberos que iban a acudir a apagar un incendio justamente en aquel edificio de la ciudad. Como afirma con toda razón el TS al casar la sentencia de instancia, «lo que se les imputa [al Teniente de Alcalde y al Jefe de la Policía local[es una omisión», y ésta exige (lo que el Tribunal de instancia, porque el control era facultativo, fue incapaz de fundamentar) «establecer cuál era el deber de cuidado específico infringido».

dd) Resumen

La existência (autorizada) de focos de peligro requiere muchas veces, para que éstos no rebasen el riesgo permitido, la creación de instancias de control encargadas de mantener a aquéllos dentro de los limites juridicamente tolerados.

A la persona que incumple su obligación de controlar originaria o posteriormente (de forma permanente o periódica) el foco, entrando éste en la esfera del riesgo prohibido y causando un resultado tipico, se le imputará ese resultado en comisión por omisión, en cuanto que es ella la responsable normativa (de haberse adoptado las medidas de precaución omitidas, el foco habría seguido siendo uno permitido) de la situación antijurídica creada.

Los controles facultativos, en cambio y en principio, no fundamentan una comisión por omisión: estos controles tienen un carácter meramente preventivo-general para conseguir, en lo posible, que, mediante la amenaza de una eventual (pero no preceptiva) inspección, los responsables directos del foco (por lo general, personas particulares) apliquen las medidas de precaución necesarias para que no traspase los limites de riesgo tolerado. Pero a los inspectores (por lo general, funcionarios de la Administración) encargados de los controles facultativos no les corresponde la (imposible) misión de adivinar, de entre la multitud de focos sometidos a su competencia, cuál va a ser aquel que precisamente se va a desestabilizar y que, por consiguiente, habría que revisar: como este dato sólo se pone de manifesto *a posteriori*, por ello tampoco puede convertir lo que es una mera facultad en una obligación de control de ese foco específico.

V. Algunas consideraciones sobre la comisión por omisión en general

Una vez determinadas las características de la comisión por omisión imprudente y explicado el fundamento de por qué, cuando aquéllas concurren, equivale realmente a una acción, hasta el punto de que, con los critérios que hemos establecido, los comportamientos imprudentes activos y pasivos aparecen como normativamente intercambiables, podríamos concluir el presente artículo, ya que ha quedado cubierto el estudio de los temas enunciados en su título: causalidad, omisión e imprudencia.

Pero las consecuencias que se extraen de los princípios a los que hemos llegado en las páginas anteriores van, naturalmente, más allá de la estricta omisión imprudente impropia, y, por ello, no quiero terminar este trabajo sin hacer algunas breves consideraciones sobre la comisión por omisión en general.

A. *La reducción de la comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de un foco de peligro preexistente*

Como al lector no le habrá pasado inadvertido, hasta ahora he evitado utilizar, en lo posible, la expresión garante. Ello obedece a que el ámbito de los posible sujetos activos de una comisión por omisión, de acuerdo con la tesis que aqui se mantiene, es *mucho más restringido* que el de la teoria dominante. Mientras que para ésta garante, y, consiguientemente, persona a la que le es imputable el resultado sobrevenido como si lo hubiera causado mediante una acción, lo es quien está obligado *extrajurídico-penalmente* a velar por la integridad de un interés penalmente protegido, independientemente de que éste sea lesionado como consecuencia de la desestabilización de un foco de peligro o de una amenaza repentina para el bien jurídico no reconducible a un foco de peligro preexistente (la mujer sufre de improviso un infarto o va a ser asesinada, y el marido no interviene),[60] en mi opinión sólo en el primer caso estamos ante una omisión impropia, mientras que en el segundo el omitente sólo responderá, en su caso, de una *omisión propia* de los arts. 489 ter o 338 bis.

De todas formas, mi concepción de foco de peligro no coincide exactamente –como hemos visto ya (IV D 2 b) y volveremos a ver *infra* D– con la de Armin Kaufmann: [61] considero que existe una fuente de peligro capaz de generar una comisión por omisión si el vigilante (o garante) no aplica las medidas de precaución preceptivas, tanto cuando se trata de una fuente que puede menoscabar bienes jurídicos *en principio indeterminados* (la no bajada de las barreras en un paso a nivel puede suponer la muerte o lesiones de *cualquier* ocupante de un automóvil que vaya a cruzar cuando pasa el tren), como cuando se trata de un *bien jurídico determinado* –aqui discrepo del concepto de Kaufmann de fuente de peligro que, por su desamparo, se ha convertido en una fuente de peligro que exige protección (un niño pequeño es una fuente de peligro *para sí mismo* que debe ser vigilada, por ejemplo, dándole de comer, ya que él es incapaz de alimentarse).

B. *La comisión por omisión como* constancia *de que un foco de peligro desestabilizado ha causado el resultado*

La reducción de la posición de garante fundamentadora de una comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de una fuente de peligro trae consigo que, en

(60) Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pág. 283, a quien posteriormente ha seguido la doctrina dominante, fue el primero que dividió las posiciones de garante según que consistieran en «la vigilancia de una determinada fuente de peligro», en cuyo caso es *indiferente cuáles son, en particular, los bienes jurídicos concretos a los que les amenazan peligros procedentes de esa fuente*, y aquellas otras en las que el garante está encargado «de la *defensa de un bienjurídico absolutamente determinado* contra cualquier ataque, independientemente de cuál sea su procedencias» (cursivas añadidas). Pero esta distinción la establece KAUFMANN sólo con fines formares de carácter clasificatorio y didáctico, *sin que de ella se haya extraído hasta ahora ninguna consecuencia material*. En cambio, según la tesis que aqui se mantiene, sólo en el primer caso, cuando la omisión del vigilante de la fuente de peligro convierte a éste de lícito en prohibido, estamos ante una omisión impropia, mientras que en los supuestos de infracción de deberes (extrapenales) de asistencia frente a un bien jurídico determinado la responsabilidad penal no puede exceder, en el peor de los casos, de una omisión propia.

(61) V. otra vez la nota anterior.

contra también de la doctrina dominante, la imputación del resultado al omitente no se haga depender ya del recurso a procesos causales hipotéticos, por definición y porque no han sucedido en la realidad, imposibles de determinar: la pregunta a formular no es ya si la acción omitido *hubiera* (con mayor o menor probabilidad) evitado el resultado, sino si *consta* que una inactividad –al no haberse aplicado una medida de precaución preceptiva– ha *transformado* (normativamente) un foco de peligro de permitido en proibido, y si *consta* igualmente que ese foco de peligro (ilícito ya) ha *causado materialmente* el resultado.

C. *La sustitución de la fórmula de que la acción omitida hubiera evitado el resultado por la de que hubiera disminuido el riesgo de lesión*

En parte como consecuencia del callejón sin salida al que conduce la fórmula adaptada a la comisión por omisión de la *conditio sine qua non* –que, como hemos visto (IV A 3), nunca puede ofrecer la certeza, sino, en el mejor de los casos, una altísima *probabilidad* de que la acción omitida hubiera evitado el resultado–, un sector minoritario de la doctrina [62] ha decidido, aparentemente, hacer de la necesidad virtud y sustituye el requisito de que la acción omitida, con una probabilidad rayana en la seguridad, hubiera evitado el resultado por el de que la acción omitida hubiera *disminuido* el peligro de lesión del bien jurídico, aplicando este principio tanto a los casos de garante por vigilancia de fuente de peligro como de protección de un bien jurídico concreto.

Esta teoría, que permite fundamentar consecuentemente, sin las contradicciones de la doctrina dominante, por qué el marido que no auxilia a la mujer enferma o que va a ser asesinada responde de un delito consumado contra la vida en comisión por omisión (en ambos supuestos la acción de auxiliar omitida por el cónyuge habría disminuido el peligro de fallecimiento de la esposa), y que, en cierto modo, supone una transposición al delito de omisión de la teoria de Roxin del aumento del riesgo,[63] ha sido combatida por la doctrina dominante con la objeción de que, por una parte, es incompatible con el principio *in dubio pro reo* y de que, por otra, convierte *contra legem* a todos los delitos de lesión en delitos de peligro (o a los que, como mucho, deberían ser frustrados en consumados).[64] Y ha sido combatida con razón.

(62) Sus principales representantes son *Stratenwerth* (*cfr. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 3.ª ed., Berlín-Bonn-Munich, 1981, pp. 277-278: «... basta la omisión de una acción que hubiera disminuido el peligro que lievaba a la lesión del bien jurídico» y RUDOLPHI (v. *SK StGB I*, 6.ª ed., cerrada en septiembre de 1993, antes del § 13 núm. marginal 16: el resultado es imputable a la omisión «cuando simplemente consta que la acción omitida hubiera disminuido inequívocamente el peligro que amenazaba al bien jurídico».

(63) V. *supra* IV B 1. ROXIN no se ha pronunciado sobre si está de acuerdo o no con esa transposición a la comisión por omisión de su teoria del aumento del riesgo. Si se ha pronunciado, en cambio, su discípulo SCHÜNEMANN, defensor de la teoria del aumento del riesgo en el delito imprudente de *acción* (cfr. «Modeme Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits– und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, pp. 648 ss.), quien niega tajantemente que esa teoria pueda ser transpuesta a la comisión por omisión (v. *JA*, 1975, p. 655).

(64) Cfr., en este sentido y entre otros, SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 655; SEELMANN, *AK StGB I*, Neuwied, 1990, § 13 núm. marginal 61; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín-Nueva York, 1991, p. 794; ERB, *Rechtmässiges Alternativverhalten undseine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Berlín 1991, p. 145 y passim; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, p. 130.

Como tanto Stratenwerth como Rudolphi parten, con la doctrina dominante, de que existe una comisión por omisión (imprudente o dolosa), independientemente de si el «garante» és el vigilante de una fuente de peligro o de si sólo le incumbe –sin foco de peligro preexistente– un deber genérico extrapenal de velar por un determinado bien jurídico, en este último caso imputarían el resultado a quien no auxilia a un pariente repentinamente enfermo, con tal de que la acción omitida (de auxilio) hubiera disminuido el peligro de lesión. Pero si el critério más estricto de la doctrina dominante de la probabilidad rayana en la seguridad no consigue superar la objeción de que esa omisión no puede equivaler a una acción –porque en ésta se exige la *absoluta seguridad causal*, no bastando la creación de un mero riesgo para el bien jurídico, si no consta que ese peligro és el que ha desembocado en una lesión– (v. *supra* IV A 3), con mayor motivo habrá que negar la equiparabilidad con un delito de acción en la omisión de aquellas acciones que unicamente hubieran disminuido el riesgo de producción del resultado, esto és: que *ni siquiera* llegan a alcanzar el nível de que lo hubieran impedido con una altísima probabilidad.

D. El delito doloso *de comisión por omisión*

Naturalmente que también existen delitos dolosos de comisión por omisión. Pero como en los delitos imprudentes, la cuasicausalidad de la omisión impropia dolosa no puede consistir tampoco en la hipótesis –más o menos probable– de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino que hay que exigir –al igual que en el delito doloso de acción– la seguridad de que, como consecuencia normativa de la desestabilización, por inactividad, de un foco de peligro, éste haya desembocado *con seguridad* (aspecto objetivo) y, en este caso, intencionadamente (aspecto subjetivo del tipo doloso) en un resultado típico.

De lo expuesto se sigue una *drástica reducción*, frente a la doctrina dominante, *del ámbito de los delitos dolosos de omisión impropia*, en cuanto que *quedan al margen de éstos y sólo pueden ser sancionados, en su caso, como una omisión propia*, todos aquellos supuestos en los que el omitente no está al cuidado de una fuente de riesgo, produciéndose el resultado por una amenaza súbita para un determinado bien jurídico cuya lesión no era previsible, por lo que nadie estaba previamente encargado de vigilar un *ex ante* inexistente foco de peligro.

El delito *doloso de acción* contra la vida consiste en que, por ejemplo y mediante un disparo, la mujer o el hijo condicionan *con toda seguridad* la muerte de, respectivamente, el esposo o el padre, quedando descartada la imputación del resultado si existe la *mínima duda* sobre si la conducta ha influído cientificonaturalmente en el resultado (v. *supra* IV A 2). Por ello, y paralelamente, *no puede equivaler a esa acción* –por ejemplo y para acudir a dos casos ya conocidos y paradigmáticos de comisión por omisión para la doctrina dominante– una inactividad consistente en no intervenir para proteger al marido o al padre de un infarto o frente a un delito contra la vida que va a cometer un tercero, ya que *no se puede tener la seguridad* de si la acción omitida hublera evitado o no el resultado letal.

Si no concurren circunstancias excepcionales a las que luego me referiré, los miembros que conviven dentro de una família no pueden ser considerados como, por así decirlo, «focos de peligro andantes», al borde de una desestabilización que debería ser contrarrestada en cualquier momento con una medida de precaución, y necesitados, por ello, de una vigilancia especial encomendada a otros parientes: si la muerte de uno de ellos se produce a consecuencia de un ataque al corazón, a éste habrá que reconducir el fallecimiento

y la omisión de auxilio de sus familiares no pasará de ser un comportamiento pasivo que *tal vez* –pero no con seguridad– hubiera evitado el resultado, ni pasará de ser, con ello, una omisión propia; pero esa inactividad no puede entenderse –lo que sería necesario para fundamentar una comisión por omisión y, con ello, la imputación del resultado– como la omisión de una medida de precaución desestabilizadora de un foco de peligro preexistente que ha desembocado en una muerte.

La anterior conclusión, alcanzada sobre la base de tos critérios de identidad que hacen plausibles la equiparación de una omisión a una acción, se ve confirmada también con consideraciones de otra naturaleza. Por una parte y *lingüísticamente*, porque de la esposa que no reacciona ante una grave y repentina enfermedad del marido no se puede decir, razonablemente, que le ha «matado» –le ha «matado» la enfermedad–, lo que, desde el punto de vista del principio de legalidad, hace imposible subsumir ese comportamiento pasivo en el artículo 405 que requiere «matar a] cónyuge»; y por otra parte y *valorativamente*, porque obviamente no es lo mismo –y, por consiguiente, ambos casos no pueden ser sancionados indiferenciadamente con la pena de reclusión mayor prevista para el parricidio– el comportamiento activo de la mujer que pega un tiro al marido y el pasivo de *aprovechar* la circunstancia inesperada de una enfermedad súbita para ver si, así, puede liberarse del cónyuge al que aborrece.

De lo expuesto se deduce que *únicamente* existe una comisión por omisión dolosa cuando el *encargado de vigilar un foco de peligro preexistente*, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza *intencionadamente* condicionando dicho foco *con toda seguridad* el resultado típico.

De acuerdo con ello y por ejemplo, responderá a título de *dolo*, por los eventuales resultados de muerte, lesiones o daños producidos, el guarda de paso a nível que, *para provocar el accidente*, no baja las barreras antes del paso del tren, y a título de *dolo* también el anestesista que, *con intención* de causar la muerte del paciente, permanece impasible, sin hacer nada para ayudarle, cuando advierte en la pantalla del monitor que están surgiendo complicaciones: en todos estos supuestos la ausencia de una medida de precaución preceptiva ha transformado, en estos casos dolosamente, un foco de peligro de permitido en prohibido, siendo éste el causante, *con toda seguridad*, del resultado típico.

También dentro del ámbito familiar pueden darse delitos dolosos de comisión por omisión; pero no como consecuencia de un deber genérico extrapenal]como, por ejemplo, los establecidos en los arts. 67 y 68 del Código Civil] [65] de velar por parientes adultos y hasta entonces no expuestos a riesgo alguno. La omisión impropia surge aqui cuando el pariente que haya resultado lesionado o muerto, como tal, constituye o se ha convertido en un foco de peligro, a consecuencia de su inmadurez, de una enfermedad preexistente o de cualquier otra circunstancia. Así, los niños, al no poderse valer por si en absoluto (o sólo limitadamente, en función de la edad), constituyen un foco de peligro para ellos mismos o para los demás que tiene que ser contrarrestado con medidas de precaución encomendadas a las personas más cercarias. Cuando nace, el niño, naturalmente, no se puede ligar a si mismo el cordón umbilical, por lo que si la madre es la única persona que asiste al parto y no lo anuda, al no haber aplicado una medida de precaución, responderá de la muerte en comisión por omisión *inten-*

[65] Art. 67: «El marido y la mujer deben respetarse y *ayudarse* mutuamente y actuar en interés de la familia». Art. 68. «Los cónyuges están obrigados a vivir juntos, guardarse fidelidad y *socorrerse mutuamente*.»

cionada o imprudentemente, según que la inactividad que ha desestabilizado al foco de riesgo (al recién nacido como tal) se haya llevado a cabo *dolosa* o culposamente; después del nacimiento, los hijos, que durante un período prolongado de tiempo y por ejemplo, ni se pueden alimentar a si mismos, ni saben manejarse en una bañera, ni tienen tampoco capacidad para detectar la existência y la gravedad de posibles enfermedades, siguen constituyendo, por ello, un foco de peligro, y si éste se ve desestabilizado por una ausencia de las correspondientes medidas destinadas a contrarrestar el riesgo (no se les da de comer, no se les incorpora en la bañera en la que se acaban de sumergir, no se avisa al médico y se les deja morir de una meningites), a la persona encargada en cada momento del control (a la madre, al abuelo, a la niñera) le será imputable la muerte sobrevenida intencional o imprudentemente, según que la omisión sea reconducible a una voluntad dolosa o a una actitud negligente.

Pero no sólo los niños, también los parentes adultos pueden convertirse en focos de peligro, cuando por la edad o las enfermedades entran en una situación de desamparo que exige la vigilancia y la aplicación, en su caso, de medidas de precaución. En consecuencia, responde de un parricidio doloso en comisión por omisión la esposa que, ante un foco de peligro preexistente encomendado a su vigilancia –un marido enfermo– le abandona durante seis dias, produciéndose la muerte de éste.[66] Pero la imputación del resultado no se produce como consecuencia de un deber extrapenal genérico establecido en los artículos 67 y 68 CC que fundamentaria en todo caso –aun ante la presencia de una enfermedad repentina– un delito de comisión por omisión (así, la doctrina dominante), sino sobre la base de una *obligación específica de vigilancia* –en este supuesto: del mismo objeto material del delito que, por su enfermedad, se habría convertido en si en un foco de peligro– que no se diferencia en nada de la atención que, por ejemplo, debe prestar un médico al paciente que tiene a su cuidado, dependiendo en todos estos casos la responsabilidad dolosa o culposa por la lesión sobrevenida del mayor o menor riesgo creado con la ausencia de las medidas de precaución y de la conciencia que tuviera el omitente del riesgo objetivo realmente existente.

Pero con todo ello me alejo cada vez más del objeto que queria tratar en el presente trabajo: ésa, la comisión por omisión *dolosa, es* otra historia, que espero poderles contar muy pronto.

(66) Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 28 de cnero de 1994, A. 125: «Como muy bien se razona por el Tribunal sentenciador, la recurrente se había convertido en el único medio de subsistência de su marido, que dependia absolutamente de la acusada para todo. Su existência estaba en sus manos. Si no le alimentaba, le suministraba la medicación o le auxiliaba para hacer sus necesidades fisiológicas, su muerte se produciría en un tiempo máximo de cinco dias, según se expresa en los hechos que se declaran probados. Al asumir la esposa tal situación su posición de garante aparece incuestionable. Tampoco ofrece cuestión que la acusada omitió la acción debida, ya que al ausentarse del domicílio conyugal, sin ponerlo en conocimiento de persona alguna, con el marido postrado en la cama e incomunicado, sin posibilidad de obtener alimento, sólido y líquido, ni tomar las medicinas que le estaban prescritas, y no regresar al mismo hasta pasados seis dias, desatendió el deber que le vinculaba con respecto a su esposo, casi asegurando un resultado de muerte que venía obligada a evitar.»

EL DELITO DE VIOLACIÓN: ALGUNAS CUESTIONES. EL CÓDIGO PENAL DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1995

PILAR GÓMEZ PAVÓN

SUMÁRIO: 1. El bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad sexual y en concreto en la violación – 2. El bien jurídico protegido e injusto en el delito de violación y en el artículo 178 del Código Penal de 1995 – 3. Ámbito del consentimiento – 4. La autoría en el delito de violación y en los artículos 178 y 179 del Código Penal de 1995 – 5. Algunos problemas concursales – 6. El delito de robo con violación.

1. El Bien Jurídico Protegido en los Delitos Contra la Libertad Sexual y en concreto en la Violación

Cuando se modifica la rúbrica del Título IX del Libro II del Código Penal, por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, sustituyendo "Delitos contra la honestidad", por "Delitos contra la libertad sexual", se fundamenta en la intención, tal como se dice su Exposición de Motivos, de "respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos", resaltando la protección de esta parcela de la libertad que "es la capacidad del individuo al libre ejercicio de su autodeterminación sexual"[1].

El cambio de rúbrica venía siendo demandado por la opinión mayoritaria, aunque para Bajo Fernández era innecesario, ya que existía un acuerdo en considerar que el Título no protegía la honestidad, "rúbrica que por sí mismo no era criticable"[2]. Presentaba la ventaja de ser el denominador común a todos los delitos comprendidos en el Título, constituidos "siempre por acciones deshonestas"[3]. La honestidad no hacía referencia al bien jurídico protegido, ni a un elemento típico.

Decir que característica común de estos tipos es que consisten en acciones deshonestas, significa que son impúdicas, faltas de honestidad, no conformes a razón ni a las ideas recibidas como buenas. Honestidad será la compostura decencia y moderación, en la persona, acciones y palabras, y honesta, decente o decoroso. Una acción deshonesta es aquella no conforme a razón ni a las ideas recibidas como buenas, que se considera por tanto no decoroso, impúdico. La consideración de una determinada conducta dependerá, en definitiva, de que se oponga a aquello que se considera "bueno". De ahí a decir que es aquello que se opone a lo mayoritariamente aceptado, no hay gran distancia.

Es indudable que no habrá problemas en las conductas consideradas más graves, donde media un ataque a la libertad de la

(1) Carmona Salgado, en Carmona Salgado y otros, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, dirigido por Cobo del Rosal, Madrid, 1993, p. 232.

(2) Bajo Fernández, *La actualización del Código Penal de 1989*, Madrid, 1989, p. 31.

(3) En sentido similar, Gimbernat Ordeig, "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1969, p. 506 y 507.

víctima de forma palpable, pero puede conducir a una extensión desmesurada de algunos tipos; baste recordar el antiguo artículo 431 del Código penal, y la interpretación que del mismo se hizo y, en parte, todavía subsiste. En qualquer caso, es dejar un amplio margen al arbitrio en la aplicación de estos tipos, vinculándolos a normas morales o éticas, aceptadas mayoritariamente.

Tampouco la denominación de delitos contra la moral sexual parece conveniente. Para Muñoz Conde [4] no se protege la libertad sexual en todos los tipos recogidos en el Título IX; son conductas que "afectan a la comunidad en cuanto orden social, es decir, independientemente de su organización como Estados". El titular será "la comunidad como hecho que se deriva de la convivencia que puede verse conmovida con su lesión"[5]. Es indudable que, sobre todo alguno de estos tipos, pueden afectar y producir lo dicho por este autor, pero lo mismo puede decirse de otros, por ejemplo, el asesinato, sin que pueda mantenerse que es un valor (la vida) el atacado del que es titular la comunidad. Por otra parte, el Derecho penal pretende "garantizar la inviolabilidad de los valores supremos del orden social haciendo posible la vida común, la convivencia"[6].

Es cierto que no todos estos tipos significam un ataque a la libertad sexual, así el exhibicionismo y provocación sexual y determinados delitos relativos a la prostitución. Pero ello no tiene que significar la adopción de la rúbrica moral sexual, como preferible a libertad sexual. El artículo 431 del Código penal no deja de tener connotaciones morales, igual que aquellas modalidades de delitos relativos a la prostitución ejercida voluntariamente. En ellos subyace la idea de un ejercicio "deteriorado" de la sexualidad, como señala Muñoz Conde [7]. Lo que habría que cuestionar es si estas figuras deben seguir considerándose delitos, o si, en algunas otras, es correcta su ubicación sistemática.

La denominación moral sexual no puede dejar de tener connotaciones éticas [8], por más que Muñoz Conde afirme que el principio de minima intervención exige que sólo se proteja una parte "ínfima" del orden moral sexual, "prácticamente sólo los ataques violentos o intimidatorios a la libertad sexual, el ejercicio de la sexualidad con niños o enajenados, en este caso abusando de su situación, y el fomento desarrollo de la prostitución" [9].

La denominación "Delitos sexuales", empleada en el Código penal portugués, hace referencia a la naturaleza de las conductas, pero, como señala Bajo Fernández [10], ni todos los delitos comprendidos en este Título IX la tienen, ni son los unicos en que puede existir.

La actual, "delitos contra la libertad sexual", aun presentando inconveniente [11], parece la más ajustada al verdadero objeto de protección y a la finalidad de la ley, así como a las exigencias de un Derecho penal mínimo.

Tras la reforma de 1989, la ley opta por la protección de la libertad en el ejercicio de la sexualidad, con abandono de ideas ligadas a unas determinadas reglas éticas o morales. La política legislativa parte de la irrelevancia penal de cualquier comportamiento, mediando la libre aceptación de los sujetos. Se protege tanto el derecho a no verse involucrado en actividades de carácter sexual no consentidas, como el libre ejercicio de la misma. El ordenamiento punitivo sólo

(4) Muñoz Conde, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, 9.ª edición, Valencia, 1993, p. 382 y ss.
(5) Ídem, *op.cit.*, p. 381.
(6) García Pablos de Molina, Derecho Penal, Introducción, Madrid, 1994, p. 40.
(7) Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 386 y 387.
(8) Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 238.
(9) Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 388.
(10) Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. I, p. 170.
(11) Carmona Salgado, *op. cit.*, p. 239, la considera preferible.

interviene cuando se produce un ataque a esa libertad en la esfera sexual [12]. De esta forma, puede definirse como una de las parcelas de la libertad, y su ejercicio, dentro del libre desarrollo de la personalidad. Consideramos que lo anterior tiene, necesariamente, que conducir a una variación de algunas de las líneas interpretativas de estos delitos sustentadas en la actualidad: lo decisivo no debe ser la realización de una determinada conducta, sino que ella suponga una restricción de la autodeterminación en la esfera sexual, es decir, la utilización de medios para la realización de la acción que obliguen a la víctima a soportarla.

Se puede objetar, como se hace por algunos autores ya citados, que no en todos los delitos del Título es el bien jurídico protegido la libertad sexual, tal como se dice del exhibicionismo y provocación sexual o de determinadas figuras relativas a la prostitución. Es cierto que en el artículo 431 del anterior Código Penal, párrafo segundo [13], el ataque a la libertad sexual, de existir, es mínimo, y que sería preferible su desaparición como delito, tal como hace el Código de 1995 regulándolo como una infracción administrativa contra el orden público. Tampoco resulta clara la lesión de esa libertad en el anterior 452 bis d) [14], que parece sancionar, más que un ataque a la libertad sexual, el ejercicio de una actividad reprobable socialmente [15].

[12] Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, 1985, p. 15 y ss.

[13] Artículo 431, párrafo segundo, del Código penal: "Se impondrá la pena de multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas al que ejecutare o hiciere ejecutar a otro las acciones previstas en el párrafo anterior ante mayores de dieciséis años sin su consentimiento. Para proceder por el delito previsto en este párrafo será precisa denuncia de la persona agraviada".

[14] Artículo 452 bis d) del Código penal: "Serán castigados con las penas de prisión menor, multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas y, en sus respectivos casos, con las inhabilitaciones señaladas en los artículos anteriores:

1.º El dueño, gerente, administrador o encargado del local, abierto o no al público, en el que se ejerza la prostitución u otra forma de corrupción, y toda persona que a sabiendas participe en su financiamiento.

En las mismas penas, en su grado mínimo, incurrirá toda persona, que, a sabiendas, sirviera a los mencionados fines en los referidos locales.

2.º Los que dieren o tomaren en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explorar la prostitución o corrupción ajenas.

El tribunal decretará, además de las referidas penas, el cierre, temporal o definitivo del establecimiento o local y la retirada de la licencia que, en su caso, se hubiere concedido.

3.º En caso de procedimiento judicial por cualesquiera de los delitos previstos en este artículo, así como en los artículos 452 bis a), 452 bis b) y 452 bis c), el juez instructor podrá ordenar el cierre provisional del local o parte del mismo a que hace referencia este artículo, cuyo dueño, gerente, encargado, administrador o arrendatario fuere procesado."

[15] No puede decirse lo mismo del artículo 452 bis c); las medidas previstas en el mismo se pueden aplicar a los condenados por alguna de las conductas descritas en el 452 bis b). En este último precepto se recogen casos de favorecimiento de la prostitución de menores de dieciocho años exclusivamente. Las mismas conductas en relación con mayores de esa edad son atípicas. El castigo del proxenetismo, cuando la persona prostituida, a expensas de la que se vive, en todo o en parte, es mayor de dieciocho años, por aplicación del artículo 452 bis c), consideramos es incorrecto. Una interpretación del texto, respetuosa con la finalidad de la ley (la protección de la libertad sexual) y con los principios que deben regir la misma dentro de un Derecho penal actual, obliga a ello. En el 452 bis c) se agravan las consecuencias penales fijadas en el 452 bis b), posibilitando, además de la imposición de las penas previstas en este último

En el caso de los menores y, en concreto en relación con el anterior número 2.º del artículo 429 del Código penal, se ha señalado por algunos autores que mal puede hablarse de libertad sexual en personas que no tienen reconocida capacidad de autodeterminación en este ámbito [16]. Tampoco la indemnidad o intangibilidad de estos sujetos, bien jurídico protegido para algunos autores [17], como derecho a no verse dañado en la esfera sexual, puede considerarse como objeto de protección diferente, ya que, como señala Orts Berenguer, ello ocurre en todos los supuestos [18]. Consideramos que en estos casos el Código penal protege el derecho a no sufrir injerencias que puedan condicionar un futuro ejercicio de la libertad sexual, en relación con el menor. En el anterior número 2.º del artículo 429, personas que, temporal o permanentemente, son incapaces de comprender la trascendencia del acto, se debería diferenciar entre las que normalmente tendrían esta capacidad, de aquellas que no reúnen dicha característica. En las primeras existe un ataque claro a la libertad sexual, se les priva de la posibilidad de ejercerla. En el segundo caso se protege el derecho a ser respetada su condición de persona en este ámbito, sancionando las conductas que supongan un ataque a su libertad sexual, en cuanto no todo acceso o contacto sexual con ellas será constitutivo de delito, sólo cuando se haga abusando de su estado, es decir, lesionando el margen de libertad que posean [19].

A pesar de estas objeciones, la denominación "Delitos contra la libertad sexual" expresa mejor que qualquier otra el objeto de protección; su esencia no radica en que las conductas tengan una naturaleza sexual ni vulneren una determinada moral, o reglas más o menos aceptadas mayoritariamente, sino el ataque al libre ejercicio de la sexualidad; son conductas que atacan la esfera sexual de otro, pero no en cuanto a la naturaleza de las mismas, sino por el menosprecio y lesión de la voluntad y autodeterminación de la víctima.

Por ello la técnica seguida por el Proyecto de Código penal de 1994 debe considerarse en principio acertada. El texto prescinde como elemento clasificatorio del acceso carnal, aunque su realización agrave los diferentes tipos. Se abandonan las denominaciones tradicionales (violaci-

precepto, la de las medidas de seguridad establecidas en él. Lógicamente, cuando se produce dicha agravación es porque el hecho también se considera más grave. Por tanto, es necesario, para poder aplicar el 452 bis c), que el sujeto haya realizado alguna de las conductas descritas en el artículo anterior y, además, viva en todo o en parte de la prostitución de esos menores, que el mismo ha favorecido, por cualquiera de los medios previstos en el artículo 452 bis b). Lo contrario supondría dar un trato de favor al que realiza la conducta más grave o aplicar un concurso de delitos, lo que llevaría a imponer dos veces la pena prevista en el 452 bis b), sancionando dos veces por el mismo hecho. Cuestión distinta es si debe sancionarse la inducción al ejercicio de la prostitución en mayores de dieciocho años, pero no cabe olvidar que la inducción supone determinar a otro a realizar algo, dejando la decisión última en sus manos, excepto en casos en que el inducido no tenga plena capacidad para determinarse, y, por otra parte, que las conductas descritas en el artículo 452 bis b) no suponen, nunca, una coacción física o psíquica sobre la persona.

(16) Orts Berenguer, en Vives Antón y otros, *Derecho Penal. Parte Especial.* Valencia, 1993, p. 612.

(17) González Rus, *La violación en el Código penal español,* Granada, 1982, p. 281 a 285; Carmona Salgado, *Los delitos de abusos deshonestos*, Granada, 1982, p. 40.

(18) Orts Berenguer, *op.cit.* p. cits.

(19) Orts Berenguer, *op.cit.* p. 613. El bien jurídico protegido, por exclusión, sería, para este autor, la intimidad. Creemos, tal como hemos expresado en el texto, que puede mantenerse la libertad sexual en todos los casos.

ón, estupro, agresiones sexuales), sustituyéndolas por abusos y agresiones sexuales. En los primeiros no puede mediar violencia ni intimidación, y se consideran siempre concurrentes en los casos de los actuales números 2.º y 3.º del artículo 429 (artículo 170.2 del Proyecto) [20]. Los abusos sexuales pueden clasificarse: 1) Sin consentimiento, o supuestos equiparables *iuris et de iure* a su ausencia (artículos 170 y 171) [21]; 2) Con consentimiento (artículos 170, 3, 171 y 172) [22]. Merece destacarse el número 3 del artículo 170, en cuando extiende el abuso sexual con prevalimiento prescindiendo de límites de edad, resaltando, así, el ataque a la libertad sexual que el mismo supone.

En las agresiones sexuales, más graves que los anteriores delitos, deberá mediar violencia o intimidación, razón de la agravación, puesto que las conductas son, en esencia, las mismas. La pena se agrava si consisten en acceso carnal o introducción de objetos. Según el artículo 175, se elevarán las penas cuando concurra cualquiera de las circunstancias expresadas en este precepto, consistentes en el empleo de fuerza o intimidación de carácter vejatorio o degradante (1.ª), por la comisión en grupo (2.ª), por las especiales circunstancias de la víctima (3.ª), el parentesco (4.ª) o el empleo de medios capaces de producir la muerte o lesiones graves, por la especial peligrosidad del mismo (5.ª). El Proyecto mezcla circunstancias en las que el ataque a la libertad es mayor (2.ª y 5.ª), con otras, fundamentalmente el número 1.º, en que la agravación parece venir dada por la lesión conjunta de otro interés, como puede ser la propia dignidad de la persona.

En la misma línea, desaparece el delito de exhibicionismo y provocación sexual ante mayores. En los relativos a la prostitución, desaparece la incriminación de conductas relacionadas con ella, si media el consentimiento, excepto si la víctima fuera menor de dieciocho años (artículos 179 a 182 del Proyecto).

La regulación propuesta por el Proyecto de Código penal de 1994 responde, en mayor medida que la actual, a la idea de protección de la libertad sexual, graduan-

(20) Artículo 170 del Proyecto de Código penal de 1994: "1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realice actos que atenten contra la libertad sexual de otro, será castigado como culpable de abuso sexual con la pena de doce a veinticuatro meses.

2. En todo caso, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten:

1.º Sobre personas menores de doce años.

2.º Sobre personas que se hallaren privadas de sentido o abusando de su trastorno mental.

En estos casos, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

3. Cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima se impondrá la pena de multa de seis a doce meses."

(21) Artículo 17 del Proyecto de Código penal de 1994: "Cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de cuatro a diez años en los casos de falta de consentimiento, y de uno a seis años en los de abuso de superioridad.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior en cualquiera de los casos siguientes:

1.º Cuando el delito se cometiere por ascendiente, natural o por adopción, o hermano de la víctima.

2.º Cuando la víctima fuese persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación."

(22) Artículo 172 del Proyecto de Código penal de 1994: "El que, interviniendo engaño, cometa abuso sexual con persona mayor de doce años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

Cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, la pena será de prisión de seis meses a un año."

do la gravedad en función de la importancia del ataque a la misma, con independencia del acto concretamente realizado, que se utilizará, dentro de cada grupo de delitos, como subtipo agravado, sin que por ello cambie la clase del mismo. La previsión de las circunstancias del artículo 174 responde também a esta idea.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, aprueba el texto del que será el nuevo Código penal español que entrará en vigor en mayo de 1996. En el Título VIII del Libro II se regulan los delitos contra la libertad sexual, de forma casi idéntica al Proyecto de Código penal de 1994.

En la Exposición de Motivos de la Ley se establece como una de las finalidades el avance en la igualdad "efectiva y real", tarea encomendada a los poderes públicos por la Constitución, y, aun cuando el texto penal no es "el instrumento más importante para llevar a cabo esta tarea, sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias" y, continúa, "ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual".

Finalidad de la reforma es, pues, en esta materia, "adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido", constituido por la "libertad sexual de todos", y no como se concebía históricamente, la honestidad de la mujer. La Exposición de Motivos, continúa: "Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto".

Ciertamente, la reforma en materia de libertad sexual, supone un vuelco en relación con la legislación todavía vigente. Pero no sólo por las razones señaladas en la Exposición de Motivos; la reforma va más allá. Desde nuestro punto de vista, el abandono del actual sistema, que establece la diversa gravedad de los delitos, tanto por el medio empleado (violencia, intimidación, engaño, prevalimiento, falta de capacidad para consentir), como por la acción (acceso carnal o cualquier otro tipo de acto), puede conducir a una mayor protección de la libertad sexual.

Tal como hacía el Proyecto de Código penal de 1994, los delitos contra la libertad sexual se dividen en agresiones sexuales (Capítulo I), abusos sexuales (Capítulo II), acoso sexual (Capítulo III), exhibicionismo y provocación sexual (Capítulo IV), relativos a la prostitución (Capítulo V), reservándose el Capítulo VI a las disposiciones comunes a todo el Título.

Las agresiones sexuales, las más graves de los delitos comprendidos en este Título, consisten en atentar contra la libertad sexual con violencia o intimidación (artículo 178) [23]. Elemento diferenciador de este delito es, pues, el empleo de violencia o intimidación, que deberá serlo para vencer la negativa de la víctima, lo que supone un enfrentamiento entre las dos voluntades: la del agresor y la de la víctima, siendo por tanto necesaria la oposición del sujeto pasivo. La mayor gravedad del tipo delictivo viene dada, precisamente, por el empleo de dichos medios, por cuanto el contenido del injusto (el ataque al bien jurídico) supone, no sólo un menosprecio a la libertad del otro en esta esfera, sino una oposición abierta a la misma.

El delito se consuma por el empleo de la violencia o intimidación contra la víctima para atentar contra su libertad sexual; el acto (acceso carnal, penetración bucal o anal, introducción de objetos, o cualquier otro tipo de agresión) servirá, en su caso,

[23] Artículo 178: "El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años".

para agravar la pena, de acuerdo con el artículo 179 [24]. Con independência de ello, en el artículo 180 se agravan las penas por la concurrencia de las circunstancias en él previstas [25], circunstancias que, en general, suponen el empleo de medios o formas especialmente peligrosos o vejatorios, o que coloquen a la víctima en una situación tal que imposibiliten o debiliten la defensa, bien por las especiales circunstancias de la misma (especialmente), la relación con ella (prevaliéndose de una relación familiar) o el modo en que se ejecuta el ataque (en grupo).

En los abusos sexuales el contenido de injusto vendrá dado por el empleo de medios o formas tendentes a conseguir el consentimiento y que supongan una vulneración de la voluntad de la víctima, o bien cuando ésta no pueda o no esté en condiciones de emitirlo. Se trata, pues, de ataques a la libertad sexual, caracterizados por la ausencia de un consentimiento válidamente emitido [26]. Sólo en los abusos sexuales conseguidos mediante engaño se limita la edad de la víctima (de doce a dieciséis años).

Por último, el acoso sexual consiste en solicitar favores de tal naturaleza, prevaliéndose de la situación del agresor sobre la víctima y con la amenaza de un mal, en las legítimas expectativas que en el ámbito de la relación de que se trate, tenga la víctima [27].

El resto del Título se dedica, como ya hemos dicho, a los delitos relativos al exhibicionismo y provocación sexual,

(24) Artículo 179: "Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años".

(25) Artículo 180: "Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

1.ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2.ª Cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo.

3.ª Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación.

4.ª Cuando el delito se cometa prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima.

5.ª Cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

Si concurriesen dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior."

(26) En el artículo 182, se agrava la pena cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal, imponiéndose las penas en su mitad superior cuando el sujeto se prevalga de su relación de parentesco, o la víctima sea especialmente vulnerable.

(27) Artículo 184: "El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses". Este precepto, novedad dentro de nuestro ordenamiento penal, puede de hecho plantear graves problemas interpretativos en la práctica; puede pensarse que estamos ante una forma de amenaza o intimidación, realizada con la finalidad de conseguir "favores de naturaleza sexual", donde el motivo del consentimiento es, precisamente, el empleo de ese medio. Por otra parte, será necesario deslindarlo de la intimidación constitutiva de agresión sexual.

prostitución y disposiciones comunes. Su análisis, aun breve, excede de los límites de este trabajo; baste decir que la regulación del Código penal de 1995 es más respetuosa con el bien jurídico protegido, sancionándose sólo aquellos supuestos en que, por la edad de la víctima o el empleo de determinados medios, se produce un ataque a la libertad sexual de ésta.

2. El bien jurídico protegido e injusto en el delito de violación y en el artículo 178 del Código Penal de 1995

Hasta la reforma de 1989, para un sector de la doctrina se mantuvo que el bien jurídico protegido en este delito era la libertad sexual genital de la mujer [28]. A partir de esa fecha, el artículo 429 protege la libertad sexual de cualquier persona, con independencia de su sexo, contra ataques consistentes en acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal. Para algunos autores, esa protección de la libertad sexual sólo sería cierta en el número primero, pero no en los dos restantes, por las razones dichas en el anterior apartado. Como manifestamos en páginas anteriores, a pesar de no existir una oposición de la víctima, no puede seguir manteniéndose igual bien jurídico.

El artículo 429 recoge tres supuestos diferentes, en los que es cuestionable sean merecedores de igual pena. En los números segundo y tercero no existe, o no tiene que existir, oposición por parte del sujeto pasivo; aunque se lesiona la libertad sexual, puesto que el acceso carnal se realiza con un consentimento no válido, bien porque no está en condiciones de prestarlo, bien porque no tiene capacidad para ello, no se fuerza la voluntad de la víctima en los mismos términos que en el número primero. El autor no necesita doblegar la resistencia de la misma, ni se opone a su voluntad contraria mediante el empleo de la fuerza o intimidación.

Por el contrario, el número primero requiere, no una mera ausencia de consentimiento, sin la oposición del sujeto pasivo al acceso carnal, aunque esté de acuerdo en la realización de otros actos de naturaleza sexual. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1994 apreció violación por el empleo de la fuerza, aun cuando la víctima había accedido previamente a realizar actos de naturaleza sexual, pero no los que el condenado pretendía. No se trata, pues, de otorgar un consentimiento para cualquier clase de actos de esta naturaleza, o incluso que una vez consentido, la víctima no pueda volverse atrás: a tenor de la mencionada sentencia, el consentimento debe prestarse para algo en concreto, pudiendo el sujeto volverse atrás del mismo.

Existirá violación del número primero del artículo 429 del Código penal siempre que la víctima muestre su oposición, con independencia de los actos previos por ella realizados. Por tanto, requisito esencial es el doblegamiento de la voluntad del sujeto pasivo mediante el empleo de la fuerza o intimidación: es esta utilización la que configura el ataque a la libertad sexual y no la mera realización del acceso carnal.

Para Rodrígues Ramos [29], "el hecho de forzar a una persona a padecer sin libre aceptación acceso carnal, es un atentado contra su dignidad y libertad incluso más allá de lo meramente sexual". La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994 considera que en el robo con violación existe "una manifestación cualificada de menosprecio a la víctima", y la ya citada de 14 de diciembre de 1994 concluye que, aun existiendo un acuerdo inicial, "no enajenaba su condición

(28) Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 240; González Rus, *op.cit.*; Bajo Fernández, *Manual*, p. 172.

(29) Rodríguez Ramos, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. 1, Madrid, 1990, p. 202.

de persona y, por ello, el autor no podía tratarla como un objeto".

Ese plus de ofensividad, el desprecio o atentado a la condición de persona que supone el empleo de la fuerza o intimidación, para vencer la oposición de la víctima, hace que el hecho sea cualitativamente más grave que los contemplados en los otros números del artículo 429. No se trata, sólo, de que el ataque a la libertad sexual sea mayor, sino que el autor actúa con pleno conocimiento de la oposición, con desprecio de la manifestación de voluntad contraria, utilizando la fuerza o la intimidación para doblegar la resistencia. Ese conocimiento y desprecio, manifestado a través del empleo de los medios descritos, significa un salto cualitativo en cuanto a la gravedad del hecho, supone la lesión de algo más que la libertad sexual de la víctima.

Gravedad que debería tener un reflejo en el orden punitivo, sin que ello tenga que conducir a una agravación de la pena prevista, sino a una atenuación de los otros supuestos, en línea con el sistema adoptado por el Proyecto de Código Penal de 1994. Contrariamente, no nos parece admisible la distinción en base al sexo de la víctima y la vía utilizada para realizar el acceso carnal. Distinción no admisible siquiera considerándolos equivalentes en gravedad.

El acudir a razones históricas, mayor frecuencia de estas agresiones o el posible riesgo de embarazo [30], no pueden fundamentar la diferenciación si lo que se protege es la autodeterminación de la persona en la esfera sexual. El ataque a la misma es idéntico; la libertad se ataca en igual forma y significa el mismo desprecio a su condición. Por razones históricas, podría seguir castigándose el adulterio o uxoricidio. La mayor o menor frecuencia comisiva nunca puede ser determinante: según ese criterio, la pequeña delincuencia contra el patrimonio debería sancionarse más gravemente. El riesgo de embarazo no puede ser, nunca, motivo de agravación o distinción; no es ni debe ser un elemento típico y, por otra parte, no puede decirse que constituya un mal.

También aquí resulta preferible la regulación del Proyecto de 1994, que considera abuso sexual los comprendidos en los números 2 y 3 del artículo 429 (artículo 170 del Proyecto), sin perjuicio de tener en cuenta la especial vulnerabilidad de la víctima como agravación específica (artículos 171 y 175 del Proyecto).

Como ya hemos dicho en el apartado anterior, el Código penal de 1995, en la línea del Proyecto de 1994, sólo considera agresión sexual cuando se emplea la violencia o intimidación, sancionando más gravemente que en los abusos sexuales. La mayor gravedad que supone el uso de estos medios para doblegar la voluntad de la víctima se resalta así definitivamente, independizando la incriminación de la realización del acceso carnal, o cualquier otra clase de penetración [31] o introducción de objetos. Por tanto, en el artículo 178 la conducta consistirá en agredir mediante el empleo de la violencia o intimidación; agresión que tiene que ir dirigida a restringir la libertad sexual de la víctima, es decir, la realización de cualquier conducta de tal naturaleza, en contra de la voluntad del sujeto pasivo.

Al desaparecer como supuestos típicos de agresión sexual los actuales números 2.º y 3.º del artículo 429, es necesario, como ya hemos dicho, que conste la oposición de la víctima y que el empleo de los medios típicos vaya dirigido a

(30) Bajo Fernández, *Actualización...*, p. 32 y 33.

(31) Debe tenerse en cuenta que, aun cuando por acceso carnal se venga entendiendo tanto el realizado vaginal, anal o bucalmente, el nuevo texto establece una diferencia al denominar acceso carnal sólo al vaginal, reservando para los otros dos el término penetración (anal o bucal).

vencer o anular dicha oposición.

El nuevo Código penal resalta, así, lo ya dicho en líneas anteriores, en orden a la mayor gravedad de la utilización de estos medios, sin atender a la realización o no del acceso carnal o cualquier otra clase de penetración, que serán supuestos agravados del tipo básico de agresión.

3. Ámbito del consentimiento

Concretado el bien jurídico en el delito de violación en la libertad sexual, manifestación de la voluntad, como ya hemos dicho, cualquier conducta es lícita siempre que medie consentimiento.

Su ausencia actúa como un especial elemento negativo del tipo. Aun cuando el artículo 429 no lo exija expresamente, el empleo de los medios en él descritos impiden llegar a cualquier otra conclusión, y lo mismo puede decirse del artículo 178 del Código de 1995. La acción típica se dirige, única y exclusivamente, contra la voluntad de la víctima; el injusto se fundamenta en esa contradicción; de no existir, estaríamos ante relaciones normales entre ciudadanos [32], eliminándose la tipicidad. A partir de la reforma del Código Penal de 1989, esta conclusión es obligada, tanto por los elementos típicos como por la naturaleza del bien jurídico protegido.

Requisitos de un consentimiento válido en Derecho penal son: 1. Capacidad del sujeto para comprender la situación que consiente; 2. Que sea prestado con anterioridad a la acción; 3. Que no se haya obtenido o provenga de error o amenaza [33].

1. En relación con la capacidad del sujeto pasivo, se ha discutido si debe ser igual a la requerida en otras áreas del ordenamiento jurídico, siendo en estos momentos opinión mayoritaria que se trata de un problema propio de la materia penal, donde no son aplicables los requisitos establecidos en otras ramas jurídicas [34]. Bastaría la capacidad para comprender la trascendencia de aquello en lo que se consiente [35]. Lo decisivo es que la conformidad sea expresión de la libertad de decisión personal [36].

La realidad legislativa lleva a mantener esta tesis mayoritariamente aceptada. El Código Penal anterior establecia diferentes edades en función del bien jurídico protegido, forma y gravedade del ataque. En el ámbito de los delitos contra la libertad sexual se revela de forma clara: por debajo de los 12 años se presume *iuris et de iure* la incapacidad del sujeto. A partir de esa edad se iban estableciendo límites hasta los 18 años, a partir de los que existe una plena eficacia del consentimiento: así en el estupro de prevalimiento o determinadas figuras relativas a la prostitución y corrupción de menores.

En el delito de violación, la capacidad natural existia a partir de los 12 años cumplidos, aun cuando el sujeto siga gozando de una especial protección en este ámbito hasta los 18. Por debajo de 12 años, cualquier acceso carnal se consideraba violación, aun cuando medie consentimiento. A pesar de la redacción legal, "aun cuando medie consentimiento", el mismo debe existir en este número 3.º del artículo 429; el precepto está pensado para proteger al menor precisamente en esos casos, evitando que conductas donde, en la mayoría de los supuestos, existe una situación de abuso, aun sin mediar violencia o intimidación, queden impunes. En este sentido, la Sentencia del

(32) Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, vol. 1.º, p. 510; Bacigalupo, *op.cit.*, p. 155.

(33) Ver, entre otros, Bacigalupo, *op.cit.*, p. 156.

(34) Entre otros, Antón Onega, *Tratado de Derecho Penal*, p. 26; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, p. 628 y 630; Bacigalupo, *op.cit.*, p. 156; Mir Puig, *op.cit.*, p. 563 y ss.

(35) Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español*, p. 82; Bacigalupo, *op.cit.*, p. cit.

(36) Jescheck, *op.cit.*, p. 520 y 521.

Tribunal Supremo de 26 de abril de 1978 manifiesta: "Estando ante una tipología de delitos contra la libertad sexual, la ley presume *iuris et de iure* que los menores no pueden, por su inmadurez física, consecuencia de la edad, consentir...". Es decir, la ley establece una presunción, sin posibilidad de prueba en contrario, de la incapacidad del menor de 12 años, para comprender la trascendencia del acto en el que consiente. Carmona Salgado distingue entre capacidad natural y capacidad jurídica. La ley no presume la falta de la primera, que "puede perfectamente concurrir", sino la carencia de "relevancia jurídica" de su consentimiento [37].

La determinación de un límite legal de edad "inamovible" [38] ha sido cuestionada por cuando puede conducir a una aplicación excesiva, cuando, aun excepcionalmente, el menor tenga la suficiente madurez, propugnándose dejar esa precisión al arbitrio del juez en cada caso concreto [39]. Ninguna de las fórmulas es perfecta, pero, en aras de la protección del menor, es preferible la adoptada por el Código penal, manteniendo la presunción *iuris et de iure* en la ley [40].

Cuestion diferente es si deben merecer idéntica pena a los contemplados en el número 1.º del artículo 429. Como hemos dicho en páginas anteriores, consideramos preferible la regulación del Proyecto de Código penal de 1994, postura adoptada por el texto de 1995, que los considera abusos sexuales, con independencia de llegar a la realización del acceso carnal. Lo que no impide, lógicamente, apreciar un delito de agresión sexual si media violencia o intimidación en la realización de la conducta. Posiblemente, en el caso de mediar consentimiento del menor, estemos más cerca de un prevalimiento; la diferencia de edad puede actuar como causa de ese consentimiento, igual que cualquier otra situación de superioridad.

En los otros casos donde el Código establece la ineficacia del consentimiento: "Cuando la persona se hallare privada de sentido o se abusare de su enajenación", se trata de situaciones en que, temporalmente o de forma permanente, el sujeto no reúne las condiciones necesarias para poder otorgarlo. Al contrario que en el menor, aquí habrá que probar la falta de capacidad para consentir y, en el caso de los enajenados, el abuso de dicha situación.

Para Bajo Fernández [41], por privada de sentido sólo cabe entender los estados de inconsciencia y, siempre que pueda establecerse que, caso de estar consciente la persona, no hubiera consentido, "ya que la violación exige la voluntad contraria de la víctima, no bastando a inexistencia de voluntad en el momento del hecho". Por tanto, para este autor, no se requiere, sólo, la privación de sentido, sino la presunción de la voluntad contraria al acceso carnal.

Para un sector de la jurisprudencia, este número 2.º del artículo 429 sólo vendrá en aplicación cuando la víctima se encuentre desmayada o sin conocimiento, hipnotizada, anestesiada narcotizada o "sometida a los efectos despersonalizadores de estupefacientes o embriagada, en este caso cuando reviste carácter comatoso o letárgico con pérdida temporal de consciencia o cuando la embriaguez es plena con abolición de facultades anímicas" (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1985) [42]. El sueño, según la

(37) Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 261.
(38) Orts Berenguer, *op.cit.*, p. 625.
(39) Polaino Navarrete, *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla, 1975.
(40) En el mismo sentido, Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 261, entre otros.
(41) Bajo Fernández, *Manual*, p. 181.
(42) En sentido similar las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1978, 28 de marzo de 1979, 16 de octubre de 1985 y 15 de julio de 1986.

Sentencia de 15 de julio de 1986, sólo podrá incluirse cuando sea patológico [43], a pesar de lo mantenido por la Sentencia del mismo Tribunal de 15 de junio de 1957, que apreció violación en el acceso carnal conseguido mientras la mujer se encontraba en estado intermedio entre la vigilia y el sueño, creyendo que se trataba de su marido. Para algunos autores, el hecho debería haber sido calificado de estupro o engaño [44].

La postura jurisprudencial sigue, en general, una línea restrictiva en la apreciación de esta modalidad de violación, exigiendo un estado de inconsciencia no morboso de carácter transitorio, con anulación completa de las facultades cognoscitivas y volitivas de la víctima, interpretación seguida también por parte de la doctrina [45]. De la anterior postura parecen disentir, entre otros, Carmona Salgado, al admitir una grave perturbación, y Orts Berenguer, al denunciar la línea "estricta" seguida por la jurisprudencia [46].

El Código de 1995 incrimina estos supuestos como abusos sexuales, en el artículo 181, 2, 1.º y 2.º [47], siendo aplicable a ellos lo dicho para la regulación anterior. Se sigue otorgando una mayor protección al menor, aunque distinguiendo en orden a la gravedad en relación con las agresiones sexuales.

Si tenemos en cuenta cuál es el objeto de protección en este delito, la libertad sexual, deberemos comprender, en "privada de sentido", todas aquellas circunstancias o estados que hagan imposible emitir el consentimiento de forma válida, es decir, priven al sujeto de la capacidad necesaria para comprender la trascendencia del acto, con independencia de si hubiera

(43) Sí se admitía, en cambio, en los antiguos abusos deshonestos.

(44) Así, Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 181.

(45) Ver, entre otras. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1952 y 21 de junio de 1976. Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 396; Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 180.

(46) Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 254; Orts Berenguer, *op.cit.* p. 620.

(47) Artículo 181: "1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realize actos que atenden contra la libertad sexual de otra persona, será castigado como culpable de abuso sexual con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

2. En todo caso, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten:

1.º Sobre menores de doce años.

2.º Sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental.

En estos casos, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

3. Cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima se impondrá la pena de multa de seis a doce meses."

El precepto establece tres clases de abusos: el ataque, por cualquier medio no constitutivo de violencia, intimidación o prevalimiento manifesto contra la libertad sexual, el caso de los menores de doce años, privación de sentido o abusando de trastorno mental; cuando el consentimiento se obtiene mediante prevalimiento. En el primero de ellos no puede mediar consentimiento, lo que plantea problemas a la hora de determinar el medio típico para conseguir el abuso, ya que tampoco puede ser la violencia o intimidación, ni el engaño, este último en virtud de lo dispuesto en el artículo 183. En el número 2 se establecen, al igual que en el actual 429, dos supuestos de ineficacia del consentimiento, en el caso del menor estaríamos ante una presunción *iuris et de iure*, y en el 2.º de este número 2 del artículo 181, ante personas que por sus circunstancias, temporales o permanentes, no pueden prestar un consentimiento válido. Por último, el número 3 regula una figura similar al actual estupro de prevalimiento, que debe ser manifiesto y, por razones sistemáticas, más grave que el utilizado en el acoso sexual, sin que signifique que el utilizado en los ámbitos descritos en este último precepto deba excluirse del artículo 181, 3.

consentido o no de hallarse en otra situación. Lo determinante, en contra de lo manifestado por Bajo Fernández [48], es la inexistencia de voluntad en el momento del hecho; la voluntad contraria, la oposición de la víctima, sólo se requeriá en el número 1.º del artículo 429, los otros supuestos son de ausencia de consentimiento, razón que lleva a propugnar un diferente trato punitivo [49]. Por ello no puede alegarse que la víctima, por ejemplo, accedió a embriagarse en compañía del agresor, como parece insinuar la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1979, lo que supone aceptar las consecuencias.

La otra modalidad, es cuando se abusa de la enajenación de la víctima. Por enajenación habrá que entender situaciones similares a las comprendidas en la circunstancia 1.ª del artículo 8 del anterior Código Penal [50], aunque el mero hecho de encontrarse en una de ellas no baste a los efectos de este precepto; será preciso que, además, produzca la imposibilidad de comprender el alcance de aquello para lo que en concreto se consiente [51].

Segundo requisito, a partir de la reforma de 1989, es que el agresor abuse de la enajenación de la víctima. Supone una actitud dolosa que no puede ser presumida; el sujeto activo debe conocer dicho estado y prevalerse de ello [52]. Para Muñoz Conde deberían incluirse aquí los supuestos de trastorno mental transitorio provocados por cualquier causa [53].

La misma interpretación debe mantenerse, como acabamos de decir, para el Codigo Penal de 1995, en orden a la apreciación de esta modalidad de abuso sexual.

2. El segundo de los requisitos para la eficacia del consentimiento es que sea anterior a la acción. El prestado con posterioridad sólo podrá actuar como perdón, imposible en estos delitos.

En relación con estos delitos se plantean varios problemas: el consentimiento presunto en situaciones de inconsciencia o asimilables a la enajenación, la revocabilidad del prestado y la extensión del mismo.

El primero de ellos ya ha sido en parte analizado. Como norma general debe exigirse que en el momento del acceso carnal, se esté en condiciones de prestarlo. La actitud previa de la víctima no bastará, en la mayoría de los casos, para presumirlo, "salvo prueba en contrario, que evidencie el asentimiento previo a la privación de sentido o la ausencia de total privación" [54]. Aunque generalmente se exija que se realice con anterioridad, es posible, en estos casos, apreciarlo simultáneamente a la acción [55]. En estos supuestos deberá valorarse si constituye una manifestación libre de la voluntad o si, por el contrario, la víctima ha cedido en su resistencia, comprobada la inutilidad de la misma, y para evitar un mayor daño a su integridad e, incluso, vida.

Segundo problema que puede plantearse es la revocabilidad del consentimiento. En este sentido la Sentencia del Tribunal

(48) Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 181.

(49) En el mismo sentido del texto, Orts Berenguer, *op.cit.*, p. 621.

(50) Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 395; Orts Berenguer, *op.cit.*, p. 621; Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 258.

(51) Carmona Salgado, *op.cit.*, p. 258; Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 395; Orts Berenguer, *op.cit.*, p. 623. En igual sentido la sentença del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1990 y la de 6 de febrero de 1989, valorando únicamente el dato biológico la de 28 de octubre de 1991.

(52) Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 395; Orts Berenguer, *op.cit.*, p. 624.

(53) Muñoz Conde, *op.cit.*, p. cit., Orts Berenguer, *op.cit.*, p. cit., cita una Circular del Fiscal-Jefe del Tribunal Superior de Justiça de Valencia, en la que se considera a estas personas como enajenadas.

(54) Rodríguez Ramos, *Manual*, I, p. 207.

(55) Lo admite, en general, Cerezo Mir, *op.cit.*, p. 82.

Supremo de 14 de diciembre de 1994 manifiesta que no existe un "derecho a una ejecución forzada y violenta del acuerdo al que había llegado con la víctima". Tal como ocurre en relación con otros bienes jurídicos (intimidad, por ejemplo), y, como venimos diciendo, el consentimiento, la libre aceptación, elimina la tipicidad de cualquier actividad sexual, pero él mismo debe mantenerse en todo momento: si el titular manifesta su oposición, a partir de ese momento la conducta adquiere relevancia para el Derecho penal: un previo acuerdo no supone la pérdida de la libertad para actuar de otra manera – "no enajenaba su condición de persona", como dice la sentença ultima citada –, manifestación de la voluntad tan atendible por el ordenamiento como si la negativa se hubiera producido desde el inicio.

Ningún tipo de acuerdo, ni situación, permite el empleo de la violencia o intimidación para su cumplimiento. Por ello, no nos parece del todo afortunado el argumento final de la sentencia antes citada: "Un acuerdo de voluntades que no puede ser ejecutado coactivamente mediante los Tribunales por ser contrario a la moral (art. 1.275 del Código civil), tampoco puede autorizar a una ejecución fáctica de propia mano". Las razones de la disconformidad son que, aunque no sea el propósito de la sentencia, parece que la razón para ser imposible la ejecución fáctica, es su contrariedad a la moral; por tanto, si el pacto no lo fuera, la cuestión podría ser, por lo menos, planteable, lo que consideramos inadmisible, ya que, en cualquier caso, se trata de un acuerdo sobre la disponibilidad del propio cuerpo, por lo que nunca se podrá llegar a una ejecución fáctica, con independencia de su moralidad. La única razón válida en este caso es la autodeterminación de la persona y su dignidad, que obligan a respetar su decisión en cualquier momento que se produzca.

Por último, y en relación con lo anterior, así como con la capacidad de consentir, se ha planteado el alcance del consentimiento. Éste debe ser expreso para la realización del acceso carnal, sin que pueda entender-se prestado cuando la víctima consiente en actividades sexuales, excluyéndolo, siendo esta opinión unánime en la doctrina y jurisprudencia.

La total dependencia de la tipicidad de la conducta de la prestación del consentimiento, hace que la víctima pueda acceder a una determinada clase de acceso carnal (vaginal, anal o bucal), negándose a otras; el forzar la voluntad en estos casos sería constitutivo de violación, siempre que se muestre la oposición [56]. En relación con el Código penal de 1995, puede mantenerse lo mismo; el consentimiento para un determinado acto de naturaleza sexual sólo podrá abarcar aquello para lo que se prestó.

Tercer y último requisito es que no sea otorgado mediante amenaza ni provenga de un error. En relación con este delito, la utilización de la amenaza no sólo invalida el consentimiento, sino que es una de las modalidades típicas. Si el erro proviene de un engaño del agresor, sería más correcto hablar de estupro que de violación, a pesar de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1970, que mantuvo que en el artículo 429, 2.º (privada de sentido), debe comprenderse la violación mediante engaño o fraude. Extender el delito de violación a estos casos constituye un caso de interpretación extensiva contra reo, por tanto prohibida [57].

(56) La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1994 consideró violación el forzar a la víctima a "que le masturbara con la boca", a lo que se negó, aun cuando había accedido a mantener relaciones sexuales mediante precio.

(57) Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 180; Orts Berenguer, *op.cit.*, p. 620.

4. La autoría en el delito de violación y en los artículos 178 y 179 del Código Penal de 1995

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1994 plantea la posibilidad de apreciar una autoría mediata en un delito de violación, cuando se ejerce la fuerza o intimidación sobre alguien, para conseguir que acceda a realizar el acceso carnal con un tercero, ignorante de esta situación. La admisión de dicha posibilidad supone romper con la tesis mayoritaria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que considera este delito como de propia mano. El texto de 1995 requiere la realización de un atentado contra la libertad sexual, agravándose la pena por la realización del acceso carnal, otro tipo de penetración o la introducción de objetos. La posibilidad de apreciar cualquier otro tipo de autoría que no sea la directa dependerá, en princípio, como ocurre en el Código vigente, de su calificación como delito de propia mano.

Estos delitos no han merecido una destacada atención en nuestra doctrina y su propia existencia resulta, cuando menos, cuestionable. Se considera delito de propria mano aquel que exige la realización corporal de la acción [58], para que concurra el injusto específico [59]; el contenido de injusto vendrá dado, para Gimbernat Ordeig, por el "ejercicio de una acción especialmente reprobable" y no por la realización de un resultado [60]. Es habitual, en la doctrina, ocuparse de esta clase de delito, dentro de los especiales, como un subtipo de ellos. La diferencia con los delitos especiales radica en que, en éstos, el círculo de sujetos activos viene expresamente delimitado por la ley, sólo podrán serlo los que reúnan las características exigidas por el tipo del que se trate. En los delitos de propia mano, sujeto activo puede ser cualquiera, sin que sea necesaria una especial cualificación, pero se requiere la realización corporal.

Maqueda Abreu [61] resume las diversas fundamentaciones propugnadas para esta categoría de delitos, en función de la perspectiva formal o material que adoptan. Desde un perspectiva formal se atenderá a la descripción, "a los términos literales del correspondiente tipo penal". Materialmente, el examen será del contenido y valoración del injusto del correspondiente delito [62].

Sin ningún propósito exhaustivo, desde la perspectiva formal se ha formulado la teoría del sentido literal del texto (*Wortlantheorie*). Parte del análisis gramatical del tipo, para determinar cuando sólo es posible la realización inmediata: delito de propia mano será aquel del que no pueda decirse que la acción descrita verbalmente en el tipo la ha realizado un actuante mediato. Acudir a este tipo de argumentaciones supone olvidar las dificultades que puedan presentarse para establecer que debe considerarse el significado "normal" del lenguaje, así como que su empleo por parte del legislador puede deberse, sólo, a razones de estilo [63].

La teoría del movimiento corporal (*Korperbewegungstheorie*) parte de la diferenciación entre delitos de resultado y de mera actividad. En los primeros el legislador "se limita" a prohibir un resultado, sin especificar qué "actividad es la que ha de producirlo"[64]. En los de mera

(58) Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1990, p. 227, Mir Puig, *op.cit.*, p. 221; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1984, p. 161.

(59) Jescheck, *Tratado*, I, p. 361.

(60) Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice*, Madrid, 1966, p. 229.

(61) Maqueda Abreu, *Los delitos de propia mano*, Madrid, 1992, p. 23 y ss. Es, por lo menos en lo que se nos alcanza, la única monografía sobre el tema en la doctrina española.

(62) Ídem, *op.cit.*, p. 23.

(63) Ídem, *op.cit.*, p. 26 y 27.

(64) Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, p. 222.

actividad, "la formulación de la amenaza alcanza sólo al actuante inmediato" [65]. Sólo éstos serían delitos de propia mano. Prescindiendo de otros argumentos, se ha objetado que no hay razón que justifique que a un movimiento corporal en sí mismo tenga que corresponderle un desvalor específico y determinante de las posibles formas de autoría: aun afirmando que en los delitos de mera actividad el injusto se agota en la realización de la acción, quedaría por explicar por qué no puede ser realizado en autoría mediata. Lo determinante para e injusto no es el movimiento corporal, sino la lesión del bien jurídico [66].

El establecer la naturaleza en función de la valoración del injusto del correspondiente hecho, tampoco soluciona la cuestión, "pues es, por supuesto, una difícil cuestión interpretativa la de averiguar la significación que tiene para el contenido de lo injusto en un tipo concreto el ejercicio de la acción descrita por la ley"[67].

Desde una perspectiva material, se ha hablado de los delitos de propia mano como tipo con un contenido de injusto y/o culpabilidad especial. Así, para Maurach, son "simples delitos de actividad en los que el desvalor de acción ocupa un primer plano", "la ejecución de la acción está prohibida precisamente al autor", que sólo podrá se "quien esté en situación de ejecutar inmediata y corporalmente por sí mismo" [68]. El contenido de injusto estaría, así, formado por la idea de inmoralidad, y el reproche al autor, en su ausencia de convicciones, "en la especial potencia criminal que la ley quiere amenazar con pena"[69].

Junto con los anteriores argumentos. Roxin habla de otra categoría de propia mano, caracterizados por la ausencia de lesión del bien jurídico, que constituyen "tipos jurídicos-penales de autor", siendo necesario en el actuante inmediato la asocialidad que el tipo exige [70].

Por referencia, también, al autor Herzberg, considera delitos de propia mano aquellos en los que el tipo describe una actuación sobre el propio cuerpo o propia persona, o un uso del propio cuerpo como medio del hecho [71].

Por último, en algunos tipos, la existencia de un deber altamente personal hace que deban configurarse como de propia mano [72], en los que el deber fundamentador de la autoría es tal que, sólo, se puede lesionar a través de la realización personal inmediata de la acción típica.

Así, abandonando ya una estricta interpretación gramatical de los tipos, en este momento el delito de propia mano vendría caracterizado por una estrecha relación del autor con el hecho, bien por una relación corporal, características de la personalidad o un deber altamente personal [73].

La caracterización como delito de propia mano conlleva consecuencias sobre todo en orden a la autoría y participación. En relación con la autoría no se considera posible más que la inmediata. La exigencia de una realización por sí mismo, corporal, de la acción, hace que no pueda apreciarse coautoría o autoría mediata [74]: "El tipo hace siempre referencia a una actividad bien concreta, por ello quien no la realiza directamente no podrá ser nunca "el que"

(65) Maqueda Abreu, *op.cit.*, p. 28.
(66) Ver Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4 Aufl., Berlín, 1984, p. 407 y ss.
(67) Gimbernat Ordeig, *op.cit.*, p. 244.
(68) Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 287.
(69) Roeder, *Exclusive Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt*, ZTtW, 1957, p. 250, cit., Maqueda Abreu, *op.cit.*, p. 41.
(70) Roxin, *op.cit.*, p. 411 a 415.
(71) Herzberg, *Eigenhändigen Delikte*, ZStW, 1970, p. 923; Auerbach, *Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berüscksichtigung der Sexualdelikle des 4 Str. RG*, Frankfurt, 1978, p. 98.
(72) Roxin, *op.cit.*, p. 393.
(73) Una exposición detallada de las diferentes tesis, en Maqueda Abreu, *op.cit.*
(74) Jescheck, *op.cit.*, p. 362.

a quien se refiere el precepto positivo"[75]. Para Bacigalupo, la autoría mediata no es posible, puesto que "el dominio del hecho..., sólo puede tenerlo quien personal y corporalmente realiza la acción de ejecución"[76]. Las conductas consideradas como autoría mediata, en los delitos de propia mano, deberán ser incluidas en la inducción o cooperación necesaria [77]. Por igual razón se ha negado la coautoría en estos delitos.

Tradicionalmente se ha considerado la violación, al igual que otros tipos contra la libertad sexual, como delito de propia mano. Sólo quien realiza por sí mismo la conducta (acceso carnal) puede ser considerado autor. En consecuencia, debe negarse tanto la autoría mediata como la coautoría. Según esta tesis, quien ejerce la fuerza será cooperador necesario, en tanto no realiza la conducta típica. Para Muñoz Conde [78], autor en sentido "estricto" sólo puede serlo el que realiza la acción corporal descrita en el texto, aunque son admisibles todas las modalidades participativas. Rodríguez Mourullo considera posible apreciar coautoría cuando se ejerce la fuerza, aunque no se realice el acceso carnal [79]. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo la coautoría en estos delitos [80]. Antes de la reforma del Código Penal de 1989, la participación de una mujer en la realización del hecho, ejerciendo la fuerza o intimidación, era considerada como cooperación necesaria, al ser imposible considerarla como sujeto activo [81]; la misma clase de intervención era considerada coautoría si el sujeto era un hombre [82]. En opinión de Rodríguez Mourullo, en la violación es posible la coautoría, al ser un delito compuesto de varios actos: acceso carnal, fuerza o intimidación, que no necesariamente deben realizarse por la misma persona [83]. También para Rodríguez Ramos es posible apreciar la coautoría en los que fuerzan o intimidan [84]. Para otro sector de la doctrina, el ejercicio de la fuerza o intimidación constituye un supuesto de cooperación necesaria [85].

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es en este punto contradictoria: afirma la naturaleza de delito de propia mano de la violación, para, posteriormente, apreciar la coautoría. Así, en la sentencia de 14 de abril de 1987 se condena como autores de dos delitos de violación a los que, alternativamente, realizaron el acceso carnal y ejercieron la fuerza, reconociendo que el mero empleo de la misma es insuficiente para ser considerado autor [86].

Otras decisiones del mismo tribunal, aceptando la calificación de delito de propia mano, niegan la posibilidad de apreciar una coautoría: "Sólo puede ser

(75) Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, p. 247.

(76) Bacigalupo, *op.cit.*, p. 227.

(77) Aunque Gimbernat Ordeig, *op.cit.*, p. 248, advierte que no será posible en todos los casos.

(78) Muñoz Conde, *op.cit.* p. 398; Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 175.

(79) Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, I, p. 839.

(80) Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1952, 28 de mayo de 1983, 16 de febrero de 1985 y 14 de abril de 1987, entre otras.

(81) Así las sentencias de 10 de octubre de 1984, 23 de diciembre de 1986, 20 de enero de 1989, 4 de junio de 1952 y 24 de noviembre de 1965.

(82) Sentencias de 4 de junio de 1952, 28 de mayo de 1983, 16 de febrero de 1985 y 14 de abril de 1987.

(83) Rodríguez Mourullo, *op.cit.*, p. 175.

(84) Rodríguez Ramos, *op.cit.*, p. 210. Autor en sentido estricto será el que realiza será el que realiza el acceso carnal. Autor material, del número 1.º del artículo 14, el que ejerce la fuerza o intimidación.

(85) Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 398; la misma postura parece mantener Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 175.

(86) En sentido similar la sentencia de 7 de noviembre de 1987.

ejecutado personalmente por quien, mediante violencia, tiene acceso carnal con la víctima" (Sentencia de 29 de enero de 1990) [87].

Admitida la coautoría, nada obstaculiza a apreciación de una autoria mediata, como dice la Sentencia de 2 de noviembre de 1944, en quien ejerce la fuerza. Ello supone excluir la calificatión de delito de propia mano [88].

Por tanto, la pregunta a contestar es si realmente la violación es un delito de propia mano. Como ya hemos dicho con anterioridad, el objeto de protección está conformado por la libertad sexual y el contenido de injusto por el ataque a la misma, por obligar a la víctima a hacer aquello a lo que se opone en la esfera sexual que debe ser, obligatoriamente, el acceso carnal.

La lesión del bien jurídico libertad sexual no se produce sólo con el acceso carnal, sino con la realización del mismo mediante el uso de la fuerza o intimidación. Que la lesión se produce aun sin acceso carnal, se demuestra en los delitos de agresión sexual, con las circunstancias de la violación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1994 expressa: "Por lo demás, no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo, como cuando se lo realiza a través de otro que opera como mero instrumento".

[87] En el mismo sentido, en cuanto a la posibilidad de coautoría, la de 19 de marzo de 1988.

[88] Con independencia de lo objetable que resulte esta categoría de delitos, a pesar de las diversas fundamentaciones propuestas.

En conclusión, si el contenido de injusto del delito de violación viene configurado por el ataque a la libertad sexual de la víctima, a su autodeterminación en este ámbito, ataque que debe consistir en forzar su voluntad mediante el empleo de la fuerza o intimidación, o privándola de manifestar su voluntad – en el sentido que sea –, o por incapacidad para hacerlo, con independencia de la satisfacción sexual del agresor, incluso, a partir de la reforma de 1989, del móvil que le guíe, no existe ninguna razón para excluir la coautoría y autoría mediata en este delito. Al que por otra parte, y en base a lo ya dicho, no se le puede considerar de propia mano; ninguna de la tesis formuladas, como fundamentación de esta cuestinable categoría de delitos, permite considerar la violación como un de ellos.

Posiblemente el concepto de autor mediato ha sido uno de los principales problemas planteados dentro del campo de la autoría. Superadas las tesis extensivas que partían de la teoría de la equivalencia de condiciones, y para las que el autor se podía identificar con el causante, por suponer una disminución de las garantías del Estado de Derecho [89], en tanto anularía la función limitadora de la tipicidad, al considerar autor a cualquier causante. Se ha objetado también que permite incluir, dentro del concepto de autor, toda clase de acciones sin tener en cuenta su desvalor; conduce a una configuración del delito, como la lesión del interés típico, sin atender a otros elementos, olvidando que el tipo no describe sólo un resultado lesivo, sino el curso de

[89] Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990, p. 264, con una extensa crítica a estas tesis, en p. 263 y ss. Para Cobo Del Rosal y Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, p. 152, sería la razón fundamental para rechazar esta tesis.

[90] Bruns, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, p. 53, cit. Peñaranda Ramos, *op.cit.*

un acontecimiento [90]. Los partidarios de esta teoría acuden, para distinguir autor y partícipe, a la denominada "teoría subjetiva de la participación", según la cual será autor quien quiera el hecho como propio y partícipe, quien lo quiera como ajeno. Dejando a salvo otras posibles críticas, esta tesis choca con el derecho vigente: por mucho que un particular quiera el hecho como propio, no podrá considerarse autor de un delito de prevaricación [91].

Desde una teoría objetivo-formal, autor es aquel que realiza el tipo. Cobo del Rosal y Vives Antón [92] consideran autor al que "toma parte directa en la ejecución de los hechos, es decir, el que ejecuta, siquiera parcialmente, el injusto tipificado por la Ley". La objeción formulada a esta teoría que imposibilita la apreciación de la autoría mediata, la salvan con un entendimiento amplio de acto ejecutivo, "según el cual la acción ejecutiva comienza o puede comenzar antes del juicio del acto concreto al que, de maneira inmediata, hace referencia la formulación típica"[93]. Entre los autores que en la doctrina española defienden estas tesis, late una concepción objetivo-material, "en cuanto presuponen que quien realiza el verbo típico (por ejemplo, matar) es el que aporta la causa decisiva (como clavar el cuchillo en el pecho de la víctima o disparar la pistola)"[94].

Desde una tesis objetivo-formal, la apreciación de la autoría mediata plantea dificultades, ya que, realmente, el hombre de atrás en ningún momento realiza actos ejecutivos. La salvedad formulada por Cobo del Rosal y Vives Antón no resuelve el problema de manera segura.

Para la teoría del dominio del hecho, autor será quien domina finalmente la ejecución del hecho, entendiendo por tal "el doloso tener en las manos el curso del suceso típico": "Lo decisivo no es la simple voluntad de dominio del hecho – ello constituiría, a la postre, una simple definición de la voluntad de autor –, sino el voluntario moldeado del hecho"[95]. Los problemas para apreciar una autoría mediata se solventan, así, más fácilmente.

Como ya hemos dicho en páginas anteriores, la violación no constituye un delito de propia mano. Su esencia no radica en ningún especial deber, ni es necesaria la realización corporal, en cuanto el ataque al bien jurídico no viene dado sólo por el acceso carnal, sino por el empleo de la fuerza o intimidación para conseguir doblegar la voluntad contraria de la víctima a la realización del mismo. Incluso si admitiéramos, como mantiene un sector de la doctrina, que su fundamento – el del delito de propia mano – es la ejecución de una acción especialmente "impía", esa característica no viene dada por el acto sexual, sino por haberlo conseguido por la fuerza o intimidación. El ataque al bien jurídico libertad sexual se produce, como ya hemos dicho con anterioridad, con la utilización de esos medios, el acceso carnal, siendo un elemento típico, diferencia y agrava del delito de agresiones sexuales del articulo 430 del anterior Código Penal.

Por tanto, no existe inconveniente en considerar autor (coautor autor mediato) a quien ejerce la fuerza o intimidación,

[90] Jescheck, *op.cit.*, p. 894.

[92] Cobo Del Rosal y Vives Antóns, *op.cit.*, p. 518.

[93] Ídem, *op.cit.*, p. cit. Para Rodríguez Mourullo, autor es aquel que "realiza personalmente la figura delictiva". La posibilidad de admitir la autoría mediata procede de la Parte Especial, de que el verbo típico la admita, "La omisión de socorro", p. 287, también en *Comentarios al Código Penal*, I, p. 802 y ss. También para Gimbernat Ordeig, autor "es aquél cuya actividad es subsumible sin más, en el tipo de la Parte Especial", vinculando la autoría mediata al sentido del verbo típico, *op.cit.*

[94] Mir Puig, *op.cit.*, p. 393 y 394.

[95] Bacigalupo, *op.cit.*, p. 217.

aunque no realice el acceso carnal personalmente. La situación de riesgo para el bien jurídico se crea con la utilización de dichos medios, riesgo que posteriormente se concretará en el "resultado": la realización del acto de naturaleza sexual. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1994 dice: "La estructura del tipo permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal, ni tampouco la imposibilidad de la autoría mediata, puesto que la lesión del bien jurídico se puede lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, por medio de otro que obre sobre la base de un error o ignorancia", y continúa: "Si bien la violencia no ha sido accesoria de la acción de un autor doloso del acceso carnal, ello no impedía su sanción como autora mediata según el art. 429 CP". Como conclusión, la sentencia afirma la posibilidad de admitir la coautoría en este delito, cuando se ejerce la violencia para lograr el acceso carnal doloso, realizado por un tercero. Cuando quien, finalmente, realiza el acceso carnal, ignora por error o falta de conocimiento, el empleo de la fuerza o intimidación, será posible apreciar una autoría mediata en quien la ejerce. Quien pone en marcha el acontecimiento, creando un riesgo desvalorado para el bien jurídico, teniendo en sus manos el continuar o interrumpir el mismo, deberá ser considerado autor, con independencia de la realización personal del acceso carnal.

Todo lo dicho es válido en el artículo 178 del Código Penal de 1995, donde se condena la realización de cualquier acto atentatorio contra la libertad sexual, mediando violencia o intimidación. Por tanto, quien utiliza dichos medios, para restringir o anular la libertad sexual de otro, cometerá el delito previsto en este artículo, con independencia del acto realmente realizado. El texto recientemente aprobado resalta, así, la libertad sexual como bien jurídico protegido, constituyendo el injusto de esta figura el ataque al mismo, sin que sea necesario la realización de una acción determinada.

El delito de violación, así denominado, desaparece, aunque el artículo 179 recoge un supuesto prácticamente idéntico al contenido en el 429, 1.º. El artículo 179 castiga con pena superior cuando la agresión consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal, considerándolos como una clase de agresión sexual ("Cuando la agresión sexual consista..."). No se trata, pues, de un tipo autónomo, sino que, por el contrario, estando ante una modalidad más grave de agresión sexual; el elemento diferenciador será, precisamente, dicho acceso, introducción o penetración. Se trata de obligar a la víctima a soportar esa clase de atentado a su libertad sexual, lo que justifica para la ley mayor gravedad. Por tanto, el mayor contenido de injusto vendrá representado por ese mayor atentado a la libertad del sujeto en la esfera sexual.

En orden a la posibilidad de admitir otras formas de autoría que la directa, nada ha cambiado en relación con el artículo 429 del Código Penal: el ataque, o atentado, se configura por el empleo de la violencia o intimidación, medios adecuados, en el caso concreto, para vencer la resistencia de la víctima a la realización del acto pretendido por el autor.

5. Algunos problemas concursales

1. La posibilidad de admitir una autoría mediata en el delito de violación, por parte de quien ejerce la fuerza, aunque no realice el acceso carnal, obligando a la víctima a prostituirse, tal como ocurre en la sentencia últimamente citada, plantea un nuevo problema dentro del ámbito de los concursos.

En la mencionada sentencia se plantea, como cuestión, la aplicación del artículo

429, 1.º del Código Penal a estos supuestos, en vez del 452 bis a), por el que fue condenada la acusada. Aun manteniendo la sentencia recurrida, ya que no se planteó la posible aplicación del delito de violación, se afirma que los hechos fueron constitutivos de un delito de violación y no de favorecimiento de la prostitución mediante el empleo de la violencia (artículo 452 bis a), 2.º).

Esa afirmación plantea el problema de deslindar el ámbito de aplicación de ambos delitos: si el ejercicio de la fuerza o intimidación sobre una menor de dieciocho años para que ejerza la prostitución, debe considerarse violación, cuándo ¿puede aplicarse el artículo 452 bis a), 2.º? El problema deberá solucionarse dentro del concurso ideal de delitos. La utilización de la violencia o amenaza, para obligar a la víctima a satisfacer deseos sexuales de un tercero, constituye un delito de violación del artículo 429 del Código Penal, pero además los hechos pueden subsumirse en el 452 bis a), 2.º del mismo texto legal; un solo hecho da lugar a la comisión de dos o más delitos. El empleo de la violencia o amenaza constituye un delito de violación y de favorecimiento de la prostitución. Estaríamos, pues, aparentemente ante un concurso ideal de delitos, del artículo 71 del Código Penal.

Em concurso ideal presupone una unidad de hecho [96]. Un sector de la doctrina española exige una "identidad absoluta o parcial"[97]. Para Cobo del Rosal y Vives Antón, tal opinión carece de base legal; para estos autores, el artículo 71 del Código Penal exige la realización de "un solo hecho", lo que no ocurre cuando el presupuesto objetivo de los tipos coincide sólo en parte [98]. Para estos autores, no podrá apreciarse la identidad requerida por el artículo 71 cuando los hechos que constituyan las diversas infracciones contengan elementos comunes, junto a otros diferenciales. La coincidencia deberá ser siempre del tipo objetivo [99], o, en palabras de los autores antes citados, "cuando los diversos delitos tengan el mismo sustrato material cuando el sustrato material de alguno o algunos de ellos sea parte del sustrato material de otro"[100].

El artículo 71, en su párrafo segundo, establece que en los casos previstos en el párrafo primero se impondrá la pena del delito más grave en su grado máximo, lo que ha llevado a parte de la doctrina a

[96] El problema de la unidad de hecho o unidad de acción representa uno de los principales problemas en este ámbito. Un sector de la doctrina, partiendo de una "concepción natural de la vida", acuden al punto de vista de la sociedad, según los usos normales. Este criterio de la "unidad natural de la acción", cuando "se dé una conexión temporal y espacial estrecha entre una serie de acciones u omisiones que fundamenten una vinculación de significado de tal naturaleza que también para la valoración jurídica sólo pueda aceptarse un único hecho punible, y esto aunque cada acto individualmente considerado realice por si solo el tipo de ilicitud y fundamente ya de esta manera el hecho punible". Bacigalupo, *op.cit.*, p. 279, citando a Schmidhauser, *Strafrecht*, citado. En cualquier caso, se exigiría una cierta continuidad y una vinculación interna de los diferentes actos entre sí, sin que pueda confundirse con la necesidad de un dolo general. Bacigaluo, *op.cit.*, p. 280.

Para otro sector de la doctrina, debe decidirse con arreglo únicamente al sentido de los tipos legales en cada caso vulnerado. Jescheck, *op.cit.*, p. 997. Mir Puig prefiere hablar de unidad de hecho, en cuanto que el tipo puede describir "varias acciones", sin que ellos suponga que no existe una "unidad tipica", *op. cit.*, p. 722.

[97] Entre otros, Antón Oneca, *Derecho Penal*, p. 456; Jescheck, *op.cit.*, p. 1014.

[98] Covo Del Rosal y Vives Antón, *op.cit.*, p. 594.

[99] Bacigalupo, *op.cit.*, p. 285.

[100] Cobo Del Rosal y Vives Antón, *op.cit.*, p. 594.

negar el denominado concurso homogéneo [101] como modalidad del ideal [102].

En el empleo de la fuerza o intimidación, para conseguir que alguien acceda a tener acceso carnal con un tercero mediante precio, es decir, a prostituirse, el hecho es único, con independencia de que pueda fraccionarse. Constituye una sola manifestación de voluntad [103], aunque pueda valorarse en dos tipos diferentes.

Los términos del artículo 452 bis a) 2.º no obstaculizan esta solución. En dicho precepto se dice: "2.º El que por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad, u otro medio coactivo determine, a persona mayor de dieciocho años, a satisfacer deseos sexuales de otra". Podría pensarse que esa satisfacción no implica necesariamente el ejercicio de la prostitución, pero una interpretación sistemática del precepto obliga a la conclusión contraria. El Capítulo VI del Título IX se refiere a los "Delitos relativos a la prostitución" y, aunque las rúbricas empleadas por la ley no deben ser elemento determinante en la interpretación, el contenido de los preceptos que integran este capítulo hace necesario que el empleo de los citados medios sea, no sólo para satisfacer los deseos sexuales de otro, sino para el ejercicio de la prostitución. En el mismo artículo, en el número 1.º, se regula la cooperación, protección o reclutamiento para el ejercicio de la prostitución; en el número 3.º, la retención, en contra de su voluntad, para la prostitución o cualquier tráfico inmoral. También el resto de los artículos de este capítulo se exige que las diferentes conductas estén relacionadas con la prostitución.

Si, por el contrario, la fuerza o intimidación no tuviera como finalidad última el dedicar a la víctima a la prostitución, sólo existirá el delito de violación, aun cuando fuera para satisfacer los deseos sexuales de un tercero.

Solo con esta interpretación se explica la existencia del artículo 429, 1.º y del 542 bis a) 2.º en el Código penal: estableciendo entre ambos, como elemento diferenciador, el propósito último del sujeto activo. De esta forma, la aplicación conjunta de ambos preceptos en estos casos vendría a suponer una mayor sanción para el que prolonga el ataque a la libertad sexual de la víctima [104].

(101) Mir Puig, *op.cit.*, p. 130; Cobo Del Rosal y Vives Antón, *op.cit.*, p. 536; Silva Sánchez, *La Ley*, 30 de septiembre de 1988, p. 2, nota 23. En contra, Sanz Morán, *El concurso de delitos*, 1986, p. 147 y ss.

(102) La admite Jescheck, *op.cit.*, p. 1013, excepto entre delitos con bienes jurídicos altamente personales, del Estado o la comunidad, o derechos patrimoniales.

(103) En este sentido, Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, II, 1972, p. 315: "Si la pluralidad de resultados, y consiguientemente de fines, no multiplica el numero de hechos, no cabrá sino entender el hecho como la actuación o manifestación de la voluntad en el exterior, susceptible de integrar el presupuesto de un tipo penal; el que aquél pueda integrar más de uno, no obsta a la existencia de un solo hecho". En igual sentido Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1993, p. 408: "Habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal".

(104) Sería conveniente, en una futura reforma de estos delitos relativos a la prostitución, prescindir del requisito de la edad. El artículo 452 bis b), 2.º, sólo parcialmente recoge los supuestos del anterior precepto: "El que para satisfacer los deseos sexuales de un tercero facilitare medios o ejerciere cualquier género de inducción en el ánimo de menores de dieciocho años, aun contando con su voluntad". Es cierto que en este artículo la existencia de consentimiento por parte de la víctima es irrelevante a efectos penales en línea con todo el Título. Pero para considerar incluida la fuerza, intimidación etc..., es necesario admitir esos medios como modalidades de la inducción. La admiten Cobo Del Rosal y Vives Antón, *op.*

El problema concursal se presentará cuando el agresor utilice la violencia, no para la realización de un acto aislado, sino para conseguir que la víctima "acepte" prostituirse; supondría así un plus de lesividad: el mismo hecho, el empleo de la violencia, da lugar a varios delitos (artículo 71 del Código Penal).

El artículo 188 del nuevo Código Penal establece: "1. El que determine, coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Incurrirán, además, en la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público. 3. Si aquellas conductas se ejercieren sobre persona menor de edad o incapaz, se impondrá la pena superior en grado".

El precepto recoge, en parte, el contenido del vigente artículo 452 bis a), 2.º y 3.º. Desaparece la mención expresa del empleo de la violencia como medio de prostituir o mantener en tal situación a la persona, pero la redacción del precepto, todavía en vigor, induce a pensar que el número de modalidades típicas continúa inalterable. En el referido artículo del Código actual se dice: "Por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo...". Por tanto, los expresados lo son a modo de ejemplo, pero no como únicas modalidades posibles en este delito. El artículo 188 del Código de 1995 exige que el empleo de los medios "determine" a otro a prostituirse mantenerse en dicha situación, pudiéndose conseguir coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad. Coactivamente podría, pues, englobar tanto el empleo de la violencia como la intimidación o amenaza; es decir, cualquier medio adecuado e idóneo, objetivamente, para conseguir el constreñimiento de la voluntad del sujeto pasivo, obligándole a realizar aquelo que no quiere.

cit., p. 580; Jescheck, *op.cit.*, p. 957, considera admisible cualquier medio "en la medida que supongan un influjo psíquico". Parece descartar la posibilidad de la violencia Mir Puig, *op.cit.*, p. 429 y 431: "El influjo psíquico podrá consistir en un consejo, una solicitud, una provocación etc., siempre que posean la suficiente intensidad para que aparezca como adecuada y pueda fundar la imputación objetiva". En cualquier caso, y en relación de poder apreciar el concurso con una violación en autoría mediata, el problema es diferente al planteado por la Sentencia de 2 de noviembre de 1994. En el artículo 452 bis b), 2.º, se habla de inducir a un menor de dieciocho años, lo cual supone, si interpretamos este término de acuerdo con lo establecido en el artículo 14, 2.º, del Código Penal, que el "autor" del hecho es el propio menor, por lo que sería prácticamente imposible apreciar el concurso entre ambos artículos. Con independencia de la mayor protección que deba otorgarse al menor en este ámbito, ello no deber llevar a un diferente tratamiento legislativo en determinados casos, como el que nos ocupa. Es preferible añadir al 452 bis a), 2.º, la previsión de la irrelevancia del consentimiento del menor de dieciocho años en estos casos, o bien, como disposición general aplicable a todo el capítulo, con independencia de regular otros supuestos en los que la conducta sólo sería típica cuando la víctima fuera un menor de esa edad. El Proyecto de Código Penal de 1994, en su artículo 180 sanciona el empleo de la coacción o del abuso de una situación de necesidad, para conseguir que alguien se dedique a la prostitución elevando en el número 3 la pena, si se trata de menores de dieciocho años. Con este texto desaparece el empleo de fuerza o violencia física, como supuesto típico en estos casos. Caso de entrar en vigor el texto, la interpretación propuesta deberá obligatoriamente variar, no siendo posible apreciar el concurso en estos casos.

Interpretado así, la solución sería igual a la propugnada para el Código en vigor [105].

6. El delito de robo con violación

El artículo 501, 2.º, del Código Penal regula, como delito complejo, el robo con violación: "La misma pena (reclusión mayor) se impondrá cuando el robo fuere acompañado de violación o de alguna de las lesiones previstas en el artículo 418". Para Quintano Ripollés [106], mas que en un problema técnico, la ley está pensando en un determinado tipo de autor, que une al móvil característico de los delitos patrimoniales, el ánimo lujurioso [107]. Posiblemente, de todos los supuestos comprendidos en el artículo 501, sea en éste donde resulta más dificil establecer la relación de ambos delitos, así como la agravación de la pena que, para la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994, estará fundamentada en "una manifestación cualificada de menosprecio a la víctima, que va más allá de la mera suma del agravio de cada delito particular y que, por ello, incrementa en forma notable la gravedad del hecho, justificando la pena impuesta a estos hechos, al menos en relación a los marcos penales que conforman el derecho vigente"[108]. Con todo, para un sector doctrinal no existe ninguna justificación criminológica [109]. Para Bajo Fernández, no puede ignorarse la gravedad que supone el doble ataque de violentar la libertad sexual y desposeer a la víctima, a lo que, según el autor citado, habría que añadir "una extraña frecuencia de comisión conjunta"[110], que para Díaz Palos supondrían un plus de antijuricidad [111]. A pesar de lo anterior, para Bajo Fernández, aunque de acuerdo en la severidad de la pena y en su regulación conjunta, es criticable su tratamiento como delito complejo, ya que no responde a las características de esta figura. Las acciones de robo y la violación tienen, en este artículo 501, 2.º, existencia independiente, sobre todo cuando no se trata de una violación mediante la fuerza o intimidación [112]. Por ello, deben exigirse todos los elementos de los

(105) El artículo 77 del Código de 1995 establece: "1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado."

(106) Quintano Riollés, *Curso de Derecho Penal*, II, Madrid, 1963, 437 y ss.

(107) En el mismo sentido, Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9.ª ed., Valencia, 1993, p. 253. Para este autor, difícilmente puede considerarse como un delito complejo, ya que la violación no puede conceptuarse como medio para cometer el robo o evitar su descubrimiento.

(108) Ver Sentencia del Tribunal Constitucional 65/86.

(109) Gómez Benítez, "Delitos contra el Patrimonio en el Anteproyecto de Código Penal de 1983 (Hurtos, robos, estafas e insolvencias punibles", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 6, 1983, p. 339.

(110) Bajo Fernández, *Manual*, II, p. 82.

(111) Díaz Palos, "Infracciones contra el patrimonio", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, p. 60.

(112) Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 82. Para Torio López, "La distinción legislativa entre asesinato y robo con homicidio", en *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, Santiago de Compostela 1981, p. 472, el delito complejo tiene sentido cuando la acción violenta pertenece simultáneamente a dos campos valorativos diferentes. En el mismo sentido, Ruiz Antón, "Los robos con violencia o intimidación en las personas; los robos con fuerza en las cosas: nuevos módulos para

dos tipos: los de la violación, que puede no ir acompañada de fuerza o intimidación, y los previstos en el artículo 500, la violencia o intimidación "distinta de la propia violación"[113].

El Código, a diferencia de los otros números del artículo 500, no requiere que la violación se produzca con motivo u ocasión del robo, sino que éste fuera "acompañado". Posiblemente por las razones dichas anteriormente. Ello ha planteado, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, el problema de delimitar cuándo debe aplicarse el "delito complejo", o, por el contrario, apreciar un concurso real entre el robo y la violación. Generalmente se ha considerado que basta con una conexión espacial y temporal entre ambas infracciones [114], aunque algunos autores exigen un inicial propósito de robar, con independencia del orden en que se ejecuten ambos delitos [115], "lo determinante en el plano subjetivo ha de ser el atentado patrimonial, no debiendo apreciarse el art. 501. 2 si lo que el sujeto pretendía era violar y con ocasión de ello roba"[116]. En similar sentido se manifestó la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1988: "Siempre que en el curso de un ataque violento o intimidatorio contra la propiedad surge, como un añadido, el ataque a la libertad sexual que integra el delito de violación, de tal manera que es preciso, para que el delito complejo surja y constituya la unidad tipificada en el art. 501.2 CP, que el ánimo o tendencia inicial del agente sea el apoderaiento de lo ajeno, con lo que se excluyen los supuestos en los que la idea de robar aparece después de consumada la violación..."[117]. En conclusión, para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, el delito de robo acompañado de violación requiere para su aplicación: una conexión temporal, con independencia del orden de ejecución, y un inicial propósito de atentar contra el patrimonio, este último determinante para poder aplicar el mencionado artículo, aunque el propósito de atentar contra la libertad sexual debe surgir en el curso del acontecimiento; si es con posterioridad al robo, se excluiría, para un sector de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el delito de robo con violación [118]. Caso de no cumplirse los anteriores requisitos, los hechos constituirían un concurso real de delitos.

De la opinión mayoritaria discrepa la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994, según la cual "desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos es indudablemente indiferente el orden en el que se produzca el ataque de los mismos. Desde la perspectiva de la reprochabilidad es evidente que tampoco se requiere un orden determinado de surgimiento de los impulsos que dieron lugar a cada delito".

Los problemas surgidos en torno a la interpretación de este artículo arrancan,

determinar la pena", en *Comentarios a la Legislación Penal*, V. 2, p. 1095.

(113) Bajo Fernández, *op.cit.* p. cit.

(114) Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 253; Ruiz Antón, *op.cit.*; González Rus, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, II, dirigido por Cobo Del Rosal, Madrid, 1992, p. 89; López Barja de Quiroga, *Manual de Derecho Penal*, II, Madrid, 1991, p. 172; Gimbernat Ordeig, "El comportamiento típico en el robo con homicidio", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1964, p. 439, cit. 54. También para la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es necesaria esta conexión temporal, así las de 24 de julio de 1984, 27 de febrero de 1981 y 29 de marzo de 1988.

(115) Bajo Fernández, *op.cit.*, p. 82 y 83.

(116) González Rus, *op.cit.*, p. 89.

(117) El el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1984, 11 de marzo de 1986 y 8 de abril de 1987.

(118) Así, entre otras, las sentencias de 19 de febrero de 1985, 30 de noviembre de 1985, 11 de marzo de 1986, 25 de marzo de 1986, 29, de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1990 y 24 de septiembre de 1991.

tanto de la escasa relación de los dos tipos a diferencia de lo que ocurre con los otros contenidos en el artículo 501, como de la gravedad que supone la pena del delito complejo, frente a la que sería aplicable caso de considerarlo como un concurso real de delitos. No parecen existir, como ha señalado un sector de la doctrina, razones criminológicas que justifique esta agravación de la pena, tampoco la mayor o menor frecuencia comisiva puede justificar un trato más severo, ni significar un plus de antijuricidad, el doble ataque a dos bienes jurídicos diferentes tampouco es argumento, puesto que constituye el supuesto normal del concurso real de delitos heterogéneos. Realmente, es difícil encontrar una razón que justifique esta agravación. Es cierto, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994, que el doble ataque de bienes jurídicos y la doble reprochabilidad se da cualquiera que sea el orden en el que se produce [119].

Con todo, y a pesar de la argumentación de la sentencia de 22 de noviembre de 1994, no resulta fácil justificar la existencia de esta figura, ni el trato que se la otorga. Es cierto que representa un mayor menosprecio de la víctima, pero lo mismo podría decirse de una violación seguida de la muerte del sujeto pasivo, y no existe ningún delito complejo para regularla. Es también cierto que revisten una mayor gravedad cuando se dan unidos en el tiempo y sobre el mismo sujeto pasivo, rebasando la agravación prevista en el artículo 69 del Código Penal. Con todo, sería preferible que desapareciera esta figura, solucionándolo por las reglas generales sobre el concurso, aun cuando fuera admisible una agravación mayor de la pena en estos casos, en la línea del Proyecto de Código Penal de 1994 [120]. Postura adoptada por el Código Penal de 1995, en su artículo 242, donde se incrimina la mera utilización de la violencia o intimidación para apropiarse de la cosa mueble ajena, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por los actos de violencia física que realizare, suprimiendo los actuales delitos complejos [121].

(119) La sentencia citada argumenta que, también, "a los ojos de la víctima es completamente indiferente el orden de los hechos típicos que reúne el art. 501, e. CP: su sufrimiento es siempre el mismo". Aunque el sufrimiento, dolor o perjuicio dela víctima deba tomarse en cuenta, no creemos que pueda ser determinante para la calificación penal. Es distinto decir que la lesión a los bienes jurídicos es idéntica.

(120) En el artículo 135 se establece: "1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase, si fueren constitutivos de delito.

2. La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevare, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

3. En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y a las demás circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo."

(121) Artículo 242 del Código de 1995: "1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.

2. La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevare, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

3. En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y

Ahora bien, dejando a salvo las críticas formuladas a este tipo, con la actual regulación legal, nada obstaculiza la interpretación propuesta por la sentencia citada anteriormente. Lo único que requiere el artículo 501, 2.º, es que los hechos se produzcan con continuidad, siendo indiferente el orden de ejecución, y que exista el propósito de atentar contra el patrimonio, pero éste puede surgir previamente, en el transcurso de la acción, o una vez consumada la violación, en cualquier caso, se producirá el dobre ataque y el doble reproche, y el robo irá "acompañado" de la violación, tal como requiere el artículo citado. Lleva razón, en este punto, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, al señalar que el cambio de términos legales, debe trascender a la interpretación del texto, pero por acompañado, puede entenderse, sólo, una unidad temporal de ambos delitos. Por otra parte, tampoco se entiende, el motivo de un diferente tratamiento penal, dependiendo del propósito inicial del agresor.

valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo."

ANÁLISIS CRITICO DEL TITULO V DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: "DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA"

STELLA MARIS MARTINEZ

A partir de la sanción de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, España cuenta con un Código Penal reformado. El mismo incluye en su articulado la tipificación de conductas ligadas a los avances biotecnológicos, tanto en el área de la genética como en la de la reproducción asistida.

Vale resaltar que la inclusión en el ámbito del Derecho Penal de alguna de estas conductas, ya había sido expresamente recomendada por la "Comisión Especial de Estudio de la fecundación "in vitro" y la inseminación artificial humanas", que funcionara en el marco del Congreso de los Diputados a partir de noviembre de 1984 y cuyo informe final – conocido como Informe Palacios – fuera aprobado por el pleno del Congreso el 10 de abril de 1986 [1]. Sin embargo, también es imperioso poner de relieve que la reforma no ha contemplado todas las hipótesis de actuación de la ley penal que aconsejaba dicho informe.

Es más, teniendo en cuenta que el texto que comentamos es producto de largos debates sobre el tema, luce particularmente defectuoso en distintos aspectos, si bien posee el innegable mérito de introducir la temática de las desviaciones no deseables de la ingeniería genética y de las técnicas de reproducción asistida en el campo del Derecho Penal.

