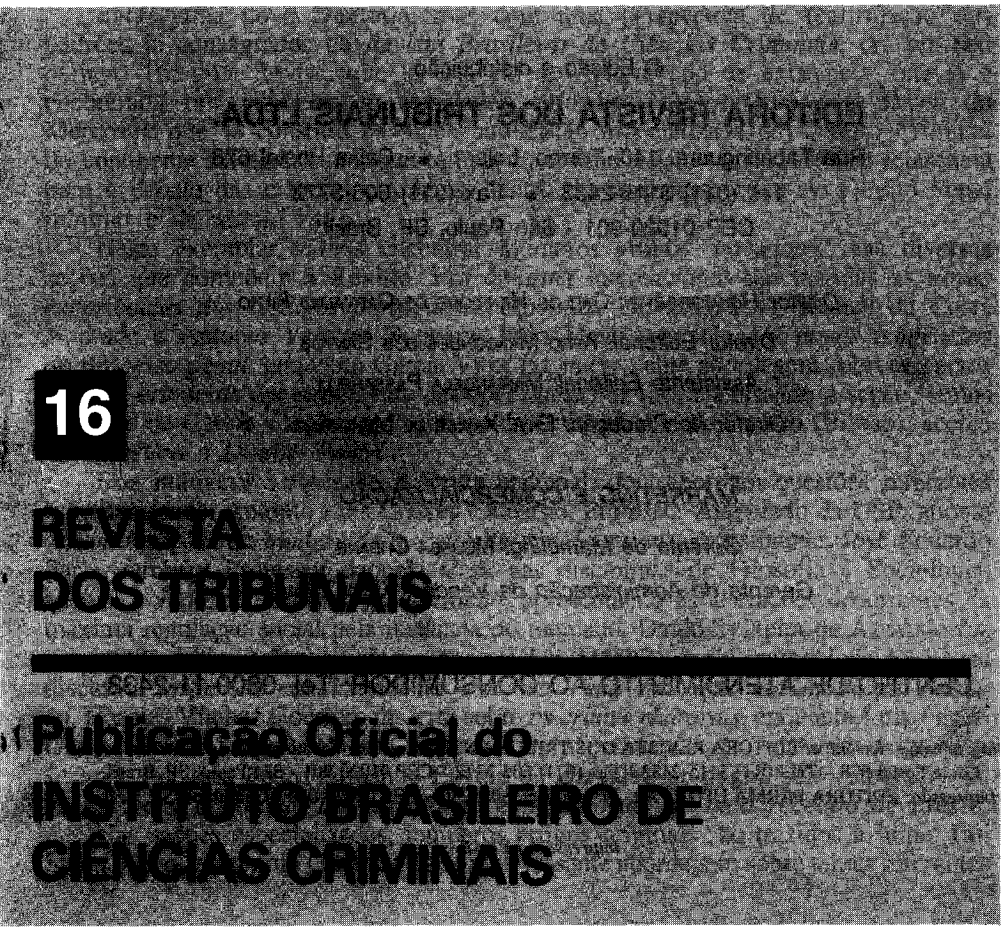
REVISTA BRASILEIRA DE

ciências criminais

ano 4 - n. 16 - outubro-dezembro - 1996



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

Trimestral — ANO 4. número 16 out.-dez./96

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 I 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

Nenhuma disciplina jurídica é tão problemática, tão suscetível de abordagens diversas – ao menos nos dias que hoje correm – do que as ciências criminais. A fecundidade do debate existente entre nós está limitada, em um vetor, pelo emocionalismo que o tema suscita e, em outra perspectiva, pela própria falta de discussão científica em órgãos especializados do Direito Penal e ciências correlatas. Neste sentido, nada mais fascinante para o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, no momento em que assume sua nova Diretoria, do que participar deste processo formativo; processo que não deve conduzir a uma concepção reduzida, mas completa, do que deva ser o Estado Democrático de Direito, dentro de uma totalidade cultural de que é a um tempo quadro e produto.

Surge uma nova Diretoria, mas com uma perspectiva de reafirmação dos padrões já consagrados da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ora em seu número 16; uma Revista que já está em seu quarto ano de existência; que já é encontrada em inúmeras universidades européias; que circula nos países do Mercosul; que se constitui na única publicação especializada em Direito Criminal do continente sul-americano; que tornou-se, em tão pouco tempo, a única referência para o debate das ciências criminais, dentro de uma perspectiva do Direito Penal mínimo e de *ultima ratio*.

Neste exemplar vamos encontrar inúmeros artigos inovadores, nas diversas seções que compõem a Revista. Em doutrina internacional são trazidas as *novas experiências dos Códigos português e espanhol,* em artigos de Manuel da Costa Andrade e Antonio Vercher Noguera. Julio Maier nos fala das *novas tendências do processo penal,* enquanto García Vitor faz interessante abordagem sobre *aspectos político-criminais em matéria de entorpecentes*. Por fim, encerrando a seção, temos o aporte de Carlos Casabona, Professor da Universidade de Deusto (Bilbao), acerca da *Genética e Direito Penal.*

Dos inúmeros artigos de doutrina nacional, dois abordam questões referentes à modernidade. Antonio Luis Chaves Camargo, Professor Associado da USP, aponta as *contradições da modernidade e direito penal,* em ensaio instigante. José Eduardo Faria, também Professor daquela Casa nas disciplinas de Filosofia e Sociologia, analisa o *Judiciário após a globalização*, apresentando as alterações decorrentes da máxima regulação social pela instância do mercado. David Teixeira de Azevedo faz um estudo crítico sobre *a culpa penal e a Lei 9.099/95*, assim como João José Leal discute a *suspensão condicional do processo e sua aplicação no âmbito da mesma lei.* Hermes Vilchez Guerrero disserta sobre *os crimes eleitorais*, enquanto Luiz Flávio Gomes traz a 2.ª parte de seu estudo sobre a *presunção de violência nos crimes sexuais*. Por fim, Pedro Armando Egydio de Carvalho propugna pela elaboração de *regras para a direção do espírito no enfrentamento de uma rebelião de presos.*

Nas seções especializadas, inúmeros artigos originais são trazidos a lume. Rui Stoco e Roque Antonio Carrazza fazem interessante abordagem sobre temas referentes

ao *Direito Penal Econômico*. Em Direito de Trânsito, Geraldo Lemos Pinheiro analisa o *transporte de rurícolas* discutindo a constitucionalidade do art. 190 da Constituição do Estado de São Paulo, enquanto João José Caldeira Bastos dispõe sobre a *prevenção de acidentes*. Em Criminologia e Medicina Legal, dois estudos vitimológicos são feitos. Um da lavra de João Marcello de Araújo Jr., Professor da UERJ, e outro por Luiz Carlos Rodrigues Duarte. Na seção de Sociologia Jurídica, área multidisciplinar por excelência, a psicanalista Maria Rita Khel aborda o *narcisismo das elites e das massas*. As sociológas Helena Singer e Anamaria C. Schindler fazem interessante estudo no ensaio *O Eldorado é aqui, o Eldorado não é aqui*. Gessé Marques Júnior analisa a figura do *malandro: o personagem principal do crime*. A seção de Antigüidades de Direito Criminal continua com interessantes recordações do Prof. René Ariel Dotti.

Na esfera de Jurisprudência, Luis Fernando Niño, magistrado argentino da Corte de Apelações de Buenos Aires, faz cativante comentário intitulado *Hay jueces en Brasil?*, Alberto Silva Franco e Luiz Carlos Betanho atualizam a matéria acerca de *Habeas Corpus*. Roberto Delmanto Júnior faz o já habitual Ementário de Jurisprudência. Na seção de Resenhas, Sérgio Salomão Shecaira comenta a tese de Juan Félix Marteau: *A condição estratégica das normas: sobre as possibilidades teórico-epistemológicas da crítica criminológica radical às práticas penais*. No Noticiário, Cláudia M. Soncini Bernasconi traz o relato do *II Seminário Internacional do IBCCrim*.

Esperamos, com este número 16 de nossa Revista, que coincide com o início da gestão da nova Diretoria do IBCCrim, oferecer ao leitor novos temas para discussão que ratificam, outrossim, aqueles valores tão caros ao nosso Instituto na defesa do Estado Democrático de Direito.

Conselho Diretivo

SUMÁRIO

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

El Nuevo Codigo Penal Español – Algunas Notas sobre la Parte General – ANTONIO VERCHER NOGUERA 13
Genética y Derecho Penal: los Delitos de Lesiones al Feto y Relativos a las Manipulaciones Genéticas – CARLOS MARÍA ROMEO-CASABONA 23
Aspectos Políticos Criminales en Materia de Drogas – ENRIQUE GARCÍA VITOR . 63
Las Nuevas Tendencias del Proceso Penal – JULIO B. J. MAIER 77
Os Novos Crimes contra as Pessoas (A Experiência da Reforma Penal Portuguesa, 1982-1995) – MANUEL DA COSTA ANDRADE 86

2. DOUTRINA NACIONAL

Contradições da Modernidade e Direito Penal – ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO 114
A Culpa Penal e a Lei 9.099/95 – DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO 127
Dos Crimes Eleitorais – HERMES VILCHEZ GUERRERO 137
A Suspensão Condicional do Processo Deve Ser Aplicada a Todas as Infrações Penais Previstas na Lei 9.099/95 – JOÃO JOSÉ LEAL 150
O Judiciário Após a Globalização – JOSÉ EDUARDO FARIA 162
A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais – Enfoque Crítico – 2.ª Parte – LUIZ FLÁVIO GOMES 169
Regras para a Direção do Espírito no Enfrentamento de uma Rebelião de Presos – PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO e R. FRANCISCO REARDON 197

3. DIREITO PENAL ECONÔMICO

A Extinção da Punibilidade no Parcelamento de Contribuições Previdenciárias Descontadas, por Entidades Beneficentes de Assistência Social, dos seus Empregados, e Não Recolhidas, à Previdência, no Prazo Legal. Questões Conexas – ROQUE ANTONIO CARRAZZA 205
Os Crimes contra a Ordem Econômica e os Juizados Especiais – RUI STOCO 222

4. DIREITO DE TRÂNSITO

Transporte de Rurícolas – Inconstitucionalidade do Art. 190 da Constituição do Estado de São Paulo – Parecer – GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO 225
Prevenção de Acidentes de Trânsito – JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS 231

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

Vitimação entre Estudantes de Direito da UERJ – Um Estudo de Criminografia (Violência e Criminalidade – Tríplice Violação da Cidadania) – JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR 238
Vitimologia e Crime Organizado – LUIZ CARLOS RODRIGUES DUARTE 252

6. POLÍCIA E DIREITO

Crime Organizado: Aspectos Nacionais e Internacionais – CARLOS ANTONIO GUIMARÃES DE SEQUEIRA 260
Proposta para uma Nova Política de Segurança Pública – MARIA EUGÊNIA RAPOSO DA SILVA TELLES (Coordenação) 291

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

Malandro: o Personagem Principal do Crime – GESSÉ MARQUES JÚNIOR 298
O Eldorado É Aqui, o Eldorado Não É Aqui – HELENA SINGER e ANAMARIA CRISTINA SCHINDLER 311
Do Narcisismo das Elites ao Narcisismo das Massas – MARIA RITA KHEL 320

8. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O Crime do Sacopã – (Primeira Parte) – RENÉ ARIEL DOTTI 326

9. JURISPRUDÊNCIA

9.1 Jurisprudência Comentada

Hay Jueces en Brasil? – LUIS FERNANDO NIÑO 343
Novos Julgados sobre a Denúncia Genérica – LUIZ FLÁVIO GOMES 353
Princípio da Indivisibilidade da Ação Penal e Exclusão de Denunciado pelo Promotor de Justiça (ou Crítica à Jurisprudência Despudorada) – MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES 356

9.2 Jurisprudência Recente

Inquérito Policial – Requerimento de Certidão – Possibilidade Apenas por Autoridades 365
Prisão Especial – Progressão da Pena antes do Trânsito em Julgado 368

9.3 Ementário de Jurisprudência

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR 371

9.4 Jurisprudência Organizada

Habeas Corpus – Atualização – ALBERTO SILVA FRANCO e LUIZ CARLOS BETANHO 393

10. LEGISLAÇÃO

Lei 9.299, 07.08.1996 410
Lei 9.303, 05.09.1996 410
Decreto 2.002, 09.09.1996 411

11. RESENHA

A Condição Estratégica das Normas: sobre as Possibilidades Téorico-Epistemológicas da Crítica Criminológica Radical às Práticas Penais – Juan Felix Marteau, por SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA 413

12. NOTICIÁRIO

II Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Temas Atuais de Direito Penal e Processual Penal – CLÁUDIA MARIA SONCINI BERNASCONI, RENATA RAMOS RODRIGUES e RENATO MARQUES MARTINS 415

13. ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 424

COLABORADORES

ALBERTO SILVA FRANCO

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

ANAMARIA CRISTINA SCHINDLER

Doutoranda do Departamento de Sociologia da USP.

ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO

Professor Associado da USP e do Mestrado da UNIMEP – Piracicaba.

ANTONIO VERCHER NOGUERA

Procurador de Justiça junto ao Tribunal Supremo da Espanha. Professor Colaborador do Departamento de Direito Penal da Universidade de Valência.

CARLOS ANTONIO GUIMARÃES DE SEQUEIRA

Delegado de Polícia na Delegacia Geral de Polícia de São Paulo.

CARLOS MARÍA ROMEO-CASABONA

Catedrático de Direito Penal da Universidade de La Laguna (Tenerife). Diretor da Cátedra de Direito e Genoma Humano, Fundação BBV – "Diputación Foral de Bizkaia", Universidade de Deusto (Bilbao).

CLÁUDIA MARIA SONCINI BERNASCONI

Advogada em São Paulo.

DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO

Advogado em São Paulo. Professor Doutor de Direito Penal da USP.

ENRIQUE GARCÍA VITOR

Professor Titular de Direito Penal da Universidade Nacional do Litoral – Santa Fé – Argentina. Diretor do Departamento de Direito Penal. Juiz da Câmara Federal de Apelação do Paraná, Entre Rios.

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

GESSÉ MARQUES JÚNIOR

Mestre em Antropologia pela UNICAMP. Doutorando do Departamento de Sociologia da USP.

HELENA SINGER

Doutoranda do Departamento de Sociologia da USP.

HERMES VILCHEZ GUERRERO

Advogado. Professor de Direito Penal na Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG e na Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça.

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS

Professor de Direito Penal da Universidade Federal de Santa Catarina.

JOÃO JOSÉ LEAL

Professor de Direito Penal e Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Regional de Blumenau.

JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR

Professor Titular de Direito Penal da UERJ e de Criminologia da FBCJ. Coordenador do Curso de Mestrado em Direito da UNESA.

JOSÉ EDUARDO FARIA

Professor-Associado de Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da USP.

JULIO B. J. MAIER

Professor de Direito Penal da Universidade de Buenos Aires.

LUIS FERNANDO NIÑO

Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade de Buenos Aires.

LUIZ CARLOS BETANHO

Juiz Aposentado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

LUIZ CARLOS RODRIGUES DUARTE

Professor de Direito Penal. Coordenador-Geral dos Cursos de Especialização em Ciências Penais e Criminológicas. Chefe do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

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.

MANUEL DA COSTA ANDRADE

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

MARIA EUGÊNIA RAPOSO DA SILVA TELLES

Advogada em São Paulo.

MARIA RITA KHEL

Psicanalista.

MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES

Promotor de Justiça. Mestre e Doutor em Direito. Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista. Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.

PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO

Advogado em São Paulo.

RENATA RAMOS RODRIGUES

Advogada em São Paulo.

R. FRANCISCO REARDON

Coordenador Nacional da Pastoral Carcerária – CNBB.

RENATO MARQUES MARTINS

Advogado em São Paulo.

RENÉ ARIEL DOTTI

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

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR

Advogado em São Paulo. Mestrando em Processo Penal pela USP.

ROQUE ANTONIO CARRAZZA

Professor Titular da Cadeira de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RUI STOCO

Juiz Substituto em Segundo Grau em São Paulo.

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Advogado. Mestre, Doutorando e Professor da USP.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

EL NUEVO CODIGO PENAL ESPAÑOL*

Algunas Notas Sobre La Parte General

ANTONIO VERCHER NOGUERA

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Parte general; 2.1 Título preliminar. De las garantías penales y de la aplicación de la ley; 2.2 Libro primero; 2.2.1 De los delitos y faltas; 2.2.2 Sistema de penas; 2.2.2.1 Arresto de fin de semana; 2.2.2.2 El sistema de días multa; 2.2.2.3 Trabajos en beneficio de la comunidad; 2.2.2.4 Consecuencias accesorias; 2.2.3 Sustitución de penas privativas de libertad. Art. 88 y 89; 2.2.4 La responsabilidad civil. Art. 109 y s.

1. Introducción

El abismo existente entre el anterior Código Penal español, que databa de 1944, y la realidad que pretendía regular ya se puso de manifiesto con las diversas modificaciones que sufrió, tanto durante la Dictadura franquista (1963, 1967, 1971 y 1974), como durante la transición democrática (1976 y 1977) y en la propia democracia (1978, 1979, 1983, 1988, 1989, 1990, 1991 y 1995).

Con la aprobación del nuevo Código Penal por el Congreso de los Diputados, en sesión plenaria de 08.11.1995 culmina un proceso legislativo arduo con diversos intentos fallidos (recuérdese el Anteproyecto de Código Penal del Ministro Landelino Lavilla en 1979), la propuesta de Anteproyecto de Código Penal en la época del Ministro Fernando Ledesma (1983) y el Proyecto de Código Penal en la época del Ministro Cuadra Salcedo (1992) y, algo más importante, cual es su adaptación al texto y a los principios emanados de la Constitución de 1978.

Si todo Código Penal debe de tutelar los valores y principios de la convivencia social, cuando esos valores y principios cambian también debe cambiar éste. Esto es los que se pretende con el nuevo Código Penal, entrado en vigor el 25.05.1996 tras su aprobación con el voto favorable de todos los grupos parlamentarios y la abstención del entonces principal partido en la oposición y hoy partido en el Gobierno.

Podría decirse que se ha hecho un esfuerzo importante en la obtención final de este Código Penal. Quizás no el suficiente si se tiene en cuenta el esfuerzo realizado recientemente en Francia con el nuevo Código Penal que acaba de entrar en vigor el 01.03.1994. Recordemos en el caso francés los comentarios al "nouveau code pénal" de la Circular de 14.05.1993, elaborada por un importante número de Magistrados (Jueces y Fiscales), profesores, letrados y miembros de las fuerzas policiales, que han constituido una inmejorable doctrina para la interpretación y aplicación del propio Código. Evidente-

(*) Palestra proferida no II Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, realizado em São Paulo, em agosto de 1996.

mente en España los organismos responsables contactaron con un importante número de sectores profesionales interesados en el tema. Hay que admitir, no obstante, que ese esfuerzo apenas fue equiparable al esfuerzo realizado en el país vecino. Partimos de la base, según señalaba Manuel de Lardizabal, que "Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal".

Como tendremos ocasión de observar a lo largo de estas breves notas, existen importantes mejoras en el nuevo sistema penal español pero también se perfilan inevitables defectos. En todo caso, es necesario poner de relieve que estas notas no son más que unas breves pinceladas, sin más pretensión que la meramente expresiva de algunas de las novedades de mayor interés que se han producido en el nuevo sistema penal español.