La primera objeción se vincula a la confusión conceptual que encierra el nombre dado al título en estudio, toda vez que no todos los artículos que lo componen, tienen vinculación con la ingeniería genética. El art. 162, por ejemplo, extraña figura de complejo análisis, parece destinada a tutelar la libertad sexual de la mujer, pero nada tiene que ver con posibles mutaciones del patrimonio hereditario.

Es un error hablar de manipulación genética para aludir a las técnicas de reproducción asistida, esto es, a los procedimientos destinados a paliar la esterilidad de una pareja mediante la fecundación de un ser humano por medios no naturales, a los que sí podría caberles la designación "manipulación ginecológica".[2]

La ingeniería genética propiamente dicha "comprende la totalidad de las técnicas dirigidas a alterar o modificar el caudal hereditario de alguna especie, ya sea con el fin de superar enfermedades de origen genético (terapia genética) o con el objeto de producir modificaciones o transformaciones con finalidad experimental, esto es, de lograr un individuo con características hasta ese momento inexistentes en la especie (manipulación genética)"[3].

(1) Para mayor información sobre el contenido de dicho informe vid. Martínez, S.M., "Manipulación Genética y Derecho Penal", Ed. Universidad, 1994, p. 161 y ss.

(2) Vid. Zanotti, A., "Le manipolazione genetiche e il diritto della Chiesa", Milano, Giuffre Editore, 1990.

(3) Cf. Martínez, S.M., "Manipulación genética y Derecho Penal", *op.cit.*, p. 32.

Sentado ello y partiendo de la base de que, más allá del nombre dado al título, el legislador penal intentó captar aquí supuestos de conflicto, tanto en el ámbito de la ingeniería genética como en el de las técnicas de reproducción asistida, sorprende la decisión adoptada de excluir del elenco de figuras penalmente prohibidas aquellas vinculadas a ataques contra el embrión extrauterino.

Más allá de las distintas e intensas discusiones que se llevan a cabo en el campo de la bioética, de la religión y de las distintas ramas del derecho, en punto a la naturaleza del embrión extracorpóreo, lo cierto es que existe consenso prácticamente unánime en considerarlo un bien digno de respeto, que merece protección calificada [4].

Sin embargo, en el actual panorama penal español, dañar de cualquier modo, comercializar, traficar, destruir, ocultar o dar un destino diverso a los embriones que se encuentren fuera del cuerpo de una mujer, no merece reproche penal alguno.

Así, resulta exenta de reproche penal la conducta del especialista en fecundación asistida que, a cambio de una suma de dinero y sin el consentimiento de los aportantes de los gametos, implante embriones correspondientes a una pareja en el útero de otra mujer, ajena a la misma. Tampoco encuentra cabida en el ámbito penal la conducta del individuo que ingresa a un laboratorio de fecundación "in vitro" y, por cualquier motivo, destruye los embriones criopreservados que allí se conservan.

Es muy probable que se haya adoptado esta decisión de política criminal, pese a que se aparta expresamente tanto de las sugerencias del Informe Palacios como de las recomendaciones que sobre el tema ha efectuado el Parlamento Europeo, para evitar incursionar en la problemática relativa al momento en el cual comienza la existencia de la persona humana.

Sin embargo, por los valores – real y simbólico – que cada embrión humano extrauterino posee [5], entiendo que merece la protección del Estado a través de la actuación del derecho represivo (sin que resulte un paso previo inevitable caer en afirmaciones dogmáticas), en particular, si tenemos en cuenta que el mismo Código Penal al que aludo incluye, en su elenco de bienes dignos de tutela jurídica, otros de jerarquía ética innegablemente inferior.

Varias de estas conductas resultan alcanzadas por un instrumento legal de naturaleza administrativa (ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida), que reputa infracciones muy graves – entre otras – mantener "in vitro"óvulos fecundados y vivos más allá

(4) Aún en los Estados Unidos de Norteamérica, donde predominaba una postura desprotectora, se está afirmando esta concepción. Así, un reciente veredicto de una corte estatal de ese país afirmó que los embriones criopreservados no eran ni personas ni cosas, pero configuraban una categoría intermedia que los hacía acreedores de un especial respeto en razón de su potencialidad para la vida humana (Smothers, 1992, cit. por Brody, E., "Biomedical Technology and Human Rights", UNESCO, 1993, p. 93).

(5) Vid. Silva Franco, A., "Genética Humana e Direito", en "Bioética", v. 4, n. 1, San Pablo, 1996, p. 17/29; Eser, A., "Genética, gen-ética, Derecho Genético. Reflexiones político-jurídicas sobre la actuación en la herencia humana", "La Ley", año VII, Madrid, 1986; Martínez, S.M., "Manipulación...", *op.cit.*, p. 69 y ss.; Brody, E., "Biomedical Technology ...", *op.cit.*, p. 92/93; Beiderman, B., "Bioética y Criminología", conferencia pronunciada en el Seminario Internacional de Actualización Criminológica, Guayaquil, 25/29-7-1994; Ganss Gibson, K. – Massey, J., "Ethical Considerations in the Multiplication of Human Embryos" en "Reproduction, Technology, and Rights", Ed. por Humber-Almeder, Humana Press, New Jersey, 1996, p. 55/71.

del día catorce de evolución; comerciar con preembriones [6], importarlos o exportarlos; utilizarlos industrialmente o con fines cosméticos o semejantes; producir quimeras o híbridos [7]; la ectogénesis [8] y la transferencia de preembriones humanos al útero de especies animales.

Ello no obstante, considero que – por el peligro que tales procedimientos conllevan para el futuro de la humanidad así como por la clara ofensa a la dignidad humana que importan – la intervención del Derecho Penal de cara a tales acciones se justifica acabadamente.

El Parlamento Europeo, en las resoluciones adoptadas sobre el tema en su reunión del 16 de marzo de 1989, propugnó específicamente la actuación del Derecho Penal para prohibir la producción de embriones híbridos susceptibles de evolución que contengan información hereditaria humana, la fecundación interespecie cuando alguno de los gametos corresponda a la especie humana, la transferencia de embriones de tales características al útero de una mujer así como cualquier experimento que tenga como objeto la producción de quimeras e híbridos a partir de la combinación de material hereditario humano con caudal genético animal.

Puede también sostenerse que la desprotección penal de los preembriones obedece a que la norma administrativa ya citada, en su art. 11 inciso 3, establece que "los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años", lo que permite inferir que, pasado ese lapso, serán destruidos por el mismo Banco. Pero, más allá de los reparos éticos que oferece esta solución, de cualquier modo se podría haber tutelado penalmente a los preembriones, manteniendo esta disposición como una causa específica de justificación que amparara este exclusivo supuesto de destrucción.

También merece reparos que, ni en este título ni en ningún otro del código, puesto que no se vuelve a abordar el tema de la ingeniería genética, se haya contemplado la problemática en esta materia en aras a la preservación del medio ambiente y de la bio-diversidad genética. El legislador sólo ha prohibido la aplicación incorrecta de estas técnicas en tanto la misma se vincule en forma directa con la especie humana, dejando de lado una serie de alternativas, de significativa trascendencia para el ecosistema [9].

Adentrándonos en el análisis pormenorizado de las figuras creadas, observamos que el art. 159, incorporando al elenco normativo una conducta ya descrita como ilícito administrativo en la ley 48/1988, de 28 de diciembre, sobre "Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos", que establece en su art. 9 inc. 2, ap. "B", que son infracciones muy graves "a) La realización de cualquier actuación dirigida a

(6) El término preembrión – originariamente adoptado por el "Ethices Committee of the American Fertility Society" – alude al "producto de la unión de los gametos mediante fertilización, hasta la aparición del eje embrionario" (vid. "Fertility and Sterility", v. 46, n. 3, setiembre 1986, Supl. 1, Cap. 13).

(7) Se denomina "quimera" al individuo producto de la fusión de dos preembriones; también queda comprendido en este término aquel que posee material genético de más de dos individuos de los misma especie o de dos, pero de especies diferentes, si bien en este último caso está más difundida la utilización del término "híbrido".

(8) Llamase "ectogénesis" al intento de lograr la evolución completa de un ser humano fuera del útero de una mujer.

(9) No se puede desconocer el significativo riesgo que implica la liberación masiva en la biosfera de organismos mutados genéticamente, sobre todo si recordamos el altísimo grado de participación de capitales privados en este campo (cf. Martínez, S.M., "Manipulación genética...", *op.cit.* p. 154-156.

modificar el patrimonio genético humano no patológico", consagra, en su inciso primero, una pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años para aquellos que, "con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo [10]".

La conducta típica, como vemos, no es la mera manipulación del genoma humano, sino exclusivamente aquella intervención que trae como consecuencia la mutación del genotipo. Esta alteración podrá realizarse suprimiento, agregando o intercambiando uno o varios genes [11]. Si bien por el momento tal posibilidad dista de ser una práctica de rutina, se estima que, concluido el Proyecto Genoma Humano [12], y atendiendo a la velocidad de desarrollo científico de la materia, en un futuro próximo será factible la translocación.

Ahora bien, el mismo artículo introduce una cuestionable causa de justificación, ya que admite la posibilidad de alteración – sin reserva alguna – del genoma humano, cuando el objetivo de la mutación sea la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves.

El primer reparo se presenta al advertir que el legislador, desoyendo la postura mayoritaria sobre el tema, al pergeñar esta causa de justificación no hace distinción alguna entre las células somáticas y las células germinales, ni excluye la posibilidad de que se pueda modificar el genoma de las células del embrión en sus primeros estadios, lo que supone que la mutación artificialmente provocada quedrá definitivamente incorporada al patrimonio genético de ese individuo y, por ende, de su progenie y de la especie [13].

Cabe destacar que en el ámbito de la Bioética existe consenso internacional en repudiar toda manipulación de células germinales y/o de embriones que conlleve la alteración del patrimonio hereditario [14].

"La manipulación génica de la reproducción humana encierra la potencialidad de multiplicar los errores médicos de

(10) Con el nombre de genotipo se alude a la información genética total contenida en los cromosomas de un organismo y que se refiere a uno solo, a varios o a todos sus caracteres diferenciales (definición contenida en el Glosario del Informe Palacios).

(11) Debemos distinguir en este campo dos técnicas diversas: la utilización de un virus como vector para introducir el ADN (ácido desoxirribonucleico) portador del o los genes de interés y la microinyección en el cigoto (o en el preebrión) de un trozo de ADN que contenga esos genes. En la primera de ellas, el gen se introduce mediante retrovirus que ingresan a la célula en el momento de su división, insertando sus propios genes en los cromosomas de las células humanas. Los virus se diseñan en laboratorio, tornándolos inocuos para el ser humano, e integrando a su genoma, mediante las técnicas de ADN recombinante, el gen que se desea translocar.

(12) El Proyecto Genoma Humano (conocido también como HU.G.O., por la sigla que identifica a la Human Genome Organization) posee como objetivo la secuenciación completa del genoma, lo que permitirá conformar un mapa genético en el que se precise cuál es la información codificada en cada uno de los genes. Sobre el origen y desenvolvimiento de este proyecto vid. Shapiro, R., "La impronta humana (La carrera por desentrañar los secretos de nuestro código genético)", Ed. Acento, 1993, p. 248-305).

(13) Los científicos justifican éticamente estas prácticas afirmando que a cierto tipo de células (las neuronas, por ejemplo), sólo se puede acceder en etapas tempranas de evolución, momento en que la mutación genética que se introduce afecta a todas las células existentes, incluidas las germinales (cf. Walter, L.R., "The ethics of human gene therapy", "Nature", v. 3201986, p. 225).

(14) Vid. Wood-Harper, J., "Manipulation of the germ-line", en "Ethics and Biotechnology", Ed. Routledge, Londres, 1994, p. 135 y ss.

manera exponencial – causando problemas que irían más allá de las vidas finitas del terapeuta génico o del paciente que consintiera la intervención génica –. Nuestros juicios éticos, individuales y colectivos, deberían reflejar esta profunda diferencia biológica entre las células somáticas – con sus genes de corta vida, que caen en el dominio moral de la decisión individual – y las células germinales – con sus genes potencialmente inmortales, sobre los que las generaciones futuras, desde un punto de vista moral, también tendrían algo que decir" [15].

El segundo cuestionamiento surge cuando tratamos de precisar cuándo una tara a una enfermedad debe ser considerada "grave". Es indudable que la esquizofrenia o el mal de Alzheimer son dolencias muy significativas, que, sin embargo pueden o no presentarse de acuerdo a factores exógenos, y que – de presentarse – son, especialmente la segunda de las nombradas, de aparición tardía; sin embargo, no luce demasiado coherente legitimar una alteración del genotipo, que quedará definitivamente integrada a la especie humana, en cualquier embrión que presente signos genéticos compatibles con la presencia de tales enfermedades.

Cabe por otra parte interrogarse respecto a quién va decidir respecto a la mentada gravedad: ¿los dadores de los gametos, el genetista, el Estado...?[16]

A lo expuesto debe agregarse que la introducción de este precepto permisivo no deja demasiado en claro cuál es el objeto de protección de la norma; si lo que intenta tutelar es el patrimonio genético de la humanidad, se debería prohibir todo tipo de alteración genética, excepto aquella que alcance exclusivamente a las células somáticas, y, por ende, no sea transmisible a la descendencia.

Las motivaciones eugenésicas que han volcado al legislador penal a legitimar la alteración del genoma humano, siempre y cuando tal alteración sirva para lograr una humanidad supuestamente más inteligente y sana, resultan evidentes.

Estas justificaciones de raíz eugenésica tornan a la norma ineficaz para preservar al individuo, a su descendencia, y, en última instancia, a la humanidad toda, de eventuales efectos colaterales negativos, y hacen tabla rasa con el derecho a la identidad genética, pacíficamente reconocido por los instrumentos internacionales más modernos [17].

Justificar la mutación del genoma importa un agravio directo a tal derecho, en la medida em que la identidad genética ya no estará en manos "de la misteriosa alquimia de la naturaleza, sino de la voluntad, del arbitrio o del capricho de otros seres humanos; y, con eso, instaura el predominio definitivo de la generación actual sobre generaciones futuras, negándoles la posibilidad de desarrollares conforme a la naturaleza y de considerarse productos independientes del querer de otras personas"[18].

Corresponde destacar, de todos modos, que, si analizamos la causa de justificación

(15) Suzuki, D. – Knudtson, P., "GenEtica...", *op.cit.*, p. 184.

(16) Vid. sobre e punto Wood-Harper, J., "Manipulation of teh Germ-Line. Towards elimination of major infectious diseases?" en "Ethics and Biotechnology", Ed. por Dyson, A. – Harris, J., Routledge, Londres, 1994, p. 121-143.

(17) Cf. arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En igual sentido el Parlamento Europeo, al emitir opinión sobre el tema, consideró que aún modificación parcial de la información hereditaria importa una falsificación de la identidad de la persona que, por tratarse de un bien jurídico personalísimo, resulta injustificable.

(18) Mantovani, F., "Manipulaciones genéticas: bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela", Revista de Derecho y Genoma Humano, 1994, p. 94-119, cit. por Silva Franco, A., "Genética Humana y Derecho", en "Bioética" v. 4, n. 1, 1996, p. 17 y ss.

aludida exclusivamente desde el punto de vista del preembrión o del individuo que eventualmente se desarrollará a partir del mismo, no parece tan objetable intrasistemáticamente, toda vez que la legislación española admite el aborto eugenésico [19]; es decir, resulta menos disvalioso alterar la identidad genética de un individuo que, lisa y llanamente, destruirlo.

Sin embargo, diverso resulta el análisis si enfocamos la cuestión a través de la óptica de toda la humanidad, verdadera titular del patrimonio hereditario que, en aras a la supuesta erradicación o disminución de una tara o enfermedad grave, que – eventualmente – aquejará a uno de sus integrantes, ve irreversiblemente mutado su genoma [20].

El inciso segundo del mismo artículo consagra la modalidad culposa, estableciendo que, si la alteración fuera realizada por imprudencia grave, corresponderá a su autor pena de multa de seis a quince meses e inhabilitación de uno a tres años.

Contemplar esta modalidad de comision sólo tiene sentido si pensamos en un supuesto de actuación justificada donde, por un manejo imperito de la técnica, se provoca una alteración no buscada, dado que la altísima complejidad que conllevan estos procedimientos torna imposible otra clase de hipótesis. Va de suyo que, si se excluyeran las opciones permisivas, la previsión de la tipicidad culposa se tornaría innecesaria.

El art. 160 reprime "la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana" con una pena de tres a siete años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años.

Nada se puede objetar al intento de represión de esta conducta, evidentemente disvaliosa, sin dejar de lado que su inclusión en el elenco de figuras penales tiene un valor meramente simbólico, ya que quienes tienen la capacidad científica y técnica para propugnar el desarrollo de este tipo de armas son los más altos niveles de decisión política de los estados nacionales, que suelen hacerlo, dejando de lado los convenios internacionales a los que previamente han adherido.

El art. 161 contiene dos incisos que contemplan situaciones disímiles; el inciso primero sanciona con pena de uno a cinco años de prisión e inhabilitación especial de seis a diez años a "quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana".

Este tipo penal aparece igualmente inspirado en una disposición de la ley administrativa 42/1988 [21], si bien resulta un poco extraño en el contexto de un instrumento legal que no protege en forma alguna a los embriones extrauterinos; si el legislador entendió que los preembriones no configuran un bien digno de protección jurídico-penal, peca de incoherente al prohibir su generación en laboratorio para fines distintos de los de la procreación.

(19) Pese a que no se encuentra incluido en el Código, debido a la disposición derogatoria 1, letra "a", el art. 417 bis mantiene su vigencia; el mismo establece que "No será punible el aborto practicados por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes... Que se presuma que el feto habrá de nascer con grave taras físicas o psíquicas...".

(20) Aún cuando considero insuficiente una mera protección de orden administrativo, recordemos que tampoco la ley 42/1988 efectúa distingos entre las células somáticas y las germinales.

(21) La ley 42/1988, de 28 de diciembre, de "Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos", establece en su art. 9 inc. 2, ap. "B", que son infracciones muy graves "b) La creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él con cualquier fin distinto a la procreación".

A ello cabe adunar que, existiendo la posibilidad de criopreservar preembriones, y, manteniéndose vigente la norma administrativa que establece que los mismos, pasados dos años, quedan a disposición de los Bancos respectivos (ley 35/1988, art. 11, inc. 4), resulta totalmente innecesario recurrir, en la práctica, a la realización de la conducta que este artículo prohíbe.

El inciso segundo del art. 161, por su parte, establece que se castigará con la misma pena – uno a cinco años de prisión e inhabilitación especial de seis a diez años – "la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza".

Nuevamente resulta confuso, sobre todo a la luz de anteriores disposiciones del título, qué es lo que busca proteger el legislador: va de suyo que cuando prohíbe la creación de seres humanos idénticos está aludiendo a seres humanos *genéticamente* idénticos, ya que ello es lo que la clonación logra, por lo que parece que en este caso sí intenta tutelar la identidad genética, entendida como el derecho de todo ser humano a ser único e irrepetible.

Sin embargo, con el término clonación se comprenden realidades científicas diversas, que merecen una distinta valoración ética (y, a mi juicio, también jurídica). Es común que se incluyan en el concepto de clonación los supuestos de fisión gemelar, esto es, la realización en laboratorio de un proceso que puede darse de manera espontánea, en el útero de la madre, y generar gemelos, y que no debería entenderse "stricto sensu" como una técnica de ingeniería genética, en tanto no produce modificación alguna del genoma.

La factibilidad de este procedimiento deviene de la circunstancias de que las células del embrión, en los primeros estadios de su evolución (hasta que la división alcanza ocho células), tienen la calidad de ser "totipotentes", es decir, si se las separara artificialmente y se le construyeran sendas membranas de protección, cada una de ellas sería capaz de generar un ser humano completo, genéticamente idéntico a los desarrollados por las células embrionarias restantes.

Algunos especialistas en fertilidad, lejos de ver en este método una técnica cuestionable, lo mencionan como na posibilidad terapéutica para aumentar la cantidad de preembriones a transferir al útero materno, para el caso de que sólo se haya conseguido un óvulo fecundado en condiciones de implantación [22].

Lacadena, por su parte, ha llegado a sostener el alto grado de utilidad científica del clonado o gemelado, en tanto puede permitir un mayor conocimiento de la importancia relativa de los componentes genético y ambiental [23].

También es una técnica de clonado la partenogénesis, consistente en la estimulación de un óvulo por medios artificiales, de modo tal que se duplique su dotación cromosómica sin necesidad de ser penetrado por un espermatozoide, maniobra que dará origen a un individuo de sexo femenino, genéticamente idéntico a la aportante del óvulo.

La otra forma de obtención de individuos genéticamente idénticos es enucleando un óvulo y colocando en el lugar del núcleo originario otro, procedente de una célula somática, ya sea de la dadora del óvulo o de otra persona cualquiera, en cuyo caso se generará un individuo genéticamente idéntico a quien aportara el núcleo de la célula somática.

Es evidente que esta última técnica, al igual que la partenogénesis, merecen un reproche mucho más significativo que la de fisión gemelar, que a mi criterio no

(22) Ganss Gibson, K. – Massey, J. "Ethical Considerations in the Multiplication ...", *op.cit.*, p. 58-59.

(23) Lacadena, J., "Problemas genéticos con dimensión ético-religiosa", "Anales de Moral Social y Economia", v, 53, 1981, p. 113.

debería quedar captada por la normativa penal.

En realidad, lo que debe prohibirse es la creación de individuos en serie – que es a lo que tiende el clonado, ya que es la única de las técnicas que permitiría múltiples copias – en tanto y en cuanto tal conducta, además de la lesión al derecho a la identidad y a la dignidad humana que importa, puede privar a la especie de su multiplicidad genética, que es precisamente el factor que le permite perpetuarse y sobrevivir. Si esto es lo que perseguía el legislador penal, debió ser más explícito en el punto.

Certeramente Mantovani afirma: "Y es a este propósito que se ha visto el segundo riesgo biológico de la manipulación genética del hombre, advertido también en las recomendaciones del Consejo de Europa, y consistente en la programación y reproducción "totalitaria" de seres humanos en serie, todos genéticamente iguales, todos superhombres o todos serviles, todos físicamente fortísimos pero estúpidos, o todos superinteligentes, y así sucesivamente"[24].

Pero, toda vez que el legislador penal buscó reprimir la utilización de estos procedimientos exclusivamente en la medida en que se encuentren "dirigidos a la selección de la raza", una interpretación literal del texto permite afirmar que las técnicas de clonado sólo resultan prohibidas en tanto y en cuanto importen un intento de mejoramiento racial.

Ahora bien, si recordamos el claro designio eugenésico que campea en el precepto permisivo consagrado en el art. 159, no resulta errado resaltar la confusión ética y filosófica de un legislador que prohíbe la selección de la raza si se hace mediante clonación, pero la permite, si bien restringidamente, cuando se practica mutando el genoma.

El último artículo del título, como ya lo señalara, es una curiosa construcción que parece tener como finalidad la protección de los derechos reproductivos de la mujer. El inciso primero textualmente consigna: "Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años".

Tres son básicamente las técnicas de reproducción asistida de aplicación rutinaria: la fecundación "in vitro", la transferencia intratubárica de gametos y la inseminación artificial [25].

La complejidad de las dos primeras (que incluyen la estimulación ovárica de la paciente mediante ingesta medicamentosa, controles rutinarios destinados a verificar la maduración de los óvulos y la captación de los oocitos maduros del interior del cuerpo de la mujer) y la variedad de profesionales que intervienen en su concreción, torna directamente inverosímil que cualquiera de ellas pueda realizarse sin el concurso voluntario de la mujer, salvo que se tratase de una alienada mental, privada de su libertad en un laboratorio de fertilización asistida, a los fines de forzar un embarazo, hipótesis francamente increíble.

Forzando la imaginación, podemos suponer que el legislador intentó reprimir penalmente aquel supuesto en que una mujer es inseminada artificialmente – sin preguntarle previamente si acepta ser sometida a dicha técnica – en una creación ficticia de una especie de "violación por medios no naturales".

Toda vez que no distingue entre inseminación homóloga (realizada con el semen del marido de la inseminada) e inseminación heteróloga (realizada con el semen

(24) Mantovani, F., citado por Martínez, S.M., "Manipulacion genética...", *op.cit.*, p. 131.

(25) La microinyeccion del espermatozoide en el óvulo (I.C.S.I.) puede considerarse, a los efectos del discurso, como una especialización de la fecundación "in vitro".

de un donante), es prácticamente imposible dilucidar cuál es el bien jurídico que se intenta tutelar, sobre todo si recordamos que esta figura está inserta en un título denominado "Delitos relativos a la manipulación genética" y no en el título octavo, que contempla los delitos contra la libertad sexual.

Si lo que se intenta proteger es la libertad de procreación de la mujer, aclarando por esta vía que sólo su consentimiento – y no el del marido o representante legal – legitima la utilización del método, debió redactarse el tipo de manera más precisa y ubicárselo en el título correspondiente.

Pese a lo señalado, estimo que si esto era lo que se buscaba, la utilización de la ley penal es totalmente innecesaria, en particular si tenemos en cuenta la magnitud de las penas que contempla para los infractores.

Para estos supuestos, basta una buena regulación administrativa, que determine en forma precisa los requisitos que se deben cumplimentar para requerir el consentimiento de la mujer (en aquellas legislaciones que permiten el uso de la metodología en mujeres solas) o de ambos miembros de la pareja, en el resto de los casos.

España cuenta con tal legislación, toda vez que la ya citada ley 35/1988, establece en su art. 6.º inc. 1, que "Toda mujer podrá ser recepetora o usuaria de las técnicas reguladas... siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito..." y en el inc. 3 agrega que si estuviere casada se precisará también el consentimiento del marido, que deberá revestir iguales formalidades. La misma ley considera infracción grave la omisión del consentimiento (art. 20, inc. 2, "A", "c").

Distinto hubiera sido si el legislador español hubiera determinado reprimir penalmente el abuso de confianza que importaría que un médico, a quien una pareja ha solicitado una inseminación homóloga, ante el fracaso de esta técnica y, sin requerir una nueva autorización, practicara una inseminación heteróloga. O, si el mismo médico, en el caso de una fecundación "in vitro", usase gametos procedentes de donante, sin informar a los miembros de la pareja estéril sobre el punto, o, inclusive, en contra de su opinión expresa.

Pero esto no es lo que dice la letra de la ley española, y, vedada como está la analogía en derecho penal, estas conductas – que sí pueden darse con relativa facilidad – y resultan altamente disvaliosas, escapan al marco legal punitivo.

Para completar la confusión que el tipo acuñado genera, el inciso segundo del art. 162 establece que "para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denuncia el Ministerio Fiscal".

Como se ve, se legisla la figura como un delito dependiente de instancia privada, exactamente en los mismos términos utilizados por el art. 191 del Código, al aludir a "delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales".

Valga resaltar que en el único caso en que parecería de aplicación lógica el tipo legal acuñado, en supuestos de inseminación artificial, el sujeto activo puede ser cualquiera, ya que esta técnica admite, dadas ciertas condiciones, su práctica por una persona que no sea profesional de la salud, y sin requerirse ámbitos o elementos demasiado sofisticados. Totalmente distintas son las posibilidades en los casos restantes, donde se requieren conocimientos e infraestructuras altamente especializados.

Ahora bien, encontrándose vigente una ley administrativa que, como ya lo señalara, establece formalidades específicas para el otorgamiento del consentimiento por parte de la mujer (libre, consciente, expreso y por escrito), el especia-

lista en fertilización que omita recabar ese consentimiento por escrito, además de la sanción administrativa, podría padecer una condena penal de dos a seis años de prisión, y verse inhabilitado por uno a cuatro años, aún cuando aclare, y la mujer convalide, la preexistencia de la conformidad reclamada.

A mi juicio, y en base a los argumentos expuestos, esta figura debería ser lisa y llanamente derogada, en tanto entiendo que la libertad sexual de la mujer – aún en este campo – se encuentra suficientemente tutelada con los tipos de los arts. 178 a 183 del ordenamiento legal en cuestión.

En resumen, se debe acoger con beneplácito que estas técnicas, que, por su complejidad, habían logrado hasta ahora escabullirse del necesario control ético y jurídico que los valores que convocan reclaman, hayan encontrado cabida en la reforma penal española; sin que ello importe desechar las reflexiones en punto a que, el producto obtenido, ha frustrado parcialmente las expectativas que la larga elaboración del tema en ese país había generado.

Reforzando mis conceptos en relación a lo que, a mi juicio, es el punto más débil de la reforma – la falta de una protección absoluta de la intangibilidad del genoma – valga rescatar una valiosa reflexión de Stanley Cohen: "la mitología esta llena de criaturas híbridas, como la Esfinge, el Minotauro o Quimera; pero el mundo real no lo está. Se halla poblado por organismos que no han sido configurados por la unión de características provenientes de seres muy distintos, sino por la evolución dentro de especies dadas, que conservan su identidad básica generación tras generación"[26].

[26] Cohen, S., "The Manipulation of genes", Scientific American, cit. por Suzuki, D. – Knudteson, P., "Genética...", *op.cit.*, p. 102.

O REGIME BRASILEIRO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS[1]

ADA PELLEGRINI GRINOVER

1. Como é sabido, a Constituição brasileira de 1988 adotou francamente a posição que advoga a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5.º, inc. LVI), assim entendidas as colhidas com infringência a disposição de direito material e, sobretudo, a princípios ou normas constitucionais.[2] Apesar do caráter aparentemente absoluto da vedação probatória, tenho sustentado que a regra constitucional ainda dá margem a construções doutrinárias e jurisprudenciais, destacando-se entre elas, por sua relevância, o princípio da proporcionalidade e a teoria das provas ilícitas por derivação, conhecida como dos frutos da árvore venenosa.[3]

Igualmente conhecido é o temperamento a que a própria Constituição submeteu a proibição, quando possibilitou, no inc. XII do art. 5.º, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas por ordem judicial, nas hipóteses e forma que a lei estabelecesse, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Á luz das normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal foi construindo sua interpretação, deixando assentados, por maioria, os seguintes pontos:

a) impossibilidade da ordem judiciária de quebra do sigilo telefônico, enquanto não houvesse lei específica disciplinando a matéria, sendo conseqüentemente ilícitas as interceptações assim obtidas;[4]

b) adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, de modo a considerar contaminadas pelo vício da ilicitude derivada as provas alcançadas a partir do conhecimento de fatos apurados pela prova ilícita.[5]

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, não tem sido acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, diversamente do que ocorreu como julgamento do HC 3.982-RJ, pela 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (v. 05.12.1995), que a ela se referiu expressamente, à luz de considerações do caso concreto.[6]

(1) Conferência proferida por ocasião da posse na Cadeira n. 5 da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (Rio de Janeiro, 26.11.1996). Foram acrescentadas as notas.

(2) V., de minha autoria: "As provas ilícitas na Constituição", in *O processo em evolução*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1996, p. 45-53.

(3) Essas questões vieram analisadas, por último, na obra coletiva *As nulidades no processo penal*, de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, São Paulo : Malheiros, 5.ª ed. rev. e ampl., 1996, p. 119-125.

(4) HC 69.912, decisão de 30.06.1993, anulada e depois substituída pela de 16.12.1993, Rev. For. vol. 332, p. 229 e 381 e *RDA* vol. 195, p. 229 e vol. 196, p. 146, reafirmando-se posteriormente a tese em Acórdãos não publicados (cf. *Tribuna do Direito* de julho de 1996, p. 10).

(5) Ação Penal 307-3-DF, j. 07.02.1994, DJU 13.10.1995, Seção I, p. 34.247 *et seq.*, sendo réus, entre outros, o ex-Presidente Fernando Collor de Melo e Paulo César Farias.

(6) Tratava-se de interceptação de comunicação telefônica de réu que se encontrava

Era esta a posição dos tribunais de cúpula do país, quando foi promulgada a Lei 9.296, de 24.07.1996, disciplinando o inc. XII, parte final, do art. 5.º da CF.

2. A lei declaradamente regulamenta o dispositivo constitucional, de modo que é natural sua restrição à quebra do sigilo telefônico para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

A limitadíssima exceção constitucional ao sigilo, não abrangente de outras formas de correspondência e comunicações que não a telefônica e excluindo, da possibilidade de quebra, prova colhida para o processo não penal, tem sido duramente criticada pela doutrina. Por que possibilitar a interceptação de comunicações telefônicas, e não a da correspondência e de comunicações telegráficas e de dados? E qual a razão de excluir da quebra a prova necessária ao processo não-penal, dada a natureza dos direitos materiais controvertidos no denominado "processo civil", o qual, no ordenamento brasileiro, está longe de restringir-se à tutela de meros interesses patrimoniais?[7]

Mas aqui surge importante questão constitucional, que ainda não vi levantada.

O certo é que a Assembléia Nacional Constituinte aprovou texto diverso do que veio afinal a ser promulgado. A redação aprovada em segundo turno, no plenário, foi a seguinte: "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual."

Foi a Comissão de Redação que, exorbitando de seus poderes, acrescentou ao texto as palavras "comunicações", "no último caso" e "penal", limitando consideravelmente o alcance da norma constitucional legitimamente aprovada em plenário.

Esta, da forma como o fora, permitia a quebra do sigilo – observadas a ordem judicial e a reserva legal – não apenas com relação às comunicações telefônicas, mas também às telegráficas e de dados, bem como quanto ao sigilo da correspondência; e, ademais, não restringia o objeto da prova ao processo penal, possibilitando fosse ela produzida em processos não penais.

No meu sentir, a redação restritiva do inc. XII do art. 5.º da CF é formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo.

O art. 3.º da Emenda constitucional n. 26, a qual convocou a Assembléia Nacional Constituinte, determinou que a votação das novas normas constitucionais seriam feitas em *dois turnos*, dependendo a aprovação da maioria absoluta da Assembléia. E, evidentemente, o Regimento Interno não previu – nem o poderia – que a Comissão de Redação pudesse mudar o sentido das normas aprovadas.

Resta saber-se o vício teria ficado superado pela promulgação. Tudo indica que não: assim como a sanção não sana o defeito de iniciativa, no tocante às normas infraconstitucionais,[8] do mesmo modo

cumprindo pena por formação de quadrilha armada.

(7) V., entre todos, José Barbosa Moreira, "A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas", trabalho preparado para próxima publicação na *RDA*. No mesmo sentido escrevemos em "As nulidades cit.", p. 156.

(8) V., por todos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, relatando a postura do Supremo Tribunal Federal sobre a questão: embora a Súmula n. 5 tivesse acolhido a tese da convalidação, muitos juristas – dentre os quais o próprio autor – insurgiram-se contra ela, até que a Suprema Corte, a partir da decisão na Representação n. 890-GB (confirmada por outros julgamentos, como no da Representação n. 1.051/1-GO), passou a adotar a tese de que a sanção não sana o defeito de usurpação da iniciativa reservada presidencial (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*, São Paulo : Saraiva, 1992, v. 2, p. 110-111).

parece-me que a promulgação, em bloco, não teve o condão de convalidar a norma, viciada pela competência e pela violação ao processo legislativo (votação em dois turnos).

Penso até que a versão original poderia ser restabelecida a qualquer tempo por emenda do Congresso Nacional que, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma – por infringência à Emenda n. 26 –, não ficará vinculado pela imutabilidade das denominadas "cláusulas pétreas" (art. 60, § 4.º, inc. IV, CF). Mas certamente ao Poder Judiciário caberia declarar a inconstitucionalidade da regra indevidamente reescrita pela Comissão de Redação, suprimindo as palavras acrescidas, de acordo com as modalidades previstas no ordenamento para o controle da constitucionalidade. Nem seria essa a primeira vez que se discute a respeito da constitucionalidade de normas inseridas no próprio texto constitucional, mesmo que se trate de regras emanadas do Poder Constituinte originário.

3. Com essas considerações prévias, passo à análise do texto legal.

Não se duvida da urgente necessidade de promulgação de lei disciplinadora da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, que até tardou demais, principalmente em face da firme posição do Supremo Tribunal Federal quanto à sua indispensabilidade para legitimar as ordens judiciárias autorizadas. Mas é forçoso reconhecer que a Lei 9.296/96 apresenta inúmeros defeitos, não configurando o projeto de que se originou a melhor proposta entre as oferecidas ao Congresso Nacional.

O acerto dessa afirmação emerge do confronto, por mais perfunctório que seja, entre a lei vigente e o Projeto de Lei 3.514/89, apresentado pelo Deputado Miro Teixeira,[9] encampando proposta elaborada por Grupo de Trabalho formado pelo Deputado Michel Temer – que tive a honra de integrar –, o qual chegou a ser aprovado no plenário da Câmara dos Deputados, vindo depois a perder-se nos meandros do Senado da República.

Mas, *legem habemus*: há de dar-se ao diploma legislativo a interpretação mais adequada. E o que tentarei fazer, ao menos quanto a seus pontos principais.

4. A primeira observação decorre da terminologia utilizada pelo art. 1.º: a lei aplica-se à "interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza".

Por mais amplitude que se pretenda atribuir ao conceito, permanece ele limitado à escuta e eventual gravação da conversa telefônica, quando praticada por terceira pessoa, diversa dos interlocutores. Somente a *terzietà*, referida pela doutrina italiana, é capaz de caracterizar a interceptação.[10] Não diversa é a posição do ordenamento brasileiro, porquanto o art. 151, § 1.º, incs. II e III, do CP, tipifica a violação de comunicação telefônica como sendo a relativa à conversação "entre outras pessoas".

É irrelevante indagar a respeito da existência de conhecimento e consentimento de um dos interlocutores. É possível que nenhum deles esteja a par da operação técnica, ou que um consinta com ela. Embora a doutrina prefira falar, só no primeiro caso (interceptação executada à revelia de ambos os interlocutores), em interceptação *stricto sensu*, e, no segundo caso (interceptação conhecida e consentida por um deles), em "escuta telefônica", em ambos os casos a *terzietà* está presente, e tratar-se-á de interceptação, subsumível à lei.

Mas esta não abrange a gravação da conversa telefônica própria, feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro: conduta essa que não se enquadra

(9) O texto do Projeto encontra-se publicado no volume de minha autoria, *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2.ª ed., 1990, p. 430-435.

(10) Ver "As nulidades cit.", p. 151-152.

no conceito de interceptação, e consiste, na terminologia correta, na gravação clandestina de conversa telefônica própria.[11] Embora o caso não se enquadre na tutela do sigilo das comunicações (art. 5.º, inc. XII, CF), é preferível ao inc. X do mesmo dispositivo (proteção da intimidade): a gravação, em si, não é ilícita, podendo qualquer dos interlocutores executá-la livremente, por tratar-se de documentação de comunicação que lhe é dirigida. No entanto, a divulgação, *sem justa causa*, da conversa *confidencial* poderá ser ilícita, subsumindo-se a conduta ao tipo do art. 153 do CP.

Do mesmo modo, a informação a respeito do registro de ligações feitas de ou para determinada linha telefônica não se enquadra na lei, podendo aí caracterizar-se violação do sigilo profissional.

A lei tão pouco ocupa-se das chamadas "gravações ambientais", ou entre presentes, entendendo-se, por esse termo, a captação clandestina de conversa, por terceiro ou por um dos interlocutores, no próprio ambiente em que ela se desenvolve.[12]

Com relação a estas, o legislador perdeu uma boa oportunidade de regulamentar o assunto, que normalmente vem tratado, no direito estrangeiro, juntamente com a disciplina das interceptações. O Projeto Miro Teixeira cuidava expressamente dessas hipóteses, considerando lícita a produção da prova obtida mediante gravação clandestina, desde que utilizada para proteção de direito ameaçado ou violado de quem gravou a conversa.[13]

5. Liga-se a essa questão a levantada pelo parágrafo único do art. 1.º da lei, que permite a interceptação de "fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática".

O dispositivo é de duvidosa constitucionalidade, tendo sido ajuizada ação direta, ainda pendente de julgamento, a seu respeito, sob o fundamento de que violaria o sigilo da comunicação de dados (inc. XII do art. 5.º CF), que é absoluto.

Penso que aqui há que se distinguir.

A informática tem por objeto o tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados. Nesse sentido técnico, o dispositivo vulnera a Constituição, que não permite a quebra do sigilo dos bancos de dados. Já a telemática versa sobre a manipulação e utilização da informação através do uso combinado do computador e meios de telecomunicação, de modo que aqui se tem uma comunicação do fluxo de dados via telefone.

Cabe, então, verificar se a expressão constitucional "comunicações telefônicas" seria, ou não, abrangente das "comunicações via telefone". Mesmo assim, a resposta seria negativa, dado que as regras limitadoras de direitos, sobretudo quando excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente. Desse modo, a "comunicação telefônica" parece adstrita à transmissão da voz.[14]

Mas é preciso advertir que o próprio texto do art. 5.º, inc. XII, da CF dá margem a outra interpretação: há quem afirme que cuida ele somente de *duas situações* de sigilo: de um lado, a da correspondência; do outro, a das "comunicações telegráficas, de dados e telefônicas", de modo que a possibilidade de quebra, "no último caso", abrangeria todo o segundo grupo. Para rechaçar essa posição, todavia, basta observar que a reiteração da palavra "comunicações", antes de "telefônicas", indica exatamente que a exceção constitucional só a estas se refere. É essa a única explicação para a repetição (e por isso a Comissão de Redação a introduziu), pois se a ressalva se referisse a todo o segundo grupo, teria sido sufi-

(11) Ibid., p. 159-161.
(12) Ibid., p. 158-159.
(13) Art. 12 do Projeto de Lei 3.514/89.
(14) Nesse último sentido, expressamente, Vicente Greco Filho, *Interceptação telefônica*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 13.

ciente dizer "comunicações telegráficas, de dados e telefônicas".[15]

Desse modo, parece que o dispositivo em questão é efetivamente inconstitucional, salvo se se der ao termo "comunicações telefônicas" a acepção de "comunicações pela via telefônica", o que também é de difícil aceitação.

6. A ordem de interceptação é corretamente enquadrada pelo art. 1.º da lei como provimento cautelar, para o qual é competente o juiz da ação principal.

Diversas leis estaduais de organização judiciária têm previsto, em comarcas de maior movimento, juízos especializados para as providências cautelares anteriores ao oferecimento da denúncia. Na comarca de São Paulo, por exemplo, atuam na fase da investigação policial os juízes do DIPO – Departamento de Inquéritos Policiais –, que não têm competência para o processamento e julgamento da causa, após o oferecimento da denúncia. Em outros Estados, as leis locais prevêem juízes de plantão.

Considero que tanto os juízes de plantão, como os do DIPO, simplesmente substituem o juiz da causa, não havendo qualquer infringência ao art. 1.º da lei quando a autorização para a interceptação deles se originar. Até porque as leis de organização judiciária são autônomas em estabelecer a competência dos juízos no âmbito de suas justiças, segundo orientação prestigiada em diversas oportunidades pelos tribunais pátrios.[16]

Nem haverá, no caso, prevenção de competência.[17]

7. Vejam-se agora as hipóteses legais em que a interceptação é admissível, podendo ser ordenada pelo juiz. Trata-se da reserva legal considerada indispensável pelo Supremo Tribunal Federal, que invalidou muitas operações técnicas autorizadas antes da promulgação da Lei 9.296/96.

Nesse ponto, a normação é extremamente infeliz.[18] Em primeiro lugar, porque do texto constitucional decorre claramente a idéia de que o sigilo é a regra, à qual a lei pode excepcionar, nas hipóteses e formas que estabelecer. Ao invés disso, o art. 2.º do referido diploma legal inverte os dados da questão, apresentando a quebra como regra e a inviolabilidade como exceção. Basta ler o dispositivo:

"Art. 2.º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal;

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção."

Se a inversão representasse apenas uma atecnia formal, o defeito não seria grave. Mas o é, na medida em que a postura equivocada do legislador o levou a considerar admissível a interceptação em *todos os casos de crimes apenados, em abstrato, com pena de reclusão (inc. III).*

É evidente o excesso do legislador brasileiro, que não se deu conta da excepcionalidade da intercepção telefônica como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e em contrapartida, excluindo-a de infrações penais de menor relevância social, mas que, por sua índole, só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio da referida interceptação. O direito comparado reserva a possibilidade

(15) No mesmo sentido, por outros fundamentos, conclui Vicente Greco Filho, op.cit., p. 11-12.

(16) No mesmo sentido, Vicente Greco Filho, op.cit., p. 28-29.

(17) Parece contrária, nesse ponto, a posição de Vicente Greco Filho, op.cit., p. 28.

(18) Vicente Greco Filho (op.cit., p. 13) refere-se à "duplamene lamentável redação negativa" do art. 2.º.

de quebra do sigilo a casos taxativos de extrema gravidade, acrescentando ao rol de crimes mais sérios, via de regra, os casos de ameaça e injúria (punidos entre nós com pena de detenção), quando cometidos pela via telefônica.

Era o que se esperava do legislador brasileiro que, ao contrário, generalizou o remédio extremo da quebra do sigilo para todos os casos de crimes apenados com pena de reclusão. Seguro indício de que outra deveria ser a postura da lei encontra-se no voto vencido do Min. Paulo Brossard, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir, no caso concreto, a ordem de interceptação telefônica, apesar da ausência da lei regulamentadora, por entender inequivocável que a autorização legislativa incluiria os crimes a que alude o art. 5.º, XLIII da CF (crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo).[19] No mesmo sentido, o voto vencido do Des. Nério Letti, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, presumindo que a futura lei se pautaria pelas balizas adotadas em outros países.[20]

As previsões ficaram frustradas. Cabe indagar se a postura do legislador brasileiro poderia ser acoimada de inconstitucional.

Parece-me que sim. Os sistemas constitucionais modernos adotam, expressa ou implicitamente, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual uma lei restritiva, mesmo quando adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando adote cargas coativas desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados.[21] Entre nós, o princípio decorre de várias cláusulas pelas quais a Constituição confere especial proteção aos direitos fundamentais (como, por exemplo, o art. 60 § 4.º, inc. IV, CF), convertendo o princípio da reserva legal em *princípio da reserva legal proporcional*, na feliz expressão de Suzana de Toledo Barros.[22]

Dessa posição, adotada expressamente no tocante ao inc. III do art. 2.º da Lei 9.296/96 por Antônio Magalhães Gomes Filho,[23] decorre a conseqüência da inconstitucionalidade da previsão irrazoável da lei, quando estende a possibilidade de interceptação a todo e qualquer crime apenado com reclusão, daí surgindo a necessária cautela com que o juiz deverá portar-se, ao autorizar a operação técnica de quebra do sigilo.

Isso porque o critério da proporcionalidade não se dirige apenas ao legislador (que no caso não o observou), mas também ao intérprete, pelo que o magistrado deverá negar a ordem de interceptação se o crime objeto de investigação ou de processo não se configurar como sendo de especial gravidade. Para tanto, deverá guiar-se pelas legislações mais adiantadas (como, por exemplo, pelo art. 266 do CPP italiano), tomado, aliás, como modelo, nesse tópico, pelo já referido Projeto de Lei Miro Teixeira (art. 1.º).

8. Com relação ao inc. I do art. 2.º da lei em vigor, a exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal nada mais configura do que o *fumus boni iuris*, ou seja a plausibilidade do direito invocado, necessário em face da natureza cautelar do provimento que autoriza a medida, assegurando a prova *inaudita altera parte* e submetendo-a a contraditório diferido.[24]

(19) HC 69.912-0-RS, DJU 26.11.1993.

(20) MS 690.070.289.

(21) J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Lisboa: Almedina, 6.ª ed., 1993, p. 617.

(22) Suzana de Toledo Barros, "O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais", Distrito Federal : Brasília Jurídica, 1996, p. 89-90.

(23) Antônio Magalhães Gomes Filho, "A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96", in *Boletim IBCCrim*, edição especial n. 45, agosto de 1996, p. 14.

(24) V. "As nulidades" cit., p. 152-153.

Por sua vez, o disposto no inc. II do mesmo dispositivo exige, para a autorização, a circunstância de não poder a prova ser feita por outros meios disponíveis, firmando o critério da *estrita necessidade*, reforçada pelo disposto no art. 4.º da lei, que demanda a demonstração, no pedido de interceptação, da necessidade da medida para a apuração da infração penal. A excepcionalidade e estrita necessidade da operação técnica enquadram-se na exigência do *periculum in mora*, comum a todas as medidas cautelares, indicando, nesse ponto, a tomada de consciência do legislador quanto ao fato de as interceptações telefônicas representarem, sim, um instrumento às vezes insubstituível no combate aos crimes mais graves, mas também uma insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito ou acusado, mas até de terceiros, pelo que só devem elas ser utilizadas como *ultima ratio*.

Dúvidas poderão surgir, na praxis judiciária, quando a interceptação tiver sido ordenada por considerá-la o magistrado, no juízo de admissibilidade, o único meio possível de colheita da prova, demonstrando-se, após, que outros existiam. Penso que nesse caso a prova obtida pela interceptação não poderá ser considerada ilícita, por configurar o disposto no inc. II do art. 2.º requisito necessário à autorização, mas não condição de validade da prova: se, naquele momento, à cognição sumária do juiz a quebra do sigilo da comunicação telefônica pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido lícita e não poderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios.

No incidente da interceptação telefônica, como em relação ao requerimento de qualquer prova, há que distinguir-se entre juízo de admissibilidade, que pode levar à autorização, e juízo de mérito.[25]

9. O parágrafo único do art. 2.º da lei em exame sugere que o resultado da interceptação telefônica só possa ser utilizado como prova dos fatos objeto de investigação determinada:

Parágrafo único: "Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza *a situação objeto da investigação*, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada" – grifei.

Com o mesmo espírito pode ser lido o art. 4.º, que exige da autoridade requerente a demonstração da necessidade da interceptação "à apuração de infração penal".

Mas não se trata senão de idéia insinuada pela redação dos dispositivos. À falta de maiores esclarecimentos, certamente surgirá a prática a dúvida a respeito de a prova obtida mediante interceptação telefônica, autorizada para investigação ou processo relativo a determinada infração penal poder, ou não, ser utilizada em investigação ou processo instaurado por fatos diversos. Trata-se do conhecimento fortuito de outros fatos, ocasionado pela interceptação lícita.

A legislação estrangeira dá resposta expressa a tal indagação: assim, *v.g.*, o art. 270 do CPP italiano veda a utilização dos resultados das interceptações em procedimentos diversos daqueles em que foram autorizadas, ressalvado o caso de sua indispensabilidade para o acertamento de infrações penais em que for obrigatória a prisão em flagrante. O Projeto de Lei Miro Teixeira, inspirado nesse ponto no sistema alemão, previa, no art. 8.º, a vedação do aproveitamento, salvo quando se tratasse de conhecimento fortuito útil à elucidação de outra infração penal também constante do rol taxativo do art. 1.º,

(25) As várias atividades processuais relativas à prova desdobram-se em: a) requerimento; b) admissibilidade; c) introdução no processo; d) valoração. A colheita da prova situa-se externamente ao processo: v. "As nulidades cit.", p. 118.

o qual enumerava as hipóteses em que a quebra do sigilo seria admissível.

Assim, por exemplo, se a referida quebra fosse autorizada em investigação ou processo atinente ao crime de tráfico de substâncias entorpecentes (inc. II do art. 1.º), seu resultado poderia ser utilizado em processo ou investigação sobre crime de extorsão mediante seqüestro (inc. VII). Não, porém, para um caso menos grave, que não fosse arrolado dentre aqueles para os quais o Projeto previa a admissibilidade da interceptação.

A falta, na lei brasileira vigente, de um rol de infrações em que a interceptação é admissível dificulta a solução do problema por esse último parâmetro. Mas, a adotar-se o entendimento de que o juiz deverá limitar a autorização a casos de crimes graves, poder-se-á seguir o mesmo critério para o aproveitamento do resultado da interceptação em processo ou investigação diverso daquele para o qual a ordem foi dada.

10. O art. 3.º, relativo à determinação judicial de interceptação, de ofício ou a pedido da autoridade policial (na investigação) ou do Ministério Público (nessa e na instrução processual) é criticável, por omitir a vítima e o próprio indiciado ou acusado. Mas é evidente que estes também estão legitimados ao requerimento, em face das garantias constitucionais, entre as quais se insere o direito à prova, reconduzível aos incs. LIV e LV do art. 5.º da CF.[26] E na ação penal de iniciativa privada (como no caso de estupro), somente a vítima poderá formular o pedido.

A previsão de pedido verbal, reduzido a termo, embora restrito a casos excepcionais, desperta alguma preocupação, uma fez que o exame do juiz a respeito da presença dos requisitos de admissibilidade da medida – a que o mesmo art. 3.º alude expressamente – deverá basear-se exclusivamente nas afirmações da autoridade requerente.

A urgência pode justificar a previsão legislativa, nesses casos excepcionais. Mas teria sido oportuna a previsão de convalidação da ordem pelo juiz, à luz da ratificação escrita do pedido verbal, com a inutilização do resultado da interceptação na hipótese de falta de convalidação. Era essa a linha seguida pelo Projeto Miro Teixeira, nos casos de interceptação efetuada com o consentimento de um dos interlocutores – muito comum em casos de seqüestro (art. 4.º e parágrafos).

Nada impede, a meu ver, que o juiz assim proceda, condicionando a utilização dos resultados da interceptação à posterior convalidação.

11. A necessidade de motivação da autorização, sob pena de nulidade – em observância, aliás, ao disposto no art. 93, inc. IX, CF – e o prazo de duração das operações – quinze dias prorrogáveis por igual prazo, desde que comprovada sua indispensabilidade – vêm dispostos no art. 5.º.

A lei não esclarece se, após a primeira prorrogação, outra será possível. O Projeto Miro Teixeira era expresso, prevendo tantas prorrogações quantas necessárias, desde que continuassem presentes os pressupostos de admissibilidade da ordem de interceptação. O bom senso deverá conduzir o juiz nesse sentido.[27]

12. A forma de execução da diligência, diz o mesmo art. 5.º em análise, deverá ser indicada pelo juiz na decisão que autoriza a interceptação. Mas o art. 6.º prevê que a própria autoridade policial conduza os procedimentos de interceptação, com ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar sua realização. Por sua vez, o art. 7.º permite à autoridade policial

(26) Antônio Magalhães Gomes Filho dedicou ao direito à prova no processo penal excelente monografia, no prelo. Também escrevi sobre o assunto em "O conteúdo da garantia do contraditório cit.", p. 19-21.

(27) No mesmo sentido, Vicente Greco Filho, op.cit., p. 31.

requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviços públicos.

Nesse ponto, a lei não é satisfatória. As operações técnicas deveriam ter sido atribuídas, de regra, aos serviços públicos de telefonia, para maior segurança e credibilidade do procedimento de interceptação. A intervenção do Ministério Público tão pouco resolve a questão, até porque meramente facultativa – o que é igualmente inaceitável.

Tem-se aqui um verdadeiro retrocesso com relação ao próprio Código de Telecomunicações (Lei 4.117, de 27.08.1962, com as alterações sucessivas) – considerando inadequado para suprir à exigência constitucional de lei reguladora das hipóteses e "formas" da quebra do sigilo das comunicações telefônicas[28] –, mas que ao menos era expresso na exigência de a operação técnica ser efetuada pelos serviços das estações e postos oficiais (art. 152 c/c art. 56, § 2.º).

Não cabe à polícia, nem ao Ministério Público, efetuar diretamente o grampeamento dos telefones, à revelia das concessionárias dos serviços públicos.

Deve o juiz, também nesse ponto, utilizar os poderes que lhe são conferidos pelo art. 5.º da lei, determinando que as operações de interceptação sejam levadas a cabo pelos órgãos técnicos competentes, com acompanhamento das diligências pela polícia e pelo Ministério Público.

Outra observação: embora a lei dê a entender que a interceptação possa não ser acompanhada de gravação (art. 6.º, § 1.º), recomenda-se ao juiz que a determine, para posterior transcrição das conversas interceptadas. Somente assim poderá haver aferição da veracidade da prova, sua idoneidade técnica e autenticidade da voz, para efeito de valoração do juiz.

Mas, na hipótese de a gravação não ter acompanhado a interceptação, será admissível outra prova – como a testemunhal – sobre a realização da conversa?

Embora o valor probante do conteúdo da interceptação seja, nesse caso, induvidosamente menor, a prova testemunhal não poderá ser excluída,[29] cabendo ao juiz valorá-la, atribuindo-lhe o peso que possa merecer.

13. Os arts. 8.º e 9.º da lei tratam dos incidentes relativos à introdução da prova no processo. O primeiro diz respeito ao apensamento, o segundo a inutilização de trechos de conversa.

É a seguinte a sistemática da lei: recebido o auto circunstanciado relativo ao cumprimento da diligência, contendo o resumo das operações (§ 2.º do art. 6.º), acompanhado, se for o caso, da transcrição da gravação (§ 1.º do mesmo dispositivo), o juiz determinará sua autuação em autos apartados, em apenso aos do inquérito ou do processo, ciente o Ministério Público (art. 6.º, § 3.º, c/c art. 8.º). A seguir, pelo art. 9.º, abrir-se-á o incidente de inutilização.

Ocorrem, aqui, diversas falhas da lei.

Em primeiro lugar, o Ministério Público, a quem as diligências se destinam, por incumbir-lhe a formulação da acusação e sua condução ao longo do processo, não deveria ser simplesmente cientificado da ocorrência e do resultado da interceptação já consumada, cabendo-lhe inquestionavelmente papel mais ativos, seja no tocante ao pedido de interceptação formulado pela polícia – sobre o qual deveria manifestar-se previamente –, seja no que tange a seu acompanhamento. Mais um ponto em que o juiz deverá suprir as deficiências da lei.

Em segundo lugar, o art. 8.º da lei, que regula a autuação e apensamento dos autos da diligência aos do inquérito ou

(28) V. supra, n. 1.

(29) No mesmo sentido, Vicente Greco Filho, op.cit., p. 33. Em sentido contrário, Antonio Magalhães Gomes Filho, em conferência proferida nas I Jornadas de Direito Processual Penal, Brasília, 8.11.1996.

processo, com observância do sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas, nada diz sobre a garantia do contraditório.

Apesar disso, é evidente que o *incidente* relativo à *introdução* do resultado da interceptação, em autos apartados, apensados aos do inquérito ou do processo, deverá ser necessariamente conduzido em contraditório, nos termos do disposto no art. 5.º, inc. LV da CF. Contraditório diferido, em face da natureza cautelar (assecuratória da prova) da ordem de interceptação, o qual deve instaurar-se tão logo se considere que o conhecimento do resultado da diligência não importará em prejuízo ao prosseguimento das investigações.

Era o que previa expressamente o Projeto Miro Teixeira, no art. 7.º, § 1.º. E é o que o juiz deve imediatamente fazer, apesar do silêncio da lei.

No incidente de apensamento a defesa poderá levantar a questão da licitude ou ilicitude da prova e, nesse caso, pedir seu desapensamento. Poderá discutir a idoneidade técnica da operação de interceptação, a autenticidade da prova documental, e a própria identificação da voz. Nele poderá surgir a necessidade de perícias, a serem acompanhadas pelas partes, em contraditório pleno,[30] tudo de acordo com o disposto no art. 383, parágrafo único, do CPP, segundo o qual a reprodução mecânica (como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou *de outra espécie*, a teor do *caput* do dispositivo), quando impugnada em sua autenticidade, impõe ao juiz a realização de exame pericial.[31]

14. Por isso, não se pode aceitar o critério fixado pela lei sobre o momento do apensamento – com a conseqüente inauguração do incidente –, assim regulado pelo par.único do art. 8.º:

"a apensação somente poderá ser relizada imediatamente *antes do relatório* da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (*Código de Processo Penal*, art. 10, 1.º) ou na *conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538* do CPP" (grifei).

Os momentos indicados pela lei são inteiramente inadequados. Quanto ao inquérito policial, a previsão impede qualquer manifestação produtiva do indiciado, que poderia produzir alegações e provas a respeito do resultado da interceptação, inclusive no tocante à sua autenticidade e à veracidade da voz. Não tem sentido alijar o indiciado do conhecimento de prova que pode ser de importância vital para seus interesses. Reporto-me, nesse ponto, à posição por mim defendida quanto à contrariedade do inquérito policial a partir da garantia constitucional dos "litigantes, em processo administrativo" (art. 5.º, inc. LV), hipótese que não se confunde com a dos "acusados" e que assegura o contraditório em qualquer processo administrativo, mesmo não punitivo, em que se verifique conflito de interesse entre os titulares da relação jurídica administrativa.[32]

Pior ainda a disciplina para o processo jurisdicional: não há porque protelar o contraditório para o momento das diligências dos arts. 407 e 502 (observe-se que a errônea remissão ao art. 538, relativo ao procedimento sumário, é totalmente inaplicável).

A meu ver, o delegado de polícia, no inquérito, e o juiz, no processo, deverão

(30) Quanto à necessária participação das partes na realização de perícias (não antecipadas), v., de minha autoria, "O conteúdo da garantia do contraditório cit.", especialmente p. 27-31.

(31) Ver, sobre a questão, "As nulidades cit.", p. 153-154.

(32) Ver, de minha autoria, "Do direito de defesa em inquérito administrativo", in *O processo em evolução*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1996, p. 81-88. Do mesmo sentir, entre os administrativas, Odete Medauár, *a processualidade no direito administrativo*, São Paulo : RT, 1993, p. 159 e ainda n. 30, p. 61. *et seq.*

retirar as garantias do contraditório e da defesa diretamente da disposição constitucional, antecipando-as para o primeiro momento em que delas não puder mais derivar prejuízo às investigações.

15. A lei prevê que o *incidente de inutilização* dos trechos de conversa que não interessarem à prova (art. 9.º) seja posterior à sua introdução, em apenso, no processo. Melhor fora que ocorresse eles antes do apensamento, para total garantia da privacidade de terceiros.

Seja como for, é evidente a inconstitucionalidade da disposição do parágrafo único do art. 9.º, que se limita a prever que o incidente de inutização seja "assistido" pelo Ministério Público, "facultada" a presença do acusado *ou* de seu representante legal ("art. 9.º, parágrafo único): *imprescindível*, aqui, a presença das partes e, quanto à defesa, do acusado *e* do advogado, para garantia da *autodefesa* e da *defesa técnica*, ambas constitucionalmente asseguradas.[33] Nem pode ser olvidado o interesse de terceiros, interlocutores estranhos aos fatos a serem provados, à destruição de parte da prova. Não atendidos pelo juiz, poderão impetrar mandado de segurança contra o ato jurisdicional que indeferir sua pretensão, visando à preservação do direito à intimidade.[34]

A respeito da inutilização, o Projeto Miro Teixeira determinava, no § 2.º do art. 7.º, que as partes, assim como a autoridade policial, teriam o prazo de dez dias para examinar e escutar as gravações, indicando os trechos cuja degravação pretendessem. A partir daí, o juiz determinaria a transcrição dos trechos indicados que não fossem manifestamente irrelevantes e impertinentes, bem como de outros que considerasse convenientes, decidindo a respeito da destruição do material restante. Essa decisão, nos termos do § 4.º do mesmo art. 7.º, seria sujeita a agravo, provido de efeito suspensivo.

Embora a lei não o diga, as decisões proferidas nos incidentes (de apensamento e de inutilização) serão apeláveis, enquadrando-se na previsão do art. 593, inc. II, CPP (decisões definitivas, ou com força de definitivas, assim entendidas, dentre outras, as que resolvem o mérito de questões incidentais).[35]

16. Uma palavra sobre a preservação do sigilo das diligências, gravações e transcrições previsto no art. 8.º, *caput*. A meu ver, referido sigilo volta-se muito mais à proteção da intimidade de terceiros do que à do acusado, não se justificando após a degravação dos trechos de conversas que não dizem respeito aos fatos a serem provados.

Não tem sentido entender que os elementos indicados no referido dispositivo devam permanecer lacrados após a inutilização dos elementos informativos estranhos à prova. As garantias do "devido processo legal" não admitem prova secreta, sendo aberrantes e inconstitucionais disposições que assim determinem.[36] Quando muito, o sigilo pode dizer respeito a terceiros, mas jamais dirigir-se às partes. É nesse sentido que deve ser interpretada a restrição à publicidade prevista no inc. LX do art. 5.º, nos expressos termos do disposto no inc. IX do art. 93 da Constituição.

17. Finalmente, o art. 10 da lei tipifica como crime duas condutas: a) realizar interceptação de comunicações telefôni-

(33) Ver, sobre autodefesa e defesa técnica, integrando ambas, necessariamente, o direito constitucional de ampla defesa, Grinover, Scarance e Magalhães, "As nulidades" cit., p. 71 *et seq.*

(34) No mesmo sentido, Vicente Greco Filho, op.cit., p.35.

(35) Ver Grinover, Magalhães e Scarance, *Os recursos no processo penal*, São Paulo : RT, 1996, p 58-60 e 115-116.

(36) É o caso da "prova secreta" prevista no art. 3.º da Lei 9.034/95. Ver, de minha autoria, "Que juiz inquisitor é esse?", in *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 30, junho de 1995, p. 1.

cas, de informática ou telemática sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei; b) quebrar segredo de justiça. A pena, para ambos, é de reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Subsume-se ao primeiro tipo a conduta de toda e qualquer pessoa. Cessa, assim, a discussão surgida com relação à possibilidade de enquadramento de quem não fosse funcionário público – como os investigadores particulares – nos crimes contra a inviolabilidade de correspondência (arts. 151 e 152 CP, art. 227 CPM e art. 56 do Código de Telecomunicações).

Evidente que o dispositivo também colhe os servidores e agentes públicos, inclusive o juiz que acaso autorize a interceptação para fins diversos da investigação criminal ou da instrução processual penal – como, por exemplo, em processo não-penal. Mas a redação do dispositivo deixa dúvidas quanto à caracterização do ilícito em casos que não se ligam propriamente aos "objetivos autorizados em lei", como seria o do juiz que determinasse a interceptação para investigação ou processo atinente a crime punido com pena de detenção.[37]

Melhor, nesse ponto, o Projeto Miro Teixeira, que previa, no art. 11, que "a realização das operações técnicas fora dos casos, modalidades e forma estabelecidos nesta lei constitui crime, sujeitando-se seus autores às penas de detenção de um mês a um ano, e multa". O parágrafo único do mesmo dispositivo ainda dispunha que, em prejuízo do cominado no *caput*, ao servidor público também se aplicassem as demais sanções previstas na Lei 4.898, de 09.12.1965, enquadrando a conduta em crime de abuso de autoridade.

A segunda hipótese – tipificada como crime de violação do segredo de justiça – tem sido considerada como de infração exclusivamente funcional,[38] nela só podendo incorrer servidores (em sentido amplo) e agentes públicos, como o juiz, os membros do Ministério Público, os agentes policiais, os serventuários da justiça e os operadores dos serviços de telefonia, os quais têm o dever jurídico de preservar segredo de justiça.

Por isso – afirmou-se[39] – o advogado que infringisse o sigilo só poderia incorrer nas penas do art. 154 do CP (violação de segredo profissional).

A questão certamente provocará divergências. O art. 10 da nova lei cuida especificamente da quebra do segredo por ela mesma instituído, qual seja o relativo ao procedimento da interceptação telefônica. Por isso, os demais casos quando o crime for praticado por servidores, continuarão regidos pelo art. 325. Aplicando-se o mesmo raciocínio, poder-se-á afirmar que o advogado – que também tem dever de guardar segredo – incorrerá nas penas do art. 154 do CP, para a generalidade dos casos, mas sua conduta poderá subsumir-se ao art. 10 da Lei 9.296/96, quando se tratar de violação ao específico sigilo por ela instituído para as interceptações telefônicas.[40]

A norma é severa e muito cuidado deverá ser tomado para resguardar a atuação de cada interveniente, não sendo de descartar a possibilidade de lavratura de termos de responsabilidade, por iniciativa do juiz.

18. Essa, em apertada síntese, a análise da lei. Mas inúmeras são as questões deixadas em aberto, dentre as quais se passam a enumerar as principais.

a) Como visto, omite a lei o tratamento das gravações clandestinas de conversas telefônicas próprias e das gravações entre

(37) Segundo Vicente Greco Filho (op.cit., p. 42-43), a expressão "com objetivos não autorizados em lei" compreenderia o caso de interceptação em crime de detenção.

(38) Assim Vicente Greco Filho, op.cit., p. 44.

(39) Vicente Greco Filho, op.cit., p. 45.

(40) Contra, com relação ao advogado, Vicente Greco Filho, op.cit., p. 45.

presentes (ambientais). A lacuna deverá ser preenchida pela doutrina e pela jurisprudência, que poderão aplicar-lhes, por analogia, o disposto na lei – inclusive quanto à autorização judicial – ou reservar-lhes disciplina menos rigorosa, diretamente deduzida, *contrario sensu*, do art. 153, CP, que descaracteriza o crime de divulgação de segredo na presença da *justa causa* e quando não se trate de correspondência confidencial. Também poderá ser útil, a esse propósito, o art. 12 do Projeto Miro Teixeira, referido no n. 4 *supra*.

b) A interceptação autorizada e realizada *contra legem* é induvidosamente ilícita, e conseqüentemente inadmissível no processo (art. 5.º, inc. LVI, CF). Embora a lei não o diga expressamente, a conseqüência processual será sua ineficácia, com a correlata impossibilidade de utilização.[41]

A lei poderia ter determinado fosse a prova ilícita desapensada do processo, mas não o fez, cabendo ao juiz assim proceder, em decisão que poderá sujeitar-se a apelação, tanto quanto aquela que decide a questão da inutilização de trechos de conversa.[42] Se o juiz valorar indevidamente a prova ilícita, o tribunal deverá simplesmente desconsiderá-la, como já tem sido feito pela jurisprudência, sem que isso represente supressão do primeiro grau de jurisdição.[43]

c) O legislador não tomou posição sobre o princípio da proporcionalidade, e talvez tenha sido melhor assim, para a generalidade dos casos.[44] Mas deveria ao menos ter ressalvado alguma abertura ao aludido critério, como no que concerne à prova ilícita *pro reo* (como fazia o art. 9.º do Projeto Miro Teixeira).

Caberá à doutrina e à jurisprudência construírem a respeito.

d) A lei também é omissa quanto à possibilidade de interceptação de comunicações telefônicas entre o suspeito ou acusado e seu defensor, relativamente aos fatos objeto de investigação ou apuração em processo penal (art. 2.º do Projeto Miro Teixeira). Aqui, o sigilo entre advogado e patrocinado deve ser considerado absoluto, inerente que é ao próprio exercício do direito de defesa, não podendo ceder diante do permissivo legal. Mais uma oportunidade perdida para deixar clara uma inevitável conseqüência da aplicação do princípio da proporcionalidade, que o intérprete deverá apontar.

e) Tão pouco é resolvido os problema das denominadas "provas ilícitas por derivação", segundo a tese do rechaço dos "frutos da árvore venenosa, que conta hoje com a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.[45]

Em sede de propostas de reforma, a questão vinha enfrentada no Anteprojeto de Lei preparado por comissão de juristas constituída pelo Ministério da Justiça em 1994 e presidida pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, segundo o qual o art. 157 CPP passaria a viger com a seguinte redação: "Serão inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais, *e as delas resultantes*".

Mas, nesse ponto, é preciso atentar para as limitações impostas à teoria dos frutos da árvore envenenada do direito comparado, como a *independent source* e, em conseqüência a *inevitable discovery*:[46] ou seja, excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as

(41) Ver "As nulidades cit.", p. 125 *et seq.*
(42) Ver retro, n. 13 *in fine*.
(43) Ver "As nulidades cit.", p. 126-127.
(44) Ver adiante, letra "e".
(45) Ver *supra*, n. 1.
(46) Em relação a essas exceções, v. as sentenças Nix v. Williams (467 U.S. 431), de 1984, e Oregon v.Elstad (–U.S. 105), de 1985. Na doutrina, no mesmo sentido, Israel & Lafave, Criminal Procedure. Constitucional Limitations, St. Paul, Minn., 1989, p. 281-303.

secundárias como causa e efeito ou quando as provas derivadas da ilícita poderiam ser descobertas de outra maneira.[47]

Diante das necessárias limitações à teoria dos frutos da árvores envenenada – ainda não enfrentadas diretamente pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras –, assim como em tema de aplicação, mais extensa do que a acima sugerida,[48] do princípio da proporcionalidade, parece melhor deixar à evolução teórica e à aplicação dos tribunais o amadurecimento de idéias ainda em ebulição. Amadurecimento que certamente virá através de uma lenta sedimentação, capaz de conduzir a posições mais seguras e refletidas.

f) Não se dá solução – e difícil seria, convenhamos, que a lei o fizesse – a questões inerentes às relações interjurisdicionais, que decorrem da impossibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas no campo não-penal.

Duas são as hipóteses que se poderiam aventar, uma atinente à coisa julgada e outra à prova emprestada.[49]

A primeira questão diz respeito à sentença penal condenatória, fundada em prova produzida nos termos da Lei 9.296/96, que se faça valer como título executivo no processo civil reparatório dos danos *ex delicto* (art. 63 CPP c/c art. 584, inc. II, CPC).

Como bem aponta Barbosa Moreira, a questão do aproveitamento da coisa julgada penal no processo executório civil é de fácil solução: "a coisa julgada tem o efeito de subtrair toda relevância às questões enfrentadas e resolvidas no processo de conhecimento (e até às questões que nele se *poderiam* ter enfrentado e resolvido). Desde que a sentença transite em julgado, já nada importa saber em que provas se baseou o juiz..."; "Diante da condenação penal, o que interessa, para a execução civil, é verificar se se trata de sentença passada em julgado. Nenhuma objeção extraída do que sucedeu na instrução do processo-crime pode ter aqui a virtude de impedir semelhante execução".[50]

É possível, porém, que a sentença penal condenatória, embora transitada em julgado, não seja apta a embasar o processo civil executório, por voltar-se a pretensão ressarcitória ao responsável civil e não ao réu condenado no processo. Neste caso, como já escrevi, será indispensável o processo civil de conhecimento, em que as questões prévias à coisa julgada poderão ser novamente discutidas e decididas, com a plena participação do responsável civil, estranho à relação jurídica processual do processo penal condenatório e, conseqüentemente, imune à autoridade da sentença.[51] Nesse caso, não haverá como falar-se em coisa julgada contra o terceiro, responsável civil, nem a prova produzida em processo penal, de que não foi parte, poderá ser transportada desse para o processo civil condenatório. Sendo assim, a prova resultante de interceptação telefônica não terá eficácia contra o referido responsável, não ocasionando problemas interjurisdicionais.

Mas dificuldades desse tipo podem surgir nos casos em que for admissível a prova emprestada. É que, observado o

(47) Na doutrina alemã, v. Roxin, "Strafverfahrensrecht", p. 153, *apud* Manuel Costa Andrade, "Sobre as proibições da proa no processo penal", Coimbra, 1992, p. 314-317; em Portugal, o próprio Costa Andrade, op. e loc. cit.; na Espanha, Jacobo Lopes Barja Quiroga, *Las escudas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madri, 1989, p. 114-118; e, na Itália, Vittorio Grevi, *Nemo tenetur se detegere*, Milão, 1972, p. 191 *et seq.*

(48) V., nesse mesmo número, alíneas "c" e "d".

(49) As questões foram muito bem levantadas por José Carlos Barbosa Moreira, "A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas cit.", n. 11.

(50) Id., Ibid. No mesmo sentido, Vicente Greco Filho, op.cit., p. 24.

(51) Ver, de minha autoria, *Eficácia e autoridade da sentença penal*, São Paulo : RT, 1978, n. 10.

requisito de a pessoa contra quem se pretenda aproveitar a prova, produzida em processo anterior, ter participado deste processo como sujeito do contraditório, a transferência é, em regra, possível.[52]

Suponha-se, então, que, num processo civil, alguém invoque prova produzida em processo penal anterior, entre as mesmas partes (*v.g.*, vítima e acusado, ou Ministério Público e acusado), resultado de interceptação telefônica lícita. Será o caso, por exemplo, de processo-crime em que se apurem fatos relevantes para a dedução da pretensão relativa às *sanções* aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade (Lei 8.429, de 02.06.1992).

Poderá, em casos como esse, ter eficácia a prova emprestada, embora inadmissível sua obtenção no processo não-penal?

Penso que sim. E concordo, aqui também, com a posição sugerida por Barbosa Moreira.[53] O valor constitucionalmente protegido pela vedação das provas ilícitas, no caso das interceptações telefônicas, é a intimidade. Rompida esta, legitimamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção do resultado da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria sendo obliquamente vulnerado o comando constitucional.[54] Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.

g) É evidente que as disposições penais da lei (art. 10) só poderão aplicar-se aos fatos ocorridos após sua entrada em vigor. Trata-se de *novatio legis* incriminadora, regida pelo princípio da irretroatividade.[55]

As demais prescrições legais, por sua natureza processual, terão aplicação imediata aos inquéritos e processos em curso, podendo a interceptação ser autorizada com relação a fatos ocorridos antes da vigência da lei.

Mas certamente se colocará a questão de a nova lei convalidar, ou não, as interceptações autorizadas pelo juiz antes de sua entrada em vigor e que acaso se enquadrassem nos requisitos legitimadores ora estabelecidos.

Tecnicamente, a resposta deveria ser negativa: a uma, porque a nulidade oriunda de infringência a normas penais é absoluta;[56] a duas, porque a lei, mesmo em seus aspectos processuais, é limitadora de direitos fundamentais, devendo ser aplicada restritivamente. Nessa linha de raciocínio, só caberia ao juiz, se ainda puder fazê-lo, proceder a nova ordem de interceptação, agora abrigada pela lei regulamentadora.

Mas aqui também a aplicação do princípio da proporcionalidade – se adotado – poderá conduzir a interpretação diversa, que conclua pela convalidação do ato de autorização (desde que presentes os requisitos da lei) e conseqüente desqualificação da ilicitude da prova.

19. Em conclusão, pode-se dizer que a lei era indispensável, vindo preencher um vazio legislativo extremamente danoso.

Deve-se, reconhecer, entretanto, que suscita diversos problemas de interpretação, sendo em muitos pontos lacunosa.

Caberá à doutrina dar-lhe a melhor exegese, e à jurisprudência a melhor aplicação, com os olhos sempre voltados ao crucial conflito entre as exigências da segurança e os direitos da defesa, buscando o ponto de equilíbrio que harmonize a necessária luta contra a criminalidade com os valores de um processo penal respeitoso da dignidade humana.

(52) Assim escrevi no ensaio "Prova emprestada", in *O processo em evolução cit.*, p. 54-63.

(53) Id., ibid.

(54) Contra, Vicente Greco Filho, op.cit., p. 23-24.

(55) Assim expressamente Luiz Flávio Gomes, "Lei 9.296/96 e direito intertemporal", in *Enfoque Jurídico*, TRF-1.ª Região, agosto 1996, p. 3.

(56) Sobre as nulidades absolutas, por atipicidade constitucional, v. *As nulidades cit.*, p. 19-21. Essa também parece a posição de Luiz Flávio Gomes (op. e loc. cit.), aludindo à nulidade e ineficácia da autorização concedida antes da lei, a macularem a prova como ilícita.

2 – DOUTRINA NACIONAL

NOTAS PARA UMA CORRETA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS ALTERAÇÕES PENAIS DAS LEIS 9.268 E 9.269/96

ANTONIO CLAUDIO MACEDO DA SILVA

Recentemente foram editadas as Leis 9.268 (cf. *DOU*, I, de 02.04.1996) e 9.269 (cf. *DOU*, I, de 03.04.1996), que alteraram a redação dos arts. 51, 78, 92 e 114 da Parte Geral e o § 4.º do art. 159 da Parte Especial do Código Penal brasileiro, assim como revogou a primeira delas os §§ 1.º e 2.º do art. 51 do CP, assim como o art. 182 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84).

Tais alterações, que à primeira vista parecem simples, são de grande importância. Primeiro, porque começa a se pavimentar o caminho de volta rumo a um direito penal de intervenção mínima, tutelar, fragmentário e eficaz, distanciando-se do direito penal simbólico, promocional, "excessivamente intervencionista e preventivo, com fundamento na infusão do medo na população e na sugestão da suposta garantia da tranqüilidade social" (cf Damásio de Jesus, in *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada Capítulo I: Diagnóstico do Sistema Criminal Brasileiro: Crítica e Sugestões*, p. 1, São Paulo : Saraiva, 1995), que, comprovadamente, não resolve a contendo o problema da escalada da criminalidade.

Com efeito, a modificação mais importante é a alteração da redação do art. 51 do CP, cujos §§ 1.º e 2.º foram revogados, dando-se nova redação ao antigo *caput*. Em razão dessa alteração não mais é possível, no direito brasileiro, a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade (detenção), na hipótese do condenado solvente que deixa de pagá-la ou frustra a sua execução.

Indubitavelmente, foi um avanço, pois a conversão da multa em pena privativa de liberdade é algo injusto, pois tem como fato gerador a inadimplência da obrigação de pagá-la, acarretando uma pena de detenção que não é conseqüência jurídica obrigatória da infração penal. Logo, o inadimplemento da multa acaba por gerar uma sanção mais grave que aquela prevista para a violação do bem-interesse tutelado pela norma penal quando da tipificação do delito, ferindo o princípio da proporcionalidade, pois a infração penal, mais grave, acaba sendo punida de forma mais branda que a inadimplência da multa.

A impossibilidade da conversão da multa em detenção consubstancia intelecção clara a óbvia da leitura do texto normativo alterado.

As dúvidas passam a ocorrer em razão de que o art. 51, na sua nova redação, determina que "transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à divida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição".

A conversão da multa penal em dívida de valor, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, transmuda a natureza jurídica da multa, que passa a ser um crédito civil de natureza pública decorrente de condenação penal, passado a integrar a dívida ativa da Fazenda Pública.

No entretanto, mister se faz desfazermos um equívoco na interpretação desse dispositivo, por parte do eminente Prof. Luiz Flávio Gomes, cujas considerações em torno das referidas alterações (cf. artigo *Da impossibilidade de conversão da pena de multa em prisão, Repertório IOB de Jurisprudência n. 10/96*, p. 180-179), em muitos pontos, divergem das esposadas neste trabalho.

O fato da multa se converter em dívida de valor e sua cobrança ser regida pelas normas aplicáveis à execução da dívida ativa da Fazenda Pública não a torna um crédito de natureza tributária, pois a dívida ativa da Fazenda Pública é composta da dívida ativa tributária e da dívida ativa não-tributária. Ora, a multa penal, convertida em dívida de valor, faz parte da dívida ativa não-tributária.

Por um acaso, a execução da dívida ativa, quer seja tributária, quer seja não-tributária, é regida pela Lei 6.830/80, aplicando-se-lhe, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

Na cobrança da dívida tributária, aplica-se, ainda, subsidiariamente, as disposições pertinentes do Código Tributário Nacional.

Ora, como a dívida de valor resultante da multa penal aplicada em sentença com trânsito em julgado faz parte da dívida ativa não-tributária, configurando-se, a teor das disposições da Lei 4.320/64, como receita diversa, ao invés de receita tributária, não se lhe aplicam, salvo expressa disposição legal, as disposições do CTN. Entre essas exceções encontram-se os arts. 186 e 188 a 192 do CTN, que, por força do art. 4.º, § 4.º, da Lei 6.830/80, aplicam-se à dívida ativa não-tributária (tratam esses artigos de garantias e privilégios do crédito tributário).

E não poderia deixar de ser diferente. O próprio CTN, em seu art. 3.º, fixa o conceito positivo de tributo como "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Como se pode ver, a multa penal, ainda que após o trânsito em julgado da sentença se converta em "dívida de valor", constitui sanção de ato ilícito, qual seja o crime ou a contravenção, não podendo ser considerada tributo.

Pode-se inferir, então, que apenas as causas interruptivas e suspensivas da prescrição previstas na Lei 6.830/80 (cf. art. 2.º, § 3.º, e art. 40) são aplicáveis à multa penal convertida em dívida de valor, não se lhe aplicando nem o prazo prescricional previsto em lei para a cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174, *caput*), nem as causas interruptivas e suspensivas da prescrição previstas no CTN (cf. CTN, arts. 151 a 155 e 174, parágrafo único).

Não efetuado o pagamento da pena de multa, no prazo de dez dias do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a referida multa, convertida em dívida de valor desde o trânsito em julgado da sentença penal, será cobrada como dívida ativa não-tributária da Fazenda Pública, para o que serão extraídas cópias da sentença e da certidão de seu trânsito em julgado, enviando-se à Procuradoria Fazendária federal ou estadual, conforme tenha sido a condenação proferida pela Justiça Estadual ou Federal, que se encarregará de, na forma da legislação em vigor, inscrever o débito na dívida ativa e promover a sua cobrança.

Entende Luiz Flávio Gomes, no artigo supra citado, que não pode ser a aludida dívida cobrada dos sucessores do falecido, pois feriria frontalmente o art. 5.º, inc. XLV, que estatui o princípio da individualização da pena.

Ora, tal argumentação não procede, visto que a Fazenda Pública tem o direito de prosseguir na execução contra os herdeiros do *de cujus*, pois, como afirma o próprio autor, trata-se de "pura 'dívida de valor', ..., e já não será correto falar em

prescrição *penal*, senão em prescrição (de crédito) civil".

O fato de ser uma dívida de valor decorrente de uma multa penal, a ser cobrada dos herdeiros do *de cujus*, respeitados os limites das forças da herança, não a faz incidir sobre o patrimônio do herdeiro antes da aquisição da herança, o que, aí sim, configurada uma inconstitucionalidade, pois faria incidir sobre o patrimônio de pessoa diversa o efeito da condenação criminal de natureza pecuniária.

E nem se objete com o argumento de que a aquisição do acervo hereditário se dá na data do óbito (cf. CC, arts. 1.572 *et seq.*), pois tal fato não influencia o raciocínio, haja vista que o monte partível herdado no momento da abertura da sucessão, que corresponde à data do óbito, pelos herdeiros, consiste no acervo resultante dos créditos, diminuídos dos débitos existentes à época do óbito, o que será apurado ao depois, na forma da legislação em vigor.

Outra questão a considerar é a aplicabilidade dessa alteração à Lei 9.099/95, instituidora dos Juizados Especiais Criminais.

Ora, o art. 85 da referida lei trata da conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Entendemos que de acordo com o princípio hermenêutico de que a norma especial derroga a norma geral, o art. 85 regula a conversão da pena de multa na esfera dos Juizados Especiais Criminais, afastando a incidência do dispositivo do art. 51 da Parte Geral do CP, que, apenas incidia subsidiariamente, na sua redação anterior, auxiliando o art. 85 em sua aplicação.

Ora, não tendo sido esse artigo revogado expressamente nem tacitamente, nem sequer parcialmente, em sua primeira parte, pela Lei 9.268/96, continua em vigor.

No que pese entendermos que tal dispositivo deveria ter sido também revogado, o fato é que não o foi.

Resta, no entanto, inaplicável, por falta de regulamentação legal, tendo em vista a revogação do art. 182 da LEP, que normatizava, nos mesmos termos da antiga redação do art. 51 do CP, a conversão da multa em detenção.

Logo, ante a falta de regulamentação legal, a multa aplicada no Juizado Especial Criminal não se converte em detenção nem em pena restritiva de direitos, e também, infelizmente, não se converte em dívida de valor, sendo sua execução processada nos termos dos arts. 164 e 166 da LEP, que não foram revogados, nem expressa nem tacitamente, como entende de maneira diversa Luiz Flávio Gomes, para quem houve revogação tácita dos arts. 164 e 166 da LEP e do inc. XXIV do art. 581 do CPP (que prevê recurso em sentido estrito da decisão acerca da conversão de pena de multa em pena privativa de liberdade).

Data venia, não concordamos com essa interpretação. Não se pode inferir a revogação tácita desses dispositivos retro citados da LEP e do CPP ante o texto normativo da Lei 9.268/96.

É preciso que se relembre que um dispositivo legal só pode ser considerado revogado tacitamente se, a teor do art. 2.º e seus parágrafos da Lei de Introdução ao Código Civil, os dispositivos legais da lei nova foram com ele incompatíveis, ou regularem inteiramente a matéria de que trata o dispositivo anterior. Outrossim, relembre-se de que a lei especial derroga a lei geral, e a modificação da lei geral não derroga a lei especial na matéria em que a mesma trate de modo diverso instituto jurídico regulado na lei geral.

Mais uma vez, discordamos do Prof. Luiz Flávio Gomes, que, no retro citado artigo, entende estar revogada a primeira parte do art. 85 da Lei 9.099/95. No entretanto, entende o ilustre professor, no que concordamos, que a multa nos Juizados Especiais Criminais não se converterá em dívida de valor.

E por isso mesmo não se pode considerar revogados tacitamente os arts. 164 a 166 da LEP, pois eles terão aplicabilidade nos Juizados Especiais, visto tratarem os referidos dispositivos legais da execução da pena de multa.

Outrossim, entende o eminente tratadista que não se pode mais discutir pena de multa em sede de *habeas corpus*, pois não mais constitui ela ameaça ao *status libertatis* do cidadão, no que concordamos plenamente. Entendemos, no entretanto, poder ser a mesma objeto de mandado de segurança em matéria criminal.

A Lei 9.268/96 também deu nova redação ao art. 114 da Parte Geral do CP.

Quanto à prescrição da pena de multa, entende Luiz Flávio Gomes que "só tem sentido o novo art. 114 na hipótese de prescrição da pretensão punitiva (antes do trânsito em julgado). No que diz respeito à pretensão executória da multa, ..., depois do trânsito em julgado, não efetuado o pagamento da multa em dez dias, ela se torna 'dívida de valor' (deixa de ser um assunto penal e passa a ser um assunto fiscal, inclusive no que concerne à prescrição)".

Concordamos apenas em parte como ilustre professor.

Primeiro, entendemos que o uso da palavra fiscal oferece dúvidas, pois não se pode compreender se o referido autor quer significar que a multa penal, convertida em dívida de valor, torna-se um crédito cujo titular é o Fisco, entendida a palavra Fisco numa acepção mais ampla, qual seja Fisco como Fazenda Pública, ou se quer significar que tal crédito é de natureza tributária, entendimento de que discordamos radicalmente.

Segundo, entendemos, concordando com o eminente magistrado paulista, que a prescrição da pretensão punitiva, no que tange à pena de multa, opera-se na forma da nova redação dada ao art. 114 do CP, ou seja, em dois anos, se a pena de multa for a única cominada ou aplicada; ou no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

No entretanto, no que pertine à prescrição da pena de mula, há que se fazer algumas observações.

Nos Juizados Especiais Criminais prescreverá a pena de multa na forma prevista pelo art. 114 do CP, quer se trate de prescrição da pretensão punitiva, quer se trate de prescrição da pretensão executória, visto que, conforme demonstrado acima, não se converte essa multa em dívida de valor. O que, aliás, seria uma boa idéia *de lege ferenda*.

Já nos outros casos, regulados pelo Código Penal, em sua parte geral, a prescrição da pretensão punitiva da pena de multa se dá na forma do art. 114 do CP.

Todavia, a prescrição da pretensão executória se dará na forma da legislação que normatiza a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública.

A Lei 6.830/80 não prevê prazos prescricionais, socorrendo-se da legislação processual e civil que se lhe aplicam subsidiariamente, *ex vi* do disposto no § 2.º do seu art. 4.º.

Quanto à dívida ativa tributária, esses prazos, assim como os decadenciais, são regulados pelo Código Tributário Nacional.

No que pertine aos créditos não tributários da Fazenda Pública, que compõem a dívida ativa não-tributária, da qual faz parte a multa penal convertida em dívida de valor após o trânsito em julgado da sentença, prescrevem nos prazos gerais de prescrição previstos na lei civil.

Assim sendo, a pena de multa transitada em julgado, e convertida, portanto, em dívida de valor, o que transmuda-lhe a natureza jurídica para uma dívida civil de natureza pública, pois seu titular é a Fazenda Pública, a teor do art. 177 do CC e da Súmula 150 do Supremo Tribunal

Federal ("Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação"), prescreve em vinte anos, pois a prescrição da ação executiva, salvo disposição legal em contrário, se dá no mesmo prazo previsto para a ação de cognição, conforme a doutrina processualista de Liebman, lembrada por Roberto Rosas em comentário à referida súmula do Excelso Pretório (cf. *Direito Sumular*, 7.ª ed., São Paulo : Malheiros, 1995, p. 62).

Outras alterações incorporadas ao ordenamento jurídico-penal pelas Leis 9.268/96 e 9.269/96 foram as seguintes:

– o *sursis* especial previsto no art. 78, § 2.º, do CP, passa a exigir cumulativamente, ao invés de alternativamente, para a sua concessão, as condições legais das alíneas a, b, e c, do § 2.º do art. 78. Trata-se de *novatio legis in pejus*, pelo que, em virtude do cânon constitucional da irretroatividade da lei penal maligna, não retroage;

– quanto aos efeitos específicos da condenação criminal, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo ocorrerá em duas hipóteses:

a) quando tratar-se de crime contra a Administração Pública, praticado com abuso de poder ou violação de dever, e a pena privativa de liberdade aplicada for igual ou superior a um ano;

b) nos outros delitos, quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos;

Relembre-se, no entanto, que esse não é um efeito automático da condenação, devendo ser declarado na sentença penal condenatória motivadamente (CP, art. 92, parágrafo único).

– quanto aos incs. V e VI do art. 117 da Parte Geral do CP, não houve alteração, cabendo pontuar que não estão revogados os seus parágrafos em razão da falta de "pontilhados" após as aspas que encerram o texto publicado. Trata-se, como muito bem anotou no artigo retro citado Luiz Flavio Gomes, de falta de técnica legislativa;

– foram revogados, outrossim, pela Lei 9.268/96, os §§ 1.º e 2.º do art. 51 do CP e o art. 182 da LEP;

– a inovação introduzida pela Lei 9.269/96, cingiu-se à modificação de redação do § 4.º do art. 159 da Parte Especial do CP, que trata da "delação premiada". Agora, ela não beneficiará somente a extorsão mediante praticada por quadrilha ou bando, bastando que o crime seja perpetrado em concurso. Logo, ampliou a lei a incidência da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 159. Por tratar-se de *novatio legis in mellius*, aplica-se retroativamente.

Ainda há outro ponto a salientar-se. Trata-se de saber se a nova redação do art. 114 alcança os crimes cometidos anteriormente à sua vigência.

Cremos que a prescrição penal tem natureza material, logo, a regra de prescrição que é mais benéfica aplica-se retroativamente. Tal não é o caso em tela, onde a antiga redação do art. 114 era mais benéfica para o réu. Em conseqüência, não se aplica a nova redação do aludido art. 114 do CP aos crimes cometidos anteriormente à sua vigência.

Essas são as considerações que tínhamos a fazer em análise perfunctória das inovações legislativas referidas.

2 – DOUTRINA NACIONAL

DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL (arts. 183 a 194, da Lei 9.279/96) *

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Crimes previstos pela nova legislação.

1. Introdução

A matéria era regulada pelos arts. 187 *usque* 191, do CP, que foram revogados pelos arts. 169 a 174, do CP Ind. (Dec.-lei 7.903, de 27.08.1945. Este decreto-lei foi, recentemente, revogado pelos arts. 183 a 195, da Lei 9.279, de 14.05.1996, que merecerá um exame, mesmo que perfunctório, de suas disposições em matéria de direito penal e de processo penal, excluídos os crimes de concorrência desleal, que será objeto de estudo em separado. Desde logo, esclarecemos que esta lei entrará em vigor um ano após a sua publicação, ou seja, em 15.05.1997, bem depois de escrevermos estes comentários.

Devemos observar, que a nova legislação decorre de compromissos anteriormente assumidos pelo governo brasileiro, principalmente por força da ratificação de adesão aos arts. 1.º a 12, e, ao art. 28, inc. I, do texto da Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, de 1883, revisada em 1967, pelo Decreto 1.163, de 10.10.1994. A Convenção de Paris sofreu, antes, várias revisões: Roma, em 1885; Madri, em 1891; Bruxelas, em 1897; Washington, em 1911; Haia, em 1925; Londres, em 1958. A doutrina nacional tem assinalado, num primeiro momento, ter a nossa lei ido além dos compromissos assumidos no plano internacional e das exigências do Acordo do *TRIPS* (*Trade Related Intellectual Property Rights*), da Organização Mundial do Comércio, assinado pelo Brasil no âmbito da Rodada Uruguai do GATT (*General Agreement on Tariffs an Trade*) (v., neste sentido, entre outros, P.R. Tavares Paes).

Como já observado, vamos dar apenas uma notícias acerca do elenco de crimes que a nova legislação contempla, informando acerca de cada um dos dispositivos reguladores da matéria penal e processual penal.

2. Crimes previstos pela nova legislação

Para um melhor equacionamento dos dispositivos da nova legislação, cremos que se faz indispensável fornecer-se um conceito do que seja propriedade industrial. Entende-se por propriedade industrial "o direito do autor da descoberta ou da invenção de valer-se dela; no direito do fabricante ou do comerciante de servir-se de uma marca, de um nome, de uma designação especial que sirva para distinguir seus produtos dos de outros fabricantes ou comerciantes, que exploram o mesmo ramo, ou de desfrutar de um desenho, de um modelo de que é inventor". (Paulo José da

(*) Comunicação feita ao Seminário de Direito Penal para o Mercosul, em Santa Fé (Argentina), patrocinado pela A.I.D.P. (Seção argentina).

Costa Júnior). Tal direito, entre nós, ganha contornos de ordem constitucional, pois a Carta Magna dispõe que "a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País". (art. 5.º, inc. XXIX). Para assegurar tais direitos, a Lei 9.279/96 se vale de normas penais extravagantes ou especiais:

TÍTULO V

CAPÍTULO I

Dos crimes contra as patentes

"Art. 183. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:

I – fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular, ou;

II – usa meio ou processo que seja objeto de patente de invenção, sem autorização do titular.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 184. Comete crime contra patente invenção ou de modelo de utilidade quem:

I – exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio de processo patenteado; ou

II – importa produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 185. Fornecer componente de um produto patenteado, ou material ou equipamento para realizar, um processo patenteado, desde que a aplicação final do componente, material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 186. Os crimes deste Capítulo caracterizam-se ainda que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente."

1. Noções gerais

Os artigos citados reproduzem, *mutatis mutandis*, os arts. 169 a 174 da legislação ainda em vigor, e alguns artigos do Código Penal, na sua versão original, estes revogados em 1945, agora abrogados pelos artigos supra mencionados da lei nova, mas o faz com acréscimos e com uma redação mais constrita e com tipos melhor construídos. Trata-se, pois, de uma legislação, no aspecto penal, bem mais técnica.

2. Sujeitos do delito

Como os dispositivos legais não fazem qualquer referência especial ao sujeito ativo, temos por clara a opção de se tratar de qualquer pessoa, ou seja, o contrafator ou o fabricante, mas também o importador, exportador e o comerciante, pois, são estes que vendem, expõe ou oferecem à venda, têm em estoque, ocultam ou recebem para utilização com fins de lucro ("fins econômicos", diz a lei), e o fim de lucro é característica indispensável do ato de comércio. Mas, é evidente, ressalvada está a figura do consumidor do objeto fabricado mediante contrafação. Sujeito ativo, pois, é aquele que fabrica produto ou modelo de utilidade (art. 183, inc. I), usa meio ou processo que seja objeto de patente de invenção (inc. II), ou, quem "exporta, vende, expõe ou oferece à ven-

da, tem em estoque, oculta ou recebe", produto fabricado com violação de patente de invenção ou modelo de utilidade" (art. 184, inc. I), ou "importa produto que seja objeto de patente de invenção ou modelo de utilidade" (art. 184, inc. II), com fim de lucro, violando direito assegurado por meio ou processo patenteado, sem o consentimento do titular. Trata-se, pois, nos dois artigos em exame, de sujeito ativo comum. Mas, o sujeito passivo só pode ser titular da patente de invenção ou de modelo de utilidade. O art. 185, assim nos parece, contém uma novidade, em termos legislativos, onde o sujeito ativo é o fornecedor de componente de produto patenteado, ou material ou equipamento para a realização de um processo patenteado. O sujeito passivo é, sempre, o titular de patente de invenção ou de modelo de utilidade. Aqueles que participarem com o agente, de condutas tipificadas, se tiverem o domínio do fato, são coautores, e, se, não tendo o domínio do fato, participarem do delito e concorrerem para este por qualquer outro modo, são partícipes. Como o Estado se comprometeu, por meio de convenções internacionais, a proteger a propriedade industrial, converte-se também ele, materialmente, em sujeito passivo de tais delitos.

3. Objetividade jurídica

Prioritariamente, protege-se o direito do inventor, concedendo-se-lhe o privilégio de usar e explorar, por tempo determinado, o invento cuja patente legalmente obteve junto ao órgão competente. Por outras palavras, a tutela penal dirige-se ao privilégio de invenção e ao direito do inventor. Os dispositivos em exame falam em patente de invenção e em modelo de utilidade, palavras que, à evidência, não são sinônimas, mas podem eles, ser objeto de patente, bem assim o desenho industrial, este protegido pelo capítulo II. Cabenos, agora, distinguir entre modelo de utilidade e invenção, o que nem sempre é fácil, posto que ambas as figuras relacionam-se a criações técnicas de invenção.

Quatro critérios permitem diferenciálos: o quantitativo, o cumulativo, o que se refere à amplitude da idéia protegida na invenção e o que se apóia em requisitos criados para a procedência de uma e de outra. Para o critério quantitativo, a distinção seria apenas de grau, e estaria na menor eficácia da idéia inventiva amparada pelo modelo – o aperfeiçoamento –, de bem já existente, mas este critério traz consigo a dificuldade de se estabelecer quando se trata de modelo novo, e quando foi o anterior, apenas melhorado; um critério qualitativo, construído em contraposição ao quantitativo, afirma existir diferença substancial, entre as criações técnicas que são reservadas aos modelos de utilidade, e às patentes de invenção. Daí a conclusão que se extraiu, de que o modelo de utilidade possui um conceito inovativo que se refere à forma exterior de um objeto, e a patente de invenção manifesta-se em uma solução relativa à substância do fenômeno, idônea para alcançar, com determinados meios, um resultado determinado.

Os outros critérios de amplitude da idéia protegida na invenção é a que se apóia em requisitos de procedência de uma e de outra figura (*Schlitzberger*).

Numa linguagem mais apropriada para o direito penal, podemos estabelecer serem as invenções resultado de aplicações práticas da ciência a serviço da indústria. Há invenções de *produto* e invenções de *meio* ou de *processo*, invenções *principais* e invenções *derivadas* (ou seja, de *aperfeiçoamento técnico*, de *traslação*, de *combinação*, de *simplificação* (Hungria). Enquanto são modelos industriais, são inovações práticas que apenas objetivam a melhora da utilização de um produto já conhecido. Por isso, são denominadas de "invenções menores". Como observa Paulo José da Costa Júnior," *modelo de utilidade* é qualquer disposição ou forma nova introduzida ou obtida em ferramentas,

instrumentos de trabalho ou de emprego prático, parte de máquinas ou utensílios de uso geral". "A invenção, conclui, não diz respeito ao produto, mas ao meio ou processo utilizados".

4. Tipo objetivo

Quanto ao tipo objetivo, temos uma sucessão de verbos típicos, indicativos das condutas criminalizadas: *fabricar* (art. 183, inc. I); *usar* (art. 183, inc. II). Fabricar é produzir materialmente na fábrica, manufaturar, preparar, construir, edificar. Usar é fazer uso, servir-se de, empregar, praticar. Comete o delito, não só quem fabrica o produto que é objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, como também aquele que o usa, sempre sem autorização do titular do bem jurídico protegido. O privilégio de invenção, aqui, compreende a invenção propriamente dita, ou seja, o produto, a coisa, o objeto em si, os seus aperfeiçoamentos ou os processos de fabricação.

Produto, como esclarece Gama Cerqueira, é o objeto material, um corpo certo, determinado por suas características. *Meios* são os agentes, os órgãos e os processos que chegam à obtenção de um resultado ou de um produto. Podem, portanto, ser químicos, mecânicos, não afastada a possibilidade de uma combinação desses meios. Pouco importa, pois, os meios e processos utilizados pelo autor da contrafação. Todavia, a tutela jurídica, reclama, como pressuposto lógico, a concessão do privilégio da patente de invenção, ou do modelo de utilidade válidos, e a tipificação, a falta de autorização do titular. A violação do preceito proibitivo, poderá consubstanciar uma reprodução total ou parcial do objeto patenteado.

No art. 184, vários são os verbos típicos indicadores das condutas incriminadas: *exportar, vender, expor, oferecer à venda, ter em estoque, ocultar* e *receber* (inc. I) e *importar* (inc. II). Através de um tipo de ação múltipla, também chamado de tipo de conteúdo variado (inc. I), o art. 184 prevê a exportação, a venda, a exposição à venda, o oferecimento à venda, o estoque ou armazenamento, a ocultação e o recebimento de produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelos de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado. No inc. II, o verbo típico é *importar*, ou seja, introduzir no país, produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no Brasil, "para fins previstos no inciso anterior e que não tenha sido colocado no mercado externo, diretamente pelo titular da patente ou com o seu consentimento". É evidente que, se o sujeito ativo importa o produto e o expõe ou oferece à venda, pratica um único crime, e não uma pluralidade de crimes, constituindo as duas últimas condutas *post factum* não punível, posto que ligadas ao exaurimento da conduta inicial.

5. Tentativa e consumação

Trata-se, alguns, de crimes formais, que se consumam com as respectivas condutas, independendo, pois, de qualquer prejuízo para o inventor. Mas a consumação exige uma imitação idônea a induzir alguém em erro ou confusão, embora não haja necessidade de que constituam uma reprodução fiel do produto contrafeito. Nas modalidades importar, exportar, vender, expor à venda, oferecer à venda, ter em estoque ou receber, com fins econômicos, produtos fabricados com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, o crime é material, e a tentativa é perfeitamente possível, como se compreende com o tentar importar, vender, receber, ocultar etc.