2. Parte general

2.1 Título preliminar. De las garantías penales y de la aplicación de la ley

Una de las novedades del Código Penal de 1995 es la introducción de un Título Preliminar que agrupa las normas referentes a las "garantías penales" y a la "aplicación de la ley penal".

Se inicia el Código con la proclamación del principio de legalidad en su cuadruple formulación:

– legalidad del delito. "No será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su prepetración" (art. 1.1).

– legalidad de la pena. "No será castigado ningún delito o falta con pena que no se encuentre prevista por ley anterior a su perpetración" (art. 2.1).

– Legalidad jurisdiccional, ya que "no podrá ejecutarse pena o medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente de acuerdo a las leyes procesales" (art. 3.1).

– Legalidad de la ejecución, pues "tampoco podrá ejecutarse pena o medida de seguridad en otra forma que la prevista por la ley y los reglamentos que la desarrollen" (art. 3.2).

Por lo demás, se afirman la retroactividad favorable al reo y la prohibición de la analogía "in malam partem" (art. 2.2 y 4.1.2) y se prevé que la petición de indulto, en su caso, lo será "sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia", con la sola excepción de permitirse que por resolución fundada se acuerde la suspensión de la ejecución de la pena para evitar que con su cumplimiento pueda resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o que la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria.

El nuevo art. 5.º proclama el principio de culpabilidad que reproduce el primer inciso del § 2.º, del art. 1.º del Código Penal derogado, declarando que "no hay pena sin dolo o imprudencia". Declaración que no es exacta y que además es superflua.

No es exacta por cuanto que lo que no hay sin dolo o imprudencia es delito en sentido amplio, ya que el dolo y la imprudencia son condiciones de las acciones u omisiones definidas como delitos o faltas en el art. 10. Y es superflua pues el art. 10 define los delitos y las faltas como las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.

El nuevo art. 6.1 trae al Título Preliminar la peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad y establece como barrera la de no tener mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Ha de celebrarse la desaparición de las medidas de seguridad predelictuales, así como la consagración del principio de intervención mínima, consecuencia a su vez del principio de proporcionalidad.

El art. 7.º recoge, trayendola del Proyecto de 1980, la determinación de la ley aplicable en el tiempo, sujetándose al principio de actividad.

La materia relativa al concurso de normas se regula también en el art. 8 y se hace de una forma más completa que en el anterior Código Penal, cuyo art. 68, ubicado entre las disposiciones relativas a las reglas sobre la aplicación de las penas se había interpretado contradictoriamente por la doctrina. El art. 8.º incorpora las reglas para resolver los conflictos de normas, estableciendo que los "hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código y no comprendidos en los arts. 73 a 77 (que regulan el concurso ideal y real), se castigarán observando las siguientes reglas:

– El precepto especial se aplicará con preferencia al general (principio de especialidad).
– El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal (principio de subsidiariedad).
– El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en áquel (principio de consunción).
– En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor (principio de alternatividad).

El nuevo art. 9.º establece la regla de la supletoriedad del Código respecto a las leyes especiales, disponiendo que la aplicación del Título Preliminar es absoluta en todas las leyes penales y las restantes disposiciones del Código serán supletorias en lo no previsto por aquellas.

2.2 Libro primero

2.2.1 De los delitos y faltas

El Libro Primero del nuevo Código Penal comprende las "Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, las medidas de seguridad y las demás consecuencias de la infracción penal".

El concepto de delito recogido en el art. 10 viene a sustituir al antiguo art. 1.º, sustituyendo la expresión "culposas" por "imprudentes", insertándose en una línea de mejora técnica y terminológica, pero no afecta sustancialmente al sentido del precepto.

En este terreno constituye un avance el que el art. 11 del nuevo Código Penal se ocupe por vez primera en nuestro ordenamiento de los delitos de comisión por omisión, ya que con anterioridad faltaba toda referencia a la posición de garante como medio de concreción y delimitación de la autoría en tales supuestos. Tanto el Código Penal alemán, como el austríaco o el portugués se cuidaron de expresar el contenido de aquella como deber jurídico. No bastaba pues con exigir en cada caso la equivalencia entre la acción y omisión. Ahora esta insuficiencia ha sido subsanada al exigirse en estos casos la infracción de un especial deber jurídico de autor.

El castigo de acciones u omisiones imprudentes sólo cuando expresamente lo disponga la ley (art. 12), responde a un deseo generalizado de la doctrina y nos homologa con otros derechos como el alemán y el austríaco; sin embargo se rompe con una tradición centenaria y nos aleja de otros ordenamientos de nuestro ambito jurídico-cultural.

También nos aproxima al Derecho comparado la absorción de la frustración dentro de la tentativa (arts. 15 y 16), con lo que se evita los enojosos problemas de la distinción entre aquellas dos fases del "iter criminis". No obstante, con el nuevo criterio, se amplía la punición de las faltas no consumadas pues antes sólo se castigaban las frustradas contra las personas y la propiedad, mientras que ahora lo son ésas mismas pero intentadas.

Por lo que hace al sistema de incriminación genérico de los actos preparatorios punibles (conspiración, proposición y

provocación, supuestos todos ellos previstos en los arts. 17 y 18), se sigue la tradición de nuestros Códigos Penales liberales y sólo se castigan cuando la ley especialmente los prevéa. Con este sistema taxativo y cerrado, además de favorecer la vigencia del principio de legalidad penal, se refleja la trascendencia del principio de ofensividad, ciñendo la punición a supuestos realmente graves, tanto por la peligrosidad del ataque, cuanto por la alta valoración del bien jurídico protegido.

2.2.2 Sistema de penas

Si algo caracteriza a un Código Penal, más que el elenco de hechos ilícitos en él tipificados, es su sistema de penas. En este punto el nuevo Código Penal ha modificado el inefectivo sistema anterior. Sólo por ello quedaría justificada la reforma.

Vamos a centrarnos pues, en primer lugar, en este aspecto destacando las notas diferenciales del presente Código en relación con el sistema anterior, para hacer después una mención específica de las entidades penológicas que se introducen en el nuevo Código Penal, como son los arrestos de fin de semana, el sistema de días multa, los trabajos en beneficio de la comunidad y las consecuencias accesorias.

De una pluralidad de denominaciones de penas (arresto menor y mayor, prisión menor y mayor, etcétera), que respondía más bien a una diversidad de lugares de cumplimiento y a una distinta severidad de trato penitenciario que ha desaparecido, se pasa a una pena única de privación de libertad, denominada prisión, incorporando así nuestro Código una idea de política criminal bastante aceptada doctrinalmente. Si bien es cierto que también tienen la consideración de penas privativas de libertad el arresto de fin de semana y la responsabilidad civil subsidiaria por impago de multa, éstas tienen más bien un carácter especial que las incardina en el ámbito de los sustitutivos penales.

El nuevo Código Penal baja el límite máximo de la pena de privación de libertad hasta los 20 años, que ha aparecido adecuado para preservar la dignidad de la persona y cumplir el precepto constitucional que prohíbe las penas inhumanas y degradantes (art. 15 de la Constitución Española). La duración máxima de 20 anõs, puede sin embargo, ser ampliada a 25 y hasta 30 años en supuestos de concursos de delitos (art. 76) y en los delitos de rebelión (art. 473.2), homicidio del Rey, sus ascendientes o descendientes, la Reina Consorte, el Consorte de la Reina, los Regentes o el Sucesor (art. 485.3), el homicidio del Jefe de Estado Estranjero u otra persona internacionalmente protegida (art. 605), en el asesinato (art. 140), el terrorismo con resultado de muerte (art. 572) y el genocidio (art. 607.1). Ciertamente el Código Penal español no recoge la pena de prisión perpetua que se prevé para supuestos parecidos en otros Códigos Penales europeos como el alemán, francés, italiano e suizo, pero tal pena resultaría en España, en todo caso, de dudosa constitucionalidad.

Por otro lado dentro de ese límite de 20 años, el Código modula la pena atendiendo a criterios retributivos, con sumisión al principio de culpabilidad, también impuesto por la Constitución. Así el art. 66.1 fija el modo de proceder para establecer la pena concreta en los supuestos en que no concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ordenando al Tribunal que atienda a las circunstancias personales del reo (grado de culpabilidad) y a la mayor o menor gravedad del hecho (grado de antijuricidad).

Otra novedad es la relativa a las normas de individualización de la pena en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o a los grados de ejecución, pues se pasa del sistema ternario al sistema binario. Ya no existen tres grados, sino simple referencia a mitad inferior y a mitad superior. Este mismo

sistema binario se sigue en la determinación de las penas inferior y superior en grado (arts. 66 y 70).

2.2.2.1 Arresto de fin de semana

Respecto al arresto de fin de semana, regulado en el art. 37, hay que señalar que tiene una duración de 36 horas y equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad. Tan solo podrán imponerse como máximo 24 fines de semana como arresto, salvo que se imponga como sustitutivo de otra pena privativa de libertad. Su cumplimiento tendrá lugar durante los viernes, sábados o domingos en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado. Esta disposición penal prevé también la posibilidad de que el arresto de fin de semana se cumpla en otros días de la semana, o de no existir centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado, se cumpla en depósitos municipales, siempre que así lo aconsejen las circunstancias y tras haber oído al reo y al Ministerio Fiscal. Esta posibilidad de que el arresto de fin de semana se pueda cumplir en un depósito municipal, revela que esta pena se concibe como exclusivamente expiatoria, de modo que se realiza con el simple encierro, sin atender a finalidad alguna de signo resocializador. Hay que señalar que según el art. 25.2 de la Constitución las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción, es decir la Constitución impone una función de prevención especial. Entre los delitos, se castigan con arresto de fin de semana la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el establecimiento ilegal de vertederos, el delito contable, el impago de pensiones, lesiones de menor gravedad, etcétera. Y entre las faltas, las de lesiones, los hurtos, estafas y apropiaciones indebidas.

Si el condenado incurriera en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia, sin perjuicio de deducir testimonio por quebrantamiento de condena, podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente.

La nota esencial de la pena de arresto de fin de semana, consiste en la discontinuidad de la privación de libertad. Se trata de períodos discontinuos de 36 horas seguidas, por lo tanto la constitucionalidad dependerá de como se llene ese tiempo, en qué centro se cumple, qué personas intervienen etcétera, y que en concreto el condenado realice un programa de rehabilitación lo más individualizado posible. No obstante el art. 37 remite a una futura reglamentación de la ejecución de esta pena, desarrollo reglamentario de gran importancia para cumplir los mandatos constitucionales.

2.2.2.2 El sistema de días multa

Respecto a los días multa, vienen previstos por un lado como un recurso penológico para castigar las infracciones de menor gravedad y, por otro, en conjunción con otras penas para completar la plasmación punitiva de determinados hechos, en que tiene especial significación el movil o las consecuencias económicas.

Constantemente la doctrina ha puesto de relieve que una multa fija o proporcional al daño causado puede ser tachada de injusta, pues incide de manera muy distinta según las personas tengan o no patrimonio o ingresos.

La esencia del sistema radica en que la pena pecuniaria no de determina ya como una cantidad fija de dinero, como con anterioridad (multa de 100.000 a 1.000.000,00 de pesetas), sino en referencia a una unidad temporal: el día.

Las ventajas de este sistema consisten en que al calcularse el importe de la respectiva cuota, en función de la situación económica del reo (art. 50), permite una mejor adecuación a la capacidad econó-

mica de cada condenado, evitando así que aun habiendo cometido el mismo delito, el delincuente rico sea condenado a la misma pena que el delincuente pobre.

Se ha producido, sin lugar a dudas, un giro importante en la materia frente al sistema anterior. En efecto, en el sistema del Código de 1973 la pena debía pagarse por entero de una sóla vez. Según el párrafo primero del antiguo art. 90: "El pago de la multa podrá hacerse en el tiempo que el Tribunal determine, bien inmediatamente o dentro de los quince días de impuesta la condena". Todo ello sin perjuicio de que: "Cuando el multado carezca de recursos, el tribunal podrá autorizarle para que satisfaga la multa impuesta en plazos, cuyo importe y fecha serán fijados teniendo en cuenta la situación del reo".