6. Tipo subjetivo

Nos delitos descritos nos incs. I e II, do art. 183, basta o dolo, que é a vontade conscientemente dirigida à prática da con-

trafação ou ao uso a que se destina o produto contrafeito. Todavia, no art. 184, além do dolo, exige-se um elemento subjetivo do tipo: "com fins econômicos". Não prevê a lei nova, nos tipos examinados, a forma culposa. A proteção se presume *juris tantum*, e embora se tenha por aceitável a presunção de que a patente é conhecida de todos (Hungria), não podemos reconhecê-la como presunção absoluta ou *juris et de jure*. Mas essa presunção não elimina a necessidade de ser o dolo comprovado de forma inequívoca.

A lei inova no art. 185, punindo quem venha a "fornecer componente de um produto patenteado, ou material ou equipamento para realizar um processo patenteado, desde que a aplicação final do componente, material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente". Tal situação não estava prevista na legislação anterior, mas demonstra uma certa impaciência do legislador, que o levou a punir como crime autônomo, condutas que não ultrapassam o âmbito de meros atos preparatórios, o que, evidentemente, pode o legislador fazer e já o fizera no art. 291, do CP, *verbis: Petrechos para falsificação de moeda*: "Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda." *Fornecer*, no vernáculo, significa dar, abastecer, guarnecer, prover, facilitar, ministrar; proporcionar ou ministrar o necessário para a realização de um processo patenteado.

Encerrando este capítulo, o art. 186 fixa que os crimes aqui capitulados ficam perfeitamente caracterizados, ainda quando a violação não atinja todas as reivindicações da patente, ou, se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente. Tal dispositivo apresenta-se até bem óbvio, pois, a ninguém ocorrerá, parece-nos, a idéias de que os crimes examinados só ficarão caracterizados quando se atingir todos os requerimentos da patente, ou, quando se restringir à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente.

7. Exclusão da ilicitude

Nos crimes definidos neste capítulo, o consentimento do ofendido ou interessado, que a lei chama de "titular da patente", exclui a ilicitude ou antijuridicidade. O bem jurídico é disponível, pelo que pode o seu titular renunciar à sua tutela jurídico-penal.

CAPÍTULO II

Dos crimes contra os desenhos industriais

"Art. 187. Fabricar, sem autorização do titular, produto que incorpore desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 188. – Comete crime contra registro de desenho industrial quem:

I – exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recee, para utilização com fins econômicos, objeto que incorpore ilicitamente desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão; ou

II – importa produto que incorpore desenho industrial registrado no País, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular ou com seu consentimento.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa."

1. Introdução

O art. 95, define o que se deve entender por desenho industrial: "Considera-se desenho industrial a forma plástica orna-

mental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial." O desenho deve ser considerado novo, conforme o art. 96, da lei em exame, "quando não compreendido no estado da técnica". Trata-se de invenções de forma, que se destinam à produção de efeitos visuais, e, para que possam merecer a proteção jurídico-penal devem revestir-se de originalidade. Original, para a lei, é o desenho industrial do qual "resulte uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores". Mas, por outro lado, o desenho que contrarie a moral e aos bons costumes ou que ofendam a honra ou imagem de pessoas, ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimentos dignos de respeito e veneração, não são registráveis. Também não pode ser registrada a forma comum ou vulgar do objeto, ou, ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais (art. 100, inc. I e II).

2. Objetividade jurídica

A proteção que aqui se faz é a probidade, da lealdade e correção que devem orientar a prática comercial, no interesse da coletividade. Num sentido mais constrito, o que se objetiva é a tutela penal da propriedade do desenho industrial, que constitui um sinal distintivo por excelência.

3. Sujeitos do delito

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que fabrique produto que incorpore desenho industrial registrado, ou que imite, substancialmente, desenho que possa induzir em erro ou confusão. Sujeito passivo é o titular do desenho registrado. Como a própria lei exige o registro prévio, afastada está a hipótese de haver crime quando da tramitação do pedido de registro, ainda que possa o concessionário fazer uso do número da respectiva indicação, sob pena de ampliar-se demasiadamente a proibição, com ofensa ao princípio da legalidade. Este pressuposto acompanha outras infrações penais, definidas na lei em exame.

4. Tipo objetivo

O verbo típico, no art. 187, é *fabricar*, que no vernáculo significa, como já vimos, produzir, manufaturar, construir, edificar. A ação típica, portanto, é fabricar produto que incorpore desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão acerca de determinado produto.

Os dois incisos do art. 188, reproduzem os verbos típicos dos incisos, também I e II, do art. 184, valendo aqui as observações que lá fizemos. No entanto, cabe-nos consignar existir o crime quando o agente pratica qualquer uma das ações descritas, utilizando "objeto que incorpore ilicitamente desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão". Como vimos, embora deva o desenho ser dotado de originalidade, também deve criar uma situação de perigo para outros, adredemente existentes e devidamente registrados, possibilitando erro ou confusão. Todavia, para a caracterização do ilícito penal, não se faz necessário que a imitação seja perfeita. Basta que possa induzir alguém em erro ou confusão, o que deve ser valorado objetivamente.

5. Tipo subjetivo

Trata-se de crime eminentemente doloso, como se deduz dos próprios verbos típicos. O dolo, nada mais é do que a vontade dirigida à prática das condutas que o tipo descreve, consciente o agente de que atua ilicitamente. Nos dois incisos do art. 188, além do dolo exige-se um

elemento subjetivo do tipo, que se apresenta de modo expresso: "utilização para fins econômicos".

6. Tentativa e consumação

O crime do art. 187 é material, e, por conseqüência, a tentativa é perfeitamente admissível. Com relação às hipóteses do art. 188, reportamo-nos à nossa exposição aos arts. 184.

7. Exclusão da ilicitude

Se houver o consentimento do ofendido ou do interessado (do titular, diz a lei), excluída está a ilicitude ou antijuridicidade, pois o bem jurídico "desenho industrial registrado" é disponível, podendo o seu titular renunciar à tutela jurídico-penal.

CAPÍTULO III

Dos crimes contra as marcas

"Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem:

I – reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou

II – altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado.

Pena – detenção, de 3 (três) meses e 1 (um) ano, ou multa.

Art. 190. Comete crime contra o registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda oculta ou tem em estoque:

I – produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou

II – produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa."

1. Introdução

Estes artigos, também com melhor técnica e melhor redação reproduzem, com acréscimos, o art. 175, com os seus quatro incisos, da legislação revogada, e envolve matéria das mais importantes na tutela da propriedade industrial. *Marca*, é o sinal aposto, quase sempre de maneira facultativa, em produtos ou mercadorias, para individualizá-los e distinguí-los de outros idênticos, mas de procedência diversa, ou, numa definição mais concisa, marca é o sinal ou expressão destinado a individualizar produtos e serviços de uma empresa, identificando-os e individualizando-os. Sua origem perde-se na noite dos tempos, apontando-se, com segurança, a sua existência na antigüidade, tanto na Grécia (Pella), como em Roma (Reynoard).

A marca, portanto, surgiu para indicar a procedência do produto ou artigo, como sinal distintivo. Inicialmente, trazia o próprio nome do comerciante. Tais idéias, hoje, estão ultrapassadas, pois, é freqüente o ato do comerciante comprar de várias origens, os produtos que vende. No Brasil, a primeira lei que cuidou das marcas data de 1875.

2. Objetividade jurídica

Também aqui se objetiva preservar a probidade, a lealdade e a correção na prática do comércio, que interessa a toda coletividade. Num sentido mais restrito, procura-se através da repressão a tal conduta, tutelar penalmente a propriedade da marca. "Entre os meios de criar confusão com os produtos ou artigos de um concorrente, acode a idéia, desde logo, o uso de sinais distintivos idênticos ou semelhantes aos que os assinalam" (Gama Cerqueira). Dessarte, quando esses sinais distintivos estão devidamente registrados, tipifica-se a conduta no art. 189.

3. Tipo objetivo

A primeira figura delituosa é a reprodução, que pode ser feita total ou parcialmente. A reprodução nada mais é do que a cópia fiel de marca devidamente registrada, para distinguir as marcas de indústria ou afins, pertencentes a um mesmo gênero de negócio ou afim.

Alteração de marca registrada, de que cuida o inc. II, também constitui reprodução que é feita com alteração ou com acréscimo da registrada regularmente, com o fito de distinguir os mesmos artigos ou serviços. Aqui o crime está em reproduzir ou alterar a marca de modo que possa induzir confusão quanto a produto já colocado no mercado. Trata-se, pois, de imitação de rótulos, envoltórios, embalagens etc. Lembra José Carlos Tinoco Soares ser "importante salientar de início que a configuração dos rótulos, dos envoltórios e das embalagens não são suscetíveis de proteção, como marca de indústria e de comércio, mas sim os elementos característicos que os compõem ou seja: os tipos de letra, desenhos, emblemas, disposição de elementos e de cores".

Ressaltamos, todavia, que a cor, em si, não é direito exclusivo de ninguém, porém, a sua disposição característica formando um conjunto, constitui marca válida.

Quanto à imitação, o delito pode configurar-se através da imitação de rótulos, envoltórios, embalagens e outros meios; elementos essenciais; imitação pelo sentido ou significado; e imitação ideológica, esta a mais difícil de se constatar, mas também a mais fácil de alcançar os objetivos buscados pelos imitadores de marcas. Todavia, há que se salientar constituir pressuposto do crime o prévio registro da marca, e, na falta desta, é de se reconhecer o crime de concorrência desleal.

O art. 190 pune, a título de crime contra o registro de marca, quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque, "produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte (inc. I), ou quem pratica tais condutas típicas diante de produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagens que contenha marca legítima de outrem.

5. Tipo subjetivo

Os crimes previstos nos artigos 189 e 190 são puníveis somente a título de dolo. Não se previu a forma culposa. Mas, ao lado do dolo, exige um elemento subjetivo do tipo, que é a vantagem ilícita, que se apresenta de modo expresso.

6. Tentativa e consumação

Os crimes supra definidos consumam-se com qualquer das condutas mencionadas, e, nos casos de exposição à venda, ocultação e depósito, assumem o caráter de crime permanente, prolongando-se no tempo a sua fase de consumação, e esta só ocorre quando as condutas deixam de ser praticadas.

7. Exclusão da ilicitude

O consentimento do ofendido ou interessado, ou seja, a autorização do titular do bem jurídico protegido, exclui a antijuridicidade.

CAPÍTULO IV:

Dos crimes cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda

"Art. 191. Reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas

reproduções sou imitações com fins econômicos.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou expõe ou oferece à venda produtos assinalados com essas marcas."

1. Introdução

As palavras *armas*, *brasões*, e *distintivos* são, muitas vezes, empregadas como sinônimos, e assim aparecem no vernáculo, posto que podem ser agrupadas na expressão insígnia, que é um sinal distintivo de uma função de dignidade, de posto, de comando, de poder, de nobreza, mas também pode ser a designação, nominativa ou emblemática, de um estabelecimento comercial ou industrial, capaz de o distinguir de outros do mesmo gênero ou não.

No entanto, como na lei não se reconhece palavras e expressões inúteis, urge estabelecer-se a distinção. Dessarte, por armas entende-se a insígnia ou sinal simbólico representados nos escudos das nações, das cidades, das corporações. Como a lei refere-se a distintivos estrangeiros e internacionais, abrange também os da família nobres de outros países, onde a distinção se faz. Brasão é a insígnia ou distintivo de pessoa ou família nobre, conferidos normalmente por merecimento. Trata-se, pois de divisa, emblema, e que, em linguagem figurada, pode ser compreendida como honra, glória.

Por distintivo entende-se o emblema, a insígnia, algo próprio para distinguir. A proibição abrange, pois, uns e outros, nacionais ou estrangeiros. Trata-se, de inovação da lei nova, tendo em vista os constantes abusos com a reprodução de armas, brasões e distintivos, sem a devida autorização do titular do bem jurídico tutelado. Para se compreender a razão da proibição, basta atentar-se para a utilização abusiva, de distintivos e brasões de clubes de futebol, não só brasileiros, como também estrangeiros. O mesmo se passa com os brasões das forças armadas.

2. Objetividade jurídica

Tutela-se a propriedade das armas, brasões ou distintivos, de uso exclusivo ou não, que podem induzir alguém em erro ou confusão. O uso exclusivo pelo titular do bem jurídico pode ser elidido pela sua autorização, concedida a título gratuito ou oneroso.

3. Sujeitos

Sujeito ativo é qualquer pessoa que imite ou reproduza armas, brasões ou distintivos, com fins de lucro, que leva à habitualidade. Sujeito passivo, é o titular da arma, brasão ou distintivo, que deles pode dispor validamente. Mas também se apresenta, como sujeito passivo material, o Estado, pois, a reprodução ou imitação de armas, brasões ou distintivos oficiais, nacionais ou estrangeiros, o atingem profundamente, tanto no âmbito interno como no internacional.

4. Tipo objetivo

Dois são os verbos indicativos da conduta proibida: *reproduzir* e *imitar*. O verbo reproduzir já aparece na estrutura típica do art. 189, e significa tornar a produzir, tornar a fazer, imitar fielmente, copiar, enquanto o verbo imitar, que também significa, vernacularmente, reproduzir, copiar, repetir, aqui apresenta-se como sinônimo de apresentar falsa aparência. A reprodução, que pode ser total ou parcial ("no todo ou em parte"), liga-se mais ao aspecto material, e a imitação ao *animus*, mas na lei, ambas assumem sentido bem próximo, posto que representam o uso abusivo daqueles sinais distintivos, pertencentes a terceiras pessoas, e que representam um bem valorável economicamente. Não se trata, pois, de simples imitação, mas de apoderamento desses

sinais distintivos e sua utilização "em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos". Mas, a proibição alcança também quem vende ou expõe à venda "produtos assinalados com essas marcas".

5. Tipo subjetivo

Trata-se de crime doloso, mas para a sua configuração não basta o dolo, exigindo o elemento subjetivo do tipo: "com fins econômicos".

6. Tentativa e consumação

Trata-se de crime material, admitindo, pois, a tentativa. Consuma-se com qualquer das ações designadas pelo tipo legal. Todavia, no parágrafo único, a venda ou exposição à venda assumem característica de crime permanente. Como neste a conduta se potrai no tempo, o delito encontra-se em fase de consumação até o término do estado de permanência, e enquanto este não ocorrer, o agente está em *flagrante delito.*

7. Exclusão da ilicitude

O consentimento do titular – pessoa física ou jurídica –, do bem jurídico, exclui o delito, por se tratar de bem disponível.

CAPÍTULO V:

Dos crimes contra indicações geográficas e demais indicações.

"Art. 192. Fabricar, importar, exportar, vender, expor ou oferecer à venda ou ter em estoque produto que apresente falsa indicação geográfica.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 193. Usar, em produto, recipiente, invólucro, cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como "tipo", "espécie", "gênero", "sistema", "semelhante", "sucedâneo", "idêntico", ou equivalente, não ressalvando a verdadeira procedência do produto.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 194. Usar marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda ou qualquer forma que indique procedência que não a verdadeira, ou vender ou expor à venda produto com esses sinais.

Pena – detenção, de 1 (um) e 3 (três) meses, ou multa.

1. Introdução

O capítulo V é inovador, embora, em alguns aspectos, tenha sido objeto de consideração pela legislação revogada, no seu art. 175. O art. 192, conquanto procure proteger, como toda a lei, a propriedade industrial, de forma indireta também protege o consumidor, ao proibir a inserção de palavras de assimilação (arts. 193 e 194), e ao coibir a falsa indicação geográfica (art. 192).

2. Objetividade jurídica

O código do consumidor fixa, dentre os direitos básicos do consumidor, "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam" (art. 6.º, inc. III), e quanto à publicidade, dispõe: "É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e qualquer outros dados sobre produtos e serviços" (art. 37, § 1.º).

Harmonizam-se, portanto, ambas as legislações, posto que a indicação geográfica, ou de origem, constitui dado de grande importância para o consumidor, interessando também, às empresas que concorrem num determinado âmbito de atividade, principalmente para os efeitos da concorrência. Conseqüentemente, nos artigos que compõem o presente capítulo, protege-se principalmente a probidade, a correção, a lealdade na prática do comércio e indústria, o que interessa a toda a coletividade, como também a cada um dos consumidores, contra manifestações e propagandas enganosas, que podem manifestar-se não só com a inserção de palavra enganosa quanto à origem do produto, como através do emprego de "termos retificativos". O registro é, indiscutivelmente, pressuposto do crime. Esta parece ser a opinião da melhor doutrina (v. Magalhães Noronha, entre outros).

3. Sujeitos do delito

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa física. As pessoas físicas que integram uma pessoa jurídica respondem pelo crime por participarem deste em nome daquela, ou seja, da pessoa jurídica. Sujeito passivo, é o titular da marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda. Pode ser tanto a pessoa física como a jurídica.

4. Tipo objetivo

No art. 192, temos um tipo de ação múltipla, com verbos típicos já várias vezes examinados no decorrer deste trabalho. Neste artigo, as condutas típicas ligam-se, ao produto que apresenta falsa indicação geográfica, ou, por outras palavras, que dele conste origem diversa da verdadeira, no intuito de induzir o consumidor em erro ou confusão, e, assim, obter vantagem econômica indevida.

No art. 193. – que fora objeto de consideração pelo art. 178, inc. V, do CP de 1940 (versão original) –, a nova legislação coíbe mediante fórmula exemplificativa, que culmina com uma expressão analógica "ou equivalente", o uso, em produto, recipiente, invólucro, cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz, ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos. É de se ter em consideração não serem os recipientes, invólucros, cintas, rótulos, faturas, cartazes, objeto da proteção legal como marca de indústria e de comércio, mas o são com os característicos que os compõe, tais como os tipos de letra, desenhos, emblemas, disposição de elementos e de cores. Mas de considerar, também que a cor em si não é direito exclusivo de ninguém, só o sendo quando entra na configuração de um conjunto formador de marca válida (no mesmo sentido, Tinoco Soares).

O art. 194, reproduz dispositivo revogado do Código Penal (versão original), pois, a proibição caracteriza-se pelo uso de nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda ou qualquer outra forma que indique falsa procedência. A proibição atinge também a venda ou exposição à venda, de produto com esses sinais, ou seja, com sinais não verdadeiros. *Nome comercial ou de empresa* era definido pela legislação pretérita como "... a firma ou a denominação adotada por pessoa física ou jurídica, para o exercício de atividade industriais, comerciais, extrativas, agrícolas ou de prestação de serviços" (art. 104). *Título de estabelecimento* e *insígnia* são, respectivamente, "as denominações, os emblemas ou qualquer outros sinais que sirvam para distinguir o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, ou relativo a qualquer atividade lícita" (art. 194). Título de estabelecimento, numa definição bem resumida, é a denominação deste. "Enquanto a *marca* assinala *produtos* ou *artigos*, o *nome comercial* (de caráter obrigatório) distingue o exercício de atividade individuada, e o *título de estabelecimen-*

to ou a *insígnia* (facultativos) assinalam o local de tal exercício" (Hungria). São exatamente esses sinais, dísticos, emblemas ou sinais impressos em papéis de correspondência, folhetos publicitários, painéis, cartazes, letreiros etc., que possibilitam distinguir-se o estabelecimento comercial, industrial, agrícola, extrativo ou de prestação de serviços.

5. Tipo subjetivo

O delito é punível só a título de dolo, consciente o agente de que atua ilicitamente, ou seja, vontade consciente e livre de usar marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda, cuja procedência sabe não ser verdadeira, ou vender ou expor à venda produto com sinais inverídicos.

6. Tentativa e consumação

O delito consuma-se com a prática de qualquer das condutas elencadas. Não obstante tratar-se de crime formal, temos por perfeitamente possível a tentativa sempre que possível determinar-se um *iter*.

7. Exclusão da ilicitude

O consentimento do titular (interessado), exclui a antijuridicidade. Como em outros tipos examinados, o bem jurídico-penal tutelado é disponível, pelo que o consentimento válido exclui o crime.

CAPÍTULO VII

Das disposições gerais

O capítulo VII cuida das *disposições gerais*, e dentre elas, interessam para este trabalho apenas algumas disposições, que vamos examinar em seguida.

O art. 196, estabelece que as penas de detenção, previstas nos Capítulos I, II e II, do Título IV, serão aumentadas de um terço até a metade se "o agente é ou foi representante, mandatário, preposto, sócio ou empregado do titular da patente ou do registro, ou, ainda, do seu licenciado", (inc. I) ou, se "a marca alterada, reproduzida ou imitada for de alto renome, notoriamente conhecida, de certificação ou coletiva." Se se tratar de empregado, quem promete vantagem ilícita é punível a título de concorrência desleal (art. 195, inc. IX, da lei nova).

Também nos interessa, e muito, o art. 197, *verbis*: "as penas de multa previstas neste Título serão fixadas, no mínimo, em 10 (dez), e, no máximo, em 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, de acordo com a sistemática do Código Penal. O parágrafo único deste artigo possui a seguinte redação: "A multa poderá ser aumentada ou reduzida, em até 10 (dez) vezes, em face das condições pessoais do agente e da magnitude da vantagem auferida, independentemente da norma estabelecida no artigo anterior." Trata-se de uma forma de adequação da pena pecuniária à realidade econômica que vive o agente, tornando mais adequada a sua carga retributiva. Atingido "no seu bolso", o delinqüente sentirá mais profundamente a gravidade de sua conduta antijurídica, funcionando a pena, pois, com um claro conteúdo de prevenção especial. Não será demasiado, talvez, repetir, com a unanimidade da doutrina que, em se tratando de crime de natureza econômica, a pena pecuniária assume a sua principal finalidade.

Como matéria de ordem processual, o art. 199 estabelece que "nos crimes previstos neste Título somente se procede mediante queixa, salvo quanto ao crime do art. 191, em que a ação penal será pública." Por conseguinte, só quando se tratar de crime cometido por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda, a ação penal será pública, sem qualquer condicionamento, devendo a autoridade policial e o Ministério Público atuarem livremente, atentos à regra, para muitos princípio, da obrigatoriedade

da ação penal. A divisão justifica-se. Como restou assinalado no decorrer deste trabalho, quase sempre o bem jurídico tutelado é disponível, e, conseguintemente, o consentimento do titular exclui a antijuridicidade. Como conseqüência lógica, deveria mesmo o legislador fazer – como efetivamente o fez –, estabelecer a ação penal privada, ou seja, atribuindo ao interessado, pela regra da oportunidade, a iniciativa da ação penal.

Quando se tratar de ação penal privada, qual será o prazo decadencial? Na vigência da lei ainda em vigor, uma séria dúvida envolveu a doutrina, e o mesmo poderá vir a ocorrer com a lei nova, ainda em período de *vacatio legis*, quando três orientações foram apresentadas: a) o prazo decadencial é de seis meses, a contar da data do conhecimento da autoria do crime, defendida por Espínola Filho, Tourinho Filho, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, e sufragada por vv. acórdãos publicados pela *RT* 376/254, 468/349, 358/288, 318/373; Julgados do TACrim-SP 30/107 e 3/65; b) o prazo decadencial é de trinta dias, a contar da homologação do laudo pericial: *RT* 276/531, 340/249, 377/266, 379/240; *RTJ* 62/611; c) o prazo decadencial é de trinta dias a contar da intimação feita ao ofendido, da homologação do laudo pericial: *RT* 266/502, 352/238, 394/275, 416/279; *RTJ* 69/401. Esta orientação é defendida por Luiz Carlos Betanho, Alberto Silva Franco e outros.

Preferimos a primeira orientação, que constitui norma geral para os crimes perseguíveis mediante queixa, seguindo, pois, a doutrina flagrantemente dominante.

Razões sobram, na nossa maneira de ver, à Lei 9.279, de 14.05.1996, para estabelecer a ação penal pública incondicionada, na hipótese de violação do preceito do art. 191. Aqui, o Estado, titular do ordenamento jurídico, se faz sujeito passivo também no aspecto material, pelas razões já explicitadas no comentário que fizemos ao referido artigo.

Finalmente, o art. 207, da lei nova estabelece que "independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil", e a seguir outras disposições formadoras de orientação para que a indenização seja a mais perfeita possível, ou seja, "a indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido" (art. 208). Entendeu o legislador útil a introdução de tais dispositivos, e de outros mais, como os referentes aos lucros cessantes (art. 210), não obstante a obrigatoriedade da reparação do dano *ex-delicto* (CPC art. 584, inc. II). E nos parece ter andado bem nesse passo.

2 – DOUTRINA NACIONAL

O DIREITO PENAL E A INTERVENÇÃO MÍNIMA

MARCO AURÉLIO COSTA MOREIRA DE OLIVEIRA

A vida social sempre apresentou um permanente conflito entre os interesses coletivos e a necessidade de se proporcionar proteção à prerrogativas naturais que nascem com os seres humanos.

A sociedade organizada, inspirada mais acentuadamente pela idéia do coletivo, estruturou-se, diante desse choque de interesses, no sentido de editar regras disciplinadoras de sua vida, visando ao fortalecimento da idéia de convívio. Por isso, o legislador, no desempenho de suas funções organizatórias, sempre se preocupou, especialmente, em fixar limites às condutas individuais, pois as normas legisladas, por sua própria origem estatal, são principalmente direcionadas à proteção da sociedade. Diferentemente, o direito consuetudinário, por nascer de modo espontâneo, apresenta maior equilíbrio entre os pólos coletividade e individualidade.

No entanto, sempre que se estudar mais aprofundadamente a gênese da sociedade, não se pode negar que os interesses individuais representam o próprio substrato do direito e sua verdadeira base filosófica.

Assim, o direito deve surgir inspirado pelo ideal de preservação dos valores humanos e, como via de conseqüência, destinar-se a disciplinar uma vida comunitária harmônica, orientada pela finalidade do bem comum, aparecendo o homem como a principal personagem da cena social. Nessa *perspectiva*, deve-se proscrever a ideologia do estado totalitário que, à semelhança do leviatã, apresenta-se como um fim em si mesmo, alimentando-se de homens sem cara.

Ora, a noção de bem comum, embora deva direcionar-se no sentido de proteger o indeclinável ideal de harmonização da vida societária, assegurando o respeito a seus valores essenciais, não pode prescindir de uma primacial concepção ideológica, voltada à protetividade dos valores inerentes ao ser humano. Isso porque a vida do grupo organizado nasce do homem, devendo-se estruturar no sentido de protegê-lo e de preservar os valores a ele imanentes.

Dentre os valores humanos, numa perspectiva da "vida enquanto convívio", segundo ensinamento inolvidável do Mestre Armando Câmara, professor de Filosofia do Direito das Escolas de Direito de Porto Alegre, a existência do homem aparece como sendo o bem detentor da maior hierarquia, quer sob o ponto de vista social, quer individual.

Por isso, a sociedade deve estruturar-se no sentido de resguardar o homem, a partir da proteção de sua vida, *bem* que a sociedade não tem o poder de repor. Daí por diante, em sua tarefa normatizadora, há de prosseguir no sentido de proteger todos os outros *bens* que apresentem elevada hierarquia individual, como a honra, a liberdade, a família, a integridade, a privacidade, o patrimônio, o respeito aos mortos e ao sentimento religioso, e assim por diante.

Sustenta-se, nas investigações e estudos sobre o *ser*, deva-se examinar a entidade ontológica, conforme uma perspectiva valorativa ou axiológica, isto é, estabelecendo-se o valor de um determinado *ser*, segundo sua adequação aos fins a que se

dirige. Isto é, maior será o valor de um *bem* quanto mais elevada for a finalidade a que se dirige, e quanto mais adequado se demonstrar em relação à realização de seus fins.

Por isso, incontestável se nos afigura a conclusão de que o *bem* vida, por proporcionar a realização dos fins do homem, surge como o *bem fundamental* por excelência, figurando no topo da escala dos valores humanos. A partir desse *bem* estabelece-se a tábua de valores dos outros *bens* essenciais à natureza humana e aos fins da vida.

A conseqüência é que a sociedade, em sua estruturação, deve compatibilizar e harmonizar as regras do convívio com a proteção dos direitos naturais do homem, direitos esses que devem servir de base indispensável à formulação das regras que disciplinam a vida social. A normas jurídicas nascem, por isso, com o fim de impedir os conflitos interpessoais, regulando, harmonicamente, os interesses coletivos com as prerrogativas do homem.

Ou seja, da "descoberta" do ser humano parte-se para a formulação das regras societárias; o contrário representaria o primado de um coletivismo despótico, desprendido de um verdadeiro ideal de humanismo.

Por outro lado, as regras destinadas apenas a disciplinar o coletivo devem ser estabelecidas segundo critérios menos profundos, mais funcionais e de ordem preponderantemente pragmática, desde que não afrontem o ético.

Assim, se o Direito partir de um ponto destinado a fixar normas com a perspectiva de conferir protetividade ao homem, a regração sobre o coletivo apresentar-se-á harmônica e justa, pois necessariamente preservar-se-á o princípio da igualdade de todos perante o direito e o estado.

No entanto, há de se ponderar que, na medida em que as relações sociais se tornam mais complexas, a tendência do Estado é a de editar normas de cunho coletivista, com evidente diminuição do espaço destinado às prerrogativas do ser humano individualmente considerado.

Isso, todavia, não significa que se possa pensar numa atuação permanente do direito e do Estado, estabelecendo uma vigilância constante sobre todas as relações interpessoais, como ocorreria, no futuro, num imaginário "País do Grande Irmão". O ideal é que o homem se movimente na vida social, sem peias, livremente, somente tendo impedidas suas condutas, quando danosas a outro homem ou à sociedade dos homens.

Tristonho será o Estado em que os homens vivam permanentemente temerosos de agir, vigiados, possíveis vítimas de delação, perguntando-se se podem ou não dar curso a seus impulsos e desejos naturais, ante um permanente receito de sofrerem sanções ou restrições impostas "em nome da sociedade". Daí a concepção de que o direito deve limitar-se a disciplinar condutas potencialmente prejudiciais a alguém (*alterum non laedere*). Ou seja, o direito somente deverá atuar segundo um critério de necessidade, previamente contemplado em lei, inspirada nos mais sagrados princípios do humanismo.

Enquanto a conduta de alguém não lesionar ou, pelo menos, não puser em efetivo perigo o mínimo ético, o direito há de respeitar a liberdade individual, pois desnecessária sua atuação. Nossa tradição jurídica, felizmente, assenta-se no princípio de que "ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei".

Fica então estabelecido que somente a norma legal poderá criar restrições às condutas individuais, sendo ampla a margem de livre atuação das pessoas na vida social. Mormente no direito público (administrativo, tributário, penal), firma-se como postulado indeclinável o princípio da legalidade, tanto no sentido de estabelecer o conteúdo de atribuições do Estado, como no de criar restrições às condutas individuais.

No entanto, conforme já se afirmou, o Estado, em todos os quadrantes do mundo, inclina-se por ampliar, de forma importante, sua atuação cerceadora do livre comportamento das pessoas.

Inesquecível e cada vez mais atual, a aguda observação feita pelo brilhante e eminente jurista patrício Otávio Caruso da Rocha, desaparecido prematuramente, quando salientava que os estados mais frágeis são justamente aqueles que editam um maior número de leis.

Por outro lado, como o aumento abusivo das normas legisladas traz como conseqüência, cada vez mais, o seu descumprimento, o Estado, embora aparentemente mais forte e intervencionista, acaba se demonstrando incompetente para fazer cumprir suas leis. Parece já ter caído no esquecimento a irrepreensível lição de um velho mestre: "Jamais se ordena algo que não se tenha força para fazer cumprir".

Consciente de sua debilidade em fazer cumprir as próprias leis, o Estado mastodôntico recorre a outras leis, de cunho sancionatório-punitivo, mas que, na realidade, em vez de se destinarem a proteger os bens fundamentais da sociedade, funcionam como normas meramente instrumentais. Isto é, quando o Estado edita normas penais, destinadas a punir quem desobedece outras normas, está praticando verdadeiro abuso legislativo, pois as normas penais deveriam e devem destinar-se apenas a punir condutas que atentem diretamente contra os bens essenciais ao homem e à vida societária.

As normas penais não podem prescindir, segundo a teoria do tipo, de um elemento essencial à sua natureza: a objetividade jurídica, isto é, a finalidade de proteção de bens fundamentais para a sociedade. Ou seja, normas destituídas de objetividade fundamental podem apresentar uma roupagem ou aparência penal; todavia, jamais podem ser consideradas substancialmente penais, por carecerem do essencial elemento da objetividade jurídica fundamental.

A finalidade de fazer cumprir outra lei não pode ser confundida com o objetivo cardeal das normas penais, qual seja o de proteger os bens indispensáveis à vida societária e somente esses. Jamais se poderá impor a perda de um dos bens mais importantes da pessoa, a liberdade, como ameaça jurídica justa, destinando-se essa perda da liberdade a salvaguardar bens menos importantes que o bem ameaçado pela norma. Isto é, as normas penais não se podem destinar a fazer cumprir outra lei que, previamente, haja sido desobedecida.

Como aumenta, dia a dia, o universo de normas penais destinadas a exigir o cumprimento de outras normas, não está distante o momento em que bastará ao Estado totalitário editar uma só norma de cunho punitivo: "Será punido com pena de reclusão (de tanto a tanto) quem descumprir suas obrigações para com a administração e a Fazenda Pública, assim como quem deixar de obedecer às normas protetivas do meio ambiente, do consumidor, da infância e juventude, das relações de família, do direito de propriedade, das obrigações legais e contratuais, de natureza civil ou comercial." Isto é, sempre que uma norma do ordenamento global deixasse de ser cumprida, poderia o Estado impor sanção penal ao "cidadão desobediente ou recalcitrante", sob a alegação de que o descumprimento das normas legais afeta o interesse público e contribui para o enfraquecimento da ordem jurídica.

Recentes são os exemplos de despotismo estatal, contido em normas destinadas a punir condutas contrárias aos "sadios interesses do povo" ou afrontosas aos "interesses do Estado".

O certo é que o abuso legislativo do Estado intervencionista e totalitário demonstra-se *desrespeitoso* aos princípios jurídicos mais antigos e tradicionais, notadamente os do direito penal, *nascidos* no seio dos Estados não totalitários, sob uma inspiração humanitária e mais pura da ciência jurídica.

O direito penal, como é pensado, desde o alvorecer de sua fase iluminista, por todos os que o estudam profundamente, apresenta-se estruturado com um objetivo específico: punir os agentes de condutas causadoras de dano ou, excepcionalmente, de perigo de dano, a bens jurídicos fundamentais da sociedade; e fazer depender a punição da prévia existência de norma incriminadora, como apregoava o mestre de Iena (princípio do *nullum crimen sine lege* – Feuerbach – 1801 – *Lehrbuch* – "A decisão do juiz só deve ser determinada por uma expressa indicação da lei").

Aliás, quanto ao princípio da legalidade, não basta a existência de norma meramente formal que institua a punibilidade de uma conduta. Impõe-se que o *tipo legal de crime* esteja adequado à teoria geral do tipo, evitando-se normas teratológicas, destinadas a fraudar o princípio constitucional inscrito no art. 5.º, inc. XXXIX, da CR. Ou seja, impõe-se que o tipo contenha os imprescindíveis elementos de certeza e clareza, proporcionando uma interpretação uniforme, independentemente do *subjetivismo* judicial ou de inclinações políticas do aplicador da lei.

O eminente penalista e Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Vicente Cernichiaro, em seu recente *Direito Penal na Constituição* (RT – 1995 – p. 20) acentua: "A descrição genérica enseja, ao intérprete, liberdade ainda maior. Conseqüentemente, perigosa. Flagrantemente oposta ao mandamento constitucional. O crime não é qualquer ação, mas ação determinada. E determinada em lei".

Essa preocupação doutrinária, defensivista das prerrogativas individuais, constitui uma razoável reação contra a censurável tendência de certos legisladores, para quem os fins justificam os meios, de elaborar tipos penais abertos ou detentores de elementos normativos estremamente fluidos, afinados com a *ideologia de protetividade do Estado* e destinados a munir o *juiz do Estado perfeito* de mecanismos terrivelmente repressores e opressores do ser humano. Percebendo com clarividência esse preocupante fenômeno do gigantismo normativista estatal, Lênio Luiz Streck, Membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul, assim se expressa: "No imaginário social, a repercussão do problema da criminalidade é superdimensionada e acaba por sustentar uma *ideologia do repressivismo saneador*". (In "Escuta Telefônica e os Direitos Individuais", *Revista Jurídica* n. 228 – outubro/96 – p. 6).

Também se demonstra inaceitável a atual tendência de indiscriminada e até inconseqüente ampliação do universo das condutas puníveis.

Ao combater essa inclinação, surge o alerta lançado e reiterado pelo ilustre penalista e eminente mestre conterrâneo, Prof. Luiz Luisi, para quem o princípio da legalidade deve sofrer uma imprescindível reformulação. Se é certo que os tipos penais endereçam-se a estabelecer protetividade aos bens fundamentais, e se também é certo que o legislador ordinário vem ampliando o campo de abrangência das normas propriamente penais, impõe-se que a norma constitucional delimite essa abrangência.

Não se deseja, apenas, que o crime seja predefinido em "lei anterior" a seu cometimento. É imperativo que as normas incriminadoras se enderecem especificamente a proteger bens fundamentais, delimitando-se, em conformidade com essa destinação, seu âmbito de incidência. Para isso, o ilustre mestre sustenta que a regra da legalidade deva estar adstrita ao princípio da necessidade. Ou seja, como a proteção a bens fundamentais é necessária à própria sobrevivência da sociedade, a norma constitucional deveria dispor que a definição do crime, em lei, há de se subordinar ao princípio da necessidade de proteger os referidos bens. Assim, o princípio da legalidade estaria contido na regra segundo a qual "não há crime sem lei anterior e necessária que o defina".

A desobediência a esse finalismo das normas incriminadoras e ao princípio da necessidade de sua edição, coloca o direito penal longe de sua abrangência histórica ao se criar um indiscriminado e assistemático emaranhado de dispositivos legais. Essa tendência de proliferação desordenada é a responsável pela quebra da harmonia normativa e doutrinária, vulgarizando o ordenamento jurídico-penal, tanto sob o ponto de vista dogmático, como sob um ângulo científico.

Com tal gravíssimo defeito, criam-se dificuldades de incerta superação, além de um casuísmo interpretativo afrontoso à sistemática do ordenamento jurídico, com evidente balbúrdia jurisprudencial.

É certamente essa vulgarização indiscriminada de tipos penais o elemento responsável pelo descrédito do próprio direito punitivo, banalizando-o e tornando-o débil. Ademais, a abusiva atividade legiferante contribui para que a própria ordem jurídica se enfraqueça, levando o Estado, para não perecer, à contingência de ameaçar os "desobedientes" com desnecessárias sanções penais.

Ou seja, o direito penal que deveria promover a proteção de bens fundamentais, passa a ser usado, em decorrência dessa tendência ampliadora, como norma de segundo nível, não mais para proteger esses bens essenciais à sociedade, mas como guardião secundário de bens de menor hierarquia.

Exemplo disso é a existência de normas inscriminadoras que ameaçam, com sanções penais, simples inadimplentes de tributos, transformando o poder judicial em "agente cobrador de impostos", quando crime existiria apenas no fato de o sonegador procurar iludir a fiscalização através da inserção, na escrita, de elementos inexatos ou de documentos adulterados. Isto é, quando o verdadeiro sonegador agisse com o dolo de dificultar a ação dos agentes governamentais encarregados de examinar a exatidão escritural.

As normas penais são as que contêm as mais drásticas sanções criadas pela ordem legal, pois atingem o homem no bem jurídico de maior hierarquia depois do bem vida: a própria liberdade. Daí decorre a inelutável conclusão de que somente a elas devem recorrer os agentes do poder estatal, quando tenham sido atingidos ou ameaçados, pela conduta incriminada, os mais altos valores da sociedade.

Antígona, quando enterrou seu irmão morto na luta fratricida, contrariando o édito de seu outro irmão, Creonte, o tirano de Tebas, que "proibia fosse dada sepultura aos traidores da pátria", agia de forma perfeitamente adequada aos fins da vida e aos mais altos valores sociais, como o do respeito aos mortos. Pretendia inumar seu irmão de forma digna, em nome dos valores familiares e da respeitabilidade do ser humano, mesmo depois de morto, princípios contidos na lei inscrita pela divindade na consciência dos homens, muito antes mesmo da proclamação dos éditos dos príncipes.

Ao condenar Antígona, o tirano Creonte lançou seu próprio nome e sua memória ao opróbrio das gerações posteriores e até da própria história da humanidade, pois a ninguém é lícito afrontar os princípios da ordem moral e da ordem jurídica natural, sem sofrer as conseqüências dessa afronta.

Até hoje, o nome de Ruy Barbosa é venerado como uma das maiores personalidades da nacionalidade brasileira. Já o ditador que, desrespeitando os primados do direito, levou-o ao exílio, é considerado uma figura menor, no contexto político de nosso país, por lhe faltar a grandeza de caráter revelada pelo magnífico baiano.

O finalismo das normas jurídicas, notadamente o das normas constitucionais e penais, não pode ser olvidado pelo elaborador da lei nem por seu aplicador.

Se a lei repressiva deve destinar-se a proteger os bens fundamentais da sociedade, será aviltar o direito penal, e até vilipendiar sua dignidade, dar-lhe a mis-

são de sancionar condutas que atinjam bens de menor valia.

A crise de anomia que atinge a sociedade nos dias de hoje, jamais será superada pela edição de leis penalmente draconianas. Somente soluções políticas e educacionais respeitáveis e de longo alcance terão poder de proporcionar seriedade à ordem jurídica e paz à sociedade.

Em entrevista, divulgada por toda a imprensa nacional, o atual Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, penalista emérito, salientava de forma crua e incisiva: "A prisão não recupera ninguém e não evita crime nenhum. Só serve hoje para uma coisa: segregar a fera. Tudo o mais é ilusão".

Em razão das reconhecidas e proclamadas mazelas de nosso sistema repressivo, e diante da crise demonstradora da necessidade de ampla reforma do sistema penitenciário e do próprio sistema de penas, passou-se a adotar as denominadas sanções alternativas. Tal solução ainda não se demonstra definitiva. No entanto, tem-se demonstrado, embora em seus passos iniciais, capaz de dotar o judiciário de soluções mais justas, perante o caso concreto, do que a tradicional pena privativa de liberdade, em face da desnecessidade de se levar o condenado a uma sanção privativa de liberdade prejudicial à própria sociedade que o condenou.

Outras idéias, no entanto, chegam a lançar o dardo mais longe. Há mesmo quem defenda, e parece que com toda a razão, que as leis penais, em vez de criarem sanções alternativas, segundo um critério de substitutividade em relação às sanções prisionais, deveriam criar penas novas, autônomas. Estas deveriam ser objeto de cominação específica, segundo a natureza do bem defendido pela norma e em conformidade com o grau de lesividade do dano causado.

O grande penalista Francisco de Assis Toleto, ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça e relator da reforma penal de 1984, Parte Geral do Código, em recente pronunciamento, destinado a obter consagração nacional, manifestou uma nova concepção sobre a cominação e aplicação de sanções penais. Para ele, estas deveriam ser previstas em lei e impostas segundo a natureza do crime cometido. Para os denominados crime de *violência*, valeria a manutenção da pena de prisão, em face da brutalidade e estupidez reveladas na conduta do delinqüente. Por sua vez, nos delitos de *astúcia*, outras deveriam ser as sanções cominadas para o crime, adequando-se o tipo de pena, como por exemplo as pecuniárias, as de interdição e atuais penas alternativas, ao tipo do crime praticado.

De outra parte, há de se observar, ao se justificar essa proposta, que os crimes de violência devem ser punidos com mais severidade, pois atentam diretamente contra a própria pessoa vitimada pelo delito. Já nos crimes em que se utiliza a inteligência, o engodo, seriam suficientes as sanções de natureza pecuniária, as de interdição e as restritivas de direitos.

Os cárceres demonstram a falência de nosso sistema penal, mas as penas alternativas que já se vêm aplicando, abrem, pouco a pouco, as janelas de novos dias e de novas perspectivas.

Como devem ser tristes e desesperançados os lidadores de direito penal que assistem impassivelmente à atual tendência de abuso da atividade legiferante do Estado!

Tendo a doutrina e a filosofia penal já encontrado os verdadeiros e incontestáveis fins desse ramo do direito, não pode o legislador deixar de a eles afeiçoar sua atividade, sob pena de desvirtuá-lo.

Os fins da norma devem ser entendidos dentro de uma perspectiva nitidamente axiológica, pois o valor de um bem decorre de sua adequação a seus fins e destinação. A norma penal, dirigida à proteção dos bens jurídicos fundamentais e, portanto, de uma valia indiscutível, demonstrar-se-á desvaliosa, se não

estiver adequada à finalidade de proteger esses bens essenciais à vida social e se passar a se preocupar com entidades menos importantes.

Assim, se o Estado não edita normas penais protetivas dos bens fundamentais da sociedade, a conseqüência será a fragilidade da ordem jurídica; se edita leis penais protetivas de bens menos valiosos, estará se transformando no Estado prepotente que procura esconder suas debilidades através de tonitroantes, mas denecessárias ameaças penais.

O equilíbrio legislativo decorrerá, sempre e necessariamente, de um equilíbrio político e ético do Estado em relação a seus fins.

Tais idéias comprovam como o Estado, ao mesmo tempo, tem o dever de se demonstrar parcimonioso, mas exato, na edição de normas legais, principalmente as de natureza penal.

A parte geral do Código Penal, após a reforma de 1984, elaborada segundo os princípios doutrinários e filosóficos que informam a ciência penal, traz, em relação à aplicação da pena, um dos princípios norteadores da atividade estatal, subordinando-a a dois critérios complementares que, em seu conjunto, definem com precisão o que seja uma pena justa.

Dispõe o Código, em seu art. 59, que o juiz estabelecerá a pena a ser aplicada, "conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime".

Essa norma dá a exata dimensão dos limites do justo.

Ou seja, a pena deve ser suficiente para demonstrar a força da sociedade organizada contra o agente do crime que atentou contra um de seus bens fundamentais, ao mesmo tempo em que não deve ultrapassar os limites do necessário, pois, punir além da necessidade, representa atuação estatal iníqua, demonstradora de censurável prepotência, mais se asselhando a uma vingança do grupo do que a uma justa retribuição do mal praticado. O Estado não dispõe da legitimidade para punir o autor do crime com uma sanção mais dura do que o prejuízo por ele causado.

Se a ordem jurídica impõe limites ao Estado-juiz, a fim de que essa atividade punitiva esteja em perfeita conformidade com os princípios do justo, a mesma ordem, dentro de sua necessária coerência, não pode permitir a edição de leis que estabeleçam punições ou insuficientes ou desnecessárias.

Disso se conclui que a atividade legiferante não deva ser nem indiscriminada nem destinada a sacar os apetites momentâneos do legislador.

Ao contrário, impõe-se que a atividade estatal se exerça dentro de determinados limites, devendo o poder do Estado, quer na tarefa legislativa, quer na judicante, cingir-se aos limites do suficiente e do necessário. Ou seja, há de se restringir ao ponto exato da justiça material, pois injusta é tanto a pena insuficiente como a sanção que ultrapasse o critério da necessidade. A lei (ou a pena) insuficiente é sinônimo de fraqueza; a excessiva, de iniqüidade.

A justiça da lei, em abstrato, e a justiça da sentença, em concreto, somente serão alcançadas quando estiverem em conformidade com os fins da vida. E a lei e a sentença somente estarão em conformidade com os fins da vida, quando se destinarem a resguardar, no âmbito penal, os bens fundamentais da sociedade. Quebrado esse finalismo da norma ou do provimento sentencial, ficará afetado o (ideal de justiça), pois prejudicada a relação de conformidade entre a norma e sua perspectiva finalista.

Sempre que o Estado interferir na vida social, deverá fazê-lo de molde a preservar, com a lei, a conformidade desta com se verdadeiro finalismo. Isto é, não poderá ser nem insuficiente nem excessivo em sua tarefa punitiva, quer abstrata, quer concreta. Ao ultrapassar o critério da necessidade de sua ingerência normativa ou decisória, estará o Estado-legislador ou o Estado-juiz lesionando o princípio da justiça material, pois o valor da norma ou da

sentença há de se medir em conformidade com a adequação dessa norma a seus fins.

O fim a que se destina a norma há de ser entendido como o de interferir o mínimo possível na vida individual, ou seja, dentro do critério da necessidade dessa intervenção. Os bens, destinados a proporcionar ao homem a realização de seus fins de vida, somente podem ser afetados quando o agente do delito atingir um dos bens fundamentais.

Desrespeitada essa relação de adequação, concretiza-se a injustiça, devendo ser impedida a todo custo pelo Estado, pois sua finalidade última é assegurar ao homem a plena realização de seus fins, desde que suas condutas não firam os bens de seus semelhantes.

Ao Estado, portanto, cabe intervir, na vida privada, apenas dentro desses limites, abstendo-se de agir autoritária, arbitrária e desnecessariamente. Isto é, a intervenção estatal na vida dos homens deve cingir-se ao mínimo necessário e indispensável para assegurar a harmonia da vida social, em conformidade com os fins da vida e, portanto, com o bem comum.

Não basta, para realizar essa intervenção, que o Estado-legislador entenda conveniente editar lei penais protetivas de bens que não se demonstrem fundamentais à sociedade. Como a lei penal atinge o homem em seus bens mais sagrados, a lei penal apenas "conveniente" passa a ser materialmente injusta, por afetar bens da mais elevada hierarquia axiológica, sob a alegação de proteger bens de menor magnitude. A desproporção entre ofensa e castigo, a par de evidente, demonstra-se materialmente injusta.

Toda intervenção, além dos limites da necessidade, desfigura o verdadeiro direito penal, compreendido apenas como uma indispensável atividade sancionatória do Estado.

Em conseqüência, há de se entender que o dever do Estado, ao estabelecer as normas penais, deve subordinar-se ao princípio da intervenção mínima, delimitado pelos critérios da necessidade e da realização da justiça substancial, punindo penalmente apenas aqueles que tenham atentado contra bens essenciais à vida social.

2 – DOUTRINA NACIONAL

SESSENTA DIAS DE PRISÃO TEMPORÁRIA. É RAZOÁVEL?

ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ

SUMÁRIO: 1. A questão – 2. Necessidade de explicitação dos motivos justificadores da prisão temporária – 3. Excelso *in abstracto* no prazo da prisão temporária – 4. Flexibilização do prazo da prisão – 5. Princípio da razoabilidade – 6. Fonte constitucional do princípio da razoabilidade – 7. Decretação e manutenção da prisão: permanente avaliação da necessidade – 8. Conclusões.

1. A questão

A tão criticada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) gerou discussões doutrinárias e jurisprudenciais em torno de alguns de seus dispositivos, notadamente os que vedaram o direito à liberdade provisória e à progressão de regime de pena aos acusados e condenados, respectivamente, pela prática de alguns dos crimes elencados na referida lei.

Todavia, inovação normativa de grande relevância e repercussão no sistema criminal pátrio não ensejou igual reação dos operadores jurídicos. Cuida-se do dispositivo que estabeleceu o prazo de 30 dias, prorrogável por outros 30, para a prisão temporária dos suspeitos da prática de crime considerado hediondo ou assemelhado (art. 2.º, § 3.º, da Lei 8.072/90), previsão esta, em nosso modesto ponto-de-vista, carente de constitucionalidade.

Ao escopo de corroborar tal opinião, desenvolveremos nosso pensamento tendo sempre em vista a seguinte questão: é razoável manter-se o indiciado preso, a título de prisão temporária, por até 60 dias, apenas e tão-somente para instruir um inquérito policial e formar a *opinio delicti* do Ministério Público?

2. Necessidade de explicitação dos motivos justificadores da prisão temporária

A prisão temporária, de natureza cautelar, ou, com maior precisão, pré-cautelar, de caráter provisório e pré-processual [1], assenta-se, a par dos requisitos inerentes a toda medida cautelar (acessoriedade, preventividade, instrumentalidade hipotética e provisoriedade), sobre o binômio *periculum in mora e fumus boni iuris*.

A fumaça do bom direito, inerente a qualquer prisão cautelar, consubstancia-se na presença de elementos de convicção que demonstram a verossimilhança da imputação iminente e que, portanto, tornam plausível admitir a participação delitiva do indiciado no fato objeto da apuração.

A seu turno, o *periculum in mora* se materializa na própria necessidade da constrição ao *ius libertatis* do indivíduo, ante o receio de que, solto, possa o inculpado produzir danos à ordem pública, à

(1) cf. A. Scarance Fernandes, "Prisão temporária e fermo: estudo comparativo", in *Justitia*, v. 157, p. 24, onde alude ao lecionamento de D'Ambrosio, "Commento al nuovo codice de procedura penale", v. IV, p. 347.

instrução do processo, ou à aplicação da lei penal.

No que pertine especificamente à prisão temporária, embora já se tenha sustentado que sua decretação condiciona-se aos mesmos requisitos da prisão preventiva,[2] parece-nos mais acertado o entendimento que a coloca em posição diferenciada em relação a esta última modalidade de prisão cautelar. Não fora assim, haveríamos de admitir que estas duas espécies de prisão provisória só distinguiriam unicamente pelo prazo de duração e pela oportunidade da decretação, o que não se nos afigura sensato.

De qualquer modo, seja na prisão preventiva, seja na prisão temporária, é imposição constitucional (art. 93, inc. IX, da Carta Política de 1988) que o magistrado explicite o seu convencimento quanto à necessidade da segregação cautelar. Tal fundamentação somente será, a seu tumo, possível se o Delegado de Polícia ou o membro do Ministério Público indicarem os motivos pelos quais se postula a prisão, não sendo satisfatório, evidentemente, limitar-se a autoridade a dizer *que a prisão temporária é imprescindível para as investigações do inquérito policial* (inc. I do art. 1º, da Lei 7.960/89), ou *que o indiciado*[3] *não tem residência fixa ou que não forneceu elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade* (inc. II). Cumpre, sim, ao postulante da medida indicar ao juiz o porquê de estas duas variantes, ou uma delas, justificarem o encarceramento do suspeito ou indiciado, já que nem sempre é tal, medida indispensável ao sucesso das investigações policiais.

Neste sentido se alinha o pensamento sempre lúcido de Hélio Tomaghi[4] acerca da prisão preventiva (válido, evidentemente, para a prisão temporária), ao lecionar que "o juiz deve ainda mencionar de maneira clara e precisa os *fatos* que o levam a considerar *necessária* a prisão para garantir a ordem pública, ou para assegurar a instrução criminal, ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, frauda a finalidade da lei e ilude as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: "considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública ..."ou, então, "a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal...". Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou base exatamente aquilo que deveria demonstrar".

3. Excesso *in abstracto* no prazo da prisão temporária

Retomando à indagação formulada atás, vê-se, como sugere a própria redação da pergunta, não ser razoável que uma simples prisão temporária (efêmera, pré-processual) dure até 60 dias, simplesmente por tratar-se de um crime hediondo (que,

(2) Rui Cascaldi, "Prisão temporária: inconstitucionalidade", in *Justitia*, v. 153, p. 12.

(3) Quanto ao sujeito passivo da cautela, não é aceitável, *concessa venia*, a opinião de Júlio Fabbrini Mirabete, para quem é admissível a decretação de prisão temporária de testemunhas (*Processo Penal*, 2.ª ed., Atlas, p. 378), possibilidade esta contrária a um dos requisitos de qualquer medida cautelar, i.c., o juízo de probabilidade da participação do *sujeito passivo* da medida no crime investigado.

(4) *Curso de Processo Penal*, Saraiva, v. 2, p. 87. Desafortunadamente, verificamos com maior freqüência tal comportamento nas decretações de prisão temporária, onde não se explicitam as circunstâncias que levam a autoridade a considerar necessária e cabível a custódia. Talvez o equívoco decorra do texto da lei, que apenas no tocante à *prorrogação* do prazo de 5 ou 30 dias faz menção à "extrema e comprovada necessidade" da prisão, como se tal avaliação não fosse exigível na *decretação* da medida.

pelo simples fato de ser assim legalmente qualificado, não pressupõe, *a priori*, uma tal complexidade a exigir prazo tão dilatado para sua apuração).

Insustentável, a nosso sentir, a crença de que o êxito das investigações policiais possa vir a depender da mantença, no cárcere, do indiciado por tão longo período. Deveras, um interrogatório não dura mais do que algumas horas; um reconhecimento formal, outras tantas; igualmente, uma reconstituição do crime. Que outra providência, dependente da presença do indiciado, duraria mais do que um ou dois dias?

Raciocínio similar vale para as hipóteses de que cuida o inc. II do art. 1.º, da Lei 7.906/89, senão vejamos.

No que toca à situação de não ter o investigado residência fixa, a sua prisão somente justificar-se-á em havendo risco de que, por não ser conhecido o local onde aquele se abriga, a instrução criminal ou a eventual aplicação da lei penal possa vir a sofrer danos, o que, como se sabe, justifica a decretação não da prisão temporária, mas da prisão preventiva.

Se, porém, a falta de residência fixa do suspeito põe em risco tão-somente o bom termo das investigação policiais, não se falando ainda em cautela do futuro processo (o que desembocaria na prisão preventiva), cuidar-se-á, então, de prisão temporária como medida *imprescindível ao inquérito policial*, o que implicará a invocação da primeira das hipóteses autorizadoras da prisão temporária.[5]

Por último, a circunstância de não haver o investigado revelado sua identidade somente autorizará a sua prisão cautelar se fracassarem as diligências policiais que devem, via de regra, preceder a adoção daquela medida extrema a qual se finalmente adotada, não se justificará por mais tempo do que o necessário à identificação criminal do conjecturado autor do fato investigado.

Sem maiores esforços, portanto, aflora a percepção de que a prisão temporária, mesmo na sua modalidade menos gravosa (5 dias), serve e tem servido a outros propósitos que não simplesmente o de acautelar as investigações e indiretamente, o processo penal a ser eventualmente instaurado. Na verdade, ao estabelecer o legislador tão alongado prazo, o que se objetivou foi punir antecipadamente aquele sobre quem pairar a acusação da prática de crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, estigmantizando-o perante a sociedade, que parece sentir-se "aliviada" com a sumária "punição" do indiciado.[6]

4. Flexibilização do prazo da prisão

Se, como restou evidenciado, é totalmente desproporcional e desnecessária, ao atingimento dos fins a que se destina a prisão temporária, a fixação de prazo dilatado para o seu cumprimento, insustentável se mostra o hábito do Ministério Público e da Magistratura em não se valerem de um controle mais eficaz dos critérios de necessidade e proporcionalidade daquela prisão cautelar.

Se a lei fala em prisão por 5 dias ou por 30 dias (para as hipóteses previstas na Lei 8.072/90), por que não se avaliar,

(5) Como observa Odone Sanguiné ("Prisão provisória e princípios constitucionais" in *Fascículos de Ciências Penais*, p. 111), citado por Alberto Silva Franco, *Crimes hediondos*, 3.ª ed., RT p. 243, "é de todo inadmissível decretar-se "a prisão temporária *tout court*, com base na gravidade dos crimes elencados ou na ausência de residência fixa, sem que isso fosse conveniente para as investigações do inquérito ou ausente um dos pressupostos para a futura prisão preventiva". Entendimento contrário daria à prisão temporária "um caráter de compulsoriedade, o que contrasta frontalmente com as garantias constitucionais".

(6) Nesse sentido, Alberto Silva Franco, op.cit., p. 246.

sopesando-se as explicações da autoridade policial, o tempo realmente necessário à custódia? Se o que se pretende com a prisão temporária é, *e.g.*, o reconhecimento formal do indiciado, ou o seu interrogatório,[7] ou a reconstituição do crime, por que não se decretar a prisão por período menor do que 5 dias? Se o crime é considerado hediondo, e são muitas as diligências policiais a serem cumpridas, necessariamente com a presença do suposto autor do ilícito investigado, por que não fixar prazo bem inferior aos 30 dias?[8]

Conquanto a letra da lei pareça indicar que a prisão deverá, se decretada, durar 5 dias (ou 30, se hediondo ou a ele assemelhado o crime) será inconsistente, diante do Estado de Direito entre nós vigente, advogar o entendimento de que a lei proíbe o juiz de fixar prazo menor do que os mencionados. Em face da excepcionalidade de qualquer medida limitadora da liberdade do indivíduo, tais prazos hão de ser compreendidos como *limites máximos à constrição do ius libertatis*, o que implicará a avaliação, caso a caso, do tempo necessário à segregação do indivíduo do convívio social.

5. Princípio da razoabilidade

Atingimos um ponto de nossa exposição em que se pode invocar o subsídio de uma das mais significativas conquistas da processualística penal: referimo-nos a princípio do devido processo legal, notadamente em sua faceta substantiva.[9]

Assim, ao lado das implicações decorrentes do *procedural due process* – princípios do contraditório e da ampla defesa, da imparcialidade do juiz, da publicidade e motivação das decisões judiciais etc. – evoluiu aquela cláusula para assumir uma vestimenta material, erigindo-se "num requisito da "razoabilidade" (reasonableness) e de "racionalidade" (*rationality*) dos atos estatais, o que importa num papel de termômetro axiológico acerca da *justiça* das regras de direito".[10]

Este aspecto material do *due process of law*, correspondente em significado ao "princípio da razoabilidade", transladou-se do direito administrativo (onde primeiramente teve aplicação) pra outros ramos do direito, como, *v.g.*, o direito penal[11] e o direito processual penal, sendo aqui aplicado principalmente em relação às medidas

(7) Valdir Sznick, in "Liberdade, prisão cautelar e temporária", Leud, p. 746, informa que "Na França, segundo escreve Donnedieu de Vabres (*La Justice Pénale d'aujourdhui*) e Pierre Bouzat (*Revue Intern. Droit Pénal*, 1953, n. 1-2) não só as violências físicas e torturas estão prescritas. Ainda que um suspeito possa ser interrogado em 24 horas, sem autorização do Ministério Público, deve contudo respeitar o intervalo de repouso do interrogado, não o mantendo sob constante interrogatório, enquanto os policiais, interrogadores, vão se revezando nos interrogatórios".

(8) Neste sentido, a Constituição da Espanha, cujo art. 17.2 determina que "la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimieto de los hechos".

(9) Embora o assim chamado princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) tenha sido desenvolvido no direito alemão, sua formulação inicial extraiu-se do direito norte-americano, onde, através de evolução doutrinário-jurisprudencial, o princípio do devido processo legal passou a ser estudado e aplicado dentro de uma ótica material e não apenas processual, como inicialmente concebido.

(10) Carlos Roberto de Siqueira Castro, "O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil", 2.ª ed., Forense, p. 383.

(11) Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, in *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, 1990, p. 30, nota 9, cita Beccaria (Dos delitos e das penas) e Montesquieu (O espírito das leis) como os primeiros a sustentarem a proporcionalidade das penas em relação ao crime praticado.

cautelares que restringem a liberdade ou a livre disposição de bens do imputado.[12]

6. Fonte Constitucional do Princípio da Razoabilidade

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade decorre, constitucionalmente, do Estado de Direito e da essência dos direitos fundamentais. Nicolas Serrano[13] sublinha que a Ley de Enjuiciamento Criminal espanhola "no recoge expresamente el principio de idoneidad [um dos subprincípios do princípio da proporcionalidade], a diferença de los Códigos procesales penales más modernos, como el português (art. 193.1)[14] o el italiano (art. 275.1).Semejante omisión, sin embargo, nos es relevante, dado que la C.E. es norma de aplicación directa y el princípio de prohibición de exceso encuentra su apoyo normativo en los preceptos constitucionales que garantizan los derechos fundamentales. Tampouco en la R.F.A., por otra parte, la St.P.O. menciona expresamente el principio de idoneidad y su vigencia, derivada de la Ley Fundamental, es aceptada sin dificultad".

No que respeita ao nosso ordenamento Constitucional positivo, a leitura do inc. LIV do art. 5.º ("ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"), permite sustentar[15] seguramente que tal garantia abrange também o *substantive due process*.

Outrossim, os direitos expressos na Constituição Cidadã "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5.º, § 2.º do Texto Fundamental), o que implica admitir, sem hesitações, que o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade está abrigado em nosso regime constitucional.

7. Decretação e manutenção da prisão: permanente avaliação da necessidade

É sabido que a palavra-chave para o uso e a manutenção de qualquer prisão caute-

(12) Para uma plena compreensão do alcance e da aplicação do princípio da proporcionalidade (razoabilidade, proibição de excesso ou outras denominações que se lhe costumam atribuir) ao processo penal, consultar a magnífica obra de Nicolas Gonzales-Cuellhar Serrano, citada na nota anterior. Entre nós, recomendável a leitura de Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *O processo penal em face da Constituição*, Forense; Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, Saraiva; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 2.ª ed., Forense; Érico Bergmann, *Prova ilícita – a Constituição de 1988 e o princípio da proporcionalidade*, amprgs/esmp, Estudos MP 5.

(13) Op.cit., p. 155.

(14) Art. 193 do CPP português: "(Princípio de adequação e proporcionalidade) 1. As medidas de coação e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser adequadas às exigências cautelares que o prazo requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas. 2. A prisão preventiva só pode ser aplicada quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coação".

Art. 275 do CPP italiano: "(*Criteri di scelta delle misure*). 1. Nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneitá di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto. 2. Ogni misura deve essere proporzionata all'entitá del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata. 3. La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltando quando ogni altra misura risulti inadeguata".

(15) Cf. posicionamento externado pelo Min. Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, na Aula Inaugural do Curso de pós-graduação *lato sensu* de 1995, oferecido pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

lar é a sua *necessidade*, sem a qual não se justifica tal medida excepcional.

Mas, além da necessidade, a intervenção estatal na esfera da liberdade do indivíduo se condiciona também à *idoneidade* da medida (em relação de meio ao fim que visa a atingir) e à sua *proporcionalidade stricto sensu* (entendida como a própria razoabilidade do sacrifício do interesse individual em nome do interesse coletivo.

Se a *decretação*, da prisão temporária é necessária e idônea para o sucesso das investigações policiais, e justificável, em nome do interesse coletivo, a custódia cautelar do indiciado pela prática de um dos crimes elencados no inc. III do § 1.º da Lei 7.960/89, a sua *manutenção* se condicionará à contínua presença daqueles requisitos legais de que já falamos.[16]

Logo, se a prisão do indiciado fez-se necessária para que, *v.g.*, fosse ele interrogado, identificado e reconhecido, não mais pode perdurar a sua custódia se aqueles atos já foram realizados, sendo, pois, eventualmente excessivo o prazo de 5 dias (e, *a fortiori*, 10, 30 ou 60 dias) para a conclusão das investigações que inicialmente justificaram a prisão pré-cautelar.[17]

Se a decretação da prisão temporária por 5 dias pode ser, em alguns casos, necessária ante a eventual possibilidade de que tal prazo seja proporcional aos objetivos que a medida visa atingir,[18] não há como negar que, no tocante à prisão temporária por 30 dias (renovável por igual período), a irrazoabilidade ou desproporcionalidade da medida é flagrante.[19]

(16) Neste sentido Ernesto Pedraz Penalva, "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad, in *Constitucion, jurisdiccion y proceso*, Akal, p. 343.

(17) Convém anotar que não se há de legitimar a prática de atos de investigação em relação ao indiciado preso como se solto estivesse, ou seja, sem a preocupação de concluir as diligências o mais rápido possível, viabilizando-se, o quanto antes, a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, acompanhada ou não da transformação da prisão temporária em prisão preventiva, se presentes obviamente os seus requisitos legais. Saliente-se, a propósito, que uma das Recomendações tomadas no XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em setembro de 1994, no Rio de Janeiro, foi no sentido de que "... deve-se proibir ordenar ou manter a prisão provisória se não existem indícios sérios de culpabilidade e uma *vontade real por parte das autoridades competentes em levar a cabo o processo*".

É de realçar, outrossim, que o Brasil, através do Decreto 678/92 (publicado no DOU de 09.11.1992. Seção I, p. 15.562), aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José – Costa Rica), cujo art. 7.º, inc. 5.º, dispõe que "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito à ser julgada dentro de um prazo razoável, ou a ser posta em liberdade sem prejuízo de que prossiga o processo...". Tal garantia, presente igualmente em outros *Bills of Rights*, reflete-se na fase inquisitorial da persecução penal, pois somente com a rapidez das investigações policiais poderá a futura ação penal ser julgada em prazo razoável.

(18) A hipótese se amolda na "zona de incerteza" de que fala Nicolas Serrano, op.cit. p. 315, onde esclarece que o princípio da proporcionalidade apresenta três zonas diferenciadas, quanto à facilidade de seu controle: uma zona de certeza positiva, "dentro de la cual las medidas se consideram constitucionalmente admisibles, porque resulta claro que no infringen el principlio de proporcionalidad"; uma zona de certeza negativa, que compreende "aquellas medidas cuya desproporción es evidente"; e a zona de incerteza, dentro da qual se agrupam "las injerencias cuyo respeto por dicho principio es dudoso".

(19) Entendimento diverso adotaríamos se se tratasse de prisão preventiva, que não se adstringe à fase inquisitorial da persecução penal, podendo prolongar-se até mesmo, segundo alguns, depois da sentença condenatória recorrível. Neste caso, não se aco-

Semelhante conclusão é ainda mais evidente quando se recorda que:

1.º Para concluir inquérito policial, relativo a *indiciado solto*, dispõe a autoridade policial de *30 dias*, prazo este que somente pode ser dilatado por autorização judicial, ouvido o Ministério Público. Como justificar, então, que este mesmo prazo seja utilizado para idêntica finalidade, estando o indiciado preso?

2.º Para concluir inquérito policial, relativo a indiciado preso, pela prática de crime não elencado nas Leis 7.960/89 e 8.072/90, dispõe a autoridade policial de apenas *10 dias*, prazo este que não pode ser prorrogado de nenhum modo, a menos que o indiciado seja libertado. Assim, tratando-se de inquérito policial instaurado por força de uma prisão em flagrante, *v.g.*, de um estupro, o procedimento deverá, necessariamente, concluir-se no máximo em 10 dias; porém, tratando-se do mesmo crime, mas não tendo sido o seu suposto autor preso em flagrante, eventual prisão temporária sujeitá-lo-á a aguardar por até 60 dias, antes que o Ministério Público formule sua acusação.

3.º O tempo máximo de duração de *toda a persecução penal*, estando o réu preso, não poderá exceder, segundo entendimento doutrinário jurisprudencial, 81 dias.[20] Como admitir-se, então, que somente as investigações pré-processuais perdurem por 60 dias?[21]

Toda esta argumentação não nos leva a negar a utilidade desta modalidade de prisão provisória, que, diga-se de passagem, encontra similares no direito alienígena.[22] Em determinadas situações, *quando ainda não se reuniram elementos suficientes para a decretação de uma prisão preventiva, e diante da necessidade da custódia do indiciado ou suspeito para o êxito das investigações policiais*, outro caminho não restará senão o uso da prisão temporária.

O que, todavia, propugnamos é uma mudança de postura dos operadores do direito – enquanto não sobrevém mudança legislativa – para que não nos tornemos veículos da inconstitucionalidade de dispositivos aprovados em processo legislativo viciado pelo afogadilho e pela histeria punitiva de então.

8. Conclusões

1) Sendo a prisão temporária uma medida pré-cautelar, destinada ao esclareci-

imaria de irrazoável dispositivo legal que permitisse a duração de uma prisão preventiva por um período bem maior ao que se aceita atualmente como limite máximo para a conclusão da instrução criminal, seguindo-se, assim, o exemplo de outros países, como Portugal e Itália, cujos Códigos de Processo Penal estabelecem prazos bem dilatados para a duração da prisão cautelar.

(20) É bom esclarecer que o princípio da razoabilidade tem sido também utilizado para, excepcionalmente, justificar eventuais excessos no prazo da instrução criminal. Pioneiro neste sentido foi o posicionamento do eminente Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, cujos votos prolatados em julgamentos ocorridos na Turma do Superior Tribunal de Justiça já fazem escola (vide RHC 1.453, *DJU* de 09.12.1991, p. 18.044; HC 1.028, *DJU* de 16.12.1991, p. 18.533; *RSTJ* 30/96; *RJTJSP* 81/411; *RSTJ* 29/95; RHC 3.672-9, *DJU* de 20.02.1995, p. 3.214; RHC 2.635, *DJU* 07.06.1993, p. 11.275; RHC 3.672-9, *DJU* 20.02.1995, p. 3.214, e outros).

(21) Sobre esta questão argumenta Alexandre Gonçalves, "A prisão temporária e seus aspectos controversos" in *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, n. 37, p. 78, que não se pode deixar de computar o tempo da prisão temporária no prazo de formação da culpa. De fato, se na hipótese de prisão preventiva o período em que o imputado esteve preso durante o inquérito policial é computado para fins de averiguação do tempo máximo da instrução processual, não nos parece sustentável outro posicionamento quando o acusado esteve inicialmente acautelado a título de prisão temporária.

(22) vide Valdir Sznick, op.cit. p. 497 e A. Scarance Fernandes, op.cit.

mento dos fatos apurados em inquérito policial, somente poderá ser decretada se explicitados os motivos e a necessidade da cautela para o êxito das investigações policiais;

2) impõe-se à autoridade policial ou ao Ministério Público, portanto, indicar ao magistrado quais as medidas que dependem da prisão do indiciado para ser concretizadas, devendo a autoridade judiciária motivar devidamente sua decisão, fixando prazo eventualmente inferior ao estabelecido em lei para a prisão temporária, já que se trata de limite máximo e não termo único para a decretação da medida;

3) o constituinte brasileiro acatou o princípio do devido processo legal, que, modernamente, também se mostra sob a ótica substantiva, identificada com o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, aplicável ao processo penal, máxime no que respeita às medidas restritivas da liberdade;

4) logo, apresenta-se como norma totalmente contrária ao texto constitucional a previsão inserida no art. 2.º, § 3.º da Lei 8.072/90, de acordo com a qual os indiciados por crime previsto naquele diploma legal estão sujeitos a serem presos, antes de qualquer acusação formal e sem que se demonstre real necessidade, idoneidade e proporcionalidade da medida, por período de ate 60 dias;

5) cumpre, portanto, aos operadores do direito valerem-se deste instrumento de apuração de infrações penais com a devida ponderação, verificando a efetiva necessidade de ser decretada a prisão temporária; avaliando o prazo máximo que justificará a segregação cautelar do indiciado; sopesando, enfim, se, ao invés de prisão temporária, não é cabível a prisão preventiva;

6) de qualquer modo, nada justificará o prosseguimento do nefasto hábito de se decretar por trinta dias uma prisão temporária, com nítido caráter punitivo, pelo simples motivo de tratar-se de hipótese de crime hediondo ou a ele legalmente assemelhado. A irrazoabilidade ou a desproporcionalidade de tal previsão ética que não pode estar ausente da persecução penal. Afinal, *libertas inestimabilis res est* (Paulo).

2 – DOUTRINA NACIONAL

LEI 9.271/96

VITOR LUIZ DE OLIVEIRA GUIBO

Recentemente, foi publicada a Lei 9.271, de 17.04.1996 que alterou a redação dos arts. 366, 367, 368, 369 e 370 do Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941 (Código Penal).

Como toda alteração legislativa, um dos enfoques de maior discussão foi, e ainda é, a questão da sua aplicabilidade aos processos já em andamento.

Alguns autores de renome passaram a defender, no que pertine à novel redação do art. 366 do CPP, a aplicação retroativa de apenas parte da alteração legislativa.

Vejamos, então, como crítica construtiva, um breve pensar acerca do assunto.

A hipótese em exame é a do réu, que embora citado regularmente por edital, não comparece, nem constitui advogado. Nomeia-se-lhe, então, defensor dativo e o processo tem seguido à sua revelia quando, no curso do mesmo advém a alteração legislativa citada.

É de se ver que com o advento da Lei 9.271/96, foram ab-rogados os arts. 366 a 370 do CPP, à partir de 17.06.1996 (a lei foi pub. em 18.04.1996 vigorando 60 dias após sua publicação).

Dispõe a atual redação do art. 366 que "Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 § 1.º As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo, § 2.º Comparecendo o acusado, ter-se-á por citado pessoalmente, prosseguindo o processo em seus ulteriores atos."

A dúvida que se coloca é se estes dispositivos se aplicam, ou não, aos processos já em andamento.

Trata-se, como se vê à amplas luzes, de norma cogente e que tem aplicação imediata à partir de sua vigência 17.06.1996 isto não se discute. Assim, à partir de tal data, se o acusado cometer um crime e, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, o processo fica, automaticamente, suspenso, bem como a fluência do prazo prescricional e, ao juiz, incumbe apenas declarar tais conseqüências.

Com efeito, estabelece o art. 2.º do CPP que: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior". É corporificação do princípio do *tempus regit actum*, vigente no processo penal. Portanto, caso a lei fosse estritamente processual, os feitos já em andamento estariam suspensos.

Ocorre que a lei novel não trata apenas de matéria processual (estancamento do processo, ou dos atos procedimentais), mas, também, e *concomitantemente*, da suspensão da fluência do prazo prescricional. E, a prescrição, como se sabe, é matéria eminentemente de direito substantivo penal (art. 107, IV e 109 a 118, todos do CP).

É induvidoso, de outro tanto, que a suspensão do prazo prescricional é prejudicial ao réu, portanto, deve ser aplicada a regra do art. 5.º, XXXIX e XL da CF, ou seja, da irretroatividade de lei mais danosa.

Doutro lado, o dispositivo também contempla situação mais benéfica ao réu, ou seja, a suspensão dos atos do processo.

Surgem, então, quatro possibilidade quanto à aplicação da lei nova aos feitos já em andamento quando de sua vigência:

primeiro poder-se-ia dizer que em face da regra do art. 2.º do CPP, e, como a reforma foi neste código a lei nova deve ser aplicada, imediatamente, em toda sua inteireza, vale dizer, suspende-se tanto o processo como o prazo prescricional;

segundo, poder-se-ia dizer que como a lei contempla dispositivos processuais e materiais, aplica-se imediatamente aquele (art. 2.º do CPP) e suspende-se apenas o processo, mas, em virtude da irretroatividade de lei *in pejus* não se suspende o prazo prescricional;

terceiro, pode-se advogar a tese de que o dispositivo é claro ao determinar a suspensão tanto da prescrição, como do processo, concomitantemente e, por isso, não deve haver aplicação de um sem o outro e, como a aplicação aos feitos já em andamento não pode ser, por prejudicar o réu, não se aplica a Lei 9.271/96 aos processos que já haviam ultrapassado a face da citação e a revelia já havia sido declarada quando entrou em vigência.

Uma quarta hipótese, seria a suspensão do prazo prescricional, sem a suspensão do processo.

Esta última solução é deveras absurda e não deve ser aceita pois vulneraria tanto a redação do art. 5.º, XXXIX e XL da CF, repetido no art. 2.º do CP, como também não atenderia ao ditame do art. 2.º do CPP (*tempus regit actum*).

A aplicação imediata da lei, em toda sua extensão, aos feitos já em andamento também não se pode admitir, porquanto ao se estancar o feito e o prazo prescricional o prejuízo do direito material (prescrição) é evidentemente maior ao benefício processual (vedação ao prosseguimento do processo sem a autodefesa).

Além do mais, a vulneração aos dispositivos da vedação da retroatividade para prejudicar o réu (CF, art. 5.º, XL e art. 2.º do CP) restaria evidente.

As duas soluções mais plausíveis seriam a não-aplicação da lei aos feitos cuja decretação da revelia já tivesse ocorrido quando da entrada em vigência da Lei 9.271/96 e a aplicação imediata da suspensão do processo, sem a suspensão da prescrição.

Desde já, adianto que a primeira é a que dá correta interpretação à lei novel, à Constituição e aos princípios gerais de direito.

Leciona Mirabete que:

"Tem-se afirmado, por vezes, que a lei nova processual não pode ser aplicada se for prejudicial ao réu em confronto com a lei anterior face ao princípio da irretroatividade da lei mais severa. A doutrina tem rechaçado tal entendimento porque, na hipótese, não há retroatividade já que a lei vai ser aplicada aos atos processuais que ocorrem a partir do início de sua vigência. A lei processual não está regulando o fato criminoso, ... mas o processo a partir do momento em que ela passa a viger.

Não se pode negar, porém, que existem normas mistas, ou seja, que abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual. São normas penais as que versam sobre o crime, a pena, a medida de segurança, os efeitos da condenação e, de um modo geral, ao *jus puniendi* (por exemplo, extinção da punibilidade). São normas processuais, as que regulam o processo desde o seu início até o final da execução ou extinção da punibilidade. Ora, se um preceito legal, embora processual, abriga uma regra penal, de direito material, aplica-se a ela os princípios que regem a lei penal, de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna. Assim, embora as regras sobre ação penal e representação sejam leis processuais, como a falta de iniciativa da parte na ação privada e na ação pública dependente da representação pode acarretar a decadência, que é matéria penal ligada ao *jus puniendi*, não

pode ser aplicada a lei nova que impede a extinção da punibilidade, por ser mais severa." (sublinhei, *Processo Penal*, 3.ª ed., Atlas, p. 57-8).

Também Tourinho, citando a Asúa, no mesmo norte adverte: "se se tratar de normas processual penal propriamente dita, isto é, que verse exclusivamente sobre matéria processual que não obstaculize a ampla defesa a que se refere a Magna Carta, terá aplicação imediata, pouco importando se mais severa ou não, aplicando-se, como é óbvio, também aos processos em curso (...) Porém, conforme ensinamento de Asúa, se a norma processual penal contiver predominante caráter de Direito Penal, se mais benigna, retroagirá e, se mais severa, aplicar-se-á a lei mais velha" (Curso, v. 1, p. 93). Deste posicionamento não discrepa José Frededico Marques.

No caso concreto, ademais, o novo art. 366 do CPP é claro em afirmar que: "Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional".

Nítida a intenção legislativa de que uma providência: "ficarão suspensos o processo" não pode ser tomada sem a outra "o curso do prazo prescricional", indicado pela conjunção coordenativa aditiva E.

Anoto que ao juiz é vedado aplicar parte de um dispositivo e não aplicar outra parte, porquanto, assim agindo, estaria, em verdade, legislando, o que traduz em ato inconstitucional, porquanto caracteriza a invasão da competência e vulneração à independência dos Poderes da União, regra insculpida, entre outros, no art. 2.º da CF.

Alberto Silva Franco e outros, no seu Código Penal e sua Interpretação jurisprudencial enumera que:

"Quanto ao critério da apuração da maior benignidade, o Código de 1940 foi omisso, o que ensejou controvérsia doutrinária. Nélson Hungria (*Comentários do Código Penal*, 5.ª ed., vol. I, t. I/5, p. 120). Aníbal Bruno (*Direito Penal – Parte Geral*, 4.ª ed., t. I/270, 1984), Roque Brito Alves (*Direito Penal – Parte Geral*, p. 213 e 214) e Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal – Parte Geral*, p. 106-107, 1987) não admitem a combinação de lei anterior e de lei posterior para efeito de extrair de cada uma delas as partes mais benignas ao agente, porque o juiz estaria, nesta situação, criando uma terceira lei, o que seria de todo inadmissível".

Citam os mesmos autores, como adeptos da possibilidade: Basileu Garcia, José Frederico Marques e Damásio Evangelista de Jesus (este último, entrementes, não serve para ancorar aos que possam defender a retroatividade parcial do dispositivo, por razões que posteriormente esclareceremos).

Também a jurisprudência do STF em caso muito semelhante ao de agora já decidiu:

"Se a lei nova se limitasse agravar a pena, seria de admitir-se o deslocamento da competência sem possibilidade de aplicação da pena agravada. Embora, quanto à pena, a nova lei seja mais benigna, a aplicação dela pioraria, em pontos outros, de direito material, a situação do réu (prescrição e sursis). Inadmissibilidade de serem combinadas regras da lei antiga com as da nova, de modo a formar-se uma terceira. Prevalência da lei vigente ao tempo do crime" (STF – CJ – Rel. Luiz Galloti – DJU 25.09.1970, p. 4.411).

Lembro, ainda, em uma alusão analógica, mas pertinente, que também o chefe supremo do Poder Executivo não pode, ao lhe ser posta para sanção, um projeto de lei, vetar parte de um dispositivo.

Aliás, acerca do assunto, ensina José Afonso da Silva:

"Veto é o modo de o Chefe do Executivo exprimir sua discordância com o projeto aprovado, por entendê-lo inconstitucional ou contrário a interesse público. Será *total* se recair sobre todo o projeto, e *parcial* se atingir parte do projeto, mas

este somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (art. 66, § 2.º). Com isso se corta o mau vezo de veto sobre palavra ou grupo de palavras que não raro importava em mudar o sentido do texto. Por exemplo: 'esta lei entrará em vigor 60 dias após sua publicação'; vetando-se '60 dias', ela entrará em vigor com sua publicação. Já houve veto desse tipo; agora, não mais" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10.ª ed., Malheiros, p. 499).

Verdade que quando entrou em vigor a lei de crimes hediondos, que também trata de matéria processual e material, o STJ decidiu que: "A Lei 8.072/90 tem em seu bojo matéria substantiva e adjetiva, logo, esta tem aplicação a todos os casos – passados, presentes e futuros, e aquela somente aos novos casos, por ser mais gravosa que a precedente" (JSTJ 50/292).

Mas, veja-se que no caso da lei de crimes hediondos haviam dispositivos *inteiros* que tratavam de pena (como no caso tratado no HC 1.638-4-MG, que deu origem a ementa acima transcrita, e tratava do aumento da pena previsto no art. 6.º da Lei 8.072/90) e outros dispositivos, *inteiros*, de processo penal (inc. II do art. 2.º da mesma lei, como, também era o caso citado).

Ademais disso, devo remorar que a prescrição é um direito que adquire o réu em face de um dever, ou um ônus que o Estado tem de processá-lo, em determinado espaço de tempo, não se pode aceitar o direito do réu, sem o ônus do Estado.

Ora, ao se admitir que o processo fique estagnado e prossiga fluindo o prazo prescricional, estar-se-ia tornando impossível ao Estado desincumbir-se de seu ônus e, mantendo, incoerentemente, o direito do réu de ser processado em determinado tempo. Lembro que *ad impossibilia nemo teneur*. Ou, em bom português, ninguém (nem o Estado) pode ser compelido ao impossível. Não houve desinteresse do Estado em punir o infrator da lei e, assim, não há se falar em prescrição.

Além disso, esta não é *mens legis* porque a Lei 9.271/96, veio justamente forçar ou impelir o acusado que se ponha diante da justiça e seja julgado, absolvido, ou condenado e não ao contrário, incentivando a evasão. Como se vê, tal tipo de interpretação é *contra legem* e não se baseia no método teleológico de interpretação de leis.

Ademais, estando o réu foragido, estancando o processo, mas, não barrando a fluência do prazo prescricional estar-se-ia premiando ao fugitivo que se furtou, furta e, por certo, continuará se furtando à ação da justiça, vulnerando, destarte, o princípio de que a ninguém é lícito locupletar-se de sua própria torpeza.

Por final, a se adotar ainda, tal idéia, estaríamos, por via indireta, extinguindo a punibilidade pela fuga do agente, caso, evidentemente não previsto na Lei penal e nem na novel Lei 9.271/96.

A não-aplicação da Lei 9.271/96, por derradeiro, é a atitude correta não só porque não prejudica ao réu e nem ao estado, mantendo a paridade de tratamento dado às partes, mas, também, por preservar o ônus do Estado de Processar, em nome da sociedade, aos que vulneram tipos legais, garantindo a inafastabilidade da apreciação pelo judiciário de lesão a qualquer direito, ao mesmo tempo que não prejudica o réu com a retroatividade de lei substantiva mais gravosa ou, como querem alguns lei processual penal material.

Ressalto que em toda exegese se deve atentar também para uma análise sistemática.

Não se olvide que, como bem lembra Hernando Londoño Jiménez, citado por Mirabete, se presume que a nova lei é mais ágil, mais adequada aos fins do processo, mais técnica, mais receptiva das novas e avançadas correntes do pensamento jurídico.

Esta, em comento, veio, inequivocamente para reforçar o preceito da ampla defesa, que deve ser entendida não só em

termos de defesa técnica, mas, também da autodefesa (cf. Ada Pellegrini Grinover e outros em *As nulidades no Processo Penal*, 3.ª ed., p. 68), que estava sendo castigada pela forma procedimental anterior com trâmite dos autos com o perigoso conhecimento ficto por parte do réu.

Mas, só não permitir que seguisse o processo, sem estagnar a fluência do prazo prescricional ocasionaria a vulneração de um direito público de primeira grandeza que é a de o Estado manter a paz social. Ora, entre o bem juridicamente tutelado da paz social e o direito do réu de ser processado em determinado tempo, o que não vulnera sequer seu *status libertatis* e, portanto, não atinge nem o princípio do *favor rei*, é de se dar prevalência ao primeiro.

Outro não é o posicionamento de Damásio Evangelista de Jesus que já se pronunciou da seguinte forma:

"a norma do art. 366, *caput*, do CPP, na parte em que determina a suspensão do processo, tem natureza processual penal, uma vez que disciplina o 'desenvolvimento do processo' (Manzini, *Trattato di Diritto Processuale*, I:68 e 69). Quando, entretanto, prevê a suspensão do prazo prescricional, é de Direito Penal material. Temos, então, uma disposição mista, impondo princípios de direito substantivo e processual. Quando isso ocorre, prevalece a natureza penal. E assim convém, uma vez que a suspensão do processo gera, fatalmente, o impedimento do decurso prescricional. O juiz, nos termos da nova legislação, sobrestando o processo, provoca automaticamente a suspensão do lapso prescricional, proibindo que o feito se dirija à extinção da punibilidade. Não se pode, pois, dissociar as duas formas de suspensão, a do processo e da prescrição, para se conferir à lei incidência imediata no que tange ao sobrestamento da ação penal (CPP, art. 2.º e efeito irretroativo na parte em que impõe a suspensão da prescrição (CP, art. 2.º, parágrafo único). A suspensão do prazao prescricional em face do sobrestamento da ação penal era desconhecida em nossa legislação. Logo, o art. 366, nesse ponto, é mais gravoso que o ordenamento legal anterior (*novatio legis in pejus*). Deve ser, por isso, irretroativo por inteiro, não se aplicando às infrações penais cometidas antes da vigência da Lei (CF, art. 5.º, XL; CP, art. 2.º, parágrafo único). De modo que, praticada infração penal a partir da vigência da Lei 9.271/96, se o réu, citado por edital, não comparecer ao interrogatório, deixando de constituir defensor, ficarão suspensos o processo e a prescrição a pretensão *punitiva*. As infrações penais anteriores, entretanto, não são atingidas pela lei nova" (*Boletim IBCCrim* n. 42, ed. junho/96, p. 3).

Bem lembrado, pelo Dr. André Vinícios de Almeida, que a mensagem do projeto de lei que deu origem a lei em comento estabeleceu: "a proposta integra um elenco de medidas destinadas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional penal, proporcionando-lhe maior celeridade, racionalidade e eficácia, o que também trará reflexos na redução da impunidade" (Boletim citado, p. 6). Ora, se a *mens legislatori* foi reduzir a impunidade, é contrária à lógica do razoável admitir-se que se deve aplicar parte da lei (interrompendo o processo) e não brecar a prescrição, pois, é evidente que extinguir-se-ia a punibilidade do agente, aumentando, justamente, a impunidade.

Mesmo o eminente Juiz Luiz Flávio Gomes, que defende a retroatividade da nova redação do artigo no que beneficia ao réu, e sua irretroatividade, na parte do dispositivo que prejudica a este, ao referir-se a posição de Damásio não deixa de consignar que "A doutrina da irretroatividade total da nova lei, respaldada embora em maior segurança jurídica ...", vale dizer, em que pese seja a posição de Damásio de maior "segurança jurídica" não a aplica, o que, constitui um evidente equívoco. Além disso, cita, para aplicar apenas parte da lei, ao doutrinador Américo Taipas de Carvalho (que, como se sabe, é

Português e não visualizou, portanto, a questão, sob a óptica aqui enfocada).

Nem se diga que a não aplicação da *novatio legis* na parte referente a suspensão do processo aos processos já em curso vulnera o art. 2.º do CPP porquanto tal proceder, vai, justamente, ao encontro do princípio do *favor libertatis* pois, como se viu, não é possível aplicar parte do artigo e não aplicar outra.

Não é demais a lição história de Beccaria de que:

"Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante em segurança e tranqüilidade. A soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação... Não bastava, porém, formar este repositório. Era mister defendê-lo das usurpações privadas da cada homem, em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do escrínio a própria porção mas também usurpar a porção dos outros. Faziam-se necessários *motivos sensíveis* suficientes para dissuadir o despótico espírito de cada homem de submergir as leis da sociedade no antigo caos. Essas são as penas estabelecidas contra os infratores das leis" (*Dos delitos e das Penas*, RT, p. 27).

Ora, estes motivos sensíveis devem ser preservados. Tal incumbência é, antes de tudo um dever do Estado, através de aplicação de penas e, para aplicá-las, deve ser efetuado um "devido processo legal", que, em hipótese alguma, sem que haja culpa deste mesmo Estado, deve lhe ser subtraído, sob pena de se vulnerar, como se viu, a soberania e volver-se a nação ao caos.

Noticio, apenas para ilustração que o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, apreciando a questão em dois *habeas corpus* impetrados contra ato deste subscritor, onde coloquei exatamente as mesmas ponderações optou, em ambos, por denegar a ordem à unanimidade (HC 48.533-8 e HC 48.665-5).

No aresto da segunda turma, que já foi publicado no DJ 4.372 de 20.09.1996, constou:

"Habeas Corpus – Processo-crime – Citação por edital – Não-comparecimento – Aplicação parcial aos processos em andamento da Lei 9.271, de 18.04.1996, que deu nova redação ao art. 366 do CPP – Impossibilidade – Ordem denegada.

Diante da disposição mista da nova redação dada ao art. 366-386 do CPP, impondo princípios de direito substantivo e processual, não se pode admitir que o juiz a aplique de modo parcial para suspender só o processo não o curso da prescrição, porque estaria criando uma nova lei, o que é inconstitucional. Deve, pois, prevalecer em sua inteireza a lei vigente ao tempo do crime, dando-se andamento normal ao processo sem suspender o curso da prescrição, por ser, nesta parte, mais benéfica ao réu."

Conclusão:

Ante o exposto, deve admitir que os feitos cujos crimes foram praticados antes da entrada em vigor da Lei 9.271/96, não são atingidos por tal lei, o que ocorrerá, em sua inteireza, na hipótese contrária.

2 – DOUTRINA NACIONAL

BIOÉTICA: OS LIMITES DA MANIPULAÇÃO DA VIDA

VOLNEI GARRAFA

SUMÁRIO: 1. Século XX: cem anos de morte ou de vida? – 2. Ética e liberdade da ciência. – 3. Pluralidade, tolerância, responsabilidade e justiça. – 4. Bibliografia.

A questão da "manipulação da vida" pode ser contemplada a partir de variados ângulos: biotecnológico, político, econômico, social, jurídico, moral ... Em respeito à liberdade (individual e coletiva) conquistada pela humanidade através dos tempos, a pluralidade constatada neste final do século XX, requer que o estudo bioético do assunto contemple – na medida do possível e de forma multidisciplinar – todas estas possibilidades.

Nesta linha de idéias e em respeito à própria visão abrangente que a bioética propõe, os problemas inerentes aos "limites da manipulação da vida humana" não se atém exclusivamente às fronteiras do desenvolvimento bio-tecno-científico mas, também, à análise da situações cotidianas. Ou seja, de "... uma ética que se ocupe daquilo que acontece à maioria das pessoas todos os dias; e que não deveria acontecer"[1]. No caso do atual quadro brasileiro, estas situações incluem a insistente manutenção do valor (fictício) da moeda em prejuízo da geração e manutenção de empregos e de melhores condições de trabalho e de vida para as pessoas, ao privilegiamento do setor econômico em detrimento de dramáticas questões sociais, ao sucateamento do setor sanitário.

Com relação à vida futura do planeta, não deverão ser regras rígidas ou limites exatos que estabelecerão até onde o ser humano poderá ou deverá chegar. É necessário que se passe a discutir sobre princípios mais amplos que, sem serem quantitativos ou limitrofes na sua essenciais, possam proporcionar contribuições conceituais e também práticas no que diz respeito ao equilíbrio e bem-estar futuro da espécie. Neste sentido, proponho incluir na discussão alguns temas que venho trabalhando com Giovanni Berlinguer em pesquisas sobre o comércio de estruturas humanas, os quais tangenciam as fronteiras do desenvolvimento, sem limitar-se a elas: a *pluralidade, a tolerância, a responsabilidade* e a *justiça*[2, 3].

1. Século XX: cem anos de morte ou de vida?

Diversos setores da sociedade, principalmente aqueles religiosos e mais dogmáticos, têm traçado uma visão perturbadora, pessimista e apocalíptica da relação entre a ciência e a vida humana neste final de século. Um dos documentos mais respeitáveis surgidos nos últimos anos e que contempla a discussão bioética – a Encíclica *Evangelium Vitae*, do Papa João Paulo II – desenvolve esta linha de pensamento.[4] A relação de temas abordados pela Encíclica papal abrange tudo aquilo que se opõe de forma direta à vida, como a fome e doenças endêmicas, guerras, homicídios, genocídios, aborto, eutanásia; tudo aquilo que viole a integridade da pessoa, como as multilações e torturas: tudo aquilo que ofenda à dignidade humana, como as condições sub-humanas de vida, prisões arbitrárias, escravidão, de-

portação, prostituição, tráfico de mulheres e menores, condições indignas de trabalho. A partir desta realidade incontestável, o papa chega a definir o século XX como uma época de ataques massivos contra a vida, como o reino do culto à morte. A veracidade destes fatos, no entanto, é maculada pela unilateralidade do julgamento sobre o presente e pela escuridão apontada para o futuro.

A insistência nos aspectos negativos da realidade obstaculiza uma visão mais precisa e articulada deste século. Sem cair na posição oposta, deve-se reconhecer que o século XX, apesar das guerras e crimes e de estar se encaminhando para seu final em clima de incerteza, foi também o século da vida. Foi o século no qual foi aprofundado o conhecimento científico sobre a própria vida que, sem dúvida, melhorou em termos de qualidade para a maioria da espécie humana. Foi o século no qual, pela primeira vez na história, a duração média da vida aproximou-se aos anos indicados como destino "normal" da nossa espécie; no qual a saúde dos trabalhadores foi defendida e sua dignidade reconhecida em muitos países; onde vimos emergir os direitos vitais, jurídicos e culturais das mulheres, que nos séculos anteriores foram sempre desprezados; em que existiu uma substancial valorização do corpo; onde as ciências biológicas e a medicina chegaram a descobertas fantásticas, beneficiando indivíduos e populações. O desafio de hoje, portanto, é construir o processo de inclusão de todas as pessoas e povos como beneficiários deste progresso.

2. Ética e liberdade da ciência

O exercício do auto-controle no campo técnico-científico, foi assim observado por Napoleoni: "Até hoje, não há dúvidas de que toda vez que se quis estabelecer um condicionamento não-técnico sobre a técnica, a operação fracassou. Toda vez que se disse, "aqui existe uma falha da moralidade; reconstituamos pois a moralidade, certos valores morais e também políticos, de modo a proporcionar fins diferentes daqueles que a técnica possui por si mesma – toda vez que se tentou esta operação, ela se revelou absolutamente patética".[5]

A força da ciência e da técnica está em apresentar-se como uma lógica utópica de liberação, que pode prometer para o futuro inclusive a imortalidade. Tudo isso deveria, pois, desaconselhar as tentativas de impor uma ética autoritária, alheia ao progresso técnico-científico. Deveria, além disso, induzir-nos a evitar formulações de regras jurídicas estabelecidas sobre proibições. É preferível que os vínculos e os limites das leis sejam declinados positivamente e que seja estimulada uma moral autógena, não imposta mas inerente. Em outras palavras, é necessário que entre os sujeitos ético-jurídicos não seja desprezada a contribuição daqueles que vivem a dinâmica própria da ciência e da técnica, sem chegar todavia a delegar somente a estes, decisões que dizem respeito a todos.

Jonas[6] foi provavelmente quem falou com mais propriedade sobre a impotência da ética e da filosofia contemporâneas frente ao homem tecnológico, que possui tantos poderes não só para desorganizar, como também para mudar radicalmente os fundamentos da vida, de criar e destruir a si mesmo. Ao mesmo tempo que gera novos seres humanos através do domínio de complexas técnicas de fecundação assistida, agride diariamente o meio ambiente do qual depende a manutenção futura da própria espécie: o surgimento da AIDS e a destruição da camada de ozônio, assim como diversos tipos de câncer ou a silicose (que continua absurdamente atingindo os trabalhadores brasileiros), são "invenções" deste mesmo homem tecnológico, que oscila suas ações entre a criação de novos benefícios extraordinários e a insólita destruição de si mesmo.

Neste sentido, é necessário que ocorram mudanças nos antigos paradigmas técnico-científicos, o que não significa

obrigatoriamente a dissolução dos valores existentes, mas sua transformação: deve-se avançar de uma ciência eticamente livre para outra eticamente responsável; de uma tecnocracia que domine o homem para uma tecnologia a serviço da humanidade do próprio homem; ... de uma democracia jurídico-formal a uma democracia real, que concilie liberdade e justiça.[7] Trata-se, portanto, de estimular o desenvolvimento da ciência dentro das suas fronteiras humanas, e, ao mesmo tempo, de desestimulá-la quando passa a avançar na direção de limites desumanos.

3. Pluralidade, tolerância, responsabilidade e justiça

Com relação às ciências biomédicas, as reflexões morais emanadas de diferentes setores da sociedade, mostram hoje duas tendências antagônicas. De um lado existe uma radical *bioética justificativa*, através da qual "tudo o que é real, não só é racional, como também moral"; em outras palavras, significa que "tudo aquilo que pode ser feito, deve ser feito". No extremo oposto, cresce uma tendência conservadora baseada no medo de que nosso futuro seja invadido por tecnologias ameaçadoras, levando seus defensores à procura de um culpado, erroneamente identificado na matriz das novas técnicas, na própria ciência. Neste quadro complexo, a bioética pode vir a ser usada por alguns como instrumento para afirmar doutrinas anticientíficas, e por outros ser considerada como um obstáculo impertinente ao trabalho dos cientistas e ao desenvolvimento bioindustrial; ou ainda, como um instrumento para negar o valor da ciência (ou como validação de posições pré ou anticientíficas) ou então para justificá-la a qualquer custo.

Orientar-se entre estas duas teses opostas não é tarefa fácil. A novidade e a complexidade são características inerentes à maioria dos temas bioéticos atuais, dos transplantes às pesquisas com seres humanos e animais, do projeto genoma à reprodução assistida. Sobre muitos destes problemas, ainda não foram formuladas regulamentações que, em outros campos e em épocas passadas, conduziram a comportamentos mais ou menos homogêneos e se constituíram no fundamento de leis cujo objetivo, mais do que evitar ou punir qualquer conduta censurável, era o de manter um certo equilíbrio na sociedade. Nos dias atuais, o desenvolvimento da ciência está sujeito a choques com diversas doutrinas e crenças existentes, ao mesmo tempo em que as opiniões pessoais também oscilam entre sentimentos e orientações diversas. Por outro lado, linhas de pesquisa se alargarão no futuro, alcançando resultados ainda imprevisíveis, enquanto diversos conhecimentos já adquiridos estão hoje somente na fase inicial de sua aplicação prática.

De acordo com esta ordem polarizada de coisas, o mundo moderno poderá desaguar em uma crescente "confusão diabólica", ou na resolução de todos problemas da espécie humana através do progresso científico. As duas hipóteses incorrem no risco de alimentar na esfera cultural o dogmatismo e na esfera prática a passividade. Se por um lado são inúmeros os caminhos a serem escolhidos para que a terra se transforme num verdadeiro inferno, são também infinitas as possibilidades de utilização positiva das descobertas científicas. O embate entre valores e interesses sobre cada uma das opções é um dado real, inextinguível e construtivo sob muitos aspectos. A adoção de normas e comportamentos moralmente aceitáveis e praticamente úteis requer, pelas razões já expostas, tanto o confronto quanto a convergência das várias tendências e exigências.

Enfim, toda esta desorganização de idéias e práticas, comprometem diretamente a própria espécie humana, que se tornou interdependente em relação aos fatos, ainda que por sorte se mantenha diversificada em termos de história, leis e cultura. A

relação entre interdependência, diversidade e liberdade poderá tornar-se um fator positivo somente no caso das escolhas práticas e nas orientações bioéticas forem reforçadas as tendências ao *pluralismo* e à *tolerância.*

A intolerância e a unilateralidade, porém, são fenômenos freqüentes tanto nos *comportamentos cotidianos* quanto nas *atitudes em relação aos problemas de limites* que surgiram mais recentemente e que crescem todos os dias. Quanto aos *comportamentos*, pode-se citar, por exemplo, o ressurgimento do racismo na Europa e em outras partes do mundo e cujas bases culturais estão exatamente em negar o fato de que as etnias pertencem ao domínio comum da espécie humana e em confundir o conceito de diferença com o de inferioridade. Para as *atitudes* com relação aos "problemas de limites" ou "de fronteiras", pode-se recordar os assassinatos de médicos norteamericanos que praticavam o aborto de acordo com as leis do seu País, em nome da "defesa da vida". A tolerância deve ser total, se entendida como respeito aos pensamentos e opiniões alheias, mas o mesmo não pode se afirmar dos atos que muitas vezes as acompanham.

O desenvolvimento da ciência pode percorrer caminhos diversos, utilizar diferentes métodos. O conhecimento é por si só um valor, mas a decisão sobre quais conhecimentos a sociedade ou o cientista devem concentrar seus esforços, implica na consideração de outros valores. Da mesma forma, não se pode deixar de considerar o papel do cientista ou da atividade que ele exerce. Sua responsabilidade ética deve ser avaliada não só pelo exercício das suas pesquisas em si, mas, principalmente, pelas conseqüências sociais decorrentes das mesmas. Enquanto a ciência, não sendo ideológica por sua estrutura, pode estar à serviço ou dos fins mais nobres ou dos mais prejudiciais para o gênero humano, o cientista não pode permanecer indiferente às conseqüências sociais do seu trabalho.[8] Se a ciência como tal não pode ser ética ou moralmente qualificada, pode sê-la, no entanto, a utilização que dela se faça, os interesses a que serve e as conseqüências sociais da sua aplicação.