Por el contrario, el nuevo Código penal parte de la idea exactamente opuesta al estar organizado bajo el régimen del día-multa y, más concretamente, conforme al sistema de la "multa temporal". Esto es, que la multa no se va pagar por entero de una sóla vez, sino que se somete a pagos diversos, en distintos momentos a lo largo de un período de tiempo. Hay que señalar que, según el nuevo sistema, la cuantía de la multa se fija como resultado de dos actos distintos, se realicen o no en diversos momentos procesales. En el primero, al que corresponde la verdadera medida de la pena, se fija el número de cuotas, con el mismo criterio que si de una privación de libertad se tratase. En el segundo la cuota se individualiza atendiendo, en sentido amplio, a los particulares condicionamientos patrimoniales del condenado. La razón básica de este cambio, según señala la doctrina, es que la multa fija en muy escasa medida puede tomar en consideración la situación económica del reo, lo cual conlleva aparejada cierta injusticia, pues incide de manera muy distinta sobre personas con bienes de fortuna o fuertes ingresos que sobre personas de situación económica precaria. Las ventajas de este sistema consisten en que al calcularse el importe de la respectiva cuota, en función de la situación económica del reo (art. 50), permite una mejor adecuación a la capacidad económica de cada condenado, evitando así que aun habiendo cometido el mismo delito, el delincuente rico sea condenado a la misma cantidad que el delincuente pobre. Es decir, el nuevo sistema pretende sustituir la filosofía esencialmente retribucionista existente en el sistema anterior. La individualización de la pena se viene a lograr, por lo tanto, a través de un sistema que por su formulación matemática, resulta más equitativo y, en su resultado final, más objetivo y separado de la discrecionalidad del juzgador. Así pues, el carácter más igualitario de este nuevo sistema radica en que, con arreglo al mismo, dos hechos de la misma gravedad pueden ser castigados con idéntica extensión o duración de la pena de multa, pero diferenciándose cada cuota a pagar según la situación económica del condenado. En ese sentido, el Código, en el art. 50.6 señala que "el Tribunal determinará en la sentencia el tiempo y forma del pago de las cuotas". Esa sería la filosofía aplicable y no la de introducir un sistema de multas abonables en varios momentos.

Tal pena tiene como inconveniente, aparte de la dificultad que supone en muchas ocasiones determinar la auténtica situación económica, el que en todo caso el impago de la multa sea determinante de una responsabilidad personal subsidiaria. Con ello el delincuente insolvente vuelve a quedar en peor situación que el económicamente solvente.

2.2.2.3 Trabajos en beneficio de la comunidad

En relación con los trabajos en beneficio de la comunidad hay que señalar que tienen su base en la busqueda de sanciones alternativas a la pena corta de prisión.

Esta pena, en principio, puede adoptar la forma de pena menos grave o leve, en función de las horas de trabajo que se impongan, aunque su duración completa se extiende entre un día y un año (art. 40, final). Se define en el artículo 49, como la cooperación del penado no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Tiene la consideración de pena privativa de derechos y constituye una entidad de esta índole en la parte general del Código, sin embargo, si se examinan cada uno de los delitos y faltas que se castingan en los Libros II y III del Código Penal, resulta que ninguno de ellos está castigado con la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. En realidad, representa un sustitutivo penal en relación con la pena de arresto de fin de semana, pues según el art. 88.2 el trabajo en beneficio de la comunidad puede sustituir al arresto de fin de semana; o bien puede representar también una forma de extinción de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa (art. 53.1.2.º).

Sus condiciones o requisitos vienen establecidos en el art. 49. No podrá imponerse sin el consentimiento del penado, por cuanto que la Constitución Española prohibe los trabajos forzados. Para que este consentimiento sea correctamente prestado deberá ir precedido de una completa información, tanto sobre las circunstancias del trabajo que se va a realizar como sobre el carácter rechazable de la pena.

El trabajo será facilitado por la Administración, de acuerdo con los convenios firmados a tal efecto con entidades públicas y privadas. La Administración, por medio de sus servicios sociales, ofertará a cada penado, dentro de las plazas existentes, las más adecuadas dentro de sus características personales, familiares y laborales. Ante la falta de plazas idoneas, el penado podrá proponer un trabajo concreto, sometiéndolo a la aprobación del Tribunal sentenciador. El trabajo se realiza en situación de libertad y cooperando con otras personas que no están cumpliendo una pena. El reo gozará, como es lógico, de la protección de la seguridad social. Sin duda, en la formulación de este requisito, el legislador se ha quedado corto, pues evidentemente también han de resultar aplicables otras normas laborables, como la limitación de jornada, el descanso semanal, el trabajo nocturno, las normas de seguridad e higiene etc.

La tarea impuesta no puede atentar contra la dignidad del penado. Este requisito no es sino una trascripción de las condiciones establecidas en la Ley General Penitenciaria al regular el trabajo penitenciario. Estando justificado cuando se trata del trabajo penitenciario, carece de razón de ser cuando se trata de la realización de una tarea que ha sido plenamente aceptada de modo voluntario, entre un conjunto de ellas y la sido propuesta por la Administración y homologada por el Tribunal. Finalmente se establece como condición, extrayéndola también de la normativa penitenciaria, que el trabajo no se supeditará al logro de interés económico.

Tales condiciones o requisitos, sin embargo, no son del todo claros y completos. Así, no se indica en el Código Penal si como sustitutivo de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, puede exceder de un año. No se dice que debe ser compatible con la actividad personal remunerada del penado, no se explica que la duración de la jornada de trabajo, en ningún caso superior a ocho horas diarias, estará en función del mismo o de su especial cualificación, tampoco existe un modelo expreso de equivalencia con otras penas, y en concreto con la de prisión, lo que facilitaría los abonos de la prisión preventiva y las revisiones. Finalmente, habrán de cuidarse mucho las previsiones sobre su ejecución para evitar tanto el rechazo desde un mercado laboral en profunda crisis, como el recurso a actividades más o menos vacías de contenido real.

Durante el debate parlamentario del Código, el art. 49 fue especialmente criticado por los grupos IU y CiU, tanto por la parquedad de su redacción, como por la inseguridad jurídica que suponía la no fijación de un régimen básico a través del propio Código, sino mediante la remisión que hace este artículo a un posterior desarrollo reglamentario.

2.2.2.4 Consecuencias accesorias

El comiso era considerado en la legislación anterior como una "pena accesoria". Sin embargo el Código Penal de 1995 considera al comiso como una "consecuencia accesoria", al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es, siguiendo el Derecho alemán, la de una tercera clase de sanción penal.

Su regulación viene prevista en los arts. 127 y 128, aunque el Código introduce algunas normas dedicadas al comiso con relación a delitos concretos en la Parte Especial (art. 374 relativo a tráfico de drogas; 385, en el ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico, etcétera). El comiso acompaña tanto a las penas impuestas por delito, como a las que sancionan las faltas, pero en todo caso, y esa es su más importante novedad, deberán tratarse de delitos o faltas dolosos. Además, la tradicional regulación española del comiso excluía de su ámbito los efectos e instrumentos que pertenecieran a un tercero. La nueva regulación matiza esa limitación del comiso, al excluirlo sólo si la pertenencia de los bienes a terceros es "de buena fe y previa adquisición legal". El art. 128, por su parte, es heredero directo del último párrafo del derogado art. 48, En él se establece una norma atenuatoria de los efectos del comiso, al someter su aplicación a los criterios de proporcionalidad, y convertirlo, bajo determinados presupuestos, en una consecuencia potestativa.

Por su parte el art. 129 establece un catálogo de "consecuencias accesorias", cuyo denominador común es el estar destinadas a personas jurídicas. Con ello, el texto legal reafirma el tradicional principio seguido por el Derecho penal español de "societas delinquere non potest". También en este caso su aplicación depende de la previa aplicación de una pena o de una medida. Estas medidas son:

1. clausura de la empresa, sus locales o establecimientos;
2. Disolución de la sociedad, asociación o fundación;
3. Suspensión de las actividades de la persona jurídica;
4. Prohibición temporal o definitiva de realizar actividades, operaciones o negocios determinados, e
5. Intervención de la empresa.

No obstante, el § 2.º de este artículo permite la imposición cautelar por parte del Juez Instructor del primer y tercer subapartado. Esta clausura o suspensión temporal de actividades deberá ser computado para el cumplimiento total de período impuesto en la sentencia.

2.2.3 Sustitución de penas privativas de libertad. Art. 88 y 89

Bajo la rúbrica "De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad", el Capítulo III del Título III del nuevo Código comprende tres Secciones se que ocupan, respectivamente, "De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad", "De la sustitución de las penas privativas de libertad" y "De la libertad condicional". La primera y la tercera cuentan con sólidos antecedentes en nuestro Derecho, mientras que las sustituciones de la Sección II constituyen sin embargo una verdadera novedad. Se trata de la posibilidad prevista en los arts. 88 y 89, de que los jueces y tribunales puedan, previa audiencia de las parte, en la misma sentencia o posteriormente en auto motivado, antes de

comenzar su ejecución, sustituir las penas de prisión que no excedan de un año y excepcionalmente de dos, por arresto de fin de semana o multa, sustituir la pena de arresto de fin de semana por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad y sustituir una pena privativa de libertad de hasta seis años impuesta a un extranjero por su expulsión del territorio nacional.

Esta institución tiene como razón y fundamento la individualización de la sanción punitiva y un mejor cumplimiento de la función de prevención especial de la pena cuyas condiciones para su realización deben acomodarse a las cualidades cambiantes de cada individuo.

Los criterios a los que deben atender los jueces y tribunales para decretar la sustitución se consignan expresamente y son los siguientes: las circunstancias personales del reo; la naturaleza del hecho; la conducta del reo, y, en particular; el esfuerzo para reparar el daño causado.

Dentro de las circunstancias personales, deberán tenerse en cuenta aquellas que determinen una menor culpabilidad, como la ausencia de instrucción, así como los móviles o motivos que han llevado a la violación de la norma. No se entiende en cambio, la razón por la que se alude como criterio determinante de la sustitución a la naturaleza del hecho ya que tiene un carácter objetivo y general y ha sido tenido en cuenta en la determinación de la pena del tipo.

La conducta, se refiere al comportamiento del autor antes y después de la realización del hecho. Por ello, la habitualidad criminal, que es previa en el sentido en que se define en el artículo 94, se consigna expresamente como causa que excluye la posibilidad de la sustitución en todos los casos.

2.2.4 La responsabilidad civil. Art. 109 y s.

La regulación de la responsabilidad civil pasa de ocho artículos en el antiguo Código Penal, a catorce en el nuevo texto.

El Capítulo dedicado a la responsabilidad civil y su extensión se encabeza con una declaración sobre la obligación de reparar en los términos previstos por las leyes, los daños y perjuicios causados por el delito o la falta, añadiéndose la novedad de que el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil.

La redacción de este precepto no es afortunada pues induce a pensar que cualquier delito o falta lleva aparejada inevitablemente la irrupción de responsabilidad civil, cuando es así que hay delitos que por la estructura del tipo o por la forma de comisión, no llevan aparejadas responsabilidad civil.

La responsabilidad civil comprende, según el art. 110: 1. la restitución; 2. la reparación del daño, y 3. la indemnización de los perjuicios materiales y morales, regulando los tres artículos siguientes el contenido de cada uno de estos conceptos.

Como verdadera novedad y de nueva creación debe entenderse el art. 114, que regula por primera vez en el campo que nos ocupa, la concurrencia de conductas, de forma que si la víctima hubiese contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los jueces o tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización. Tema este que la jurisprudencia ya había venido considerando, fundamentalmente en los supuestos de imprudencia (Sentencias del Tribunal Constitucional de 27.12.1986, 19.06.1989, 05.11.1990, etcétera). Esta institución es extensible tanto a la reparación como a la indemnización de daños y perjuicios.

La moderación de una y otra culpa se concibe como una facultad discrecional atribuida a jueces y tribunales, que se acordará por éstos siempre que la víctima del delito, y destinataria de la responsabilidad civil, hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o

perjuicio sufrido. Obviamente será la mayor o menor incidencia de esa conducta concurrente de la víctima, siempre en relación exclusivamente en la producción del daño, lo que permita al juez o tribunal modular la cuantía final de la indemnización.

Según el art. 115, los jueces y tribunales al declarar la existencia de la responsabilidad civil estabelecerán razonadamente, en sus resoluciones, las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución. Se cumple así la necesidad, advertida por la jurisprudencia, y en especial el Tribunal Constitucional, de que la declaración que la sentencia haga de la responsabilidad civil obedezca al mismo rigor de motivación y concreción que el resto del contenido de aquella.

Los artículos siguientes se ocupan de las personas civilmente responsables. El art. 116.1 comienza reproduciendo la declaración del derogado art. 19, al señalar que "toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente", pero con el aditamento de "si del hecho se derivaren daños o perjuicios". Mas interés ofrece el nuevo art. 117 que proclama la responsabilidad civil directa de las entidades aseguradoras hasta el límite de la indemnización legalmente establecida y sin perjuicio del derecho de repercutir contra quien corresponda.