Ainda no que diz respeito à tolerância, Warnock destacou o princípio segundo o qual a única razão válida para não se tolerar um comportamento, é que este cause danos a outras pessoas, além de quem o adota.[9] O exemplo ao que ela se refere é a legislação sobre embriões, que foi discutida na Inglaterra durante anos. Com relação ao aborto, é oportuno recordar que existe uma diferença entre sua legalidade e moralidade. Sobre a legalidade, vários países o reconheceram, objetivando evitar que ele permanecesse como um fenômeno clandestino, por isto mesmo agravado e impossível de prevenir. Quanto à modalidade, ele é, de qualquer modo, um interruptivo de um processo vital, ao qual setores da sociedade atribuem significado negativo. De qualquer forma, questões complexas como o aborto, não encontram respostas satisfatórias unicamente no âmbito do pluralismo e da tolerância, devendo ser integradas a outros conceitos, como a *responsabilidade e a justiça.*

Um perigo que sempre ronda os meios científicos, diz respeito à possibilidade de surgirem propostas de proibições generalizadas com relação as pesquisas e práticas biomédicas que possam vier a ter seus reais objetivos distorcidos. Neste sentido, é indispensável que as regras e as leis que dispõe sobre o desenvolvimento científico e tecnológico sejam cuidadosamente elaboradas. Segundo Lecaldano,[10] existe "um núcleo de questões que precisam ser reconduzidas dentro de regras de caráter moral, e não sancionadas juridicamente"; e um outro, "no qual estas questões devam ser mais rigidamente sancionadas e, portanto, codificadas". O primeiro aspecto se refere ao pluralismo, à tolerância e à solidariedade, prevalecendo a idéia de

legitimidade. O segundo diz mais respeito à responsabilidade e à justiça, onde prevalece a idéia de legalidade.

De qualquer maneira, é sempre preferível confiar mais no progresso cultural e moral (ou no "direito das ruas") do que em certas normas jurídicas. Existem de fato zonas de fronteira nas aplicações das ciências, para as quais são necessárias as regras jurídicas; mas é impossível a rápida reconstrução de referências ou valores compartilhados, a menos que se insista na alternativa da imposição autoritária; trata-se, acima de tudo, de verificar se é possível trabalhar para a definição de um conjunto de condições de compatibilidade entre pontos de vista que permanecerão diferentes, mas cuja diversidade não implique necessariamente em um conflito ou em uma radical incompatibilidade.[11]

4. Bibliografia

(1) BERLINGUER, G. *Questões de vida: ética ciência, saúde.* São Paulo : APCE/HUCITEC/ CEBES, 1993, p. 19-37.

(2) BERLINGUER, G. & GARRAFA, V. La merce uomo. *MicroMega* (Roma), 1 : 217-34, 1993.

(3) BERLINGUER, G. & GARRAFA, V. *La merce finale – saggio sulla compravendita di parti del corpo umano.* Milão : Baldini & Castoldi, 1996.

(4) JOÃO PAULO II : *Evangelium vitae, Lettera, enciclica sul valore e l'inviolabilità della vita umana.* Bolonha : Edizione Dehoniane, 1995.

(5) NAPOLEONI, C. *Cercate ancora. Lettera sulla laicità e ultimi scritti.* Roma : Editori Riuniti, 1988, p. 48-49.

(6) JONAS H. *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica.* Turim : Einaudi, 1990.

(7) KÜNG, H. *Progetto per un etica mondiale.* Milão : Rizzoli, 1991, p. 37-38.

(8) SANCHEZ VAZQUEZ, A. *Ética,* 8.ª ed., Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1985 p. 86-89.

(9) WARNOCK, M. I. limiti della tolleranza. In : MENDUS, S. & EDWARDS, D. *Saggi sulla tolleranza.* Milão : Il Saggiatori/ Mondadori, 1990, p. 169.

(10) LECALDANO, E. Assise Internazionale di Bioetica, Roma, 28-30 de maio de 1992; notas preparatórias ao Encontro, cujo conteúdo completo foi publicado por Rodota, S. (org.) *Questioni di bioetica.* Roma-Bari, Sagittari Laterza, 1993.

(11) RODOTA, S. "Introduzione". In : *Questioni di bioetica,* cit., p. IX.

3 – DIREITO PENAL ECONÔMICO

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

ANDRÉ NABARRETE NETO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O pagamento do tributo ou contribuição nos crimes fiscais.

1. Introdução

É irônico que se esteja aqui para discutir causa extintiva de punibilidade. A realidade e impressão geral são as de impunidade. Há problemas sérios nos setores de prevenção e repressão criminais. Em vez de torná-los mais eficazes e dotados de recursos, priorizando sua participação nas despesas do orçamento público, a tendência tem sido produzir fórmulas e expedientes para dispensar sua atuação. São criadas novas hipóteses de suspensão de processo, abre-se a possibilidade de conciliação entre infrator e vítima e multiplicam-se casos de indulto, anistia e paralisia punitiva estatal.

Tem sido costumeira a importação de soluções estrangeiras para os problemas locais, quando nem mesmo elas têm-se mostrado poderosas nos seus ambientes de origem. Porém, mais que em qualquer outro ramo do conhecimento e da política, a Justiça depende das particularidades da mais variada ordem do povo sobre o qual atua e, em conseqüência, o que se afigura útil, bom e proveitoso para americanos e italianos, por exemplo, não o é para nós.

Pensando assim é que me parece correto lembrar de Nietzsche, que dizia:

"O pensamento e a vida se condicionam entre si tão intimamente que só chegam a ser inteligíveis através um do outro."

Buscar fórmulas ou modelos alheios é sujeitar-se a especificidades da vida de povos que não é a nossa. No nosso meio, elas são vazias e mal assimiladas. As formas políticas, inclusive no que tange à Justiça e ao Direito, devem ser produto da relação dos cidadãos de um Estado.

Ao passo que a noção e o sentimento de impunidade são detectáveis em cada brasileiro, o sistema incorpora instrumentos para afastar a punibilidade. É um antagonismo que só pode ser explicado pela distância que separa o povo em geral e a elite dominante que controla ou mais influencia o Estado.

A experiência da Justiça no campo dos crimes de sonegação fiscal, nos últimos trinta anos, revela que raramente alguém foi punido, os processos dificilmente chegam a seu termo e as leis a respeito são confusas, mal feitas e interpretadas com forte viés ideológico. Com isso, predomina a impunidade e generaliza-se a sonegação fiscal. São minhas impressões e conclusões decorrentes da análise dos fatos e de minha atividade como juiz federal criminal em São Paulo. Elas não são verdadeiras nem falsas, mas *expressões subjetivas da minha* personalidade concreta.

Entendo que o fulcro das dificuldades esteja na interpretação da realidade e das leis, impregnada de uma visão de mundo fortemente ideológica. Fala-se em crimes

contra a ordem tributária e não em sonegação fiscal, hesita-se em tachar de criminoso o sonegador, que é sempre encarado como inadimplente e com múltiplas justificativas para sua conduta. Chega-se ao extremo de se propor que não existam leis incriminando a sonegação, já que, conforme se argumenta, é natural rejeitar-se a imposição fiscal.

Sabendo que o Brasil é o que é, com uma concentração de renda e riqueza persistentes e crescentes, uma maioria da população pobre, uma classe média pequena e uma minúscula parcela com padrões de acumulação e vida nababescos, quando se refere a sonegador, a identificação recai sobre o setor mais rico.

Não há alternativa para a sociedade brasileira que não a de utilizar o Estado para correção ds graves desigualdades. Para isso, o domínio do aparelho estatal deve orientar-se com tal objetivo e isso somente ocorrerá se a vontade da maioria prevalecer na ação pública.

Para a realização de seus fins, o Estado deve possuir recursos e estes advêm da arrecadação de tributos. O combate à sonegação é, pois, prioridade indiscutível. O combate à sonegação criminosa é imprescindível. Àqueles que, pura e simplesmente, não cumprem suas obrigações tributárias, o Estado deve cobrá-los com todos os meios privilegiados que detém. Porém, aos que empregam a fraude para furtar-se ao pagamento de tributos, a lei penal deve ser clara e implacável, pois, caso contrário, eles se multiplicam e reiteram.

Proponho que o cânon para interpretação seja o da maioria. O da minoria, economicamente privilegiada, tem servido para anular os efeitos da lei penal tributária: os processos não se iniciam; se se instauram, não se concluem; e se são concluídos, as penas não são aplicadas. Com isso, o Estado continua financeiramente fraco e a ordem econômica convive com a desigualdade de muitos e acumulação de poucos, inclusive baseada nas vantagens da sonegação fiscal.

O texto da lei penal tributária deve ser interpretado pela maioria, em favor da maioria e para os fins que lhe são próprios. Do contrário, a sonegação fiscal criminosa favorecerá os setores economicamente dominantes e o Estado será seu instrumento, não evitando a desigualdade e propiciando a acumulação de riqueza por uma minoria, em detrimento da sociedade brasileira como um todo.

Interpretar o texto determina o que o ser é e se o ato é influenciado por terceiro ou imposto por terceiro, o indivíduo se vê substituído na sua própria realidade e deixa de existir autonomamente.

É preciso lutar contra cânones e canonizadores da lei penal tributária como sendo um apêndice da lei tributária e existindo para não existir. Reneguem os intérpretes canonizados e os canonizadores de intérpretes, cuja única intenção é anular ou atenuar a punibilidade do Estado no campo da sonegação fiscal. Procurem identificar os textos sacralizados e desconstituí-los. A interpretação deles não é inexpugnável. Saibam porque são sagradas certas interpretações e a que interesses servem seus intérpretes.

Os canonizadores e seus intérpretes escolhidos, a cada tentativa que nós empreendemos de desconstituir sua bíblia, ameaçam com a exclusão e a marginalização.

Os intérpretes canonizados professam e profetizam que a leitura que fazem do texto penal tributário é a que melhor convém ao Estado e à sociedade brasileira. Não se iludam com a autoridade que eles se arrogam, pois ela baseia-se em profecias de um futuro supostamente vindouro, mas que não se realizará e o cânon é feito à custa do momento presente.

A interpretação dada pelos canonizadores ao texto não passa de uma vontade de poder sobre ele. Sobre as palavras e frases articuladas do texto legal operam-se deslocamentos de perspectivas, projetam-se

tropos e são feitas desleituras que promovem interesses particulares.

O texto canonizado está vazado na influência que objetiva sobre a maioria e pretende conter a verdade e o controle das origens e dos destinos. Porém, não há originalidade e o objetivo é reproduzir e manter instâncias do poder.

Nossa tarefa é desler o texto das minorias. Ele não é original, nem o correto ou verdadeiro. É o poder nele entronizado que deve ser desmascarado. A interpretação deles é mimética: repete e diz que não o faz, reproduz relações de poder injustas, mas acena com o mito da igualdade.

A desleitura da leitura canonizada tem natureza defensiva. É uma defesa que tem caráter agressivo e ativo, pois busca desmontá-la, destorcê-la e refazê-la sob os auspícios do interesse da maioria.

Os canonizadores e os intérpretes canonizados verberam que o texto legal penal tributário tem o significado que proclamam, dando-lhe a idéia de completude e independência, dentro de uma integração lógico-sistemática, estigmatizando-se-o como o que é o "bom senso".

Não obstante, como adverte Harold Bloom, textos não têm significado, a não ser na relação que estabelecem com outros textos. Um texto não tem um único significado, mas é parte de um significado; ele é um fato de relação inter-textual e não uma substância a ser analisada.

Assim como textos são eventos de relação, também o são as pessoas. As relações devem ser esclarecidos, decantando-se quais são as estruturas e a dinâmica de poder e verificando-se para quem este serve.

Devemos rejeitar as interpretações que só beneficiam uma maioria. Ela nos é estranha. Foi criada por outrem e não nos serve. Adotá-la significa acolher interesses alheios.

A interpretação do texto canonizado se arroga ser totalidade e lógico-sistemática. Mostra-se como representação da coerência e voltada para a realização da felicidade geral. Porém, tudo isso é falso, mentiroso, pois está crivada de autocontradição, reúne elementos antagônicos com o único fim de eternizar relações de poder desiguais. A interpretação canonizada, quando é desmistificada, revela seu caráter esquizofrênico, uma visão do mundo que se quer impor a todos, apesar de contrariar os interesses da maioria, prometendo esperança.

Ao se defrontar com o texto legal penal tributário e a voz dos canonizadores, deve-se indagar: Quem é o intérprete e que tipo de poder sobre o texto ele pretende obter?

2. O pagamento do tributo ou contribuição nos crimes fiscais

Extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária é um tema muito mais amplo do que os comentários que pretendo fazer. Incluiria todos os casos de extinção previstos no art. 107 do CP. Meu interesse, entretanto, cinge-se ao art. 34 da Lei 9.249, de 26.12.1995, segundo o qual:

"Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27.12.1990, e na Lei 4.729, de 14.07.1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia."

A primeira observação que pode ser feita é que o legislador enxertou uma norma penal num diploma de natureza tributária. A Lei 9.249 traz como subtítulo o seguinte:

"Altera a legislação do imposto de rendas das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências."

Entendo que o fato não traduz apenas falta de técnica, mas representa um traço do Estado brasileiro, que legisla em excesso, confunde e mistura as matérias que disciplina, causando um caos da inteligibilidade dos destinatários. É uma característica de autoritarismo e falta de demo-

cracia, pois impede a compreensão clara da ordem jurídica pelos cidadãos.

O art. 34 da Lei 9.249/95 restabeleceu a possibilidade de a punibilidade ser extinta, se o agente paga o tributo ou a contribuição social, antes do recebimento da denúncia. Anteriormente, vários diplomas legais previam o pagamento como forma de extinguir a punibilidade em crimes fiscais. Assim, no crime de não recolhimento do imposto de renda retido na fonte, com a Lei 4.357/64, art. 11, § 1.º; no crime de sonegação fiscal, com a Lei 4.729/65, art. 3.º e Dec.-lei 157/67, art. 18, §§ 1.º a 3.º; na apropriação indébita do imposto sobre produtos industrializados, com o Dec.-lei 326/67, art. 2.º; e nos crimes contra a ordem tributária, com a Lei 8.137/90, art. 14. Porém, o art. 98 da Lei 8.383, de 30.12.1991, extirpou do sistema tal causa extintiva da punibilidade, que agora renasce com o mencionado art. 34 da Lei 9.249/95.

Novamente, não se pode deixar de salientar a instabilidade que existe nesse campo legislativo. Mais uma vez, tem-se que enfatizar a desorientação que isso provoca nos destinatários da norma, revelando a ausência de inteligibilidade do Estado para os cidadãos.

Outro aspecto a ser ressaltado é sobre o âmbito de aplicação da hipótese legal. A lei se refere aos crimes definidos na Lei 8.137/90 e na Lei 4.729/65. Em primeiro lugar, deve-se acentuar que a Lei 8.137/90 revogou a Lei 4.729/65, pois redisciplinou, reformulou e deu nova redação a toda a matéria tratada nela, à exceção de seu art. 5.º, que incorporou ao art. 334 do CP outras figuras de descaminho ou contrabando. Inobstante, de uma maneira geral, entendo que a extinção da punibilidade através do pagamento do tributo ou contribuição social antes do recebimento da denúncia é possível em todos os crimes fiscais, incluindo-se entre eles os casos do art. 95, letra "d", da Lei 8.212/91 e o próprio delito de descaminho, que cuida de fraude ocorrida na entrada e saída de mercadorias no país, com o objetivo de frustrar o pagamento de direitos alfandegários.

Sob o ponto de vista temporal, não só a partir da edição da Lei 9.249/95, a realização da causa extintiva é possível, como é óbvio, mas é preciso reconhecer-lhe efeitos retroativos, porque benéficos, à luz do que dispõem o art. 5.º, XL, da CF e o art. 2.º, parágrafo único, do CP. No que tange à regressividade da força da lei *in casu*, considero que ela é imperativa e irrestrita, ou seja, incide ainda que o agente tenha sido condenado por sentença trânsita em julgado e em fase de execução de pena.

O art. 34 tinha, na sua versão original, o § 2.º, de acordo com o qual a causa extintiva de que estou tratando se aplicaria aos processos administrativos e aos inquéritos policiais e processos penais em curso. Entretanto, foi objeto de veto presidencial. Este fato, contudo, não obsta conferirem-se efeitos retroativos ao dispositivo legal, pois, como já se acentuou, o comando constitucional e o Código Penal são nesse sentido. Aliás, estão em consonância com a tradição de nosso Direito e com o Direito Internacional.

Vale a pena esclarecer, também, que a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo depende da iniciativa do agente, como estabelece a lei. Não compete ao juiz intimá-lo a fazê-lo, conceder-lhe ou não prazo para que pague ou não o tributo. O interessado deve trazer o fato ao conhecimento do juízo e comprová-lo, requerendo o benefício legal.

Quanto ao sujeito ativo dos crimes fiscais, é toda e qualquer pessoa natural que realize ou participe da realização do tipo penal previsto em lei. É curial que a pessoa jurídica não pode sê-lo à luz de nosso sistema penal. O Supremo Tribunal Federal (*HC* 72.271-7, SP, 24.10.1995), de outro lado, já decidiu que o administrador público pode ser enquadrado nas penas dos crimes de sonegação fiscal como agente realizador da conduta ilícita. Entendo que a solução é a mais lógica, em

face dos termos genéricos, e indistintos da redação da lei. Tal questão tem sido levantada nos casos do imposto de renda retido na fonte e de falta de recolhimento de contribuição previdenciária.

Como a lei determina que a iniciativa do pagamento cabe ao agente, se outro o realizar, a extinção da punibilidade não é extensiva. Portanto, na co-autoria, a ação de um não aproveita aos demais. Nos casos em que a sonegação fiscal é relativa a pessoa jurídica, o pagamento do tributo é obrigação dela e o sujeito ativo do crime, geralmente um diretor, administrador, gerente ou sócio, deve demonstrar que a causa extintiva ocorreu em razão de seu esforço e vontades diretos. Assim, se ele já não está na empresa, a ação de outros não o beneficia.

A extinção da punibilidade se dá com o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios. Há a entrega de moeda para a obtenção da quitação. O valor inclui o tributo ou contribuição social, singelamente considerados, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora e, eventualmente, multa.

Seja no crime de dano ou de mera conduta, conforme hipótese contemplada na lei, é induvidoso que o pagamento do tributo ou contribuição social constitui reparação do dano concreto ou projetivo. Também a esse respeito a Suprema Corte já decidiu (*RTJ* 124/528) que ela deva ser integral para provocar a extinção da punibilidade.

O pagamento somente opera a extinção de punibilidade por outro lado, se se verificar antes do recebimento da denúncia. Depois, apenas pode funcionar como atenuante genérica, quando da fixação da pena pelo juiz (art. 65, III, "b", CP).

Sob as premissas de que o pagamento do tributo ou contribuição deve ser integral e de que deve ocorrer antes do recebimento da denúncia, nenhuma dúvida subsiste de que o mero parcelamento temporal do débito vencido não extingue a punibilidade. Parece cristalino que a promessa de pagamento futuro não se equipara ao pagamento efetivo, nem tampouco à realização parcial deste. Aliás, no âmbito do Direito Tributário, a moratória é causa suspensiva do crédito tributário e não extintiva, a teor do art. 151, inc. I, do CTN.

Alguns costumam identificar o parcelamento do débito tributário vencido a uma espécie de novação e, em conseqüência, dar-lhe o mesmo efeito do pagamento, para fins de extinguir a punibilidade. Todavia, afigura-se um equívoco evidente. A novação é forma de extinção de obrigação sem pagamento e, se ausente este, não se pode invocar o benefício do art. 34 da Lei 9.249/95.

É certo, outrossim, que com a novação uma obrigação se extingue e outra nasce. Ela atinge a obrigação nos seus elementos essenciais, que são os sujeitos (credor-devedor), o objeto (a prestação a ser cumprida) e o vínculo jurídico. Por isso, não se confunde com a confissão de uma dívida, acompanhada do parcelamento do débito vencido. Nesta situação, a obrigação originária continua intacta, em todos seus pontos básicos, havendo alteração ou modificação em dado secundário da relação jurídica, qual seja, o prazo do pagamento. A propósito, vale transcrever excerto da obra de Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, p. 191 *et seq.*:

"Na novação, a obrigação nasce e outra preexistente se extingue. Não há aqui mera alteração ou modificação do seus elementos secundários. É mister sua profundidade, e o seu impacto sobre os essenciais."

Há os que pensam de uma perspectiva diferente e para mim absurda. Entendem que o parcelamento do débito vencido elimina o dolo da conduta delitiva e, assim, torna-a atípica. Inobstante, não se consegue compreender como um evento futuro, posterior, descaracteriza o elemento subjetivo de uma conduta passada. Consumada a infração, o que implica a

conjugação de seus elementos objetivos e subjetivos no tempo e no espaço, o comportamento posterior do agente não apaga sua ação anterior.

Tem sido defendida uma solução intermediária para aqueles que, relativamente ao débito vencido, obtêm seu parcelamento. Embora descartem ao fato o efeito de extinguir a punibilidade, acenam com a possibilidade de o processo ser suspenso, enquanto não quitada integralmente a dívida. Assim, porque consideram que o parcelamento não é pagamento integral e que este deve ocorrer antes do recebimento da denúncia, tais óbices são afastados, aguardando-se que o termo final dos pagamentos seja atingido e protraindo-se no tempo pra o futuro o recebimento da denúncia oferecida. Nesse interregno, alguns entendem que o curso da prescrição fica suspenso e outros não.

Cumpre observar, antes de mais nada, que a jurisdição penal é a regra e não se suspende, à exceção das hipóteses expressamente previstas em lei. O processo penal tem natureza pública e seu sobrestamento não pode ser gratuito, fundado em interpretações elásticas das normas jurídicas. Ele é um pressuposto indeclinável da imposição de pena e não pode ficar a mercê de um fundamento menor.

Nesse sentido, o juiz não pode paralisar sua jurisdição, deixando de se pronunciar se recebe ou rejeita a denúncia, à espera do transcurso do prazo do parcelamento do débito tributário e da conclusão do pagamento das prestações, para então, extinguir a punibilidade do interessado. Seria como se o juiz, antevendo que a prescrição da ação penal se avizinhasse, aguardasse o evento, adiando a apreciação de denúncia oferecida.

Mostra-se equivocado, outrossim, comparar-se a situação às hipóteses dos arts. 92, 93 e 94 do CPP. Tratam estes das prejudiciais, com as quais o parcelamento do débito vencido não se confunde. Na prejudicialidade, obrigatória ou facultativa, o processo é suspenso para que um juiz não-penal decida sobre controvérsia de que dependa a existência do crime.

No caso do parcelamento, a questão relativa ao pagamento das prestações ao longo do tempo pelo devedor é de natureza administrativo-tributária e não está sendo submetida a um juiz não penal. Ademais, não fiz respeito à existência do crime fiscal, mas à punibilidade do infrator. Segundo a sistemática da extinção da punibilidade pelo pagamento, este deve ocorrer antes do recebimento da denúncia. Tecnicamente, ainda não há um processo e, conseqüentemente, não há que se falar em suspensão do processo. Jurisprudencialmente, o Supremo Tribunal Federal (*RHC* 50.523-SP, 09.02.1973), já consignou que o Poder Judiciário, nos crimes de sonegação fiscal, não está vinculado a decisão proferida na instância administrativa, o que exclui ainda mais a possibilidade de o parcelamento provocar a suspensão do andamento de inquérito ou processo penal.

Quanto às demais causas de suspensão do processo penal, não guardam relação próxima com o parcelamento do débito, como são as hipótese do incidente de insanidade mental, bem como do art. 89 e §§ da Lei 9.099/95 e art. 366 do CPP, na redação dada pela Lei 9.271, de 17.04.1996.

De outro lado, se o juiz decidir suspender o processo, o prazo prescricional continua a correr. É o que se extrai do art. 116, inc. I, do CP, *verbis*:

"Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I – enquanto não resolvida, *em outro processo*, questão de que dependa o reconhecimento da *existência do crime*;" (grifei).

O parcelamento do débito não é questão que deva ser resolvida em outro processo, nem representa condição para a existência do crime de sonegação fiscal. Logo, não se encaixa na hipótese. Aliás, prevalece o entendimento de que as causas de suspensão da prescrição são as que taxativamen-

te se encontram no art. 116 do CP (*RT* 464/379) ou previstas expressamente em lei, como são as do art. 89 e §§ da Lei 9.099/95 e arts. 366 e 368 do CPP, conforme disciplina da Lei 9.271/96. Exemplo disso é a orientação dos tribunais, no sentido de que o incidente de insanidade mental, embora provoque a suspensão do processo, não interfere no curso do prazo prescricional, justamente porque não se subsume nas causas mencionadas no art. 116 do CP (*RT* 282/123).

Por fim, cabe esclarecer que o art. 34 da Lei 9.249/95 prevê a extinção da punibilidade com o pagamento do tributo ou contribuição, antes do recebimento da denúncia. Tendo em vista que os crimes fiscais, em regra, têm por conseqüência a supressão ou redução da exação ou objetivam eximir o agente do recolhimento da imposição, o pagamento do tributo ou contribuição *a posteriori* constitui reparação do dano verificado ou colimado.

Dentro da sistemática do Código Penal, o legislador, de modo geral, qualificou a reparação do dano como causa de diminuição (art. 16) ou atenuante de pena (art. 65, III, *b*), conforme ocorra, respectivamente, antes ou depois do recebimento da denúncia. A única exceção é a do peculato culposo, em que a reparação do dano precedente à sentença irrecorrível extingue a punibilidade (art. 312, § 3.º, 1.ª parte). Logo, a hipótese do art. 34 da Lei 9.249/95 soma-se a esta ao fugir à regra do sistema.

A reparação do dano é definida como arrependimento posterior do agente. Após a consumação do delito, o infrator restaura a ordem perturbada. Nos crimes fiscais, o sujeito paga o tributo ou contribuição, que suprimira ou reduzira ou da qual visara eximir-se por intermédio de sua conduta ilícita.

Sob o ponto de vista lógico, o arrependimento, a reparação do dano pressupõem o cometimento do ilícito penal pelo agente e seria mais coerente que a extinção a punibilidade fosse precedida da declaração do Estado-Juiz de que o tipo penal foi realizado e de que o autor foi aquele que acabou beneficiado com a causa extintiva.

A sistemática adotada pelo legislador privilegia puramente o pagamento da exação sonegada. Com isso, utiliza a ameaça de processo e a pena como expedientes para compelir o agente ao pagamento da dívida. Na verdade, a punibilidade estatal deveria ser tal molde a não possibilitar a reprodução seja da conduta censurada, seja do infrator. A solução presente cria o vício mental do sonegador de que as conseqüências de seu insucesso na prática delitiva podem ser evitadas pela quitação do tributo ou contribuição social.

Estado e cidadão mantêm relação essencialmente diversa, quando se trata de uma mera obrigação tributária ou de um crime de sonegação fiscal. Na primeira, o que está em jogo é o adimplemento, ou seja, o pagamento do tributo ou da contribuição social. No segundo, a conduta ilícita interfere na ordem jurídica por intermédio da fraude ativa ou não, violando o agente valores sistêmicos, que se traduzem na proibição da utilização de meios vedados na obtenção de vantagem. Na primeira hipótese, é atingida simplesmente a arrecadação estatal e o Estado dispõe de arsenal jurídico relevante para evitar ou remediar o ato lesivo. No segundo caso, o fato não se circunscreve apenas ao campo financeiro, mas diz com o infrator, que interpreta a ordem jurídica de forma nociva e, por isso, está inclinado a infringi-la repetidamente.

A punibilidade estatal tem a ver com a própria essência do Estado. Àqueles que ameaçam ou violam valores caros à sociedade, a organização política reserva-lhes a pena, cujos fins podem ser os mais variados, mas um deles é certamente garantir-se que o infrator conforme-se à ordem jurídica existente e não reproduza a conduta proibida.

Há profunda antinomia entre o poder de punir e a possibilidade de afastá-lo me-

diante a reparação do dano, concreto ou projetivo, decorrente de crime fiscal, através do pagamento do tributo ou contribuição social. O poder punitivo não é bem comerciável e torná-lo significa mercantilizar atividade essencial do Estado. Assim, no futuro, seria aconselhável que se retornasse à regra do art. 16 do CP, premiando o infrator que satisfaz a ordem tributária com o recolhimento do tributo ou contribuição, por intermédio da diminuição da pena.

4 – DIREITO DE TRÂNSITO

EXPLICAÇÃO

DÁCIO ARANHA DE ARRUDA CAMPOS, magistrado em São Paulo, notabilizou-se como jornalista dos mais respeitados, porque aliava ao seu agudo sentido publicitário o conhecimento jurídico e a cultura humanística.

Além das matérias que o momento político exigia, Dácio demonstrou especial predileção pelos assuntos de trânsito, e daí os inúmeros artigos publicados no jornal *O Estado de São Paulo*, com o apelido de MATIAS ARRUDÃO.

Com a edição do Código Nacional de Trânsito, em 1966, Arrudão passou a comentar o novo estatuto nas páginas do "Estadão", e o fazia brilhantemente, como poucos na época, já que a mídia, como até hoje, pequena importância dava ao sistema de trânsito, preocupada tão só com os acidentes aumentando as estatísticas de mortalidade e violência.

A um precioso livro, totalmente esgotada a edição, deu o título de *Manual de Direito Automobilístico – Código Nacional de Trânsito Anotado.*

Com a verve que lhe era peculiar, Dácio conseguiu condensar em capítulos tudo quanto ainda é de atualidade para o trânsito, ressalvadas algumas modificações legislativas nesse período de 30 anos.

Devidamente autorizados pela família do jurista e jornalista, resolvemos reeditar sucessivamente a cada número da *Revista do IBCCrim* os capítulos da obra, acreditando na utilidade do empreendimento e esperando que a nova seção Direito de Trânsito transmita aos interessados algo que estava perdido no tempo.

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

MANUAL DE DIREITO AUTOMOBILÍSTICO – CÓDIGO DE TRÂNSITO ANOTADO

(1.ª Parte)

DÁCIO ARANHA DE ARRUDA CAMPOS
"MATIAS ARRUDÃO"

Capítulo I
CANTO DO PEDESTRE

Não me mates, automóvel
Pára, deixa-me passar.
Automóvel, automóvel,
Eu só quero atravessar.
.....
Automóvel, automóvel,
Não me mates, por favor,
Deixa eu chegar à calçada,
Onde espera a minha amada,
Não me mates, automóvel,
Que eu vou ver o meu amor.

PEDRO DANTAS

A primeira regra de trânsito urbano é igualmente uma norma de Democracia.

Nas colmeias e nos formigueiros existem preceitos de circulação. Sem guardas, sem multas, sem semáforos, sem mão e contramão, as abelhas e as formigas transitam livres de complicações.

A razão está no fato de que, na Democracia das abelhas e das formigas, todos nascem iguais e no mundo maravilhoso em que vivem não existem privilégios.

A Democracia não pode ser adquirida pronta, como nos *magazines* costuma-se comprar um terno de roupa feita.

É preciso cortá-la, sob medida. É necessário construí-la, ainda que quase sempre à custa de sacrifícios que atravessam gerações. É imperioso conquistá-la.

Todas as vezes que desprezamos algum ou alguns dos princípios democráticos estamos abandonando um pouco a Democracia à sanha feroz de seus inimigos.

Inimigos são os que, num regime de igualdade, têm ou querem ter privilégios. Inimigos, sim, ainda que, costumeiramente, digam que combatem a oligarquia, que lhes convém, e afirmem que pugnam pela Democracia, que têm interesse em repudiar.

Até a Demagogia pode ajudar as cidades para que se libertem de seus complexos de trânsito.

A experiência mostra, entretanto, que não perceberam os políticos que a valorização do homem que caminha sobre seus próprios pés significa a captação da simpatia do *eleitor*.

Quem elege não é o motorista, que roda quase sempre com seu automóvel vazio. Nas pugnas eleitorais, vale, pesa, esmaga, isso sim, o cidadão que se serve dos carros de condução popular.

O automobilista, regra geral, é antidemocrata, porque entende que seu carro lhe outorga um privilégio. Por causa da sua condição de dono de uma viatura, imagina que o poder público tem a obrigação de lhe proporcionar lugares para estacionamento, garagens gratuitas sobre bens comuns do povo, até mesmo nas áreas mais centrais da cidade.

Esquece-se do princípio fundamental de que todos são iguais perante a lei e que a propriedade de um automóvel, ainda que de luxo, não lhe oferece superioridade sobre ninguém.

O homem guia como vive.

Com sua alegria, com sua tristeza. Com sua paciência ou com a sua sofreguidão. Com a sua calma, com o seu nervosismo. Com a sua consciência atormentada ou com a sua consciência tranqüila. Como vive, assim conduz. Pode ser generoso, cavalheiro, egoísta ou pulha. Pai extremoso, filho degenerado. E tanto se revela fidalgo, como canalha.

Guia, como vive.

Vive, como guia.

Na direção do automóvel, a conduta do homem é um espelho do que lhe vai por dentro. Desde a paz interior, até a morbidez dos sentimentos que lhe queimam as entranhas. Desde a sua tendência para os desvelos e para o amor, até os seus desvios para o crime.

Sua vida, seu comportamento.

Sua alma, sua palma.

Com o desenvolvimento da técnica o direito adquire um sentido novo. A máquina alarga o seu campo de ação. O direito amplia-se para proteger o homem do perigo que ela lhe oferece.

Esta extensão, todavia, é construída com uma estranha argamassa, de ossos triturados, de carne dilacerada, com lágrimas e sangue. E com a impossibilidade, a indiferença e a decência de certos homens – juristas, professores, doutrinadores, juízes, legisladores – cada qual manifestando a sua opinião e levando à obra ou o calor de sua generosidade ou a frieza de seus raciocínios.

O homem fomentou, com a máquina, a expansão da utilidade e do prazer. Criou também o sofrimento, o perigo e a morte. Por isso, deve aperfeiçoar ininterruptamente as regras jurídicas. Para que viva sob a sua proteção, ainda que como se o direito também fora a sua mortalha. A sua mortalha, na cidade desumana que as máquinas criaram.

Ou o Homem, ou a Máquina.

A resposta é em favor do homem.

Ou o pedestre, ou o automóvel.

A resposta é em favor do pedestre.

O passeio é do pedestre. A rua é do pedestre. A praça é do pedestre. A cidade é do pedestre.

O automóvel não tem direitos. É máquina, sem sístoles e sem diástoles, que se movimenta, não em função de impulsos sentimentais, mas de acordo com as contorsões mecânicas de um virabrequim.

Direito quem o tem é o pedestre – por ser Homem. O que também significa que ele o tem por ser pedestre. Por ser um pedestre que ocasionalmente deixou de andar pela calçada e passou a conduzir um veículo motorizado.

Pedestre, sempre, sempre, ainda que nesse momento renegue sua origem e passe a atraiçoar seus próprios irmãos.

Todo o arcabouço da construção jurídica que se levantou desde o advento e vulgarização do automóvel tem como base o princípio segundo o qual não é a máquina que merece regalias. Quem prevalece e predomina é o pedestre, que tem o direito de andar livremente na cidade que lhe pertence, sem riscos de violação de sua integridade física.

Essa é a jurisprudência do mundo civilizado.

Ela tem por alicerce o respeito à dignidade da criatura humana.

Ninguém pode pretender encaminhar soluções para os problemas de trânsito urbano a não ser em têrmos de Democracia. A não ser respeitando o interesse do maior número. A não ser considerando como fundamental a obediência obstinada à norma da igualdade democrática.

Cosmopolitas ou provincianas, frenéticas ou pacatas, as metrópoles têm sempre uma área central que pode ser considerada, não tanto o seu cérebro, mas o seu coração. É ali que pulsam os órgãos que mantêm vivos os setores da periferia – a sede do Executivo, as secretarias de Estado, as assembléias legislativas, os tribunais de justiça, as autarquias, as matrizes dos bancos, as catedrais, os grandes centros associativos, os principais núcleos de trabalho.

Durante o dia o "centro" permanece congestionado. É a aflição da dispnéia. No correr da noite não há nele quartos de pousada a não ser apartamentos nos hotéis. É quando a criatura repousa, sem medo de acidentes.

O coração da cidade é também o coração do Homem.

Do Homem que marcha a pé, mesmo que sem sapatos. Para que possa andar tranquilamente e travar o diálogo das mãos e do cérebro, no trabalho diuturno, que o favorece, mas que sobretudo constitui elemento essencial à sobrevivência do condomínio social.

As técnicas modernas modificam a geografia. Não alteram, porém, a criatura humana. Ela é a mesma, desde há milênios, com seus ideais, seus anseios e esperanças. Um dia, quando as máquinas estiverem obsoletas, ela ainda será tão ingênua quanto no passado, com os mesmos sonhos, compondo as mesmas poesias, as mesmas canções, em busca de um único teor de bem estar.

É um erro supor-se que o aumento da velocidade nas vias coletoras e distribuidoras de trânsito propicia alguma vantagem aos automobilistas. O pedestre sofre ameaças, os veículos suportam riscos, os motoristas, ao preço do agravamento dos perigos podem ganhar alguns minutos. Em seguida, não sabem o que fazer com o escasso tempo que economizaram.

A caleça, a sege, tanto quanto o fiacre, o tilburi ou o landô, desenvolviam média de 15 a 20 km/h em qualquer cidade, a qualquer hora, em qualquer lugar. Substituída a tração animal pelos motores de pistão, refrigerados a água ou a ar, com velas, bielas e baterias, os índices caíram em vez de aumentar. Hoje, nos grandes centros urbanos congestionados, a veloci-

dade oscila entre as médias de 5 e 12 km/h – seja para o *Rolls Royce*, seja para os velhos carros de três pedais.

O pedestre tem direito à prioridade na circulação.

Nem sempre, todavia, o pedestre anda a pé.

Se viaja em um ônibus, o seu direito se transfere. Os carros de transporte coletivo usufruem da preferência. Ainda que vazios. Isso porque até a expectativa de que possam receber passageiros assegura a esse tipo de veículo um privilégio sobre as demais viaturas. E se assim sucede quando pouco procurados, com multiplicada razão devem ser preferidos quando lotados, e, sobretudo – o que é mais comum –, quando superlotados.

O trânsito não se compõe apenas de automóveis que transportam pedestres apressados ou afortunados. É preciso que seja considerado o fato de que o motor de explosão constitui uma realidade e um progresso. Instalado em um caminhão ou em um trator, por exemplo, multiplica as possibilidades de trabalho do indivíduo. Pelo motivo de que *produz* também adquire direitos.

O cidadão que se sustem sobre seus próprios pés tem de obedecer as regras de trânsito, da mesma forma como respeita o fio de alta tensão que caiu sobre o solo.

Se o atropelado sofre a dor física da carne esmagada, o atropelador também paga o seu tributo através do sofrimento moral. O peso na consciência também constitui uma forma de dor. O motorista não tem o direito de ser imprudente em relação ao pedestre. A recíproca também é verdadeira: ao pedestre não lhe é lícito criar para o automobilista o risco desnecessário de atropelar, de ser processado e de acabar na prisão.

O pedestre precisa pensar em termos nacionais. Em o volume do desgaste, por exemplo, da lona dos freios, em razão de frenadas exigidas pela imprudência, ou pelo descaso dos passantes. No desperdício da gasolina ou no excesso de consumo que se faz mister para repor o automóvel na velocidade antiga, de que se viu injustamente privado, pela ação impensada do homem que atravessa a rua sem tomar conhecimento do trânsito.

Cada motorista arca com uma pequena parcela do prejuízo, no fim, quem mais perde é a coletividade.

Quem tem de suportar as conseqüências da multiplicidade de erros, é sempre o pedestre, quer tenha automóvel, quer não. É o povo, que detém o poder e o delega aos seus representantes, mas não tem meios de ajustar as relações entre os homens que se desunem quando um está na direção de um carro e o outro pretende cruzar uma esquina.

A criatura humana, animal racional, não se divide entre motoristas e pedestres. Quem assim reparte o que é uno não conhece a realidade. O que existe é apenas o Homem, que às vezes é motorista, mas quase sempre é pedestre.

Muitos pedestres são atropelados por causa de sua própria imprudência. O indivíduo que assim é ferido nunca jamais reincide.

Motoristas existem, entretanto, que têm defeituosa formação psíquica. São sádicos. Comprazem-se em estacar bruscamente nos cruzamentos, para assustar o outro automobilista que vem pela preferencial, com a suposição de que vai entrar. Divertem-se com o gesto de obrigar os transeuntes a correr. Alguns vão além e atropelam os passantes, dando escape ao mesmo impulso agressivo que leva o indivíduo musculoso a se tornar valentão.

A cassação da carta dos tipos dessa classe é um imperativo de ordem social. E está prevista na lei, como a pena acessória a que os juízes podem e devem recorrer.

Se no corpo da vítima ainda existe um sopro de vida deve ela ser imediatamente socorrida. Pouco importa que a Polícia ainda não haja chegado. Os minutos perdidos à espera da autoridade podem ser fatais a quem se acha morrendo um pouco mais a cada instante.

Quem demora o auxílio, por causa do preconceito cruel de que não deve tocar na vítima, para não prejudicar a ação da Polícia, é também um criminoso.

Seu delito é a omissão de socorro. O castigo é seu eterno remorso.

O motorista que atropela e presta auxílio à vítima faz jus a atenuante. Pode inclusive ser inocente. Da mesma forma, também pode ser culpado, mas, nessa hipótese, revela que tem sentimentos, de solidariedade humana. Não é um marginal. Se um dia a fortuna lhe for adversa, poderá ser um servente de pedreiro. Será então mais um honrado servente de pedreiro, entre os milhares que andam por aí.

O motorista que atropela e, sem saber se matou ou apenas feriu, foge em disparada, para escapar ao flagrante, ou para não deixar patente seu desprezo pela vida humana, ou ainda para não ter o seu nome nos jornais, não é um ente normal. É um bandido, metido em roupa de gente decente. Privado de suas vestes, de seu dinheiro, de seu automóvel, obrigado pela adversidade a lutar, de dia poderá carregar massa, para despistar a Polícia. À noite, porém, será o salteador que apunhala a vítima antes de procurar saber se ela tem dinheiro no bolso, ou se traz a carteira vazia.

O fato de o motorista dar sinal não cria para ele nenhum *direito*, senão o de ter considerado o seu caso, na Polícia, ou no Judiciário, como favorecido por uma atenuante.

Da atenuante diz-se que é a circunstância que, em ocorrendo o fato contravencional ou delituoso, diminui a gravidade dele.

Não é pelo motivo de que colocou a mão para fora, ou ligou o pisca-pisca, ou buzinou, que o automobilista conquista o *direito* de passagem. Esse é um mero pormenor, de ordem puramente informativa, que vai instruir o juízo do julgador. O que vale é o *fato*, no seu enquadramento da lei. Se houve sinal da mão, de luz, ou – admita-se a irregularidade que pode ser *regular* – de buzina, ao magistrado compete decidir sobre se houve ou não infração da normas legais. E, muitas vezes, com sinal de mão, aviso de pisca-pisca e estridor de buzinas, o negligente, imprudente ou imperito é condenado a pagar a sua culpa, na área civil, ou a saldá-la na cadeia, se não fizer jus à medida de comiseração do *sursis*.

O que se faz mister é a compreensão de que, no trânsito, a mesma razão que leva o cavalheiro a parar, para que uma dama lhe ganhe a frente, continua a preponderar.

– Passe, senhora.

– Sirva-se, irmão.

Permitir que um automóvel derrape é dar uma prova de negligência. É não permanecer atento ao perfeito ajustamento que deve existir entre a marcha do veículo e as condições do solo.

Avançar em velocidade sobre piso que se sabe ser escorregadio é dar demonstração de imprudência.

Não livrar o automóvel das conseqüências da derrapagem, obrigando-o a voltar à tempo ao controle do motorista, é deixar patente a imperícia de quem o dirige.

Negligência, imprudência e imperícia são os três formas clássicas de culpa. É por isso que, regra geral, quando há um acidente em razão de derrapamentos, os juízes são rigorosos. Estão certos. Fosse mais atento, mais cauto e mais hábil e o motorista não daria causa ao que aconteceu.

Quem vai à frente nada pode fazer para impedir que o motorista que o segue se

aproxime demasiadamente. Quem vai à frente tem o direito de frenar a todo instante para se livrar de qualquer obstáculo. Quem vai à frente é de ordinário declarado inocente, quando, obrigado a reduzir a marcha, ou a estacar bruscamente, recebe a batida do imprudente que não guardou a distância de segurança que lhe cumpria conservar.

Somente a ignorância córnea, ou a má fé cínica – como diria Eça de Queiroz – autoriza alguém a sustentar que o remédio para o estacionamento abusivo consiste na remoção compulsória do veículo.

Jamais, nunca jamais, nunca jamais o *guincho* se destinou a esse mister.

Verdadeiro fosse o conceito e nas grandes metrópoles as repartições de trânsito teriam de manter em atividade milhares de carros-guindastes, cada qual com seus operadores, só com o objetivo de manter desimpedidas as vias públicas.

A legitimidade do esvaziamento do pneumáticos, com tática pedagógica, para ensinar aos maus motoristas o que não aprenderam nas auto-escolas, decorre do *poder de polícia* das autoridades, entaladas entre a *obrigação* de impedir o entupimento irregular das vias e logradouros públicos e a *impossibilidade* de conseguir esse resultado através do emprego de outros meios.

A cidade absorveu os instrumentos de progresso com naturalidade. Água encanada, esgotos, telefone, luz elétrica, gaz domiciliar, tudo foi aceito e mansamente entrou a servir a coletividade.

Com o automóvel deu-se o contrário. Invadiu as metrópoles e escravizou-lhe os habitantes. Sobe e nas calçadas, estaciona onde é proibido, atira lama nos transeuntes. É o grande assassino dos tempos modernos. Já matou mais homens que as guerras, mais que as pestes, mais que as piores enfermidades.

O automóvel deve ser enxotado como um inimigo. Para que sejam atendidas as comodidas de alguns não é justo que sofram as populações.

Verde. Amarelo. Vermelho. Amarelo. Verde. Amarelo. Vermelho. Amarelo. Verde. Amarelo. Vermelho. Amarelo. Verde.

Amarelo.
Vermelho.

Não é uma seqüência de colorações. É a automatização, a subordinação do cérebro, ou a um mecanismo de relojoaria, ou aos cálculos de um computador.

Cuidado.
Passe.

Sinal amarelo é cauda do vermelho, não antecipação de licença de passagem. Destina-se apenas a aproveitar o impulso do carro que se movimenta e evitar que ele seja obrigado a parar.

O motorista impaciente que avança, ainda com o amarelo, sem esperar o verde, é um imprudente que pode se converter em um assassino.

Cuidado.
Pare.
Cuidado.
Passe.

Durante a noite, quando se aproxima a madrugada, o luminoso pode ser uma ratoeira.

O automobilista gradua a velocidade para chegar ao cruzamento com sinal de pista livre – é suprendido pelo imprudente que lhe corta a passagem.

Como provar que agiu com as devidas cautelas, se está morto ou ferido? Se o semáforo, testemunha única da tragédia, insensível e incomovível, frio e automático, três segundos depois depõe em favor do criminoso?

Cuidado.
Pare.
Cuidado.

Passe.
Cuidado.
Cuidado com o pedestre que não tem São Cristóvão para protege-lo.
Cuidado!
Piedade para os condenados que nadam trôpegos e descalços.

O indivíduo deseducado, que brigou com a namorada, mete o carro em cima do cidadão que vai atravessando a rua. Vinga-se da frustração de seu amor. E a criatura humana, mesmo que seja membro da Academia Brasileira de Letras, tem de correr – como um quadrupede. Do contrário, abrirá uma vaga no sodalício dos imortais.

Do latim *transitus*,[1] a palavra "trânsito" exprime uma idéia de movimento. Trânsito abrange tudo quanto se desloca. Até o velocípede da criança, a carrocinha do padeiro, o carro do vendedor de frutas.

Os diretores de trânsito, entretanto, regra geral, supõem que lhes cumpre apenas disciplinar o tráfego dos automóveis. No fundo têm medo das máquinas de cromos rebrilhantes. Apavoram-se diante delas, porque dão uma idéia de riqueza, o que significa de poderio. São imponentes, inexoráveis e exigem passagem aos gritos enervantes, ululantes, das estridentes buzinas.

Com a pusilanimidade própria de todo homem que se deixa degradar, a autoridade de trânsito se bandeia para o outro lado. Faz aliança com os privilegiados. E, a serviço do automóvel e de sua carga, coloca toda inteira a desvairada organização do poder público.

O diretor da repartição precisa ser um homem humilde. Com a mesma naturalidade com que circular acomodado nos confortáveis bancos dos carros oficiais, deve ser capaz de andar espremido, como qualquer pedestre, em meio de trabalhadores e de mulheres de mãos grossas, nos veículos de condução coletiva.

A feira é a auto-escola do administrador que não quer ser apenas o burocrata do tráfego. É preciso ir à feira e conhecer e enfrentar a condensação de problemas de circulação que ali existem. Somente assim, a pé, entre as barracas e a multidão, pode o responsável pelo trânsito urbano compreender o drama dos pequenos e ter um momento de ternura e fraternidade em relação ao menino que põe fora sua meninice para entregar mercadorias numa indefesa bicicleta.

Medidas restritivas pouco adiantam.
Não pode, não pode, não pode.
As multas dificilmente calam no bolso dos ricos.
Propina, propina, propina.
Um rio pode ser contido e represado, mas não para sempre.
Só na valorização do Homem pode ser encontrada a solução para o problema do trânsito que asfixia as metrópoles.

As estatísticas comprovam o que o bom senso revela. Do funcionamento das escolas, do preparo consciente do motorista, do critério da vigilância do tráfego, dependem os altos ou baixos índices de acidentes.

Ninguém pode esperar resultados auspiciosos nos lugares em que há mercadejamento de cartas de habilitação e o corpo de guardas de fiscalização é corrupto.

Idéias-refúgio são aquelas lançadas para atuar como cortina de fumaça.

Quando alguém, para benefício do tráfego, fala na necessidade de alargamento de ruas e eliminação de cruzamentos, não deixa de enunciar conceitos razoáveis. É uma tática. Do ponto de vista do trânsito *atual* entretanto, muito pouca coisa estará

(1) De transire – passar de um lugar para outro.

sugerindo. A solução é excessivamente onerosa e pode-se acreditar em que, quando chegue a ser executada, os problemas sejam outros.

O que cumpre é reagir contra a invasão da máquina com a mesma firmeza de um banqueiro próspero quando reclama o juro de seu dinheiro.

A velocidade é um dos prêmios do progresso.

O homem começou andando com a rapidez proporcionada pelas suas próprias pernas, depois multiplicou-a com o uso do cavalo, do impulso dos ventos, da força do vapor e dos derivados de petróleo, até chegar à Idade o Missil.

Não há limites para a velocidade.

A velocidade, entretanto, quando haja excesso, pode ser nociva. No Cosmos é quase pura. Na Terra, para ser útil, depende de fatores outros, humanos e terrenos, que a condicionam.

Que é excesso de velocidade?

A resposta depende da decomposição do problema nos seus fatores elementares.

Um quilômetro por hora pode ser uma velocidade excessiva para quem pretenda andar em meio da multidão. Um quilômetro por minuto, em uma auto-estrada, chega muitas vezes a constituir marcha vagarosa.

Estúpidas são as fixações gerais. São necessários limites, estabelecidos, não em gabinetes, mas na conformidade dos lugares e das circunstâncias. Depois, sim, e só *depois*, surge a figura do "excesso".

Sessenta quilômetros por hora, em determinada via pública, tanto pode ser velocidade reduzida, razoável, como excessiva.

Tudo depende das condições do local.

Nunca, jamais, das necessidades do motorista, nem do bom ou do mau humor do guarda de trânsito.

A humanidade custou a entender, diante do automóvel, que tinha pela frente um novo ser vivente, um estranho animal assexuado, misto de cavalo manso e leão raivoso, com o qual teria de conviver.

A princípio a idéia estava associada à locomotiva.

Dizia H.G. Wells que o automóvel era uma locomotiva particular, de luxo, independente de linhas, tarifas e horários, reunindo o conforto da viagem de primeira classe às vantagens da independência individual.

Mais tarde, em "Contrastes e Confrontos", falando sobre a estrada para Mato Grosso, Euclides da Cunha avançaria um pouco mais o sinal: *o automóvel libertou a velocidade dos trilhos.*

Livre das paralelas de aço a velocidade começou a atropelar as idéias antigas que a ela se antepunham. Há juristas que chegaram a ponto de considerar ato ilícito o aproveitamento da economia de tempo ao preço da intranqüilidade coletiva.

O animal de ferro e de aço, nem fêmea, nem macho, que se incorporou à paisagem humana, exigiu e introduziu profundas modificações na estrutura do mundo civilizado.

Quando, na primeira guerra mundial, os taxis de Paris salvaram a capital da França do avanço dos alemães, o automóvel ganhou o seu estatuto de maioridade.

De escravo do Homem, passaria a escravizá-lo.

O homem é um animal que tem vícios.

Os antigos não ignoraram o álcool. Nossos avós conheceram o fumo, os alcalóides.

Somente os filhos do Século XX têm a velocidade.

O automóvel e o avião – observa Américo R. Netto – embriagam as criaturas com os quilômetros. A velocidade é o único vício novo.

Em "RUA", Guilherme de Almeida descreve a cena comum de "O atropelado":

"as quatro rodas,
as quatro esquinas,
ranger de freios,
súbito baque
e bem no meio
da flor basbaque,
feita de povo,
aglomerado,
nada de novo:
somente um roto,
ensangüentado,
terno cinzento
crucificado
no cruzamento."

Toda uma existência cortada. Toda uma família roubada. Um cadáver, uma saudade e, depois, o recomeço da luta, com o menino que se desprende do lar, abandona a escola e vai ganhar a vida por haver perdido o pai.

O resto pouco vale. Um processo, advogados, citações de leis, de doutrina e de jurisprudência. Brocardos romanos repetidos em latim. Uma possível condenação. E por fim, prosaicamente, numa estante em que o número de ações cresce assustadoramente, os autos arquivados.

Para quem tem os nervos à flor da pele e escasso tempo de permanência no berço, o palavrão se arma com naturalidade. Conforme as contrariedades do tráfego ele se acumula na boca, como a baba, pronta a derramar.

As injúrias estalam como chicotadas.

É o desespero da criatura humana – mulheres e homens – que se revoltam contra a máquina que os tiraniza.

Para os que se conduzem na vida revoluteando em torno da propriedade privada pode-se dizer que a do automóvel se irradia – para a frente, atrás e para os lados – como a emanação de um direito líquido e certo.

O espaço que separa um veículo de outro tem dono. É a *distância de segurança*, a apólice invisível de um seguro de vida.

O automobilista, para ganhar alguns segundos, que trafega em velocidade, "costurando" entre as filas de carros em movimento, é um criminoso. Num Código Penal dotado de maior teor de palpitação humana, seria classificado de ladrão assaltante. Agride o semelhante que nada lhe fez, ameaçando-lhe a vida. E roubalhe a distância de segurança – aquele espaço que o chefe de família prudente abriu para si e para os seus.

Bem melhor seria o mundo se houvesse o contrário. Se em lugar da revolta contra o menino que riscou a pintura do paralama, o motorista tivesse pena do pedestre que fica parado na guia da calçada, aguardando o momento de atravessar a rua.

O impulso é um só. Bifurca-se, entretanto, rumo da raiva, rumo da compreensão. Deve optar quem vai ao volante. Ou a infância perdida, espoliada, ou o direito do mais forte.

Na infância do adulto, que já viveu meio século, o primeiro passeio em automóvel está gravado como uma aventura inesquecível. Quase igual à da criança que se liberta do apartamento e corre descalça sobre o gramado do parque, sentindo na sola dos pés, ou a umidade da vegetação, ou a palpitação cálida da terra nua.

Para certos indivíduos a oficina mecânica é quase como uma sala de operações. Quando se vêm privados do automóvel, têm a impressão de que o médico lhes amputou os pés.

De criaturas menos sensíveis o automóvel faz um misto de homens e de máquinas, tal como o centauro, na mitologia grega, que era ao mesmo tempo homem e cavalo. No comando da direção, com sua cabeça, seus olhos e seus ouvidos, é

ainda o ser humano. Seu corpo, entretanto, que é de carne, ganha uma espinha dorsal feita de aço. Além do motor e das rodas, o que mais existe são as transmissões, as engrenagens, os eixos, o diferencial, e, dentro do diferencial, com se fora um coração, o pinhão e a coroa.

O automobilista, regra geral, não é democrata, nem cristão. É um privilegiado, que pensa apenas nos seus próprios interesses. Entende que aquele que não tem automóvel vive à margem da sociedade. Quem vive à margem da sociedade não tem direito ao repouso, nem à tranqüilidade.

O motorista buzina. Mesmo à noite, não respeita o sono de ninguém. Acorda o velho, agita o sono do trabalhador, assusta a criança. Quando intelectualmente é um insignificante, adquire aparelhos musicados, para chamar a atenção e se fazer notar pelos outros. E vai aí afora, desejando uma "sereia", de grito lancinante, para abrir caminho em meio do trânsito congestionado.

Não faça a outrem o que não queres que te façam.[2]

Por isso, por causa do preceito esquecido, também se irrita e se deixa tomar pela indignação. É quando, no silêncio da noite, outro automobilista passa e atroa nos ares, com a mão na buzina, acordando-o, despertando-lhe o velho pai e fazendo chorar o filho pequenino.

Nada melhor define o mal educado que o emprego da buzina.

O aparelho de som é de *alarme* e não se destina a abrir caminho. Não outorga prioridade de passagem a ninguém. É instrumento de advertência que deve ser utilizado apenas com o objetivo de evitar acidentes.

Indivíduos existem, entretanto, tão desprovidos de senso de civilidade, que chegam ao cúmulo de chamar senhoras e cavalheiros pressionando o botão de aviso.

Lembram o moleque que mete os dedos na boca e assobia.

O silvo cortante chama os outros moleques, que, por se encontrarem todos no mesmo nível, a ele dão atenção.

Enquanto o estacionamento vai consumindo as áreas disponíveis, exigindo mais, mais, e sempre mais, o espaço-tipo reservado para o florescimento da criatura humana se reduz a cada momento.

No Rio de Janeiro, onde – por dia – cerca de duzentos automóveis são licenciados, há necessidade de 14 mil metros quadrados de acréscimo *diário* para abrigo desses novos carros.

Enquanto isso diminuem as dimensões dos terrenos destinados à habitação. E há quem entenda que em 80m² é possível construir uma casa de moradia, na qual crianças possam ser cultivadas, sem sacrifício de sua personalidade.

Trânsito é vida.

Os veículos circulam pelas vias públicas como o sangue nas veias e artérias de um organismo. Estão sempre em movimento, rodando pelas mesmas ruas que ligam os lugares em que os motoristas exercem suas atividades. É o cotidiano, o terra-a-terra, o caminho da formiga. Embora o automóvel possibilite a fuga das longas viagens, é na cidade, é no Município que o Homem motorizado cumpre a sua sina.

O Estado nada tem com a classificação das vias preferenciais e secundárias, com o ordenamento das ruas em sistemas de mão e contramão, com a escolha dos pontos de taxis, com a fixação do horário de carga e descarga de mercadorias, com a determinação dos locais de estacionamento.

Tudo isso é do peculiar interesse do Município, cujos dirigentes são os únicos

(2) São Paulo – *Segunda Epístola dos Tessalonicenses* 3, 8/10.

juízes dos problemas, das necessidades e dos anseios de seus habitantes.

O vigilante de trânsito, antes de tudo, é um agente da autoridade que serve a todos, tanto a pedestres como a motoristas. Não tem culpa de que muitos de seus colegas anotem infrações com o intuito de negociá-las. Em princípio, o que se deve admitir é a honestidade. O automobilista precisa desarmar o espírito e ver no guarda, não o inescrupuloso, mas o servidor decente que trabalha em prol do bem comum.

O papel das auto-escolas não é apenas o de ensinar o aluno a manobrar o automóvel e a conhecer os sinais, para que possa fazer jus à carta de habilitação. Acima de tudo é imprescindível fazer sentir ao candidato que ele vai ter nas mãos um instrumento de dois gumes. Pode propiciar o prazer, mas também pode ser causa de infortúnio.

O instrutor da auto-escola, para o candidato a motorista, está na mesma situação do mestre do menino que ingressa no curso primário para aprender as primeiras letras.

Há, entretanto, uma diferença.

A criança identifica-se e vê na professora a imagem de sua própria mãe. Na escola do automobilismo, porém, o instrutor está longe de ser o substituto do pai. A dureza do trabalho, as asperezas do trânsito, as formalidades do ensino, impedem que haja similitude.

O que fica é tão-somente uma lembrança. Como a do ascensorista, por exemplo, que nos serviu certo dia, numa determinada tarde, em um vago lugar, mas de quem ninguém se recorda com precisão.

Falando na inutilidade de certas restrições, observa Alker Tripp, que já dirigiu o trânsito em Londres, que "nessa matéria nada que se possa fazer através de medidas construtivas, deve ser feito mediante restrições legais. Este é o axioma da consciência de trânsito e do tráfego".[3]

Não há alternativa, não há opção. Somente o preparo escrupuloso do motorista pode refletir-se favoravelmente nas estatísticas de acidentes.

A prova de habilitação, diante das bancas examinadoras, está em condições de aferir a existência de uma determinada situação psicomotora, mas não o grau de compreensão que o motorista deve ter quando recebe autorização para dirigir um veículo perigoso.

Os ursos do Circo de Moscou, que andam de motocicleta, que acendem os faróis quando se faz mister, e que circulam em velocidade, correndo uns entre os outros, sem colisão, passariam facilmente em qualquer exame de verificação de habilidade.

Não basta que o indivíduo seja amestrado. O essencial é que ele tenha consciência do que lhe cumpre fazer.

Capítulo II

PSICOLOGIA DO MOTORISTA

O automóvel é um aparelho mecânico que não tem sensibilidade nem raciocínio.

Quem o conduz é uma criatura humana. O motorista é um ser que sente e reage como qualquer pessoa – tem suas angústias, suas alegrias, seus tormentos, seus momentos de felicidade.

O automóvel recebe e reflete algumas dessas sensações. Daí a utilidade de um estudo da psicologia do motorista, para que cada um, que dirige nas vias públicas, tenha um estímulo para fazer um exame de consciência.

Resumindo observações de Ernest Dichter, Pierre Martineau e Vance Pakard, vamos surpreender o indivíduo no instante em que começa a "carreira" de homem-máquina.

(3) Alker Tripp – *Tourn Planning and Road Traffic*, cit. por Hely Lopes Meirelles.

Ninguém mais pode pensar em que automóvel representa apenas um meio de transporte.

A essa função básica o indivíduo incorpora funções marginais e passa a atribuir ao carro significações de ordem puramente psicológica.

Em primeiro lugar, o carro é um símbolo de *status*, isto é, um símbolo de superioridade social e tem a função de demostrar a posição que o cidadão ocupa na hierarquia da comunidade.

Esta relação entre carro e posição social não foi estabelecida de maneira arbitrária ou gratuita. O primeiro sucesso na vida de negócios passa a reputar avanço social e afirmação de independência econômica. De tal maneira se entrelaçam a história de um carro e a história da vida, que podiam resumir as diferentes etapas de sua vida com os diferentes carros que possuíram.

Todo sucesso financeiro tende a ser convertido num novo carro e cada carro em um "pólo afetivo" que concentra recordações de negócios, ascensão social, viagens e vida sentimental.

Conhecido é o estudo realizado em 1957 por David Knickerbocker sobre o sistema seguido por várias firmas comerciais, norte-americanas de âmbito nacional, na distribuição de carros de serviços aos seus funcionários administrativos. Embora o trabalho se refira a empresa, ele se apóia no prestígio do próprio automóvel nos demais círculos da sociedade dos EUA. Assim, aos preços da época:

1. vendedores: carros baratos – "Ford", "Chevrolet", "Plymouth" (até US$ 2.200);
2. superiores de vendas – carros das mesmas marcas, modelos de luxo (até US$ 2.500);
3. ajudantes de gerentes-sociais de vendas: "Mercury", "Pontiac", "Dodge" (até US$ 2.800);
4. gerentes-gerais de vendas: "Oldsmobile", "De Soto", "Buick" (até US$ 3.600);
5. gerentes de divisão: "Chrysler", "Linconl", ou, senão, uma "Cadillac" (até US$ 5.100);
6. vice-presidente e cargos equivalentes ou superiores: esses podem escolher o modelo de "Cadillac" que bem preferirem.

O carro de maior prestígio nos EUA, à época era o "Cadillac". Daí ser também preferido pelos milionários negros, fato que provocou reações de duas ordens. De um lado os concorrentes passaram a explorar o miserável preconceito racial (que perdura em um povo que quer dar lições aos demais), fazendo-o através da insinuação de que aquela marca era a de "carro de negro". De outro, a fábrica viu-se obrigada a determinar a seus representantes que se negassem efetuar transações com pessoas de cor, ainda que contra pagamento à vista.

Em segundo lugar, carro é também um típico símbolo de independência, principalmente para os jovens, que rompem os laços de sujeição à família. Para os moços entre 18 e 24 anos, o primeiro carro está sempre associado a um afastamento da vida familiar, a uma viagem longa, a uma grande liberdade de movimentação. As aventuras com o carro, nessa fase estão intimamente associadas a uma necessidade de auto-afirmação. O carro é, sobretudo para o jovem com a sua personalidade *em formação*, uma disposição de restabelecer autoconfiança, um meio de provar superioridade, de expressar a sua vontade de dominar e de conquistar o respeito da família.

Permite-lhe também, ampliar o campo de suas relações e proporcionar-lhe segurança para as aproximações sociais.

Em terceiro lugar, o carro tem a função de expressar a própria personalidade através da marca comprada. A compra seria um processo de interação entre a personalidade do carro e a personalidade do adquirente.

Sabe-se que homens que têm o mesmo salário e pertencem à mesma classe social reagem de maneira diferente à mesma marca.

Em outras palavras, eles não se identificam igualmente com o carro, não experimentam uma correspondência entre a personalidade do carro e a sua própria personalidade.

As pessoas que desejam demonstrar uma tendência reservada e discreta procuram marcas e modelos capazes de expressar o seu conservadorismo. Por volta de 1940, veículos fabricados por "De Soto", "Dodge" ou "Plymouth" eram vendidos para consumidores que desejavam demonstrar estabilidade, interessados em afirmar maturidade intelectual, seriedade e responsabilidade profissional, escolhendo marcas e modelos com cores escuras e com um mínimo de acessórios.

Outra categoria, na mesma época, comprando "Chrysler", "Pontiac" ou "Buick", parecia estar tentando estabelecer uma conciliação entre tendências antagônicas. Eram pessoas que estavam tendo necessidade de demonstrar ascensão social e ao mesmo tempo revelar um espírito conservador. Aparentemente, elas estavam procurando marcas que realizassem os seus conscientes desejos de ostentação e, ao mesmo tempo, afastassem o inconsciente temor de críticas e desaprovação de seu grupo familiar, social e profissional. Sua escolha recaía sobre carros de cores luminosas e acessórios comuns.

As personalidades individualistas, desejando exprimir um espírito impulsivamente jovem, moderno e dinâmico, tendiam a preferir "Ford", "Oldsmobile" ou "Lincoln", de cores brilhantes, duas cores, com sobrecarga de acessórios.

A valorização dos diferentes aspectos em que nós podemos decompor um carro (aparência, conforto, potência, segurança, economia, velocidade) não permanece inalterada, uniforme com o decorrer dos anos. A valorização desses aspectos se modifica à medida que a personalidade do indivíduo vai sofrendo modificações, refletindo as características psicológicas de cada idade.

Assim, por exemplo, numa primeira fase que poderíamos estender dos 18 aos 35 anos, o carro é instrumento de satisfações inconseqüentes. Nessa fase tende a haver uma valorização da velocidade, superestimados o prazer de dominar e sentir a docilidade de um objeto poderoso e perigoso, de controlar uma tremenda massa de energia.

Nessa fase a valorização da potência é maior do que a valorização do conforto, principalmente quando o cidadão se defronta com a necessidade de comprar um carro pequeno. É difícil conquistar-se a confiança de grupos mais jovens com uma insistente argumentação em torno do conforto. O simples fato de ter que optar por um carro pequeno importa levar o automobilista a exigir com compensação psicológica uma promessa de potência, força e velocidade.

A aparência, a conformação dinâmica das linhas, também são argumentos para o grupo jovem, de tendência individualista e exibicionista. As mulheres são particularmente sensíveis aos aspectos estéticos.

Nos últimos dez anos, mesmo nos EUA, um movimento vem progredindo e retirando do automóvel a sua condição de símbolo de uma determinada categoria social. É certo que ainda ninguém pode passar bruscamente de um "Volkswagen" para um "Cadillac" sem logo ser chamado de ladrão. Contudo, já admite como natural que a patroa dirija um "Mercury" e a empregada possua "Oldsmobile" ou "Chrysler". A revolução dos costumes, incentivada pela juventude, vem produzindo resultados inesperados. Os psicólogos das agências de publicidade, habituados a vender idéias, colocando em evidência tanto um deputado, para que seja votado, quanto um detergente ou um desodorante, para que

seja comprado, agora procuram estudar o fenômeno para compreender o que realmente se passa.

Assim como certos elementos, notadamente da colônia inglesa, insistem em não fazer a barba aos sábados e domingos – dia em que a maioria norte-americana timbra em tomar banho e envergar sua melhor roupa – muitos cidadãos da grande nação das Américas passaram a usar velhos modelos, quase calhambeques, como um verdadeiro cartão de visita.

Cita Wilson Velloso uma determinada grande firma de Nova Iorque em que o presidente usa um "Fiat Multipla" (a esposa guia "Lincoln"), o vice um "Pontiac Tempest", a secretária do presidente tem um "Ford Galaxie", a do vice um "Karman Ghia", o cubano que conserta as máquinas de escrever um "Cadillac" conversível, o chefe da guarda um "Pontiac Catalina", o advogado um velho "Plymouth" e seu jovem auxiliar um "Thunderbild". O engenheiro-chefe gaba intensamente seu "Volkswagen", mas sua secretária não se convence e tem um "Rambler Classic" conversível. Pela escala antiga – salienta – "o único que está correto é o jardineiro, que anda de motoneta "Corsair", fabricada na Itália pela *Vespa*.

Uma autêntica revolução se tem processado graças à ascensão das massas, que já não se contentam em reclamar um lugar ao sol, mas exigem "o" *seu lugar*, impondo-se à minorias pela força do maior número.

A teoria segundo a qual o som da batida de porta de um carro de classe anuncia prosperidade já perdeu o significado. A tabela de David Knickerbocker, da graduação das marcas, segundo a hierarquia dos funcionários, não mais exprime uma realidade constante, sobretudo na época da "Kombi", que só precisa de um leme e de uma hélice para fazer também navegação.

No Brasil, a despeito do extraordinário desenvolvimento da indústria automobilística, a democratização do automóvel vem sendo feita em escala muito lenta. As dificuldades de importação, de outro lado, têm impedido que através de seu carro o indivíduo manifeste livremente suas tendências e aspirações. Assim, não existe no País, praticamente, o *possuidor* do "Rolls Royce", isto é, o tipo humano que se reveja no carro inglês. Quando muito, há por aí o "Mercedez Benz", que é o carro de todos os exibicionistas – quer supostamente intelectualizados, quer analfabetos – mas todos invariavelmente cheios de dinheiro.

A regra é o carro pequeno, econômico, ainda que situado muito acima do preço que deveria custar, mas que já encontra um campo de consumo em constante fase de ampliação. Conduzem-no, indiferentemente, tanto patrões como empregados, tanto ricos como remediados, dado que no Brasil nunca houve uma *tradição* (não em profundida de tempo, mas em extensão de mercado), capaz de agrupar elementos das diferentes camadas sociais em torno de determinadas marcas. Tanto mais que, como País de imigração, aqui existem possibilidades de interpenetração social que praticamente impedem o estabelecimento de uma relação homem-automóvel como a que tivemos ensejo de mencionar.

Dito isto, e para concluir, podemos voltar ao ponto de partida.

A conduta do automobilista, sobretudo quando escolhe a marca do carro que pretende adquirir, é vária e inconstante.

Como a psicologia feminina – na vida real ou na opera – *la donna é mobile.*

Na direção de um automóvel o cidadão projeta a sua personalidade e como vive, guia, ou guia como vive. Por isso, com o andar dos anos, as atitudes mudam. Das reações nervosas imediatas dos primeiros tempos chega o motorista à fase em que suas mãos e seus pés demoram em atender ao apelo dos olhos.

Há uma linha constante que acompanha o crescimento o florescimento, a maturidade e a velhice dos indivíduos e que se traduz no comportamento do automobilista.

Após o casamento e com a constituição da família a mentalidade do antigo campeão de corridas começa a sofrer uma transformação. O interesse primordial pela velocidade entra a desaparecer. Vai ceder seu lugar a uma fase de transição, em que o automobilista passa a emprestar maior valor aos fatores de precisão técnica que lhe asseguram a eficiência mecânica, a resistência estrutural, o conforto, não mais individual, mas também para a mulher e para os filhos.

À proporção em que o tempo avança acentua-se o movimento de repressão dos impulsos emocionais, passando o automobilista a valorizar cada vez mais intensamente todos aqueles elementos que lhe garantem o uso racional do veículo.

Há um instante, porém, em que é preciso parar. Quando a vista enfraquece existe o recurso às lentes que a rejuvenescem. Ninguém descobriu, entretanto, remédio para a ferrugem que se instala no organismo humano e que dificulta a sincronização dos sentidos. Quando ela se desenvolve e se generaliza deve o automobilista renunciar ao automóvel.

A experiência mostra que essa página pode ser virada sem dor. Assim como os homens, ainda mesmo os mais viris, vão aos poucos perdendo o interesse pela mulher, assim também o antigo jovem que *envenenava* o motor de seu carro para apostar corrida nos bairros despovoados, acaba preferindo viajar apenas como passageiro. Deixa o volante nas mãos do filho, ou do neto, e nem ao menos pisa um pedal imaginário quando tem a impressão de que pode haver um acidente.

A prova?

A prova está no fato de que a lei que estabelece uma idade limite para outorga da carta de habilitação ao jovem, em relação ao velho não fixa nenhuma restrição. Acima dela, está a inexorável lei da natureza.[4]

(4) *O Estado de S. Paulo* de 11.10.1964.

Movimentar um automóvel é fácil. Tudo se resume em uma combinação adequada de instrumentos que um menino de dez anos está apto a realizar. Difícil é conduzi-lo com bom senso e perícia. Isso pela razão de que na direção de um veículo a criatura humana se amplia, cresce e se sente poderosa. O prazer de rodar livremente mecaniza-se. Nesse instante costuma ocorrer um fenômeno de euforia que modifica a reação psicomotora dos indivíduos conforme as condições personalísticas de cada um. Euforia que não exclui a possibilidade de uma inversão de posições para que predominem sentimentos depressivos.

Na maioria dos casos o motorista apenas superficialmente conhece o seu automóvel. A *chauffeuse*, principalmente, ignora não apenas o secundário, senão também o principal. Quando muito sabe que sem combustível o automóvel não anda, razão pela qual logo apreende onde se situa o tanque de gasolina. Salvam-se as mulheres feias, que, sujando as mãos e até o rosto, chegam a fazer cursos de mecânica para amadores, receosas de não encontrar um cavalheiro que as socorra.

Mesmo os homens dados como mais talentosos incidem na mesma falha. O comum dos motoristas tem *noções* muito vagas a respeito do assunto, que, na prática, de muito pouco lhes valem. A grande maioria não vai além da troca de pneumáticos. Por exceção, os donos de carros, de baixo poder aquisitivo, são capazes de fazer reparações mecânicas. Quando existem noções técnicas, estas geralmente derivam do primeiro carro e não tendem a progredir. Na realidade, os conhecimentos dos automobilistas não se estabelecem em termos de coeficientes, números, quantidades, índices ou relações matemáticas.

Invariável, também, é a ligação afetiva que se estabelece com o velho carro. A venda de um automóvel é interpretada como a perda de um companheiro, e a personalidade do novo deve competir com a personalidade do antigo carro.

Esse fato não deve ser subestimado.

Por volta de 1940, os vendedores começaram a observar que a presença de conversíveis na vitrina atraía um número maior de visitas ao salão de exposição.

Procurou-se explicar esse fato, sustentando-se que os conversíveis, no inconsciente da personalidade, eram considerados como símbolos invariáveis de "perene juventude". Os homens, viam no conversível uma possível amante simbólica. Examinando o conversível, eles sonhavam com mocidade, romance e aventura. Era esse sonho que os arrastava para o salão de exposição. Uma vez no interior da loja, o conquistador acabava decidindo-se por um sedan. Simbolicamente ele se casaria com o sedan, útil, prático e seguro como uma boa esposa.

Essa interpretação, inverossímil ou não, vinha revelar ainda mais os possíveis e profundos efeitos do automóvel sobre a imaginação do cidadão comum, como outros estudos já vinham demonstrando os efeitos do ato de dirigir sobre a personalidade.

Na opinião dos psicólogos, a identificação do motorista com o veículo traz a experiência de um enorme aumento de poder, ficando o motorista consciente de que está controlando uma força mecânica desproporcional aos seus meios naturais de locomoção. O prazer de guiar deriva da identificação da máquina (com a conseqüente redução dos sentimentos de inferioridade), do relaxamento das tensões intelectuais, da fuga da realidade e da ação de um conjunto de estímulos visuais, auditivos, tácteis, cinéticos e de modificações fisiológicas.

O efeito básico, entretanto, consistiria na exaltação do sentimento de poder refletindo-se no conjunto da personalidade. Essa intensificação do sentimento de poder parece estar acompanhada de uma sensação de invulnerabilidade, fazendo surgir tendências anti-sociais, normalmente reprimidas pela educação, provocando um retrocesso a estágios infantis, uma regressão a formas mais primitivas e mais elementares de comportamento. Isto é, a identificação com o poder da máquina cria um estado de desequilíbrio afetivo que favorece a regressão. O automobilista apresenta, assim, pequena tolerância às indicações de redução de velocidade, às advertências, regras e interrupções do trânsito, interpretando-as como limitações indesejáveis ao sentimento de poder, predispondo-o para as reações de mau humor e até mesmo para a perda da responsabilidade.

Se o indivíduo tem o arbítrio de desatender ao sinal – *Reduza a Velocidade* – (pois que se sente superior ao pedestre que o pretendeu menosprezar através da figura artificial e ingênua do medo), em compensação ele não pode fugir da frenada, da marcha lenta, das sucessivas paralizações e avanços por força de engarrafamento do tráfego. Nesses momentos, regra geral, o automobilista irrita-se. Sua linguagem, de imediato, ganha agressividade. Se no veículo viajam apenas pessoas do sexo masculino é comum o colorido do palavrão, com a mesma espontaneidade do porejamento do suor nos dias excessivamente quentes.

Os técnicos em trânsito sabem que o risco maior está logo após a libertação das viaturas presas pelo congestionamento. Tão logo se livra do estrangulamento o motorista imprime velocidade ao seu carro. Na aparência busca uma desforra íntima da humilhação que lhe foi imposta. Se a via de tráfego é uma só, o risco é menor, pela razão de que o obstáculo vencido age como a *pena* dos encanamentos de água, limitando o fluxo de veículos, pormenor que significa um aumento dos índices de segurança. Nas cidades, porém, a situação é diferente. Há trânsito convergente nos cruzamentos. A influência do obstáculo, semelhante à de um contagotas, desaparece. Então, surge o perigo.

Todos nós, automobilistas ou não, estamos sujeitos a um mecanismo denominado frustração – agressão. Frustração

é uma reação desajustada provocada por uma dificuldade que impede a satisfação de uma intenção ou tendência.

Toda frustração conduz à agressão; agressão é um comportamento que compensa a frustração. Assim, depois de um dia de trabalho e de contrariedades, as pessoas guiam seus carros com agressividade ou em alta velocidade. As discussões com as esposas, antes ou durante o ato de conduzir, tendem a provocar uma forma impulsiva de comportamento.

O funcionamento do mecanismo frustração – agressão, passa a ser um problema em virtude do poder destrutivo do instrumento de agressão que o automobilista tem em suas mãos.

A forma agressiva de conduzir é freqüente nas personalidades com frustrações sociais ou econômicas, particularmente nos indivíduos pertencentes às classes de baixo poder aquisitivo, pouco resistentes a choques emocionais.

Sempre objetivos e amantes de estatísticas, os norte-americanos chegaram à importantíssima conclusão de que existem frustrados que são *ultra-reincidentes* na prática de infrações. São aqueles que, entendessem os magistrados criminais de psicologia, ainda que o mínimo necessário para *julgar* seus semelhantes, teriam suas cartas de habilitação cassadas em definitivo, através da aplicação da pena acessória prevista no Código Penal. Nada menos de 36,4% dos acidentes de trânsito verificados nos Estados Unidos da América são provocados pela insignificante minoria de 3,9% dos motoristas ali habilitados!

Além das frustrações de ordem social e econômica, os psicológos sustentam, ainda, que o estilo agressivo no dirigir pode decorrer de frustrações profissionais e afetivas. Neste último caso, o motorista teria sofrido uma carência de afeto por parte da figura materna ou paterna.

Entre os chamados "violadores crônicos", existiam seis vezes mais divorciados, maior proporção de excêntricos, alcoólatras, inadaptados ao trabalho ou sujeitos a dissenções conjugais.

Os psicanalistas suspeitam ainda de que a agressividade no guiar seria maior entre os impotentes e os maridos dominados.

O impotente, pela razão que deseja disfarçar a condição que o inferioriza. Da mesma forma como age no teatro como um galanteador impenitente e leva a atriz principal para cear na sua companhia, ostentando publicamente que tem a intenção de pernoitar com ela, assim também no trânsito comum, ele se impõe como um verdadeiro *macho* em meio de pessoas que, sendo masculinas, não precisam fazer praça dessa qualidade. Ao depois, a atriz vai para casa, familiarmente; seu acompanhante beija-lhe a mão e retira-se. A propaganda, todavia, produz seus efeitos. Tanto assim que invejosos existem, que imaginam o quanto teria acontecido, sem acontecer, desde o instante em que o casal deixou o teatro.

Igual é a situação do marido dominado. Na rua é o "mandão", mas em casa dorme do lado do canto, relegando à mulher a tarefa de defendê-lo, ou de sair primeiro, no caso da ocorrência de qualquer barulho suspeito.

Não fossem, regra geral, maridos dominados, indivíduos impotentes, ou cidadãos castrados, em vez de compilar jurisprudência, os juristas estudariam psicologia, que é a ciência que, partindo da observação dos fatos psíquicos, procura determinar suas causas e suas leis. Poderiam então servir mil vezes melhor à sociedade e à Justiça.[5]

POESIA DO AUTOMÓVEL

O filão poderia ser chamado de "Era do motor de explosão", ou de "Idade do Chofer", como aliás já o denominou Marinetti. Nem por isso, tem constituído tema para preocupações literárias, talvez

[5] *O Estado de S. Paulo* de 11.10.1964.

por causa das dificuldades que apresenta. Talvez, ainda, porque seja conseqüência de outro filão mais rico, que vem absorvendo a atenção dos interpretes da época.

Malgrado esse indiferentismo temos exceções. É o caso, por exemplo, de *Bomba de Gasolina* – "árvore mecânica desta época dinâmica" – em que Américo R. Netto se dirige à planta-mecanismo com o impulso decidido do namorado que escreve um "correio elegante".

> "O teu cano que se enterra,
> como raízes de ferro,
> faz brotar, dos reservatórios soturnos,
> energias milenárias,
> que passeiavam na terra quando o sol
> ainda era moço."

Falando da amada, e falando dela com uma ponta de lirismo, descreve-a, hirta e firme, a cabeça de vidro, vidrada e virada, tonta de luz. Alude às reservas milenárias, do tempo em que o sol era moço, e encanta-se diante do seu braço.

> "elástico e longo,
> que vai fecundar, lá no fundo,
> o ventre vazio dos tanques de lata..."

É preciso confessar que, no gênero, pouca coisa existe.

Há o motorista de caminhão que vai criando uma literatura curiosa, feita de frases soltas, mas que não encontrou sequer seu romancista. Há uma literatura jurídica desgraciosa, parda como o estilo de qualquer ministro ou desembargador, que trata, não dos corações feridos quando há um atropelamento, mas das indenizações pelos estragos causados pelo *monstro de rodas*.

E que mais?

Ninguém nega que o automóvel contribui poderosamente para a alteração do comportamento coletivo. Encontrando um *status* que se esboroava, esse veículo valeu como uma picareta destruidora. Todavia... e daí? Se formos considerar o caso do ponto de vista da influência exercida no arejamento da sociedade, onde colocaremos a linotipo, o telegrafo, ou o próprio cinema?

Compondo uma reconstituição de seu tempo – a parte final de *belle époque* – Nelson Palma Travassos faz uma inversão. Eleva o automóvel à condição de um ser inteligente. A Criatura pensante, de um cabeçote e vários cilindros, toma decisões e impõe regras de conduta e normas de administração aos homens de governo.

O automóvel, de quem, com ar profético, dissera Euclides da Cunha que libertava a velocidade dos trilhos, põe em contato as comunidades envergonhadas do Interior, força o arejamento de lares até então fechados, emancipa a mulher, cria condições sociais.

O tema é o veículo que se incorporou ao nosso sangue, à nossa vida. Que todos cobiçamos, amamos ou odiamos. Que traz a criança da maternidade, que a leva ao altar e a conduz depois, entre coroas e crepes, ao seio amoroso da terra. É o automóvel – nosso amigo, criado distinto e obrigado – companheiro, que continua como nunca virando a cabeça das meninas, e também das senhoritas e senhoras. Que vira a cabeça dos homens e vira a humanidade inteira, prostrando-a diante de suas rodas de borracha rendada. É o automóvel – nosso escravo e nosso algoz...

Pode-se supor que a participação desse veículo nos livros que exprimem as reações de nossa sociedade, seja pequena não tanto porque constitua um tema difícil, mas porque não tenha feito outra coisa senão responder ao apelo de uma coletividade que ansiava sair do marasmo. Em vez de causa, o automóvel seria um simples efeito, como o palalepípedo que calça as ruas, ou o asfalto que pavimenta as estradas.

Nem por isso, todavia, deve entender-se que a "Idade do chofer", não repercutiu em nosso meio.

Há mais coisas, e belas coisas.

Ajoelhado na frente do automóvel, por exemplo, o poeta bissexto Pedro Dantas trata-o com verdadeira unção. Em "Canto do Pedestre", quer, não sofrimento, não sofreguidão, mas paz. Provavelmente nunca teve um carro, ou mesmo um *pé de bode*. Diante do veículo insensível, que, não satisfeito com o desprezo, ainda o ameaça com a força de suas armas niqueladas, não resiste.

"Não me mates, automóvel
Pára, deixa-me passar
Automóvel, automóvel
Eu só quero atravessar.

Para tua vida eterna,
Tamanha pressa é ridícula,
Não fratures minha perna,
Não me quebres a clavícula.

.....

As rodas de sete léguas,
Tiram qualquer diferença
Presado automóvel, pensa,
Só quero, peço tréguas."

Não me mates!

Ouviu-se a voz do Homem, sob as rodas, sob as ferragens riscada em sangue pelo *diferencial*. Ouviu-se – e compreende-se que ela está coberta de razão. Ficou embaixo do conversível dirigido pelo *play-boy*...

O automóvel é personagem, que vive, anseia e chora. É filão, sem dúvida grande, mas pouco explorado. Daí o motivo pelo qual produz uma certa surpresa, sobretudo quando insinua, desvergonhadamente, que foi ele próprio quem segredou a Washington Luiz que proclamasse que "governar é abrir estradas".

Quem disse isso ao presidente?
O *Ford*
O *Chevrolet*?

Os versos voltam, insistindo nas imagens.

"As gotas pulam em ginástica,
elástica,
dançando no carburador.
Começa, então, o festim dos átomos incendiados,
na explosão de um faísca dourada..."[6]

A CIDADE DO AMANHÃ

Le Corbusier – ao imaginar a cidade como deveria ser – acentuava os valores cósmicos. O homem – lembrava – é um organismo biológico num planeta ensolarado. Tem necessidades elementares. Ar, luz, sol, folhagem, espaço, silêncio, liberdade, intimidade, isolamento e beleza.

Tais fatores são básicos. Os tempos modificam-lhes as formas de existência e expressão. Mas não conseguem aniquiliar o que neles há de essencial para o ser humano. De uma maneira ou outra ligadas ao assunto desta página, as citações e idéias que se seguem enfocam essa íntima realidade no âmbito da cidade contemporânea.

"A cidade moderna não tem subúrbio. A técnica nos permite ganhar na altura o que se perde na extensão. A cidade torna-se compacta, clara. A questão dos transportes desaparece. Com edifícios de 50 metros de altura (essas palavras foram escritas em 1936) poderemos atingir a 1.000 habitantes por hectare, uma superdensidade. Os imóveis cobrirão apenas de 10 a 12 por cento do solo. O resto serão parques, o esporte ao pé da casa, o campo a cinqüenta metros da casa. O Câncer da cidade é o automóvel, que ficará para os fins de semana, para o mais longo prazer (*Le Corbusier*).

O que deve ser feito, diz Jane Jacobs em seu importante livro "A Morte e a Vida das Grandes Cidades Americanas", é inverter o processo. Sempre que as exigências do tráfego entrarem em conflito com as exigências da vida da cidade, temos que nos erguer resolutamente con-

[6] *O Estado de S. Paulo* de 03.12.1960.

tra o tráfego. Se agirmos assim, faremos retornar o transporte coletivo, diminuirá o número de carros na cidade e nela a vida reaverá seu encanto magnético.

Assim como as edificações foram aumentando o número de andares, também o sistema viário, para corresponder ao crescimento vertical, deverá adotar a mesma fórmula (Colin Buchaman).

"Entramos nos tempos novos munidos de armas que os outros tempos não conheceram: a documentação organizada, que nos permite mergulhar na aventura do urbanismo moderno sabendo das tentativas, conhecendo os resultados e as razões dos fracassos das aventuras anteriores". (Marcelo Roberto)

"Nenhum outro sistema de tráfego sobre rodas, aproxima-se do automóvel, como fator destrutivo. Isto porque o automóvel não só ocupa a vida pública, como também dissolve o tecido conjuntivo da cidade. Seu apetite por espaço é insaciável; em movimento, ou estacionado, ele devora a área humana". James Fitch.

"A cidade é mais do que um fenômeno contemporâneo e passageiro. É o produto de diversas culturas em diferentes períodos . A questão de sua vida ou morte não pode ser resolvida simplesmente na base das condições ou experiências atuais. A cidade não pode ser condenada à extinção por ter sido mal utilizada desde a industrialização, ou porque a sua estrutura tornou-se impotente com o aparecimento de uma invenção mecânica como o automóvel". (Marcelo Roberto)

4 – DIREITO DE TRÂNSITO

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO E SUAS PENALIDADES

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

A punição dos crimes culposo de trânsito, decorrentes do uso de veículos automotores sofreu duas modificações importantes. A primeira, mais remota, com a Lei 7.209, de 11.07.1984, substitutiva da Parte Geral do Código Penal de 1940, e que tivera sua primeira manifestação com a Lei 6.416, de 1977, alterando o art. 698 do CPP (§ 2.º, inc. II); a segunda, mais recente, com a Lei 9.099, de 26.09.1995, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

A Exposição de Motivos da nova Parte Geral consignou que "Apesar desses inegáveis aperfeiçoamentos, (citados no pronunciamento ministerial) a legislação penal continua inadequada às exigências da sociedade brasileira. A pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, a consciência da medida repressiva como resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, são fatores que exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime, ainda os mesmos concebidos pelos juristas na primeira metade do século".

A manifestação do Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel acentuou na parte referente às penas que "Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, com meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo mundo. O que por ora se discute é a limitação aos casos de reconhecida necessidade".

A Parte Geral, estabelecendo penas restritivas de direito, autônomas e substitutivas da privativa de liberdade, quando esta for inferior a um ano ou se o crime foi culposo, veio de encontro aos critérios acolhidos pelos juristas de nomeada, como demonstra Alberto Silva Franco, transcrevendo afirmação de Claus Roxin, no sentido de que "precisamente para os cidadãos socialmente integrados, (referia-se aos autores de delitos de tráfego) o simples fato de ver-se envolvido num processo penal e de ter de comparecer como acusado já pressupõe um espantoso *shock* cujo efeito não sofrerá substancial aumento pelo cumprimento da pena de curta duração de modo que esta não passaria, para tal fim, de um sofrimento inútil e desnecessário". Outros autores, também citados por Silva Franco, são do mesmo entendimento, como Muñoz Conde ao enfatizar: "No cárcere o réu não apenas desaprende a viver em sociedade livremente mas, ao contrário, prossegue e ainda aperfeiçoa sua carreira criminosa, através do contato e das relações com outros delinqüentes. O cárcere muda certamente o delinqüente mas o faz, em geral, para

piorá-lo. Faz-lhe perder qualidades vitais e sociais mínimas exigíveis para levar uma vida em liberdade e lhe dá, em troca, uma atitude negativa frente à sociedade. Em especial, tais conseqüências agravam-se em relação às penas privativas de liberdade de curta duração". (*Temas de Direito Penal*, Saraiva, 1986, p. 131-132).

Segundo Sérgio Salomão Shecaira "A principal tarefa dentro do Estado de Direito – aspecto que o diferencia de outras formas de Estado, no plano penal – reside na constante revisão da função punitiva, vale dizer, a observação de critérios restritivos da necessidade ou não de punir. Para que o sistema penal não sofra distorções autoritárias, que possam ferir a dignidade humana, deve-se ter em conta, dentre outros, o movimento de descriminalização". (*Prestação de Serviços à Comunidade*, Saraiva, 1993, p. 18). O mesmo autor deixa claro, entretanto, que "não tem maior sorte aqueles que encontram a solução para o problema da pena sua própria supressão. É inconteste a sua ineficácia como reação penal exclusiva, e sua incapacidade de atender razoavelmente às expectativas da população e às exigências de segurança jurídica em relação aos detentos. Trata-se, no entanto, de buscar aperfeiçoamento para que esta seja utilizada quando realmente houver necessidade, incluindo-a em um conceito de Direito Penal que deve ser utilizado como última instância de controle social". (*Pena e Constituição*, RT, 1995, p. 56).

O instituto da suspensão condicional da pena, já previsto na antiga Parte Feral, foi no entanto adaptado pela Lei 7.209/94, com as modificações impostas pelas novas modalidades de penas e a sistemática a que estão sujeitas.

Tais condições – esclarece a Exposição de Motivos no n. 65 – transformaram a suspensão condicional em solução mais severa do que as penas restritivas de direitos, criando-se para o juiz mais esta alternativa à pena privativa da liberdade não superior a 2 (dois) anos. Os condenados ficam sujeitos a regime de prova mais exigente, pois além das condições até agora impostas deverão cumprir, ainda, as de prestação de serviços à comunidade ou de limitação de fim de semana, bem como condições outras especificadas na sentença, "adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado" (arts. 46, 48, 78, § 1.º e 79). É de se entender, pois, que a suspensão condicional importa em maior severidade sancionadora que as penas restritivas de direitos, substitutivas das privativas de liberdade (art. 44, inc. I, parágrafo único), devendo entretanto ser observado o previsto no art. 59, quanto à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, bem como ao comportamento da vítima, além da advertência quanto à necessidade e eficiência da pena para reprovação e prevenção do crime.

O art. 77, inc. III, aconselha que seja feita a substituição prevista no art. 44, quando indicada ou cabível, e a solução nos parece a mais adequada para o espírito que presidiu as modificações da Parte Geral.

Para os crimes culposos de trânsito, portanto, caberá sempre a aplicação das penas restritivas de direito, quando o réu preencher os requisitos legais da substituição, como ensina Celso Delmanto. Atendidos os requisitos, o magistrado, se não aplicar a substituição deve fundamentar a negativa, por se tratar de direito público subjetivo do réu. (*Código Penal Comentado*, 1.ª ed., p. 71).

O parágrafo único do art. 44 estabelece que a pena privativa de liberdade, igual ou superior a um ano pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exeqüíveis simultaneamente. E o parágrafo único do art. 58 determina que a multa prevista no parágrafo único do art. 44 aplica-se independentemente de cominação na Parte Especial. Consoante Celso Delmanto "É desnecessário que a pena de multa esteja prevista na sanção do crime

cuja privativa de liberdade ele vai substituir. Basta que a privativa seja fixada em quantidade que permita a substituição, e que estejam presentes as condições subjetivas indicadoras da suficiência da substituição". (*op.cit.*, p. 86).

Ao tratar do § 2.º do art. 60 esclarece ainda Celso Delmanto: "Embora a lei empregue a locução verbal 'pode ser substituída', tal substituição não fica relegada ao puro arbítrio do juiz. Este pode decidir, em face do processo, que falta o requisito subjetivo da suficiência (art. 44, inc. III) e negar a substituição da pena, fundamentadamente. No entanto, não pode negar ao réu a substituição da pena quando reconheça que tal medida é suficiente." (*op.cit.*, p. 92).

Silva Franco, após mencionar os três requisitos da incidência substitutiva das penas restritivas de direitos, adverte: "o juiz deve verificar se a substituição de uma espécie de pena por outra se revela suficiente para a reprovação e para a prevenção do crime, devendo inferir o critério de suficiência da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do condenado, bem como dos motivos e das circunstâncias do crime". (*op.cit.*, p. 136).

Acolhida a tese de que nos crimes de trânsito melhor será a aplicação das penas restritivas, resta saber qual a punição mais adequada. Entendemos seja a prestação de serviços à comunidade e a interdição temporária de direitos, cabendo também a multa, nos casos previstos no art. 60 e seu § 1.º, isto é, quando a situação econômica do réu indicar tal procedimento.

A suspensão do direito de dirigir veículos parece-nos adequada porque priva o condenado por um tempo suficiente para meditar sobre ato praticado e porque fica sem poder usar o que, na maioria das vezes, constitui o seu próprio *status*.

Existe, é certo, a corrente que não aceita a suspensão para os motoristas profissionais, porque a restrição atingiria familiares dependentes do trabalho com o veículo. Embora razoável o entendimento, e até aconselhável nos casos comuns de culpa profissional, insistimos no sentido de que existem condutas indicadoras de clamorosa imprudência ou imperícia manifesta, quando, então, a restrição deve ser aplicada, pois a pretexto de garantir o exercício de uma profissão não se pode desprezar a inadequação do réu para exerce-la sem perigo para a comunidade.

Segundo Waldyr de Abreu a interdição de direito de dirigir é, no entender de alguns especialistas, a melhor sanção contra os delitos de trânsito. Foi o pronunciamento dominante nas Jornadas Hispano-Francesas, de Barcelona, em 1977. Em França – assinala o autor – "aplica-se a interdição de dirigir até a infrações que nada têm com o trânsito. Conforme a lição de R. Maurach, pressuposto desta pena "é que, da apreciação do fato e da total personalidade do autor, resulte sua inaptidão para a condução de um automóvel, seja por falta de conhecimentos e dominação das regras de trânsito; seja por motivo de caráter, que o leve a abusar das possibilidades do automóvel". (*Direito Penal do Trânsito*, Forense, 1987, p. 124).

Aliás, cumprido que seja o art. 77 do CNT (Lei 5.108/66) pode ocorrer que o condenado tenha o seu direito restringido administrativamente, conforme demonstramos em artigo publicado no v. 14 da Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 253/260. Idêntica medida está prevista no projeto de Código de Trânsito Brasileiro, (art. 160 da redação do Senado) com maior severidade, pois acrescenta que o exame se impõe independentemente do reconhecimento da prescrição, em face da pena concretizada na sentença.

José Frederico Marques, cuidando do crime automobilístico, que definou no Tratado de Direito Penal (Saraiva, vol. IV, p. 249), afirmou que "uma dos problemas ainda sem solução satisfatória, no Direito Penal Moderno, é o da periculosidade em crimes culposos. E, no entanto, os delinqüentes culposos, como salienta Aldo

Franchini, representam para a sociedade moderna 'un pericolo largamente superiore a quello sustenuto dai comuni criminali'. No plano prático, infelizmente considera-se o delinqüente culposo com particular benevolência".

O Código Nacional de Trânsito de 1966 consigna disposições próprias a respeito da apreensão do documento de habilitação, como pena administrativa, o que pode ocorrer pelo prazo de 1 a 12 meses (art. 96, § 1.º). O projeto de Código de Trânsito Brasileiro, mais rigoroso, estabelece que a suspensão será pelo prazo mínimo de 1 mês até o máximo de 1 ano, mas, reconhecida a reincidência, no período de 12 meses, o prazo mínimo será de 6 meses até o máximo de 2 anos, segundo critérios estabelecidos pelo Contran. A suspensão também será aplicada quando o condutor atingir 20 pontos, dentre os estabelecidos para as penas das infrações gravíssimas, graves, médias e leves (art. 259 da redação do Senado).

A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, sendo as tarefas atribuídas conforme as aptidões dos condenados, durante oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (art. 46 e parágrafo único). O prazo de cumprimento é o mesmo da pena privativa que substituir.

Como se sabe, o magistrado deve primeiro estabelecer a pena privativa de liberdade e só então realizar a substituição. Se entender de não fazê-lo, o juiz da execução poderá determinar a conversão, como também poderá, motivadamente, alterar a forma de cumprimento das penas (art. 148 da LEP).

Como leciona Cezar Roberto Bitencourt, "A prestação de serviços à comunidade é um ônus que se impõe ao condenado como conseqüência jurídico-penal da violação da norma jurídica. Não é um emprego e tampouco um privilégio, apesar da existência de milhares de desempregados; aliás, por isso, a recomendação de utilizar-se somente as entidades referidas e em atividades em que não eliminem a criação de empregos" (*Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*, Livraria do Advogado, 1995, p. 208).

No Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo decidiu-se: "A designação da entidade ou programa comunitário ou estatal onde deverá o condenado trabalhar gratuitamente, de acordo com suas aptidões; a especificação das regras, a atribuição das tarefas que deverá cumprir, o dia e hora em que deverá comparecer etc., são atos de competência do juiz da execução, como disposto no art. 149 da Lei 7.210/84" (TACrimSP, Ap. 727.935, rel. Juiz Márcio Bártoli).

Os locais dos serviços estão previstos no art. 46, e não pode o magistrado inovar, indicando alternativas de sua inspiração, como, por exemplo, em templo religioso, por ser tal determinação manifestamente inconstitucional, como decidiu o TAMG, em acórdão registrado na Revista dos Tribunais (620/353) e na obra *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 5.ª ed., RT, p. 609.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal não admitiu, como objeto material da pena de prestação de serviços à comunidade, a doação, pelo condenado ou por outrem, de seis litros de sangue (HC 68.309-6/130-DF). O relator, Min. Celso de Mello, afirmou: "A exigência judicial de doação de sangue não se ajusta aos parâmetros conceituais, fixados pelo ordenamento positivo, pertinentes à própria inteligência da expressão legal 'prestação de serviços à comunidade', cujo sentido claro e inequívoco, veicula a idéia de realização pelo próprio condenado, de encargos de caráter exclusivamente laboral. Tratando-se de exigência conflitante com o modelo jurídico-legal peculiar ao siste-

ma de penas alternativas ou substitutivas, não há como prestigia-la e nem mantê-la".

"A sentença criminal" – como salienta Luiz Vicente Cernicchiaro – "não pode ser motivo para impor-se ao condenado obrigação de alterar o seu *modus vivendi*. Inconcebível forçar o adepto de partido de esquerda aderir à direita, ou vice-versa. Nem mesmo que o mau se transforme em homem bom e piedoso. A Constituição não transige com a 'lavagem cerebral', método preferido e largamente empregado nos regimes ditatoriais. A prevenção de que trata o art. 59, tem sentido próprio, específico. Repita-se, incutir a idéia de não repetir o crime". (*Direito Penal na Constituição*, RT, 3.ª ed., p. 127).

Descumprindo preciso entendimento do legislador de 1984, embora imbuídos das melhores intenções, ilustres magistrados da capital e do interior de São Paulo vêm aplicando o art. 43 de forma totalmente errada, como dão conta as notícias de o Estado de São Paulo, dos dias 25 e 28 de setembro e 16 de novembro de 1996, sob os títulos "Réus têm de fazer doação para entidade beneficente", "Justiça arquiva ações em troca de alimentos" e "Punição alternativa vai ajudar a combater a fome". Segundo a imprensa destaca, "os réus estão sendo obrigados a pagar as multas comprando remédios, cestas básicas, material escolar e produtos de higiene para entidades assistenciais do município". Em Valparaiso, consoante informação do Promotor Público da Comarca, cujo nome é citado expressamente, "Um infrator de trânsito trocou a pena pela doação de 100 litros de combustível à polícia do município. O réu ficou emocionado e gostou de colaborar". De acordo com declaração do delegado seccional de polícia de Andradina, cujo nome também é citado pelo jornal, "A nova punição faz do ato de generosidade uma forma de sensibilizar o réu e fazê-lo mudar de atitude". José Carlos de Oliveira Robaldo nos dá notícia de que a idéia surgiu na comarca de Campo Grande, pelo entendimento de que "tal era possível, por se tratar, também de uma forma de prestação de serviço à comunidade, de grande relevância social e de fácil exeqüibilidade".

Segundo o autor, com a modificação da lei original, pela Lei 1.510/94, a polêmica sobre as chamadas "cestas básicas", como forma de transação, foi superada pela expressão "dentre outras" e que deu ao intérprete uma elasticidade enorme (*RBCCrim*, 12/118).

Embora respeitando o entendimento daqueles que aceitam a interpretação, nossa opinião é a de que a lei do Estado de Mato Grosso do Sul foi inconstitucional, enquanto aplicada na falta de lei federal.

Em artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 1, janeiro/março de 1993, Augusto Thompson comentou com certa ironia algumas decisões judiciais, e, fantasiando, cogitou de uma pena para o réu que, em acesso de ira, danificara o tabuleiro e os quitutes de uma baiana, por não lhe saber bem o acarajé servido. Em vez de detenção seria aplicada a pena de, vestido a caráter, servir a freguesia da lesada, uma hora por dia. Fernando Galvão, adotando as considerações de Thompson afirmou que "é forçoso reconhecer que o disposto no art. do Código Penal não é auto-aplicável, necessitando de uma norma complementar que defina as tarefas que o condenado poderia executar para servir à comunidade". (*Aplicação da Pena*, Del Rey, 1995, p. 292). Afirmou ainda o citado autor: "... a aplicação de uma pena que dependa da imaginação do juiz não atende aos princípios fundamentais do Estado de Direito".

Junto à Vara das Execuções da capital de São Paulo ocorreu interessante fato: o dono de churrascaria, condenado a prestação de serviços, insistiu reiteradamente junto ao juízo para que a pena fosse substituída por entrega de carne a entidade assistencial, o que lhe foi negado, com acertada razão. A prevalecer o critério dos magistrados já mencionados, por certo a pretensão seria acolhida, a pretexto de

uma assistência social, deformada, como ó óbvio.

A cobrança da pena de multa está agora subordinada a novo regime, segundo a Lei 9.268, de 01.04.1996. Esclarecimentos a tal respeito estão dados por magistrados no *Boletim do IBCCrim* n. 47 e no jornal *Tribuna do Direito,* edição de outubro de 1996.

Parece-nos importante transcrever as instruções transmitidas à Prefeitura de Paraguaçu Paulista pelo juiz Sérgio Mazina Martins, quando implantou na mesma comarca a prestação de serviços à comunidade. No ofício remetido a Chefe de Serviços Urbanos foi consignado o seguinte: "Confirmando nosso contato anterior, venho pelo presente encaminhar a V. Sa. o material anexo relativo à Portaria n. 002/91 deste Juízo. Como já lhe expliquei, a pena de prestação de serviços à comunidade está regulada pelos arts. 45, 46, 78, § 1.º e 81, inc. III do CP, bem como pelos arts. 149 e 150 da Lei 7.210/84 (Lei das Execuções Penais). A rigor, há dois tipos de condenações onde, em princípio pode haver, a aplicação dessa pena. O primeiro tipo consiste naqueles casos onde, já na sentença, o Juiz fixa essa pena como a originária: nesse caso, a pena geralmente será cumprida apenas por alguns poucos meses (Art. 46 do CP). O segundo tipo consiste naqueles casos onde, também na sentença ou mesmo depois, o Juiz concede ao condenado o benefício do *sursis*, todavia condicionando esse benefício à prestação de serviços à comunidade pelo prazo de um ano (art. 78, 1.º do CP). Todavia, da parte da Prefeitura não há necessidade de haver qualquer consideração mais teórica desses aspectos legais, já que, em surgindo qualquer problema ou qualquer dúvida, o Juízo ou a Promotoria de Justiça podem ser consultados de imediato. Parece-me que um ponto é de capital importância e deve ser de ciência da Prefeitura e, principalmente, do próprio condenado: caso ele descumpra as obrigações que a Prefeitura lhe determinar, ou as cumpra de modo insatisfatório, o Juízo dever ser comunicado de imediato porque, com essa comunicação a pena poderá ser convertida em pena de prisão. Ou seja, é importante que o condenado saiba que ele não está fazendo qualquer favor, mas está, isto sim, *cumprindo uma pena judicial* em razão de uma condenação transitada em julgado, e, assim, no caso de descumprir essa pena poderá ser recolhido à prisão, mesmo porque a lei é bastante clara nesse aspecto. Com relação à Prefeitura, e como já lhe confirmei, a mesma não tem qualquer tipo de ônus com o programa agora implantado: como pena judicial, o serviço é totalmente gratuito e independe de qualquer contraprestação à entidade credenciada. Na verdade a única obrigação da Prefeitura é fazer regularmente as comunicações a este Juízo, pois, com elas, o Juízo poderá fiscalizar se os resultados do programa estão sendo satisfatórios e, em particular, fiscalizar se o condenado está cumprindo a pena como lhe foi determinado." (A Portaria e inteiro teor do ofício e modelos estão transcritos na obra de Célio Salomão Shecaira, *Prestação de Serviços à Comunidade*, Saraiva, 1993, p. 100).

Na capital de São Paulo, desde 1989 a Secretaria Municipal do Bem Estar Social – SEBES – está credenciada a distribuir os serviços a todas as repartições da Prefeitura Municipal de São Paulo, como se vê da matéria transcrita na obra acima citada.

Decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que "Cabe ao Ministério Público atentar à entidade credenciada designada, onde o condenado, *através de prestação de serviços*, deverá encontrar ensinamento pedagógico quanto à sua insensibilidade pela vida alheia" (Ap. 642.579, rel. Juiz Ribeiro Machado).

Relembra-se ainda o que consta dos arts. 154 e 155 da Lei de Execução Penal. Vale dizer, cabe ao juiz da execução comunicar à autoridade competente a pena

aplicada, devendo a mesma em 24 horas baixar ato, a partir do qual a execução terá início. O descumprimento da pena poderá ser comunicado por qualquer prejudicado.

Nas conclusões de sua brilhante tese Sérgio Salomão Shecaira consignou que "embora deva ter-se certa cautela para a concessão da pena alternativa para os delitos, a prestação de serviços à comunidade é a mais adequada reprovação penal para delitos de pouca gravidade, principalmente em casos de delitos culposos. A repercussão na sociedade civil é extremamente favorável. Os próprios condenado vêem nela a melhor forma de reprovação a seus delitos". (*op.cit.*, p. 91).

O relatório apresentado pela Comissão Especial do Senado Federal, para exame do projeto do Código de Trânsito Brasileiro, oriundo da Câmara de Deputados (n. 73, de 1994, e n. 3.710/93 na Casa de origem) refere-se longamente às estatísticas sobre os serviços comunitários, baseado em artigo publicado no jornal *Diário Popular* de 25.02.1996.

Em Portugal, o Código Penal, revisto conforme autorização da Lei 35/94, de 13 de setembro, estabelece no art. 48.º que "1. A requerimento do condenado, pode o Tribunal ordenar que a pena de multa fixada seja total ou parcialmente substituída por dias de trabalho em estabelecimentos, oficinas ou obras do Estado, ou ainda de instituições particulares de solidariedade social, quando concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição". O art. 58.º do mesmo estatuto consigna: "1. Se ao agente deve ser aplicada pena de prisão em medida não superior a 1 ano, o tribunal substituia por prestação de trabalho a favor da comunidade sempre que concluir que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. 2. A prestação de trabalho a favor da comunidade consiste na prestação de serviços gratuitos ao Estado, a outras pessoas colectivas de direito público ou a entidades privadas cujos fins o tribunal considere de interesse para a comunidade".

A respeito do instituto penal português M. Maia Gonçalves escreveu: "A Comissão de Revisão do CP propôs um excessivo alargamento dos pressupostos da PTFC (*prestação de trabalhos à favor da comunidade*) atendendo a idéia de que se trata porventura da mais importante descoberta político-criminal dos últimos decênios no domínio sancionatório e que esta é a única das penas que não tem caráter estritamente pessoal, mas assume cariz social-positivo". (*Comentários ao Código Penal Português*, 10.ª ed., Almedina, 1996, p. 247).

Com igual intenção doutrina J. Figueiredo Dias: "A avaliação dos primeiros resultados desta nova sanção tem sido considerada praticamente em toda parte, encorajadora; nomeadamente o êxito da pena de *travail d'intéret general*, introduzida em França pela Lei 83/466, de 10.06.1983, tem sido assinalável. O problema mais complexo – para além de inúmeras dificuldades de execução e de fiscalização que, ainda um pouco por toda parte, têm de ser vencidas – é o de encontrar para a pena de PTFC um enquadramento legal que faça verdadeiramente jus ao seu caráter de pena de substituição das *penas de prisão*; e não a deixe decair em uma medida – nesse caso de diminuto interesse político criminal e dificilmente compensador dos custos e dificuldades de execução que a PTFC representa – meramente substitutivo de penas de multa". (*Direito Penal Português*, Aequitas, 1993, p. 373).

Citando definição de Jescheck, transcreveu Alberto Silva Franco que a prestação de serviços é a sanção consistente "no dever de prestar uma determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou pra fins comunitários". Prosseguindo, Silva Franco asseverou que "A prestação de serviços comunitários, como

pena substitutiva da prisão, tem sido objeto, na doutrina, de reações pendulares que vão desde o aplauso entusiástico até a crítica veemente. De permeio, sem formulação de um juízo mais demorado sobre a validade ou não da alternativa penal, posicionam-se aqueles que, de pronto, encaram com pessimismo, a possibilidade de organização de serviços comunitários como infra-estrutura para a aplicação da pena. Assim, é exato, para alguns, que o trabalho comunitário "satisfaz em especial medida da idéia de um Direito Penal humano e de ressocialização", e que, além de evitar as desvantagens de uma pena privativa de liberdade, tem, mercê de seu caráter regenerador, 'um efeito socialmente construtivo' (Clau Roxin, El desarrolo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo, *La reforma del derecho penal*, p. 97).

Um grupo de ilustres magistrados paulistas, num trabalho que examinou o Anteprojeto de Reforma do Código Penal (*Jutacrim*, 68, novembro/1981) entendeu de consignar que "o Anteprojeto, no entanto, falha, e de forma clamorosa e lamentável no sistema de penas. Nesta matéria, o legislador não levou na devida conta a preciosa advertência de Maurach no sentido de que, reformar significa a arte do possível político-socialmente e do realizável materialmente". Prosseguindo, os autores da obra conjunta, afirmaram que "A prestação de serviços à comunidade exige, tanto da parte do condenado como das entidades que o acolhem, uma grande preparação e uma largueza de mentalidade que a sociedade brasileira ainda não conquistou". Adiantaram ainda que "Não seria o eufemismo de chamar-se a penalidade de prestação de serviços à comunidade que haveria de retirar essa sua característica de trabalho forçado, razão pela qual põe-se até em dúvida a constitucionalidade da norma. Uma coisa, realmente, é prever-se trabalho para o indivíduo que está resgatando uma pena de prisão (providência laborterápica), e outra coisa é impor-se esse mesmo trabalho como sanção."

Exagerada, *data venia*, a opinião do grupo de juristas, talvez atualmente com o entendimento modificado, pois julgado do Tribunal onde tinham assento afirmou que "A conversão em serviços à comunidade deverá procurar adequar os préstimos do infrator à tarefa de restauração do patrimônio público, servindo como advertência para a sua insensatez e de modelo para os que pretenderem incursionar pelo patrimônio de todos" (TACrim, Ap. 745/1, rel. Renato Nalini).

Respondendo aos argumentos tão radicais, escreveu Miguel Reale Júnior: "Essa modalidade de pena, além de ter valor coercitivo, revela-se útil, pois por meio dela o condenado sente ser necessário aos que precisam de auxílio e ao mesmo tempo convive com aqueles que espontaneamente se devotam ao próximo. A realização de trabalhos em hospitais, entidades assistenciais ou programas comunitários fará aflorar a sensibilidade, viabilizando uma tomada de consciência das contigências humanas, nas dificuldades de outrem e da sociedade, alargando horizontes, impregnando valores. Essa sanção será sentida e vivida pelo condenado, para o qual constituirá, muitas vezes, um aborrecimento, mesmo porque o trabalho deve ser gratuito, pois, do contrário, não seria pena. Malgrado seja punição, é, no entanto, bem menos do que a prisão, pela qual se priva a pessoa de todas as liberdades civis, tornando até mesmo impossível a vida sexual. Destarte, se o direito de punir justifica o encarceramento, nada impede a imposição de tarefas gratuitas nos dias de descanso, por quatro horas, em prol do bem comum. Aqueles que viram uma forma de trabalho escravo na prestação de serviços à comunidade, esqueceram-se de que essa constitui, antes de mais nada, uma pena, não um emprego. É um ônus, não uma conta de vencimentos, a não ser que se queira, impensadamente, pelo gosto da crítica, descuidar da dignidade do Direito

Penal". (*Novos Rumos do Sistema Criminal*, 1.ª ed., Forense, p. 52).

Para Cezar Roberto Bitencourt os serviços não são um emprego e tampouco um privilégio. O fato de dever ser cumprida a pena enquanto os demais membros da comunidade usufruem seu período de descanso gera aborrecimentos, angústia e aflição. Esses sentimentos são inerentes à sanção penal e integram sentido retributivo. Ao mesmo tempo, o condenado, a realizar essa tarefa comunitária, sente-se útil ao perceber que está prestando uma parcela de contribuição e recebe, muitas vezes, o reconhecimento da comunidade, pelo trabalho realizado. (*Alternativas à Pena de Prisão*, p. 208).

Júlio Fabrini Mirabete compartilha da opinião majoritária, em decidida afirmação: "Trata-se de uma pena amplamente aceitável, e de um ônus para o condenado, e não de uma relação de emprego. Certamente, o sentenciado preferirá submeter-se a essa sanção, a afrontar a pena privativa de liberdade na qual o trabalho também é obrigatório. Essa pena atende às exigências da retribuição sem degradar ou corromper". (*Manual de Direito Penal*, Atlas, 1996, v. 1, p. 226).

Num excelente e minucioso trabalho sobre delitos de trânsito José Adriano Marrey Neto assevera que "Das sanções penais, a mais construtiva e profícua será a de prestação de serviços à comunidade, alternativa salutar e útil, às penas privativas de liberdade". (*RT* 679/314). Quanto à aplicação da suspensão da carta de habilitação para dirigir veículos o ilustre magistrado mostra-se descrente, e chega mesmo a desaconselhá-la. "Em primeiro lugar" – afirma – "pela dificuldade de sua fiscalização, salvo em pequenas cidades interioranas, em que pelas próprias circunstâncias se faça notória a condenação". "O fato" – reitera – "é que a partir de cidades de porte médio para grande, sem se considerar esta capital, se torna absolutamente inviável a fiscalização de uma tal reprimenda, com indisfarçado convite para o seu desrespeito". Para alicerçar seu entendimento o autor atribui as dificuldades pela efetiva e cumprida fiscalização ao manifesto e insuficiente efetivo policial civil e militar para tal finalidade.

Acompanhando outros autores, Marrey Neto, no artigo citado e mediante jurisprudência que menciona (Julgados do TACrim, 94/242) entende que o caso que descreve não é o único e grave inconveniente de tal pena restritiva de direitos, já que em segundo lugar a determinação "poderá levar a situações odiosas, francamente insustentáveis, terminando por até mesmo ir além da vontade da lei, alcançando, p. ex., motorista profissional, vedado, em conseqüência da sanção criminal, de prover a sua própria subsistência".

Do mesmo modo o respeitado jurista Silva Franco acentua que "a pena de suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo encerra, em si mesma, um tratamento desigual – e, até certo ponto, injusto – aos motoristas, sendo de caráter retributivo bem mais acentuado em relação aos profissionais. Com efeito, enquanto estes são direta e imediatamente afetados com a pena de interdição pois ficam, na prática, impossibilitados do exercício profissional, os motoristas de fim de semana sofrem uma sanção punitiva de menor efeito uma vez que não dependem da circulação do veículo para seu sustento pessoal ou familiar" (*op.cit.*, p. 151).

Estamos com Mirabete quando entende que a suspensão da habilitação não é inconstitucional como inferem alguns, que se apóiam na lição de José Afonso da Silva, a respeito da liberdade de escolha de trabalho, de ofício ou de profissão (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, 1991, p. 228), mas sim meramente desaconselhável (*Manual*, p. 269).

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, na sua sempre respeitada jurisprudência, tem admitido a suspensão, como

demostram os acórdãos transcritos na insubstituível obra de Silva Franco e colaboradores. A orientação jurisprudencial tem sido no sentido de caber a suspensão quando o réu obrou com culpa grave, nas hipóteses em que o crime de trânsito foi perpetrado estando o motorista embriagado ou nas situações de reincidência na prática do mesmo delito.

Embora lamentável para o profissional do volante, em certas ocasiões a suspensão da habilitação não pode deixar de ser aplicada. Aliás, a própria Administração Pública, com poderes para conceder a carta de habilitação serve-se do art. 77 do CNT para exigir que o condutor condenado por acidente seja submetido a novos exames para voltar a dirigir, de acordo com as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Trânsito. O Projeto de Código de Trânsito Brasileiro, no art. 160, da redação do Senado, como já mencionamos anteriormente, mantém essa exigência. Aliás, o citado projeto também criminalizou, no art. 306, "Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação par dirigir veículo automotor" estabelecendo a pena de seis meses a um ano de detenção e multa, incorrendo nas mesmas penas o "condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido, a carteira de habilitação".

Roger Piret, na excelente obra traduzida por M. Arias-Paz, colocou uma passagem bastante elucidativa. Escreveu ele: "Algunas veces se han encontrado alienados conduciendo, pero los psiquiatras saben las razones por las que cierto numero de estos desdichados viven en libertad. Por eso no tiene nada de asombroso que algunos hayan llegado a conducir. Las principales enfermedades mentales descubiertas entre los automovilistas son: la psicastenia, la demencia precoz, la demencia alcohólica y la parálisis general. Esta ultima expresión es un tanto ambigua para las personas que no tienen conocimientos de la Psiquiatria.

No se trata de una parálisis de esas que mantienen al enfermo postrado en un sillón, sino de una afección de origen sifilítico que provoca un decaimento progressivo de todo el organismo, acompanãdo de transtornos mentales. He aqui algunos ejemplos: Un paralítico general progressivo causa tres accidentes graves (con heridos) en tres años, comete una serie de infracciones, se extravía en París y deja el coche en una calle de la que non puede volver a acordarse. Otro, examinado después de su tercer accidente, padecia alucinaciones auditivas imperiosas que le ordenaban embestir a los peatones. Un chófer de taxi, afectado de demencia precoz, tenía obsesiones: creyendose perseguido se lanzaba a toda velocidade por las calles más concorridas. Otro se equivocaba constantemente: por exemplo, llevaba a la estación del Norte a un pasagero que lhe había pedido ir a la de Mediodia. Un conductor de autobús, victima de la demencia alcohólica, llevaba el vehículo haciendo un recorrido arbitrario para huir de las tropas que le acosaban (alucionaciones) por ambos lados de su recorido habitual".

"El lector se perguntará" – continua o autor – "como es posible que los perturbados mentales puedan obtener el permiso de conducir. La explicación es sensilla: o bien consiguiendo disimular su estado ante el examinador, cosa ben sensilla, pues algunas enfermedades lo permiten con facilidad, o bien (como es lo más frequente) manifestan los síntomas con posterioridad al examen".

É interessante anotar a afirmação do autor, catedrático da Universidade de Liège, Bélgica, que a polícia americana encontra estes tipos de condutores, anormais ou amorais, em mais de 90 por 100 dos casos de fuga depois do acidente. (*Psicologia del automovilista y Seguridad vial*, Madrid: Dossat, 1957, p. 50).

Encerrando-se aqui nossos comentários sobre as penas restritivas de direitos, resta-nos tecer as considerações sobre os

Juizados Especiais (Lei 9.099/95) derivados do ordenamento do art. 98, I, da CF.

A lei, segundo os doutrinadores que por ela se interessaram, inovou profundamente em nosso ordenamento jurídico-penal. "É uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade) porque quebra ela a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal", afirmam Ada Pellegrini Grinover e seus companheiros, esclarecendo que "A preocupação central, doravante, já não deve ser só a decisão (formalista) do caso, senão a busca da solução para o conflito" (*Juizados Especiais Criminais*, RT, 1995, p. 18).

O legislador evidentemente atentou para os anseios daqueles que preconizaram um processo orientado pelos critérios da oralidade, informalidade, economia e celeridade, mas ainda é cedo para um correto exame dos benefícios decorrentes da norma inovadora.

Na apresentação de sua obra Maurício Antonio Ribeiro Lopes escreveu: "Nem tudo o que é novo é, necessariamente, revolucionário, e nem tudo, o que é revolucionário é, necessariamente novo. O sistema adotado pela Lei 9.099, ao menos para o processo penal, é, simultaneamente, novo e revolucionário. Para operacionalizá-lo exige-se do intérprete uma nova mentalidade, que seja mais atenta aos princípios do que às fórmulas; à teologia do que os vocábulos". (*Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, RT, 1995).

Em termos de crimes de trânsito, cuja reprovação tem sido intensamente preconizada pela mídia, vale mencionar que está atuante o movimento da lei e da ordem, para exigir penas mais severas. No entanto, na ata da 231.ª reunião do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária consta o seguinte pronunciamento: "Com relação ao projeto do Código Nacional de Trânsito, informou (o Presidente) que através da atuação conjunta do CNPCP, da SAL e de assessoria direta do Ministro da Justiça foi possível conseguir junto ao Senado Federal importantes alterações no projeto original, no tocante ao limite das penas e a possibilidade de que todos os novos crimes possam ser processados pelo rito da Lei 9.099/95, exceto homicídio culposo. Relata, ainda, que o posicionamento que o CNPCP tem adotado está em consonância com a política do Ministro da Justiça". (*DOU-1*, n. 215, de 05.11.1996, p. 22.786).

Como se percebe, a Lei 9.099 procura abrandar, tanto quanto possível, a situação do autor de delito, abrindo o leque de opções para evitar a pena carcerária, que, segundo os autores, não é mais o meio adequado para conseguir a reforma do delinqüente. Cezar Roberto Bitencourt afirma que "Atualmente domina a convicção de que o encarceramento, a não ser para os denominados *presos residuais,* é uma injustiça flagrante, principalmente porque entre eles não se incluem os agentes da criminalidade não convencional (os criminosos de colarinho branco)".

Na verdade jamais se desejou a impunidade, justamente porque ela é um dos fatores que mais contribui para o desrespeito às normas penais e administrativas do trânsito. José Frederico Marques, cita Mariano Ruiz-Funes quando afirma: "La culpa tien transcendência social. De ella deriva un mal ejemplo y una alarma pública. Significa, además, la violación de aquellas normas de cautela que exige con maior imperio la indole de la vida moderna y las complicaciones que el progresso material ha associado a ella. Se atiende a la opinión de la propia seguridad, que es un factor estable de la convivencia colectiva, sin cuya permanencia se relajaria poderosamente el vinculo social" (*op.cit.*, p. 258).

Como assevera Claus Roxin: "Quando alguém causa um acidente de trânsito por um ligeiro descuido, aplicar uma pena severa pode ser muito adequado por razões de prevenção geral. Todavia, o princípio da culpabilidade obriga a imposição de uma pena exígua para uma ligeira

negligência e, deste modo, impede que a liberdade do indivíduo seja sacrificada pelo interesse da intimidação geral". (A culpabilidade como critério limitativo da pena, Tradução de Fernando Fragosò, *Revista de Direito Penal*, 11/12, p. 10).

Justificada a necessidade de punição dos delitos de trânsito, ainda que em condições que buscam não levar ao encarceramento, devemos lembrar que o CP não toma em consideração se a lesão é leve, grave ou gravíssima, tendo Galdino Siqueira atribuído ao critério uma *omissão indesculpável,* conforme anotou Magalhães Noronha e que entendeu admissível o critério do estatuto então vigente. (*Do Crime Culposo*, Saraiva, 1966, p. 159).

Antonio Quintano Ripollés, no seu *Derecho Penal de la Culpa*, ed. 1958, comparou as estatísticas da Espanha, e estranhou a grande quantidade de acidentes, por ser o país um daqueles de densidade de tráfego tão diminuta. Lembrando que as normas penais eram as mais duras e as mais freqüentemente aplicadas (em relação a outros países) sustentou que as verdadeiras causas dos sinistros deviam ser procuradas no terreno criminológico e de prevenção, por serem elas múltiplas e da mais variada origem. As primeiras causas, talvez decisivas, eram de índole técnica, proveniente do mau estado de grande parte dos veículos, o estado precário das estradas e finalmente a indisciplina do pedestre, e em geral do usuário não motorizado, para quem era letra morta o código de circulação e todos os preceitos governativos e legais editados tão abundantemente. "Es éste un aspecto del assunto que ya no afecta sólo a lo administrativo, sino también a lo penal, dado el carácter injustamente unilateral de las sanciones y quizás el excessivo rigor en el principio de la no compensación de culpas, que viene a constituir una prima para la imprudencia del no conductor, a expensas exclusivamente de éste".

Ensina ainda o magistrado espanhol: "Pretender luchar contra el mal con las únicas armas de la severidad penal es demandar al derecho más de lo que es propio, incluso milagros, como lo sería es de la disminuición de accidentes mientras persistan las aludidas circunstancias y el acrecentamiento del tráfico. Quiere esto decir que es mucho e importantíssimo lo que en materia queda por hacer en el campo de la prevención, sin que sea hacedero sustituirlo por la acrecentada dureza repressiva concentrada sobre el infractor automovilista".

Citando Collignon (*Etudes internat. de Psycho-sociologie criminelle*, 1956, II, p. 28), Quintano Ripollés menciona que o autor se opôs a medidas indiscriminadas de excessiva severidade, sobretudo pela prática, na Dinamarca, de suprimir para tais delitos os benefícios da condenação condicional, pois com isto se conseguiria "construir un número de prisiones proporcional al de garages" (*op.cit.*, p. 528).

Apesar de acolhermos o espírito geral que presidiu a Lei 9.099, defendemos a impropriedade dos arts. 74 (pelos desvios que pode proporcionar na busca da punição) e 75 (pelo que representa na modificação da ação penal pública incondicionada).

Quanto à representação, não obstante o que diz o art. 91, entendemos que o prazo é de seis meses, na forma do art. 38 do CPP e 104 do CP, mesmo que se entenda o enunciado como "disposição em contrário".

Havendo o desaparecimento da vítima, o que é muito comum em casos de atropelamento, o feito deve ser sobrestado, como doutrina Damásio de Jesus nos comentários da Lei 9.099 (Saraiva, 1995, p. 108).

Na tese de concurso de Professor Titular no Departamento de Direito Penal da USP, cuidou o preclaro jurista Vicente Greco Filho dos projetos que dariam nascimento ao juizado criminal previsto na Constituição de 1988. Afirmou ser polê-

mica a orientação de tornar a ação penal dos delitos de lesão corporal condicionada à representação. "Entendo" – escreveu o ilustre mestre – "imprópria a idéia quanto à lesão corporal culposa, admitindo-a para a lesão leve dolosa. Na lesão culposa, como já se repetiu, a reprovabilidade também se encontra no grau de perigo causado pela conduta, que é mais importante que a diferenciação do resultado, lesão ou morte, o qual, ainda que relevante, é dado objetivo e que não pode servir de alimento essencial à punição." Assevera ainda, com toda justeza: "... os delitos de trânsito representam grave causa de lesões e mortes, de modo que sua punição é de interesse público, não podendo ficar sujeita à disponibilidade das partes. E, também, não há distinção entre lesão culposa leve ou grave, de modo que seria excessivo que a representação também fosse necessária para essa última". (*A Culpa e sua Prova nos Delitos de Trânsito*, 1993, p. 140).

O saudoso Paulo Lúcio Nogueira tratou como *infeliz* a lei ao condicionar as lesões culposas – até as graves e gravíssimas – à *representação*. "Os acidentes de trânsito não poderiam ter sido contemplados pela Lei dos Juizados Criminais – afirmou – por representarem uma grande violência social". (*Juizados Especiais Cíveis e Criminais;* Saraiva, 1996, p. 61).

Ao tratar do art. 74 da Lei 9.099 Cezar Roberto Bitencourt insurge-se contra o que chamou de invocação leviana de inconstitucionalidade, de duvidosa fundamentação político-jurídica e que presta, na verdade, um grande *desserviço* à democracia nacional. Escreveu então: "Nestes casos, quando se traz um instituto de extraordinário valor, esperado com grande ansiedade por todos os segmentos institucionais, forçar inconstitucionalidades, em razão de desigualdades econômicas uma sociedade pluralista, não passa de *discurso criminalizador* e *penalizador* travestido de liberalizante-democrático".

Não conhecemos os arrazoados que tenham dado motivo à afirmação do jurista. Mas nossa modesta opinião, embora não invocando a Constituição, é no sentido de que o pagamento de importância em dinheiro, a título de composição dos danos civis, representa condições para a compra e venda da extinção da punibilidade. Dir-se-á que a composição é bilateral, e por isso não ocorre sem a vontade do ofendido. Nesta época de grandes dificuldades para os menos favorecidos, os excludentes da sociedade, e sendo eles estatísticamente o maior número de vítimas de acidentes de trânsito, bem de ver a oferta pode ser, momentaneamente, uma ilusória reparação, não obstante já estar garantida pelo art. 159 da lei civil, pelo Título das obrigações por atos ilícitos e pelo instituto do Seguro Obrigatório.

Diferença também se observa entre os motoristas ricos e pobres, envolvidos em acidentes. O hipossuficiente jamais poderia resgatar o que a vítima rica viesse a exigir para a composição. Como se vê, portanto, o legislador avançou demais e deu margem para a compra da impunidade, tão recriminada por todos. Segundo nos parece não foi esta a intenção maior que presidiu a elaboração do Juizado.

Discordando, *data venia*, das considerações de Bitencourt ao tratar do art. 74, parcialmente estamos de acordo quando afirma que a composição civil não é o melhor instituto, nem o mais liberal, nem o mais vantajoso, sob todos os aspectos, para o acusado. Diz ele: "Evidentemente, a *suspensão condicional do processo* (art. 89), não impõe sanção penal, não reconhece a culpa e não exige, para o pobre, a reparação do dano, um verdadeiro instituto despenalizador, é mais liberal, e estará à espera do menos aquinhoado, na próxima audiência. Aliás, quando os defensores descobrirem que a suspensão do processo é menos onerosa – juridicamente falando – perde-se no vazio o instituto da transação penal, que já nasce superado. Agora só falta às classe média e rica

também reclamarem de inconstitucionalidade, pelo *tratamento desigual*, visto que elas terão que reparar o dano, enquanto os pobres são dispensados (art. 89, § 1.º, I)". (*op.cit.*, p. 104).

Damásio de Jesus, nas suas Anotações, descreve como benefícios da suspensão: 1) evita a prisão; 2) não obriga o acusado ao constrangimento de comparecer várias vezes como réu perante a Justiça Criminal; 3) reduz o custo do delito; 4) diminui o volume de serviço judiciário, permitindo que a Justiça cuida com maior zelo da criminalidade violenta (espaço de conflito).

Ainda é cedo para o julgamento amplo e definitivo da Lei 9.099 de 1995. A jurisprudência, ainda incipiente nos volumes de divulgação, poderá trazer novas diretrizes para as opiniões dos doutrinadores nacionais, muitos dos quais, com grande brilho, logo cedo nos deram os caminhos para a jornada de interpretação.

Enfim, que a lei seja a alavanca para melhor justiça, segundo os princípios mais modernos, mas que não desiluda aqueles que pretendem o uso do rigor da lei, quando a educação e a prevenção falham nos crimes culposos de trânsito, hoje incluídos na Classificação Internacional de Doenças (verdadeira epidemia) da Organização Mundial da Saúde.

Aliás, nos Seminários de Caracas, Aguascalientes e Jamaica concordou-se que para prevenir os acidentes de trânsito nas Américas, e para reduzir as alarmantes taxas de vítimas era necessário adotar um método epidemológico para estudar as causas dos acidentes e das circunstâncias que os rodeiam.

Afirmaram nessas reuniões que se deve aplicar um novo critério científico-médico, que estime os acidentes de trânsito como sintomas de um grave mal público e não como simples casos policiais. (*Boletin de la Oficina Sanitária Panamericana*, vol. LXXV, n. 3, 1973, p. 253).

Oxalá nossos legisladores encontrem os remédios para o grande mal público, ceifador de vítimas inocentes.

5 – CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

LESÃO PESSOAL SEGUIDA DE MORTE

Art. 129, § 3.º, CP

JOÃO BOSCO PENNA

Na qualificação dos crimes, o legislador algumas vezes após descrever o crime na sua forma fundamental, acrescenta-lhe um resultado que aumenta abstratamente a pena imposta no preceito sancionador. São os Crimes Qualificados pelo Resultado, punidos em sua maioria a título de Preterito ou Preterinteção.[1] O Código Italiano fala aqui em Crime Preterintencional, isto é, todo aquele em que o resultado ultrapassa a intenção, mas não deixa de ser homogêneo com o visado pelo agente. Hungria[8] sugere fragmentar o fato, reconhecendo-se no antecedente, uma Lesão Pessoal Dolosa e no conseqüente, o Homicídio Culposo.

É no art. 129, § 3.º, onde o Código melhor define o Crime Preterintencional ou Preterdoloso: Lesão Pessoal seguida de Morte.

Art. 129 – § 3.º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.[3]

No delito em questão, a Lesão Pessoal é o *primum delitum* e o resultado qualificador é a Morte.

O resultado qualificador é ligado ao delito-base, pelo nexo de causalidade objetiva, não prescindindo da relação normativa (subjetiva).[1] O resultado final não foi querido, não foi previsto, também não foi aceito, não havendo dolo direto nem eventual, nem caso fortuito.

Há culpa porque há previsibilidade do efeito mais grave e é nisso que se fundamenta a responsabilidade do agente.

É quase sempre denominado forma qualificada ou delito qualificado pelo resultado.

Assim, Crime Preterdoloso ou Preterintencional é aquele em que a conduta produz um resultado mais grave que o pretendido pelo sujeito: o resultado vai além do dolo do agente. O agente quer o *minus delictum* e o seu comportamento causa um *majus delictum* de modo que se conjugam o dolo na conduta antecedente e a culpa no resultado conseqüente. Daí falar-se que tal crime é um misto de dolo e culpa. Trata-se de crime doloso e culposo. Há dolo no antecedente (*minus delitum.* Lesão Pessoal) e culpa do conseqüente (*majus delictum.* Morte). O dolo é o elemento objetivo do tipo e a culpa, elemento normativo. Ex.: vítima leva um soco, cai, bate a cabeça no chão, sofre um traumatismo crânio-encefálico e morre!

No Crime Preterdoloso não é suficiente a existência de um nexo de causalidade objetiva entre a conduta antecedente que constitui o *primum delictum* e o resultado agravador. É necessário que haja um liame normativo entre o sujeito que pratica o *primum delictum* e o resultado agravador. Este só é imputado ao sujeito quando previsível (Culpa).

Na Lesão Pessoal seguida de Morte, a Lesão Pessoal é punida a título de dolo e a Morte a título de culpa. Daí falar-se em preterdolo: nos Crimes Preterdolosos, o nexo em relação ao resultado qualificador é a Culpa. Não sendo previsível, ocorrendo Caso Fortuito ou Força Maior, o resul-

tado não é atribuído ao agente, que só responde pelo fato antecedente.

Trata-se de um crime complexo. A diferença entre as hipóteses Lesão Pessoal seguida de Morte e Homicídio Culposo, está apenas em que, neste, o evento morte resulta de um indiferente penal, ou quando muito, contravencional, enquanto naquele, o resultado letal deriva de um crime voluntário e contra a pessoa, ou seja, Lesão Pessoal Dolosa. Se o antecedente é uma simples contravenção, o evento morte será imputável a título de Homicídio Culposo.

Conforme Franco et alli:

"Não se pode negar a relação de causalidade existente entre o ato do acusado, que empurra a vítima embriagada e causa a sua queda ao solo, com fratura de crânio, vindo a falecer dias depois. Contudo, se não teve aquele a intenção de agredi-la ou de feri-la, somente poderia responder por homicídio culposo e não pelo delito preterintencional previsto no art. 129, § 3.º do CP (TJPS – *RT* 582/304[7])."

"A ameaça que acarreta na vítima Lesão corporal, configura um concurso formal de delitos, no qual, dirigindo-se o comportamento do agente e sua deliberação ilícita a um só crime, só este, por cuja realização ele assumiu o risco, constitui fato punível, exacerbada, porém, a pena pelas conseqüências mais graves ocorridas (*RT* 426/408[7])."

A razão de maior punibilidade da Lesão Pessoal seguida de Morte em relação ao Homicídio Culposo (pena de detenção, de um a três anos), está, precisamente, no "mais", representado pela criminosidade da causa de que resulta o evento morte. Nosso Código, como o Italiano, admite, explicitamente, a compossibilidade de dolo e culpa.

O evento é atribuído a título de culpa em sentido estrito.

Alimena, citado por Hungria[8], diz que a possibilidade de um evento mais grave culposo a resultar de uma ação dolosa é lição da vida cotidiana. É citado o exemplo de quem, querendo quebrar a janela alheia com uma pedrada, fere um transeunte. Aí estão conjugados o dolo e a culpa, embora trate de uma só ação. Dolo em relação ao dano e culpa em relação à Lesão Pessoal.

Nos casos de lesão pessoal é preciso acentuar que da parte do agente só há o *animus laedendi* e que inexiste qualquer nexo de causalidade psíquica em relação ao evento morte. O efeito foi produzido por causa independente da lesão inicial ainda que de movo relativo.

São elementos da Lesão pessoal seguida de morte:

A) lesão pessoal voluntária;

B) o resultado morte não querido nem mesmo eventualmente;

C) previsibilidade desse resultado.[8]

Apenas a Lesão Pessoal e a conseqüente Morte são de avaliação pericial. O nexo causal deve ficar demonstrado.

A) Lesão Pessoal Voluntária

O crime base deve ser uma Lesão Pessoal Dolosa, pois, se culposa, o fato só será imputado como Homicídio Culposo.

Se o antecedente doloso consiste em simples Ameaça ou Vias de Fato, o evento morte só poderá ser imputado a título de Homicídio Culposo, em razão da regra que o maior absorve o menor.

É a solução para os seguintes casos: um indivíduo dá um empurrão em outro, este escorrega e cai batendo a cabeça no chão e morre; intimidado pela ameaça de ser agredido por uma bengala, o indivíduo recua e cai, fraturando o crânio e morrendo; o indivíduo ameaçado é cardíaco e morre em virtude da emoção que lhe causou a ameaça. Na maioria das vezes há simples Homicídio Culposo. Indivíduo na via pública, para andar depressa, procura afastar com a mão uma outra pessoa, vindo este a perder o equilíbrio e cair, fraturando o crânio e morrendo; para imobilizar o agressor, a vítima dispara contra ele, atingindo-o em um vaso

calibroso, vindo o agressor a morrer por hemorragia; a bengalada na perna, que levou à fratura que foi determinante de uma embolia gordurosa fatal; o esbofeteado cai no chão, fratura o crânio e vem a falecer etc.

B) Resultado morte não querido nem mesmo eventualmente pelo agente

Falta o *animus necandi.*

Do ponto de vista subjetivo, não há diferença entre Lesão Pessoal seguida de Morte e Lesão Pessoal *in genere*, isto é, o elemento subjetivo é o mesmo, é a vontade livre e consciente de ofender a integridade física ou saúde de outrem, sem intenção de matar. Há, portanto, somente o *animus laedendi.*

O Juiz deve atentar para o meio empregado, que não deve razoavelmente, ocasionar a morte, como, por exemplo, soco, pontapé, mordedura, cabeçada, bengalada etc. Deve levar-se em conta também a índole do agente, o motivo determinante, tipo, número e direção voluntária dos golpes etc. Deve também atentar para as concausas: quanto maior a predominância destas sobre a conduta do agente na produção do evento letal, mas evidente é a ausência de *animus necandi.*

Exemplo de lesão corporal seguida de morte: ligeira canivetada na perna de um hemofílico ou soco que rompe um aneurisma, ignorando o agente tais circunstâncias patológicas.

C) Previsibilidade desse resultado

Não é necessário que se trate de fácil previsibilidade do evento morte, que, aliás, pode ser prova indicativa da voluntariedade. Basta que a superveniência do evento letal não tenha sido incalculável ou não se apresente como puro caso fortuito. Assim, há culpa no resultado qualificador, porque há previsibilidade do efeito mais grave, fundamentando-se nisto, a responsabilidade do agente.

A tentativa pressupõe uma vontade conscientemente dirigida a um evento determinado.

Desde que o evento letal não é querido, fica excluída a tentativa de Lesão Pessoal seguida de Morte.

A Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo reconhece a Tentativa de Lesão Pessoal Preterdolosa, segundo Hungria.[8]

Bruno[4] não a admite, porque, a vontade do agente não sendo dirigida ao evento, é impossível dizer-se que o agente tentou alcançá-lo ou produzí-lo.

À Justiça cabe o reconhecimento, auxiliada pelos informes periciais, de todos esses elementos. Os peritos devem constar de seus laudos, em relação às lesões, seu diagnóstico, classificação, se vital ou pós mortal, sede, nexo causal, concausas, hierarquias das lesões etc.

1. Relação de causalidade (nexo causal)

Dispõe o art. 13 do CP:

Relação de causalidade

Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa, a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(Artigo com redação determinado pela Lei 7.209, de 11.07.1984).

Superveniência de causa independente

§ 1.º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

(§ 1.º redação determinada pela Lei 7.209, de 11.07.1984).

Relevância da omissão

§ 2.º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para

evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco de ocorrência do resultado.

(§ 2.º redação determinada pela Lei 7.209, de 11.07.1984.[3]

A *Ação* é causa quando, sem ela, o resultado não teria ocorrido. Assim, deve haver relação de causa-efeito entre a ação e o resultado.

A *Omissão* é causa quando há o dever de impedir o evento, dever esse provindo de uma norma jurídica, de submissão particular que lhe oponha obstar aquele.

O dever proveniente de norma de direito pode vir de lei, de mandamento equivalente à lei ou do direito costumeiro. Ex: deveres de assistência e de proteção de um para outro cônjuge, dos pais com os filhos etc.

A aceitação particular do dever pelo agente pode resultar de relação contratual, função, profissão ou situação análoga, como por exemplo, guia de alpinista, banhista profissional etc.

Quanto ao dever oriundo de comportamento anterior, o princípio dominante é que, quem criou o perigo tem de impedir que ele se realize. Ex.: quem provocou incêndio, mesmo inconscientemente, tem o dever de impedir que ele se propague.

Resultado, do ponto de vista material, é a modificação no mundo exterior que ocorre em conseqüência da ação. Todo crime tem um efeito, que é a lesão do bem jurídico.

Causa é a condição idônea, a mais adequada para produzir o resultado, o evento. Também pode ser conceituada como o nexo entre o comportamento humano e o resultado, que é a modificação do mundo exterior com toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. É pois, a causa, a energia causadora do resultado.

Nosso Código Penal (art. 13) adota a Teoria de Equivalência de Antecedentes ou *conditio sine que non*, isto é, *Causa* é tudo o que ocorre para que o resultado se produza.

Não se distingue entre Causa e Condição, Causa e Ocasião, Causa e Concausa. A ação ou omissão, como cada uma das outras causas concorrentes, é *conditio sine que non* do resultado. O nexo entre ação, causa e evento não é interrompido pela interferência cooperante de outras causas. Assim, na Lesão Pessoal seguida de Morte, o nexo causal entre a conduta do agente e o resultado (Morte) não deixa de subsistir, ainda quando para tal resultado haja contribuído, por exemplo, condições particulares fisiológicas ou anatômicas da vítima ou mesmo a falta de tratamento médico.

Em conseqüência deste princípio, as Concausas não têm mais o efeito que gozavam na lei anterior (Código Penal de 1890),[9] onde as condições personalíssimas da vítima e a não observância do regime médico reclamado pelo estado da vítima (Consolidação das Leis Penais – art. 295, § 1.º e 2.º) desclassificavam o crime de Morte.

Código Penal de 1890

"Art. 295. Para que se repute moral, no sentido legal, uma lesão corporal é indispensável que seja causa eficiente da morte por sua natureza e sede, ou por ter sido praticada sobre pessoa cuja constituição ou estado mórbido anterior concorra para torná-la irremediavelmente mortal.

§ 1.º Se a morte resultar, não da natureza e sede da lesão, e sim de condições personalíssima de ofendido:

Pena – de prisão celular por quatro a doze anos.

§ 2.º Si resultar, não porque o mal fosse mortal, e sim por ter o ofendido deixado de observar regimens medico-hygienico reclamado pelo seu estado.

Pena – de prisão celular por dous a oito anos.

Art. 296. É qualificado todo o attentado contra a vida de alguma pessoa por meio de veneno, qualquer que seja o processo ou methodo de sua propinação e sejam quaes forem seus effeitos definitivos.

Parágrafo único. Veneno é toda substancia mineral ou organica que, ingerida no organismo ou applicada ao seu exterior, sendo absorvida, determina a morte, ponha em perigo a vida ou altere profundamente a saúde.

Art. 297. Aquelle quer por imprudencia, negligencia ou impericia na sua arte ou profissão, ou por inobservancia de alguma disposição regulamentar, cometter ou fôr causa involuntária, directa ou indirectamente de um homicídio, será punido com prisão celular por dous meses a dous anos.[2-9]

A Teoria da Equivalência dos Antecedentes se situa no terreno do elemento físico ou material do delito: é necessária, também, a causalidade subjetiva, isto é, culpa no sentido lato, pois, caso contrário haveria o *regressus ad infinitum*: seriam responsáveis pelo resultado todos que houvessem física ou materialmente concorrido para o evento (quem vendeu a arma, quem a fabricou, quem extraiu o minério etc.).

A teoria abraçada pelo Código aponta sem problemas a *Causa*, pelo processo de eliminação hipotética de Thyren*: a ação é causa quando, eliminada mentalmente, o resultado em concreto não teria ocorrido.

Tão só a causalidade não acarreta conseqüências jurídico-penais para ninguém: a conduta há de ser típica, antijurídica e culpável.

Concausa é a condição que ocorre para a produção do resultado final com preponderância sobre a conduta do sujeito. Como se viu, as concausas foram abolidas no Código Penal em vigor (desde 1940), ficando somente as causas. As Concausas eram divididas em Pré-existentes e Supervenientes. As condições personalíssimas da vítima eram Concausas Pré-existentes; A Superveniência decorria da inobservância por parte da vítima, do regime médico e higiênico indispensável ao seu estado (CP brasileiro de 1890).

Para responder penalmente não basta que o indivíduo tenha movido uma *conditio sine que non*: é necessário suficiente dose de elemento subjetivo (Dolo e Culpa), que são as únicas formas de Culpabilidade.

A Causa pode ser Absolutamente Independente e Relativamente Independente em relação à conduta do agente. Ambas são dividias em Pré-existentes, Concomitantes e Supervenientes.

Nas Causas Absolutamente Independentes, as causas não estão na mesma linha de desdobramento físico: logo, não têm ligação nenhuma com a causa que determinou o resultado. A própria causa que deu o resultado é que é a causa.

Nas Causas Relativamente Independentes, as Causas têm ligação umas com as outras, estão na mesma linha de desdobramento físico.

Exemplo de Causas Absolutamente Independentes; onde há exclusão do nexo de causalidade:

a) Pré-existentes § "A" foi envenenado e leva um tiro, mas morre por causa do veneno (art. 13, *caput*). Quem deu o tiro será responsabilizado por tentativa de Homicídio ou Lesão Pessoal seguida de Morte.

b) Concomitantes – "A" leva um tiro no momento que teve um infarto do miocárdio e morre devido ao infarto (art. 13, *caput*).

c) Supervenientes – "A" está se alimentando com alimento envenenado e morre em virtude de desabamento da casa ou "A" fere "B" que morre em decorrência de fulminação (art. 13, *caput*).

Exemplos de Causas Relativamente Independentes:

a) Pré-existentes – "A" fere "B" que é hemofílico, vindo este a morrer por hemorragia; "A" dá um soco em "B" que

com isto tem seu aneurisma roto, vindo a falecer (art. 13, *caput*).

b) Concomitantes – "A" dá um tiro em "B" que está sofrendo um infarto do miocárdio, provando-se, em seguida, que a lesão contribui para a morte da vítima (art. 13, *caput*).

c) Supervenientes – "A" leva um tiro no abdome e vem a falecer devido à peritonite (art. 13, § 1.º), ou quando o ferido é levado ao hospital e morre em conseqüência de choque anestésico.

Como se vê, será Pré-existente quando a causa que deu origem ao resultado vem antes da ação do agente; Concomitante, quando a causa que deu o resultado vem no mesmo instante que a ação do agente; Superveniente, quando a causa que deu origem ao resultado vem depois da ação do agente.

Todos os participes respondem a título de Lesão Pessoal seguida de Morte.

O verbo resultar do § 3.º do art. 129 do CP, indica o nexo de causalidade material entre o agente e o evento Morte e as expressões "não quis o resultado nem assumiu o risco de produzí-lo" exclui o dolo direto e o dolo eventual. Responderá sempre o agente por Lesão Pessoal simples ou por outro modo qualificada.

Outros exemplos: "A" esbordoa "B" com *animus vulnerandi*, "B" foge e é esmagado por uma pedra que cai. "A" só responde pela lesão. Para chegar a tal hipótese acima nem é preciso acentuar que da parte do agente só houve o *animus laedendi* e que inexiste qualquer nexo de causalidade psíquica em relação ao evento Morte. Logo, esta não pode ser imputada ao agente, pois tal evento foi produzido por causa independente, ainda que do modo relativo da ação inicial, devendo, portanto, aplicar o art. 13, *caput* (relação de causalidade): inexiste a relação de causalidade física entre a ação do agente e o resultado letal.

Aplica-se o art. 13, *caput* para as Causas Absolutamente Independente Pré-existentes, Concomitantes e Supervenientes: há exclusão do nexo da causalidade.

Em relação às Causas Relativamente Independentes Pré-existentes e Concomitantes, aplica-se o art. 13, *caput*. Em relação às Causas Relativamente Independentes Supervenientes, aplica-se o art. 13, § 1.º.

Exemplos: "A" produz ferimentos em "B" que falece no hospital, exclusivamente por conseqüência de lesões provocadas por um desabamento. "A" só responde pelo ferimento. Supondo-se, agora, que "B", ferido, é levado ao hospital e vem a falecer atestando-se que o médico, por imperícia, deu causa a uma infecção nas lesões recebidas. "A" responde pela Morte.

No primeiro caso, a vítima não faleceu por causa das lesões iniciais, mas em conseqüência dos ferimentos produzidos pelo desabamento. No segundo caso, a vítima faleceu por complicações das lesões sofridas. Nesta segunda hipótese, a causa superveniente está em posição de homogeneidade com a conduta do agente, o que não acontece com a primeira.

Representa a Vida o maior bem jurídico, sendo o Crime de Homicídio o mais severamente punido.

Só é Mortal a lesão que produziu, ou da qual resultou a Morte, não aquela Lesão que poderia ou deveria ser seguida de Morte, isto é, quando a Morte pudesse ou devesse ser esperada após a lesão.

Logo, trata-se de critério Diagnóstico e não Prognóstico. Consegue-se firmar seu diagnóstico, na maioria das vezes, *post mortem*.

Face ao exposto, devemos distinguir as Lesões Diretamente Mortais Imediata ou Mediatamente que sejam, porque são causas eficientes de Morte, por sua natureza e sede, daquela Lesões que só produzem a Morte Indiretamente, quando totalizadas com uma Pré-existente ou Superveniência mórbida.

Distinguem-se, assim, as Lesões Pessoais Mortais *per se* (Lesões Pessoais

Mortais por Mecanismos direto)[5-6] e *per accidens* (Lesões Pessoais Mortais por mecanismo indireto).[5-6]

Lesões Mortais *per se* são aquelas que são causas eficientes de Morte, por sua natureza e sede, produzindo a Morte independentemente de qualquer causa estranha à sua ação.

Neste caso, a Morte pode ser produzida por:

A – destruição ou anulação funcional de centros vitais

B – hemorragia intema e/ou extema e

C – choque traumático.[5]

Concluindo, as Lesões Mortais *per se* podem:

a) Agir, matar rapidamente. Por exemplo, lesão no coração e vasos da base; lesões encefálicas etc. São chamadas de Imediatamente Mortais ou Instantâneas.

b) Matar lentamente (com sobrevivência de até meses). Ex.: a queimadura; facada no abdomên com conseqüente distúrbio hidro-eletrolítico ou choque que se tomam incontroláveis.

São as Mediatamente Mortais ou Tardias.

Lesões Mortais *per accidens* ou Indiretamente Mortais são aquelas que não sendo causas eficientes de morte, tomam-se mortais, porque a elas se soma uma Pré-existência ou Superveniência mórbida. A lesão em si e mesmo o estado anterior da vítima seriam, isoladamente, insuficientes para levar à morte.

A morte se deve a processo mórbido que apareceu, foi despertado ou agravado pela lesão.

Tomam-se mortais pela intercorrência de uma Concausa! Do ponto de vista médico teriam prognóstico benigno quanto à manutenção da vida, entretanto, esta é comprometida por dois motivos:

a) Pré-existência mórbida: são devidas às doenças pré-existentes ou então uma constituição especial da vítima. São assim, devidas a problemas anatômicos, fisiológicos ou patológicos pré-existentes. Ex: ferimento complicado levando à morte o portador de diabetes, hemofilia; rotura de aneurisma, perfuração de úlcera gástrica etc.

b) Superveniência mórbida: são fatores que somados à causa traumatizante, produzem efeito mortal. Ex. complicações sépticas dos ferimentos e úlceras de decúbito, enfermidades pós-traumáticas etc.

As *Concausas* ocorrem nas Lesões Mortais *per accidens*: hoje são ditas apenas como *Causas.*

Os principais mecanismos pelos quais uma lesão pode levar Indiretamente à Morte são:

a) asfixias por pneumotórax valvular, aspiração de sangue etc.;

b) embolias, principalmente gordurosas, a aérea, a sangüínea;

c) infecções por tétano, estreptococos, estafilococos, pneumococos, vírus rábico etc. Tais infecções podem ser localizadas ou generalizadas;

d) alterações cardiovasculares;

d1) alterações cardíacas – no miocárdio, na vascularização, na inervação, nas válvulas;

d2) alterações vasculares – fístulas artério-venosas ou aneurismas.[5]

Tais complicações dos traumatismos têm grande interesse Médico-Legal porque a Morte ocorre, não raramente, depois de prazos consideráveis a partir do momento em que se produziu a lesão, e, portanto, a relação de causa-efeito não se faz aparente, inicialmente.

Por isto que, nestes casos, a autópsia há de ser muito minuciosa, complementada com a análise dos antecedentes. Só assim é possível fazer um diagnóstico crítico que não deixa dúvidas, de que em nenhum momento se interrompeu a cadeia patológica de acontecimentos, que se iniciou com o traumatismo e terminou com a morte da vítima.

Como se viu, a Lesão Pessoal seguida de Morte é uma figura bifronte: Dolo na Lesão e Culpa na Morte.

"Prognosticam-se como Lesões Mortais aquelas que atingem penetrando a cabeça, o tórax e o abdome, porque aí se situam órgãos de elevada hierarquia", segundo Favero.[6]

Referências Bibliográficas

(1) ALMEIDA, Jr., A; COSTA, Jr., J.B.O. *Lições de medicina legal.* 12.ª ed., São Paulo: Nacional, 1974.

(2) ARAUJO, J.V. *Código penal interpretado.* Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901-1902.

(3) BRASIL, Leis etc. *Código penal brasileiro.* 29.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

(4) BRUNO, A. *Crimes contra a vida.* 5.ª ed., São Paulo: Forense, 1979.

(5) CALABUIG, J.A.G. *Medicina Legal y Toxicologia.* Valencia, Tip. Artística Puerte, 1979.

(6) FÁVERO, F. *Medicina legal.* 11.ª ed., São Paulo: Martins; Belo Horizonte: Itatiaia, 1980.

(7) FRANCO, A.S.; FRANCO, C.S.; SILVA JR., J.; BETANHO, L.C.; ALMEIDA, N.M.; STOCO, R.; FELTRIN, S.O.; GUASTINI, V.C.R.; NINNO, W. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial.* 2.ª ed., São Paulo: RT, 1987, p. 529-53.

(8) HUNGRIA, N. *Comentários ao código penal.* São Paulo: Forense, 1955, v. 5-6.

(9) SOARES, O.M. *Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil,* 7.ª ed., Rio de Janeiro: Garnier, 1910.

5 – CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

ACERCA DA CRIMINOLOGIA PSICANALÍTICA

SHEILA JORGE SELIM DE SALES

"... la mera classeificazione *buono* e *cattivo* è asssolutamente inadeguata. È raro che un uomo sia totalmente buono o cattivo; perlopiù è buono sotto certi riguardi cattivo sotto altri, o buono in date circostanze e decisamente cattivo in altre" – (Freud, Considerazioni attuali sulla guerra e la morte. In: *Opere*, Torino, 1993, v. 8, p. 129).

SUMÁRIO: 1. Consideração preliminar – 2. Nota introdutória: da psicanálise e da criminologia psicanalítica – 3. Sobre os conceitos básicos da psicanálise – 4. Psicanálise e criminogênese: 4.1 Freud: Os delinqüentes por sentimento de culpa; 4.2 Dostoievsky e o parricídio; 4.3 Interesse suscitado pelo tema na criminologia – 5. Da contribuição de Franz Alexander e Hugo Staub à criminologia psicanalítica – O sistema penal da psicanálise: 51. Sobre o conceito de imputabilidade; 5.2 Da classificação das ações criminosas e da tipologia de autores; 5.2.1 Criminalidade crônica; 5.2.2 Criminalidade acidental; 5.3 Da pena – 6. Outras contribuições: 6.1 Considerações iniciais – Da Criminalidade latente ou de fantasia; 6.2 A contribuição de Theodor Reik – 7. Notas críticas à criminologia psicanalítica e ao sistema penal da psicanálise – 8. Influência da psicanálise sobre alguns conceitos na ciência penal moderna: 8.1 Psicanálise e dogmática penal: sobre a concepção psicodinâmica do dolo e da culpa – Nota crítica; 8.2 Psicanálise e teoria da pena: a denominada "teoria da prevenção geral positiva, integradora ou alargada", fundada na psicologia do profundo. Aceitação no Direito Penal moderno – 9. Principais contribuições da psicanálise à criminologia e ao Direito Penal – 10. Bibliografia.

1. Consideração preliminar

As pessoas em geral possuem um agudo interesse pelo fenômeno do crime, particularmente difícil de ser racionalmente explicado e compreendido.

Com efeito, se refletirmos por um minuto apenas, logo percebemos que as sessões dos Tribunais do Júri são freqüentemente assistidas por pessoas completamente estranhas ao acusado, à vítima e seus familiares; que existe uma curiosidade do público em geral pelas notícias relativas à criminalidade veiculadas pela imprensa, pelas cenas cruéis ou atos de violência.

Pense-se, ainda, no interesse suscitado pela literatura e pelos filmes policiais. Essas atitudes bastam a despertar o interesse em indagar não apenas o motivo que conduz o ser humano a essa espécie de comportamento o (o interesse pelo "criminal") mas, também, aqueles que o levam a delinqüir.

Na hipótese do indivíduo aficcionado pela leitura de livros policiais e por filmes do mesmo gênero, alguns estudos psicanalíticos afirmam que o prazer despertado pelo suspense deriva da satisfação sentida com a descoberta do criminoso ao final do livro ou do filme: a identificação do culpado (no livro ou filme) aliviaria o inconsciente sentimento de culpa do indivíduo que descobre não ser ele mesmo o criminoso.[1]

(1) ERMENTINI, A. e GULOTTA, G., Il pensiero criminologico di Theodor Reik.

No recente episódio do assassinato de Paulo César Farias, assistimos à interessante reação do público em geral. A par da convicção coletiva de que o crime não fora praticado por sua namorada e não fora passional, vimos a curiosidade, o interesse e a ânsia coletiva criada em torno da descoberta de um *eventual* "assassino desconhecido".

Segundo a psicanálise, a descoberta do assassino desconhecido sempre desperta agudo interesse das pessoas em geral. E não sem motivos.

Tal interesse seria radicado num inconsciente sentimento de culpa, derivado do *complexo de édipo*. Na infância, período em que este se manifesta, o menino concede aos seus pensamentos uma peculiar força mágica, denominada por Freud *onipotência do pensamento*: acredita, *v.g.*, que seu pensamento pode matar.

Essa crença, consciente na infância e removida na fase adulta (restando, porém, no inconsciente), tende a voltar ao nível consciente revestida de outras formas, como a neurose, a curiosidade e a angústia.

Afirmam os psicanalistas que o sentimento de culpa presente nas mais diversas manifestações neuróticas aparece em razão de pulsões, pensamentos e idéias "removidas". O sentimento de culpa possui para o neurótico o mesmo significado que teria se aqueles impulsos tivessem sido, realmente, realizados: um inconsciente desejo de morte corresponde a um homicídio; as tendências do complexo de édipo correspondem a um incesto afetivo etc.[2]

Segundo Teodor Reis,[3] quando não se descobre e/ou não se tenha pistas do autor de um crime hediondo, o ser humano é tomado pela curiosidade de descobri-lo porque a idéia de punição, que desperta o sentimento de garantia social e ao mesmo tempo tranqüiliza, é desmentida. Outro efeito psicológico é o de desmentir a confiança na "onipotência do pensamento".

A curiosidade, o interesse pela descoberta do assassino desconhecido, portanto, origina-se do fato de que ela assegura ao indivíduo que o culpado não é ele próprio, mas sim "os outros" (os delinqüentes), o que faz a adormecer seu inconsciente de culpa.[4]

Ainda segundo a psicanálise, sustenta Freud, também seria um inconsciente sentimento de culpa, enraizado no complexo de édipo,[5] que leva o indivíduo à prática delituosa.

Sempre falamos metaforicamente em exibicionismo, sadismo, masoquismo etc., para indicar comportamentos sem qualquer liame com a vida sexual: para nos referirmos a indivíduos que sentem necessidade de colocar sua própria pessoa constantemente em evidência perante os outros, como forma de satisfazer necessidades absolutamente assexuais; para indicar indivíduos que tendem a tratar com crueldade todas as pessoas com quem estabelecem relações interpessoais ou que alimentam profunda curiosidade por cenas cruéis e, até mesmo, para indicar pessoas que atormentam a si próprios continuamente, ou se colocam constantemente em condições de serem maltratados, fazendo de seu contínuo sofrimento uma razão de vida.

Segundo Musatti, apesar de todas essas situações não concretizarem estados de real excitação erótica, a metáfora não consiste em mera analogia: "A análise descobre, no passado desses indivíduos,

In: *Psicologia, psicopatologia e delito*, Milano: Giuffrè, 1971, p. 14, nota 12.

(2) Assim, Musatti, Cesare L., *Trattato di psicoanalisi*, 3. ed., Torino: Boringhieri, 1995, p. 218, que, a propósito, ainda afirma: "Freud chiama un tale fenomeno dell'inconscio omnipotenza del pensiero".

(3) *L'impulso a confessare*, Milano: Feltrinelli, 1967, p. 143.

(4) Reik, Teodor, *L'impulso a confessare*, p. 143, *et seq.*

(5) ERMENTINI e GULOTTA, Il pensiero criminologico di Theodor Reik, cit., p. 13.

como fatores de uma sexualidade ainda desorganizada, fortes traços e tendências das perversões correspondentes [...] e que algumas vezes tais atitudes – por exemplo um comportamento exibicionista – se faz acompanhar de um sentimento de culpa e vergonha, como se fosse verdadeiro exibicionismo sexual. Tratam-se, portanto, das mesmas tendências originárias: [...] compatíveis com todas aquelas forças que à sexualidade em geral e às suas componentes perversas, em especial, se opõem e que indicamos como forças da remoção: em última análise compatíveis com o nosso eu ideal".[6] A sublimação dessas tendências permite ao indivíduo manter sua vida nos quadros da denominada "normalidade", tornando-as aceitáveis para o ego ideal.

Basta a citação de Musatti para compreender que a idéia maniqueísta de que a natureza é originariamente "boa" ou "perversa", não pode vingar, motivo pelo qual se deve aceitar, como de fato se aceita, no Direito Penal moderno, que a legislação criminal é dirigida aos indivíduos em geral não somente àqueles que, segundo alguns estudiosos, possuem uma "tendência para o mal (como sustentou Cesare Lombroso, com a teoria do "delinqüente nato") ou que já delinqüiram.

O mestre de Viena afirmava que "a mera classificação *bom* ou *mau* é absolutamente inadequada. É raro que um homem seja totalmente bom ou mal; no máximo, é bom sob certos aspectos e mau sob outros, ou bom em dadas circunstâncias e decisivamente mau em outras".[7]

Admitindo-se que a natureza humana é fundamentalmente única, e que em cada pessoa agem as mesmas tendências que operam sobre os condenados pela justiça e pela moral dos homens como "delinqüentes" e "maus" (despertando repulsa), é possível compreender o traço distintivo entre os "delinqüentes" e aqueles que nunca praticaram crimes. Estes últimos, de forma transitória ou duradoura, transformam ou dirigem essas tendências para metas diversas daquelas originárias.

Tal ocorre através de diversos mecanismos de defesa do ego aos quais se referia Freud e se referem os psicanalistas modernos:[8] a *remoção*, consistente em transferir da consciência para o inconsciente as

(6) MUSATTI, *Trattato di psicoanalisi*, p. 227, *In verbis*: "Benché in tutte queste situazioni siano assenti stati di vera eccitazione erotica [...] la metafora non consiste tuttavia simplicemente in una casuale analogia formale, ma in qualche cosa di assai più essenziale. E lo prova il fatto: che l'analisi scopre nel passato di questi individui, come fattori di una sessualità ancora disorganizzata, forti tracce ed elementi o tendenze, delle pervesioni corrispondenti [...] e che infine talora tali attegiamenti – ad esempio un comportamento esibizionistico – si accompagnano ad un senso di colpa e di vergogna, come per un vero esibizionismo sessuale. Si tratta dunque veramente delle stesse tendenze originarie: solo che esse, disessualizandosi, si sono più o meno fatte con tutte quelle forze che alla sessualità in genere, ed alle sue componenti perverse in specie si oppongono, e che abbiano indicate come forze della rimozione: in ultima analisi compatibili col nostro io ideale."

(7) FREUD, Considerazioni attuali sulla guerra e sulla morte, In: *Opere*, v. 8, Torino: Boringhieri, 1993, p. 120. Prossegue FREUD (*op.cit., loc.cit.*): "Notevole è pure la costatazione che la preesistenza nell'infanzia di forti impulsi cattivi è spesso il fattore che determina un sucessivo spiccatissimo orientamento dell'adulto verso il bene. I bambini più smaccatamente egoisti possono diventare i cittadini più generosi e più disposti al sacrificio; la maggior parte degli apostoli della pietà, dei filantropi e degli zoofili erano originariamente piccoli sadici e tormentatori di animali".

(8) Sobre os referidos mecanismos, cf. MUSATTI, *Trattato di psicoanalisi*, cit., p. 157 *et seq.* e p. 267 *et seq.* e PONTI, Gian Luigi, *Compendio di criminologia*, 2. ed., Milano: Cortina, 1980, p. 292-295.

pulsões institivas e anti-sociais não aceitas pelo superego; a *sublimação*, que implica a transformação das energias institivas em metas e aspirações elevadas, *v.g.*, metas altruísticas, morais, culturais; a *identificação*, que consiste em identificar-se com uma outra pessoa, assumindo seus traços psicológicos e até mesmo gestos e características específicas da pessoa eleita como modelo;[9] a *formação reativa*, ou seja, a substituição, em nível consciente, de pulsões ou sentimentos que geram angústia, *e.g.*, o ódio pelo amor etc.

Aliás, entre os povos primitivos, eram previstas penas gravíssima para o incesto, o que denotava a existência de um alto índice de possibilidade de sua ocorrência.

A propósito, é interessante notar que as legislações primitivas não eram fruto de construção teórica e sistemática. Ao invés, traduziam concretamente a consciência jurídica das tribos, vale dizer, manifestavam-se como meios para resolver as situações reais da vida social.

Sustentam os psicanalistas que na presente fase da civilização, é possível afirmar que "somente o canibalismo, o incesto real, o parrícidio e o fratricídio não aumentariam, ainda que inexistisse qualquer punição para esses crimes no Código Penal. Essas tendências anti-sociais, apesar de serem manifestas no início do desenvolvimento do homem, foram removidas na sociedade contemporânea...".[10]

2. Nota introdutória: da psicanálise e da criminologia psicanalítica

A breve anotação acima realizada serve bem para introduzir as idéias básicas da psicanálise, relativas à ambivalência dos sentimentos humanos, aos impulsos anti-sociais que acometem o ser humano, bem como para demonstrar que, segundo a psicanálise, os motivos de certos comportamentos, não raras vezes, são bastante diversos daqueles presentes em nível consciente.

Em relação ao delito e ao sujeito que o pratica, de forma especial, a psicanálise cuida de demonstrar que o crime não é mera resultante de fatores exógenos; que o mundo externo não atua somente sobre a consciência, mas, também, sobre os extratos mais profundos da personalidade; que esta tem seu comportamento determinado por seus componentes psíquicos, sendo a conduta anti-social a forma de externalização de um conflito interno.

Essas são as idéias centrais da psicanálise, das quais parte a criminologia psicanalítica. Esta última integra capítulo relativo à psicologia criminal, nos modernos manuais de criminologia.[11]

O interesse pela psicanálise por parte dos criminólogos nasce após o escrito de Freud intitulado *I delinquenti per senso di colpa*, sendo, pois, subseqüente ao nascimento da própria psicanálise, motivo pelo qual impõe-se que a exposição do tema seja precedida de breve incursão em seus conceitos básicos elaborados por seu criador, Sigmund Freud.[12]

Não serão tratadas, nesse escrito, as modificações ou alterações posteriores

(9) Sobre o ponto, cf. Musatti, *Trattato di psicoanalisi*, cit., p. 272-273.

(10) ALEXANDER, Franz, Lo sviluppo della psicologia dell'io, In: *Saggio di psicologia freudiana*. Roma: Astrolábio, 1975, p. 159-160.

(11) Ver nota 60, *infra*.

(12) Informa-nos WOLLHEIM, Richard (*Guida a Freud*. Trad. Nuccia Malinverni, Milano, 1983, p. 26-29), que Freud, o pai da psicanálise, nasceu em 6 de maio de 1856, em Freiberg, pequena cidade da Moravia, atual Checoslováquia. Formou-se em medicina na Universidade de Viena em 1881. Em 1885, aprofundou seus estudos com Jean-Martin Charcot, famoso psicanalista francês, em temporada de estudos na cidade de Paris; nessa época, dedicou-se ao estudo da anatomia do cérebro e a um tema recentemente descoberto: a histeria. Voltando a Viena em 1886, iniciou suas atividades profissionais, como especialista em doenças nervosas.

ocorridas na psicanálise no curso de sua evolução.[13] A indagação que se procede cingir-se-á à criminologia psicanalítica propriamente dita (e não sobre a psicanálise) e a algumas modernas elaborações doutrinárias no âmbito da ciência penal, que possuem como ponto de partida a "psicologia do profundo".

De forma especial, será examinada a obra de Alexander e Staub, mencionando, tão-somente *en passant*, outras contribuições, uma vez que nenhuma outra obra sobre o tema se dedicou a construir um sistema penal tomando por base os conceitos da psicanálise.

O termo "psicanálise" foi introduzido por Freud em 1896,[14] que, inicialmente, empregava outros termos, tais como análise *psicológica, análise hipnótica, análise, análise psíquica.* O próprio estudioso nos legou várias acepções do vocábulo.

Em trabalho intitulado *Psicoanalisi* (1925), por ele escrito para integrar a *Encyclopaedia Britannica*, afirma textualmente que o referido termo está a designar: "1) um particular método de tratamento das neuroses; 2) a ciência dos processos psíquicos inconscientes, a qual se denomina, também, apropriadamente, *psicologia do profundo*".[15]

Outros estudiosos conceituam a psicanálise como um conjunto de métodos técnicos para a investigação psíquica, cuja função essencial consiste em clarificar o significado da vasta gama de fatos da vida psíquica que, até o seu surgimento, eram tidos como fatos acidentais, sem qualquer relevância sob o prisma psicológico.[16]

A psicanálise, pois, seria constituída pela série de técnicas para investigação do significado inconsciente das ações, lapsos verbais, troca de palavras, esquecimentos, bem como das representações imaginárias das pessoas, tais como sonhos, fantasias etc.

O vocábulo ainda designa o grupo de teorias psicológicas e psicopatológicas em que são ordenados os dados introduzidos pelo método psicanalítico para investigação e tratamento.[17]

Freud acreditava no poder, para ele fundamental, do domínio da razão sobre o instinto. No trabalho *Introduzione alla psicoanalisi*, tal idéia vem expressa de maneira absolutamente clara: "A evolução do ego vai do reconhecimento dos instintos ao seu domínio, da sua obediência à sua inibição. O superego, sendo em parte uma formação de reação aos processos instintuais do *id*, possui um papel importante nessa evolução. A psicanálise é o instrumento destinado à progressiva conquista do *id*".[18]

(13) Nesse breve estudo seguiremos a orientação psicanalítica prevalentemente freudiana.

(14) Sobre o ponto, cf., por todos, WOLLHEIM, *Guida a Freud*, cit., p. 6 e LAPLANCHE e PONTALIS, *Vocabulário da psicanálise* consagrou o abandono da cartase sob hipnose e da sugestão e o recurso exclusivo à regra da associação livre para obter o material". FREUD, entretanto, afirma que o início da psicanálise pode ser mencionado em duas datas: 1895, data da publicação do livro *Studi sull'isteria e* 1990, quando foi publicada *a interpretazione dei sogni* (cf. Psicoanalisi, Trad. Renata Colorni, In: FREUD, Sigmund; *Opere*, Torino, 1990, v. 10, p. 221-30).

(15) FREUD, Psicoanalisi. In: *Opere*, cit., v. 10, p. 221-30.

(16) Assim, cf., por todos, MUSATTI, *Trattato di psicoanalisi*, cit., p. 18.

(17) Nesse sentido, cf. por todos, LAPLANCHE e PONTALIS, *Vocabulário psicanálise*, cit., p. 385.

(18) Introduzione alla psicoanalisi. In: *Opere*, Trad. Edoardo Weiss, Rist. 1. ed., Torino, 1989, v. 8, p. 574, *in verbis*: "L'evoluzione dell'io va dal riconoscimento degli instinti al loro dominio, dalla loro ubbidienza alla loro inibizione. Il super-io, assendo in parte una formazione di reazioni ai processi istintuali dell'es ha un ruolo importante in questa evoluzione. *La psicoanalisi è lo strumento destinato alla progressiva conquista dell'Es".*

Segundo Erich Fromm, sob esse particular aspecto, Freud legou uma finalidade ético-religiosa à psicanálise: a progressiva conquista da paixão pela razão; tal finalidade, ainda segundo Fromm, era inculcada no protestantismo, na filosofia iluminista e na filosofia de Spinoza, mas encontrou, no pensamento de Freud, uma forma específica.[19]

Aqueles que se dedicaram ao estudo de sua obra afirmam que Freud jamais sistematizou, elaborou ou, pelo menos, expôs claramente quaisquer princípios políticos;[20] acentuam, todavia, que seu pensamento político foi caracterizado por dois sentimentos, presentes no homem Freud: "uma amarga forma de antagonismo em relação à religião e de todas as formas de autoridade religiosa e pela antipatia em relação à América".[21]

Afirma Fromm o real interesse científico cultivado por Sigmund Freud pela mente humana: "Tinha iniciado sua carreira como médico e era muito sensível e cético para ser um líder político. Mas sob o travestimento de uma escola científica, realizou o seu velho sonho de ser o Moisés, que mostrava à raça humana a terra prometida, a conquista do *id* por parte do *ego* e a estrada para chegar a essa conquista".[22]

A doutrina das instâncias psíquicas, a pormenorizada análise dos mecanismos de defesa do *ego*, as técnicas e métodos para a descoberta do significado das ações inconscientes, os diversos estudos sobre anomalias sexuais, obsessões, neuroses etc., ao lado de tantos outros estudos e reflexões, que integram sua vasta obra, constituem seu grande legado.

Por isso, em relação a Sigmund Freud, assinala o penalista Luiz Jiménez de Asúa: "Se pode ser freudiano ou inimigo da psicanálise; mas tanto seus partidários como seus inimigos hão de reconhecer a magnitude do homem e da obra".[23]

(19) FROMM, Erich. *La missione di Sigmund Freud*; analise della sua personalità e della sua influenza. Trad. Girolamo Mancuso, Roma, 1989, p. 167.

(20) Assim, cf. WOLLHEIM, *Guida a Freud*, cit., p. 23 e ERICH FROMM, *La missione di Sigmund Freud*, cit., que não obstante vislumbre um caráter "quase-político" do movimento de Freud (*op.cit.*, p. 161), afirma que o mesmo jamais formulou sistematicamente suas posições políticas (*op.cit.*, p. 169).

(21) WOLLHEIM, *Guida a Freud*, cit., p. 23, *in verbis*: "... un'amara forma di antagonismo nei confronti della religione e di tutte le forme di autorità religiosa, e dall'antipatia verso l'América". De fato, FREUD realiza em seu trabalho L'avvenire di un'illusione, Trad. Sandro Candreva e E. A. Panaitescu. In: *Opere*, cit., v. 10, p. 431-485, considerações relativas ao problema da religião e da fé, mostrando-se bastante cético.

(22) *La missione di Sigmund Freud*, cit., p. 168, *in verbis*: "... aveva iniziato sua carriera come medico ed era troppo sensible e scettico per essere un *leader* político. Ma sotto il travestimento d'una scuola scientifica realizzó il suo vecchio sogno di essere il Mosé che mostrava alla razza umana la terra promesa, la conquista dell''Es da parte dell'lo e la strada per arrivare a questa conquista".

(23) *Psicoanalisis criminal*. 6. ed., Buenos Aires, 1982, p. 2, *in verbis*: "Se puede ser freudiano o enemigo della psicoanalisis; pero lo mismo los partidarios que los inimigos han de reconhecer la magnitud del hombre y de la obra". Segundo FROMM (*La missione di Sigmund Freud*, cit., p. 147) atualmente o mais notório representante da escola neofreudiana, Freud mostrava caráter autoritário em relação às suas próprias idéias; neste sentido, acentua que "l'autorirarismo de Freud è stato l'argomento di molte discussioni. Si è frequentemente affermato che Freud era di un rigido autoritarismo e quindi intolerante delle altrui opinioni o revisione delle proprie teorie. È difficile ignorare la mole di prove che suffragano questta opinione. Freud non aceetò mai nessun significativo suggerimento di apportare qualche modifiche al suo lavoro scientifico. O si era completamente favorevoli a questa teoria – e questo *significava* a *lui* – oppure si era control di lui" (*op.cit., loc. cit.*).

3. Sobre os conceitos básicos da psicanálise

Peculiar contribuição da teoria psicanalítica de Freud nos foi dada pela nova forma como realizou o estudo da influência exercida pelo inconsciente sobre a personalidade e, de conseqüência, sobre o comportamento humano. Até então, a personalidade psíquica era praticamente identificada com o conteúdo ou o nível da consciência.

Freud demonstra que, na realidade, os processos psíquicos inconscientes, constituem o principal movente na estrutura da pessoa.[24] As ações, palavras, esquecimentos, sonhos, pensamentos, são movidos em grande parte pelo inconsciente. Admite-se a existência dos processos psíquicos inconcientes, principiando, assim, uma nova e decisiva orientação no estudo da personalidade.

Freud identificou, na estrutura da personalidade psíquica, três instâncias fundamentais, que podem ser compreendidas como três diversos planos ou momentos da atividade psíquica: o *id*, o *ego* e o *superego*.

Tais níveis, instâncias, planos, momentos, setores ou componentes de nossa atividade psíquica, que, afinal, determinam o nosso comportamento e a nossa personalidade apesar de serem individualmente conceituadas, não são vistas como blocos monolíticos ou partes estanques da personalidade.

Mesmo se a cada uma dessas instâncias se atribuam conteúdo, função e mecanismos próprios, encontram-se elas em constante e profunda interação, exercendo uma o domínio ou controle sobre as outras, condicionando muitas de nossas ações e comportamentos.

A propósito, é observado que, "Não obstante cada uma dessas componentes da personalidade seja dotada de funções, propriedades e dinamismos próprios, a sua interação é tão íntima, a ponto de tornar difícil, se não impossível, dividir os seus singulares efeitos e valorar separadamente as conseqüências de tais efeitos sobre o comportamento humano: este é, em regra, o resultado da interação entre as três instâncias".[25]

Na personalidade "normal", a interação entre os três diversos planos se dá de forma harmoniosa e simétrica. Há ordenação regular, bastante coerente, entre as mencionadas instâncias.

Para visão crítica da obra de Freud e a crise da psicanálise, cf., por todos, FROMM, Erich. *Grandezza e limite del pensiero di Freud*. Trad. Francesco Saba Sardi. Rist. 1. ed., Milano, 1989 e, ainda, do mesmo autor, *La crisi della psicoanalisi*. Trad. Giovanni Fattorini, Milano, 1989.

(24) A afirmação é realizada, entre tantos de seus trabalhos, em *Introduzione alla psicoanalisi*, cit., p. 205, até mesmo com certo senso de humor. Com efeito, diz Freud no prefácio do referido trabalho: "La prima di questa sgradevoli affermazioni della psicoanalisi è che i processi psichici sono di per sé inconsci e che di tutta la vita psiquica sono consce soltanto alcune parti e alcune azioni singole." (*op.loc.ult.cit.*).

(25) PONTI, *Compendio di criminologia*, cit., p. 288. *in verbis*: "Sebbene ognuma di queste componenti della personalità sia dotada di funzioni, proprietà e dinamismi propri, la loro interazione è così intima da rendere difficile, se non impossibile, scinderne i singoli effetti e valutarne separatamente le conseguenze sul comportamento umano: questo è di regola il risultado di una interazione fra le tre istanze, e la personalità normale realizza una integrazione armonica tra di esse". Assinala MUSATTI, *Trattato di psicoanalisi*, cit., p. 267-268 que a psicanálise concebe a personalidade psíquica de modo peculiar em relação ao problema de sua unidade, "sostituendo il concetto intelettualistico dell'io centro unico di ogni attività pshichica, il concetto di una unità organica, in cui c'è posto per una relativa autonomia: le varie tendenze o le varie istanze che costituiscono la personalità psichica agiscono e si svolgono con una relativa indipendenza".

A vida instintiva, segundo a psicanálise, desenvolve-se fora da zona de consciência, é fundamentalmente inconsciente, mesmo fornecendo ao "eu consciente" as energias necessárias a guiar seu comportamento mental.

O *id*, traduzido do termo alemão *das Es*, que significa "isso, aquilo",[26] possui natureza primitiva e representa a instância primária, básica da personalidade, sendo presente desde o instante do nascimento. Encontra-se enraizado nas propriedades e processos somáticos do organismo. É constituído pela energia pulsional da personalidade, como os instintos, as paixões, traços psicológicos hereditários.

Desorganizado, ilógico e imoral, o *id* se submete ao *princípio do prazer*. Este consiste num dinamismo de redução da tensão proveniente da necessidade de realização dos instintos, através da pronta realização das pulsões, satisfazendo as necessidades instintivas do *id*.

Segundo Musatti, a atividades reguladas pelo princípio do prazer são totalmente desvinculadas "da ogni esigenza che non quella dell'appagamento del bisogno".[27]

O *ego*, ou *eu consciente*, é a parte consciente da personalidade psíquica e se desenvolve em virtude da necessidade de conformar as imposições instintivas, pulsionais do *id* na relação com a realidade, com o mundo exterior.

Trata-se da parte organizada da personalidade, gerada no curso do desenvolvimento individual do ser humano, formando-se, diferenciando-se e destacando-se no próprio *id*.

A importância funcional do *ego* é radicada na distinção que ele realiza entre o extrato que compõem as representações mentais e o mundo externo, circundante; sua função consiste em valorar os dados do mundo externo, em analisar a aptidão de tais dados para satisfazer as pulsões e impulsos do *id*.

Portanto, o *ego* é a instância da personalidade que efetivamente atua no mundo exterior. Controlando e selecionando os estímulos ambientais a obterem respostas, as possibilidades de ação, o *ego* atua na forma de ceder aos impulsos do *id* ou na forma de afastar tais impulsos, através da influência do *superego*.

Enquanto o *id*, como acenado, obedece ao *princípio do prazer*, o *ego* realiza suas escolhas obedecendo ao *princípio da realidade*, que comporta uma modificação no funcionamento do aparato psíquico. Para a satisfação das necessidades instintivas, dos desejos etc., a personalidade psíquica passa a representar as condições reais do mundo externo, utilizando processos de pensamento, como a atenção, a memória, organizando as atividades de forma a permitir a satisfação das necessidades de maneira concreta, tendo em vista as possibilidades e as oportunidades oferecidas pela realidade.[28]

Como já assinalado, embora destacando-se do *id*, o *ego* não se distingue dele nitidamente, posto que se desenvolve em seu próprio âmago, mas, ainda assim, "o *ego* procura ser normal e conformar-se com as exigências do mundo exterior e o *princípio da realidade*, que se supõe governar depois a pessoa adulta, amadurecida".[29]

A terceira e última instância autônoma da personalidade psíquica, segundo a psi-

(26) LAPLANCHE e PONTALIS, *Vocabulário da psicanálise*, cit., p. 219.

(27) *Trattato di psicoanalisi*, cit., p. 210.

(28) Assim, cf. MUSATTI, *Trattato di psicoanalisi*, cit., p. 210; WOLLHEIM, *Guida a Freud*, cit., p. 268, PONTI, *Compendio di criminologia*, cit., p. 288-289 e MANNHEIM, Herman. *Criminologia comparada*, Trad. J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa, 1984, v. 1, p. 450.

(29) MANHEIM, *Criminologia comparada*, v. 1, cit., p. 450.

canálise, é constituída pelo *superego*, também denominado *ego ideal*.[30]

Na topografia psíquica, o *superego* é a consciência moral, o componente da personalidade que representa o valores éticos e sociais.

Desenvolve-se e estrutura-se no curso da infância, através de um mecanismo denominado *identificação*, mediante o qual se assimila valores ético-sociais e cujo primeiro núcleo em geral é extraído do comportamento dos pai e das pessoas mais próximas à criança.

Os estudiosos da psicanálise afirmam que "os pais, ou aqueles que ocupam o seu lugar, seguem por sua própria conta as prescrições do seu superego. Conseqüentemente, aquilo que as criança introjetam e que vem a constituir o seu superego, não é tanto o ego, e sim o super-ego dos pais. O superego, isto é, o ideal do ego, passa de pai para filho, tornando-se portador de uma tradição".[31]

Funciona como um julgador moral interno da conduta, quer desaprovando aquelas que se mostrem contrárias aos valores ético-sociais, quer aprovando aquelas que se mostrem adequadas aos próprios valores ético-sociais.

Sua função, de capital importância, consiste em dominar ou conter os impulsos do *id*, para que a conduta seja adequada às normas ético-sociais por ele introjetadas, tolhendo ou inibindo os impulsos do *id*.

Dessa sucinta e superficial exposição sobre as três instâncias que formam a unidade da personalidade psíquica, temos que as referidas camadas ou planos psíquicos da personalidade se nos apresentam em constante interação, existindo um contínuo movimento entre elas que, quando harmônico, deriva uma personalidade normal, do mesmo modo harmoniosa e equilibrada.

O *ego*, parte consciente da personalidade psíquica, fica exposto aos acometimentos ou ataques, quer das forças instintuais do *id*, quer da censura ética e social do *superego*.

Daí resultam os conflitos da personalidade e da pessoa com o mundo circundante. Com a finalidade de defender-se da angústia (real, social ou neurótica) derivada dos conflitos e encontrar o equilíbrio, o *ego* se serve de determinados mecanismos de defesa, tais como a remoção, a sublimação, a projeção, a formação reativa, a identificação etc.

Finalmente, a noção da expressão *sentimento de culpa* assume fundamental relevo para compreensão da concepção psicanalítica do crime.

Segundo Musatti, "a tensão entre o ego e o superego é vivida pelo ego como sentimento de culpa".[32] O *ego* se sente culpado pelas reprovações que lhe são movidas pelo *superego*.

O sentimento de culpa, enraizado no complexo de édipo, consiste no medo ou angústia de eventual exteriorização de tal complexo, impulso primitivo na infância, desviando-se dos padrões morais de conduta assimilados e esperados pelo *superego*.

Enquanto se trata de fenômeno normal e consciente, o sentimento de culpa, o remorso podem facilmente ser explicados e compreendidos; porém, segundo Musatti "nas neuroses, ou pela sua intensidade

(30) Assim, cf., por todos, MUSATTI, *Tratado di psicoanalisi*, cit., p. 270.

(31) MUSATTI, *Trattado di psicoanalisi*, cit., p. 281, *In verbis*: "I genitori, o coloro che ne prendono il posto, seguono per proprio conto le prescrizioni del loro super-io. Ne viene di conseguenza che ciò che i bambini introiettano, e che viene a costituire il loro super-io, non é tanto l'io dei genitori, ma il loro super-io. Il super-io, e cioè l'io ideale dell'io, si tramanda così di padre in figlio, divenendo così il portatore di una tradizione".

(32) *Trattato di psicoanalisi*, cit., p. 290, *in verbis*: "la tensione fra l'io e il super-io è vissuta dall'io come senso di colpa.

enorme, ou porque aparentemente injustificado ou imotivado, revela uma agressividade particular do *superego*".[33]

Nesse caso, o sentimento de culpa assume a forma de um "sistema de motivações inconscientes, que explica comportamentos de fracasso, condutas delinqüentes, sofrimentos que o indivíduo inflige a sí mesmo".[34]

Interessante, para finalizar essa sucinta exposição, anotar as analogias realizadas por Foulkes e Carlo Ponti.

Segundo Mannheim, "Foulkes compara estas três camadas da personalidade humana a uma outra tríade: criminoso-sociedade-juiz, em que o cidadão normal ocupa uma posição entre o primeiro e o terceiro".[35]

Por seu turno, Ponti considera que "em sentido amplo pode considerar-se o *id* como a componente biológica de personalidade, o ego como a componente psicológica e o superego como aquela social".[36]

4. Psicanálise e criminogênese

4.1 Freud: os delinqüentes por sentimento de culpa (1916)

As indagações psicanalíticas sobre a criminalidade se iniciaram a partir de um brevíssimo e substancioso escrito de Freud: *I delinquenti per senso di colpa*.[37] O escrito data de 1916 e apresenta peculiar importância porque estende a pesquisa psicanalítica ao comportamento delinqüente.

Todos os estudos que se seguiram, no âmbito criminológico, tiveram, no trabalho referido, seu texto fundamental e seu ponto de partida.

Essa não é o único escrito de Freud através do qual nos legou conhecimentos e indagações psicanalíticas sobre o problema da criminalidade. São, também, obras importantes para a compreensão de suas teorias, dentre outras, *Considerazioni attuali sulla morte e sulla guerra* (1915), *Totem e tabú* (1912), *Il disaggio della civilità* (1929) e o escrito *Dostoievsky e il parricídio* (1927).

No entanto, sem dúvida, foi no trabalho *I delinquenti per senso di colpa* que ele expôs, de maneira mais sucinta e completa, sua tese sobre a gênese do crime.

Freud relata que diversas pessoas já adultas, respeitadas, ao lhe falarem da juventude, pouco antes da puberdade, referiam-se à prática de ações ilícitas, tais como pequenos furtos em lojas, pequenos estelionatos e até mesmo incêndios dolosos. A princípio, Freud vislumbrava nessas indicações de seus pacientes a fraqueza das inibições morais, características nessa fase da vida.

Todavia, sentiu-se obrigado a realizar um estudo mais profundo desses episódios, porque alguns pacientes lhe relataram fatos do gênero, praticados já na fase adulta.

Afirma Freud que "o trabalho psicanalítico deu o surpreendente resultado de que tais ações eram praticadas sobretudo porque proibidas, e porque a sua execução trazia um alívio psíquico para aqueles que as cometiam".[38]

Observou Freud que tais pacientes sofriam de oprimente sentimento de culpa,

(33) *Op.cit.*, p. 291.

(34) LAPLANCHE e PONTALIS, *Vocabulário da psicanálise*, cit., p. 473.

(35) *Criminologia comparada*, cit., p. 451.

(36) *Compendio di criminologia*, cit., p. 290, *in verbis*: "in senso lato può considerarsi l'Es come la componente biologica della personalità, l'Io come quella psicologia ed il Super-io come quella sociale".

(37) Trad. Mario Ciapaglini, In: *Opere*, cit., v. 8, p. 651-652.

(38) FREUD, *I delinquenti per senso di colpa*, cit., p. 651, *In verbis*: "il lavoro analitico ha dato poi il sorpreendente risultado che tali azioni venivano compiute soprattuto perché proibite e perché la loro esecuzione portava un sollievo psichico a coloro che li commetteva".

cuja origem era desconhecida e que, após a prática delituosa, a opressão da culpa era mitigada, uma vez que tal sentimento podia ser atribuído a algo de consciência real.

Paradoxalmente, prossegue Freud, o sentimento de culpa era preexistente à ação ilícita, ao invés de surgir após a sua prática, vale dizer, o crime era a resultante do sentimento de culpa: "A preexistência do sentimento de culpa se demonstrou de maneira óbvia através de toda uma outra série de manifestações e efeitos".[39]

Por isso, seguramente, foi utilizada a expressão "delinqüentes por sentimento de culpa" para designar os sujeitos que, por uma necessidade inconsciente de expiação, advinda do sentimento de culpa, de origem neurótica, praticam condutas criminosas. O crime praticado racionalizava o sentimento de culpa.

Diante do constatado, Freud se propõe a esclarecer duas outras questões, a saber: a primeira, relativa à proveniência do sentimento de culpa que precede a ação, e a segunda, sobre a real intensidade do sentimento de culpa na criminalidade humana.

No que tange ao primeiro problema, constatou Freud, através de trabalho analítico, que o sentimento de culpa era proveniente do complexo de édipo, em relação ao qual o indivíduo reagia a duas intenções criminosas: matar o pai e manter relações com a mãe.[40] Conseqüentemente, o crime praticado por sentimento de culpa constituía um desafogo, um refrigério, para o sujeito.

Em relação à segunda questão, Freud primeiramente se refere às crianças, observando que freqüentemente elas se tornam "más" para provocar a punição e que, após o castigo, se tranquilizam e se acalmam. Nesses casos, posterior indagação analítica conduz ao sentimento de culpa que induz as crianças a procurarem o castigo.

Em seguida, entre os delinqüentes adultos distingue aqueles que cometem crimes sem qualquer sentimento de culpa, ou porque não desenvolveram qualquer tipo de inibição moral (personalidades psicopáticas, pervertidos), ou porque se engajaram em uma luta com a sociedade.

Finalmente, afirma que, em relação à maioria dos delinqüentes, essa movimentação do crime poderia ser tomada em consideração de modo muito oportuno.[41] Dessa forma, seriam devidamente explicados vários pontos obscuros na psicologia do delinqüente e poder-se-ia atribuir à pena um fundamento psicológico.

É, pois, a severidade do *superego* a induzir os indivíduos à prática de crimes, com a finalidade de obter uma punição que silencie o inconsciente sentimento de culpa derivado de pulsões do *id* não aceitas pelo *ego*.

Da teoria de Freud surge peculiar doutrina criminológica, que concebe o crime como uma conduta de origem neurótica. Inverte-se a ordem explicativa da prática do fato-crime: o sujeito não sente culpa por tê-lo praticado. Ao invés, o sentimento de culpa, que antecede a conduta criminal, leva o indivíduo a praticá-la. A seqüência pode ser bem compreendida como o esquema abaixo:

sentimento de culpa → crime → pena criminal ou punição.

Até então, o paradigma criminológico se radicava em esquema diverso, a saber:

(39) FREUD, *I delinquenti per senso di colpa*, cit., p. 651, *In verbis*: "La preesistenza del sentimento di colpa si era ovviamente dimostrata attraverso tutta una serie di altre manifestazioni ed effetti".

(40) FREUD, *I delinquenti per senso di colpa*, cit., p. 651.

(41) Afirma FREUD (*I delinquenti per senso di colpa*, cit., p. 652): "per la maggioranza degli altri delinquenti, coloro per i quali codice penale è più propriamente fatto, questa motivazione del crimine potrebbe essere molto convenientemente presa in considerazione".

causa ou causas do crime → crime → culpa → pena criminal ou punição.[42]

4.2 Dostoievsky e o parrícidio (1928)

Em outro escrito, de notado interesse para a criminologia, Freud elegeu temas de Dostoievsky, acentuando que, na personalidade do escritor, identificava quatro faces, dentre elas a do pecador.[43]

Para Freud, a face do escritor é a mais forte e por isso o compara a Shakespeare. A mais criticável é o aspecto ético da sua personalidade. Afirma Freud que se se quer exaltar Dostoievsky como "um homem moral argumentando que somente quem tocou o fundo extremo do pecado pode atingir o nível mais alto da moralidade, se esquece da seguinte reflexão: moral é quem já reage à tentação antes advertida interiormente e a esta não cede".[44]

A escolha dos temas literários de Dostoievsky, que privilegia os caráteres egoístas e violentos, junto a outros dados de sua biografia, demonstra que sua personalidade era portadora dessas tendências. Apresentava traços de sadismo, identificáveis na sua excitabilidade, no desejo de atormentar os outros e na sua intolerância com os entes queridos. Para as coisas pequenas, era sádico, mas dirigia sua agressividade para o mundo exterior; nas coisas grandes, era sádico, porque dirigia sua agressividade para o seu próprio mundo interior, isto é, era masoquista.[45]

Freud identificava na personalidade de Dostoievsky duas características essenciais do delinqüente: egoísmo exagerado e tendência destrutiva, falta de amor e de afetividade em relação aos objetos humanos.

Afirma Freud ser indiscutível a relação entre o destino do pai do famoso escritor, que morreu assassinado, e seu romance "Os irmãos Karamazov", realizando indagação psicanalítica sobre o trauma sofrido por Dostoievsky com a morte do pai e a parte neurótica de sua personalidade.

Analisando a vida do autor, que tinha problemas epilépticos, sustenta que a intenção inconsciente da "reação epilética" é a identificação com um morto, uma vez que esses ataques simulam a morte.[46] Significa uma identificação com uma pessoa morta ou com uma pessoa viva, da qual se deseja a morte. Neste último caso, a teoria psicanalítica afirma que este "outro" de quem se deseja a morte é o pai, e que o "ataque histérico" é uma forma de autopunição pelo desejo de morte do pai.[47]

Segundo Freud, daí ser incontestável a simpatia de Dostoievsky pelo delinqüente, que não se trata de solidária compaixão, mas tem origem nos mesmos impulsos homicidas: "non c'è dubbio che in Dostoievsky questa simpatia da identificazione ha condizionato in maniera decisiva la scelta del argomento".[48]

(42) Cf. interessante gráfico traçado por FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, e COSTA ANDRADE, *Manuel da Criminologia*, Coimbra: Coimbra, 1992, p. 199.

(43) Dostoevsky e il parricidio. In: *Opere*, Torino: Boringueiri, 1990, p. 521.

(44) Dostoevsky e il parricidio, cit., p. 521, *In verbis*: "L'aspetto più aggredibile in Dostoevsky è quello etico. Se lo si vuole esaltare come uomo morale argomentando che soltanto chi ha toccato il fondo estremo del peccato può attingere il livello più alto della moralità, si trascura la seguente riflessione: morale è chi già reagisce alla tentazione avvertita interiormente ed a essa non cede".

(45) Dostoevsky e il parricidio, cit., p. 532-533.

(46) Dostoevsky e il parricidio, cit., p. 526. Segundo Freud (*op.cit.*, p. 526-527), no início, os acessos epilépticos consistiam em estados de sonolência letárgica. O irmão de Dosotievsky, Andrej, contou que desde jovem o autor tinha o hábito, antes de dormir, de escrever bilhetes dizendo que temia ter um acesso epilético durante a noite similar à morte e nos quais pedia que deixassem passar cinco dias antes de enterrá-lo.

(47) Dostoevsky e il parricidio, cit., p. 527.

(48) Dostoevsky e il parricidio, cit., p. 527.

Um aspecto a ser acentuado é que o delinqüente, no mencionado romance de Dostoievsky, é quase visto como um redentor[49] ao tomar para si a culpa que também os demais deveriam sentir.

Do ponto de vista da sociedade, Freud ampliaria essa compreensão, no âmbito psicológico, de que se castiga a alguns indivíduos para criar uma imagem irreal: a de castigar a todos.[50]

4.3 Interesse suscitado pelo tema na criminologia

A concepção psicanalítica do crime, antes exposta, em especial no escrito *I delinquenti per senso di colpa*, chamou a atenção dos estudiosos, no âmbito criminológico, principalmente no final da década de 30, em todo o mundo.

Numerosos estudos se seguiram, como um desenvolvimento das bases colocada por Freud, tais como os trabalhos de Franz Alexander e Hugo Staub (*Il delinqüente, il giudice e il pubblico*)[51], Theodor Reik (*L'impulso a confessare*)[52], Melanie Klein[53], Gernil Perrin (*Psychanalyse e criminologia*)[54], entre vários outros.

Na Itália, dos escritos sobre o tema, destacamos os trabalhos de Perrotti,[55] Trombi,[56] Gulota,[57], bem como o recente estudo do penalista Élio Morselli[58] que, no âmbito propriamente dogmático, reelabora os conceitos de dolo e culpa tomando como base a psicologia do profundo.

Também na América Latina, o tema suscitou interesse por parte dos estudiosos das ciências criminais. Destacamos a completa e monumental obra de Luis Jiménze de Asúa, *Psicoanalissis criminal*.[59]

No Brasil, mencionamos os trabalhos de Theon Spanudis[60] e Cledon Fonseca.[61]

Estes, apenas alguns trabalhos, dentre os inúmeros estudos sobre o tema realizados na Espanha, na Alemanha, nos EUA e em vários países do mundo, além das referências e explicações sobre o tema realizados nos manuais de criminologia.[62]

(49) Dostoevsky e il parricidio, cit., p. 534.

(50) Assim, cf. DEL PONT, Luís Marco, *Manual de criminologia*, Córdoba: Marcos Lerner, 1991, p. 137.

(51) O livro de Franz Alexander e Hugo Staub foi originalmente escrito em alemão e posteriormente traduzido em vários países do mundo. A tradução inglesa, realizado por G. Zilgoorg, foi publicada em 1931. A primeira edição italiana veio a lume em 1948, com a denominação *Il delinquente e i suoi giudici*; a segunda edição, intitulada *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, trad. Pietro Veltri, Milano, data de 1978.

(52) A referida obra aparece em 1925 em idioma alemão. Em 1967, foi publicada sua tradução em língua italiana, sob a denominação *L'impulso a confessare*. Milano, 1967, como mencionado *supra*.

(53) Vários são seus escritos sobre o tema. Entre eles, mencionamos, *Psicoanalisi* dei bambini. Firenze, 1988 e Lo sviluppo precoce della coscienza morale ne bambino. In: AA.VV. *Saggi di psicologia freudiana*. Roma, 1975, p. 179-190.

(54) A obra de PERRIN, Genil foi traduzida para o português: *Psychanalyse e criminologia*. Trad. Leonidio Ribeiro. Rio de Janeiro, 1936.

(55) Contributo della psicoanalise allo studio della criminogeneis, In: *Quaderni di criminologia clinica*, Roma: 11959, n. 2, p. 163 *et seq.*

(56) Psicoanalisi e criminalità, In: *Quaderni di criminologia clinica*, Roma, 1977, n. 3, 1977, p. 298-381.

(57) *Psicoanalisi e responsabilità penale*. Milano: Giuffrè, 1973; cf., ainda, GULOTA e ERMENTINI, Il pensiero criminologico de Theodor Reik, cit., p. 19-23.

(58) *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*. Padova, 1989.

(59) *Psicoanalisis criminal*, cit., cuja primeira edição data de 1940, tratando-se de exaustivo estudo sobre o tema.

(60) *Delinqüência e psicanálise*, São Paulo, 1954.

(61) *A psicoanalise nos Tribunais*, Recife, 1944.

(62) Nas vasta literatura manualística sobre o tema, mencionamos: Albergaria, Jason. *Criminologia (teórica e prática)*, Rio de

Será realizada a exposição de alguns aspectos da obra de Franz Alexander (médico psicanalista) e Hugo Staub (jurista), de consulta obrigatória – um verdadeiro clássico – para todos aqueles que pretendem estudar o tema sob o específico âmbito da criminologia psicanalítica.

Com efeito, somente esse estudo logrou realizar um sistema penal com base na teoria psicanalítica da criminalidade, advindo de tal fato sua real importância.

Os dois estudiosos, no trabalho mencionado, analisam à luz da psicanálise o conceito de imputabilidade, dando-lhe nova formulação. Elaboram uma tipologia de ações e respectivos delinqüentes, bem como sugerem um sistema de medidas a serem adotadas para resolverem o problema da criminalidade.

Importante, entretanto, notar, como já acentuamos, que, segundo a psicanálise freudiana, o homem é por natureza, antisocial.

A predisposição ao crime, no ser humano, nada mais é que a resultante da necessidade de satisfazer seus instintos e pulsões. O ser humano, pois, nasce inadaptado, do ponto de vista social. Quando portadores de personalidade psíquica "normal", conseguem reprimir ou dar um sentido social às suas pulsões, enquanto "no delinqüente se frustra este processo de adaptação. Há, pois, uma criminalidade latente, que apenas a psicanálise pode tratar [...]. A criminalidade, portanto, segundo essa doutrina – fora os casos limítrofes – não é uma tara de nascimento, mas um defeito de educação".[63]

5. Da contribuição de Franz Alexander e Hugo Staub à criminologia psicanalítica – O sistema penal da psicanálise

A obra de Alexander e Alexander e Staub não parte de premissa diversa. Contrariando o positivismo criminológico, que sustentava a existência de diferenças biológicas e psicológicas nos indivíduos que praticam crimes, afirmam não ser a "personalidade degenerada" um traço característico desses indivíduos, devido ao reduzido número de delinqüentes portadores desse desvio. A maior parte deles, segundo os autores, se assemelha aos homens "normais", do ponto de vista constitucional e nas estruturas psíquicas elementares.[64]

Nessa linha de idéias, identificam nas teorias de Cesare Lombroso e seus seguidores uma aspiração narcisista dos cientistas, consistente em indicar diferenças entre eles mesmos, seus semelhantes e os delinqüentes, como seres de raça biologicamente diversa.[65]

O desenvolvimento do indivíduo "normal" e do delinqüente é idêntico nas

Janeiro: 1988, p. 137-139; DE LEO, Gaetano, *Appunti di psicosociologia della criminalità e della devianza*, Roma: 1987, v. 1, p. 87-96; HESNAR, A. *Psicologia del delitto*. Trad. Giuseppe Crescenzi, Milano, Giuffrè, 1966, p. 283-329; MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*, v. 1., cit., p. 449-478; MANTOVANI, Ferrando, *Il problema della criminalità*. Padova, 1984, p. 162-171; PONTI, Gian Luigi *Compendio di criminologia*, cit., p. 277 *et seq.*

(63) JIMÉNZES DE ASÚA, *Psicoanalisis criminal*, cit., p. 51, *in verbis*: "en el delincuente si frustra este proceso de adaptación. Hay, pues, una criminalidad latente, que sólo el psicoanalisis puede tratar [...] La criminalidad es, por tanto, según esta doctrina – fuera de los casos limítrofes – no una tara de nacimiento, sino un defecto de educación".

(64) *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, cit., p. 30.

(65) *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, cit., p. 30. Segundo os estudiosos (*op.cit.*, p. 30-31), "Ogni tentativo di cancellare questa linea di demarcazione incontra press'a poco la medesima resistenza affettiva della teoria darwiniana sull'origine della specie, la quale, annoverandom l'uomo nella categoria degli animali, ne ha ferito l'orgoglio".

primeiras fases da vida. A diferença é radicada no fato de que o indivíduo que delinqüe fracassa no processo de adaptação social, ao não conseguir reprimir suas pulsões.

Para os estudiosos, a educação é uma adaptação, sistematicamente conduzida, das exigências originariamente associais da criança aos preceitos do educador. A distinção entre o delinqüente e o homem "normal", pois, não é congênita, mas deriva de um defeito de educação, excetuando alguns casos limítrofes.

Acentuam Alexander e Staub que "alla ricompensa per ogni realizzata limitazione d'impulsi, corrisponde nel campo educativo l'amore di coloro che esigono da noi restrizioni impulsive ai fini dell'adattamento sociale. Il timore del castigo e la speranza di um tributo d'amore sono dunque i due regolatori sociali della vita istintiva".[66]

O temor do castigo e a privação de amor, esta, também, uma forma de castigo, são os dois fatores essenciais na educação e funcionam, mais tarde, para os adultos, como "reguladores", o "freio" de sua vida impulsiva.

A sensibilidade ao Direito, segundo os estudiosos, atua segundo os mecanismos ditados pelas instâncias da personalidade psíquica.

O *ego*, realiza uma renúncia às exigências impulsivas do *id*, em favor da sociedade, à espera de uma contraprestação, vale dizer, vir a ser objeto de um tributo de amor. As respostas sociais de tal comportamento são o respeito, o reconhecimento civil, a liberdade pessoal que serve a todos para conseguir distinção. Essas manifestações sociais aliviam o peso da renúncia aos instintos.

Por seu turno, a violação do sentimento do Direito, tais como a condenação de inocente por erro judiciário ou uma sentença que consista em manifesto arbítrio da autoridade, podem levar o sujeito de personalidade "normal" a uma regressão da autoridade do *superego*, liberando-se as forças morai inibidoras, tornando-o um delinqüente.

Nos extratos mais profundos de nossa personalidade, as pessoas se solidarizam com esse sujeito, uma vez que a injustiça de sua condenação lhes permite desvincular de tudo o que as oprime.

As conseqüências psicológicas de situação similar mostram como o homem que vive em comunidade espera, no fundo, que a outra parte viole o contrato social, permitindo-lhe voltar ao seu primitivo individualismo, ao qual, na realidade, jamais renunciou.[67]

Assim, Alexander e Staub reconhecem no sentimento do direito uma espécie de regulador interior de nossa personalidade psíquica, cuja presença garante automaticamente determinadas autolimitações, impostas pelo interesse coletivo, na vida em sociedade.

Sua violação conduz o ser humano da amargura à rebelião, de tal modo que ele não se sinta mais tão disposto a renunciar espontaneamente a seus próprios impulsos.

A ordem social, segundo os estudiosos, nessas condições, não poderia ser obtida senão através de instrumentos autoritários externos, diversos da lei, o que é, na praxe, impossível de se realizar.

Daí a emergente necessidade, inclusive de ordem econômica, da livre sujeição ao ordenamento jurídico, que se funda e se exerce através da integridade do sentimento de justiça, na serena confiança dos cidadãos nas instituições jurídicas.

Todavia, a crise da justiça, em especial em períodos excepcionais,[68] como, por

(66) *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, cit., p. 11.

(67) *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, cit., p. 14.

(68) ALEXANDER E STAUB, *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, p. 18, referem-se a

exemplo, nos períodos de ditadura vividos na Europa, o domínio não se exerce por obra de forças morais interiores, como a religião, a lealdade, etc. e também a administração da justiça se vê desprovida da confiança que embasa o sentimento de justiça. Não mais sustentada por fatores morais ou afetivos, suas estruturas, pobres de conteúdo, cedem lugar a uma crise geral da justiça.

Com a finalidade de elidir a crise existente à época em que Alexander Staub escreveram sua obra, segundo os autores, instituiu-se no Direito Penal moderno três instituições, a saber: 1. uma casuística legal, com a finalidade de excluir um juízo psicológico sobre os casos em particular; 2. a instituição de um tribunal de laicos, que traduz, na forma do "juízo dos profanos" o bom senso comum, tido pelos estudiosos como uma paradoxal confissão de impotência das instituições; 3. introdução de peritos médicos, em especial, o psiquiatra.

Ainda assim, segundo os estudiosos, a crise da justiça se faz sentir, tendo em vista:

– que os juízes, diante da sedutora norma jurídica, são imbuídos da pretensão de aplicá-la com objetividade e precisão;

– os juristas, com seu desconcertante "horror" à psicologia, não procuram compreender os motivos humanos, o que implica fuga ao princípio da responsabilidade pessoal;

– tornando-se possível, com o auxílio da lei escrita, definir o fato-crime nos estreitos limites de uma norma, o sentimento de justiça pessoal é satisfeito, enquanto a responsabilidade pela injustiça é transferida para o impessoal texto da lei;

– as formas de sanção em vigor.

Diante desse quadro da justiça penal e suas instituições, impõe-se, segundo os autores, a reelaboração do sistema de Direito Penal baseado na diagnose psicológica da conduta delinqüente como fundamento atendível para estabelecer as medidas a serem adotadas, e porque "também ao delinqüente é preciso assinalar uma sorte; mas esta deve ser procurada através da apreciação psicológica do caso concreto".[69]

Estabelecendo tais premissas, iniciam os estudiosos a exposição de suas idéias, ressaltando o papel da psicologia na valoração judicial do delinqüente e colocando a teoria psicanalítica (sobre a formação do sintoma neurótico) como fundamento da psicologia criminal.

5.1 Sobre o conceito de imputabilidade

No sistema penal delineado por Alexander Staub, a imputabilidade passa a ser definida com base em um critério denominado científico,[70] que tem em vista a intensidade da interferência do *ego*, vale dizer, do eu-consciente, no ato praticado pelo sujeito ativo.

É sabido que as ações humanas obedecem a uma variada gama de motivações, conscientes e inconscientes. Ao lado dos fatores fisiológicos que muitas vezes determinam a conduta, encontramos, ainda, três instâncias psíquicas da personalidade que atuam sobre o comportamento: o *ego*, *superego* e o *id*.

Cada um desses sistemas constitui um coeficiente dinâmico da ação humana.

"epoche in cui esingenze sociali estraordinariamente acute, contro le qualil singolo deve lottare (guerra, carestia, disoccupazione, supercapitalismo)".

(69) *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, p. 22, *In verbis*L "Al delinquente pure bisogna assegnare una sorte; ma questa è da ricercare alla stregua dell'apprezzamento psicologico del caso concreto".

(70) *Il delinquente,, il giudice e il pubblico*, p. 58. Assinalam Alexander e Staub, *op.cit.*, p. 60, que "Tutti gli uomini sono in effetti individui a responsabilità diminuita poiché di nessuno di essi l'Io cosciente govverna completamente la azioni".

Na pessoa dotada de personalidade normal, os dinamismos impulsivos do *id* se harmonizam com os prevalentes motivos do ego que se funde com o *superego*, formando um sistema unitário.

Nos estados patológicos, ao invés, a influência do *ego* sobre as ações é mais escassa, prevalecendo os impulsos inconscientes do *id*.

Afirma-se a imputabilidade segundo o grau de participação do *eu consciente*, (isto é, do *ego*), no fato. Só existe, pois, imputabilidade, tendo-se em vista a medida e a forma de participação do *eu consciente* na ação.[71]

5.2 *Da classificação das ações criminosas e da tipologia de autores*

Com base no conceito de imputabilidade antes exposto, os estudiosos fazem a indicação de um diagnóstico criminal psicanalítico, elaborando uma tipologia de delinqüentes, tendo em vista o grau ou a intensidade da participação do *eu consciente* e do *inconsciente* no fato.

Alexander e Staub formularam um esquema, distinguindo entre duas formas de aparecimento da criminalidade, a saber:

– delinqüência crônica, na qual inserem os sujeitos portadores de personalidade criminal, vale dizer, que se "inclinano al delitto per effetto delle estrutture stesse del loro apparato psíquico";[72]

– e delinqüência acidental, na qual se inserem os sujeitos que não possuem personalidade criminal.

5.2.1 Criminalidade crônica

A criminalidade crônica é subdividida em quatro categorias, tendo em vista o grau de participação do *ego* no fato, a saber:

a) *ações criminosas nas quais a função do ego é prejudicada ou neutralizada por processos tóxicos ou outros processos biopatológicos* – nesses casos o grau de participação do *ego* pode chegar a zero; aqui se inserem os imbecis, esquizofrênicos, psicóticos, doentes mentais em geral, tidos pelo Direito Penal e pela medicina como inimputáveis;

b) *ações criminosas derivadas de neurose* – são determinadas por motivos inconscientes, inacessíveis, portanto, à parte *consciente* da personalidade.

Nessas ações, "o *ego* é induzido à execução do ato por particulares mecanismos neuróticos que enfraquecem o vínculo de dependência do *ego* da influência inibitória do *superego* ou enganam o *ego* sobre os verdadeiros motivos do ato, dissimulando seu autêntico significado".[73]

É o que ocorre, *v.g.*, nos casos de cleptomania, piromania (crimes-sintoma), inserindo-se, também, o delinqüente por sentimento de culpa, em que se dá a dissimulação do sentido da conduta criminal e a procura de sofrimento e expiação;[74]

c) *ações criminosas do delinqüente não neurótico* – ("normal"), com superego criminal – nesses casos, as condutas são perpretadas por sujeitos adaptados a um outro tipo de sociedade, caracterizada por uma moral própria, denominada por Alexander e Staub *morale per delinquenti*, que se desvia da moral dominante.

A personalidade desses sujeitos se identifica, pois, com o ato ilícito; a ação é aprovada pelo *ego* e pelo *superego*. Inserem-se nessa classe os vagabundos, mendigos, delinqüentes profissionais, como batedores de carteira, receptadores, assassinos, profissionais;

d) *ações praticadas pelo delinqüente genuíno* – O tipo de delinqüente desse

(71) *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, p. 58.

(72) *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, p. 105.

(73) *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, p. 106.

(74) *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, p. 106-107.

grupo, Segundo Alexander e Staub,[75] é concebível tão-somente em tese, pois sua existência discutível: trata-se do delinqüente sem *superego*.[76]

Interessante notar que os dois estudiosos, apesar de criticarem o positivismo criminológico sob esse particular aspecto, aceitam a existência e descrevem esse tipo de autor de forma a recordar o criminoso nato, de Cesare Lombroso.[77]

Tidos como indivíduos completamente inadaptados à vida social, traduzem imediatamente em ato seus impulsos primitivos; é privado de qualquer freio moral de "instância interior e apenas se inibe com a resistência da realidade externa e do medo concreto de represálias (homem sem *superego*)".[78]

Acentuam Alexander e Staub que o homem "normal" se distingue dos indivíduos inseridos nesse grupo apenas quantitativamente, uma vez que muitas pessoas deixam de realizar condutas antisocial apenas por medo da realidade e não em virtude do poder de suas inibições morais interiores.

5.2.2 Criminalidade acidental

A delinqüência acidental, por seu turno, é subdividida em duas categorias de crimes, a saber: crimes culposos ou negligentes e crimes ocasionais.

a) Crimes culposos ou negligentes

A explicação para essa forma de criminalidade possui como "pedra de toque" um dos mais divulgados e conhecidos livros de Freud, a meu ver de intrincada e difícil leitura: "Psicopatologia da vida cotidiana".[79]

(75) *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, p. 108.

(76) GULOTTA, Ermentini e GHIRINGHELLI, Lúcia, todavia, negam a possibilidade de existência de um ser humano sem superego, tendo em vista que o mesmo se trata de instância psíquica imprescindível. Segundo os autores, "Molte di tali giudizi sono però da collegare più che all'assenza del superio, al fatto che esse appare alla cultura dominante come antisociale, in quanto strutturato secondo i paramitri di una sottocultura o meglio di una controcultura esistente in seno alla cultura dominante o madre" (Super-io e antisocialità, In: *Psicologia, psicopatologia e delitto*, Milano: 1971, p. 72-73).

(77) Com a teoria do delinquente nato, Cesare Lombroso, médico nascido em Verona em 1835, funda a antropologia criminal e nasce a Escola positiva italiana. Sustentava Lombroso a teoria *dell'uomo delinquente*, fundado no evolucionismo de Darwin. Nos cárceres do Veneto, dedicou-se ao trabalho de pesquisa sobre sujeitos submetidos a um longo período de institucionalização. Tendo em vista os estudos realizados, Lombroso classificou uma série de aspectos que caracterizavam o "criminoso nato" como um homem atávico, que apresentava uma série de caraterísticas constitucionais constantes, tais como, má-formação do esqueleto, do crânio, assimetrias faciais pronunciados, olhos, turvos e muito próximos, orelhas grandes e outros sinais que de qualquer outro modo denunciavam um nível moral inferior, tais como a crueldade, a vaidade, a tatuagem, a falta de senso moral etc. Sobre o ponto, cf. DE LEO, Gaetano, *Psicosociologia della criminalità e della devianza*, v. 1, cit., p. 27-28. Acentua DE LEO que esse "homem delinquente" era tido como "soggetto a metà strada fra l'homo sapiens e la scimmia e che, proprio per questo, esprimeva comportamenti propri di una condizione evolutiva inferiori. Oggi, gli stessi etologi spiegherebbero a Lombroso che gli animali non mettono in atto comportamenti delinquaenziali del tipo umano" (*op.ult.cit.*, p. 27). Sobre ponto, cf. ainda, RADZINOWICZ, Leon *Ideologia e criminalità*, Trad. Franco Ferracuti, Milano: Giuffrè, 1968, p. 45-46.

(78) ALEXANDER E STAUB, *Il deliquenti, il giudice e il pubblico*, cit., p. 107.

(79) Cf. FREUD, *Psicopatologia della vita quotidiana*, Trad. Carlo F. Piazza, M. Ranchetti e E. Sagittario. Torino, 1971. Sobre o pon-

A idéia central do trabalho é a de que a conduta negligente (*v.g.*, esquecimento dos nomes de coisas e objetos, de certas palavras, lapsos de escrita, leitura e linguagem, colocar erroneamente objetos, perdê-los etc.) não se trata de mero acidente, possuindo significado profundo quando submetidas à investigação psicanalítica.

Os psicanalistas designam aos crimes culposos, também, de "delitos por equívoco".

Segundo a psicanálise, os crimes culposos ocorrem quando o *ego* está com a atenção fixada em coisa distinta da ocupação real do sujeito, deixando, assim, liberar, uma tendência criminosa inconsciente.

O ego rejeita a conduta executada nesses casos em que, por inadvertência do consciente, desabrocham as tendências ocultas do *id*.[80]

b) crimes ocasionais

São condutas criminosas isoladas, eventualmente praticadas. Radicam-se em particulares situações de sofrimento, ferindo o sentimento de justiça de forma tal que a ação inibitória do superego é completamente anulada diante do fato.[81]

5.3 Da Pena

Uma vez estabelecida a tipologia de crimes e deliqüentes, os estudiosos sugerem como deveria funcionar uma "racional justiça punitiva", baseada no diagnóstico criminal precedentemente realizado.

Nesse sistema, não caberia ao juiz penal a tarefa de subsumir a conduta do sujeito ativo às normas penais predispostas para a definição dos crimes, vale dizer, realizar o juízo de tipicidade do fato praticado pelo agente. Ao invés, o magistrado, sempre psicanaliticamente informado, possui como função enquadrar o sujeito agente em sua correspondente categoria psicológica, como acima traçado.

Alexander e Staub propõem, em última análise, a substituição da pena privativa de liberdade[82] por outras medidas.

Assim, as sanções penais não consistiriam em internamentos absurdos, cuja duração é graduada segundo duvidosa e arbitrária valoração aritmética;[83] ao invés, teriam por base o enquadramento do agente em sua categoria psicológica, vale dizer, no diagnóstico preestabelecido.

Todos os delinqüentes crônicos deveriam ser internados ou submetidos a custódia, com tratamento médico, terapêutico, ou pedagógico durante o período em que perdurar a sua perigosidade.

Tal posição se funda na assertiva de que a pena, qualquer que seja sua significação, carece de sentido para esses sujeitos. Do ponto de vista da teoria da retribuição, se lhes proporciona uma dor pela prática de

to, cf., também, de FREUD, *Introduzione alla psicoanalisi*, cit.

(80) Cf., sobre o ponto, ALEXANDER e STAUB, *Il deliquente, il giudice e il pubblico*, cit., p. 109.

(81) *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, p. 109.

(82) Ainda assim, não se pode sustentar que a concepção psicanalítica de ALEXANDER e STAUB seja uma forma de abolicionismo. A propósito, seguimos a posição de Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*. 2. ed., Bari, 1990, p. 234, para quem "sono abolizioistiche solamente quelle dottrine assiologiche che contestano come illegittimo il diritto penale... Non sono invece abolizionistiche, ma più propriamente *sostituzionostiche* quelle dottrine criminologie, talora libertarie e umanitarie ma praticamente convergente con il correzionalismo positivistico, che sotto il programma dell'*abolizione della pena* propongono in realtà la sostituzione della forma penale della reazione punitiva con *trattamenti* pedagogici o terapeutici di tipo informale, ma pur sempre istituzionale e coercitivo e non meramente sociale".

(83) ALEXANDER e STAUB, *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, cit., p. 109.

um fato pelo qual não podem ser considerados culpados.

Do ponto de vista da intimidação, também careceria de qualquer sentido aplicar-se uma pena nesses casos, sobretudo no caso do delinqüente neurótico, por sentimento de culpa.

O desejo expiatório inconsciente do agente recebe de bom grado a imposição da pena em virtude do sentimento da culpa, movente principal de sua conduta.

Acentuam os estudiosos que a pena não pode melhorar e nem mesmo recuperar esses homens, posto que neles, a força da consciência não pode dominar os impulsos do inconsciente.

O primeiro grupo de delinqüentes (os delinqüentes em virtude de processos tóxicos ou biopatológicos) seria submetido a tratamentos conduzidos por médicos.

Propõe-se, também, a substituição de toda medida expiatória pela submissão do delinqüente neurótico a tratamento baseado na psicanálise, conduzindo, pois, por psicanalistas.

Os delinqüentes com *superego* criminal seriam tratados por pedagogos, dando-se preferência ao trabalho profilático para impedir a formação do *superego criminal* ou corrigi-la.[84]

Em relação aos delinquentes *acidentais,* a condenação é tida como inoportuna e supérflua,[85] sugerindo-se sua substituição pelo ressarcimento do dano e pela introdução de trabalhos forçados para a realização do referido ressarcimento, pois ao mesmo tempo em que tais medidas reintegram o sentimento de justiça, servem à idéia de intimidação.

6. Outras contribuições

6.1 Considerações iniciais – Da Criminalidade latente ou de fantasia

A criminologia psicanalítica privilegiou a idéia de simbolismo, já que, para a psicanálise, o delito é sempre portador de um conteúdo simbólico, que exterioriza a desarmônica interação dos três componentes da personalidade psíquica.

Alexander e Staub individuam a existência da denominada "criminalidade de fantasia", também denominada de "latente",[86] constituída pelos sonhos e fantasias diurnas.[87] As expressões utilizadas indicam a diferença entre essa forma de criminalidade, sempre "manifesta" ou "visível" e aqueloutra, inconsciente no indivíduo.

O sonho, segundo os estudiosos, trata-se de uma espécie de "válvula de escape" da mente, que permite ao sujeito remover suas tendências anti-sociais, sem exteriorizá-las na vida real. Nos sonhos, o *ego* participa, apenas, exercendo função inibidora, excluindo impulsos e instintos latentes do campo da consciência. É denominada "criminalidade latente" em sentido estrito.

As fantasias diurnas, ao invés, se caracterizam pelo fato de que nelas o agente "pensa" ações que não são proibidas por uma instância moral interior, mas que não são realizadas pelo medo ou temor das conseqüências reais que delas possam advir.

Enquanto nas fantasias diurnas se exprime de forma efetiva a capacidade criminosa das pessoas, nos sonhos se manifesta uma capacidade criminosa latente: assim, na generalidade dos homens é identificável uma série de tendências anti-sociais e criminosas, que se manifestam de várias maneiras, na medida em que o *ego* se desvincula, em maior ou menor grau, do *superego*.[88]

(84) *Op.cit., loc.cit.*

(85) *Op.cit.*, p. 110.

(86) A expressão "latente" é utilizada por FIGUEIREDO DIAS, Jorge de E COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia*; o homem delinqüente e a sociedade criminógena, cit., p. 194.

(87) ALEXANDER e STAUB, *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, cit., p. 67-69.

(88) ALEXANDER e STAUB, *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, cit., p. 73.

As fantasias diurnas são desejos que o sujeito pode confessar – e confessa – a si mesmo, mas que não podem ser traduzidos em ação. Nelas, o *ego* participa ativamente na construção dos pensamentos, mas impede que estes se exteriorizem no mundo real.

Essas ideações criminosas podem ser ativas ou passivas.

No primeiro caso, o sujeito imagina que ele mesmo pratica uma determinada ação delituosa, *v.g.*, ministrou um veneno mortal, proferiu uma calúnia ou ocasionou um acidente letal para alguém que odeia. Na segunda hipótese, ao invés, imagina que a pessoa que odeia morre em virtude de uma doença, de um acidente ou como vítima de um homicídio praticado por outrem.

Assinalam os estudiosos que "haverá, pois, uma pluralidade de manifestações do delinqüente que vive em cada um, manifestações susceptíveis de arrumação escalonada no sentido pensamento-ação".[89] Alexander e Staub afirmam que a *transição ao ato* é constituído por anteriores fantasias, pelo abandono a frequentes pensamentos criminosos, dos quais o indivíduo não compreende a função.[90]

Muitas vezes, as fantasias ativas se fazem acompanhar por gestos, interpretados como uma espécie de treino para a posterior prática do fato-crime.

Pode-se representar o *acting-out* da forma seguinte:

fantasia ativa → transição ou passagem ao ato.

A criminologia psicanalítica, valorizando a idéia de simbolismo deixou-nos peculiar e vasto legado em relação aos motivos inconscientes do crime.

Enquanto durante muito tempo se acreditava que os crimes do colarinho branco, por exemplo, fossem sempre praticados por motivos econômicos, com o simbolismo a criminologia psicanalítica afirma que as causas desses crimes podem ser bastante diversas, como sexuais ou políticas.[91]

Embora não seja o único, o mais claro exemplo dessa afirmação nos é dado pela cleptomania, tido como crime-sintoma ou crime-obsessão.

Segundo o simbolismo, às pessoas, aos objetos e às ações, pode ser atribuído, pelo inconsciente, um valor simbólico, que se coloca no lugar da verdadeira motivação do crime. Assim, além da motivação econômica, muitas vezes um objeto furtado pode representar, no inconsciente, um símbolo de amor.

Na cleptomania, a conduta de subtrair objetos é compulsiva e ao mesmo tempo incompreensível no âmbito da consciência do sujeito. É constatada a existência de pessoas que furtam em lojas pelo simples ato de fazê-lo, repetitivamente. Segundo Mannheim, "o ato de tocar e de pegar nas coisas provoca-lhes uma excitação sexual e é, muitas vezes praticado durante ou depois da menstruação ou no princípio da menopausa. Os furtos são levados a cabo de um modo desajeitado, muitas vezes sem qualquer tentativa de dissimulação. As coisas brilhantes e cintilantes são as preferidas e freqüentemente guardadas sem nunca serem usadas".[92]

Um claro exemplo nos é dado por Alexander e Staub, ao relatarem o caso de uma jovem que furtou uma edição da obra de Fausto, De Goethe, além de alguns retratos de escasso valor, de uma mãe com uma criança, e vestidos, que jamais poderia usar.

(89) FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia*, cit., p. 195.

(90) *Il delinquente il giudice, il pubblico*, cit., p. 68.

(91) Assim, Mantovani, *Diritto penale*; parte generale, 3. ed., Padova: Cedam, 1992, p. 593-594.

(92) *Criminologia comparada*, cit., v. 1., p. 380. No mesmo sentido, cf. GULOTTA, *Superio e antisocialità*, cit., p. 79.

A jovem explicou o fato com a assertiva de que pretendia tornar-se atriz, sendo-lhe tais objetos úteis a tal fim. Porém, a seu médico, confessou sua perplexidade diante dos fatos por ela mesma praticados, não compreendendo sua maneira de agir.

Alexander e Staub concedem uma explicação psicanalítica bem diversa para esse caso de furto a saber: "Roubando, a jovem queria apossar-se simbolicamente, com violência, de alguma coisa que a vida lhe tinha negado. Queria o amor que lhe foi negado na casa paterna, bem como da inferioridade anatômica da mulher em relação ao homem e a maternidade que não podia ter com seu amante, em virtude de conveniências sociais e de profundas inibições interiores [...] o furto de imagens de mães com crianças satisfazia a aspiração à maternidade, o furto da edição de *Fausto* e de outras importantes obras literárias, representava simbolicamente a fascinante potência masculina da qual ela queria apropriar-se roubando, enquanto o furto de vestidos parecia, sobretudo, uma vingança contra a mãe, pela qual ela se sentia transcurada.[93]

Também na piromania (delito-sintoma ou delito-obsessão), em que o sujeito não mais visa a aquisição mas sim a destruição de coisas ou objetos, não obstante sejam presentes traços obsessivo-compulsivos, como na cleptomania, apresenta-se freqüentemente um quadro em que o agente vive conflitos internos, em geral, de natureza sexual.

Nas lesões corporais, a vítima pode representar, para o agente, uma outra pessoa odiada.

Interessante se nos mostra a explicação que o simbolismo dá aos crimes políticos. Nesses casos, a figura do pai é identificada com o Estado, e o ódio para com o primeiro, na fase adulta, tomaria a forma de rebelião ou revolta política, *che permetterebbe di dare sfogo all'odio verso il padre senza sentirsi colpevole.*[94]

Ainda interessante notar como a criminologia psicanalítica explica a legítima defesa putativa.

A *projeção da culpa*, exclui nos delinqüentes neuróticos a influência do *Superego*. O indivíduo falseia a realidade, em maior ou menor medida, sentindo-se convicto de que o ambiente externo lhe faz sofrer. O *ego* (enfermo), interpreta falsamente a situação em que o sujeito se encontra, acreditando encontrar-se em legítima defesa: a vítima passa a ser o *culpado* e o culpado passa a ser a *vítima.* A *projeção de culpa*, pois, faz com que o indivíduo se sinta perseguido, ofendido etc. e implica "uma simultânea falsificação da realidade externa e interna. Tal falsificação é conexa a uma pressão das tendências do *id* que, dessa forma, podem exprimir-se livremente".[95]

(93) *Il delinquente, il giudice, il pubblico*, cit., p. 81. *In verbis*: "Rubando essa voleva simbolicamente impossessarsi con violenza di qualche cosa che la vita le aveva rifiutato. Voleva rivalersi dell'amore che le era stato negato o troppo debolmente prodigato nella casa paterna, nonché dell'inferiorità anatomica della donna di fronte all'uomo e della macata maternità che non poteva attenere dal suo amante a causa di convenienze sociali e di profonde inibizioni interiori [...] L'involare immagini di madri con bambino soddisfava l'aspirazione alla maternità, il furto dell'edizione del "Faust" e di altre più importanti opere leterarie, rappresentava simbolicamente l'affascinante potenza maschile della quale essa voleva appropriarsi rubando, mentre il furto di abiti appariva soprattutto una vendetta contro la madre dalla quale essa si era intesa trascurata".

(94) MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, cit., p. 169.

(95) ALEXANDER e STAUB, *Il delinquente, il giudice e il pubblico*, cit., p. 77, *In verbis*: "La proiezione di colpa implica, dunque, una simultanea falsificazione della realtà esterna e di quella interiore. Il sucesso di tale fasificazione è conesso alla pressione delle tendenze dell'Es che in tal modo possono liberamente esprimersi".

6.2 A contribuição de Theodor Reik

Outra obra de real importância para aqueles que se dedicam ao exame dos aspectos psicanalíticos da criminalidade é o livro de Theodor Reik, *L'impulso a confessare*.[96]

Reportando-se ao trabalho de Freud *I delinquenti per senso di colpa*, Theodor Reik observa que essa forma de criminalidade é muito mais comum do que se possa imaginar. Acentua Reik que o inconsciente desejo de punição que o agente procura através da prática do crime, o induz a comportar-se de maneira tal que o crime por ele perpetrado não seja mais um "crime perfeito". O indivíduo atua de forma a permitir que as autoridades possam identificá-lo como o autor do crime e, como conseqüência, puni-lo.

Assim, a par de uma tendência consciente que leva o agente a eliminar toda as provas, indícios, vestígios ou sinais do crime por ele praticado, segundo Reik, é identificável, em nível inconsciente, uma coação a confessar que o induz a trair-se, para receber a punição.

Todos os vestígios que o agente "distraidamente" deixa no lugar do crime, o retorno ao local onde os fatos ocorreram, bem como certas ações praticadas imediatamente após o crime, são identificados como sinais inconscientes que permitem à justiça descobri-lo como seu autor.

Em suma, segundo Reik, o delinqüente – inconscientemente – quer ser descoberto, a fim de que seja satisfeito o seu (também) inconsciente desejo de punição.

O personagem Raskolnikov do romance *Dellito e castigo*, de Dostoievsky,[97] é freqüentemente mencionado para ilustrar a tese de Reik. Tal personagem, após consumar seus crimes, procura de maneira obsessiva a autodenúncia, a confissão, a punição, recebida por ele com satisfação.

Ainda segundo Reik, até mesmo a confissão consciente perante as autoridades competentes tem origem no desejo inconsciente de punição. Para o indivíduo que delinqüiu, "a confissão significa que sua consciência se decidiu a falar. E com a reprodução verbal, se torna consciente do significado do seu ato. A expressão verbal começa a transformar sua muda sensação de culpa, que não podia ser percebida pela sociedade, em uma sensação mais próxima àquela normal".[98]

Reik realiza interessante análise sobre as provas e os juízes, afirmando que não raras vezes, esses possuem impulsos narcisistas e cruéis inconscientes. Reputa estúpido o homem que se sente sempre "inteligente".

A obra de Reik nos lega uma fundamental contribuição: demonstra algumas semelhanças e muitas diferenças entre o interrogatório do acusado, no processo penal, e a indagação psicanalítica.

Às duas importam a consideração dos indícios: no juízo criminal, procede-se com raciocínio lógico, e as conclusões são ditadas pelas máximas da experiência (como na hipótese do álibi) ou do exame das premissas. O psicanalista, ao invés, faz escasso uso da lógica da consciência, deslocando-se para a observação, o atento exame e a interpretação do inconsciente.[99]

Segundo Reik, o rígido procedimento lógico no processo penal pode ser fonte geradora de erro judiciário. A procura de motivos para o crime e da contradição, aliados à lógica, muitas vezes leva o

(96) MILANO: Feltrinelli, 1967.

(97) DOSTOEVSKY, *Delitto e castigo*. Trad. Milli Martinelli, Rusconi Editore, supp. al n. 28 GENTE, 1989, em especial, p. 264-265, o escritor descreve as sensações de Raskolnivkov na prisão submetido a trabalhos forçados, com a testa raspada, as correntes, por ele nem mesmo sentidas, a comida da prisão.

(98) *L'impulso a confessare*, cit., p. 247.

(99) Assim, ERMENTINI e GULOTTA, *Il pensiero criminologico di Theodor Reik*, cit., p. 9.

aplicador da lei a raciocinar erroneamente. Confunde-se a realidade psíquica com a realidade material. Por isso, não é impossível e nem difícil que a condenação de um inocente possa resultar de simples prova indiciária, que indica a existência de motivos visíveis para a prática do crime (*e.g.*, um preexistente desentendimento entre acusado e vítima) ou, então, de uma contradição no material probatório contido nos autos. Essa espécie de prova leva a pensar e, não raras vezes, também para demonstrar que o acusado queria a morte da vítima.

Essa forma de procedimento, que guia o processo penal, não leva em consideração o fato de que a conduta humana, muitas vezes, é guiada por exigências inconscientes, e que o inconsciente não distingue entre o "desejado" e o "realizado". Como assinala Musatti, "o inconsciente não faz distinções entre um desejo e sua realização: para ele é como se um pensamento, formulando num momento, encontrasse imediata atuação na realidade".[100]

Dentre os casos que analisa, Reik menciona o de Dreyfus, um militar judeu francês, injustamente condenado por crime de traição. Dreyfus era inocente da acusação, mas Reik o considera que portador de um sentimento de culpa, por causa de seu desejo de revoltar-se contra os colegas de exército, e este sentimento inconsciente o teria levado a adotar atitudes contraditórias que levaram à condenação.

Entretanto, seria enganoso pensar que a psicanálise seja seguro e hábil suporte para a condenação ou a absolvição. A indagação psicanalítica faz uso dos indícios para interpretar o inconsciente e não para descobrir fatos materiais: não há a realidade no inconsciente; este não distingue entre desejar e efetivamente atuar.

Das afirmações acima realizadas derivam as dificuldades de interação entre psicanálise e processo penal, como, *e.g.*, as regras processuais e a forma de raciocínio, os princípios constitucionais relativos ao processo penal e a forma de procedimento, dos quais derivam a incompatibilidade com alguns meios de indagação psicanalítica (narcoanálise para a investigação da verdade, hipnose etc.).

Ademais, como acentuado por Jiménez de Asúa,[101] o uso judicial da narcoanálise, com o fim de obter confissão ou declaração de acusado, ainda que o favoreça, é inaceitável. Além de ser contrária aos princípios constitucionais da inviolabilidade da liberdade individual e da ampla defesa, a utilização deste ou de qualquer outro meio similar contraria a assertiva segundo o qual, nas democracias modernas, o acusado é sujeito e não objeto no processo penal.

Dos estudos de Reik, é possível extrair uma outra conseqüência: ao admitir-se que a confissão criminal é motivada por um desejo inconsciente de punição, a pena se esvazia de função preventiva: não evitaria crimes, passando a atuar como fator criminógeno.

7. Notas críticas à criminologia psicanalítica e ao sistema penal da psicanálise

Diversas são as críticas formuladas à obra de Alexander e Staub e à criminologia psicanalítica, em geral.

Em primeiro lugar, assinala-se que, para o jurista, no âmbito dogmático, a aceitação de um sistema penal baseado na psicanálise depara-se com o insuperável obstáculo proveniente do fato de que os Códigos Penais, nos modernos Estados Democráticos e de Direito se fundam no

(100) *Trattato di psicoanalisi*, cit., *In verbis*: "L'inconscio non fa distinzioni fra un desiderio e la sua realizzazione: per esso è come se un pensiero appena formulato, trovasse immediata attuazione nella realtà".

(101) *Psicoanaliis criminal*, cit., p. 328.

livre arbítrio e no dogma da vontade, enquanto a concepção psicanalítica do crime possui matiz determinista, como, aliás, reconheceram textualmente Alexander e Staub.[102]

Acentue-se, ainda, a que a concepção psicanalítica conduz, sem dúvida, o Direito Penal a um excesso de subjetivação, inaceitável em nossa disciplina.

Ao definir a imputabilidade na medida da participação do "eu consciente" na prática da conduta, impossível encontrar um critério seguro para que os magistrados possam afirma ou negar tal participação, diante do caso concreto.

A propósito, já foi devidamente anotado por Bettiol que "a certeza do direito penal, que postula precisão de fatos e subordinação do juiz à vontade da lei, é comprometida. Conseqüência lógica, a incompatibilidade de tais concepções com as exigências de um Estado inspirado em premissas políticas claramente liberais".[103]

Várias críticas são, ainda, realizadas à psicanálise, no âmbito da própria criminologia e da política criminal, a saber:

a) nem sempre a existência de *superego* criminal, bem como a sua inexistência, como afirmam Alexander e Staub, determina o surgimento de ações criminais; é de se notar que, ao contrário, de uma excessiva severidade ou rigor do *superego*, como já acentuado pelos próprios psicanalistas, pode advir o caráter persecutório em certos sujeitos e a prática de condutas anti-sociais;[104]

b) de se notar, ainda, que a psicanálise termina por demonstrar que as ações criminosas não se manifestam como simples desafogo do sentimento de culpa, mas que, ao lado do sentimento de culpa, sem dúvida relevante na gênese da conduta criminal em relação aos sujeitos neuróticos, muitas vezes, o agente, ao praticar a conduta criminal, procura alívio para determinadas situações de intensa angústia interna, como a depressão reativa, a carência afetiva etc.;

c) outra bem fundada crítica é realizada tendo em vista motivos de política criminal. Segundo Jiménez de Asúa,[105] a divulgação da psicanálise nos meios jurídicos pode conduzir-nos a uma maior impunidade pela influência que a psicologia do profundo – divulgada de maneira superficial pela imprensa – poderia exercer sobre os delinqüentes em geral.

Nesse sentido, tem-se observado que o delinqüente, por sua elevada tendência a se desculpar perante si mesmo e perante a sociedade, poderia se aproveitar das idéias de Freud com o fim de se tornar a "vítima" de perturbações inconscientes por traumas sexuais da infância. Segundo Jiménez de Asúa, "a propaganda de tal doutrina, entre um público crédulo, ameaça debilitar o sentido da responsabilidade pessoal",[106]

d) são criticados também os psicanalistas, por terem, "deliberadamente, abandonado o terreno médico pela esfera filosófica, substituindo afirmações científicas pela afirmação de seu ponto de vista particular sobre o mundo, atitude tida como simplista

(102) *Op.cit.*, p. 54s. A crítica referida no texto *supra* é realizada por JIMÉNES DE ASÚA, *Psicoanalisis criminal*, cit., p. 298-299.

(103) *Diritto penale*. 12. ed., riv., Padova, 1986, p. 43-44, *in verbis*: "... la certezza del diritto penale, che postula precisione di fatti e subordinazione del giudice alla volontà della legge, ne esce indubbiamente compromessa. Conseguenza logica, l'incompatibilità di concezioni siffatte con le esigenze di uno Stato ispirato a premesse politiche nettamente liberali". Sobre o ponto, v., também, a obra mencionada, p. 42-43, onde o penalista, com a lucidez que lhe foi peculiar, realiza aguda crítica à criminologia psicanalítica.

(104) *Psicoanalisi e criminalità*, cit., p. 372.

(105) *Psicoanalisis criminal*, cit., p. 299.

(106) *Psicoanalisis criminal*, cit., p. 299.

e apropriada a atrair o público, sempre inclinado ao misticismo";[107]

e) outra crítica que se faz à concepção psicanalítica é a de excessiva generalização. "Através de árduo e interminável trabalho, que exige anos, com a finalidade de clarificar o significado de cada ação, os psicanalistas sempre chegam às mesmas causas e isto leva à uma generalização enganosa e sem espírito crítico, com aplicação de uma fórmula aprioristicamente aceita";[108]

f) de se notar, ainda, que o sentimento de culpa é inexistente na criminalidade do colarinho branco;[109]

g) a prevenção geral, enquanto função da pena, é completamente anulada, posto que, se o indivíduo pratica crimes para libertar-se de seu sentimento de culpa, mediante imposição de pena, esta última passa a ser fator criminógeno: as pessoas delinqüem, exatamente, à procura da punição;

h) finalmente, é preciso recordar que o crime é um fenômeno resultante de múltiplos fatores (exógenos e endógenos), impossível de ser explicado por uma só "fórmula".

Não pode, pois, a psicanálise, por si só (tomada como base para a construção de um sistema penal) pretender explicar, prevenir e reprimir a vasta gama de infrações penais praticadas pelos mais diversos tipos de pessoas, provenientes de diferentes grupos étnicos, de culturas diversificadas, de diversa condição intelectual, econômica, social, com diferentes credos religiosos, usos, costumes, diferentes convicções políticas etc.

A aceitar um sistema penal assim construído seria regredir a uma exasperada forma de determinismo.

(107) *Psicoanalisis criminal*, cit., p. 300.

(108) *Psicoanalisis criminal*, p. 303-304.

(109) Assim, cf. MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*, v. 1, cit., p. 464.

8. Influência da Psicanálise sobre alguns conceitos na ciência penal moderna

8.1 Psicanálise e dogmática penal: sobre a concepção psicodinâmica do dolo e da culpa – Nota crítica

Alguns estudiosos modernos propõem a reconstrução de diversos conceitos dogmáticos, segundo a psicologia do profundo.[110]

Morselli, ao sustentar essa posição, parte da crítica ao dogma da vontade, sobre o qual se assentam, segundo o penalista, tanto os sistemas causais como a teoria finalista da ação. Ambas são "fruto do erro de considerar-se o dolo como principal e preliminar em relação ao conceito de culpa".[111] Desse mesmo erro deriva um outro: a teoria do crime é elaborada com primazia em relação ao crime doloso. Por isso, segundo Morselli, a doutrina sempre se encontra em dificuldades no âmbito da culpa *stricto sensu*.

Segundo o estudioso, o dolo deveria ser tratado como "uma forma qualificada e agravada da culpa".[112] Dolo e culpa não deveriam ser tratados como categorias absolutamente diversas, como têm sido sistematicamente considerados na ciência penal moderna.

Ao invés, afirma que a psicologia do profundo tem demonstrado que o fato-crime não é ligado a mecanismos conscientes, mas sim à ausência destes mecanismos. O conceito de vontade, nas diversas variações das teorias do delito até hoje elaboradas, estaria a significar a função do

(110) Assim, cf. Morselli, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, cit., p. 139.

(111) *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, cit., p. 42.

(112) *Op.cit.cit., In verbis*: "Si dovrebbe invece considere il dolo come una forma qualificata ed aggravata della colpa".

ego de reger, controlar, dirigir seus próprios impulsos anti-sociais. Na realidade, para o autor, não é o que ocorre. A componente psíquica da criminalidade nos é dada pela ausente ou insuficiente senhoria do *ego* sobre os impulsos anti-sociais.

Por isto, todo crime encontra sua razão de ser em um desajustamento da personalidade, tais como a atitude masoquista do *ego*, sentimentos inconscientes de culpa que procuram no crime a autopunição, sendo, por isso, possível afirmar que o crime "é produção e, ao mesmo tempo, expressão da particular personalidade psíquica do sujeito agente".[113]

Partindo dessas premissas, Morselli define o dolo como a adesão consciente do ego aos impulsos anti-sociais ou seja, é o *atteggiamento interiore di cosciente adesione ai propri impulsi antisociali.*[114]

Na *culpa*, ao invés, *o crime é resultante da atuação do inconsciente*, em aberto contraste com a atitude consciente do *ego* em relação aos impulsos anti-sociais.

Elemento que distingue dolo e culpa é tão-somente a decisão interior.[115] Considerando-os elementos psicológicos do crime, o penalista afirma que, na teoria do crime, encontram posição sistemática no tipo penal.

O crime, pois, resulta de fatores intrapsíquicos, de natureza emocional-afetiva e não racional-volitiva.

Segundo a concepção, por ele denominada psicodinâmica do dolo, este se define como a atitude interior anti-social e desenvolve uma tríplice função na dogmática penal.[116] De acordo com essa teoria, o dolo passa a ser:

- portador do significado social do fato;
- índice-base e núcleo central do desvalor da conduta;
- critério fundamental para a individuação dos diversos tipos penais e a determinação da correspondência ao tipo (tipicidade), no caso concreto.

A concepção psicodinâmica, segundo Morselli, ao conceituar dolo e culpa, é desprendida de considerações ontológicas, filosóficas e do dogma da vontade, vinculada à "realidade criminológica".[117]

Evidentemente uma teoria assim exposta leva o aplicador da lei a indagar, no momento em que realiza o juízo de tipicidade, sobre aspectos emocionais, afetivos.

A imersão dos conceitos dogmáticos na psicologia do profundo pode conduzir a praxe a um processo de hipersubjetivação do Direito Penal, pouco restando da certeza do direito, que no âmbito operativo, sem dúvida, é sempre relativa. Cria-se um sistema penal em que as garantias individuais tendem a desaparecer.[118]

A constatação efetiva de mecanismos intra-psíquicos de natureza emocional, da atitude interior e, em particular, de *componentes afetivos, emocionais e inconscientes* (este último na "culpa"), que embasariam a posterior afirmação da configuração do dolo e da culpa, conduziria a praxe penal, inevitavelmente, ao "dolo presumido" e a uma "ficção de culpa", com conseqüente erosão do princípio da culpabilidade, inevitavelmente suplantado, via presunções e ficções, pela responsabilidade objetiva.

Apesar de não ser imune às críticas, parece-nos mais compatível e menos te-

(113) *Op.cit.*, p. 43, *In verbis*: "... il reato stesso, espressione della particolare personalità psichica del soggetto agente".

(114) *Op.cit.*, p. 46.

(115) Segundo Morselli, *op.cit.*, p. 46, "In ultima analise, è sifatta decisione interiore a costituire il contrassegno del dolo rispetto alla colpa. E in questo preciso e limitato senso [...] è giusto ravvisare lo sparticque fra questi due territori pschici del *momento della volontà*."

(116) *Il ruolo dell'atteggiamento interiore*, cit., p. 141-150.

(117) *Il ruolo dell'atteggiamento interiore*, cit., p. 138.

(118) Para maior aprofundamento crítico, cf. Bricola, Franco, *Teoria generale del reato*, In nuovissimo Digesto Italiano, Torino: UTET, 1973, *passim*.

merário manter o "dogma da vontade", a que se refere Morselli, no Direito Penal dos modernos Estados Democráticos, centrado fundamentalmente sobre preocupações de garantia.

Em síntese, a inserção dos conceitos da psicologia freudiana na elaboração dos conceitos fundamentais da dogmática penal, atualmente sustentada na doutrina italiana por Morselli, não pode ser vista senão com muitas reservas. Dentre as nocivas conseqüências práticas dessa forma de construção doutrinária, mencionamos:

1. poderia nos conduzir a um direito penal da atitude interior;

2. devido à inexistência de critérios rígidos para a verificação de dados emocionais, afetivos, internalizados na psique humana, os juízes penais voltariam à inaceitável tese do *dolus in re ipsa*, que presume a existência do dolo da mera realização exterior do fato, com inaceitável retorno à responsabilidade objetiva;

3. no momento da verificação da culpa *stricto sensu*, totalmente condicionada por fatores "inconscientes", incorreríamos numa espécie de ficção de culpa, pois seu exame implica na análise pura da "atitude interior", determinando os fatores inconscientes que levaram o sujeito à prática do fato;

4. a tese não nos oferece plausível distinção entre dolo direto e dolo eventual e nos modernos Estados Sociais Democráticos, a reação penal não pode operar com a mesma intensidade em relação ao indivíduo cujo fato praticado se dirige à violação de um bem jurídico e àquele que ao praticá-lo apenas admite a probabilidade da lesão.

8.2 *Psicanálise e teoria da pena: a denominada "teoria da prevenção geral positiva, integradora ou alargada", fundada na psicologia do profundo – Aceitação no Direito Penal moderno*

No debate sobre as funções da pena, que atualmente retorna na ciência penal como objeto de profundos estudos e não poucas controvérsias, a psicologia do profundo tem ocupado seu lugar. Mais precisamente, no debate sobre a função relativa à prevenção geral, sustentada, dentre outros, por Feurbach,[119] Bentham[120] e Beccaria.[121]

A prevenção geral, aqui, se nos apresenta guiada pela idéia de intimidação, temor, coação psicológica. Como acentua Bustos Ramirez,[122] inicialmente, a teoria da prevenção geral fundamenta-se em duas idéias: o uso do medo e a crença na racionalidade humana. O poder da psique se sobrepunha ao poder sobre o corpo, pressupondo um ser humano capaz de racionalizar, a todo momento, e calcular as vantagens e desvantagens de sua conduta.

Essa colocação resulta clara na obra de Bentham: "Todo indivíduo se regula, mesmo sem saber, sobre a base de um cálculo, bem ou mal, das dores e dos prazeres. Julgando preventivamente que a pena será a conseqüência de uma ação que lhe agrada, esta idéia age com uma certa força dissuasiva. Quando o valor total da pena lhe parece maior que o valor total do prazer, a força dissuasiva prevalecerá e a ação não será praticada".[123]

(119) Sobre o ponto, cf. BUSTOS RAMIREZ, Pena y Estado, In: Bases critica de un nuevo decrecho penal, Bogotá, Temis, 1982, p. 121.

(120) BENTHAM, Jeremy, *Teoria delle pene e delle ricompense*, Velletri: Rassegna della Giust. Militare., nov.-dic. 1987, em especial, p. 2424, ao sustentar que a pena possui por escopo prevenção geral e especial, releva que a primeira *è lo scopo dele pene.*

(121) *Degli delitti e delle pene,* Milano: Giuffrè, 1973, p. 128: "Volete prevenire i delitti? Fate che le legge siano chiare [...] Fate che gli uomini le temano".

(122) *Pena y Estado*, cit., p. 121.

(123) *Teoria delle pene e delle ricompense*, cit., p. 24-25. Assinala BENTHAM, na nota 1 (*op.cit.*, p. 25): "Dico valore totale, per comprendere le quatro circostanze di cui si

Diversas são as críticas a essa inicial concepção da prevenção geral.

Por se basear sempre na capacidade de racionalização do homem e na intimidação, a doutrina penal moderna, dentre tantas outras objeções, afirma que a tradicional teoria da prevenção geral, ao utilizar-se do medo para realização do controle social tende ao "terror estatal",[124] a par dos problemas empíricos que se colocam à sua efetivação, como, *e.g.*, o conhecimento das normas penais pelos destinatários, a inidoneidade dos meios preventivos etc.[125]

Como conseqüência, uma nova reelaboração doutrinária da matéria foi iniciada, considerando, dentre outros, os aspectos éticos, a moderna tendência a considerar-se o direito penal como uma forma de controle social e a psicologia do profundo.

Antes de expor brevemente a teoria geral preventiva positiva (integradora ou alargada) baseada em algumas categorias psicanalíticas, uma observação se impõe: primeiramente importa esclarecer que não nos referimos, aqui, à denominada prevenção geral positiva fundamentadora, elaborada por Welzel e Jacobs e nem mesmo à limitadora, seguida por Hassemer,[126] mas apenas aquela que toma por base a psicologia do profundo.

Após meados de 60, idéia de prevenção geral foi reelaborada e ganha espaço, ao lado da denominada prevenção geral "negativa", a idéia de prevenção geral "positiva", alargada ou integradora".

Enquanto alguns estudiosos sustentam que essa variante positiva da prevenção geral teve início em pesquisas teóricas e empíricas realizadas nos Estados Unidos,[127] outros sustentam que ela teria sido elaborada, primeiramente, na Alemanha, com base na psicologia do profundo (Haffke, Engelhardt, Streng, Jäger e outros).[128]

Na Itália, apesar de não obter aceitação plena e ser objeto de críticas, tem sido acolhida, em maior ou menor medida, pelos estudiosos modernos. Interessante notar que a sua aceitação não implica correlativo repúdio à teoria da prevenção geral negativa. As duas teorias não se excluem. Ao invés, se completam.

Claros são os motivos que conduziram à volta do debate sobre os fundamentos e fins da pena, ao lado das objeções já expostas: o aumento da criminalidade e os parcos resultados obtidos com a ideologia da retribuição, da denominada prevenção geral negativa e da prevenção especial.

A tradicional função de prevenção geral da pena – atualmente denominada "negativa", como vimos – foi construída sobre o modelo psicológico, elaborado por Feuerbach, na Alemanha e Bentham, na Inglaterra. Segundo essa orientação (que possui como fulcro o livre-arbítrio) o ser humano é capaz de sopesar as vantagens e desvantagens de sua escolha operativa e,

compone il valore di una pena o di un piacere: intensità, prossimità, certezza, durata".

(124) Assim, cf. BUSTOS RAMÍREZ, *Pena y Estado*, cit., p. 140 e, entre nós, BITENCOURT, César Roberto, *Falência da pena de prisão*, São Paulo: RT, 1993, p. 119.

(125) Sobre os problemas empíricos acima mencionados, cf. HASSEMER, W., *Fundamentos del derecho penal*, Trad. Francisco Muñoz Conde y Luís Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984, p. 382-387.

(126) HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, cit., 391-393. Sobre a teoria da prevenção geral fundamentadora e limitadora, cf. as claras e profundas exposições de RAMACCI, Fabrizio, *Corso di diritto penale*, Torino: Giappicheli, 1991, p. 131-133; no direito penal brasileiro, cf. BITENCOURT, Cesar R., *Falência da pena de prisão*, cit., p. 134-141.

(127) Assim, cf. FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo, *Diritto penale*; parte generale, 3. ed., Bologna, Zanicchelli, 1995, p. 644.

(128) Nesse sentido, cf. MORSELLI, "La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica", In: Rivista italiana di diritto e procedura penale, Milano: Giuffrè, 1982, p. 77.

portanto, também da "escolha criminal". As desvantagens deveriam sempre resultar em uma renúncia ao crime, porque a pena, enquanto cominada, exerce sobre os indivíduos coação psicológica hábil a dissuadi-los da prática de crimes.

A objeção a essa teoria encontra base, além dos argumentos já mencionados, também na psicologia do profundo: o ser humano não é um calculador que sempre realiza valorações racionais para fazer suas escolhas operativas "conscientes" no mundo externo. Ao contrário, o indivíduo que comete crimes, como qualquer outro, atua movido por estímulos inconscientes [129] e pode, também, desenvolver a conduta criminosa por motivos inconscientes.

Por isso, a reprovação social representada pela cominação legal e pela imposição da pena, não apenas otimizaria, mas, também, estabilizaria no indivíduo a identificação com os bens jurídicos protegidos. Contando com as debilidades do *ego*, tal teoria concede à pena criminal uma função socialmente integradora, enquanto contribuiria para formação individual de um *superego* tendente à observância das leis,[130] inconscientemente interiorizado pelos indivíduos.

Para essa teoria, a pena possui uma função moral-pedagógica ou de orientação cultural (também denominada "convalidação normativa").[131]

A eficácia intimidativa da prevenção geral positiva, integradora ou alargada, ao invés de se exercer mediante coação psicológica, atuaria favorecendo a formação do *superego* identificado com os valores do ordenamento jurídico, cuja raiz seria o temor de ser assujeitado à pena. Esta teria, pois, uma função moralizante, no sentido de obter a adesão interna dos destinatários aos valores jurídicos.

Sob a ótica da psicologia social, a pena e, de conseqüência, o direito penal possuiriam uma função de socialização, do mesmo modo que o sistema extrapenal de controle social (cultura, religião, comunidade, família, escola etc.).[132]

Afirma Morselli que nessa perspectiva a pena possuiria como fundamento não apenas a necessidade individual de punição, necessidades emocionais de retorsão, mas, também, a *remoção* [133] do alarme

(129) Uma outra crítica é feita à idéia de prevenção geral limitada a intimidação, usando das contribuições que trouxeram ao direito penal a sociologia jurídica. Assim, para HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 388-393, a maior crítica que se pode realizar a esta teoria é o seu esoterismo jurídico, ao vislumbrar na previsão da pena criminal e sua execução "fenômenos isolados, que devem assegurar o bom comportamento jurídico por sua própria competência e sua própria força" (*op.cit.*, p. 389). Uma correta teoria da prevenção geral, segundo o estudioso, só é possível se se deixa à parte seus fundamentos jurídicos, tomando-se como ponto de partida as diferentes alternativas e as reais formas de controle social, nas quais se inclui o Direito Penal.

(130) Sobre o ponto, cf. FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*; parte generale, cit., p. 645.

(131) Assim, FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*; parte generale, cit., p. 645.

(132) Sobre o ponto, cf. FIANDACA e MUSCO, *Diritto Penale*; parte generale, cit., p. 645-646 e MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale*; parte generale, 3. ed., Padova: Cedam, 1994, p. 715.

(133) A remoção, também denominada "desejo de não saber" (FINZI, Silvia, *Storia della psicoanalisi*, Milano: Mondadori, 1994, p. 47) já mencionada no item 3, é um mecanismo de defesa do ego. Na psicanálise possui, pois, preciso significado técnico. Segundo WOLLHEIM (*Guida a Freud*, cit., . 272) é uma "forma de defesa consistente em inconsciente e automática exclusão da consciência de desejos incontestáveis. Os elementos removidos do inconsciente restam, entretanto, ativos e operam pressão constante sobre a consciência [...] A remoção possui caráter universal não apenas enquanto mecanismo de formação do inconsciente, mas como processo *inerente a todo tipo de produção psíquica, individual e social.*

social produzido pelo crime na atitude interior coletiva.[134]

A crescente aceitação da teoria da prevenção geral "positiva, integradora ou alargada", junto à prevenção geral "negativa", todavia, não é acrítica, em virtude de alguns exageros em que incorre.[135]

Uma parte da doutrina assinala que sua validade requer a preexistência de algumas condições no ordenamento jurídico, como, *v.g.*, uma identificação entre fatos desaprovados no meio social e fatos submetidos à sanção penal. A função de orientação cultural ou moral-pedagógica somente assim poderia ter operatividade.

Também o nível de credibilidade do sistema penal seria imprescindível para a observação dos preceitos e, portanto, requisito para que a teoria integradora pudesse operar[136]. Num sistema penal tido como injusto e ineficaz pela sociedade, portanto, jamais vingaria a tese da prevenção geral positiva integradora ou alargada.

Alega-se, ainda, que essa teoria serve para revalidar a concepção retributiva da pena. Essa encontraria justificação empírica "ao ser funcional para a canalização de impulsos agressivos, individuais e coletivos, desencadeados pelo crime, como conseqüente efeito de pacificação social".[137]

Segundo Baratta, a retomada da psicologia do profundo para fundamentar uma nova legitimação da justiça penal, ao considerar-se positiva a função simbólica das penas na sociedade, espargindo "entre os cidadãos a confiança institucional no ordenamento e no Estado, perdida com a prática de infrações",[138] além de ser carente de capacidade instrumental, comporta implicações anti-liberais e anti-humanistas.

Ainda na doutrina italiana, Mario Cattaneo[139] sustenta que a atribuição desse conteúdo à prevenção geral pode nos levar a confundir – de modo perigoso – o direito e a moral, em particular se se aceita que a função moralizadora *deve* ser a função da pena.

A doutrina espanhola também não poupa críticas a essa concepção, ao afirmar sua inequívoca falta de aptidão para servir a um direito penal cujo fulcro é a garantia do indivíduo.[140] Sustenta-se, ainda, que a mesma não deixa de ser uma ilusão de utopia, que subjuga o ser humano e o trata como objeto, além de encobrir a forma de ocorrência real dos processos sociais.[141]

Interessante, aqui, notar que num momento inicial, a elaboração psicanalítica sobre o sistema penal, em especial na obra de Alexander e Staub, realçou o caráter simbólico da justiça penal, postulando a

(134) Nesse sentido, cf. MORSELLI, *La prevenzione generale integratrice*, cit., p. 77.

(135) Sobre o ponto, cf. FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*; parte generale, cit., p. 647-648. De certa forma, ainda que implicitamente, parece-nos aderir a esta tese também MANTOVANI, *Diritto penale;* parte generale, cit., p. 719, ao afirmar que do ponto de vista da prevenção geral a pena desempenha um tríplice efeito, dentre eles o de "moralizzazione-educazione in quanto le pena, come concreta esprezione di riprovazione sociale per l'atto criminoso contribuisce a formare e fortificare il codice morale dei consociati, il senso del *limite*, creando ulteriori contro-spinte, coscienti o incoscienti alle spinte criminose; c) di orientamento sociale attraverso la crezione, l'apprendimento *di abitudini* all'agire socialmente adeguado".

(136) Assim, cf. FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*; parte generale, cit., p. 645.

(137) Assim, cd. FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*; parte generale, cit., p. 647.

(138) Entrevista concedida a Maurício Martinez, MARTINEZ, Maurício, In: *Qué pasa en la criminología moderna?*, Bogotá: Temis, 1990, p. 152.

(139) *Pena, dirito e dignità umana*, Torino: Giappicheli, 1990, p. 145.

(140) MIR PUIG, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 39.

(141) BUSTOS RAMIREZ, *Pena y estado*, cit., p. 141.

substituição do sistema de penas por medidas curativas, terapêuticas, reparação do dano etc., por não vislumbrar na sanção criminal qualquer utilidade prática.

Também ao sustentar que o crime é a resultante do sentimento de culpa e da necessidade de punição, a psicologia do profundo negou implicitamente a função preventiva da pena, fazendo com que esta assurja, a nosso ver, o fator criminógeno: o indivíduo pratica o crime à procura da pena. Sobre o ponto, cf. ítens 4 e 6.2, *retro*.

9. Principais contribuições da psicanálise à criminologia e ao Direito Penal

Jacinto N. de Miranda Coutinho, processualista brasileiro de formação italiana, acentua que após o *I Encontro Brasileiro de Direito e Psicanálise* ocorrido em Curitiba (outubro de 1994), ficou claro "que não se pode fazer *um discurso psicanalítico do direito* e muito menos *um discurso jurídico da psicanálise*, ou seja, um pelo outro. A princípio, a partir de tal conclusão pode parecer que se discutiu em vão. Mas não é nada disso, se se leva em consideração ser pressuposto dela outra conclusão, de ser necessário não se poder esquecer, jamais *os efeitos que um produz – ou pode produzir – no outro*".[142]

Por isso, apesar das severas críticas, antes expostas e realizadas, é tarefa indeclinável a todos que se atenham sobre a pesquisa do tema, reconhecer que a psicanálise trouxe efetivas contribuições à criminologia.

Modernamente reconhece-se que a concepção psicanalítica do crime se harmoniza perfeitamente com muitos casos concretos.

Todo psicanalista que atue na área criminal encontrará em sua vida um delinqüente que se enquadre perfeitamente na afirmações de Freud de seus seguidores.[143]

A psicanálise, ainda, se nos mostra como útil instrumento na investigação etiológica do crime, bem como no tratamento de delinqüentes, em determinados casos.

A criminologia psicanalítica humaniza o sistema penal, enriquecendo o estudo da criminogênese mediante a elucidação de vários casos.

Suas principais contribuições residem na explicação da criminalidade neurótica e no relevo dado aos motivos inconscientes no fenômeno da criminalidade.

A psicanálise e a criminologia elaborada sobre seus fundamentos nos tornam mais compreensivos para com o sujeito-agente e a prática delitiva, mais predispostos a indagar sobre os verdadeiros motivos que o conduziriam o ato, muitas vezes distintos dos motivos conscientes.

Como oportunamente assinala Manheim,[144] a psicanálise "ajudar-nos-á ainda a compreender que os motivos reais de um crime podem não só ser diferentes dos aparentes, como podem mesmo ser de índole totalmente diversa daquela que o crime em causa poderia supor".

Outra grande contribuição da criminologia psicanalítica, em especial de Alexander e Staub, foi a substanciosa crítica realizada ao sistema penal, tão útil na atividade científica, numa época em que pouco se questionavam os seus métodos e a sua atuação. Tal questionamento forneceu aos operadores do Direito Penal instrumental hábil a otimizar a compreensão das motivações do crime, evidencian-

(142) Jurisdição, psicanálise e o mundo noeliberal, In: *Direito e neoliberal; elementos para uma leitura interdisciplinar*, Curitiba: Edibej, 1996, p. 41. Importante anotar que o autor realiza profunda e profícua análise da jurisdição no "mundo neoliberal", com minuciosa e aguda crítica a alguns conceitos processuais.

(143) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Psicoanalisis criminal*, cit., p. 304.

(144) *Criminologia comparada*, cit., v. 1, p. 468.

do, ainda, como o sentimento de injustiça pode, não raras vezes, erigir-se em fator criminógeno.

Em relação à moderna teoria da pena, a prevenção geral tornou-se idéia enriquecida e mais atuante, em virtude da sociologia jurídica, e da utilização dos conceitos da psicanálise. A doutrina tem assinalado que, apesar das objeções, a pena encontra uma justificação "empírica sobre o terreno da prevenção, sendo funcional para a canalização dos impulsos agressivos, individuais e coletivos, desencadeados pelo delito, com conseqüente efeito de pacificação social".[145]

Por sua preciosa contribuição, a concepção psicanalítica do problema da criminalidade tornou-se capítulo obrigatório da psicologia criminal em todos os modernos e atualizados manuais de criminologia.

No Direito Penal e no Direito Processual Penal, não podemos prescindir da constatação de que a psicanálise pode servir como útil instrumento, ao diminuir o *vácuo* existente entre o discurso doutrinário do Direito Penal e Processual Penal e a operatividade do sistema penal.[146]

A psicanálise seria útil instrumento, em especial, na determinação dos casos de imputabilidade diminuída, dos quais trata o parágrafo único do art. 26, do CP,[147] em geral radicados em neuroses.

Otimizaria a análise das circunstâncias judiciais relativas a "personalidade" e aos "motivos", referidas no art. 59 do nosso CP, quando se cuida de estabelecer as circunstâncias a serem consideradas pelo juiz penal na fixação da pena base, permitindo mais correta individualização judicial da pena.

De se notar que o exame da personalidade e dos motivos, em nosso sistema penal, não é realizado apenas para tal fim, servindo, também, para a verificação da conveniência da substituição da pena privativa de liberdade imposta por uma pena restritiva de direitos (art. 44, inc. III, CP), para a aplicação da multa substitutiva (art. 60, § 2.º, CP) e para a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77, inc. II, CP) etc.

Não é mais possível ao jurista desconhecer que o exame da personalidade e dos motivos vem sendo realizado no processo penal, pelos juízes, de maneira intuitiva. Para tal fim, são considerados elementos do "caso penal" *sub examen* e dos dados constantes do processo, não raras vezes são "extraídos" pelo juiz penal do comportamento processual do agente, da prova testemunhal etc.

Sem dúvida, tal critério carece de base científica, sendo, pois, muitas vezes, condicionado por componentes subjetivos (pessoais e ideológicos) do juiz criminal.

Parece-nos, pois, bastante oportuno, a designação de um profissional com específica formação psicanalítica, seja para funcionar como perito judicial no exame de sanidade mental do acusado, seja para orientar e embasar a convicção dos juízes no momento em que se procede a indagação sobre a "personalidade" e os "motivos" do crime.

Também se nos afigura de extrema importância a indicação de profissional com formação psicanalítica para compor a equipe de *experts* encarregada de realizar o exame criminológico do condenado, de que trata o art. 7.º da Lei de Execuções Penais, com a finalidade de otimizar a individualização executória da pena criminal.

(145) FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*; parte generale, cit., p. 647.

(146) Como assinala JACINTO COUTINHO, *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal*, cit., p. 45, "há uma imensidão entre o *discurso do direito e os operadores jurídicos*".

(147) Sobre o ponto, acentuando a utilidade da psicanálise, cf. por todos, DE LUCCA, Arturo, Indagine psicoanalitica ed esame dell'imputabilità, In: *Quaderni di criminologia clínica*, Roma, 3: 403-18, lug.-sett./75.

10. Bibliografia

ALBERGARIA, Jason. *Criminologia (teórica e prática).* Rio de Janeiro: Aide, 1988.

ALEXANDER, Franz. Lo Sviluppo della psicologia dell'Io. In *Saggi di psicologia freudiana.* Roma: Astrolábio, 1975.

ALEXANDER, Franz e STAUB, Hugo. *Il delinquente, il giudice e il pubblico.* Trad. Pietro Veltri. Milano: Giuffrè, 1978.

BECCARIA, Cesare B. *Dei delitti e delle pene.* Milão: Giuffrè, 1973.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale*; parte generale. 12. ed. riv., Padova: Cedan, 1986.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão; causas e alternativas.* São Paulo: RT, 1993.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In: *Nuovissimo Digesto italiano.* Torino: Utet, 1973, v. 19.

BUSTOS RAMIREZ, Pena y Estado. In *Bases críticas de un nuevo derecho penal.* Bogotá: Temis, 1982.

CATTANEO, Mario A. *Pena, diritto e dignità umana*; saggio sulla filosofica del derecho penal. Torino: Giappichelli, 1990.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et alli. Direito e neoliberalismo.* Curitiba: Cejub, 1996.

DE LEO, Gaetano. *Appunti di psicosociologia della devianza.* Roma: Bulzoni, 1987m v. 1.

DE LUCA, Arturo. Indagine psicoanalitica ed esame dell'imputabilità. In: *Quaderni di Criminologia clinica.* Roma, 3:403-17. lug.-set/77.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*; teoria del garantismo penale. 2.ª ed., Bari: Laterza, 1990.

DEL PONT, Luís Marcó. *Manual de criminologia*; um enfoque atual. Córdoba: Marcos Lerner, 1991.

DOSTOIEVSKY, Fiodor Michajlovic. *Crime e castigo.* Trad. Milli Martinelli. Rusconi, Suppl.al n. 28 Gente 1989.

FREUD, Sigmund. Considerazione attuali sulla guerra e la morte. Trad. Cesare Musatti. In: *Opere.* Torino: Boringhieri, 1991, v. 8.

———. I delinquenti per senso dei colpa. Trad. Mario Ciarpaglini. In: *Opere.* Torino: Boringhieri, 1991, v.8.

———. Psicoanalisi. Trad. Renata Colorne. In: *Opere.* Rist. 3. ed., Torino: Boringhieri, 1990, v. 10.

———. L'avvenire di un'illusione. Trad. Sandro Candreva e E. A. Panaitescu. In: *Opere* . Rist. 3. ed., Torino: Boringhieri, 1990, v. 10.

———. Dostoevsky e il parricidio. Trad. Silvano Daniele. In: *Opere.* Rist. 3. ed., Torino: Boringhieri, 1990, v. 10.

———. Introduzione alla psicoanalisi. Trad. Edoardo Weiss. In: *Opere.* Torino: Boringhieri, 1989, v. 8.

———. *Psicopatologia della vita quotidiana.* Trad. Carlo Frederico Piazza *et alli.* Torino: Boringhieri, 1971.

———. *Totem e tabu; e altri saggi di antroplogia.* Trad. Celso Balducci *et alli.* Roma: Newton, 1990.

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto penale*; parte generale. 3. ed., Bologna: Zanichelli, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge e COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia;* o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1992.

FINZI, Silvia. *Storia della psicoanalisi.* Milano: Mondadori, 1986.

FROMM, Erich. *La missione di Sigmund Freud*; analise della sua personalità e della sua influenza. Trad. Girolamo. Roma: Newton, 1989.

———. *La crisi della psicoanalisi.* Trad. Giovanni Fattorini. Rist. 1. ed., Milano: Mondadori, 1989.

———. *Grandezza e limite del pensiero di Freud.* Trad. Francesco Saba Sardi. Milano: Mondadori, 1989.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente.* 11. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1995.

GULOTTA, Gugliemo. *Psicoanalisi e responsabilità penale.* Milano: giuffre, 1973.

GULLOTA, G. e Ermentini, A. Il pensiero criminologico di Theodor Reik. In: *Psicologia, psicopatologia e delitto (Scritti).* Milano: Giuffrè, 1971.

GULLOTA, Guglielmo *et alli.* Super io e antisocialità. In: *Psicologia, psicopatologia e delitto (Scritti),* Milano: Giuffrè, 1971.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde y Luís Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

JIMENZES DE ASÚA, Luís. *Psicoanalisis criminal.* 6. ed., Buenos Aires: Depalma, 1982.

JONES, Ernest. L'origine e la estrutura del Super-Io. In: AA.VV. *Saggi di psicologia freudiana.* Roma. Astrolábio, 1975.

KLEIN, Melaine. *Psicoanalisi dei bambini.* Firenze: Martinelli. 1988.

———. Lo sviluppo precoce della coscienza morale nel bambino. In: AA.VV. *Saggi di psicologia freudiana.* Roma: Astrolábio, 1975.

LAPLANCHE, J. e PONTALIS, J. B. *Vocabulário da psicanálise.* Trad. Pedro Tamen. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MANNHEIN, Hermann. *Criminologia comparada.* Trad. J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984, v. 1.

MANTOVANI, Ferrando. *Il problema della criminalità.* Padova: Cedam, 1984.

———. *Diritto penale*; parte generale. 3. ed., Milano: Giuffrè, 1994.

MARTINEZ, Mauricio. *Qué pasa en la criminología moderna?* Bogatá: Temis, 1990.

MORSELLI, Élio. *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella strutura del reato.* Padova: Cedam, 1989.

———. La prevenzione generale integratrice nella moderna porspettiva retribuzionista. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* Milano: Giuffrè, gen./mar/1988.

MUSATTI, Cesare L. *Tratado di psicoanalisi.* Rist. 3. ed., Torino: Boringhieri, 1995.

PERRIN, Genil. *Psychanalise e criminologia.* Trad. Leonídio Ribeiro. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1936.

PERROTI. Contributo della psicanalise allo studio della criminogenesi. In: *Quaderni di Criminologia Clínica.* Roma 3:163-70, lug.-set./1959.

PONTI, Gian Luigi., *Compendio di criminologia.* 2. ed., Milano: Cortina, 1980.

PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el Estado social democrático de derecho.* Barcelona: Airel, 1994.

RAZINOWICZ, Leon. *Ideologia e criminalità.* Trad. Franco Ferracutti. Milano: Giuffrè, 1968.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale.* Torino: Giappichelli, 1991, v. 1.

REIK, Theodor. *L'impulso a confessare.* Milano, Feltrinelli, 1967.

SPANUDIS, Theon. *Delinqüência e psicanálise.* São Paulo: IBDC, 1974.

TROMBI, G. Psicoanalisi e criminalità. In: *quaderni di Criminolgia Clinica.* Roma: v. 3, p. 380-381, lug.-set./77.

WOLLHEIM, Richard. *Guida a Freud.* 3. ed., Milano: Rizzoli, 1983.

6 – POLÍCIA E DIREITO

POLÍCIA E CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO *

ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA **

SUMÁRIO: 1. Introdução: a necessidade de uma análise científica do problema criminal – 2. Postulados ou premissas teóricas: a) normalidade do delito e o delinqüente (*versus*: princípio positivista de "diversidade patológica" do infrator); b) O crime como "problema social"; c) A empatia como atitude do observador e do cientista – 3. A falsa correlação: polícia – criminalidade: a) Na moderna sociedade urbana, a polícia não se ocupa somente nem fundamentalmente do crime; b) O crime como problema "comunitário" (*versus*: o crime como competência privativa do "sistema legal") – 4. Dois modelos de intervenção no problema criminal e papel designado à polícia: a) Modelo clássico: mais leis, mais penas, mais polícias, mais prisões; b) Modelo crítico integrado: prevenção primária, secundária e terciária. A "seletividade" do crime e o "fracasso" do sistema legal – 5. Delito e medo ao delito – 6. Análise científica da função policial: a) causas do crescente interesse da mesma; b) âmbitos nos quais se manifesta; c) evolução histórica da função policial e modelos correlativos – 7. Polícia, delito e comunidade: a) polícia a serviço dos interesses gerais: objeções ideológicas; b) Efetividade policial: sua avaliação; c) Polícia e comunidade – 8. Conclusões.

1. Introdução: a necessidade de uma análise científica do problema criminal

O crime preocupa e apaixona o ser humano desde os primórdios da história. Preocupa porque é um fenômeno aflitivo, doloroso, para todos: para o infrator e seus próximos, para a vítima e os seus, para a comunidade jurídica da qual uns e outros fazem parte. E apaixona, também, por sua indubitável carga de irracionalidade e mistério, de enigma e absurdo. Trata-se, de algum modo, da paixão que suscita o imprevisível, do que não sabemos ou podemos explicar e admitir.

Precisamente por isso a sociedade adota atitudes e respostas nem sempre racionais com respeito ao delito. Algumas vezes, lhe atribuindo, com resignação, ao destino, à fatalidade, a cegas forças do mal.[1]

(*) O presente texto é uma transcrição, corrigida e anotada, da Tese que defendi em 17.07.1989 no Seminário "Polícia e sociedade", organizado pela UIMP e pela Direção Geral da Polícia (Santander). Conserva, a causa disso, a estrutura básica e características daquela. Aproveito esta nota aclaratória para expressar meu agradecimento à Direção Geral da Polícia – e em particular, aos responsáveis do Seminário: Elena Jiménez Quintana e Aquílino Gonzáles Fernando – pela deferência que tiveram ao me convidar a participar no mencionado Seminário.

(**) Tradução: Dr. William Terra de Oliveira.

(1) Todas as teorias (pre-científicas) que expressam tal convicção respondem a uma mesma origem e a um mesmo fundamento: a não-aceitação da "normalidade" do delito e o delinqüente. Por isso, condena-se o crime ao mundo do irracional, do fatal e do patológico. Sobre o problema, vide Garcia-

Outras – a maioria das vezes – a patologias na personalidade do infrator: loucura, doença, degeneração etc.[2]

A pena também não escapa deste fundo de paixão e irracionalidade. A "fuga" em direção ao Direito Penal, ou a tranqüilizadora designação a este de finalidades ou funções "ideais", simbólicas"[3] – pertencentes ao âmbito do "deve ser", não ao do "ser" – que, de fato, nem cumpre nem pode cumprir, formam parte de um conhecido álibi ou cerimônia pseudo-racionalizadora.

Ao abordar, em conseqüência, o problema das funções da polícia em um estado de direito, é imprescindível uma análise científica do mesmo, livre de fáceis preconceitos, de interessados estereótipos e manipulações; uma análise, em definitivo, empírica e interdisciplinar, sobre o delito e seu controle em um determinado marco político. Destaco estes dois objetivos: empírico e interdisciplinar, como componentes iniludíveis do paradigma de "ciência", para salientar a insuficiência de um enfoque exclusivamente "jurídico formal" que ignora a realidade.

Porque o método jurídico tem sérias limitações intrínsecas, como em determinado momento advertira Ferri ao entoar sua conhecida "oração fúnebre ao Direito Penal clássico".[4]

O Direito, sem dúvida, aporta com suas categorias e técnicas o instrumental indicado para garantir a todos segurança jurídica, uma praxe racional e previsível e decisões igualitárias. Porém, é apenas uma linguagem. Seu proceder abstrato, formal, dedutivo, coloca o operador no "dever ser", distanciando-o da realidade. Conhece-a e a seleciona através do clichê da norma, no curso de uma operação lógico formal de subsunção, alheia a toda sorte de resistências e tensões que possa opor a "premissa real". Busca, ante tudo, a coerência, o rigor categórico, a correção técnica das decisões no âmbito de sistemas fechados. Assim sendo, o formalismo e o normativismo jurídico procuram substituir o caso concreto pela hipótese, a realidade histórica pela realidade normativa, o ser pelo dever ser, o problema pelo sistema, a análise e a observação pelo silogismo e a intuição, a justiça material e as exigências político criminais pela coerência sistêmica e a correção lógica das soluções.

Deste ponto de vista empírico e interdisciplinar deve se contemplar o problema que nos ocupa. Partindo do crime real que padece nossa sociedade, da Polícia que possui e da experiência científica acumulada no âmbito de diversas disciplinas (Psicologia, Sociologia, Estatística etc.) sobre a efetividade do controle e prevenção do comportamento delituoso.

2. Postulados ou premissas teóricas: normalidade do delito e o delinqüente, o crime como problema social e a empatia do cientista observador

As funções que se destinam à Polícia visando ao controle da criminalidade [5]

Pablos; A., "La normalidad del delito y el delincuente", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 11, 1986, p. 325 a 346).

(2) Sobre o denominado "princípio de diversidade" (do delinqüente), vide Garcia-Pablos, A., *Manual de Criminologia, Introducción y teorías de la criminalidad*, Madri, 1988 (Espasa Calpe), p. 244 e s.; e 689 e s.

(3) Com respeito às funções "simbólicas" – por oposição às funções "reais" ou "instrumentais" do Direito Penal, vide Baratta, A., "Criminología y Dogmática Penal. Pasado y futuro del modelo integral de la Ciencia Penal", em: *Papers, Revista de Sociología*, n. 13 (Sociedad y Delito), Barcelona, Universidad Autónoma, 1980, p. 41 e s.

(4) Vide Ferri, E., *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*, 2.ª ed., versão em espanhol (traduzido ao espanhol por) de Pérez Oliva, I., Madri, Góngora, 1887, especialmente p. 23 e s. Cf., Garcia-Pablos, A., *Manual de Criminologia*, cit., p. 249.

(5) As implicações derivadas do marco político no qual hão de se inserir tais funções – e o desempenho das mesmas (o Estado social

dependem fundamentalmente de três variáveis: das idéias, imagens e concepções que se professem sobre o delito e o delinqüente; do modelo de intervenção ou controle escolhido; e da própria autocompreensão ou imagem de polícia.

Abordarei os três problemas: o debate sobre o acontecimento criminal (postulados ou premissas que comentam-se neste item), os modelos de intervenção (itens 4 e 5) e a correspondente configuração da polícia nos respectivos casos (itens 3, 6 e s.).

a) Normalidade do delito e o delinqüente [6]

São muitas e controvertidas as concepções que se sustentam sobre o crime e o infrator. Cada uma reclama atitudes diferentes da sociedade e do sistema legal, favorecendo respostas também diferentes.

O mundo *clássico* partiu de uma imagem sublime, ideal, do ser humano como centro do universo, como dono e senhor absoluto de si, de seus atos. o dogma da liberdade – no esquema clássico – faz com que todos os homens sejam iguais (não existem diferenças qualitativas entre o homem delinqüente e o não-delinqüente) e fundamenta a responsabilidade: o absurdo comportamento delituoso pode unicamente ser compreendido como conseqüência do mal uso da liberdade em uma concreta situação, não a estímulos internos nem a influências externas. O crime, firma suas raízes em um profundo mistério ou enigma. para os clássicos, o delinqüente é um pecador.[7] que optou pelo mal, podendo e devendo ter respeitado a lei.

O positivismo criminológico, pelo contrário, destronaria o homem, privando-o de seu cetro e de seu reinado, ao negar o livre controle do mesmos sobre seus atos e seu papel como protagonista no mundo natural, no universo e na história. O homem, segundo Ferri,[8] não é o rei da criação, como a terra não é o centro do universo, se não "uma combinação transitória, infinitesimal da vida... uma combinação química que pode lançar raios de loucura e de criminalidade, que pode irradiar virtude, piedade, gênio, porém não... mais que um átomo de toda a universalidade da vida". O livre arbítrio, conclui Ferri,[9] é uma "ilusão subjetiva". Em conseqüência, o positivismo criminológico insere o comportamento do indivíduo na dinâmica de causas e efeitos que dirige o mundo natural ou o (mundo) social: em uma cadeia de estímulos e respostas. Determinantes internos, endógenos (biológicos) ou externos, exógenos (sociais), explicam sua conduta inexoravelmente. O arquétipo ideal, quase algébrico, dos clássicos dá lugar a uma imagem materializada e concreta de homem, semelhante a uma equação, a uma fórmula, a uma reação química; e o princípio da "equipotencialidade", ao da "diversidade" do homem delinqüente, sujeito qualitativamente diferente do honrado que cumpre as leis. Para o positivismo criminológico, o infrator é um prisioneiro de sua própria patologia (determinismo biológico) ou de processos causais alheios ao mesmo (determinismo social): um ser escravo de sua herança, encerrado em si mesmo, sem comunicação com os outros, que olha ao passado e sabe fatalmente escrito seu futuro.

de Direito) não correspondem à temática específica deste trabalho.

(6) Vide supra, nota 1. Com relação aos modelos teóricos explicativos do crime, que partem da "normalidade" deste, cf. Garcia-Pablos, A., "Explicaciones estructural-funcionalistas del delito", em: *Delincuencia. Teoría e investigación*, Madri (Alpe) 1987, p. 165 e 193.

(7) Sobre o classicismo, vide Garcia-Pablos, A., *Manual de Criminologia*, cit., p. 197 e s.

(8) Ferri, E., "Il dinamismo biológico de Darwin", em: *Arringhe e Discorsi*, Milão, Dail'Oglio, 1958, p. 351.

(9) Ferri, E., *Los nuevos horizontes*, cit., p. 23 e s.

A filosofia correcionalista, por sua vez, e o marxismo operam com diferentes imagens do infrator. Aquela, pedagógica, pietista, vê no criminoso um ser inferior, inválido, incapaz de dirigir por si mesmo – livremente – sua vida, cuja débil vontade exige a eficaz e desinteressada intervenção tutelar do Estado.[10] Desde a utopia e o eufemismo paternalista do pensamento correcional (a "besserungstheorie" alemã), o homem delinqüente aparece perante o sistema como um menor de idade, desprotegido. O *marxismo*, por sua vez, responsabiliza o crime a determinadas estruturas econômicas, de tal forma que o infrator torna-se mera vítima, inocente e fungível, das mesmas: a culpada é a sociedade.

Neste trabalho parto da "normalidade" do delito e o delinqüente, postulado que procurei raciocinar em outra parte [11] e que difere substancialmente das quatro teses expostas. Em minha opinião, é o que mais se adapta à realidade, ao teor de nossos conhecimentos atuais; e o único que permite a busca serena e reflexiva de uma resposta científica ao problema do crime, livre de preconceitos.

É obvio que qualquer estereótipo de homem delinqüente é desmentido por uma realidade complexa, plural, diversa: em realidade, não seria mais que um recurso dialético. Porém, pela mesma razão, também não é possível defender o contrário: a anormalidade do infrator. Além disso, acredito que a tradicional polêmica entre deterministas e partidários de livre arbítrio tem-se tornado relativa de uma forma notável, eliminando as posturas mais radicais de ambos extremos. Hoje não podemos negar a imagem muito mais rica, dinâmica, pluridimensional e interativa do ser humano a que aportam disciplinas empíricas como a Psicologia, as ciências da conduta etc. O indivíduo não é um ser solitário, desarraigado, que se enfrenta com sua liberdade existencial, sem condicionamentos, sem história (tese dos clássicos); porém tão-pouco a mera concatenação (encadeamento) de estímulos e repostas, uma máquina de reflexos e hábitos, preso em seu código biológico e genético (tese positivista), que olha só o passado; nem uma peça insignificante na engrenagem do universo social, mero observador passivo do sobrevir histórico ou vítima das estruturas que ele mesmo se impôs. Antes disso o homem é um ser aberto e sem terminar. Aberto aos outros, em um permanente e dinâmico processo de comunicação, de interação: condicionado, de fato, muito condicionado (por ele mesmo, pelos outros e pelo meio), porém com assombrosa capacidade para transformar e transcender o legado que recebeu: e sobretudo, solidário do presente e com um olhar no futuro próprio e alheio. Esse homem não é o pecador, dos clássicos, irreal e insondável; nem um animal selvagem e perigoso, do positivismo, que inspira temor; nem o desvalido, da filosofia correcional, necessitado de tutela e assistência; nem a pobre vítima da sociedade, nem mero álibi para reclamar a radical reforma das estruturas daquela, como proclama as teses marxitas. É um homem real que cumpre as leis ou que as infringe: o homem que a Criminologia tem que compreender e estudar. E quão problemática parece se uma análise científica, isto é: neutra, objetiva, serena do fenômeno criminal se partimos de uma imagem degradante do seu protagonista ou de atitudes beligerantes contra ele mesmo, cheias de preconceitos e desqualificações!

(10) Sobre a "Besserungstheorie" de origem germana e o correcionalismo espanhol, vide Garcia-Pablos, A., *Estudios Penales*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 36 e s.

(11) Garcia-Pablos, A., "La normalidad del delito y el delicuente", em *Estudios de Derecho penal em homenaje al professor L. Jiménez de Asua, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monografia 11 (1986), p. 325 a 346.

b) O crime como "problema social"

O crime tem merecido toda sorte de caracterizações por parte de filósofos, moralistas, juristas, sociólogos, políticos... que rivalizam na busca do semelhante, a metáfora ou o recurso semântico – nunca inocentes – mais expressivo para refletir sua natureza.

Em minha opinião, o cientista que se ocupe do crime há de iniciar sua análise partindo do conceito daquele como "problema social", entendendo esta categoria dentro das "ciências sociais" em sua concepção original.[12] Como ressaltaram Ovcharchyn Dewitt e outros,[13] um determinado fenômeno deve ser definido como "problema social" se há uma incidência em massa na população (pluralidade de pessoas envolvidas ou implicadas); se dita incidência é aflitiva, dolorosa para todos (aflição); se acredita uma certa persistência espaço-temporal, resistindo todas as tentativas de solução (permanência); e se existe um evidente consenso social com respeito a suas conseqüências negativas (consciência social).

O crime, em realidade, reúne todos estes aspectos diferenciadores dos "problemas sociais" e como tal problema social tem que ser contemplado. É um problema "da" comunidade, que surge "na" comunidade e deve encontrar fórmulas de solução no âmbito (seio) da mesma. Porque o delinqüente não é um "estranho" – "o outro" –, senão um membro ativo da comunidade, que, além do mais, retornará a ela uma vez cumprido o castigo. e a vítima também forma parte de uma comunidade solidária que não pode sentir-se alheia ao que lhe corresponde. O delito não é só o problema do delinqüente, nem a resposta legal ao crime afeta ou deve afetar somente ao infrator.

Este conceito do crime como "problema social" apresenta duas conseqüências. Negativamente, significa que não podemos contemplar o fato delituoso sem a profunda carga de solidariedade e paixão que a análise de qualquer fenômeno "humano" (que interessa ao homem) reclama. Positivamente, que o problema do crime nos incumbe a todos, nos compromete a todos... não só ao sistema e às instâncias oficiais do mesmo (Política, Tribunais, Administração Penitenciária etc.).

c) A empatia como atitude do cientista diante do crime

O proceder científico exige distanciamento do observador com respeito ao objeto como garantia de neutralidade. Porém, por sua vez, a natureza do objeto examinado condiciona o método e as atitudes do analista. Isto acontece, também, com o delito. O crime requer, ao meu ver, boas doses de "empatia" no teórico que se enfrenta ao mesmo. Empatia, está claro, não é simpatia nem cumplicidade com o infrator e seu mundo, mas sim apreço, interesse, fascinação por um problema tão próximo a todos e ao mesmo tempo, tão complexo e enigmático;[14] distância com relação ao objeto não significa desinteresse, indiferença, como a paixão e compromisso com o cenário criminoso e seus protagonistas tão-pouco deve prejudicar a neutralidade do observador! A empatia obriga a assumir que o crime é um problema social, um doloroso conflito interpessoal e co-

(12) Vide Jimenez Burillo, F., *Psicologia social y sistema penal* (comp. De Jiménez Burillo e Clemente). Alianza Universidad Textos, p. 19.

(13) Ovcharchyn-Dewitt, Ch., e outros: "Approaches toward social problems: a conceptual model", em: *Basic and Applied Social Psyuchology*, 24 (1981), p. 275 a 287. Cf. Jiménez Burillo, F., *Psicología social y sistema penal*, cit., p. 19 e s.

(14) Sobre a "empatia", vide Garcia-Pablos, A., *Manual de Criminología*, cit., p. 477 e 668; Matza, D. *El proceso de desviación*, Madrid, Taurus, p. 28 a 55.

munitário. Contrária à "empatia" é a atitude formalista dos que vêem no delito só um comportamento antijurídico que desencadeia a inexorável pretensão punitiva estatal; como se o crime não fosse mais que um pressuposto do feito da norma penal, o substrato real de um artigo do Código. É também, a deformação do Estado, quantitativa, que opera como fictício "delinqüente médio" e contempla o drama criminal como uma anônima magnitude. E em geral, qualquer aproximação ao crime com o ânimo de quem enfrenta um "corpo estranho" à sociedade (à feliz e inocente *casa de la pradera*), um fenômeno altamente patológico "alheio" ao sistema, para reclamar sua drástica erradicação. Distanciando o delito de nossos olhos como a grande cidade afasta de si os hospitais, prisões ou cemitérios; tornando-o patológico, como qualquer outra manifestação doentia do homem ou da sociedade, para encomendá-lo ao bisturi da pena ou à incompreensão da clínica psiquiátrica; ou ignorando sob a linguagem estatística o conflito e sofrimento pessoal – e comunitário – que o mesmo traz, não cabe uma análise científica do problema criminal. Pois este, como é obvio, não pode pretender exclusiva nem prioritariamente o castigo do infrator, senão a explicação convincente do próprio acontecimento delituoso, a reparação dos males que ocasionou e sua prevenção eficaz no futuro, seu razoável controle.

3. A falsa correlação: polícia – criminalidade

Polícia e criminalidade são dois termos que determinadas concepções associam e correlacionam de forma tão automática e inexorável como indevida. Que a polícia se ocupe exclusiva ou prioritariamente do delito, ou que este somente interesse a polícia são duas proposições falsas e perniciosas, tanto do ponto de vista causal como axiológico.

a) Na moderna sociedade urbana, a polícia não se ocupa somente nem fundamentalmente do crime

E quando de fato a polícia e crime se enfrentam pouco tem a ver os perfis e as variáveis do cenário real com as imagens e estereótipos convencionais a respeito.

De fato, acredita-se amplamente que a polícia tem como único objetivo a repressão e a prevenção do delito. E que dita função se traduz em um enfrentamento direto, imediato pessoal entre agentes da autoridade e infrator: duelo em que vence o primeiro por sua destreza, valor e talento, conseguindo aprisionar o delinqüente e colocá-lo a disposição da justiça.[15] Embora os principais estudos empíricos pareçem demonstrar que grande parte da atividade efetiva da polícia não guarda relação nenhuma com feitos formalmente ilegais, isto é, que só uma pequena parte da atuação policial – e do tempo investido nela[16] versa *ratione materiae* sobre assuntos delitivos. Porque na atual sociedade urbana, cada vez são mais as prestações do serviço à comunidade e ao cidadão por parte da polícia, sem conexão próxima ou remota com o crime, com seu castigo ou sua prevenção, segundo os dados oficiais dignos de crédito em nosso país.[17] Outros trabalhos científicos des-

(15) Vide Jimenez Burillo, F., *Psicologia social y sistema penal*, cit., p. 19 e s.

(16) Neste sentido: Clarence Schrag. *Crime and Justice: American Style* (Washington D.C., Government Printing Office), 1970, p. 47. Cf., Siegel, L.J. Criminology, West Publishing Company St. Paul, Minnesota, 1983, p. 448.

(17) Me refiro ao estudo realizado em 1983 sobre a Polícia Municipal de Madri, mencionado por Jiménez Burillo (vide *Psicología social y sistema penal*, cit., p. 96, nota 7); e também, aos dados levantados pela Oficina de Relaciones Informativas y Sociales de la Dirección General de la Guardia Civil (ORIS) que forneço em meu trabalho "Policía y delito a la luz de la

mentem numerosos tópicos e estereótipos muito manuseados. Assim, por exemplo, tudo parece indicar que a atividade policial cotidiana é mais monótona e rotineira do que dinâmica ou fascinante.[18] Que a intervenção policial costuma produzir-se a pedido expresso do cidadão: este e não a polícia, é quem detecta a comissão do delito e tem a iniciativa, quem mobiliza e reclama a presença da autoridade.

De modo que o suposto enfrentamento pessoal, físico, cruel – o duelo – entre a polícia e delinqüente mais parece, em termos estatísticos, uma metáfora ou ficção. Por certo, quando – por exceção – o infrator ou suspeito se encontra *in situ* tudo parece indicar que na atuação da polícia com respeito ao mesmo são decisivas duas variáveis muito significativas: características gerais e atitudes daquele e presença – ou ausência – de vítima ou especuladores.[19] Dito de outra maneira, no resultado final e vicissitudes do "duelo" polícia-criminoso, tem maior influência determinadas circunstancias objetivas relativas ao cenário delituoso e a seus protagonistas do que certas qualidades pessoais ou profissionais do agente da autoridade.

Todos estes dados, em conseqüência, dão fé de uma nova realidade e devem ser levados em conta. Em primeiro lugar, porque desmentem e desmistificam velhos lugares comuns que nada tem a ver com a intervenção policial na sociedade urbana de nossos dias. Porém, em segundo lugar – e sobre tudo –, porque manifestam a existência de demandas, necessidades e expectativas sociais que a Polícia tem que satisfazer com a oportuna preparação e adestramento.

b) O crime como problema "comunitário"

Também não cabe defender a afirmação de que o crime interesse unicamente ao sistema legal, de que seja incumbência exclusiva deste. Porque o delito é um problema "comunitário", de todos e não da polícia, da Justiça, da administração penitenciária. Uma sociedade que não se interesse pelo problema criminal, sem fazer exame de consciência e se comprometer com o mesmo, incorreria em um alarde inútil de cinismo. Tornando-lhe patológico, como se fosse um tumor e encomendando-lhe à cirurgia legal, nem o aborda nem resolve com maior eficácia. Pelo contrário: esta atitude afasta e isola o sistema legal com respeito à sociedade, com o conseguinte risco de "deslegitimação" que ocorre com todo poder autônomo capaz de se desvincular dos valores e exigência gerais. Isto implica não apenas a perversão axiológica,[20] mas também uma perda de eficácia da ação policial, privada da aceitação e da colaboração de uma comunidade indiferente.

4. Dois modelos de intervenção no problema criminal e papel designado à polícia

Sendo a polícia uma das instâncias que integram o controle social formal, não é possível analisar as funções que cumpre ou deve cumprir a mesma em abstrato, estaticamente. Antes disto, é necessário

Criminología", publicado em: *Cuadernos de la Guardia Civil*, n. 2, 1989, p. 41.

(18) Assim, Cohn, A., Udolf, R., *The Criminal Justice system and its psychology*, New York, Van Nostrans, Co., 1979. Cf., Jiménez Burillo, F., *Psicología social y sistema penal*, cit., p. 96.

(19) Sobre o problema, vide Jiménez Burillo, F., *Psicología social y sistema penal*, cit., p. 96 e s.

(20) Em temos metafóricos, poderia se dizer que uma valorização mais solidária e congruente do crime como problema comunitário, sugeriria transferir as competências sobre o mesmo dos Ministérios de Justiça e do Interior a um hipotético novo Ministério sobre "Bem-estar social e qualidade de vida".

inserir a ação policial em algum dos modelos básicos de controle social, deduzindo as funções que segundo as respectivas concepções lhe corresponderiam. E uma visão simplificadora, permite diferenciar dois modelos fundamentais de intervenção no problema criminal:

a) Modelo clássico: mais leis, mais penas, mais policiais, mais prisões (modelo reativo)

O crime, para aqueles que se aderem a este modelo, é um acontecimento intolerável que reclama uma resposta exemplar, drástica e eficaz do Estado. Dita resposta – como acontece com todo modelo "reativo" – não considera a origem e etiologia do fato, senão, sua mera manifestação, por mais que um conflito social nem sempre se exteriorize no tempo e lugar onde se produz.[21] Predomina, logicamente, o afã repressivo sobre o preventivo, e as metas que incluem retribuição (castigo do culpável) sobre a própria neutralização ou reparação do dano que o delito ocasiona e outros objetivos sociais. À desmedida confiança na eficácia das leis penais se soma, ademais, uma singular concepção do mecanismo dissuasivo que estabelece uma fácil relação proporcional direta entre rigor e severidade do castigo e sua capacidade de dissuadir. Todo sistema gira e se orienta em uma única direção: o infrator potencial ou real, para assegurar seu eventual castigo se fracassar o potencial intimidatório daquele. Neste marco teórico, a polícia representa a primeira linha ou vanguarda do mecanismo pesado do Estado: todo um símbolo ou emblema. Funciona implacavelmente e impecavelmente, isto é, garante a aplicação fiel do mandato legal abstrato ao caso concreto, sem desvios substanciais, como uma perfeita correia de transmissão. Sua legitimidade, inquestionável, por isso, derivaria mais da função simbólica que lhe atribui (legitimidade intrínseca) que do modo efetivo de cumpri-la. E, no entanto, à efetividade policial se imputam as oscilações (incremento ou declínio) da criminalidade e o grau de vigência dos mandatos e proibições legais. Logicamente, preocupa então aos poderes públicos – e à sociedade – sobre tudo, a preparação, adestramento e profissionalismo de seus agentes, assim como a adequada dotação de meios, equipamento e infra-estrutura. A esta filosofia responde o chamado "moderno classicismo" criminologia do fracasso ou debilidade do sistema legal e sugere, para frear seu perigoso crescimento, um dramático encarecimento dos custos do delito, isto é, mais leis, mais penas, mais policiais, mais prisões.[22]

b) Modelo crítico integrado: prevenção primária, secundária e terciária

Concebido o crime como "problema social", um modelo meramente "reativo" resulta insatisfatório. Do ponto de vista etiológico, porque não incide nos últimos fundamentos do delito. Do ponto de vista "social', porque somente pretende reprimir o infrator, despreocupando-se de outros objetivos necessários (*v.g.* reparação do dano) – e não incompatível com a retribuição – que olham para outros protagonistas esquecidos do acontecimento

(21) Assim, Baratta, A., "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", em: *Cuadernos de Política Criminal*, n. 24 (1984), p. 545. Cf., García-Pablos, A. *Manual de Criminologia*, cit., p. 530.

(22) Sobre o moderno classicismo, vide Schneider, H.J., Kriminologie, 1987, Walter de Gruyter, p. 364 e s.; García-Pablos, A., *Manual de Criminologia*, cit., p. 202 e s. A esta orientação recente pertencem entre outros: G.S. Becker (1968), I. Ehrlich (1973), A.P. Bartel (1979), W.M. Landes (1979), G. Tullock (1980), Ph. J. Cook (1980), Sh. E. R. Schinnar (1975) etc.

criminal: a vítima, a comunidade jurídica.[23] Do ponto de vista preventivo, porque simplifica ao máximo o processo "motivacional" do ser humano e a eficácia dissuasória do castigo, ao conceder uma relevância desmedida ao rigor nominal da pena e esquecer numerosas variáveis tanto ou mais significativas que este.[24] Por último, em termos axiológicos e político-criminais, porque ignora os elevados custos sociais da intervenção – sempre cirúrgica, traumática – penal, suas limitações estruturais [25] e as possibilidades de evitar o crime que a natureza "seletiva"[26] deste depara. A partir disto se deduz a necessidade de um modelo diferente de controle do delito. Um novo modelo que pondere, também, as exigências transcendentais da prevenção e instrumentalize adequados mecanismos de reparação. Que não confie o problema criminal exclusivamente à lei e ao sistema, exonerando à sociedade. Que procure sua solução sem rigores desmedidos, mais através de uma melhor sincronização do controle social formal e informal que do progressivo rendimento e efetividade do sistema legal.[27] Porque, como afirma Jeffery, mais leis, mais penas, mais juízes, mais policiais, mais prisões, significa maior número de reclusos nos cárceres, mas não necessariamente menos delitos.[28] Neste modelo "crítico" e "integrado" de controle do crime, a *função policial* cobraria novas dimensões e perfis. Portanto, apresenta-se perfeitamente inserida no conjunto de instâncias a que formam o controle social formal e desta forma é percebida pelo cidadão. Isto contribui, por um lado, para conjurar o risco de se converter em um "poder autônomo" sem controle, com as já conhecidas e degradantes síndromes que nesses casos experimentam seus membros,[29] e por ou-

(23) A causa disso, as concepções mais avançadas sugerem um Direito Penal que não olhe só ao passado e esgote as relações individuais entre autor e vítima, senão ao futuro, influenciando positivamente em ambos; não um "Tatvergeltungsstrafrecht", senão um "Tätereinwirkungsstrafrecht". Não um Direito Penal autônomo e suficiente, monopolizador da resposta do Estado ao crime, senão um Direito Penal inserido no Direito de planificação social, que arbitre os mecanismos de compensação de um doloroso acidente social: o delito. Cf. García-Pablos,. A., *Estudios penales*, cit., p. 136 e s. (seguindo um conhecido trabalho de Naucke, W.).

(24) Uma crítica contundente à simplista explanação do mecanismos dissuasório do castigo que realiza o modelo clássico, indicando sua maior complexidade real e a necessidade de ponderar outras variáveis. Alvira Martin, F. "El efecto disuador de la pena", em: *Estudios Penales y Criminológicos*, 1982/83, Santiago de Compostela, VII, p. 11 a 25.

(25) Não é possível lutar contra o crime unicamente à base de leis penais. Nem cabe obter progressiva e indefinidamente um mais eficaz rendimento do sistema legal em tais cometidos, porque pesa sobre este uma limitação estrutural. Sobre o problema, vide Kaser, G., *Introducción a la Criminología*, 7.ª ed., (traduzida por Rodrigues Devesa), Dykinson, p. 119; García-Pablos, A., *Manual de criminologia*, cit., p. 107.

(26) Sobre a "seletividade do crime" (este se concentra significativamente em torno a uma série de variáveis pessoais, especiais e temporais porque escolhe o momento, o lugar, a vítima... mais oportunos e as possibilidades preventivas que tal realidade depara, vide García-Pablos, A., *Manual de Criminología*, cit., p. 674.

(27) Assim, García-Pablos, A., *Manual de Criminologia*, cit., p. 107.

(28) Vide Schneider, H.J. Kriminologie, cit., p. 368 e s. Sobre o problema, vide Jeffery, CI.R., Crime Pevention Through Environmental Design, London, 1977, Sage; do mesmo: Punishment and deterrence; A Psychological statement (Biology and Crime), 1979, Sage; também de Jeffery: Criminal Behavior and the physical environment, em: *American Hehavior Scientist*, 20, 1976, p. 149 a 174.

(29) Quanto à síndrome do "trabalho sujo" e seu substrato ideológico desde um enfoque crítico e marxista, vide Lautmann, R. Politis-

tro, para sintonizar com as valorizações gerais e restantes mecanismos do controle social informal, obtendo assim o referendo e o apoio do cidadão que necessita para desenvolver positivamente seu papel. Este modelo de função policial é então mais autocrítico e relativista, mais realista. Autocrítico, porque assume – para corrigi-lo e contrapelá-lo – o defeituoso e discriminatório funcionamento de toda as instâncias do controle social formal.[30] E porque não apela – sem mais – à sua legitimidade intrínseca, senão que trata de a revalidar dia a dia através do eficaz cumprimento das funções que a lei lhe determina (legitimidade funcional), concedendo especial importância ao modo em que a comunidade percebe e valoriza sua atuação. Porém, é também mais realista e relativista. Não outorga, claro, uma influência tão decisiva à intervenção policial[31] – nem ao sistema legal – na dinâmica delituosa. Parte, pelo contrário, da premissa de a que um eventual crescimento da criminalidade não é conseqüência exclusiva da fragilidade ou fracasso do controle social formal, senão de outras razões primárias complexas: o crime não avança porque o sistema falha, senão que o sistema legal falha porque o crime avança.[32] E sugere uma seletiva atuação policial, preventiva e científica orientada a neutralizar fatores e grupos em risco. Não mais leis, mais penas, mais juízes, mais policiais, senão uma distribuição mais racional e eficaz dos sempre escassos recursos desta, a que incida nas variáveis pessoais,[33] espaciais (espaço físico, áreas da grande cidade etc.), funcionais (dotações, serviços e infra-estrutura desta) e ambientais, do delito; que resista à falta de defesa da vítima e favoreça atitudes e respostas solidárias de eventuais espectadores daquele. Em realidade, trata-se de antecipar a ação preventiva a fases e momentos prévios na origem do fato criminal, partindo da já conhecida distinção: prevenção primária, secundária e terciária.[34]

5. Delito e medo ao delito

O medo ao delito – e a sutil problemática que este provoca (suas causas, origem e variáveis, impacto negativo no corpo social, *programas* de prevenção etc.) – preocupa, com toda razão, à moderna criminologia empírica, como demonstra a recente produção científica e em particular, o valioso aporte de Berenguer Mediavilla.[35] Existem, como se sabe, dois tipos

che Herrschaft und polizeilicher Zwang, em: Johannes Feest Rüdiger latumann, edits.: Die Polizei, Opladen, 1971, p. 11 a 30; Brusten, M., Polizeisoziologie und gesellschaftliche Praxis. Arbeits Kreis JungerKriminologen: Die Polizei. Neuwied Darmstadt, 1975, p. 13 a 39; Jiménez Burillo, *F., Psicología social y sistema penal*, cit., p. 91 e s.; Cf. Schneider, H.J., Kriminologie, cit., p. 58 e s.

(30) O funcionamento seletivo e discriminatório de todas as instâncias do controle social é um dos axiomas do *labeling approach*. Cf. García-Pablos, A., *Manual de Criminologia*, cit., p. 581 e s.

(31) Assim, por exemplo, E. Terrence Jones: Ecvaluating Everyday Policies: Police Activity and Crime Incidence, 1973, em: Lee R. McPheters/William B. Stronge edtis., The Economics of Crime and law Enforcement. Springlflield. Illinois, 1976, p. 347 a 359. Cf. Shneider, H.J., Kriminologie, cit., p. 368.

(32) Cf. Schneider H.J. *Kriminologie*, cit., p. 368 e 369.

(33) Dentre as variáveis "pessoais" deve-se incluir o grupo de infratores e os grupos e subgrupos de vítimas potenciais.

(34) Com respeito à distinção, vide Kaiser, G., *Criminología*, cit., p. 125 e s.: Clemente Díaz, M., La orientación comunitária en el estudio de la delincuencia, em: *Psicología social y sistema penal*, cit. (por Jiménez Burillo. F., Clemente Díaz, M. e outros), p. 384 e s.

(35) Miedo al delito: origen y prevención. Tese de doutorado apresentada em Valência por

de medo ao delito: o medo de um mal real, concreto, e o medo difuso, sem fundamento.[36] Aparentemente, a população costuma experimentar mais um temor abstrato ao crime, que um medo motivado como resposta a uma ameaça efetiva.[37] Na realidade, o medo ao delito, justificado ou não, produz efeitos muito negativos na comunidade. Um temor intenso a padecer os efeitos do crime torna neurótica à sociedade, criando estados de psicose coletiva. Altera substancialmente os estilos de vida. Cria comportamentos não solidários e em outros casos inexplicavelmente, com outras vítimas do delito ou pessoas indigentes. Desencadeia mecanismos de autoproteção, de autodefesa, com os inevitáveis excessos de toda resposta passional que expressa-se à margem das instituições. Cria estereótipos de delito e delinqüente imediatamente incentivados por aquelas manifestações da criminalidade (*v.g. Cuello Blanco*) que não encaixam naquelas imagens parciais e interessadas. Em épocas de crise e instabilidade, a manipulação do medo ao delito utiliza-se como poderoso instrumento de coesão social: desvia a atenção de temas prioritários para objetivo pré-selecionados e projeta sobre certas minorias o componente irracional do medo. Em todo caso, o medo provoca mais medo e este maior rigor, incentivando a espiral de violência e o sabido "círculo vicioso".

À *polícia* cabe, como destaca de forma acertada e autorizada (o papel de,[38] não apenas contrapelar o delito, senão também o medo ao delito. Mas este último requer estratégias coordenadas complexas. Não é em vão que costuma se sugerir a presença real da polícia, para inspirar segurança e confiança ao cidadão e – se for necessário – inclusive uma presença simbólica, fictícia[39] daquela.

6. Análise científica da função policial: sua origem e etapas da mesma

O estudo científico da função policial é um fato relativamente recente, produto de um lento processo iniciado nos Estados Unidos durante os anos cinqüenta, que finaliza uma longa etapa de secretismo e isolamento.[40] Mesmo que nos encontramos ainda nas primeiras fases[41] do per-

Rafael Berenguer Mediavilla, sob orientação de Garrido Genovés, C., e Montoro Gonzáles, L. (1989), Faculdade de Psicologia.

(36) Vide Shneider, H.J., Kriminologie, cit., p. 767 e s.

(37) Kerner H.J., Fear of Crime and Attitudes Towards Crime, em: *Annales Internationales de Criminologie*, 17 (1978), p. 83 a 99. Cfr. Schneider, H.J., *Kriminologie*, cit., p. 768.

Prova de que o medo ao delito nem sempre tem um substrato real é o resultado que mostram as pesquisas de vítimas. A partir destas pesquisas é possível deduzir, por exemplo, que aqueles que mais temem o delito são, de fato, os menos vitimados. Que os delitos que mais medo desencadeiam são os que menos se produzem. E que nem sempre as pessoas (os jovens) que mais temor inspiram, são aqueles que cometem mais e mais graves delitos. Cfr. García-Pablos, A., *Manual de Criminología*, cit., p. 97 e s.

(38) Prof. Jesús. La Policía y su colaboración con los grupos socioculturales. Palestra apresentada no "XII Curso de Alta Especalización para Fuerzas de Policía", 1989.

(39) Cfr., Schneider, H.J., *Kriminologie*, cit., p. 772.

(40) Vide Rico, J.M., Policía y sociedad democrática, Madri, 1983 (alianza Editorial), p. 9 e s., Dado que, como observa Jiménez Burillo, F., dito processo responde a outras chaves na Europa (onde são pouco comun) os estudos científicos sobre a Polícia) e a maior parte dos dados obtidos provém da realidade norte-americana, é conveniente uma atitude de cautela e reserva que evite fáceis extrapolações (Cf. Jiménez Burillo, F., *Psicología social y sistema penal*, cit., p. 91 e s., especialmente, 93, nota 3).

(41) Segundo Cochram, R., Comunity officers, London, Home Office Research and Planning Unit., 1984. Cf. Clemente Díaz,

corrido, a transformação qualitativa e mudança de valorizações que representa, são indiscutíveis. Matérias que em outros tempos apenas interessavam à denominada "Ciência Policial", hoje passaram a formar parte do objeto da Criminologia empírica e interdisciplinar, dando lugar a uma literatura científica cada vez mais cuidadosa.[42] Três questões merecem uma reflexão especial: qual o motivo do crescente interesse pela análise científica da função policial (a); em que âmbitos se manifesta e que metodologia utiliza (b); e quais são as fases ou etapas desta análise, o perfil e funções designadas à polícia nos respectivos momentos (c).

a) O progressivo interesse científico pela polícia motiva-se, na minha opinião, em uma pluralidade de fatores. Em primeiro lugar, no novo papel atribuído à polícia – e assumido por ela – na moderna sociedade industrial, muito mais complexo, diversificado e rico em funções. Tradicionalmente designavam-se ao policial certos objetivos e papéis concretos: manutenção da ordem pública, dissuasão do infrator potencial e detenção provisória do violador da lei.[43] Hoje a polícia vê aumentadas suas responsabilidades, inclusive em áreas que nada tem a ver com o castigo ou prevenção do delito. Por outra parte, a própria natureza de tais funções faz de seus agentes os mais expostos, mais significativos, de todo o sistema legal;[44] os verdadeiros símbolos da lei e da ordem. O contato diário com o público desde uma posição estratégica, reforçada pelo exercício de certos poderes discricionários (uso de armas, possibilidade de deter infratores etc.), demonstra que a polícia está sempre "na vitrina", no alvo dos cidadãos e dos meios de comunicação. A esta maior abertura à comunidade e redefinição do papel da polícia acrescenta-se a "chave de contato" do sistema legal sendo este seu "zelador" [45] ou "guardião"; dado este decisivo à luz das concepções científicas atuais, cada vez mais dinâmicas e interacionistas. Porque hoje deslocam-se os centros de interesse da análise teórica, da lei, do ordenamento concebido estaticamente como conjunto de normas, para o Direito "em ação" (*Law in action*), para o sistema como complexo dinâmico de estratégias, mecanismos e controles sociais, devido a uma guinada para o concreto e real que aprecia-se também na Criminologia.[46] Em conseqüência, o estudo da Polícia como instância do controle social recupera novas perspectivas.

Finalmente, um determinado modelo teórico (o *labeling approach*), tem contribuído também, ao crescente interesse dos estudos sobre a Polícia. Porque este enfoque favorece ao máximo o significado dos mecanismos do controle social e a análise crítica dos mesmos. Que a polícia não "detecta" senão "cria" criminalidade (natureza "definitória" do delito e função "constitutiva" do controle social formal).

M., Algnas cuestiones metodológicas y técnicas sobre la investigación psicosocial en el área legal (em: *Psicología social y sistema penal*, cit., p. 35).

(42) Vide, por exemplo: Jiménez Burillo, F., Aspectos psicosociológicos de la Policía (em: Psicología social y sistema penal, cit.), p. 91 a 103 e bibliografia que o autor recolhe: Clemente Díaz, M., Algunas cuestiones metodológicas y técnicas..., cit. (na mesma obra), p. 27 a 44 (e resenha bibliográfica do trabalho); Garrido Genovés, V., *Relaciones entre la sociedad y el sistema legal* (na obra citada), p. 45 a 60; Siegel, L.J., *Criminology*, cit. p. 438 a 475; Schneider, H.J., *Kriminologie*, cit., p. 55 a 66.

(43) Cf. Siegel, L.J., *Criminology*, cit, p. 403. No sentido do texto, Reiss, A., *Police and the Publick*, 1972, New Haven Conn.: Yale University Press.

(44) Assim, Siegel, L.J., *Criminology*, cit., p. 403.

(45) Assim, Siegel, L.J., *Criminology*, cit., p. 438.

(46) Cfr. García-Pablos, A., *Manual de Criminologia*, cit., p. 680.

Que atuação da polícia é seletiva e discriminatória, guiando-se mais por determinados variáveis sociais (*status*) que pelos méritos objetivos do infrator (fator de discriminação das instâncias do controle social). E que o relevante não é o estudo das causas do delito (paradigma etiológico), senão o dos mais seletivos e injustos processos de criminalização (paradigma de controle), são três teses do *labeling approach* que implicam uma revisão profunda de pontos de vistas tradicionais sobre a polícia.[47]

b) A função policial tem sido objeto de fortes polêmicas desde diversas instâncias e com toda sorte de conotações. Cabe falar de um debate "ideológico", que coloca o papel da polícia na sociedade industrial de nosso tempo. De um debate "econômico" e "jurídico" no que se refere à sua correta dependência dos poderes do Estado: sua dependência orgânica e funcional. De uma análise "sociológica", contemplando a polícia como organização burocrática, com características próprias (processo de socialização peculiar, exercício de poderes discricionários etc.) e inclusive psicossociológico (motivações, características de personalidade e habilidades de seus membros, percepção da sociedade e estereótipos" etc.[48] Não é o momento, nem corresponde agora dar conta de todos estes debates, mas sim delinear as premissas básicas de um eventual modelo de polícia que mereça amplo consenso, objetivo que será abordado no seguinte item – 7 – deste trabalho.

c) Por último e do ponto de vista histórico, é possível apreciar diversas etapas na evolução da polícia; etapas que, em certa medida, refletem muitos diferentes modelos ou funções policiais de acordo com as exigências, expectativas e concepções do momento.

Uma *primeira fase* salienta a idéia de profissionalismo – tomando sempre como parâmetro e indicador a instituição militar –; destaca a necessidade de dotar, equipar e treinar aos funcionários policiais; e de estruturar a própria polícia de acordo com as mudanças tecnológicas,[49] como garantia de eficácia e objetividade.

Uma *segunda etapa* da instituição policial e suas relações com a sociedade está marcada pelo *debate ideológico ou político* sobre a própria natureza e função da polícia. Preocupa o possível exercício abusivo de suas faculdades discricionárias prejudicando certas minorias, a corrupção, o controle que de fato exerça sobre os dissidentes políticos, sua insensibilidade para assumir a mudança social etc.[50] É então, uma etapa caracterizada pelas denúncias e críticas do "poder policial"; e pela reiterada exigência de um efetivo controle do mesmo. O sistemático desentendimento da polícia com os tribunais de justiça e com os meios de comunicação é um sintoma expressivo de um clima tenso, veemente, que lança toda sorte de estereótipos e reprovações ideológicas contra as "subculturas ocupacionais"[51] e demais agências "administradoras" da criminalidade.[52] O "paradigma do conflito" – diante do "consensual" que assume

(47) Vice García-Pablos, A., *Manual de Criminologia*, cit. p. 581 e s. Uma reelaboração do problema, desde um enfoque crítico, analisando a função policial e seu necessário controle democrático: Baratta; A., Il nuovo rito penale, em: *Difesa penale*, 1989, Bucalo, p. 246 e s.

(48) Vide Jiménez Burillo, F., Aspectos psicosociológicos de la Policía (em: *Psicología social y sistema penal*), cit., p. 91-92.

(49) Vide Siegel, L.J., *Criminology*, cit., p. 443 e s.

(50) Vide Siegel, L.J., *Criminology*, cit., p. 438.

(51) Vide Bittner, *The Functions of Police Modern Society*, New York, Aronson, p. 63 e s.

(52) Sobre a caracterização ideológica da polícia como instância "administradora" da criminalidade desde o denominado paradigma de "conflito", vide García-Pablo, A., *Manual de Criminologia*, cit., p. 663 e s. (especialmente, 636).

a etapa anterior – aporta, logicamente, todo o substrato ideológico à polêmica.[53]

Um *terceiro* momento da evolução examinada polariza todas as preocupações no que se refere à *efetividade e rendimento* da função policial: seus indicadores, critérios de avaliação, custos e implicações de todo tipo. O significado da *cifra negra* em função ao grau efetivo de imposição normativa e operatividade da ação policial; a relação entre intensidade policial (número de policiais por cem mil habitantes) e taxas de delitos; os limites internos ou estruturais do controle social formal que condicionam o rendimento das agências deste; ou a crítica científica do exercício por parte da polícia de determinadas faculdades discricionárias que lhe competem, são alguns dos temas submetidos a análise.[54]

Finalmente, existe uma *quarta* fase que responde a chaves *psicossociais*, caracterizada por uma progressiva aproximação e interação da polícia com a sociedade. Interessa saber como percebe e valoriza a sociedade – e seus diferentes grupos ou coletivos – a ação policial: qual é a imagem da polícia, as atitudes para com ela e como podem melhorar umas e outras. Se pretende, através disto, orientar o modelo policial às demandas da comunidade, treinar adequadamente e terminar seus agentes e transmitir à sociedade a imagem verdadeira de uma Polícia assentada nos valores comunitários e eficaz defensora dos interesses gerais.[55] Diversos trabalhos e projetos científicos inserem-se neste modelo de função policial. Durante a década dos anos setenta, as escalas de "atitudes" e "questionários" foram os instrumentos metodológicos escolhidos para avaliar as percepções e valorizações sociais. Posteriormente, tem-se optado pela observação direta.[56] Os programas ensaiados para melhorar as relações entre polícia e sociedade são inumeráveis.[57] Perseguem diversos objetivos, por exemplo:[58] facilitar uma melhor comunicação, mais fluida, entre a polícia e determinados grupos, coletivos, minorias; cooperar com outros agentes sociais comprometidos na solução de problemas comunitários; ensaiar e articular mecanismos comunitários de participação e controle da ação policial; enfatizar as prestações de serviços sociais da polícia de interesse da comunidade e acrescentar as habilidades de rela-

(53) Uma contraposição entre ambos modelos, em: Garrido Genovés, V., *Relaciones entre la sociedad y el sistema legal*, cit., p. 45 e 52.

(54) Com relação aos estudantes sincrônicos e de series temporais de Loftin e Mc.Dowall (The Police, crime and economic theory: an assessment, em: American Sociological Review, 47, p. 393 a 401); e de Sptizer e Scull (Privatization and capitalist development: the case of the private police, em: *Social Problems*, 1977, n. 25, p. 18 a 29), vide Jiménez Burillo, F., *Psicologia social y sistema penal*, cit., p. 92.

(55) Cf., Siegtel, L.J., *Criminology*, cit., p. 438; Jiménez Burillo, F., *Psicología social y sistema penal*, cit., p. 101 e s.

(56) Vide Clemente Díaz, M., Algunas cuestiones metodológicas... cit., p. 34 e s. E resenha que oferece o autor sobre algumas escalas de atitudes (Brodsky e Smitherman, Love, Boume) e projetos baseados na observação direta (Piliavin e briar, black etc. Ver também, Garrido Genovés, V. (Relación entre sociedad y sistema legal, cit., p. 53 e s)., que cita, entre outros, os estudos sobre atitudes de: Albrecht e Green, Scaglion e Condon, etc. Id. Jiménez Burillo, F. (Aspectos psicosociológicos de la Policía, cit., p. 100 e s.) e bibliografia proporcionada pelo autor.

(57) Cfr. Jiménez Burillo, F., *Aspectos psicosociológicos de la Policía*, cit., p. 102; Garrido Genovés, V., Relación entre la sociedad y sistema legal, cit., p. 54 e s.; Clemente Díaz, M., *Algunas cuestiones metodológicas*, cit., p. 35; Siegel, L.J., *Criminology*, cit., p. 438; Prol. Jesús, *La policía y su colaboración con los grupos socioculturales*, Tese, cit.

(58) Cf., Garrido Genovés, V., *Relación entre sociedad y el sistema legal*, cit., p. 54 e resenha do autor.

ção dos funcionários de polícia; recrutar para a polícia membros de minorias e aumentar a presença feminina em seus quadros; evitar a falta de comunicação e desconhecimento mútuo – polícia e sociedade que gera perigosos estereótipos e priva à polícia de um apoio comunitário imprescindível.[59]

Na Espanha, o debate sobre a função policial tem conhecido também os quatro momentos descritos, ainda que, logicamente, as chaves e cronologia do processo tem sua própria fisionomia. Na minha opinião, tanto as reflexões teóricas como a preocupação manifestada por parte dos poderes públicos – e da mesma Administração policial – mostram evidentes similitudes com o enfoque psicossocial analisado em último lugar (se bem que este não deve ser considerado excludente nem incompatível com demandas de profissionalismo, equipamento, controle, efetividade etc.).

7. Polícia, delito e comunidade

Três idéias que acredito possam contribuir à imagem de um modelo de função policial válido para um Estado "social" de Direito: serviço aos interesses gerais, efetividade e comunicação com a comunidade.

a) Polícia a serviço dos interesses gerais

A legitimação última da função policial em um Estado social de Direito não pode ser outra a que a defesa dos interesses comunitários. A polícia que não é um "poder autônomo" sem controle, nem uma "subcultura" ocupacional, nem uma das instâncias "administradoras da criminalidade ao serviço dos poderosos". Os "valores" e "interesses" da sociedade, da sociedade plural e democrática: é com isto que se identifica sem nenhum equívoco e é a eles que serve. A sociedade também deve levá-los em conta e a todos corresponde a responsabilidade de neutralizar velhos estereótipos e síndromes degradantes.

Duas teses significam, de uma forma ou de outra, a negação deste ponto de partida obrigatório; a concepção marxista do sistema legal e a teoria sociológica que caracteriza a polícia como "subcultura ocupacional".

Segundo a concepção *marxista*, a Justiça e o sistema legal não estão estruturados para "lutar" contra a criminalidade, senão para "administrá-la" de acordo com os interesses das classes poderosas. As instâncias do controle social (polícia, promotores de justiça, juízes etc.), sempre a serviço daqueles – das classes opressoras – recrutam sua clientela nas filas das classes trabalhadoras, seu canteiro natural, realizando o "trabalho sujo". Portanto, não são fiéis correias de transmissão de legítimos mandatos normativos, senão mecanismos que aplicam de forma seletiva e discriminatória ao caso concreto, decisões legais acordadas em função do interesse dos poderosos.[60]

Porém, a premissa ideológica não pode se compartir. Em uma sociedade plural e democrática, as leis devem expressar os anseios da comunidade, se ajustando aos interesses das maiorias. E, como conseqüência, as instâncias do controle social (polícia, juízes, promotores etc.) devem trasladar à realidade, fielmente e sem desvios substanciais, aquelas definições. Porque carecem de autonomia, e portanto, não tem outros valores e interesses que os da maioria. Assim sendo, a experiência empírica demonstra que o discurso jurídico-político transcrito legitima as instâncias do controle social, mas não necessariamente o concreto funcionamento das

(59) Vide Jiménez Burillo, F., *Aspectos psicosociológicos de la Policía*, cit., p. 101 e s.

(60) Sobre o problema, vide García-Pablos, A., *Manual de Criminología*, cit., p. 634 e s.

mesmas, freqüentemente discriminatório, irregular. Nada será solucionado ocultando ou justificando esta evidência. Há de ser assumida com realismo, denunciá-la criticamente e estabelecer os oportunos mecanismos de controle que neutralizem ou corrijam estas significativas fraturas.

Nem menos demolidora e perniciosa para a legitimação da Polícia é sua caracterização como "subcultura" ocupacional,[61] já que atribui àquela um marco de autonomia que isola e afasta a polícia da sociedade, fazendo-a sucumbir à tentação endogâmica.

De fato, para um setor doutrinal [62] a polícia responde às características sociológicas de toda subcultura (ocupacional): é uma organização burocrática – diz-se – com singularidades muito específicas, peculiares mecanismos de socialização, faculdades discricionárias, características e habilidades próprias de seus membros, isolamento e hermetismo,[63] atitude de suspicácia com respeito ao público e resistência a mudanças.[64] Seus indivíduos, devidamente selecionados e socializados, responderiam a perfis muito definidos,[65] motivações etc.,[66] confirmando desta forma conhecidos estereótipos.

Também não se deve admitir a imagem da polícia a serviço de si mesma e de seus próprios interesses, isolada da sociedade, dos valores e demandas desta, afastada inclusive das outras instâncias de controle social, autônoma, hermética, fiel reflexo do espírito e hábitos corporativistas,[67] renitente a todo tipo de controle extremo e que exerce, de uma forma desvirtuada, importantes poderes discricionários. Nem deve se admitir, nem responde à realidade. Os estudos empíricos que servem de suporte às teorias subculturais – fiel reflexo da realidade norte-americana, mas não transferíveis – contradizem em todo caso, a suposta estrutura monolítica e uniforme própria de toda subcultura, ao comprovar a existência de uma pluralidade de grupos e subgrupos no âmbito da organização policial, enfrentados entre si.[68]. Mas, tam-

(61) Cf. Siegel, L.J., *Criminology*, cit., p. 459 e s.

(62) Vide em: Jiménez Burillo, F., *Aspectos psicosociológicos de la Policía*, cit., p. 92 e s., nota 2;Schneider, H.J., *Kriminologie*, cit., p. 56 e s.

(63) Acentuando o isolamento e hermetismo da subcultura policial, Bittner, *The function of Police in Modern Society*, cit., p. 63 e s.

(64) Cf., Siegel, L.J., *Criminology*, cit., p. 403.

(65) Sobre os "rasgos de personalidade" existe uma abundante literatura mencionada por, entre outros, Siegel, L.J., *Criminology*, cit., p. 459 e s.; Lundman, R., (Police and Policing, New York, 1980, Holt, Rinehart and Winston); Skolnick, J. (Justice without Trial, 1960, New York, Wiley), Westly, W. (cit. por: Niederhoffer, A.,. em: *Behind the Shiel the Police in Urban Society*, 1967, Garden City, N.Y. Doudleday, p. 65; Rockearch, M., Miller, M. e Snyder, J., The Value Gabetweenb Police and Policed, em: *Journal of Social Issues* (1971), p. 155 a 171; Teevan, J. Dolnick, B., em: *The Values of the Police.* A reconsideration and interpretation (*Journal of Police Science and Administration*, 1, 1973,p. 36 e s.); Maanen, J.V., Observations on the Making of Policement (em: *Order under Law*, Prospect Heights, III: Waveland Press, p. 59 e s.); Kirkham, G., A professor's Street lessons (em *Order under law*, cit., p. 81 e s.); Bittner, E., The Functions of Police in Modern Society cit., p. 63 e s.; Niederhoffer, A., *Behind the Shield: The Police in Urban Society;* (Garden City, N.Y., 1967, Doubeday, p. 63 e s.); Jiménez Burillo, F., *Aspectos psicosociológicos de la Policía*, cit., p. 94 a 96 e referência bibliográfica citada.

(66) Vide Jiménez Burillo, F., Aspectos psicosociológicos de la Policía, cit., p. 94 a 96 e referência bibliográfica citada.

(67) A "solidariedade" policial, "espírito de corpo", etc., é um dos dados mais característicos da organização policial em função daqueles que qualificam esta como "subcultura". Por todos: Bittner, E., *The Functions of the Police*, cit., p. 63.

(68) Neste sentido, Jiménez Burillo, F., Aspectos psicosociológicos de la Policía, cit., p. 100.

bém, a imagem que a sociedade tem da polícia e a forma em que percebe a função que ela desempenha [69] e a imagem que a polícia tem de si mesma,[70] distam muito de determinados estereótipos [71] e por conseguinte, do que se entende por subcultura. Na realidade, não cabe falar de "subcultura", senão de uma instituição na qual coincidem dois pontos em destaque: que exerce uma posição de supremacia, de autoridade, por causa do papel que ostenta; e que está submetida a uma persistente exigência social de efetividade e rendimento. O isolamento, a falta de comunicação e a solidão social da polícia, não apenas dificultam seriamente o cumprimento eficaz de sua função, senão que acrescentam doses elevadas de angústia, ansiedade e *stress* à realidade pessoal e familiar de seus membros.[72] Razão pela qual, em determinados conflitos e situações, dito isolamento da polícia não é mais que um objetivo estratégico, no marco da guerra psicológica.

b) Efetividade policial

A função policial deve ser contemplada não só da perspectiva de sua legitimidade, como também de sua efetividade ou rendimento. Por conseguinte, o teórico enfrenta-se a problemas de difícil solução. Uma primeira dificuldade, conceitual e de grande carga ideológica, consiste na delimitação da própria idéia de "efetividade": de seus pressupostos, limites etc. Uma segunda dificuldade, é de tipo técnico: determinar seus indicadores, métodos de avaliação, para diagnosticar posteriormente, com tais instrumentos o grau de efetividade de um sistema concreto.

Se a noção de efetividade entende-se em relação com o delito (prevenção e castigo) – e em seu sentido "real", não "simbólico" – não é possível exigir então, nem do sistema legal, nem da Polícia um êxito absoluto;[73] nem cabe esperar por ele. Porque a meta última político-criminal não é "extirpar" por completo a delinqüência, a qualquer preço, senão controlá-la razoavelmente.[74] E porque, logicamente, o sistema legal conta com umas limitações estruturais, intrínsecas, que circunscrevem sua virtualidade e capacidade de resposta;[75] também não é viável um controle eficaz do delito só através da ação policial ou do sistema legal.

Não apenas isso: precisamente por causa dos citados condicionamentos internos

(69) Sobre o problema, de forma documentada, Jiménez Burillo, F. Aspectos psicosociológicos de la Policía, cit., p. 100 e s. Também: Garrido Genovés, V., op. cit., p. 53 e s.

(70) Vide Jiménez Burillo, F., Aspectos psicosociológicos de la Policía, cit., p. 101, nota 15.

(71) Alguns estereótipos são claramente injustos. Assim, a imagem da polícia que divulga Reiss, A.J., (Police brutality: answer to key questions, em: Crime, criminology and contemporary society, 1970. Dorsey Press, R.D., Knudtne edti., p. 225 a 238): "... criticada pela imprensa, odiada pelas classes sociais baixas, respeitosa com as classes altas, obstinada pelos tribunais, mal paga pelos políticos, defensiva, negativista, desconfiada..." Cf., Jiménez Burillo, F., *Aspectos psicosociológicos de la Policía*, cit., p. 100.

(72) Vide Siegel, L.J., *Criminology*, cit., p. 449.

(73) Assim, Jeffery, C.R., Crime prevention thourgh environmental design, 1977, Beverly Hills. Sage Public, (Cf. Jiménez Burillo, F., *Aspectos psicosociológicos de la Policía*, cit., p. 102 nota 17). "Não deve-se esperar muito da Polícia na prevenção do delito". Assim sendo se interpretar a efetividade em um sentido simbólico, certamente a presença e atuação policial – inclusive a fictícia – favorece de fato o sentimento de segurança pessoal" (assim: Hough e Heal, Police strategies of the crime control, em: *Developments in the Study of the criminal behavior*, 1982, v. I, John Wiley, M.P. Feldamn, edits., p. 27 a 50.

(74) Neste sentido, García-Pablos, A., *Manual de Criminologia*, cit., p. 674 e s.

(75) Assim, Kaiser, G., seguindo a Popitz e Brauneck, *Introducción a la Criminología*, cit., p. 119.

e funcionais do sistema, carece de sentido a pretensão ingênua de melhorar de forma sucessiva e indefinida os resultados da "cruzada contra o delito incrementando de forma progressiva e sem limites o rendimento do sistema. Nem sempre poderá se "apertar o cerco" – *"dar una vuelta más al tornillo"*.

Enquanto à escolha de indicadores e técnicas de avaliação da efetividade acrescentam-se outras dificuldades adicionais tanto no âmbito estritamente "metodológico" como no "interpretativo", de forma que falta um elementar consenso em torno de questões fundamentais. Parece se admitir hoje na doutrina, por exemplo, que o incremento da criminalidade (registrada) não deve se interpretar necessariamente como expressão do correlativo fracasso do controle social.[76] Porém, continuam existindo opiniões controvertidas sobre problemas como a entidade e significado da "cifra negra", ou a relação existente entre intensidade da intervenção policial e a taxa de delinqüência;[77] problemas fundamentais.

Mas qualquer elucubração teórica ou acadêmica sobre a eficácia do sistema legal e seus agentes, choca frontalmente com a "espantosa caricatura" deste que subministra a realidade cotidiana.[78] Fracasso quantitativo e qualificativo que o cidadão percebe e responde "ironicamente",[79] retirando-lhes sua confiança e colaboração.[80] Porque apenas uma porcentagem simbólica, mínima, dos delitos que se cometem caem, de fato, nas rédeas da Justiça; e esta, desafortunadamente, descarrega sistematicamente suas iras sobre os de sempre. Mencionar a efetividade do controle social e de suas instâncias, é se referir à efetividade relativa e simbólica, ou melhor; de graus de ineficácia, se é que a polêmica não percorre um plano puramente acadêmico.

c) Polícia e comunidade

A "imagem" da polícia.

Legitimidade, profissionalismo e efetividade são aspectos fundamentais da função policial, mas não suficientes.

A sociedade tem que perceber e valorizar de forma positiva sua Polícia com as atitudes do cidadão, renovando assim a confiança e referendo que a polícia necessita. Em outro caso, polícia e sociedade se distanciarão, com as negativas conseqüências que o isolamento e a falta de comuni-

(76) Sobre o problema, vide Kaiser, G., *Criminología.* Una introdución a sus fundamentos científicos. Madri, 1978 (Espasa Calpe), p. 89.

(77) Um exemplo das controvérsias interpretativas, é a tese que sustentam Loftin e Mc.Dowall (The Police, crime and economic theory: an assessment, cit., 1982, p. 393 e s.) de forma correlacionada – para eles, "causalidade" entre "intensidade policial" e "taxa de delinqüência". Para os autores citados um aumento de intensidade policial determina um correlativo incremento da taxa de delitos; e um aumento da taxa de criminalidade, por sua vez, acarretaria uma diminuição proporcional da intensidade policial. Cf. Jiménez Burillo, F., *Aspectos psicosociológicos de la Policía*, cit., p. 92.

(78) De "espantosa caricatura" o qualifica Schembri, A.J., The victim and the criminal justice system, em: *Victims and Society*, Washington (D.C.), Visage Press, E.C. Viano, ed., 1976, p. 349 e s.

(79) Utilizo termo "ironia" em seu sentido simbólico. Vide sobre o tema: Matza, D., *El proceso de desviación*, cit., p. 28 e s.; Baratta, A., *La vida y el laboratorio del Derecho.* Referente à imputação de responsabilidade no processo penal, Doxa, 5 (1988), apartado 4 ("La Escuela de ironía: historia, ciencia social y sabiduría popular").

(80) Sobre o tema, vide García-Pablos, A., Hacia una redefinición de papel de la víctima en la Criminología y en el sistema legal. Em: *Estudios penales en homenaje a A. Fernández Albor.* Santiago de Compostela, 1989, p. 327.

cação comportam: autonomia e descontrole da polícia, síndrome de solidão, atitudes de receio desta última e desconfiança recíprocas, consolidação de perigosos estereótipos e não uma colaboração do cidadão com o sistema e suas instâncias... É imprescindível, portanto, que a polícia saiba transmitir ao cidadão sua imagem de serviço à comunidade, de instituição plenamente integrada no sistema legal da sociedade à que pertence, comprometida e identificada com a tutela dos interesses gerais. Porque uma valorização atenta dos estudos científicos realizados até hoje parece revelar dois dados muito significativos: que a sociedade não concebe a polícia como grupo autônomo e isolado, senão como parte ou peça de uma engrenagem (legal), cujo funcionamento condiciona sua própria imagem e que a percepção da atividade e função policial por parte dos diversos grupos sociais depende mais do conteúdo e características de dita atividade (repressora, assistencial etc.), que do *status* sócio-econômico dos destinatários da mesma.[81] A este enfoque "comunicativo" respondem os diversos programas empreendidos em todos os países que nos rodeiam política e culturalmente para melhorar a "imagem" da Polícia e as "relações" desta com a sociedade. Entendendo bem de que não se trata de um simples problema de *marketing*, de "imagem", senão que é muito mais profundo: de redefinir o papel da Polícia em uma sociedade plural e democrática, incorporando a perspectiva psicossocial à análise científica dos pressupostos e condicionamento do exercício da função policial.

8. Conclusões

1. Do que foi exposto é possível deduzir que a função policial suscita basicamente três problemas. Em primeiro lugar um, *político-conceitual*: a definição ou imagem de seu conteúdo, do papel da polícia em uma sociedade plural e democrática. Em segundo lugar, uma questão *operativa*: como instruem atualizar dito modelo, selecionando, dotando e treinando aos candidatos adequados para que cumpram as funções designadas. Por último, um aspecto *psicossocial, comunicativo*, de grande transcendência: estabelecer mecanismos que possibilitem uma relação fluida e positiva entre a polícia e a sociedade e gerar atitudes favoráveis, clima de recíproca confiança e compreensão, colaboração mútua, melhor sincronização etc., ponderando com sensibilidade a forma em que os diversos grupos e subgrupos sociais percebem e valorizam a atuação policial.

2. Quanto ao *modelo* de polícia que consiga obter maior consenso no marco jurídico-político traçado (estado "social de direito), sejam suficientes algumas pautas. Há que partir da caracterização do crime como problema "social", com todas suas implicações: aceitando que nem a polícia deve se ocupar apenas do crime, nem o contrário: que o crime interesse unicamente à polícia. Há que assumir, sem reservas, a necessidade de respostas sociais ao delito, dirigidas não só a sua repressão, senão também ao reparo dos prejuízos derivados do mesmo e sobretudo, a sua prevenção; inserindo a função policial em uma ação previdente coordenada, científica, atenta à seletividade do fenômeno delituoso e orientada à obtenção de um controle razoável e eficaz do crime com o menor custo social.

3. A função policial tem suscitado fortes debates. Em uma primeira etapa, preocupava sua profissionalização e equipamento. Posteriormente, a denúncia e crítica política (ideológica) da corrupção e abusos do "poder policial", para reclamar o controle democrático do mesmo. Nos últimos cinco anos, sua efetividade, seu rendimento; assim como o estabele-

(81) Neste sentido, Garrido Genovés, V., Relación entre la sociedad y el sistema legal (em: *Psicología social y sistema penal*, cit.,) p. 55.

cimento de uma relação fluida e positiva entre a polícia e a sociedade que provoque na cidadania atitudes mais favoráveis com ela. Este enfoque "comunicativo" cobra progressiva importância e deve ser levado em conta no momento de selecionar e treinar seus membros. A polícia não é apenas – e deve ser – uma instância mais do controle social formal, perfeitamente integrada nele e identificada com os valores e interesses da comunidade, senão que o cidadão deve percebê-la assim, valorizando positivamente seu funcionamento. Em vão procurará cumprir seu objetivo, se a comunidade – com motivos ou sem eles – vê na polícia um poder autônomo e sem controle, alheio e distante das exigências sociais. A falta de comunicação produz isolamento, solidão, incompreensão e rejeição.

7 – SOCIOLOGIA JURÍDICA

PODER JUDICIÁRIO, POLÍTICA E SOCIEDADE EM SÃO PAULO NA PRIMEIRA REPÚBLICA [1]

ANDREI KOERNER [2]

Em seu livro *Coronelismo, Enxada e Voto*, sobre o município e o regime representativo no Brasil, Victor Nunes Leal dedica um capítulo à análise da organização policial e judiciária no sistema de compromissos do coronelismo. Este compromisso era o resultado da superposição de formas do regime representativo a uma estrutura social inadequada. Não se tratava de uma sobrevivência do poder privado dos potentados rurais, mas antes de uma adaptação deste poder em decadência às novas condições criadas com o fim do regime servil e com a ampliação do regime representativo na República (p. 19-20). Se a base do coronelismo era a estrutura agrária do país, onde o latifúndio, a pobreza e o isolamento deixavam a grande maioria da população à mercê dos proprietários rurais, o seu funcionamento se dava sobretudo no nível do sistema político. Neste nível, esta forma de poder decadente encontrava meios de prolongar sua existência, pela troca de serviços com a situação dominante estadual. A primeira República foi a idade de ouro do coronelismo, pois, com a adoção do regime federativo e a ampliação de base eleitoral, foram montadas "sólidas máquinas eleitorais", que no entanto tinham necessidade de encontrar apoio político dos municípios. Deste modo, os chefes locais conduziam seus dependentes a votar nos candidatos governistas em troca da concessão pelo governo do estado de autonomia total na gestão municipal (p. 252-254). A "essência" do compromisso coronelista consistia então no seguinte: "da parte dos chefes locais, incondicional apoio aos candidatos do oficialismo nas eleições estaduais e federais; da parte da situação estadual, carta-branca ao chefe local governista (de preferência da facção local majoritária) em todos os assuntos relativos aos município, inclusive na nomeação de funcionários estaduais do lugar" (p. 50).

A organização policial e judiciária dos Estados podia ser compreendida como parte deste esquema. A polícia servia como um eficaz instrumento político-eleitoral, posto pela situação dominante no Estado à disposição dos chefes políticos dos municípios. Quanto à magistratura, Victor Nunes apontou que a distribuição das competências entre juízes temporários e vitalícios se dava de modo que os chefes locais fossem favorecidos no julgamento de questões criminais, especialmente naquelas que se davam durante os conflitos eleitorais. As garantias funcionais dos juízes de direito tinham poucas condições de serem efetivas e, além disso, estas eram insuficientes para evitar que os juízes de

(1) Este artigo é uma versão modificada do capítulo 5 de nossa dissertação de mestrado *O Poder Judiciário na Constituição da República*, defendido em janeiro de 1993 junto ao Depto. de Ciência Política da FFLCH/USP.

(2) Doutorando no Depto. de Ciência Política da FFLCH/USP. Publicações: "O poder Judiciário Federal no Sistema Político da Primeira República", in *Revista USP*, n. 21, março-maio de 1994; e "Focault: Ontologia do Presente, Direito e Política", em *Escritos*, Revista do Depto. de Sociologia da FFLCH/SUP, v. 1, 1.º semestre de 1994.

direito agissem politicamente, em virtude dos favores oferecidos pelas situações estaduais. A sua conclusão era então que as "debilidades da organização judiciária e policial resultam do isolamento, da pobreza do país, da escassez de suas rendas públicas, da fragilidade e, em grande parte, do interesse menos escrupuloso das situações políticas estaduais. É sobretudo esse interesse que determina a entrosagem de juízes, promotores, serventuários de justiça e delgados no generalizado sistema de compromisso do "coronelismo". (Leal, 1975, 181-217, a citação é da p. 217).

O livro de Victor Nunes Leal foi publicado em 1949 e com o tempo tem recebido críticas, desenvolvimentos e nuances. Considera-se que, de um modo geral, a sua análise continua sendo um ponto de partida útil para o estudo do sistema político da Primeira República.[3] Porém, o quadro que ele esboçou sobre a organização judiciária estadual na Primeira República não recebeu até agora estudos mais detalhados. Estudos que levantariam dados históricos para confirmar a sua análise, refutá-la, ou ainda estabelecer distinções, relacionando em particular as diferenças no Poder Judiciário dos Estados à sua estrutura social e à sua história política.

Fazemos neste artigo parte deste trabalho, partindo de uma ampliação do âmbito de análise feita por Victor Nunes, isto é, não estudamos os efeitos político-eleitorais da forma de organização judiciária, mas o caráter estratégico da forma de organização judiciária na constituição do poder político dos Estados, e na mediação das relações sociais no interior da sociedade brasileira. Ou seja, procuramos analisar as características institucionais do Poder Judiciário Estadual na Primeira República de modo a colocá-las, inicialmente, como o resultado de estratégias políticas de construção institucional adotadas pelas elites políticas; em seguida, como uma forma particular de organização inserida numa estrutura de poder político; e, enfim, como um determinado tipo de mediação dos conflitos sociais e portanto de integração da sociedade. Estas três questões serão estudadas sucessivamente nas seções deste trabalho. O estudo do Poder Judiciário no Estado de São Paulo apresenta interesse por constituir uma espécie de "teste" da análise de Victor Nunes sobre a relação entre o compromisso coronelista e a modernização da sociedade. Como se sabe, a sociedade paulista passou por profundas alterações a partir da década de 1880: a expansão econômica criada pela cafeicultura teve conseqüências em muitos aspectos da vida social, como a rápida urbanização, a expansão do mercado interno, a extensão dos meios de transporte e de comunicação, a formação de uma classe trabalhadora rural e urbana etc. Poderemos ver que tipo de construção institucional foi adotada pelos setores dirigentes paulistas para fazer face a esta sociedade em transformação e quais foram os mecanismos institucionais adotados por estes setores para a construção e a manutenção da lealdade de seus juízes. Poderemos então apresentar conclusões a respeito da relação entre Poder Judiciário, política e sociedade em São Paulo na Primeira República e enfim fornecer algumas breves indicações para uma pesquisa posterior sobre a formação do discurso jurídico republicano no Brasil.

O nosso trabalho está distribuído do seguinte modo: analisamos por um lado a relação entre a forma de organização judiciária e o sistema de compromissos do coronelismo, que se desdobra no estudo do significado da adoção pelos Estados da forma da organização do Poder Judicial do Império (i); e na análise da relação entre a organização judiciária e a política em São Paulo (ii). Por outro lado, faremos a análise da distribuição de competências de juízes e policiais e seu

(3) Ver Carvalho, 1980, Enders, 1993. Em 1980, Victor Nunes reafirmou suas teses centrais (Leal, 1980).

modo de mediação nas relações sociais na sociedade paulista da primeira República (iii). O nosso argumento é que em São Paulo, como nos demais Estados, foi adotada a forma de organização judiciária do período Imperial porque esta forma de organização permitia o controle dos cargos de juízes pelas oligarquias estaduais, inserindo-os no sistema de compromissos do coronelismo. Foi adotada uma distribuição de competências que excluía o julgamento dos conflitos civis entre trabalhadores e proprietários pelos juízes profissionais. Pelo seu valor monetário, os julgamentos destas questões eram atribuídos aos juízes de paz, ligados às suas lealdades locais. No domínio criminal, a manutenção da forma de organização judiciária contrasta com a reorganização da polícia. A distribuição de competências não proporcionava formas eficazes de controle judicial sobre a polícia, que se valia livremente das prisões como forma de controlar a população pobre. Enfim, entre os próprios juízes profissionais predominava uma orientação eminentemente conservadora, o que se verifica pela interpretação restritiva de suas atribuições, adotada em decisões de *habeas-corpus*.

i) A Organização Judiciária nos Estados[4]

No Império, o controle dos cargos da magistratura era considerado estratégico para o exercício do poder político e para a vitória eleitoral. O governo central dispunha da livre nomeação, remoção, promoção, suspensão e aposentadoria de juízes; e de seu lado, os magistrados garantiam a vitória eleitoral do governo ao concorrer eles mesmos aos cargos eletivos, pelo controle que exerciam sobre o processo eleitoral e enfim pela intimidação dos opositores. Na atividade propriamente judicial, a insuficiência dos meios de ação postos pelo governo central à disposição dos magistrados, implicava que estes deveriam negociar e barganhar com os poderes locais para tornar sua ação eficaz. Daí resultava o amortecimento dos efeitos da ordem legal na sociedade e com isso uma grande parcela dos conflitos não eram resolvidos segundo a legislação civil. A jurisdição criminal atingia principalmente uma categoria de indivíduos: os homens livres e pobres. A Reforma Judiciária de 1871 foi uma estratégia particular às mudanças sociais postas pelo fim da escravidão, e também à necessidade pela profissionalização dos magistrados, posta pela expansão econômica do país. Ao separar parcialmente a magistratura da polícia, a Reforma de 1871 estabeleceu duas esferas de ação superpostas, mantendo a polícia o direito de ação autônoma e inexistindo formas sistemáticas de controle pelo Poder Judiciário da legalidade desta ação. A reforma criou também dois tipos de comarcas, gerais e especiais, com o que se garantia o julgamento das demandas por magistrados profissionais nos centros urbanos. Ao mesmo tempo, foram aplicados os poderes dos juízes de paz na resolução dos conflitos de pequeno valor monetário e no julgamento das infrações regulamentares e dos crimes policiais, o que era parte da estratégia de abolição gradual da escravidão, garantindo-se formas repressivas de controle da força de trabalho para a agricultura de exportação. Ou seja, estendia-se o campo de ação do direito civil para as relações privadas entre proprietários, enquanto vigorava o direito costumeiro (marcado pela troca de favores entre desiguais e o arbítrio dos proprietários) para as relações dos proprietários com os homens livres e pobres, bem como as relações com os escravos, fundadas na força. Finalmente a legislação estabeleceu gradualmente as incompatibilidades entre a magistratura e os cargos eletivos. A carreira da magistratura rece-

(4) Apresentamos nesta seção uma síntese do estudo que desenvolvemos em nossa dissertação de Mestrado.

bia uma maior estruturação (criação de entrâncias e de novos tribunais de Relação) e diferenciava-se em relação à polícia, à administração e ao governo. Assim, no final do período imperial havia no Brasil uma forma própria de organização do Poder Judiciário, que combinava magistrados profissionais vitalícios (Ministros, desembargadores, e juízes de direito), outros temporários (juízes municipais) e os demais eletivos (juízes de paz) ou sorteados (jurados). Aos magistrados profissionais cabia a resolução dos conflitos civis e comerciais de maior valor, enquanto a resolução dos conflitos de menor valor monetário, principalmente aqueles que ocorriam entre proprietários e homens pobres era mantida sob o controle local (ver Carvalho, 1980, Franco, 1974).

Na Constituinte Republicana, as discussões sobre a organização judiciária foram centradas na questão do controle do Poder Judiciário pelos Estados "versus" a defesa pelos magistrados de seus interesses corporativos. O projeto de Constituição Federal do Governo Provisório limitava o poder de organização do Poder Judiciário pelos Estados, proibindo a magistratura eletiva e condicionando a demissão dos magistrados à condenação por sentença judicial. Estas restrições foram criticadas na Constituinte por João Barbalho, deputado de Pernambuco, porque restringiam a autonomia dos Estados e eram incompatíveis "com as faculdades que eles tem de se constituir, ... usando para isto de poderes que possuem, de que não podem ser despojados e que em caso algum devem passar à União". Os Estados deviam, pois, ter a liberdade de regular-se conforme entendessem "mais conveniente às suas condições e circunstâncias, não podendo a União "seqüestrar aquilo que é da competência dos mesmos". Os representantes do Pará, liderados por Lauro Sodré, apresentaram na Constituinte uma emenda substitutiva que veio, afinal, a prevalecer na Constituição Federal (art. 63): "Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar, respeitados os princípios constitucionais da União". (Barbalho, 1924, 357; Roure, 1979)

Como se sabe, o Congresso Constituinte adotou uma Constituição com um regime político presidencial e federalista baseado no modelo americano. Porém, a "cópia" das instituições norte-americanas limitou-se ao nível federal, pois na organização judiciária dos Estados a influência destas foi nula. Nenhum Estado brasileiro adotou as formas caraterística da organização judiciária dos Estados norte-americanos. Em 31 Estados norte-americanos a magistratura era eleita; em outros 4, era nomeada pela legislatura e nos 8 restantes, era nomeada pelo governador, com a aprovação do Conselho, da Legislatura e nos 8 restantes, era nomeada pelo governador, com a aprovação do Conselho, da Legislatura ou de uma Câmara (Bryce, 1901, II, 129-32). Com a exceção do Rio Grande do Sul, que adotou uma Constituição de inspiração positivista, todos os Estados adotaram a forma de organização judiciária do regime imperial, o sistema de livre nomeação dos magistrados pelo governo.[5] Havia um

(5) A adoção da forma de organização não implicou a absorção dos quadros do antigo regime. Em 1891 e 1892 foram aposentados 29 desembargadores e 223 foram postos em disponibilidade. Continuaram exercendo suas funções no máximo 40 dos 91 desembargadores do antigo regime. Estes números indicam uma grande renovação da magistratura, principalmente se somarmos à aposentadoria de 51 desembargadores os 7 que, aproveitados para o STFA, logo pediriam a sua aposentadoria. Além disso, foram criados novos cargos na organização da República: cada Estado criou o próprio Tribunal de Justiça, além dos cargos de juiz seccional. Porém, os juízes de direito do antigo regime não foram muito aproveitados para esses cargos, pois dos 622 juízes de direito do Império, em 1895 resultavam em disponibilidade 239, sendo que 11 haviam sido aposentados em 1891 e em 1892.

Tribunal de Justiça na Capital do Estado, com jurisdição sobre todo o território estadual, e juízes de direito nas comarcas. Na grande maioria deles havia juízes temporários nos termos, nomeados pelo governo com funções de preparação de processos civis e criminais até a pronúncia inclusive e de julgamento das causas de menor valor, os quais eram denominados de juízes municipais, substitutos ou distritais. Em cada distrito havia também o tribunal do júri e o juiz de paz eleito.[6] (Nunes, 1922, 141-55; Mendonça, 1899, 282-3)

No Brasil, era consensual a rejeição à magistratura eletiva (o que não inclui os juízes de paz). As obrigações a este sistema eram muitas, desde o perigo para a estabilidade política representado pela fragmentação do poder político entre juízes locais eleitos até críticas à incompetência profissional, corrupção e facciosismo político dos juízes de paz. Os outros sistemas de nomeação adotados nos Estados Unidos eram rejeitados pelos mesmos motivos: não impediam a influência da "politicagem" na nomeação dos magistrados. Assim, a nomeação dos magistrados livremente pelo Presidente do Estado, tal como era feita pelo Imperador no antigo regime, era considerada, com ufanismo, "muito melhor" do que qualquer sistema norte-americano de nomeação de magistrados. Os críticos da livre nomeação de juízes pelo governo tornavam as objeções levantadas pelos liberais no período imperial a este sistema de nomeação. Estes pretendiam instituir o sistema de concursos e a nomeação dos magistrados pelos Tribunais superiores. Contra estas propostas era argumentado que, se o sistema de concursos era apto para verificar a "aptidão científica" do candidato, não possibilitava a verificação de sua "qualificação moral" para o cargo. Quanto à nomeação dos magistrados pelos membros do Tribunal de Justiça, a objeção era a possibilidade de ser o Estado submetido a uma "casta" de magistrados.[7] Assim, ao mesmo tempo que rejeitavam a eletividade da magistratura, os republicanos eram contrários à sua autoconstituição. A independência da magistratura era interpretada a partir da forma de representação da ordem política imperial, ou seja, como o predomínio de uma vontade soberana e não como o predomínio da lei originária, tal como na ordem político norte-americana. A auto-organização da magistratura, tornando-a uma última instância independente, significaria o seu domínio sobre os demais poderes do Estado. A relação da magistratura com o governo é assim representada de forma idêntica à do conservadorismo imperial. Toma-se como ponto de partida a identificação da vontade do governante com a soberania e este pressuposto é usado para justificar a recusa ao tema liberal do controle do poder e, por conseqüência, à rejeição das formas de organização judiciária propostas pelos liberais. Assim, a comissão que apresentou ao Presidente do Estado Rodrigues Alves em 1901 um plano de reforma judiciária para o Estado de São Paulo usou a *responsa-*

Esses números estão subrepresentados, porque não obtivemos dados sobre aposentadorias nos anos de 1890, 1893 e 1894. (cf. Relatórios do Ministro da Justiça ao Presidente da República da República dos anos mencionados).

(6) A organização judiciária do Estado de São Paulo apresentava algumas diferenças, como veremos na seção seguinte.

(7) Martins Francisco afirmava na Constituinte paulista de 1891 que tinha "menos medo do depotismo do executivo do que do despotismo do poder judiciário". Contra a proposta de dar ao tribunal o poder de nomear os seus próprios membros e os demais magistrados, ele afirmava: "a emenda coloca o poder judiciário como uma casta no meio dos outros de modo que não pode haver a harmonia dos poderes. E é doloroso que o Brasil, que acaba de ver-se livre de uma família se sujeite ao domínio de uma classe' (cit. por Coelho, 1992, 568).

bilidade do Presidente do Estado como o argumento decisivo contra a nomeação de juízes por eleição, pelo Legislativo ou pelo Tribunal do Estado: "E que meio haverá para evitar que o candidato, pondo em jogo o seu caráter mais ou menos dúctil, procure a proteção de quem pode nomeá-lo, seja este poder o Governo, ou seja o Congresso, por seus membros, ou sejam os eleitores? Antes uma nomeação dependente *somente* da responsabilidade real do Presidente do Estado, do que da problemática responsabilidade real do Presidente do Estado, do que da problemática responsabilidade dos outros órgãos da política e da administração; pelo menos, o candidato não terá muitas dependências e com isso a *localidade para onde ele tiver de ser nomeado* mais lucrará." (Almeida Jr., e outros, 1901, 114; sublinhado pelos autores)

A rejeição às propostas liberais de organização judiciária atingia ainda outros aspectos, como o dos critérios para a promoção de juízes. O princípio da antigüidade pura para as promoções fora proposto em diversas oportunidades durante o Império, como uma forma de evitar a dependência dos magistrados em relação ao governo. O argumento utilizado era o de que o magistrado não devia ter nada a esperar nem a temer do governo; só assim ele seria independente e assíduo de forma a ascender o mais rápido possível aos graus superiores da carreira. Este sistema de promoção foi proposto nos projetos de reforma judiciária de 1848, 1857, 1879 e 1882; foi defendido nos relatórios dos ministros da Justiça de 1855, 1869 e 1877; e em 1866 e 1871 por Nabuco de Araújo (Almeida Jr., e outros, 1901, 205). A este sistema era oposto o do merecimento, o qual era defendido como a única forma de incentivar os juízes ao trabalho e ao estudo.

Porém, apesar de aparentar a adoção de um critério "moderno" de mérito para as promoções, essa forma de nomeação permitia, no sistema de compromisso do coronelismo, que as vagas das comarcas superiores e dos tribunais fossem preenchidas a partir dos critérios de troca de favor entre magistrados e governantes. O controle do mecanismo de promoção pelo Governo do Estado era também um importante meio de dissuasão de eventuais conflitos entre os juízes e os poderes locais. Também podia ser utilizado na substituição do juiz de direito da Comarca, em caso de conflito do governo estadual com os poderes locais. Eram utilizadas ainda outras formas para afastar um juiz de uma determinada localidade, como a alteração dos limites da comarca, a mudança da sua sede, da divisão dos termos, a criação de novas varas etc. O juiz de direito poderia ainda se afastar da comarca durante um certo período (licenças etc.), de forma a ser substituído pelo juiz temporário ou pelo juiz de paz na tomada de alguma decisão de interesse local (leal, 1975, 201-4; Telarolli, 1977).

Em virtude da redação indeterminada do artigo da Constituição Federal referente à organização dos Estados citado acima, muitos Estados não reconheceram as garantias constitucionais federais aos magistrados estaduais. Quanto à inamovibilidade, eram feitas ressalvas, nas Constituições estaduais em que era reconhecida, como a remoção a bem do serviço público, quando a permanência do magistrado na comarca fosse considerada "perniciosa"[8] etc. Em muitos Estados, o processo de remoção podia ser iniciado a partir da representação de qualquer cidadão ou do Procurador-Geral da Justiça. A remoção era processada e julgada pelo Tribunal de Justiça ou pelo Senado, com aprovação do Presidente do Estado, ou era processada por um Tribunal de Remoções (MG) ou de conflitos (BA), compostos por representantes dos três poderes Estaduais. (Nequete, 1973, II, 28; Nunes,

[8] A expressão é da Constituição do Piauí, de 1892, art. 57, reproduzida por Nunes, 1922.

1922). O conjunto desses mecanismos garantia o controle dos cargos da magistratura pelos governos estaduais. A ocupação dos cargos era, por sua vez, feita pela política de compromissos do coronelismo, pelo qual, entre outros fatores, os poderes locas controlavam os cargos de nomeação estadual do município em troca do apoio político que davam ao governo do Estado. Caso houvesse atrito entre o governo local e o funcionário, este era removido (Leal, 1975, 44). Porém, em caso de atrito entre o governo do Estado e o coronel que mandava na localidade, o funcionário seria também trocado por outro, indicado por algum coronel rival.[9]

O Supremo Tribunal Federal reconhecia em geral aos magistrados estaduais as garantias dos juízes federais estabelecidas na Constituição Federal. Estas garantias eram a da vitaliciedade, ou a proibição da demissão sem sentença regular transitada em julgado, e a da irredutibilidade dos vencimentos. Porém, o STF interpretava restritivamente os seus poderes e, assim, reconhecia apenas o direito de que o magistrado, ou qualquer outro funcionário demitido, continuasse a receber os seus vencimentos; o STF considerava o ato da reintegração "meramente administrativo" e, portanto, determiná-lo seria uma invasão na esfera da competência do Executivo, federal ou estadual.[10] Assim, esta doutrina do STF permitia que fossem mantidos os efeitos práticos da demissão do magistrado ou funcionário considerado inconveniente pelo governo. A inamovibilidade, contudo, não era garantida pela Constituição Federal e o STF não reconhecia este princípio em favor dos magistrados estaduais.

Houve então grande continuidade na forma de organização do Poder Judiciário na passagem do Império à República, pois esta forma de organizar fornecia os mecanismos para que os grupos emergentes nos Estados criassem uma magistratura profissional sob o controle direto do governo estadual.[11] Esta continuidade se manifestou também nas formas processuais. Os Estados adotaram o Código de Processo Criminal, reformado pela lei de 03.12.1841, com o inquérito policial, o recurso *ex-officio* das decisões que concedessem *habeas corpus* etc. Foi também unificada a jurisdição civil e comercial, valendo para ambas o regulamento 737, de 1850. A elaboração dos novos códigos

(9) Ver o estudo de Rodolpho Telarolli (1977, 79-121) sobre os crimes de Araraquara de 1897.

(10) Foram muitas as decisões do STF neste sentido. Algumas delas encontram-se reproduzidas, em parte, Zavedo 1925, 139-137, ementas nos 339-358. Ver também a *Revista do Supremo Tribunal Federal* n. 3(1), 82; (7), 33; (16), 495; (20), 65; (21), 34, 51, 73, 246 e 281; (28), 221; (37), 137; (49), 76; (50), 105, 116 e 118; (51), 133 e 405; (57), 280 e 290; (58), 239; (62), 450, 500, 511 e 572; (68), 462; (69), 18 e 586.

(11) Foram muitas as críticas à organização do Poder Judiciário nos Estados. Ver por exemplo o discurso de Anfilófio de Carvalho na Câmara dos Deputados em 08.10.1897, publicado em *O Direito*, n. 75, 1898, p. 5-42; o relatório do Ministro da Justiça Amaro Cavalcanti (1897, 88-9); as teses do Congresso Jurídico Americano de 1900, promovido pelo Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil (publicadas em *O Direito*, n. 82, 1900, p. 321-43 e n. 85, 1901, p. 18-23). Rui Barbosa, que fora favorável em 1890-1 à dualidade de organização judiciária, defendia em 1910, na Campanha Civilista, o retorno à unidade (cef. Roure, 1979, II, 18). A Reforma Constitucional defendia em 1910, na Campanha Civilista, o retorno à unidade (cf. Roure, 1979, II, 18). A Reforma Constitucional de 1926 enumerou as garantias dos juízes estaduais entre os princípios constitucionais básicos, cujo desrespeito justificaria a intervenção federal (art. 6.º, II, i). Na Constituinte de 1933-4, apesar da forte corrente unitarista, composta pelos "tenentes" e representantes de Getúlio Vargas, prevaleceu a dualidade da organização judiciária.

processuais pelos Estados seria feita muito lentamente, sendo que em 1930, alguns deles ainda adotavam o regulamento 737, de 1850, para o processo civil (Costa, M., 1970).

ii) Poder Judiciário e Política no Estado de São Paulo

A dinâmica política do Estado de São Paulo apresenta algumas particularidades em relação aos outros Estados, com o que se diferencia do modelo proposto por Victor Nunes. Destas particularidades ressaltamos duas: o forte processo de construção institucional do Estado, impulsionado pelos dirigentes paulistas; e o controle da política estadual exercido pelo Partido Republicano Paulista. Com a República, o imposto de exportação passou a ser arrecadado pelos Estados, solução favorável a São Paulo, onde a arrecadação decuplicou em comparação com o nível provincial. Além disso, os Estados passaram a poder levantar empréstimos externos. Esta base financeira permitiu um verdadeiro *state building* em nível regional, com a ampliação da rede de saúde pública, educacional, diversos tipos de apoio à agricultura, aos transportes e, em particular, a organização da polícia militar do Estado (Kuglemas, 1986, 32-34). Quanto ao controle político do Partido Republicano Paulista, ele só perdeu o controle do governo estadual no interregno do governo de Américo Brasiliense, que apoiou o gole de Deodoro de 03.11.1891 e foi derrubado no mês seguinte pelas forças que apoiaram o contra-golpe do 23 de novembro. O PRP se manteve como o único partido relevante do Estado, até o final da Primeira República. Proclamada a República, o PRP obteve a adesão dos antigos liberais e conservadores à nova situação, reaglutinando as forças políticas do Estado. De um modo geral, o PRP conseguiu manter os conflitos entre as facções políticas no seu interior e, quando ocorreram cisões mais graves, o PRP assumiu uma política de reabsorver nos seus quadros os membros da facção derrotada. A Comissão Executiva do partido atuava como mediadora entre o Executivo e o poder local, e deste modo exercia um forte controle da atividade partidária, e também sobre as nomeações dos cargos estaduais. A unidade do PRP fortalecia a posição paulista, não só no nível federal, pela atuação conjunta de sua bancada, mas também no nível estadual, pois havia um maior controle do governo do Estado sobre os poderes locais (Csalecchi, 1987, 192-3). Porém, se a dinâmica social e econômica da cafeicultura e as estratégias política das elites dominantes do Estado características a diferenciam do modelo geral do coronelismo, as relações entre o governo estadual e os poderes locais não chegam a constituir um tipo diferente em relação àquele modelo (ver Telarolli, 1977). O mesmo pode ser afirmado quanto à forma de organização judiciária do Estado: ela não se diferencia daquela dos outros Estados, e com isso contrasta fortemente com o processo de construção institucional do Estado nas demais áreas.

A magistratura de São Paulo foi organizada pelo governo Américo Brasiliense, o qual foi derrubado pelas forças estaduais que apoiaram o contra-golpe de 23.11.1891. O novo presidente do Estado, Bernardino de Campos, cancelou todas as nomeações feitas para a magistratura do Estado e realizou outras.[12]

(12) Dos nove desembargadores nomeados pela primeira organização – que eram todos desembargadores do Tribunal da Relação do regime anterior – apenas dois mantiveram seus lugares. Os demais foram ocupados por 6 magistrados um deles com apenas 3 anos de experiência e outro recém-nomeado juiz de direito) e pelo Chefe de Polícia do Distrito Federal durante o golpe de Deodoro, Pedro Antonio de O. Ribeiro. Este não era natural de São Paulo e não havia ocupado cargos no Estado. Possivelmente a sua nomeação foi provavelmente uma retribuição à liberdade que os opositores

Pela Constituição paulista, os juízes podiam ser aposentados física ou mental ou pela idade. Havia também a remoção compulsória de magistrados pelo Presidente do Estado, com aprovação do Senado estadual, quando necessária ao serviço público. Além disso, a Lei 338, de 338, de 1895 (art. 4.º) deu ao governo o poder de suspender juízes. O controle político do Estado pelo Partido Republicano resultou numa maior estabilidade política dos magistrados paulistas, se comparada à dos outros Estados. Segundo Julio C. de Faria ocorreram apenas 5 remoções compulsórias no Estado até 1921 (Faria, 1942, 22), isto é, foram poucas, em comparação com Estados como Amazonas, Paraná, Rio de Janeiro, etc., em que à derrubada do governo estadual seguia-se a autorização do Congresso Estadual ao Presidente do Estado para reorganizar o Poder Judiciário, com o que vinham as aposentadorias forçadas, remoções compulsórias de juízes etc.

Funcionavam porém outros meios de inserção dos juízes no sistema de compromissos. Esta inserção se dava pelo controle político os seus meios de ação; além disso o sistema de remuneração e de promoções constituíam mecanismos positivos de produção da lealdade dos juízes. A ineficácia dos meios à sua disposição limitava as possibilidades de ação do magistrado. Se entrasse em conflito com a situação dominante local, o magistrado necessitava solicitar o apoio do Governador do Estado, pois os cargos de delegado e subdelegados da polícia também faziam parte do sistema de compromisso. Porém, nas maioria das vezes, o juiz "não podia contar com o apoio das autoridades centrais (do Estado de São Paulo), senão de forma vaga e imprecisa, expressa quase sempre por frases ocas, de estilo garrafal" (Faria, 1942, 26; Telarlli, 1977). Também não eram garantidas as condições materiais de funcionamento de muitas comarcas. A Lei 80, de 1982, que reorganizou o Poder Judiciário no Estado, extinguiu termos onde funcionavam os juízes de paz adjuntos, juízes temporários, semelhantes aos antigos juízes municipais. Todos os termos do Estado foram transformados em comarcas, passando de 66 a 95 o número destas. Porém, muitas comarcas do Estado não possuíam as instalações e o pessoal necessário ao funcionamento da justiça. (Faria, 1942, 11) Segundo a Comissão nomeada para elaborar um projeto de reforma judiciária, apresentado em 1901, em cerca de 20 comarcas do Estado, os juízes de direito não tinham "quase serviço algum". Havia também cerca de 50 ofícios de justiça do Estado vagos, "por não terem rendimento que provoque concorrentes" (Almeida Jr., e outros, 1901, 13).

Quanto à remuneração os salários atribuídos aos juízes eram considerados baixos (6.000$000 por ano, mais 2.400$00 adicionais para os juízes da Capital, Santos e Campinas) por Júlio Cezar de Faria, que os chamou de "ridículos". Os salários dos juízes de direito, sem os adicionais, eram os mesmos que os dos delegados de polícia; em 1899, estes passaram a receber oito contos e quatrocentos anuais; um escrivão da Penitenciária recebia cinco contos e quatrocentos quatrocentos anuais e um coronel da Polícia Militar, quase sete contos (Fernandes, 1974, 237-41). Os juízes de direito dependiam das custas percebidas nos pro-

de Deodoro tiveram para articular a sua derrubada no Distrito Federal. Segundo Dunsehe de Abranches "conspirava-se abertamente em todos os cantos e recantos da cidade. Ia-se à casa de Floriano, chefe da conspiração "de dia, em plena luz: nenhum resguardo, nenhuma dessas cautelas e ânsias, ou sobressaltos, com os quais, numa conspiração, se romanceiam os perigos. Os conspiradores iam, prosaicamente, de bonde..." à casa de Floriano planejar a derrubada do governo (Abranches, 1954, 117-8).

cessos, as quais eram, na maior parte das Comarcas, insuficientes.[13]

As Comarcas do Estado eram classificadas em entrância única, apesar da sua grande diferença em termos de movimento forense, importância, facilidade dos meios de transporte, etc. Segundo o relatório da Comissão que elaborou o projeto de reforma judiciária de 1901, o valor das custas recolhidas anualmente pelos juízes de direito entre 1897 a 1900 era distribuído pelas Comarcas do seguinte modo:

Valor anual das Custas recebidas	% do salário anual do juiz	Número de Comarcas
até 500$000	8,3	18
até 1.500$000	25	16
até 3.000$000	50	32
até 6.000$000	100	17
mais de 6.000$	+100	12
não consta		2*
Total:		97

(*) Comarcas de Santa Branca e Sarapuí (pelos dados do Relatório a respeito da população e rendas municipal e estadual, a primeira provavelmente recolhia até 3 contos e a segunda até 500$000 por ano)
(Fonte: Almeida Jr., e outros, 1901, 64-81)

Em mais de dois terços (68%) da comarcas do Estado, a média das custas não chegava a 50% dos vencimentos dos juízes de direito. Em 17,5%, as custas acresciam de 50% a 100% aos salários e nas demais (12,5%), as custas representavam mais de 100% dos salários. Mesmo que se considere que havia 18 vagas nas 12 Comarcas mais rendosas,[14] apenas 17% do total dos lugares de juiz de direito rendiam em custas o equivalente, ou mais, ao salário anual. Porém, estas diferenças no valor das custas recebidas não eram acompanhadas por nenhum critério para as promoções. Ou seja, a nomeação ou promoção de um juiz para uma comarca mais rendosa dependia exclusivamente do critério do governo. Assim, a possibilidade de promoção do juiz servia como um incentivo forte para a sua adequação ao comportamento esperado pelo governo. Pela grande diferença entre as comarcas das custas recolhidas, a possibilidade de remoção para uma comarca rendosa era um grande atrativo, enquanto, pelo contrário, o "rebaixamento" era uma possibilidade sempre presente".[15]

(13) Devido aos baixos vencimentos, os juízes "fechavam os olhos às interpretações extensivas dos cartórios", para aumentar as custas a receber das partes (Faria, 1942, 19-20). João Arruda afirmou o mesmos obre juízes... que se ligam com os escrivões, numa tolerância recíproca, par despojar os litigantes". Ele atribuía o pouco preparo profissional de "zeloso juízes do interior" à falta de recurso para comprar livros, especialmente de direito, estrangeiros, os quais eram necessários devido ao grande número de imigrantes (Arruda, 1921, 370-8).

(14) A Comarca da Capital tinha 5 varas e as de Santos e Campinas, 2 varas.

(15) Os juízes de direito eram nomeados pelo Presidente do Estado após a realização de concurso. Em 1907 esta exigência foi abolida (Lei 1.084). Para a determinação da importância das comarcas, há que se considerar ainda outros fatores como a distância em

O governo estadual tinha também ampla liberdade para estabelecer a composição do Tribunal de Justiça. Pela Constituição Paulista de 1891, os membros do Tribunal de Justiça eram nomeados pelo Presidente do Estado a partir de uma lista organizada pelo Tribunal com os nomes dos magistrados mais antigos do Estado, na proporção de 10 nomes para cada vaga do Tribunal. Na Constituinte paulista de 1905 foi proposto pelo governo que os desembargadores do Tribunal de Justiça fossem tirados de uma lista de 15 nomes, elaborada pelo Tribunal de Justiça, com 2/3 dos nomes tirados por antigüidade e o terço seguinte por merecimento escolhidos dentre os magistrados que tivessem mais de quatro anos.[16] Esta emenda foi aprovada pelo Congresso Constituinte e ampliava bastante o poder de escolha do governo dentre os juízes de direito, que eram, na época, mais de 100 no Estado de São Paulo. Julio C. de Faria criticou também a adoção do critério de merecimento para a nomeação dos desembargadores do Tribunal de Justiça. Segundo ele, esta reforma acarretou a "prática aviltante" de juízes "medíocres ou nulos... se rastejarem diante dos superiores hierárquicos", visando à indicação de seu nome na lista para a nomeação (Faria, 1942, 27). O governo normalmente nomeava os desembargadores dentre juízes com mais de 15 anos de serviço. Porém, escolhia poucos dentre os juízes mais antigos. Dos 8 desembargadores nomeados entre 1917 e 1921, apenas dois estavam entre os dez juízes mais antigos. No caso de Vicente de Carvalho, nomeado em 1914, o novo desembargador tinha apenas 7 anos de serviço como juiz de direito, os quais havia exercido exclusivamente na Capital do Estado.[17]

relação aos centros urbanos maiores e a qualidade dos meios de transportes. Estes critérios e outros, como o número de jurados e a renda municipal e estadual recolhida, foram propostos para a classificação em entrâncias das comarcas pela Comissão nomeada em 1901 pelo Presidente Rodrigues Alves para apresentar uma proposta de reforma judiciária. Estas propostas reapresentadas em 1912, e discutidas em 1913 no Congresso Estadual, quando Rodrigues Alves era novamente presidente do Estado (ver São Paulo. Presidência do Estado, 1912; Estado de São Paulo, 1913). Porém, a classificação das Comarcas em entrâncias somente foi estabelecida pela reforma judiciária de 121.Esta estabeleceu a promoção dos juízes de entrância a entrância, sem, contudo, estabelecer critérios para as promoções. Os critérios de antigüidade e merecimento somente foram estabelecidos pela Constituição estadual de 1935, em obediência à Constituição Federal de 1934 (ver Manso, 1940, 10).

(16) Note-se que a proporção entre os critérios de antiguidade e merecimento é da lista e não das nomeações. Aureliano de Gusmão critica este prazo, por considerá-lo demasiado curto. Como normalmente a "carta" de bacharel era obtida com a idade de vinte e um anos, um jovem com os três anos de prática exigidos por lei, mais os quatro anos de exercício do cargo de juiz de direito poderia ser nomeado desembargador com 28 anos de idade. Achava isso incongruente com a exigência da idade mínima de 35 anos para a eleição para Senador estadual (Coelho, 1922, 584). Herculano de Freitas respondeu que este dispositivo tornava a magistratura atraente para que os juízes se empenhassem, "cada de per si, por ser o primeiro do Estado, de modo a poder, pelas suas qualidades superiores de inteligência, de cultivo e de caráter, impôr-se a essa escolha por merecimento" (id. ibid., 587).

(17) O nomeado havia sido propagandista da república, "deputado estadual, Secretário do Interior do primeiro governo constitucional do Estado; fazendeiro de café; industrial; presidente da Cia. de Navegação Sul paulista e mais que tudo, aprimorado e laureado poeta". (Brotero, 1944, 303). Tratava-se tipicamente de um caso de uso de cargo da magistratura para a retribuição de favores. Para as listas de antigüidade dos juízes de direito do Estado, ver *RT*, XXIV 370/2, 1917, XXVIII, 366/8, 1918; XLI 261/3.

iii). Poder Judiciário e Sociedade em São Paulo

Fazemos nesta seção a análise da distribuição das competências estabelecidas na organização judiciária de São Paulo. O nosso argumento nesta seção é o de que a ampliação das atribuições dos juízes de paz foi a maneira pela qual se garantiu o controle local da resolução dos conflitos entre fazendeiros e trabalhadores livres. No campo criminal, o contraste entre as organizações policiais e judiciária, a liberdade de ação da polícia e o papel que lhe era atribuído pela elite do Estado, mostram a ênfase dada no Estado de São Paulo na resolução dos conflitos sociais por meio de intervenção policial, em detrimento do acesso dos trabalhadores aos canais judiciais formalmente igualitários de resolução dos conflitos.

A organização judiciária do Estado de São Paulo foi estabelecida pela Lei 80, de 1892, que reformou em alguns pontos a Lei 18, de 1891. A organização adotada em 1892 vigorou com poucas alterações até a reforma de 1921, efetuada no governo de Washington Luís. Como vimos anteriormente, no Estado de São Paulo não havia os juízes municipais do antigo regime. As atribuições eram divididas do seguinte modo:

Na jurisdição civil, os juízes de paz tinham o poder de processar e julgar todas as causas com valor até 500$000. Os juízes de direito julgavam em segunda instância as causas sob a jurisdição dos juízes de paz. Cabia a eles preparar e julgar em primeira instância as causas com valor superior a 500$000. Destas causas havia apelação para o Tribunal de Justiça. Os juízes de paz tiveram a sua competência civil ampliada. Até 1871 cabia a eles julgar questões de valor até 100$000. O Governo provisório aumentou em 1890 este valor a 300$000, o qual foi mantido pela Lei 18; A Lei 80 ampliou este valor a 500$000.

Esta ampliação garantia o controle pelos poderes das questões de menor valor, incluídas aí não só as do pequeno comércio, problemas de vizinhança, compra e venda de bens móveis etc., como também todas as obrigações decorrentes de contratos de trabalho. Isto se verifica pelo valor dos contratos de colonato. Em 1888 um colono podia ganhar cerca de 100$000 por ano com a manutenção de dois mil pés de café (capina, replantio das falhas, limpeza, varreduras), mais 100$000 pela colheita (Costa, E., 1989, 220). Mesmo que se tome a família do colono como unidade, somente em famílias com dois ou mais filhos adultos seria atingida a importância de 500$000 como *valor total* do contrato de colonato por um ano. Considerando-se que a maioria dos conflitos dar-se-ia em torno do cumprimento de parte das obrigações contratuais, o julgamento deste tipo de questões caberia invariavelmente aos juízes de paz, leais aos poderes locais.

O retorno de muitos imigrantes à Europa, a divulgação das péssimas condições de trabalho dos colonos e as crescentes manifestações de descontentamento dos colonos fizeram com que em 1911 fosse aprovada uma lei que dava preferência na execução aos salários dos colonos em caso de falência do fazendeiro e à criação do Patronato Agrícola. (Stolcke, 1986, 74). O Patronato Agrícola tinha por objetivo arbitrar as disputas entre imigrantes e fazendeiros. Era composto de um diretor, o advogado patrono e um oficial ajudante. Se fossem vencidos, os imigrantes pagavam somente um quarto das custas, as quais somente seriam cobradas após a decisão final. Em 1913, as disposições relativas ao Patronato Agrícola foram consolidadas, sendo considerados operários agrícolas os jornaleiros, colonos, empreiteiros, feitores, carreiros, corroceiros, maquinistas, foguistas e outros empregados no prédio rural (art. 315, § 1.º, do Dec. 2.400, de 09.07.1913, cit. por Manso, 1923, 239). Era determinada a isenção de selos e emolumentos para to-

dos os papéis e requerimentos (art. 381). Porém, o Patronato Agrícola também decidia com parcialidade, recusando-se a intervir em defesa de trabalhadores grevistas presos e a encaminhar reclamações dos colonos feitas pela cobrança de salários (Stolcke, 1986: 74).

A forma de organização do Patronato Agrícola coloca também o problema do pagamento pelos litigantes das custas judiciais, o que era uma características de todo o Poder Judiciário do Estado. Apenas os juízes e promotores e alguns funcionários da Capital recebiam remuneração do Governo e todos cobravam custas no processo. Já nos referimos anteriormente à atuação conjunta de juízes e escrivães para aumentar as custas processuais. Do mesmo modo, era comum que advogados de partes adversas fizessem o mesmo, com o objetivo de aumentar seus honorários, pois estes eram avaliados pelos juízes em função dos atos processuais praticados. Além disso, havia gastos complementares com "gratificações", para garantir o andamento rápido e regular do processo.[18] Embora não tenhamos dados a respeito da porcentagem que representariam as custas no processos de pequeno valor, nem mesmo a redução das custas pelo Patronato Agrícola parece ter sido um meio que tornasse viável demandar judicialmente por salários ou pelo cumprimento de outras obrigações dos contratos de trabalho.[19]

Quanto aos trabalhadores urbanos, em 1912 os salários diários na construção civil eram de 3 a 4$000, para serventes de pedreiro e 12 a 16$000, para as funções mais qualificadas (frentista e estucador). Na indústria têxtil, os salários diários se situavam entre 4$200 a 5$100.[20] Assim, nem mesmo para os salários mais altos, a inadimplência pelo patrão da totalidade do salário em um mês entraria na competência do juiz de direito. E os salários da construção civil são aqui tomados num período em que ocorria um *boom* industrial e imobiliário em São Paulo, para os trabalhadores da construção civil, cujos sindicatos eram os "mais representativos e com freqüência conseguiam impor aos seus empregadores suas reivindicações" (Fausto, 1976, 131; ver também Maram, 1979, 50). Portanto, as questões decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais de menor valor pelos patrões seriam julgadas pelos juízes de paz. Isto significa que dificilmente seriam encaminhadas à Justiça, pois, como o controle político do Estado pelo Partido Republicano, inexistiam condições de competição

(18) "Coisa de quotidiana repetição é o pedido de gratificação por parte de empregados inferiores no fôro: se se trata de um escrevente filho ou protegido do escrivão, o pedido é muito semelhante ao do mendigo de Lesage no Gil Braz, que implorava a caridade dos transeuntes apontando-lhes a espingarda ao peito" (Arruda, 1921, 143).

(19) Este foi um dos fundamentos da mensagem enviada pelo Presidente do Estado, Washington Luís, ao Congresso estadual, em julho de 1922, sugerindo a criação de um Tribunal Rural. Para ele, "a dificuldade de solução rápida e barata das controvérsias entre fazendeiros e colonos, na execução dos contratos rurais" era um dos "grandes estorvos, um dos obstáculos mais sérios à organização definitiva da... vida agrícola com o trabalho estrangeiro". "A nossa actual organização judiciária, as nossas leis de proceso, em vigor, eternizam ou permitem eternizar... os efeitos que são levados a juízo, e os encarecem extraordinariamente. Uma pequena questão de 300$000 absorve mais do que seu valor em honorários e custas e equivale a outro tanto pelo espaço de tempo que consome. Demanda menor de 300$000, nem ninguém nela pensa. A solução pronta e barata dessas controvérsias tem sido a preocupação máxima de todos os que, com responsabilidade, tem-se ocupado do problema imigratório (cit., por Manso, 1923, 240)

(20) Fonte: Boletim do Departamento Estadual do Trabalho. Ano I, 3, SP, 1912, cit. por Fausto, 1976, 131.

eleitoral efetiva e portanto de alguma representatividade do juiz de paz. Já as custas com os honorários de advogados e as cobradas no processo pelos funcionários, aliadas a outras dificuldades, tornavam o recurso dos trabalhadores ao Judiciário para a resolução de conflitos decorrentes do descumprimento dos contratos de trabalho um investimento ao mesmo tempo custoso e de retorno incerto e, portanto, inviável.[21] Isto se manifesta no número de julgamentos dos juízes de paz na área civil. No primeiro semestre de 1913 em sete juízos de paz da Capital foram julgados 81 processos sumaríssimos, o que dá uma média de menos de dois julgamentos por mês em cada distrito (Relatório da Secretaria da Justiça e Segurança Pública, 1913, 51).

Quanto à jurisdição criminal, as competências foram distribuídas pela lei 80, de 1892, do seguinte modo:

	PM	TOSBV	CP	CC
	p j	p j	p j	i fc pr
polícia		x	x	x
juiz paz	x x			
juiz de direito		x x	x x	x x

p = processo; j = julgamento; i = inquérito; fc = formação da culpa; pr = pronúncia.
PM = infrações de posturas municipais;
TOSBV - infrações dos termos de ocupação,[22] segurança e bem-viver;
CP = Contravenções (antigos crimes policiais) e crimes com penas até 6 meses de prisão celular, com ou sem multa;'
CC - crimes comuns

A Lei 80 manteve praticamente a mesma divisão das competências estabelecidas pela Lei de 1871. A reforma judiciária de 1871 havia estabelecido a separação entre a polícia e o Poder Judiciário, o que resultou numa superposição das esferas de atuação, sem a possibilidade de um controle judicial efetivo sobre as práticas policiais. Também neste nível era adotada pela República a forma de organização judiciária do Império. A diferença entre ambas foi a competência cumulativa para os juízes de direito e delegados, subdelegados e chefe de polícia para proceder autonomamente, isto é, iniciar e preparar

(21) Uma questão importante que servia para aumentar as custas e dificuldades na cobrança das obrigações contratuais pelos colonos era a forma do processo, que partia dos pressupostos do direito civil. Assim, o princípio da igualdade das partes, do ônus da prova, das formalidades para a execução da sentença etc., encareciam e retardavam o processo inviabilizando a execução judicial das obrigações não cumpridas pelos empregadores nos contratos de trabalho. A criação da Justiça do Trabalho após a Revolução de 1930 foi o reconhecimento explícito dessas dificuldades. Contudo, como se sabe, os trabalhadores rurais foram excluídos das normas trabalhistas. Haveria ainda outros problemas na análise desta questão, decorrentes do desinteresse de advogados por causas deste tipo, de retorno incerto e com honorários de pouco valor, o desconhecimento pelos trabalhadores estrangeiros dos canais legais por que poderiam minimamente defender os seus direitos, assim como a recusa pelas lideranças anarquistas de recorrer ao Estado para mediar as relações de trabalho.

(22) Os termos de ocupação eram dirigidos aos libertos pela Lei de locação de serviços de 1879 e pela Lei dos Sexagenários de 1885. O seu âmbito foi ampliado pelo Código Penal de 1890, com o objetivo de obrigar aos vadios a encontrarem ocupação, no prazo de 15 dias após assinado o termo, perante o juiz de paz ou a polícia.

o processo das infrações dos termos de ocupação, segurança e bem-viver, contravenções e de preparar os inquéritos para a formação da culpa nos crimes comuns. Além disso, foi estabelecida competência cumulativa da polícia com os juízes de direito para proceder nos crimes com pena até 6 meses de prisão celular, como os de ajuntamento ilícito (art. 119 do CP); desobediência à autoridade ()135); uso de armas em assembléias eleitorais (170), ocultação de título de eleitor (172(); crimes contra a liberdade do trabalho (204 a 206, § 1.º); ultraje público ao pudor (282); injúria (319); dano (329) e furtos de objetos de valor até 200$2000 (330, §§ 1.º, 2.º e 3.º), entre outros.

O estabelecimento dessas competências cumuláveis leva novamente à questão da forma de organização. Pois ao mesmo tempo em que eram mantidas a divisão das competências, das praxes processuais e a forma de organização judiciária do regime anterior, a polícia era reorganizada pelo novo regime, no sentido de acentuar a sua profissionalização e de ampliar o seu contingente. Os diversos governos estaduais na Primeira República em especial após a contratação da Missão Francesa a partir de 1906, realizaram reformas da polícia que, no seu conjunto, levaram a uma racionalização dos serviços, com o estabelecimento de pautas de profissionalização dos policiais. Criaram-se novas formas de treinamento; de estruturação da carreira, através da sua militarização; controle disciplinar sobre os soldados. Foram construídas instalações, regularizados canais de fornecimento de material etc. O efetivo policial do Estado cresceu mais de 5 vezes entre 1890 e 1926. A Polícia tornava-se um recurso de poder sob o controle de governo do Estado, oposto ao mesmo tempo aos poderes locais e ao governo federal (Fernandes, 1974, 148-251). A manutenção da antiga distribuição de competências entre polícia e judiciário adquire então um novo significado, com a reformulação e ampliação da primeira em contraste com a segunda. Ou seja, verifica-se a ênfase dada pelo governo estadual numa resolução dos conflitos por meios policiais em detrimento de uma ampliação dos meios judiciários à disposição da população. A diferença entre ambas indica o privilégio de formas repressivas de resolução dos conflitos sociais, isto é, a restrição do âmbito de eficácia das garantias individuais formalmente estabelecidas pela lei contra a ação repressiva do Estado.[23]

A extensão com que a polícia agia livremente se verifica pela diferença entre o número de detenções e o número de inquéritos abertos. Em 1893 foram presas 3.466 pessoas na Capital, e abertos apenas 329 inquéritos; em 1905, foram presos 11.035 e processados 794; em 1907 havia 9.361 prisões, contra 1.141 inquéritos (Fausto, 1984, 31). Embora o número de inquéritos abertos não implique a sua conclusão e encaminhamento à Justiça, verifica-se por estes números que a maior parte da ação policial se dava sem nenhum controle, mesmo posterior, do Poder Judiciário. Ao mesmo tempo, mais de 80% das prisões efetuadas entre os anos de 1892 e 1916 eram detenções por vadiagem, quebra das

(23) Segundo afirmava em 1904 o Presidente do Estado Jorge Tibiriçá, a reforma da polícia havia buscado criar uma "... polícia sem política, e portanto, imparcial; remunerada e, por conseqüência podendo aplicar toda a sua atividade à prevenção e repressão dos delitos; com competência profissional, isto é, com conhecimentos especiais de direito e de processo indispensáveis em quem tem de garantir e assegurar a liberdade, a honra, a vida e a propriedade (cit. por Fernandes, 1974, 149). Assim, Jorge Tibiriçá reconhecia explicitamente as funções judiciais da polícia ao atribuir-lhe o poder de "garantir e assegurar a liberdade, a honra, a vida e a propriedade", pois quem tem o poder de garantir, tem também a faculdade de julgar a respeito do significado da garantia.

posturas municipais ou dos termos de segurança e bem viver, bem como as prisões "para averiguações" de "suspeitos" representaram (Fausto, 1984, 33). A ação policial concentrava-se principalmente sobre aqueles considerados vadios, em especial sobre os negros. Era imposta assim uma norma de comportamento sobre a população: o estabelecimento de um domicílio fixo e uma ocupação regular no mercado de trabalho. O julgamento das infrações a esta norma de comportamento – e a própria definição do significado desta norma – era realizado exclusivamente pela polícia, através da sua autonomia para efetuar detenções e soltar presos sem nenhum controle judicial.

As prisões por vadiagem e cafetinagem serviam também de pretextos para reprimir lideranças operárias. Após greve ou revoltas populares, o governo (tanto em São Paulo, como no Rio de Janeiro) aproveitava a oportunidade para "limpar" a cidade. Eram deportados indiscriminadamente brasileiros e estrangeiros, que estavam presos ou que eram detidos em batidas policiais pelos bairros operários, para a Colônia Correcional de Bauru ou para o norte do país. Líderes operários estrangeiros eram expulsos do país sob a acusação de anarquismo (considerado na época um "crime social" e não um crime político), vadiagem, cafetinagem ou porque "segundo o critério exclusivo do Governo" fossem considerados prejudiciais "aos interesses da segurança nacional ou da ordem pública, em qualquer parte do território da União" (art. 2.º do Decreto 6.486, de 23.05.1907, que regulamentou a lei de expulsão de estrangeiros; Pinheiro, 1991, 87-14). Assim, a partir de uma investigação feita exclusivamente pela polícia, o Governo estadual solicitava ao Ministro da Justiça a autorização para a expulsão dos estrangeiros indesejáveis. Nem mesmo a restrição dos dois anos de residência era obedecida, pois muitos inquéritos policiais sobre a expulsão omitiam esta informação [24] (Maram, 1979, 58).

O controle das prisões ilegais realizado pelos juízes em casos de *habeas corpus* era ineficaz, pois a decisão valia somente para o caso individual e o Tribunal de Justiça deixava de promover o processo de responsabilidade que caberia contra a autoridade que efetuou a coação ilegal. Isto se verifica não só nas dezenas de *habeas corpus* que eram concedidos anualmente devido à ilegalidade da prisão, como também nos casos em que, tendo sido requerido o *habeas corpus*, o juiz ou Tribunal solicitava a informação e a autoridade policial respondia que o preso já havia sido solto. Então a autoridade judiciária simplesmente declarava o *habeas corpus* prejudicado, sem adotar qualquer providência acerca da responsabilidade da autoridade coatora.[25] No entanto, era obrigação da autoridade judiciária proceder ou requisitar, conforme a sua competência, à responsabilidade do funcionário que efetuou a coação com abu-

(24) O julgamento dos *habeas corpus* nos casos de expulsão de estrangeiros era da competência da justiça federal. O STF declarou constitucional a lei de expulsão de estrangeiros de 1907.

(25) As revistas jurídicas paulistas estão cheias de decisões do Tribunal de Justiça neste sentido. Ver *Revista mensal, São Paulo Judiciário, RT*. Para um caso exemplar de interpretação restritiva do *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça paulista na Primeira República, vero debate a respeito da aplicabilidade do *habeas corpus* a coações efetuada por particulares. O juiz de direito Julio C. Farias concedeu *habeas corpus* demandado por trabalhadores rurais contra o administrador da fazenda que os coagia na sua liberdade de locomoção. Porém, o Tribunal de Justiça cassou a decisão em recurso, afirmando que o *habeas corpus* só era cabível quando a coação fosse expedida por autoridade pública. Analisamos esta questão na nossa dissertação de mestrado, citada na nota n. 2. Ver Faria, 1918 e *RT* XXVI, 380-1, 1918.

so de autoridade ou violação flagrante da lei (Lei 2.033, de 1871, art. 18, § 3.º).

Em São Paulo, como nos demais Estados brasileiros, foi adotada a forma de organização judiciária que havia vigorado no período Imperial. Foi por esta forma de organização que o poder judiciário era inserido no sistema de compromissos do coronelismo. Isto é, foi pelo conjunto dos mecanismos de nomeação, de remuneração, de remoção, de promoção, de suspensão e de aposentadoria que os grupos emergentes nos Estados criaram (ou melhor, recriaram) mecanismos de controle e de produção de lealdade dos juízes e outros funcionários. A ocupação dos cargos era feita pela política de compromissos do coronelismo, pelo qual os poderes locais controlavam os cargos de nomeação estadual do município em troca do apoio político que davam ao governo do Estado. Caso houvesse atrito entre o governo local e o funcionário, este era removido. Porém, em caso de atrito entre o governo do Estado e o coronel que mandava na localidade, o funcionário seria também trocado por outro, indicado por algum coronel rival.

Vimos que, no caso de São Paulo, a manutenção da forma de organização do regime anterior era combinada com baixos salários para os juízes, falta de requisitos para as promoções entre comarcas muito desiguais, falta de controle pelos juízes dos meios necessários à sua ação, etc. A divisão das competências estabelecida pela organização judiciária paulista excluía o julgamento dos conflitos entre trabalhadores e empregadores pelos juízes profissionais. Pelo seu valor monetário, o julgamento destas questões era atribuído aos juízes de paz, ligados às suas lealdades locais. Outras características da organização judiciária, como as custas processuais, serviam para afastar a resolução desses conflitos da esfera judicial.

A superposição das esferas judicial e policial estabelecida pela reforma judiciária de 1871 foi mantida, sendo reconhecida a liberdade de ação da polícia e o exercício por esta de funções judiciais. Porém, esta liberdade de atuação policial em face do Judiciário adquiriu um novo significado em São Paulo na Primeira República, pois a ampliação e profissionalização dos quadros policiais tornou a sua ação muito mais efetiva do que no regime anterior. Esta reorganização da polícia contrasta com a manutenção da forma de organização judiciária do estado, a carência de recursos dos juízes, a sua subordinação política aos chefes locas e ao governo do Estado. etc. Não havia formas eficazes de controle judicial sobre a polícia, que se valia livremente das prisões como foram de controlar a população pobre. Dentre os próprios juízes profissionais predominava uma orientação eminentemente conservadora, o que se verifica pela doutrina restritiva do *habeas corpus* adotada no Tribunal de Justiça na Primeira República. Manifesta-se assim a ênfase dada na República em formas repressivas de resolução dos conflitos sociais, em detrimento das formas igualitárias de demanda na Justiça, que era suposta pelo estatuto livre dos trabalhadores.

Enfim, a análise realizada neste trabalho indica a necessidade de um estudo da formação do discurso jurídico na Primeira República. Este estudo deverá ser combinado com trabalhos recentes sobre as estratégias de produção dos indivíduos livres na sociedade paulista da Primeira República, como as análises sobre instituições de assistência, penitenciárias, hospitais etc. (v. Adorno, 1990), mas também a estudos voltados a temas mais tradicionais da análise sociológica e política, tanto aqueles referidos às formas de organização do trabalho na lavoura e na indústria, como às relações entre sindicatos e poder político, e ainda às relações sociais na cidade de São Paulo. (Solcke, 1986; Fausto, 1976, Kowaqrick, 1988). Deste modo poder-se-á traçar o campo de forças no qual estava inserido

o discurso jurídico republicano em formação e assim discernir a maneira pela qual este discurso combinou os princípios formalmente igualitários no nível das instituições jurídico-políticas aos mecanismos concretos de produção das desigualdades entre indivíduos livres.

Bibliografia

ABRANCHES, Dunshee de, 1954, *O Golpe de Estado – Atas e Atos do Governo Lucena* (obra póstuma). RJ: Ofic. Graf. do Jornal do Brasil (Obras Completas, vol. V).

ADORNO, Sérgio, 1990. "A Gestão Filantrópica da Pobreza Urbana", em *São Paulo em perspectiva*, 4(2):8-17, abr-jun/1990.

ALMEIDA JR. e outros, 1901. *Exposição das bases para a reforma judiciária no Estado de São Paulo*, SP, Tip. A Vap. Espíndola, Siqueira e Cia.

ANDRADE, Regis S. de Castro, 1982. *Ordem política e conflito na Constituição do Estado Brasileiro*, 1889-1937. Tesede doutoramento em Ciência Política, FFLCH, USP, dat.

ARRUDA, João, 1921. *Quarenta annos de vida forense*, SP. Escolas Profissionais do Lyceu Salesiano S. Coração de Jesus.

AZEVEDO, José Affonso Mendonça dee, 1925. *A Constituição Federa interpretada pelo Supremo Tribunal Federal* (1891-1924). RJ. Typ. da Revista do STF.

BARBALHO, João, 1924, *Constituição Federal Brasileira – Comentários*. RJ. F. Briguiet & DCia., 2.ª ed., corrigida e aumentada, (1.ª ed., 1894.

BRASIL, Ministério da Justiça, *Relatórios do Ministro da Justiça ao Presidente da República, de 1892 e 1895 a 1910*. RJ. Imprensa Nacional, 1893 e 1896 a 1911.

BROTERO, Frederico de Barros, 1944. 0*Tribunal de Relação e Tribunal de Justiça de São Paulo sob o ponto de vista genealógico*, SP, ed.

BRYCE, James, 1900. *La République Américaine*. aris,. V. Giard & E. Brére Eds., 4 v.

CARVALHO, José M. de, 1980a. *A construção da ordem: A elite política imperial*, RJ, Campus.

———. 1980b "Em louvor de Victor Nunes Leal", em *Dados – Revisrta de Ciências Sociais*, vol. 23, n. 1, 1980, p. 5 a 9.

CASLECCHI, José Ênio, 1987. *O Partido Republicano Paulista (1889-1926)*. SP, Brasliense.

COELHO, Henrique, 1922. *A nova Constituição do Estado de São Paulo de 9 de julho de 1921*, SP, Typ. do Diário Official.

COSTA, Emília Viotti da, 1989, *Da senzada à colônia*, SP, Brasiliense.

COSTA, Moacyr Lobo, 1970. *breve Notícia do Direito Processual Civil Brasileiro e sua Literatura*, SP, RT e EDUSP.

O Direito (Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência), RJ, vols. 75, 1898 e 82, 1900.

ENDERS, Armelle. *Pouvoirs et Fédéralisme ou Brésil* (1889-1930). Tese de Doutorado em História Política, Univ. de Paris, IV, 1993.

ESTADO DE SÃO PAULO, 1913. *Reforma judiciária do Estado de São Paulo – Analyse da Discussão do Projeto na Câmara dos Deputados na Sessão de 1913*. SP, Siqueira, Nagel & C.

FARIA, Júlio Cezar de, 1918. *Habeas corpus* – Operários agrícolas – Constrangimento praticado por preposto do patrão, em RT, SP, XXVI/284-8.

———. 1942, *Juízes do meu tempo*, SP, Livraria Martins.

FAUSTO, Bóris, 1976. *Trabalho urbano e conflito social*, SP, Brasiliense.

———. 1984. *Crime e Cotidiano – A criminalidade em São Paulo* (1880-1924). SP, Brasiliense.

FERNANDES, Heloísa Rodrigues, 1974. *Política e Segurança: Força Pública do Estado de São Paulo: Fundamentos Histórico-Sociais*, SP, Alfa-Omega.

FRANCO, Maria Silvia de C., 1974. *Homens lifvres na ordem escravocrata*, SP, Atica, 2.ª ed.

KOWARICK, Lúcio, 1988. *As lutas socieias e a cidade*, RJ, Paz e Terra.

KUGELMAS, Eduardo, 1986. *Difícil hegemonia: Um estudo sobre São Paulo na primeira República*, SP. Tese de Doutorado em Ciência Política, FFLCH/USP, dat.

LEAL, Victor Nunes, 1975, *Coronelismo, enxada e voto* (*O município no regime representativo do Brasil*), SP, Alfa-Omega.

———. 1980. "O coronelismo e o coronelismo de cada um", em *Dados – Revista no Regime Representativo no Brasil*). SP. Alfa-Omega.

MANSO, Manuel da Costa, 1923. *O processo na Segunda instância e suas Aplicações à*

Primeira, SP. Livraria Acadêmica, Saraiva & Comp. vol. I.

———. 1940. *Introdução* ao Dec.-lei 11.058, de 26.04.1940 e Anexos. SP. Impr. Oficial do Estado.

MARAM, Sheldon Leslie, 1979. *Anarquistas, Imigrantes e o Movimento Operário Brasileiro 1890-1920*, RJ, Paz e Terra.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de, 1899. *O Poder Judiciário no Brasil*, Curitiba, Oficinas do Atelier Novo Mundo.

NEQUETE, Lênine, 1973, *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. Porto Alegre, Livraria Sulina, 2v.

NUNES, José de Castro, 1922. *As Constituições Estaduais do Brasil comentadas e comparadas entre si e com a Constituição Federal*, RJ, Livr. e ed. leite Ribeiro.

PINHEIRO, Paulo Sérgio, 1991. *Estratégias da ilusão – A revolução mundial e o Brasil*, 1922, 1935. SP. Cia. das Letras.

Revista Mensal, SP, vols. Ia IX, 1895 a 1898.

Revista dos Tribunais, vols. Ia LV, 1910 a 1925.

Revista do Supremo Tribunal Federal, vols. 1 a 69, 1914.

ROURE, Agenor de, 1979. *A Constituinte Republicana*, Brasília, Ed. UnB, 2v.

São Paulo Judiciário, vols. I a XXXVI, 1903 a 1914.

SÃO PAULO, Secrertaria da Justiça e da Segurança Pública. *Relatório da Seção de Estatística Policial e Judiciária apresenta ao Exmo. Sr. Dr. Sampaio Vida, 1.º Semestre de 1913*, SP, Typ. Casa Garraux, 1913.

SÃO PAULO, Presidência do Estado, 1912,*Plano de Reforma Judiciária Submetido ao Congresso Legislativo do Estado de São Paulo pelo Dr. Francisco de Paula Rodrigues Alves, Presidente do mesmo Estado*, SP, Siqueira, nagel & Comp.

STOLCKE, Verena, 1986. *Cafeicultura – homens mulheres e capita* (1850-1980), SP, Brasiliense.

TELAROLLI, Rodolpho, 1977. *Poder local na República Velha*, SP, Nacional (Col. Brasiliana, Vol. 364).

7 – SOCIOLOGIA JURÍDICA

DEMOCRACIA E TOTALITARISMO: O DILEMA DAS MASSAS

ANNIE DYMETMAN

À medida que se escoa a década de 90, o debate em torno dos limites e das inflexões da democracia – em pauta ao longo de todo este século, sobretudo a partir do pós-guerra – dilui-se cada vez mais na multiplicidade de relações de fato e de direito produzidas pela globalização do econômico, do cultural e do político e que atingem o mundo ocidental em cheio no coração.

Assim, uma tentativa mínima de enquadramento da forma democrática e suas sociabilidades, sem dúvida, deve se perguntar em que medida a democracia é uma garantia contra o totalitarismo ou se, ao contrário, o totalitarismo não passaria de uma perversão – em linguagem expressionista, "uma deformação possível" – da democracia?

Trata-se aqui de algumas reflexões sobre a questão, tendo por recorte o conceito moderno de massa e colocando em interlocução duas metaforizações críticas: de um lado, o pós-moderno Jean Baudrillard e, de outro, o romancista Elias Canetti, construídas a partir da leitura de Kant realizada por Michel Foucault, em comemoração ao bicentenário da publicação do artigo *O que é o Iluminismo?*, de 1784, no *berlinische Monatschrift*, e que constitui um dos referenciais centrais da modernidade no conjunto da literatura sociológica.

O texto kantiano que pretende identificar uma "disposição moral da humanidade" busca, em última instância, um acontecimento – um *signo* – "que sirva de critério para o exame do progresso constante do gênero humano", e que se manifesta, na modernidade, como o "direito de todos os povos à escolha da constituição política que lhes convém" – autonomia/democracia – e que, enquanto tal, tem por projeto, "em razão de seus princípios", evitar toda guerra ofensiva.

Nesta dimensão ético-política, Kant introduz a *massa* que, presente nas grandes rupturas desde a modernidade, é inaugurada, no Iluminismo, através do entusiasmo da multidão pela Revolução Francesa, como a *massa citadina dos espectadores* – dos não-protagonistas [1] –, à margem do próprio drama revolucionário (Foucault: 109).

Portanto, a maneira como a Revolução se faz espetáculo, o "entusiasmo"[2] com que é recebida pelos "espectadores que dela não participam mas que a consideram", é que se constitui em signo – em representação – do progresso e não os "grandes gestos ou crimes importantes cometidos pelos homens" (op. cit.: 107).

A modernidade é, pois, um modo novo de estar no mundo – não se trata de uma época, mas de um *ethos*: "uma maneira de se relacionar com a realidade atual, uma maneira de pensar e de sentir, uma forma de agir e de se portar e que, ao mesmo tempo, instaura uma relação de pertencimento" (op. cit. 110).

(1) Para esta leitura da modernidade remeto-me ao O que é Iluminismo? de Foucault, 1983.

(2) No sentido filológico do entusiasmo, assim definido no dicionário Aurélio: "Na antigüidade, exaltação ou arrebatamento extraordinário daqueles que estavam sob inspiração divina" (*Novo Dicionário Aurélio*: 668).

Neste sentido, a crítica kantiana, a própria investigação daquilo que nos leva a "nos constituirmos e nos conhecermos como sujeitos do que fazemos, pensamos e dizemos", dá-se não pelo conhecimento possível, mas pela experiência possível – pelo vivido: através do entusiasmo é que a massa se coloca como sujeito da ordem política.

Para Focault – pensador dos limites e sua transgressão –, o jogo transfigurador entre liberdade e realidade – a própria transformação da história – está arraigado no Iluminismo, atribuindo ao *ethos* moderno – "rompimento com a tradição, sentimento de novidade, e vertigem de um momento de transição" – uma função emancipatória e revolucionária: é o *logos* estratégico da liberdade resgatando o quadro das ilusões perdidas do Iluminismo.

Entretanto, a invenção iluminista da massa enquanto *eclosão de resistência coletiva*, desde a Segunda Guerra mundial – principalmente a partir da crítica da indústria cultural da Escola de Frankfurt –, tem servido de símbolo e sinal da decadência, deterioração e do "fim" das sociabilidades, em que as dimensões identitárias do público e do privado multiplicam-se e se confundem, desembocando, na perversão do entusiasmo, e transformando o Esclarecimento em contexto mistificador das massas.

Com a explosão do fenômeno fascista – sobretudo da efetividade da máquina de propaganda nazista – que "transformou a classe em massa" (Guérin: 19), a crítica transforma-se em desencantado diagnóstico: a *maioria indiferente*, esvaziada de humanismo e assujeitada ao *ethos* tecnológico, "confere a tudo um ar de semelhança" (Adorno: 113).

Num universo de "efeitos", a performance e o detalhe técnico substituem a Idéia; quanto mais perfeita e freqüente a reprodução, tanto menores as rupturas entre o universal e o particular, o público e o privado, o dentro e o fora, instaurando o "eterno círculo de manipulação e dominação". Adorno denuncia a estereotipação das necessidades e sua satisfação impostas à grande massa, como manifestação da inflexibilidade de estilo e do totalitarismo cultural: reifica-se a intimidade, atrofiam-se a imaginação e a espontaneidade do espectador (Adorno: 156).

Na contemporaneidade, a crítica baudrillardiana – para quem a massa não passa de uma "noção fluída, viscosa e *lumpen*-analítica" –, através de metáforas como buraco negro – "este nada que absorve a energia do social e do político e a neutraliza, sem retorno" – ou nebulosa opaca – "para a qual o social se precipita" –, pode ser vista, em grande medida, como uma radicalização de Adorno: no limite, a massa nada mais é que um confuso amontoado de resíduos do social, sem história, sem atributo, sem predicado e sem referência.

Um dos vértices de sua *teoria do simulacro* – que em algumas passagens soa quase como um manifesto – é sem dúvida sua concepção do *sentido*. A condição necessária e suficiente para a emergência do sentido é a polaridade, a oposição, o confronto; é justamente ao desaparecimento da polaridade entre o Mesmo e o Outro que Baudrillard atribui o caráter desagregatório da massa, impossibilitando a circulação de sentido.

Diante da massa sem palavras e que, ao mesmo tempo, "contém todos os discursos", à informação cabe impor um sentido unívoco e manter as massas assujeitadas a ele: mascarada pela produção de sentido está a polarização da informação. Perdeu-se o espaço e a possibilidade de uma "dialética" do sentido (Baudrillard: 15).

Baudrillard constrói uma espécie de trajetória da virtualidade.

O espaço político inicialmente assemelhava-se ao teatro de intriga da Renascença: era jogo de signos, e enquanto

jogo e não representação, seu uso dependia do virtuosismo e não da verdade.[3]

Depois da Revolução, o social apoderase do político: são os tempos da representação, em que a cena política é atravessada pelos signos mas, também, pelos sentidos. Com o marxismo, entretanto, inauguram-se o enfraquecimento do político e a hegemonia do social e do econômico.

Já adentrando a contemporaneidade, o sistema perpetua-se sob os mesmos signos, mas estes já nada representam: desaparecem os referentes sociais – o povo, a classe, as condições objetivas –, restando a maioria silenciosa, cuja existência não é mais social mas *estatística*, e cujo modo de manifestação é da *enquete*. Referente imaginário, a maioria silenciosa *não tem representação possível.*

Sondada através de dispositivo não mais de representação, mas de simulação – as médias –, ela não se expressa, apenas visa à reprodução de um modelo. Não há mais diferenciais – eleições, instâncias de representação e mesmo de repressão –: a eletricidade do social foi curto-circuitada pela confusão dos pólos (idem: 23).

Nem expressão nem representação, tratase da simulação de um social para sempre inexprimível e inexprimido – silencioso – um silêncio que *proíbe que se fale em seu nome*. Assim isoladas, as massas perdem sua qualidade de *sujeito* (sobretudo da história); não podem ser faladas, articuladas, nem representadas. É o fim das esperanças revolucionárias: "inacessível aos esquemas de libertação, de revolução e de historicidade (...) a massa é a morte, o fim desse processo político que supostamente a governa. Na massa o político se deteriora como vontade e como representação" (idem: 24).

(3) É importante apontar que esta construção de Baudrillard remete diretamente a Nietzsche: "nesse exercício dos simulacros é que se encontra o máximo de energia política" (apud. op. cit., 20).

Desta violência da informação – deste totalitarismo –, resulta uma massa atomizada, semelhante aos sistemas semimortos em que se injeta mais energia do que se retira, como minas que, apesar de esgotadas são artificialmente exploradas a preço de ouro: "em vez de transformar a massa em energia, a informação produz mais massa (...) inerte impermeável às instituições clássicas do social, e aos próprios conteúdos da informação" (Baudrillard: 25).

Hoje é preciso produzir consumidores, e sua produção é mais cara que a de mercadorias, não é o sentido que hoje escasseia, mas a própria demanda de sentido. É como se a massa absorvesse a energia social, mas não a refratasse, rompendo com a relação dialógica, destruindo consciência e inconsciente.

Objeto de simulação – emergido da convergência de todas as médias que a descrevem –, ao mesmo tempo, *sujeito de simulação* – capaz de refratar todos os modelos e revertê-los por hiper-simulação, ou seja, pelo *hiperconformismo*, a massa depara-se cm a impossibilidade de tomada de consciência autônoma, em que o próprio sujeito da observação está subitamente anulado: nem objeto de saber, nem sujeito de saber.

Só as estatísticas podem dar conta dela, através do simulacro do objeto "produzido" sob a forma de respostas antecipadas: daí a ironia das massas em seu mutismo – ou em seu discurso estatístico – de uma falsa fidelidade, passividade e obediência definitivamente impenetráveis

Tanto a propaganda quanto a esfera política fundam-se na crença axiomática da permeabilidade das massas ao discurso, isto é, de que a mensagem atinge seu objetivo e que é decodificada segundo seu sentido. O povo torna-se público e o político, um espetáculo no interior da vida privada, digerido como entretenimento semilúcido e reforçando o "ar de seme-

lhança de tudo" de Adorno.[4] É a própria *mídia* que se apresenta como espetáculo e fascinação, neutralizando a mensagem.[5]

Para Baudrillard, a noção de massas mistificadas ou "fascinadas", implicaria pressupor que estas aspiram espontaneamente "às luzes naturais da razão". No entanto, opondo-se a Adorno, ele argumenta que as massas tanto temem a vontade política, que "farejam" o horror simplista que está por trás do sentido e reagem, reduzindo todos os discursos a uma *razão irracional e sem fundamento*: é a consagração do espetacular, onde "o sentido é apenas um acidente ambíguo e sem prolongamento" (Baudrillard: 15).

O pensamento crítico ausente nas massas é que produz a diferença através do julgamento e da escolha; as massas, portanto, só produzem a indiferenciação, mantendo a fascinação do meio, que preferem à exigência crítica da mensagem. A fascinação não depende do sentido: ao contrário, é proporcional à insatisfação do sentido, à neutralização da verdade, em benefício do simulacro.

Desestimuladas da responsabilidade, as massas não se engajam política ou historicamente. Não se trata de fuga do político, mas do antagonismo inexplicável entre os portadores do sentido – através dele saturando o social – de um lado e, de outro, a massa informe, residual e despojada do sentido – ocupada em desviar todos os seus efeitos.

Desde os anos 60, com o início do recuo das massas para a esfera doméstica, com sua recusa da história e do universal e com sua absorção na cotidianeidade embrutecida do consumo, invertem-se história e cotidianeidade, esfera pública e esfera privada: a "exaltação de microdesejos, das pequenas diferenças, das marginalidades anônimas" surge como uma nova fonte de resistência. A banalidade, a inércia e o apolitismo, antes fascistas, agora tomam conotações revolucionárias, tentando promover o não-sentido à categoria de sentido.

O mesmo se deu com o consumo: apesar da "teoria das necessidades" e do "discurso de utilidade", altamente consensual, a economia não consegue racionalizar o consumo, revelando que a prática das massas não tem relação direta com as necessidades – valor/uso –, mas com prestígio e *status* – valor/signo. O valor/signo ao substituir o valor/uso, a longo prazo, preconiza o fim do econômico; o caráter *associal* – "consumir sempre mais, não importa o quê" – do consumo irrefreável e do conformismo pânico, desembocam na hiperssimulação destrutiva e no hiperconformismo destruidor.

Assim, ao recusar o caráter social do sentido e da liberdade – o que termina silenciosamente carcomendo os poderes –, a massa, que não passa de "uma sombra projetada pelo poder", aquiecente a todas as solicitações, torna-se a forma extrema da não-participação. Ao mesmo tempo *leitmotiv* de todos os discursos e obsessão de qualquer projeto social, serve de negação do projeto iluminista que vê na massa a esperança escatológica da realização do social.

É nesse desafio ao sentido que, para Baudrillard, o ato terrorista assemelha-se à catástrofe natural, inventando a possibilidade de uma *subversão radical sem sujeito*. O terrorismo não está na decisão de violência, mas na normalidade do social, podendo, de um momento para outro, transfigurar-se numa realidade inversa, absurda e incontrolável.

Numa ilustração do pessimismo radical de Baudrillard, sobre a qual aqui não se pretende estender, cabe lembrar o terroris-

(4) Aqui o mundo frankfurtiano encontra-se com o mundo foucaultiano, na *eterna repetição do mesmo:* o jogo, o filme, o desenho animado que servem de modelos de percepção da esfera política, por exemplo.

(5) Aqui Baudrillard numa referência direta a McLuham, "o meio é a mensagem". Numa paráfrase genial, na contemporaneidade, o que impera é a Mass-age é mensagem.

mo como único fenômeno em afinidade à massa, por conta da convergência na negação do social e na recusa do sentido. Operando através da infiltração de modelos e pela potencialidade de persuasão/dissuação, o terrorismo atua numa reação em cadeia por contágio. Indeterminado com o próprio sistema que combate, o terrorismo, assim como a massa, é um fenômeno não-histórico, implosivo e cristalizante e, por isso mesmo, homólogo ao silêncio e à inércia das massas. Ato não-representativo e realidade não-representável, equivale ao caráter cego e silencioso das massas. Ambos terror e massa são, para o extremo pessimismo de Baudrillard, da forma atual mais radical de negação de todo e qualquer sistema representativo.

A cegueira das massas é a réplica exata da indiferenciação do sistema, confundindo fins e meios, vítimas e carrascos. Os inocentes, paradoxalmente, pagam pelo crime de não serem nada, de serem sem destino, de terem sido destituídos do próprio nome por um sistema também ele anônimo, ao qual encarnam.

Massa e terror, produtos acabados de uma sociabilidade abstrata.

Segundo Baudrillard, este processo implosivo – espécie de *entropia* [6] *da contemporaneidade*, é inelutável: qualquer esforço para resguardar os princípios da evolução e do progresso necessariamente recai na única alternativa do adiamento do fim, seja através da revitalização da comunidade e da solidariedade, dos movimentos pela ecologia, do crescimento zero da população etc. Mas, alerta o teórico do simulacro, é preciso não se iludir: isso sempre se dá de forma violenta.

Entretanto, é do bojo mesmo do rodamoinho vertiginoso da contemporaneidade – na própria dimensão da ruptura –, em que o simbólico é devorado pelo imaginário, que Canetti, através das representações coletivas que atravessam o social – as *metáforas* de massa e poder –, resgata a massa enquanto instrumento do processo civilizador, assegurando um novo *tipus* simbólico ao que antes permanecia imagem e simulacro.

Esta metaforização da massas propõe uma espécie de retomada da massa *citadina* dos espectadores da Revolução Francesa, no sentido de sua dimensão enquanto espectadora, opondo-se à indústria cultural – indústria do simulacro –, enquanto promotora do espetáculo.

Através da construção das metáforas – e dos mitos, por que não? – que as atravessam, Canetti trata de trazer à superfície como que uma "interioridade" da imagem, uma memória atávica coletiva que, emparelhadas à função reificatória e mistificadora da massa, constituem-se em agente, se não libertário, ao menos de resistência à indiferença, ao silêncio e à solidão da produção da virtualidade, resgatando assim, a possibilidade de outras formas de sociabilidade que não as abstratas.

Entretanto, antes de trazer algumas reflexões suscitadas pelas metáforas de Canetti, convém ressaltar quanto toda a sua obra – a literária inclusive – representa para duas questões extremamente relevantes nas ciencias sociais e/ou humanas: a questão da interdisciplinariedade e a questão de método.

Em primeiro lugar, Prêmio Nobel de literatura em 1981, seja por meio de sua biografia,[7] seja por conta de seu trabalho enquanto crítico e teórico da literatura [8] ou, sobretudo, através da análise sobre maltas e massas [9] – elaborada durante décadas –

(6) Um paralelismo entre o processo pós-moderno, com a entropia do estruturalismo de Lévy Strauss parece-nos, poderia revelar-se excelente recorte para um estudo do percurso da modernidade à contemporaneidade.

(7) Publicados no Brasil, pela Cia. das Letras, os seguintes volumes: *A língua Absolvida; uma luz no meu ouvido; O jogo dos Olhos.*

(8) *La consciencia de las palabras.*

(9) A referência é: *Massa e Poder*, Cia. das Letras.

Canetti, se não rompeu, ao menos obliterou em grande parte a demarcação entre sociologia e literatura, arejando os compartimentos estanques e esgotados das grandes teorias sociológicas e dando impulso à descoberta de novas fontes – o cotidiano, as narrativas pessoais, as histórias privadas – para os recortes analíticos.

Em segundo lugar, talvez por conta de seu discurso literário, numa linguagem dominada pelo livre-associativismo de imagens, todas elas atravessadas pelo impacto do presente vivido – que a etnometodologia americana denominou *paramount reality* (realidade suprema)[10] –, ou seja, pela realidade cotidiana, pode-se dizer que Canetti criou uma técnica que permite trabalhar a imagem para além da dimensão da imagem, na dimensão do símbolo. A melhor forma de qualificar essa técnica é sua própria fala ao referir-se ao romântico alemão Hermann Broch: "domina uma técnica tão diferente, ao mesmo tempo sonâmbula e segura, tanto da sonoridade quanto da ponderação das palavras" (Canetti: 121).

Massa, em latim – *movita* – significa movimento e no francês antigo – *muete* – significa tanto revolta e sublevação como partilha de caça. Daí o referencial do retorno às construções coletivas a partir de ações que se manifestam concretamente: a malta de caça – que envolve caça e partilha – e a malta de guerra, que pressupõe a existência e o enfretamento com uma segunda malta. Neste sentido, em Canetti, o belicismo das representações pertence à própria condição de massa.[11]

A partir do temor do contato – característico das *gesellschaft* – Canetti faz sua incursão pelas representações coletivas de massa. É nas massas densas, em que os corpos se tocam e se apertam,[12] como se fora um só, que se está mais seguro em relação ao temor infundido pelo outro: "na massa ideal, todos são iguais". O próprio indivíduo tem a sensação de que, na massa, ele ultrapassa as fronteiras de sua pessoa[13] (Canetti: 14).

Num mundo em que as identidades se constróem em torno dos limites e da quadricularização do espaço,[14] a densidade aparece como provedora do "contato sem medo", perpetuando e reforçando o próprio ímpeto de se tornar maior – tão compatível com a *vontade imperialista* – nas representações da massa. Sua qualidade fundamental é a ânsia de crescer. A massa natural é aberta, sem fronteiras a cercearem-lhe o crescimento; parar de crescer equivale a desintegrar-se.

Assim, é no duplo registro de "prazer" – construção/destruição – provocado pelo discurso de Hitler, que a massa aberta

(10) Para a idéia de *paramount reality*, ver os trabalhos de Egon Bittner.

(11) Além desta distinção, cabe também lembrar os desencadeadores da massa – os "cristais de massa" –, grupos pequenos, rígidos e bem delimitados, cujo tamanho jamais se altera e que são de grande durabilidade.

(12) Ilustrando o que aqui se denominou a questão da interdisciplinariedade, a citação a seguir, de uma passagem de sua auto-biografia, no período da tenra infância, dá fé à grande interação de sua literatura e suas reflexões mais "acadêmicas": "eu ficava no meio, e então elas começavam com suas histórias de lobisomens e vampiros (...) era aterrorizante, contudo me sentia bem, comprimido de todos os lados pelas meninas" (Canetti: 18).

(13) A isto Canetti denomina *inversão do temor do contato*. Esta "técnica de inversão" lembra a noção de *estratégia* em Foucault.

(14) A farda, ao mesmo tempo em que aumenta a visibilidade de quem a usa, diminui sua "tocabilidade", impondo fronteiras rigorosas. Sobre a farda, belíssimo trecho de Broch: "A farda... como um estojo duro no qual o mundo e pessoa se entrechocam claramente entre si e se distinguem; a verdadeira função da farda é mostrar a estatuir a ordem no mundo e suprimir a delinqüência e fluidez da vida, da mesma maneira que esconde a moleza e fragilidade do corpo humano". (Broch: 23-24).

encontra a mais poderosa de suas manifestações: é nos grandes desfiles e nas praças imensas que ela, massa, tem a possibilidade de crescer; as bandeiras, a música dos pelotões em marcha, os símbolos enfim, atuam como verdadeiros *cristais de massa*, cuja função é atrair e recrutar em torno de si um número cada vez maior de adesões: "o entusiasmo da massa, que tanto interessava a Hitler, é aumentado por seu próprio crescimento" comenta (Canetti: 223).

A insistência de Hitler em relação a cifras em seus discursos confirma seu saber lidar com as massas, na medida em que uma das formas mais eficientes de recrutá-la é, sem dúvida, simulando crescimento: quanto maior (em quantidade) a meta proposta, tanto mais forte o desejo de crescer. *100 milhões de alemães!* Esta cifra impressionante é interpretada como crescimento imediato, fazendo com que a imensidade da massa atinja os mais altos picos.

A massa fechada, por sua vez, ao renunciar ao crescimento em troca de durabilidade, ao mesmo tempo em que delimita as fronteiras que impedem crescimento, dificulta a desintegração: "as edificações tipo 'para culto', por maiores que sejam, quando repletas, não permitem que a massa continue crescendo: impõem limites" (Canetti: 225).

Além do forte vínculo entre literatura e sociologia promovido pela análise cruzada de massa e arquitetura, para Canetti, em certa medida, são as construções e as edificações que servem de parâmetro para as características da massa, que apresentam distintos comportamentos, conforme o recipiente que as contém. Assim, argumenta Canetti, não é de surpreender que Hitler tomasse as pirâmides egípcias como inspiração para os símbolos de massa: "o entusiasmo das massas, graças ao qual Hitler chegou ao poder, deve continuar sendo alentado, mesmo depois de sua morte; as construções é que devem preencher esta função" (Canetti: 227).

Contra a ameaça de destruição, são dois os caminhos. Uma solução de caráter espacial, de expansão e domínio sobre imensos espaços, de forma que estes se incorporem à própria pessoa do ameaçado e, outra de caráter temporal, a durabilidade eterna. São estas opções que tornam compreensível a arquitetura hitleriana e seus custos assombrosos, assim como seu material: Hitler, por exemplo, apreciava a pedra; quanto ao vidro, repugnava-o por sua extrema fragilidade e efemeridade e por não permitir nem a invisibilidade nem o segredo.[15]

Um outro exemplo da importância do trabalho de Canetti para a discussão sobre poder e sociabilidade na democracia contemporânea, a metáfora do fogo – compatível com a imagem da máquina de propaganda alemã e com o fato perturbador de que a população alemã estava informada sobre o tratamento de prisioneiros – é certamente paradigmática.

Contagioso e insaciável, o fogo possui o caráter do súbito e uma onipresença secreta: a todo momento e por toda parte, pode tornar-se visível. Destrutivo, pode ser combatido e domado; é quando se extingue. Um de seus traços perigosos é a tendência de se propagar e provocar incêndios. Constitui um dos instintos mais poderosos da massa, assim que ela se forma. A meta é criar seu próprio fogo e apoderar-se de sua força de atração, a fim de crescer.

Fogo do inferno, purificador do herege que arde diante do público à sua volta...

A fusão de milhares de focos isolados num gigantesco mar de fogo aparece como a própria formação da massa. Com seu caráter duplo, a massa-fogo pode passar a representar a si mesma, transformando-se assim ela própria no fogo para o qual se

(15) A obsessão de Hitler pelas construções pesadas e muito grandes é bastante conhecida. Numa citação de Canetti, menciona-se que no alto da Kupperlherg berlinesa de Hitler, a 290m de altura, deveria ter sido colocada uma grande águia esculpida (Canetti: 248).

dirigem todos os olhares. Muitas vezes, símbolo da massa destruidora, transforma-se em realidade na destruição massiva de Londres (Canetti: 70).

Na sua construção metafórica, da superação do temor do contato pelo *prazer da massa*, Canetti passa para a análise do medo mais poderoso e inevitável, o medo da morte; sua superação, através da inversão, está na sobrevivência, no *prazer do poder*.

Também as metáforas de poder, construídas em torno ao medo da morte, têm por cenário fundante o nazismo e sua atuação durante a guerra de 1939-45. É de suas origens, que Canetti situa na derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial, que surge a primeira massa de Hitler, construída por 1.800.000 mortos. Seus nomes, listados um a um, gravados na pedra que os homenageia e lhes serve de memorial, mantêm-nos unidos, mais densamente unidos que qualquer outra massa.

O reconhecimento desses mortos é que alimenta a não aceitação da derrota, nem do Tratado de Versailles: sem os mortos da Primeira Guerra, Hitler reconhece que não teria conseguido o poder. Daí seu grande empenho e obsessão em reuni-los sob o maior Arco do Triunfo de todos os tempos: um reconhecimento à sua verdadeira grande massa.

A grande massa de mortos...

Diante da autonomia que o homem em pé parece expressar, da promessa de crescimento e da sensação de durabilidade do homem sentado, o homem deitado imprime invulnerabilidade: fácil de ser dominado, assujeitado, vencido. Entretanto, "o morto, *aquele que nunca voltará a ficar em pé*, produz uma terrível sensação de incredulidade (...), enchendo-nos de terror diante do fato real da morte" (Canetti: 36).

O terror produzido pela visão do morto, entretanto, aos poucos é substituído pelo intenso prazer do observador, por não ser ele o morto e mais, pela sensação (recôndita e por isso mesmo secreta) de triunfo em relação à morte, como se acabasse de evitá-la. Do terror de sua proximidade, ao prazer e triunfo de seu afastamento: "o que no início era terror rapidamente se impregnou de prazer" (ob. cit.: 37).

Para realmente crer na morte, o homem tem que experienciá-la; a única forma de fazê-lo é a partir do outro; a cada *outro* que morre, convence-se da própria morte; assim, ao defrontar-se com um morto – caído para sempre –, na esteira do secreto prazer pela morte do outro, emerge a maravilhosa sensação de invulnerabilidade: basta adquiri-la para se ter a coragem de enfrentar combates cada vez mais perigosos. É como se se possuísse um outro corpo, que auferisse proteção, resistência e sobretudo valentia:[16] é o herói, mesmo que alguma parte secreta do corpo seja efetivamente vulnerável. Ninguém interpreta sua invulnerabilidade como uma vantagem injusta sobre o oponente. O guerreiro vai colecionando vitórias, "como se os triunfos se integrassem ao corpo do vencedor e ficassem à sua disposição, (como) uma bênção arrancada à força do inimigo, e que só pode ser obtida depois que este está morto": trata-se do *maná*, verdadeira testemunha da sobrevivência (Canetti: 39).[17]

Verdadeiros caçadores de sobrevivência, fascinam-se pelo perigo da batalha, como se o perigo fosse o verdadeiro sentido da guerra: entretanto, "o objetivo real é matar massivamente".

(16) Diante da relação extremamente fértil entre Canetti e Broch, é interessante notar como a passagem sobre a farda de Bloch adequa-se a este desenvolvimento "inconsciente".

(17) Esta noção que Canetti encontra no registro nazista tem sua *memória atávica* nas culturas denominadas "primitivas", na noção de *maná*, que Canetti descreve como sendo "o poder sobrenatural e impessoal que passa de um homem a outro. Um guerreiro valente pode adquiri-lo de forma totalmente consciente (...) lhe será conferido como o maná do inimigo abatido.

Segundo Canetti, na medida em que para Hitler a metáfora da sobrevivência engendra-se a partir dos mortos de 1914-18, ainda é este o móvel que o leva a ordenar *extermínio total* ao inimigo ou *suicídio total* do povo alemão em caso de derrota, no sentido de que Hitler não quer que ninguém o sobreviva: "a massa de assassinados clama por seu próprio crescimento" (Canetti: 237).

Nenhum dentre os edifícios que pretendia erigir, entretanto, era tão sólido quanto seu próprio delírio. Desde o final da Guerra de 1914-18, quando Hitler se abala pela grande massa de alemães e que, sobretudo, não podem ter morrido em vão, é preciso mantê-los vivos, mesmo que de forma *sui generis*, reconvertendo-os à massa do pré-guerra, vencendo, portanto, a "intolerável idéia de que um grande número de homens, sendo que cada um deles carrega em si todas as potencialidades da humanidade, tenham sido sacrificados em vão. E, acrescenta Canetti, é assim que Hitler descobre onde ela (a massa) é mais fluida e mais frágil: no exercício do poder, do qual se utiliza para, passo a passo, a fim de impor o conteúdo de seu delírio.

Posto que o verdadeiro motor do poder é o intenso desejo de sobreviver a grandes massas, a satisfação do desejo aumenta à medida em que cresce o poder. Daí a verdadeira *fé* de Hitler na vitória e sua conseqüente negação à vida aos que deixam de vencer: quem demonstra ser mais fraco não merece piedade. A cada palmo recuado na terra conquistada, Hitler sente como se fora um pedaço de seu corpo que se perde, chegando até, nas últimas semanas da guerra, a somatizar as derrotas: "sua debilitação é pura manifestação do enfraquecimento de seu poder" (Canetti: 235).

Também àquele que em tempos de paz jamais teria esperado chegar a ser alguém, ao homem simples, a guerra oferece a oportunidade de alcançar a sensação de poder: a de sobreviver aos mortos. Nesse sentido, "a presença dos mortos é inevitável; tudo se baseia nela" (Canetti: 44).

No entanto, apesar de Canetti trabalhar no registro do nazismo, de empregar a linguagem da violência e do confronto, tudo isto no contexto da *paramount reality* – a realidade cotidiana, cuja supremacia é determinada por ser nela que de fato se morre –, a construção de suas metáforas de massa e poder, em última instância, é um retorno à autonomia/democracia do projeto iluminista que, segundo a leitura de Kant, consiste em "evitar toda guerra ofensiva".

Em sua autobiografia, ao mens até o final da adolescência, Canetti atribui centralidade à imagem da mãe, de quem herdou os valores que haveriam de orientar sua vida, sobretudo no que se refere à vontade de vida e à postura em relação à guerra. Em suas próprias palavras: "minha mãe nunca se referia à guerra, senão como "assassinatos" (tanto que) ela desaprovou o pacto de Fausto com o diabo, para o qual só poderia haver uma única justificativa: por fim à guerra"; nem paixão nem juventude, nem imortalidade. (Canetti: 177).[18]

Em relação à vontade de vida que nas metáforas de poder recebe uma conotação de prazer da sobrevivência, a conscientização de que depois da morte não há nada, "lançou uma sacralidade nova e desesperada sobre a vida" e, neste sentido, o engajamento do escritor enquanto resistência à sua época, consiste em "seu próprio ódio convertendo-se no ódio que todos sentimos pela morte" (Canetti: 24).

Através da construção aqui desenvolvida trata-se, agora, de colocar em interlocução direta – em relação dialógica, porque não? – duas massas que se opõem, *a maio-*

(18) Canetti claramente ressalta a força da figura materna e seu ardente desejo de paz, na citação a seguir: "No fundo, todos estavam contra ela pois, embora desejassem o rápido fim da guerra, achavam que seria uma grave ameaça caso ocorresse por conta dos bolcheviques na Rússia" (Canetti: 176).

ria silenciosa e o coletivo de resistência, enquanto critério possível, embora certamente não suficiente, para uma reavaliação do que pode ser descartado/resgatado do projeto iluminista no que concerne ao "direito de todos os povos à escolha política que lhes convém" supra-citado.

Dado que o Estado contemporâneo, independentemente de seu "tamanho",[19] apresenta "uma relação ao mesmo tempo de complementariedade e (cada vez mais), de oposição à sociedade civil – *simulacro ou representação?* –, porque (cada vez mais) externo a ela" (Silva: 108) e, dada a impossibilidade, ao menos no presente, de eliminar a oposição Estado/sociedade civil, ou seja, dada a impossibilidade de uma organização política perfeita o *Weltanschauung* de Canetti – em torno da vontade de paz e da vontade de vida –, assim como seu estilo – ao mesmo tempo "sonâmbulo e seguro"–, sem dúvida representa uma proposta de técnica e conteúdo novos para engordar o debate em torno do iluminismo e de suas perversões na contemporaneidade.

Bibliografia

ADORNO & HORKHEIMER, *Dialética do Esclarecimento*, Rio, Jorge Zahar, 1986.

BAUDRILLARD, Jean, *À sombra das maiorias silenciosas*, S. Paulo, Brasiliense, 1994.

BROCH, Hermann, *Os Sonâmbulos, Pasenov ou o Romantismo*, vol. I, edições 70, Lisboa, 1952.

CANETTI, Elias, *Massa e Poder*, S. Paulo, Cia das Letras, 1995.

FOUCAULT, Michel. O que é Iluminismo, transcrição, curso inédito no Collège de France, 1983.

GUÉRIN, Daniel, Fascismo y gran capital, Madrid, *Fundamentos*, 1973.

NORA, Pierre, "Entre memória e história, a problemática dos lugares, in *Revista do Programa de Estudos em História*, S. Paulo, PUC, n. 10, dez./1990.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO, Rio, Nova Fronteira, 1986.

[19] As aspas, aqui, têm por função remeter – juntamente com outras expressões como "mal necessário", "Estado mínimo" etc. – ao discurso neoliberal atual, enquanto um dos principais interlocutores do debate em torno dos limites e das inflexões da democracia de que falávamos na introdução.

7 – SOCIOLOGIA JURÍDICA

O DIREITO NUM CENÁRIO EM TRANSFORMAÇÃO

JOSÉ EDUARDO FARIA

Os dois choques do petróleo ocorridos em 1973 e 1979, deflagrando uma nova crise estrutural do sistema financeiro, desorganizando o modelo econômico de inspiração social-democrata forjado no pós-guerra, provocando uma enorme recessão nos países desenvolvidos, instabilizando o comércio internacional e gerando uma revolução tecnológica com o objetivo de reduzir o impacto do custo da energia e do trabalho no preço final dos bens e serviços, põem em cheque tanto as engrenagens decisórias quanto o sistema político-jurídico do Estado-Providência. Com isso, acabam minando ainda mais o primado do equilíbrio entre os poderes e os dispositivos formais do constitucionalismo liberal clássico. Dado o desafio de responder a questões técnicas novas e cada vez mais complexas, o Executivo se vê obrigado a editar sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas que, intercruzando-se continuamente, acabam produzindo inúmeros micro-sistemas legais e distintas cadeias normativas.

Por causa dessas sucessivas transformações e dessa produção desordenada de normas jurídicas de diferentes tipos, a tradicional concepção normativista do direito como um sistema lógico-formal fechado, hierarquizado e axiomatizado, típica do constitucionalismo do século XIX, vai sendo substituída pela configuração do direito como uma organização de regras sob a forma "rede", dadas as múltiplas cadeias normativas, com suas interrelações basilares aptas a capturar, pragmaticamente, a crescente complexidade da realidade sócio-econômica. Enquanto a concepção de sistema jurídico forjada pelo Estado liberal clássico faz da completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem legal, o sistema normativo sob a forma "rede" se destaca pela extrema multiplicidade de suas regras, pela enorme variabilidade de suas fontes e pela flagrante provisoriedade de suas engrenagens normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais.

Fruto de uma sociedade cada vez mais diferenciada, fragmentada e conflitiva e de um Estado obrigado a desempenhar tarefas múltiplas e na maioria das vezes contraditórias, esse sistema normativo emergente cresce e se consolida a partir de uma tensa e intrincada pluralidade de pretensões basicamente materiais. A distinção entre interesses privados e interesses comuns e coletivos, fundamental para a engenharia política liberal-burguesa e para o normativismo jurídico que lhe ampara como ideologia, já não se revela mais capaz de ocultar que, muitas vezes, a tutela legal de alguns é conflitante com a proteção de outros. Na medida em que esse sistema normativo parece ter um potencial ilimitado de crescimento, comportando uma intrincada tela regulatória e numa complexa rede de micro-sistemas normativos esse ordenamento jurídico altamente "inflacionado" (em termos de qualidade de regras e da variabilidade de suas formas) e dotado de um formalismo meramente de "fachada" (graças ao crescente recurso do legislador aos conceitos jurídicos indeterminados, às normas

programáticas e às cláusulas gerais), menos o Estado parece capaz de expandir seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir respeito a suas ordens.

A corrosiva deterioração da organicidade de seu sistema jurídico, o colapso do constitucionalismo e o fenecimento do equilíbrio entre os poderes não são, contudo, as únicas facetas da erosão da efetividade e da autoridade do Estado contemporâneo. Como fenômeno da globalização econômica decorrente da revolução tecnológica gerada pelos dois choques do petróleo (e simbolicamente exponenciado pela queda tanto do muro de Berlim quanto das ditaduras do Leste Europeu), vão surgindo outras importantes rupturas institucionais nas estruturas jurídicas e políticas legadas pelo Estado liberal, no século XIX, e pelo Estado Providência, no século XX. Entre as rupturas mais importantes podem ser destacadas as seguintes:

1 – mundalização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais;

2 – desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a "deslegalização" da legislação social;

3 – internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração formalizados pelos blocos e pelos tratados de livre comércio e a subseqüente revogação dos protecionismos tarifários, das reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais;

4 – desterritorialização e reorganização do espaço da produção, mediante a substituição das plantas industriais rígidas surgidas no começo do século XX, de caráter "fordista", pelas plantas industriais "flexíveis", de natureza "toyotista", substituição essa acompanhada pela desregulamentação da legislação trabalhista e pela subsequente "flexibilização" das relações contratuais;

5 – fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que permite aos conglomerados multinacionais praticar o comércio interempresa, acatando seletivamente as distintas legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países onde elas lhe são mais favoráveis;

6 – expansão de um direito paralelo aos dos Estados, de natureza mercatória (*lex mervatória*), como decorrência da proliferação dos foros descentralizados de negociações estabelecidos pelos grandes grupos empresariais.

O denominador comum dessas rupturas é, como se vê o gradativo esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados nacionais nos dias de hoje. Por um lado, o Estado não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tracionas, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle e direção. Por outro lado, é obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. Ao promulgar suas leis, portanto, os Estados nacionais são obrigados a levar em conta o contexto internacional para saber o que podem regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. A conseqüência desse processo acaba sendo paradoxal: ao mesmo tempo em que se observa um movimento de internacionalização dos direitos nacionais, também se constata a expansão de normas privadas no plano infra-nacional, na medida em que cada organização empresarial sindical e corporativa cria as regras que necessita e jurisdiciza as áreas que mais lhe interessa, segundo suas conveniências.

Incapaz de assegurar uma efetiva regulação social, impotente diante da multiplicação das fontes materiais de di-

reito e sem condições de deter a diluição de sua ordem normativa pelo advento de um efeito pluralismo jurídico, o Estado contemporâneo – e, com ele, a idéia tradicional da Constituição – encontra-se em crise de identidade. Essa crise pode ser vista a partir de sua flagrante inaptidão estrutural com relação a fatos sociais complexos, que exigem do setor público a instrumentalização de um número cada vez maior de mecanismos de decisão e controle para assegurar o cumprimento de suas funções básicas. Tal inaptidão estrutural se expressa sobre a forma daquilo que a sociologia jurídica alemã contemporânea tem chamado de "trilema regulatório", ou seja, um tríplice dilema formado (a) pela progressiva indiferença recíproca entre o direito e a sociedade, (b) pela crescente autonomia das organizações empresariais com relação aos Estados nacionais. Vejamos, ainda que rapidamente, as principais características de cada um desses dilemas.

O primeiro dilema decorre do fato de que, por causa do alto grau de diferenciação estrutural e funcional das sociedades contemporâneas, cada subsistema social tenderia a respeitar basicamente as regras forjadas em seu interior e a desprezar as normas jurídicas emanadas do poder central do Estado. Ou seja: quanto mais complexos são os sistemas sociais, menor seria a autoridade institucional do Estado em termos de controle direto das inúmeras interações de indivíduos, grupos, classes e coletividade. Já o segundo dilema decorre do fato de que, por causa de sua dimensão cada vez mais teleológica e de sua natureza altamente especializada, o direito positivo tenderia a tratar com categorias excessivamente "particularizantes" as relações sociais básicas, destruindo sua autenticidade e minando sua identidade. Ou seja: quanto mais esse direito positivo substitui suas tradicionais normas abstratas, genéricas e impessoais por normas bastante técnicas e específicas, mais ele comprometeria as relações vitais da assim chamada *Lebenseelt*, que constituem a espinha dorsal de uma dada sociedade. Por fim, o terceiro dilema advém do fato de que, por causa da alta mobilidade social e das profundas mudanças ocorridas nos sistemas político-administrativo e sócio-econômico, um direito positivo de caráter cada vez mais "finalístico" acabaria sempre enfrentando problemas de racionalidade sistêmica. Ou seja: quanto mais esse direito positivo multiplica suas normas e leis específicas para intervir "tecnicamente" na dinâmica de uma sociedade heterogênea e complexa, menor seria sua coerência interna e sua organicidade, o que revelaria, com o tempo, sua progressiva incapacidade de dar conta das tensões e dos conflitos sociais a partir de um conjunto minimamente articulado de "premissas decisórias".

Eis aí, nesse contexto de "inter-legalidades" gerado pelos diferentes poderes, procedimentos e valores das organizações empresarial, sindical ou corporativa, o desafio dos meios jurídicos frente à reforma da Constituição. O problema não é impedi-la, mas isto sim, permitir que, em nome da inexorabilidade das rupturas acima mencionadas e das mudanças institucionais a serem feitas para adaptar o país às suas conseqüências, sejam revogadas importantes conquistas democráticas no âmbito do direito social (entre outros). Para tanto, é preciso ter consciência do esgotamento da engenharia política liberal-clássica e da necessidade de uma racionalidade normativa nova, forjada a partir da percepção de que as relações sociais condicionadas pela interconexão das organizações complexas hoje exigem do Estado uma série de papéis originais de intermediação que só podem ser exercidos eficientemente com a colaboração delas; portanto, uma racionalidade normativa responsável por uma legislação mais pragmática, apta a renunciar à regulação minudente e exaustiva dos processos sociais, voltando-se menos à consecução dos resultados concretos

(mediante a regulação "padronizadora" e "tipificadora" dos comportamentos individuais) e mais à coordenação das diferentes formas de legalidade surgidas e desenvolvidas no interior dos vários subsistemas sociais.

O que é preciso é um direito capaz de assegurar um mínimo de governabilidade, por parte do Estado, e de neutralizar a natural propensão das organizações empresariais, sindicais e corporativas nos setores estratégicos da economia de agir de modo "imperialista" sobre os demais; um direito reformulado na sua concepção arquitetônica e nos seus procedimentos, e cujas regras, à semelhança das normas e quase-normas utilizadas pelo direito internacional com vistas à coexistência e cooperação entre as nações, sejam capazes de servir como técnicas de gestão e neutralização das tensões, incertezas, contingências e indeterminações sempre presentes em todo processo social, econômico e político; um direito em condições de promover o ajuste ou acoplamento estrutural (*structural coupling*) da pluralidade de sistemas jurídicos diferenciados e de seus respectivos "espaços sócio-legais", com seu impacto social, cultural e institucional altamente diversificado em termos locais, regionais e setoriais; em suma, um direito preparado para assegurar o equilíbrio inter-organizacional, garantindo um mínimo de governabilidade ao Executivo e neutralizando a natural propensão dos grupos situados nos setores estratégicos da economia e da política de agir de maneira "colonizante" sobre os demais. Daí, para concluir, a importância de se também repensar doutrinariamente algumas das categorias básicas da política (como a regra de maioria, a soberania nacional e a ordem jurídico-constitucional enquanto um sistema formal, fechado e hierarquizado) a partir de paradigmas sensíveis tanto à tendência das organizações complexas em sua autonomia, na proporção direta de sua capacidade de mobilização, confronto e barganha, quanto à emergência de novos institutos legais especialmente voltados aos setores sociais marginalizados e oprimidos – aqueles que, excluídos do novo paradigma tecnológico industrial por falta de qualificação profissional, não dispõem de condições mínimas de se integrar no processo de modernização econômica liderado por essas organizações.

8 – ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O CRIME DO SACOPÃ

(Segunda Parte)

RENÉ ARIEL DOTTI

SUMÁRIO: 1. O resumo de um fato controvertido – 2. A acusação – 3. A prisão, o julgamento e a condenação – 4. O improvimento da apelação – 5. O cumprimento parcial e a extinção da pena – 6. O *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal: 6.1. Os fundamentos da impetração; 6.2. O parecer do Ministério Público; 6.3. O voto do Min. Carlos Thompson Flores; 6.4. O voto do Min. Eloy da Rocha (quanto à preliminar); 6.5. O voto do Min. Xavier de Albuquerque; 6.6. O voto do Min. Antonio Neder; 6.7. O voto do Min. Eloy da Rocha (quanto ao mérito) – 7. A decisão – 8. O memorial do Advogado Sousa Neto.

1. O resumo de um fato controvertido

Uma das versões dadas ao famoso episódio ao tempo de sua ocorrência foi reproduzida vinte anos mais tarde numa longa reportagem da revista *Veja*, evocando a estrutura e as especulações do crime passional.

"Namorado de Marina de Andrade Costa, o tenente de gênio violento, impetuoso em seus 21 anos, decide acertar contas com o bancário Afrânio, dez anos mais velho, ex-namorado da moça e homem de reconhecido fascínio sobre as mulheres. Encontram-se em frente ao Iate Clube e junto, no banco traseiro do Citroën negro de Afrânio, vai um amigo deste, Walton Avancini. Os três, rodando pelas estreitas e escuras ruas do Rio, pouco antes da meia-noite de uma segunda-feira, indo para os lados da lagoa Rodrigo de Freitas, já na época cercada de espaçosas residências. Discutiam, os dois rivais, a respeito da mulher amada. Estavam perto do Caiçaras, ainda hoje um clube elegante, quando Afrânio desafia: 'Se você é macho, por que não conquista a mulher só para você?'

'Corno, salafrário', responde Bandeira. E recebe uma bofetada no rosto. E puxa um revólver, atira três vezes: Avancini foge, Bandeira toma a direção do Citroen negro, dá a volta na lagoa, sobe a tortuosa e erma Ladeira do Sacopã, ainda sem as luzes e as mansões de agora. Lá, durante a madrugada, seriam encontrados o carro e o corpo. Entre os objetos recolhidos, uma fotografia de Marina, com a dedicatória: 'Ao meu forninho adorado, com todo o amor'".[1]

2. A acusação

Alberto Jorge Franco Bandeira, o jovem e galante 2.º Tenente Aviador, foi denunciado perante a 1.ª Vara Criminal, do então Distrito Federal, em 09.07.1952, como incurso na sanção do art. 121, § 2.º, incs. III e IV, do CP, pelo fato delituoso assim narrado pela denúncia: "Dia 06.04.1952, cerca das 23 horas e 45 minutos, na Avenida Epitácio Pessoa, próximo ao Club Caiçaras, o denunciado, no interior do automóvel marca "Citroën",

(1) *Veja*, n. 224, de 20.12.1972, p. 26.

licenciado pelo Distrito Federal sob n. 11.74.02, de propriedade de Afranio Arsenio de Lemos, fez contra este vários disparos de arma de fogo, produzindo-lhe lesões que causaram a morte, como positiva o auto de exame cadavérico de f.

"Em seguida, tomando a direção do veículo, conduziu-o para a Estrada do Sacopã,[2] onde o abandonou, tendo antes vibrado inúmeros golpes com a coronha da arma homicida na cabeça da vítima, executando assim o homicídio com requintes de crueldade.

O denunciado, que anteriormente manifestara o propósito de matar Afrânio, atraiu-o para um encontro na porta do Yatch Club,[3] dirigindo-se a seguir com o mesmo para o local onde executou fria e calculadamente o plano preconcebido, usando de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima."

3. A prisão, o julgamento e a condenação

Naquele tempo a prisão preventiva era obrigatória diante da regra do art. 312 do CPP em sua redação primitiva, quando ao crime fosse cominada a pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos. E a medida era, via de regra, decretada com o recebimento da denúncia se o acusado não estivesse preso em flagrante. A prisão antecipada do Tenente Bandeira foi decretada pelo Juiz João Claudino de Oliveira e Cruz, conforme despacho de 26.06.1952. O mandado foi cumprido sem dificuldades e o réu acompanhou os termos da instrução, respondendo a interrogatório, constituindo defensor na pessoa do criminalista João Romeiro Neto, o qual apresentou defesa prévia, arrolou testemunhas e assistiu as inquirições.

A pronúncia foi exarada pelo Dr. Hamilton de Moraes e Barros, juiz em exercício da vara do Júri, em 25.01.1953, louvando-se nos termos da própria denúncia que imputava o homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2.º, incs. III e IV).

O réu foi julgado pelo Tribunal Júri, em sessão realizada de 26 a 27.03.1954, sendo condenado a (15) quinze anos de reclusão. A defesa sustentou a negativa de autoria.

Por cinco votos os jurados afirmaram que o Tenente Bandeira foi o autor das lesões que causaram a morte da vítima; por quatro votos, reconheceram as qualificativas do libelo e, pela mesma votação, negaram a existência de atenuantes.

4. O improvimento da apelação

Na apelação foram argüidas quatro preliminares de nulidade do julgamento; e, no mérito, que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos quanto à autoria.

A 3.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, em acórdão unânime de 11.10.1954, com base no longo parecer do Ministério Público, negou provimento à apelação, desprezadas as preliminares. O julgamento foi efetivado pelos Desembargadores José Duarte, Presidente; Eurico Paixão, Relator e Stampa Berg, Revisor. A ementa do aresto foi assim lavrada: "Crime de homicídio qualificado. Julgamento pelo Tribunal do Júri. Não-acolhimento das argüições de nulidade da ação. Decisão dos jurados em consonância com as provas do autor. Confirmação da sentença apelada."

5. O cumprimento parcial e a extinção da pena

O condenado cumpriu metade da pena imposta,[4] e, alcançando livramento condi-

(2) A grafia correta é Sacopã.

(3) Como se destacou no artigo anterior, os autos registram a expressão "*Yatch*" e "*Club*", assim como são reproduzidas, mantendo-se o anglicismo da época.

(4) Assim como exigia o art. 60 do CP, em sua redação original: metade da pena para o criminoso primário e mais de três quartos, para o reincidente.

cional, foi libertado em março de 1960. Foi beneficiário do indulto presidencial de 27.12.1960, tendo sido declarada extinta a punibilidade do resto da pena privativa de liberdade, por sentença do Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais, em 26.06.1961.

6. O *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal

6.1 Os fundamentos da impetração

Em 10.05.1972, o Advogado Sebastião Oscar de Castro, impetrou perante o Supremo Tribunal Federal um pedido de *habeas corpus*.

O Relator, Min. Thompson Flores advertiu que o impetrante sustentou, em linguagem cáustica e, com repetidas qualificativas desprimorosas, não haver justa causa para a ação penal porque outro teria sido o responsável pela morte da vítima. Sem nomear pessoa ou indicar fatos, a inicial atribui farsa ao inquérito para encobrir os verdadeiros responsáveis, protegidos ou parentes de figuras de prestígio político da época.

Quando, porém, assim não fosse, nulo seria o processo, desde sua origem porque atentatório ao princípio da indivisibilidade da ação penal, dado que a perícia procedida no carro da vítima apontou outro suspeito, que sequer figurou na peça acusatória.

De resto, outras nulidades tornariam imprestável o processo, a saber: 1.ª – A lista geral dos jurados para servirem em 1954 não foi publicada em 30.12.1953; 2.ª – Da lista publicada em 30.12.1953, não consta o nome da jurada que funcionou no Conselho de Sentença, Maria Diana Brito Paternostro e, sim, Maria Diana Brito; 3.ª – Ignora-se quais os jurados sorteados para a reunião do Júri na qual se realizou o julgamento impugnado; e 4.ª – O quesito alusivo à qualificativa a que se refere o inc. IV do § 2.º do art. 121 foi formulado em desacordo com a lei e a jurisprudência.

Assim, quando não fosse anulado o processo *ex radice* por ausência de justa causa, a impetração pleiteava a declaração de nulidade do julgamento.

O Ministro relator salientou que a petição veio despida de qualquer documento.

As informações foram prestadas pelo presidente do Tribunal de Justiça, Des. Moacir Rebelo Horta, esclarecendo a situação do paciente, instruindo-as com xerocópias da denúncia, pronúncia, assinatura dos jurados e sentença, bem como o acórdão que negou provimento à apelação.

A requerimento do impetrante foram solicitadas informações complementares originando a remessa dos autos originais da ação penal, os quais foram apensados. Houve outras diligências e anexação de novos documentos.

Naquela fase ingressou nos autos de *habeas corpus* o Advogado Joaquim de Sousa Neto como patrono do paciente. E requereu a juntada de vários recortes de jornais e outros papéis.

6.2 O parecer do Ministério Público

A Procuradoria-Geral da República, através do Procurador Hélio Pinheiro da Silva, emitiu parecer que foi aprovado pelo Procurador-Geral, substituto, Oscar Corrêa Pina.

O Ministério Público opinou pela denegação do *writ*. Repelindo a argüição de falta de justa causa [5] e da ocorrência de nulidades, o parecer concluiu que remédio heróico, se conhecido, deveria ser indeferido. Houve destaque para a preliminar de que não estando o paciente preso e nem

(5) Diz o parecer: "... não se destina o remédio heróico a apurar injustiça da condenação, 'limitado que é ao reparo de ilegalidades ou abuso de poder, comprometendo a liberdade de locomoção' (HC 47.118-GB, rel. Min. Thompson Flores, *DJ* de 28.11.1969, p. 5.709)". E invoca outros precedentes do STF.

ameaçado de prisão – em face da extinção da pena privativa de liberdade – não se deveria conhecer do pedido. Após remeter-se à Constituição e à doutrina de Pontes de Miranda e Magalhães Noronha, a Procuradoria da República invoca precedentes do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que: "Cumprida a pena, e nenhum constrangimento havendo à liberdade de locomoção, as eventuais nulidades do processo não encontram no *habeas corpus* o meio adequado a saná-las (*DJ* de 01.06.1972, p. 1.142) no mesmo sentido decisão proferida no HC 46.070-SP, Rel. Min. Eloy da Rocha (*RTJ* 55/228).[6]

Não obstante tais precedentes, a ordem foi conhecida.[7]

6.3 *O voto do Min. Carlos Thompson Flores*

"Rejeito a prejudicial de não-conhecimento, suscitada no parecer da douta Procuradoria-Geral da República.

1. Certo o *habeas corpus*, segundo a lição dos doutos invocada no parecer antes transcrito, a começar por Pontes de Miranda, dirige-se como garantia individual, insculpida na CF, art. 153, § 20, à pronta reparação a liberdade de locomoção, sofrida ou ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder.

Julgados vários desta Corte o tem afirmado. Eu mesmo os tenho assim redigido.

Dessarte, estando livre o paciente, porque extinta a pena imposta, de nenhuma ameaça à liberdade se queixando, nem pelo processo a que respondeu, nem por outra que, por força daquele lhe pudesse prejudicar, não seria o *writ* a via processual própria para os fins propugnados em sua pretensão.

2. Todavia, nas situações especiais, que não visam ceifar o constrangimento à liberdade de locomoção ou sua ameaça, tem o Supremo Tribunal Federal admitido como idôneo o *habeas corpus*.

Refiro-me ao HC 45.232, apreciado pelo Plenário, em sessão de 21.02.1968, quando, embora livres os pacientes, estavam na iminência de sofrer a sanção administrativa a que se referia o art. 48 do Dec.-lei 314/1967.

Acentuou, então, o eminente Relator, Min. Themístocles Cavalcante: 'Dadas, portanto essas duas circunstâncias, a de ser o pedido contra determinação de autoridade judiciária em processo criminal, e de envolver o pedido o exame da legitimidade de uma medida considerada como pena acessória, qual a de privação de direitos, conheço do *habeas corpus* (*RTJ* 44/324).'

Ficou vencido, apenas, V. Exa., Sr. Presidente.

Outros precedentes poderiam ser invocados no mesmo prol: RHC 46.368, (*RTJ* 48/245) e 48.454 (Idem, 55/677). Estes dois últimos das Turmas e menos expressivos.

3. Não participo deste entendimento, e como meu voto não contribuí para qualquer deles. Sou fiel, todavia, ao pensamento do órgão, cuja opinião dominante é pela ampliação do instituto.

4. *In casu*, manifesto como já disse, não padece o paciente sequer de ameaça a sua 'liberdade física', dir-se-á que 'livre está como o vento', para rememorar expressões do Tribunal de Justiça de São Paulo, em processo há dias julgado, mas ressente-se ele de efeitos da pena *acessória* que lhe foi imposta como decorrência da sen-

[6] HC 50.010, f.

[7] O STF, reiteradamente, não tem conhecido do *habeas corpus* à falta de constrangimento à liberdade de locomoção (HC 70.328, Rel. Min. Celso de Mello; *RTJ* 135/593, Rel. Min. Sydney Sanches; *RTJ* 136/1226, Rel. Min. Moreira Alves; *RTJ* 142/896, Rel. Min. Octavio Galloti; *RTJ* 152/140, Rel. Min. Celso de Mello). Tal orientação foi retomada com o advento da Lei 9.268, de 01.04.1996, que tornou inadmissível a conversão da multa em pena privativa de liberdade. A propósito, ver *HC* 73.979-RJ e *HC* 74.134-7-PR, Rel. Min. Carlos Velloso.

tença criminal (CP, art. 67, inc. I, c/c 68, inc. II), a perda da patente de oficial das Forças Armadas.

Para arredá-la, careceria antes de invalidar o julgado que lhe deu causa. Daí o *habeas corpus* com os fundamentos já considerados.

3.[8] A meu sentir, a revisão criminal, porque em liberdade o paciente seria o caminho certo, e do qual jamais se valeu o paciente, a qual, sem lhe trazer qualquer perigo ou mal, poderia atingir a quaisquer dos fins expressamente consignados no art. 626 e seu parágrafo, *verbis*: 'Julgando procedente a revisão o Tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo. Parágrafo único. De qualquer maneira não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.'

De resto, desse decisório, se desfavorável caberiam ainda ou o recurso extraordinário ou o próprio *habeas corpus*.

4.[9] Inobstante, atento ao precedente, desprezo a preliminar, conhecendo, em princípio, do *writ*.

II

No que respeita ao pedido em si, indefiro-o.

1. Seriam bastantes para justificá-lo as razões do parecer da douta Procuradoria-Geral da República, já transcritas, e orientadas todas no mesmo rumo, das três vezes que se pronunciou nos autos.

2. Todavia, mais em homenagem ao esforço desenvolvido pelo advogado, que a partir de f. passou a fazer as vezes daquele que impetrara o *habeas corpus*, e do alentado memorial que distribuiu, constante de 176 mimeografadas laudas e da veemente defesa oral que acaba de produzir, permito-me algumas considerações.

Começou o ilustre causídico por buscar símile no clássico caso do Coronel do exército francês, Alfredo Dreyfus, que fora condenado por um Conselho de Guerra.

Admito apenas, dois pontos na correlação: são ambos militares; o crime de ambos abalou a opinião pública. Fora daí, o crime em si e seus motivos são os mais diversos. E não há como comparar o rigor de uma Corte Marcial e a magnanimidade do júri, notadamente entre nós brasileiros.

Todavia, o libelo de Zola, em seu 'Acusa', não se equiparava, nem de longe, às vagas e imprecisas razões de a outrem que não o paciente, cabia a autoria.

Por último, tanto Zola como a opinião pública francesa, através da imprensa, propugnavam a revisão do processo. E foi por meio dela, e não de procedimento outro, que a condenação foi revista pela Suprema Corte Francesa...

Jamais alguém, àquele tempo, pretendeu absolvição, em qualquer via sumária...

3. Não se poderia admitir que pretendesse, em verdade, na via heróica, porém estreita e sumária, do *writ*, reconhecer a ausência de *justa causa*, porque nenhuma prova séria foi trazida para ilidir a incriminação. Tudo que consta dos autos são meras conjecturas, procurando a outrem atribuir a prática do crime, e pelas razões já antes resumidas.

Se elas existem, a revisão é a via própria, como expressamente o dispõe o art. 621, incs. II e III, CPP. Nem se invoque as razões primitivas que se pudessem pôr em dúvida a imparcialidade da Justiça, ao certo já não existia, decorridos tantos anos quando o Tribunal de Justiça se renovou por inteiro... E isto sem que qualquer constrangimento ou perigo possa emergir ao paciente pelas razões mesmas já invocadas no apreciar a prefacial...

4. Restam as nulidades referentes ao julgamento. São as quatro constantes do relatório.

(8) Na seqüência do voto, o número de introdução deveria ser o 5 e não o 3, como consta (HC 50.010-GB, f).

(9) O número correto seria 6 e não 4, como consta às f. Ver a nota anterior.

Quanto à primeira. A relação dos jurados para o ano de 1954, os editais foram publicados em novembro e dezembro de 1953, segundo as exigências do art. 439 e seu parágrafo único do CPP, conforme os termos da informação de f.

Quanto à segunda. Certo não consta do nome dos jurados Maria Diana Brito, advogada, o sobrenome de *Paternostro*, o qual não figura também no edital de sorteio como suplente, f. dos autos apensados e que aparece apenas com o nome completo Maria Diana Brito Paternostro, na ata, como último jurado sorteado, f., assim subscrevendo o compromisso e o termo de julgamento, f.

Todavia não demonstrou o impetrante, e seria fácil fazê-lo, que se tratava de outra pessoa, diversa daquela que fora incluída na relação dos jurados.

Aqui, oralmente, como antes, atribui atividade até dolosa. A grave acusação, por isso mesmo, imporia prova plena, máxime para invalidar um julgamento, sobre o qual, nesse passo, nada se invocou e já há quase dois decênios. Repare-se o que importaria o acolhimento de tal nulidade. Não faltariam audaciosos a invocar tão comprometedora falta.

A jurada com o nome referido, segundo a ata, foi chamada, tomou assento. E o fez sem qualquer impugnação, ao menos que conste da ata.

O Sr. Dr. Sousa Neto (Advogado): Sr. Presidente, pela ordem, sobre matéria de fato.

Sustentou o eminente Relator que, por ocasião do sorteio para a constituição do Conselho de Sentença e por ocasião da chamada geral dos jurados, que precede o sorteio para o Conselho de Sentença, a jurada chamada foi Maria Diana Brito, cujo nome constava da relação dos jurados e do edital de convocação. O Juiz não sorteou Maria Diana Brito Paternostro. O Juiz sorteou Maria Diana Brito. Portanto, ninguém poderia ter protestado. Ninguém tinha nada contra Maria Diana Brito.

O Sr. Min. Carlos Thompson Flores (Relator): Esta é uma circunstância de fato?

O Sr. Dr. Sousa Neto (Advogado): Ninguém impugnou porque a jurada sorteada foi Maria Diana Brito.

O Sr. Min. Eloy da Rocha (Presidente): V. Exa. deve-se limitar a indicar o fato.

O Sr. Dr. Sousa Neto (Advogado): Mas é fato.

Por isso ninguém impugnou. Mas a que serviu foi outra.

O Sr. Min. Carlos Thompson Flores (Relator): O que o eminente Advogado estava afirmando é questão de fato, por isso aceitei seus esclarecimentos de que tanto no edital, como no sorteio dos suplentes, figurava o nome por inteiro: Maria Diana Brito.

Quanto à terceira. A imprecisão dos nomes dos verdadeiros jurados que integram o rol dos 21 que deviam funcionar na sessão, e que o memorial acentua que foram em número de 34, f. do memorial, ante as operações que realizou.

"O julgamento do paciente foi a 13.ª da 3.ª reunião ordinária do Júri. A teor dos arts. 442 e 445 do CPP, em cada *sessão* pode ocorrer a convocação de suplentes, substituindo-se os jurados faltosos, os quais, inicialmente, constam da relação para a *reunião*, mas que podem ser substituídos, segundo aqueles preceitos. O que importa sempre é que para o julgamento se encontrem na urna 21 jurados.

O Sr. Dr. Sousa Neto (Advogado): Juntei o documento n. 30, que consta dos autos do *habeas corpus* e que prova que não se lavrou nenhuma ata, nem um termo do sorteio dos jurados. Como se poderia verificar, se não há uma ata? Juntei o documento, por fotocópia, de n. 30 aos autos, mas tenho, aqui, o original.

O Sr. Min. Carlos Thompson Flores (Relator): A certidão está aqui, leio-a. 'Certifico, em atenção ao pedido supra, que, apesar das reiteradas buscas realizadas no arquivo deste Juízo, não foi localizado nenhum livro em que tivesse sido lavradas atas de sorteio mensal de jurados,

relativas ao ano de mil novecentos e cinqüenta e quatro, pelo que não é possível atender ao que pede o signatário da petição.'

O Sr. Dr. Sousa Neto (Advogado): Em nenhum livro do Cartório foi encontrada a ata.

O Sr. Min. Carlos Thompson Flores (Relator): Vou reler (releu).

Penso que a certidão nada exprime, de molde a se poder afirmar, com a segurança precisa, que não ficaram registrados os sorteios suplementares. Penso que, se os livros foram extraviados, ou recolhidos em arquivo outro, restaram os processos julgados na 3.ª reunião do Júri de 1954, os que precederam ao julgamento do paciente, em cujo corpo estariam os sorteios suplementares. E ainda do livro de atas das sessões do Júri, ao qual se refere o art. 495, citado.

Nem posso crer que o Tribunal do Júri da então Capital do País, presidido que foi pelo saudoso Magarino [10] Torres, não tivesse tal livro, encontrado nas mais longínquas comarcas do País, como o vemos através dos muitos recursos criminais que aqui vêm ter.

Foi o que sucedeu, segundo consta da ata referida, em conferência pública, contra a qual nada se arguiu no momento, f.

E a fé pública daí emergente não foi comprometida por qualquer prova oferecida pelo impetrante.

"E fácil seria, pois, de cada processo consta a certidão da ata do sorteio suplementar, tal como dispõe o art. 495, inc. V, do CPP. Se não se fez registrar no livro próprio de sorteio, ter-se-á o das atas do Júri, na forma do artigo citado, a qual deveria integrar os processos antes julgados.

Quanto à quarta. Cuida da má formulação do quesito da agravante qualificativa do inc. IV, do § 2.º do art. 121 do CP – recurso que dificulte e torna impossível a defesa da vítima.

Desprezou-a o acórdão com a seguinte fundamentação, f.: 'O réu, na prática do crime, usou de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima?

Esse quesito reproduz, *ad litteram*, a agravante qualificativa do § 2.º, inc. IV, do art. 121 do CP, com as modificações relativas aos tempos dos verbos empregados na frase. E reproduz também a redação dessa majorante, utilizada no despacho de pronúncia, quando transcrevem a denúncia para com ela argumentar, e no libelo crime acusatório, quarto provará, f.

Consta da ata de julgamento que esse impugnado quesito, como os demais, foi lido às partes e explicado o seu significado, *nada tendo as partes requerido, quando consultadas sobre os mesmos.* (Ata, f., últimas linhas).

Houve, pois, inteira concordância na formulação desse quesito, como já houvera por parte da defesa, que se não rebelou, por via de recurso ordinário, contra o despacho de pronúncia, e nem articulou uma só palavra a respeito quando do oferecimento da contrariedade ao libelo, f. Dir-se-á que o apelante, forte na negativa de autoria do crime que se lhe imputava, não iria se preocupar com as circunstâncias que cercaram esse crime, para ele desconhecidas. Negava o principal, e isso era o que exigia a sua consciência de inocente do sangue da vítima. Mas, arrastado à barra do tribunal como o autor do crime, havia que se preocupar com as questões a serem formuladas pelo juiz na hipótese de ser afirmado o primeiro quesito, ou seja, no caso do Júri reconhecer ter sido ele o matador da vítima.

A lei processual exigia esse seu procedimento, sob pena de considerar sanada qualquer nulidade em conexão com a formulação dos quesitos (art. 572, inc. I, c/c o art. 571, inc. VIII). A redação defeituosa do quesito constituiria omissão de formalidade, elemento essencial do ato (art. 564, inc. IV, do CPP).

[10] Erro de datilografia do original (HC 50.010-GB, f). O prenome correto é Magarinos.

O egrégio Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 26.11.1952, citado no parecer de f., subordinou as nulidades decorrentes de falhas do questionário ao inc. IV do citado art. 564 e ensinou que se alinham elas entre as que se consideram sanadas quando não arguidas oportunamente, ou seja, logo depois de ocorridas (art. 571, inc. VIII, citado).

Atualmente, essa nulidade consta expressamente do art. 7.º da Lei 263, de 23.02.1948.

Em última análise, não protestando tempestivamente contra a redação do malsinado quesito, teria a defesa colaborado conscientemente na falha apontada, e que lhe furtaria o direito de vir, à undécima hora, apontá-la à instância superior, *ex vi* da norma do art. 565 do CPP.

Admitindo-se, todavia, que a defesa pudesse, ainda agora, argumentar contra a redação do quesito, e pedir a nulidade do julgamento com tal argumentação, ainda assim não seria de acolhê-la, por totalmente improcedente. O argumento nuclear da argumentação consiste na afirmação de que o recurso usado pelo criminoso, para dificultar ou tornar impossível a defesa da vítima, é insídia, é recurso insidioso, pérfido, e não qualquer outro recurso *muito embora haja dificultado ou tornado impossível a defesa*, f. E em assim sendo, havia mister que se individuasse esse recurso na formulação do quesito, que se indicasse o fato, que teria constituído o recurso insidiosamente usado, para dificultar ou impossibilitar a defesa.

Essa dissertação jurídica processual penal da defesa não encontra eco quer na jurisprudência, quer na doutrina. E acresce que esse quesito, que qualifica o homicídio, jamais foi redigido de outra forma, como assinalam os representantes da sociedade, nas suas contra-razões.

Dito quesito acha-se redigido na conformidade do libelo e do despacho de pronúncia. E é ensinamento antigo que os quesitos devem obedecer rigorosamente àquelas duas peças de acusação, atendo-se tanto quanto possível à sua redação.

E obedecem também rigorosamente à redação da lei penal, no trecho correspondente. Assim, a fórmula genérica do quesito contra a qual se rebela a defesa, obedeceu às melhores lições dos doutrinadores e praxistas, não tendo prejudicado de modo algum a defesa, pois que, como afirma Roberto Lyra, citado no parecer de f. *a expressão recurso bem exprime a idéia de vantagem, em cuja criação, preparo ou aproveitamento, intervém a vontade e a consciência com o fim de propiciar a execução.* (Com. ao CP, Rev. Forense, vol. II, 1942, p. 252).

A prevalecer a tese contrária, esposada nas razões do recurso, teria o juiz que organizar um sem número de quesitos, cada qual incluindo um recurso insidioso de que teria o réu lançado mão na execução do crime, como sucederia se se tratasse de motivo fútil; toda gama desses recursos e motivos teriam que se apresentar ao conhecimento dos jurados, para a devida resposta. Ora, assim como sucede com as atenuantes, não está o juiz obrigado a formular toda essa espécie de recursos e motivos, bastando que questione os jurados sobre os que informam os autos.

No caso concreto houve debates, inquirição de testemunhas em plenário, e os quesitos foram debatidos, de molde a explicar aos jurados em que teria consistido o recurso pérfido utilizado pelo réu na prática do crime. Os jurados votaram conscientemente; não houve qualquer prejuízo para a defesa, que se confinou na negativa da autoria e concordou integralmente com a redação que ao impugnado quesito deu o juiz.

"Admito que não fosse a mais acertada a formulação questionada, e sobre a qual nada argüiu, em tempo, no plenário, a defesa. De qualquer forma, a esta altura não poderia invalidar o julgamento.

É que reconheceram os jurados a outra qualificativa – a meio cruel – (Cód. Citado, art. 121, § 2.º, inc. III).

O Sr. Min. Eloy da Rocha (Presidente): Haveria nulidade?

O Sr. Min. Carlos Thompson Flores (Relator): Penso que não. O homicídio continuaria qualificado. A pena não baixaria do mínimo, 12 anos, suficiente para a imposição da sanção acessória contra a qual se rebela o impetrante.

Sem objeto, pois, nesse passo, a pretensa falta, não seria causa de nulidade, segundo o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, especialmente em seus arts. 563 e 566.

Certo que se fora invocada, antes de extinta a pena, ou, quando pudesse ter o efeito de rebaixá-la a menos do que autorizaria a perda da patente – sanção acessória – mereceria considerada.

Não agora, que nenhuma influência teria, ainda que a cancelasse, pois, ante o reconhecimento da outra qualificativa, não poderia a pena em questão descer dos 12 anos.

Utile per inutile non viciatur.

As outras duas nulidades não constam do pedido. Foram invocadas no memorial. Não autorizariam apreciação. Todavia, foram bem repelidas no bem lançado acórdão, em parte transcrito, e cujas passagens lerei, se a Egrégia Turma julgar necessário.

5. Peço, Sr. Presidente, excusas pelo tempo que tomei, com tão extensas considerações, máxime nesta penúltima sessão do ano, com tantos casos a julgar, muitos deles com réus presos.

Todavia, tantas foram as publicações que se fizeram e se vem fazendo desde maio, quando o pedido aqui ingressou, e que teve marcha demorada pelas razões já esclarecidas no relatório, que me julguei no dever de considerar todos os aspectos do caso, para bem evidenciar sua imprestabilidade para apreciação na via do *habeas corpus*, notadamente, com as escassas provas que para aqui vieram em prol da pretensão.

É o meu voto."[11]

[11] Segue-se a assinatura do Min. Relator (HC 50.010-GB, f.). (Transcrição fiel do texto original).

6.4 O voto do Min. Eloy da Rocha (quanto à preliminar)

"Citou-se, nos debates, o RHC 49.893, de que fui Relator, em que a ementa do acórdão, de 8 de maio passado, foi esta: 'A declaração de extinção da pena privativa de liberdade, cumpridas as condições do *sursis*, na forma dos arts. 59, § 4.º, do CP, e 708 do CPP, não obsta à alegação, pela via do *habeas corpus*, de eventual coação ilegal, resultante da sentença condenatória'.

De acordo com esse entendimento, acompanho o eminente Relator, quanto à preliminar. Conheço, em princípio, do pedido."

6.5 O voto do Min. Xavier de Albuquerque

"Sr. Presidente, estou de acordo, em grande parte, com o voto do eminente Relator.

No tocante ao fundamento da falta de justa causa, como S. Exa., entendo que a análise dessa motivação excede as forças do *habeas corpus*.

Em muitas hipóteses, tem o Supremo Tribunal Federal, para acudir à alegação de falta de justa causa na impetração de *habeas corpus*, feito exame relativamente profundo da prova produzida. Mas, em casos assim, é sempre essencial que essa prova se cinja a um determinado fato certo, do qual se proponha ao Tribunal a extração de conseqüências.

Quando a questão é realmente de direito e para ilustrar sua exposição, o impetrante precisa apresentar um fato ao Tribunal e prová-lo inequivocamente. O Tribunal consente – e acho que faz bem em fazê-lo – em examinar essa prova no *habeas corpus*, sem o que não poderia apreciar o fundamento da impetração.

Mas, neste caso, o problema é muito difícil (*sic*), porque a dissidência se põe em termos de autoria. Enquanto o acórdão atacado, confirmando decisão do Júri,

reconheceu a autoria atribuída ao paciente, a impetração pretende obter do Supremo Tribunal Federal, em *habeas corpus*, julgamento que negue essa autoria.

Realmente, creio que essa pretensão excede as possibilidades do meio processual utilizado. Não posso, portanto, tal qual o eminente Relator, conceder a ordem por falta de justa causa.

Quanto às nulidades, em alguns pontos acompanho o voto do eminente Relator. Não em todos, porém, e principalmente em um, que me impressionou sobremaneira.

A questão de ter havido dúvida – não exijo, em caso especialíssimo como este, que haja certeza – quanto à identidade da jurada, vale dizer, dúvida sobre se a jurada que participou do julgamento era efetivamente a jurada sorteada, como tal regularmente constituída e comunicada a toda a comunidade pelo edital costumeiro, essa questão é sumamente grave, creio eu, para que não me debruce sobre ela.

Pareceu-me, pelo relatório e pelo douto voto do eminente Relator, que as informações do Tribunal, aqui apontado como coator, não deram cumprida justificação desse episódio. Mas S. Exa., firme no seu raciocínio de jurista, entendeu que seria necessário, para acolher a argüição, que a impetração trouxesse prova negativa, isto é, prova de que, efetivamente, a pessoa que figurou no Conselho de Sentença, com o nome acrescido de 'Paternostro', não era aquela mesma pessoa cujos primeiros elementos do nome coincidiam com o da lista.

Repito que este caso é especialíssimo, pelo que, para julgá-lo, não chego a exigir tanto. Parece-me que, diante da dúvida fundada de que não eram as mesmas a pessoa sorteada para compor o número de 21 jurados, e a pessoa que integrou efetivamente o Conselho de Sentença, com as circunstâncias de ter sido a última sorteada (quem sabe, até, quando já se haviam esgotado as recusas peremptórias da defesa) e de haver a qualificativa sido reconhecida por 4 votos contra 3, houve prejuízo para o paciente. A repercussão da nulidade faz presumir o prejuízo, pelo menos no ponto da qualificativa. E como não é possível cindir, idealmente, o quesito, não vejo como a nulidade não contamine o julgamento.

O Sr. Min. Thompson Flores: Permita-me V. Exa. um esclarecimento.

Pus, como V. Exa. está pondo, especial atenção à integração no Conselho de Jurados do último daqueles que o compôs. Refiro-me àquela que assinou o termo de votação com o nome completo, Maria Diana Brito 'Paternostro'.

Já referi em meu voto a essa dissonância no patronímico. Ele não consta, em realidade, nem da relação dos jurados, publicada em dezembro de 1953, nem do edital, de convocação de suplentes, para a sessão do julgamento impugnado. O que de ambos consta é o nome Maria Diana Brito, advogada, o qual não sofreu o que se sabe, qualquer impugnação.

Estes são os fatos certos, constantes tanto dos autos da ação penal, como do *habeas corpus*.

A dizer-se, porém, que era ela uma falsa jurada, uma impostora, sujeita, por isso mesmo, a processo criminal; e, por isso mesmo, com sua presença, participando da votação, invalidar a decisão dos jurados, a meu sentir, enorme é a distância.

E, tanto mais, que se assentou ela entre os jurados, participou da longa sessão, sem nenhuma impugnação, quando das recusas utilizavam as partes, inclusive a defesa patrocinada por um dos mais reconhecidos criminalistas.

E precisou o decurso de mais de três lustros para se invocar essa falta... A qual o memorial procura persuadir era até dolosa...

Repare-se. Se o fosse, não iria a jurada assinar como o fez, acrescentando o patronímico, com o qual se argúi a grave falta, envolvendo a todos que tomaram parte no sensacional julgamento.

O que importa, e pediria especial atenção da Eg. Turma, é que não se provou, nem sequer se esboçou prova, de que Maria Diana Brito e Maria Diana Brito Paternostro fossem duas pessoas diferentes. Porque, se eram a mesma, com apenas diferença de nomes, vã seria a falta, que, de resto, é por demais grave, e não conheço sequer um precedente tenha ocorrido até hoje, pelo menos, no Brasil, máxime com o tom que lhe atribui o impetrante.

E fácil seria a prova em questão, mesmo porque diversas são as fotografias dos jurados constantes dos autos, inclusive a do que se fez juiz de fato, e ora é tida como falsa. É que se trata de mera invocação, despida da menor prova, diria eu, simples conjectura.

Admitida a dúvida, e precária, para o fim propugnado, e em *habeas corpus*, parece-me, *data venia*, precedente perigosíssimo, que atenta contra a própria segurança das decisões dos Colegiados, indistintamente, inclusive do Júri.

O Sr. Min. Xavier de Albuquerque: Provar que são as duas a mesma e única pessoa, não é difícil. Mas, provar que não são a mesma pessoa, é difícil, porque constitui prova negativa. Seria necessário que o paciente fosse em busca, no caso, de outra Maria Diana Brito, que ele não tem o dever de conhecer.

O Sr. Min. Thompson Flores (Relator): Mas até fotografias, e boas, apresentam os autos, com folhas de revistas de divulgação como a Manchete e Cruzeiro!

O Sr. Min. Xavier de Albuquerque: Foi fotografada a que compareceu e julgou mas não a que foi sorteada e cujo nome saiu incompleto.

Respeito e admiro a fundamentação do voto do eminente Relator, muito técnico demais para caso tão singular e de tamanha repercussão, mas, no particular dessa nulidade, hesito em acompanhar S. Exa., porque, para mim, basta que se ponha dúvida fundada – e ela o é – de ter participado como juiz quem juiz não seria, para que mande repetir o julgamento.

Quanto às demais nulidades, com alguma eventual restrição que debitarei às minhas deficiências, pois nem sempre acompanhei por inteiro a variada fundamentação do voto do eminente Relator, estou de acordo. Mas, no tocante a essa nulidade, peço vênia para não acompanhar S. Exa., desta vez.

Saliento novamente que este feito, de que estamos a conhecer pela via oblíqua do *habeas corpus*, não é um feito de todos os dias. É um processo extremamente estranho; é um episódio que ainda vive cercado de mistério, sobre o qual as sombras não se desfizeram. Reconheço a nulidade, e prefiro reconhecê-la, para propiciar ao paciente o mínimo que lhe posso dar nesta ocasião, que é a renovação do julgamento.

Quero acrescentar um ponto que também contribuiu para a formação de minha orientação. Segundo revelou o ilustre advogado, Maria Diana Martins Brito é pessoa existente, que casou em 1949 com cidadão de sobrenome Paternostro e passou, desde então, a ser Maria Diana Martins Brito Paternostro. É possível que Maria Diana Brito, sorteada para compor o Conselho de Sentença, seja a mesma pessoa, com o nome incompleto de solteira. Mas, vejam V. Exas. que esse sorteio se fez em março de 1954, quando ela já era casada há 5 anos.

Data venia, concedo a ordem."[12]

6.6 O voto do Min. Antonio Neder

"1. A petição de *habeas corpus* contém cinco fundamentos.

O primeiro diz respeito com a falta de justa causa para condenar-se o Tenente Bandeira.

Sustenta o Impetrante que o Paciente não é o autor do homicídio de Afrânio Lemos.

(12) HC 50.010-GB, f. (Transcrição fiel do texto original).

Tenho dúvida acerca do pormenor, importantíssimo é certo, mas, doutro lado, não me é possível julgá-lo em ação de *habeas corpus*, cujo restrito alcance não comporta exame analítico da prova, notadamente a que tem pertinência com autoria; sim, porque, no caso, a justa causa envolve a prova do fato imputado ao Tenente Bandeira, ou a existência do crime que o MP atribuiu à sua conduta, e isto, como ressabido, constitui matéria que não pode ser versada no sumaríssimo processo de *habeas corpus*, instituído tão-somente para o controle da liberdade como do procedimento legal que possa de qualquer modo ameaçá-la.

Cumpre-me, assim, afastar o primeiro fundamento da petição.

2. A segunda razão em que se baseia o pedido é referente à publicação da lista de jurados, visto que se publicou essa relação nominal em dezembro de 1953 e não pela forma prevista no parágrafo único do art. 439 do CPP.

Na verdade, a citada regra determina que o juiz-presidente do Tribunal do Júri faça duas publicações da lista, uma, provisória, no transcurso de novembro do ano anterior ao do funcionamento daquele Colégio, e outra, definitiva, no curso da segunda quinzena de dezembro imediatamente seguinte, pois a primeira pode ser alterada, tanto de ofício quanto por meio de reclamação feita por qualquer pessoa.

Meu juízo a respeito do assunto é o de que a discutida regra contém uma ordem a ser cumprida pelo presidente, que deve ser pontual no executá-la; mas o certo é que, na prática, nem sempre o juiz pode cumprir suas tarefas no prazo legal, não só por causa do seu trabalho abundante e cansativo, como também porque muitos de seus atos dependem de pesquisa, estudo e reflexão demorados.

Embora não pareça, o elaborar a lista de jurados constitui algo complicado.

É que o CPP, art. 439, *caput*, impõe ao juiz que aliste os jurados *mediante escolha por conhecimento pessoal e sob sua responsabilidade*, e um ato assim grave deve ser praticado com cautela a fim de evitar que figure no meio dos jurados algumas pessoas que não têm aptidão para julgar, porquanto, ao cabo de tudo, o jurado é um juiz, e a escolha de um juiz não é das que se fazem com facilidade, visto que o escolhido é um homem, e este, conquanto se julgue civilizado (*homo sapiens*), na realidade não passa de um complexo de qualidades e defeitos, ou de muitos defeitos e pouquíssimas qualidades, por vezes mais parecido com um animal do que um ente humano, qual registrava o moralista Montaigne (*Essais*); portanto, é justo, racionalmente compreensível, que o juiz-presidente do Tribunal do Júri tenha perplexidade na escolha dos jurados, e, por isso, demore algum tempo no elaborar e publicar a lista dos respectivos nomes; parece-me, enfim, que, na espécie, o atraso constitui *irregularidade*, não uma *nulidade*, tanto mais aceitável esta conclusão quanto é certo que o Impetrante não alega prejuízo para a defesa do Paciente produzido pela demora questionada (CPP, art. 563).

Julgo, então, que não procede o segundo fundamento.

3. Passo ao exame da terceira razão.

Sustenta o Impetrante que o Conselho de Sentença foi constituído pela jurada Maria Diana Brito Paternostro, e que o nome desta não consta da lista de jurados publicada em dezembro de 1953, a lista dos que deveriam servir no decorrer de 1954, quando foi julgado o Paciente, visto que essa relação contém o nome de Maria Diana Brito.

"Trata-se de pormenor que merece reflexão, porque diz respeito com a identidade física do juiz natural, ou juiz competente, o único habilitado a julgar o acusado, como exprime a Constituição no art. 153, § 12, e esse juiz, no Tribunal do Júri não pode ser diferente do que foi *incluído* na lista, do *sorteado* pela forma legal e do *aprovado* pelo acusador e defensor, nos termos dos arts. 433, 439, 445, 447, 457,

458, 459 § 2.º e outros, todos do CPP.

Portanto, é indiscutível a importância da identidade física do jurado *incluído* na lista com o *sorteado* e o que *formou* o Conselho.

A pessoa de Maria Diana Brito que *figurou* na lista, f., e foi *sorteada*, é a mesma de Maria Diana Brito Paternostro que *formou* o Conselho, f.?

Não se lê nos autos nenhum esclarecimento acerca de tal identidade.

Parece-me, todavia (este o meu convencimento), que se trata da mesma pessoa, e que a alteração do nome deve ser atribuída à superveniência do casamento de Maria Diana Brito com um Paternostro, nome este que foi acrescido ao de solteira (CC, art. 240).

Será despiciendo tal pormenor?

Trata-se de matéria relevante.

É que o fato de Maria Diana Brito haver-se casado após o alistamento como jurada, e antes do julgamento, devia ser comunicado ao juiz-presidente do Tribunal do Júri, ou, então, denunciado quando foi sorteada, visto que, pelo casamento, pode ter sucedido que se tenha tornado impedida de julgar o Tenente Bandeira.

É o que promana do nosso vigente sistema processual, como se lê nos arts. 252, 253, 254, 255 e 462, todos do CPP, assim redigidos:... (lê).

Se o casamento de Maria Diana sobreveio à inclusão do seu nome na lista dos jurados, e se admissível haja o casamento influído em sua situação de jurada que devia julgar o Tenente Bandeira, seu novo *status* não podia deixar de ser comunicado ao Tribunal do Júri, ao menos para o efeito do que dispõe o § 2.º, do art. 459, do CPP.

Quem sustentará que, por causa do casamento, Maria Diana Brito Paternostro não seria recusada para compor o Conselho?

Note-se que o acusador e o defensor foram consultados, não sobre se aceitavam Maria Diana Brito Paternostro, e sim Maria Diana Brito.

Trata-se de algo que comprometeu a legalidade da constituição do Conselho de Sentença, e que não foi a tempo obviado porque o Tribunal do Júri não *conhecia* o pormenor.

A validez jurídica da investidura de jurado no Conselho tem pertinência com a legitimidade desse Órgão, que deve compor-se de juízes naturais, como exige a Constituição.

Concluo que o Conselho de Sentença não foi constituído mediante observância da lei, e, por isto, sua decisão é nula, como decorre do art. 564, inc. IV, do CPP.

Procede o terceiro fundamento da impetração.

4. Quanto à quarta razão do pedido, eu a tenho como irrelevante, e, por isto, julgo que o Tribunal não pode aceitá-la.

5. Finalmente devo apreciar a nulidade processual que envolve a formulação do quesito relativo à agravante qualificativa inscrita no art. 121, § 29, inc. IV, do CP.

Dita pergunta foi assim formulada: *o réu, na prática do crime, usou de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima*?

Sustenta o Impetrante que o discutido quesito devia ser desdobrado em dois para ensejar uma pergunta sobre o uso de recurso que *dificultou* e o uso de recurso que *tornou impossível* a defesa da vítima, pois o englobar as duas circunstâncias em única pergunta impediu o Conselho dos Jurados fizesse diferença entre uma e outra, donde o prejuízo da situação jurídico-penal do Paciente, visto que o Júri poderia negar as duas, afirmar a primeira e rejeitar a segunda, ou sustentar estoutra e recusar a anterior.

Por ser exemplificativa a enumeração que se lê no sobre dito inciso, e porque a *dificuldade* e a *impossibilidade* a que ele se refere dizem respeito ao *modo* por que se conduz o agente, por uma razão e outra o Conselho deve ser questionado, separadamente, a respeito da *dificuldade* e acerca da *impossibilidade*, pois a primeira é menos agravante do que a segunda, e isto

influi na quantidade da pena; sem dúvida, o Conselho de Jurados tem o direito de julgar que o réu cometeu o crime por meio de recurso que *dificultou* a defesa da vítima, que o réu praticou o crime por meio de recurso que *tornou impossível* essa defesa, como negar uma circunstância e outra, e o presidente, ao formular os quesitos, não pode fazê-lo de forma que afaste o direito de o Conselho reconhecer a dificuldade ou a impossibilidade e até negá-las; inadmissível é que o Conselho se veja na contingência de afirmar ou negar as duas, como sucedeu no caso agora discutido, sem opção.

Lembro aos eminentes Ministros que, aos 02.06.1966, ao julgar o Recurso Extraordinário Criminal n. 48.353, a Primeira Turma do Supremo Tribunal, seguindo parecer do então Procurador-Geral da República, depois eminente Juiz deste Alto Pretório, o nobre Min. Oswaldo Trigueiro, julgou pela separação dos quesitos em caso idêntico ao agora debatido.

Eis o que se lê na fundamentação do referido acórdão:

Todavia, na conformidade do respeitável entendimento dessa Suprema Corte, o julgamento está nulo e por vício inalegado pela defesa.

É que o Júri não foi perguntado sobre o recurso de que se utilizara o réu para dificultar ou impossibilitar a defesa da vítima.

O quesito, ao nosso ver, por outro lado, não podia ser formulado da forma por que o foi; englobando, num só quesito, as duas circunstâncias, por que, respondendo afirmativamente, não sabemos em que o Júri está.

O réu dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima?

Para esclarecer essa dúvida é que se faz mister a propositura de um quesito específico, que, no caso, não foi feito.

Vê-se que a orientação adotada no precedente robustece a opinião que sustento.

Portanto, mesmo seja rejeitada a nulidade pertinente ao possível impedimento de Maria Diana Brito Paternostro, o certo é que a referente ao desdobramento do quesito não pode ser negada.

Peço vênia ao eminente Ministro (*sic*) Thompson Flores para discordar de Sua Excelência e conceder o *habeas corpus* para o fim de anular o julgamento do Tenente Bandeira".[13]

6.7 O voto do Min. Eloy da Rocha (quanto ao mérito)

"Estou de acordo com o eminente Relator: o remédio legal para a pretensão do paciente encontra-se no art. 621 do CPP, combinado com o art. 626. Dispõe o art. 621: 'A revisão dos processos findos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimento, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.'

Como decidido na votação da preliminar, embora haja o réu cumprido a pena, como acontece no caso, é possível, em tese, examinar, em *habeas corpus*, a ocorrência de nulidades, cuja gravidade foi acentuada pelo ilustre advogado impetrante.

Duas das nulidades foram acolhidas pelos votos que dissentiram do eminente Relator. A primeira, quanto à constituição do Júri, do qual teria participado jurada que não o era, que não se identificava com a da lista, Maria Diana Brito, ou Maria Diana Brito Paternostro. Entenderam esses votos que, suscitada dúvida sobre a legalidade da composição do Júri, ela devia ser considerada em favor do réu, de modo a anular-se o julgamento.

(13) HC 50.010-GB, f. (Transcrição fiel do texto original).

Com a máxima vênia, não acompanho esse entendimento. Realizado o Júri, há dezoito anos, sem que, na sessão de julgamento, ou, depois, na apelação, se levantasse, a propósito, qualquer dúvida, não é possível ao Supremo Tribunal Federal, a meu ver, com os elementos ora oferecidos, no processo de *habeas corpus*, sem a indagação que a alegação reclama, declarar a nulidade do julgamento. O Supremo Tribunal não dirá que o julgamento talvez tenha sido nulo. Ele deverá dizer, sim, se o julgamento foi nulo. Essa declaração só poderia fazê-la o Tribunal, com a certeza, e não com a dúvida sobre a nulidade. Mediante revisão criminal, as mesmas questões poderiam ser examinadas, largamente, sem nenhuma restrição, e a indagação havia de dar resultado seguro, para que o juiz se pronunciasse e proclamasse: foi nulo o julgamento, ou não foi nulo. Esta via está aberta, sem nenhum prejuízo ao paciente, uma vez que ele já cumpriu a pena, não está sujeito à prisão.

Não me parece que se trate de prova da negativa indefinida. É prova possível a de que a pessoa, que compôs o júri, não foi a mesma que integrava a lista dos jurados. A questão, a meu ver, não poderia ser suficientemente esclarecida e decidida no processo de *habeas corpus*.

Rejeito, assim, desde logo, o primeiro fundamento, que se me afigura o fundamento central dos votos discrepantes do eminente Relator.

Quanto à argüição de nulidade, por defeito na redação do quesito referente à qualificativa prevista na parte final do inc. IV, do § 2.º, do art. 121 do CP, foi ela exaustivamente apreciada e repelida na apelação. Foram reconhecidas duas qualificativas, as dos incs. III e IV, do § 2.º, do art. 121. Bastava uma delas para qualificar o homicídio. O eminente Relator acentuou que, em se cogitando de quesito, com repercussão na fixação da pena, na gradação maior da pena de homicídio qualificado, cujo mínimo é de doze anos de reclusão, a questão, hoje, não apresenta mais interesse. O eminente Min. Antonio Neder objetou que a questão da pena maior ou menor importa, sempre, ao réu. Mas é de ser lembrado o princípio que domina todas as nulidades, o do prejuízo, consagrado no art. 563 do CPP. No caso, para decretação da nulidade, para submeter-se o paciente a novo julgamento do Júri, porque a pena devia ser de doze anos de reclusão, e não de quinze, não existe mais razão. O réu cumpriu mais de metade da pena imposta. Após livramento condicional, foi-lhe concedido indulto, relativamente à parte restante da pena e, em conseqüência, foi declarada extinta a pena.

O Sr. Min. Antonio Neder: Mas o paciente tem o direito de alimpar o seu currículo, o seu prontuário, ou de pleitear que nele conste a verdade sobre sua conduta, e não algo mais grave do que praticou. Uma agravante não é o mesmo que duas agravantes.

O Sr. Min. Eloy da Rocha (Presidente): Parece-me que o currículo não se modificaria. Condenado a doze ou a quinze anos de reclusão, nada mudaria agora. Com a condenação teria perdido, de qualquer modo, a função pública ou o posto e a patente.

O Sr. Min. Antonio Neder: Sim e não. Se o paciente cometeu o crime com uma agravante, não é justo que o seu currículo registre que o crime foi praticado com duas agravantes.

O Sr. Min. Eloy da Rocha (Presidente): Os debates já se alongaram. Não há mais questão a discutir, dentro dos pontos de vista em que se colocaram os votos.

De acordo com o eminente Relator, indefiro o pedido".[14]

7. A decisão

As peculiaridades da causa e as circunstâncias materiais que rodearam os episódios policiais e forenses foram expressa-

[14] HC 50.010-GB, f. (Transcrição fiel do texto original).

mente admitidos na síntese do acórdão. Ela procura justificar o caráter inédito da concessão do *writ*, nos seguintes termos: "Ementa: Julgamento pelo Júri. Nulidade que se reconhece por maioria de votos, atendida a extrema singularidade do caso. *Habeas corpus* concedido. "ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a ata de julgamentos (*sic*) e notas taquigráficas, por maioria de votos, conceder o *habeas corpus*, para anular o julgamento, a fim de que outro se realize, com observância das formalidades legais. Brasília, 11 de dezembro de 1972. Presidiu ao julgamento o Sr. Min. ELOY DA ROCHA, Presidente – XAVIER DE ALBUQUERQUE, Relator para o Acórdão".[15]

O extrato da ata do julgamento, tem a seguinte redação: "HC 50.010-GB – Rel. Min. Thompson Flores. Pte. Alberto Jorge Franco Bandeira. Impte. Sebastião Oscar de Castro.

Decisão: concedido o *habeas corpus* para anular o julgamento, a fim de que outro se realize, com observância das formalidades legais, vencidos os Mins. Relator e Presidente. Falaram: pelo paciente, o Dr. Sousa Neto, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto. – 2.ª T., em 11.12.1972.

Presidência do Sr. Min. Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Srs. Mins. Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder e Xavier de Albuquerque, e, o Dr. Oscar Corrêa Pina, Subprocurador-Geral da República".[16]

8. O memorial do Advogado Sousa Neto

O memorial escrito pelo Advogado Sousa Neto em favor do paciente tinha o adensado volume de cento e setenta e seis páginas datilografadas, espaço um e meio! Certamente o extraordinário interesse em aprofundar o exame do mérito, aliado à circunstância das contradições da prova indiciária, levou o ex-magistrado a elaborar um verdadeiro pedido de *revisão criminal* sob a capa do *habeas corpus*.

O trabalho, nominado "Ruína e humilhação do Tenente Bandeira", foi apresentado com os seguintes destaques: *Primeira parte*: I – O nome do inocente caluniado; II – A motivação familiar do crime; III – os nomes dos cinco matadores; IV – um dos homicidas e a Escola da Aeronáutica; V – Catete designa Pandiá Pires para infamar o Tenente e forjar prova para os assassinos; VI – Fraudes e coações da polícia reforçadas por nulidades praticadas na justiça; *Segunda parte*: I – Seis nulidades protetoras dos assassinos e perseguidoras do Paciente (todas declaráveis de ofício); II – Sem argüição da parte, o Supremo Tribunal declarou uma delas no RE 48.353, anulando o julgamento do júri; III – Denúncia encobridora e jurados falsos; IV – Excesso de jurados e falta de atas de sorteio; V – Quesito errado e intruso funcionando com o nome de um jurado; *Terceira parte*: I – Preliminares da Procuradoria; II – Jurisprudência do Supremo Tribunal (Pleno e Turmas) a favor deste *habeas corpus*; III – O Brigadeiro confiou na justiça; IV – Segunda Turma conhece de *habeas corpus* em caso de pena de prisão extinta, sem exigência de revisão criminal (RHC 49.893, Relator Min. Eloy da Rocha); V – Outro acórdão da Segunda Turma concede *habeas corpus* a réu não condenado, em processo findo (HC 50.078, Relator Min. Antonio Neder); VI – Perigo das ementas criminais; VII – Regimento Interno do Supremo Tribunal autoriza concessão deste *habeas corpus* (art. 194); *Conclusão*: Deus e o Supremo Tribunal.

O arremate do memorial bem demonstra o notável esforço de persuasão e a carga de humanismo que envolve o estilo

(15) HC 50.010-GB, f. (Transcrição fiel ao texto original).
(16) HC 50.010-GB, f.

literário do autor, já revelado ao tempo em que exercia a judicatura criminal, especialmente no *caso* Aída Cury.[17] Na impossibilidade de sua integral reprodução, segue-se a publicação das derradeiras palavras:

"*O pedido de* habeas corpus *a Deus.*

Não obstante padecer humilhações há vinte anos, o Paciente adia a oração aos céus até que o Supremo Tribunal, que nunca enganou a aflição e que faz do culto da justiça sua principal alegria de viver, o redima neste *habeas corpus*, lançando ao fogo das últimas verberações a requintada e envilecedora farsa dos interessados no encobrimento do insidioso homicídio e na *pasmosa invenção de um delinqüente substituto*, os quais macularam de horror os assentos da lei e os desígnios da honra".

"Deus é a última súplica, a rogação do supremo desespero, a derradeira palavra dos que na terra não encontram o direito igual e o remédio para o vilipêndio. Deus fica atrás de tudo, depois de todos os apelos, findos todos os sacrifícios, além das dores e das traições, detrás do desprezo e da revolta, entre a dolorosa lembrança dos homens e a esperança de não depender deles, entre o olhar que se despede sem saudade e o radioso olhar que garante a anulação dos tormentos humanos."

É por isso que o Paciente recorre agora ao Supremo Tribunal, que tudo pode fazer com um simples ato de Justiça, ininterrupta e magnífica rotina de suas audiências de Moral e Direito.

A fé perorando no habeas corpus *da justiça*

Se os tempos ou os homens se inclinam para o mal, os refúgios estão na lei e nos tribunais. Se o mal expugna os respiradouros comuns, restará a resistência maior e última: a do altaneiro Tribunal, daquele Tribunal que os sofismas não enganam, as seduções não perturbam, os torpes não maculam, os convícios não alcançam. Nele como que se abrigam, sintetizadas pela vergonha e pelos ideais, pelas vicissitudes e pela história, as vibrações íntimas e intocáveis da consciência nacional, numa expressão tão pura e comovente, tão forte e tranqüila, que seus juízes, homens como os demais, essências de todos os homens, parecem seres superiores, dotados de fibra e qualidades extra-humanas.

Sempre foi assim entre nós o Supremo Tribunal, nunca permitindo a afronta da lei federal no indivíduo e na família, em seus bens e em seus direitos, e, sempre que vigila a lei federal, rescinde os desvarios judiciais.

O Supremo Tribunal sabe agora que a justiça criminal da Guanabara arrasou o Paciente, ultrajando seu ideal aeronáutico e destroçando cruelmente suas modestas esperanças de uma vida pacífica, obrigando-o a viver e sofrer entre as mais comburentes recordações de uma mocidade covardemente enxovalhada, entre as sombras inapagáveis e atenuantes de um passado falso e hediondo, que lhe enfiaram como um punhal no âmago do coração. Sabe agora o Supremo Tribunal que a justiça da Guanabara fez todo esse mal inindenizável porque não tinha condições de resistir à pressão da política dominante, com a qual plena e gostosamente se identificava, incapaz de imaginar, na imprevidência dos empolgados, que um dia os direitos do inocente caluniado e crucificado no banco do júri, no lugar dos moços do Sacopã, reivindicariam sua honra e sua cabal reabilitação.

O Supremo Tribunal assiste agora à luta desesperada da justiça coatora para que não se reabra o imoralíssimo escândalo, para que não se rediscuta o indefensabilíssimo gesto da docilidade e do solidarismo aos régios donos do 'inquéri-

(17) Ver, a propósito, René Ariel Dotti, "O processo Aída Cury" (1.ª e 2.ª parte), em *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 14 e 15, de 1996, p. 374 *et seq.* e 360 *et seq.*

to' e do 'processo' precursores e incentivadores, por culpa do tribunal coator, ante a impunidade do grupelho político, do negro atentado de Tonelero. O Ministro Relator do *habeas corpus* do Paciente é testemunha da recalcitração do tribunal guanabarino, tentando sombrear o julgamento do *habeas corpus* com a recusa teimosa, repetida e sintomática de não prestar informações referentes à argüição de nulidades. O Supremo Tribunal presencia, melancolicamente, a lamentável habilidade processual do tribunal prestigiador do nulíssimo e iniqüíssimo sentenciamento, em que, por embaimentos e coações, se sinistrou a inocência no lugar do crime.

Vai doer hoje e sempre a dor da iniqüidade, a dor do *crime judiciário*, enquanto a inocência não voltar a ser inocência e o crime não retornar ao reino dos crimes. De hoje em diante, se a dor injusta continuar a doer no coração do inocente, a dor justa, a dor do crime no criminoso doerá todos os dias, no corpo e no resto de consciência dos que perfidiaram o processo e, fatalizaram a Justiça. A Nação não se insensibilizará diante dos crimes ainda impunes e dos delinqüentes ainda agraciados com a inagarrabilidade e a indenunciação.

A Justiça da Guanabara é a sede das humilhações do Paciente, é a instância poderosa de seus algozes. Ela ainda não possui isenção para julgar o resto de vida e de direitos do Paciente. Ela não pode julgá-lo sem o apriorismo dos interesses, sem o apriorismo da honra em causa, sem o apriorismo das *teorias da polícia*, sem o apriorismo das nulidades calamitosas, das nulidades que se teima em manter escondidas e sonegadas.

Eu não saberia exprimir em palavras a violenta surpresa que me causaria a denegação deste *habeas corpus*. Devolver os irreparados suspiros da inocência humilhada às forças da comprometida justiça local à fender em pedaços a fé invacilante no Supremo Tribunal, é desesperar de uma vez e de um golpe, na hora em que é preciso altear-se em sua própria dignidade, a crença justificada e sedimentada por uma secular tradição de feitos merecidamente exaltados. Mandar que o imolador renove os sofrimentos morais do inocente perversamente vilipendiado, abstando-se de removê-lo com um ato puro de pronta e definitiva reparação legal, é empresa que não se ajusta às previsões e às esperanças dos brasileiros, dos brasileiros que só têm um mito de prudência, equilíbrio e sabedoria: o Supremo Tribunal Federal.

O Tenente Bandeira confia no Supremo Tribunal.

Brasília, .. de ..... de 1972.

Sousa Neto

advogado."[18]

[18] Transcrição fiel da cópia datilografada do memorial, recebido através do Advogado Wilson Lopes dos Santos.