Otro precepto de nueva creación es el art. 121 relativo a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos. Los requisitos para poder imputar dicha responsabilidad civil subsidiaria pasan por dos exigencias: en primer lugar, es necesario que la pretensión se dirija no sólo contra los agentes de la autoridad, contratados, funcionarios públicos o, en definitiva, contra quien haya cometido el delito o falta y que sea responsable civil directo y aparezca debidamente ligado o relacionado con el entre público en la manera prevenida en el párrafo primero de este precepto. En segundo lugar, debe formularse simultaneamente la pretensión de responsabilidad civil subsidiaria contra el correspondiente ente público. Por lo demás, y desde el punto de vista penal, es necesario que: a) se haya producido un delito culposo o doloso; b) los autores responsables de la comisión de la infracción deben ser autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos; c) tales responsables directos han de haber actuado en el ejercicio de sus funciones o cargos, y d) la lesión producida debe conectarse de manera directa con el funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran encomendados o confiados.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

GENÉTICA Y DERECHO PENAL: LOS DELITOS DE LESIONES AL FETO Y RELATIVOS A LAS MANIPULACIONES GENÉTICAS *

CARLOS MARÍA ROMEO-CASABONA

SUMÁRIO: 1. Criterios político-criminales generales: 1.1 La necesidad de la vinculación a los principios de intervención del Derecho Penal contemporáneo; 1.2 Los bienes jurídicos implicados – 2. Conductas de intervención en el genoma humano com peligro o lesión para los bienes jurídicos; 2.1 Algunos problemas específicos en relación con el embrión y el feto humanos; 2.1.1 El embrión preimplantatorio: protección del futuro ser y de la especie humana; 2.1.2 Intervenciones fetales y causación de la muerte del feto; 2.1.3 Lesiones fetales y muerte postnatal; 2.2 Intervenciones genéticas; 2.2.1 Las técnicas jurídico-penales de intervención desde el punto de vista político-criminal; 2.2.2 Intervenciones genéticas objeto de conminación penal – 3. Los modelos legislativos existentes; 3.1 Los modelos en el derecho comparado; 3.2 ¿El modelo español? El Código Penal de 1995; 3.2.1 Manipulaciones genéticas; 3.2.2 Clonación y procedimientos para la selección de la raza; 3.2.3 Fecundación de óvulos humanos sin fines procreativos; 3.2.4 Utilización de la ingeniería genética para la producción de armas biológicas; 3.2.5 Reproducción asistida no consentida.

Los avances en el conocimiento del genoma humano y las posibilidades de intervención sobre él por medio de la ingeniería genética, del ADN recombinante, han planteado nuevas necesidades de protección jurídica de los bienes jurídicos implicados o de reforzar la misma, en el caso de contarse ya con tal protección. En este sentido, son imaginables en el ámbito de la genética diversos caminos de regulación escalonada intensiva y extensiva completamente diferentes pero probablemente complementarios:[1] empezando por el auto control individual o deontológico de la comunidad investigadora,

(*) Palestra proferida no II Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, realizado em São Paulo, em outubro de 1996.

(1) Según proponen Jean L. Baudouin, "Límites penales de la experimentación en genética", en Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, III, Bilbao, 1995, p. 163 y s.; Albin Eser, " Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán" (trad. C. M. Romeo Casabona) en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, p. 363 y s.; Alberto Silva Franco, "Genética Humana e Direito", en *Bioética*, vol. 4, n. 1, 1996, p. 23; Emilssen Gonzalez de Cancino, *Los retos jurídicos de la genética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 89, para quien en Colombia no existe un espacio libre de derecho (p. 90). Ferrando Mantovani, "Manipolazioni genetiche", en *Digesto*, vol. VII, Penale, 4.ª ed., Utet, Torino, 1993, p. 21 y s.; Carlos María Romeo Casabona, "Límites penales de la manipulación genética", en Fundación BBV (ed.), *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, III, Bilbao, 1994, p. 177.

pasando por garantías administrativas de carácter procedimental, hasta llegar a la introducción de tipos civiles de protección – o al fortelecimiento de tales instrumentos – o, incluso, en caso necesario, de prohibiciones penales. En efecto, pensamos que si bien es cierto que en otros ámbitos de la actividad humana también está abierta esta forma de regulación plural y escalonada con diferentes niveles de intensidad, no lo es menos que tal procedimiento está especialmente indicado en relación con la Biotecnología y las Ciencias Biomédicas en general, de modo que se flexibilice adecuadamente su acción en aras a la mayor libertad posible en la investigación y que se prevengan al mismo tiempo también eficazmente las derivaciones de ella no deseables socialmente.

1. Criterios político-criminales generales

1.1 La necesidad de la vinculación a los principios de intervención del Derecho Penal contemporáneo

En una materia tan nueva como la que nos ocupa la intervención del Derecho Penal debe regirse de acuerdo con sus principios rectores tradicionales, pero tal y como son concebidos en la actualidad,[2] esto es, atender a la función del Derecho Penal y a los principios de intervención mínima y *ultima ratio*.[3] Sin embargo, en la todavía escasa actividad legislativa comparada abundan ejemplos de la tendencia contraria.[4] Por el contrario, en esta materia es de suma importancia mantenerse fiel a los principios de que al Derecho Penal le sigue correspondiendo la exclusiva tarea de protección de bienes jurídicos, es decir, de los bienes, valores e intereses fundamentales pertenecientes al individuo y a la comunidad, frente a las conductas que los lesionen o pongan en peligro, siempre que impliquen al mismo tiempo una infracción grave de las normas ético-sociales vigentes en la sociedad en un momento determinado, pero que el recurso al Derecho Penal debe reservarse frente a los ataques más intolerables a los bienes jurídicos de especial importancia y únicamente cuando sea estrictamente necesario por ser insuficientes otros instrumentos jurídicos no penales (Derecho Administrativo, Civil etc.).

Por consiguiente, también en relación con las actuaciones en el genoma humano deben mantenerse estos criterios, de modo que en numerosas ocasiones la intervención del Derecho Penal será accesoria o inexistente, por no detectarse motivos suficientes para ello, en especial si otros sectores del ordenamiento jurídico pueden satisfacer plenamente las necesidades de protección de bienes o intereses o de limitación de las actividades no deseables; por el contrario, la llamada al Derecho Penal será inevitable – pero siempre excepcional – cuando se trate de conductas particularmente graves frente a bienes o valores dignos de una protección reforzada. Por consiguiente, y como señalaba más

(2) Sobre lo que sigue, v. más ampliamente José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, I Parte General, 4.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 11 y s.

(3) En este sentido, Gonzalez de Cancino, *Los retos jurídicos de la genética*, cit. p. 221; Raimo Lahti, "Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques, General Report", en *Revue Internationale de Droit Penal*, v. 59, 1988, p. 611; Jaime M. Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Civitas, Madrid, 1995, p. 71 y s.

(4) En efecto, tanto la Ley alemana sobre Protección de Embriones (*Gesetz zum Schutz von Embryonen Embryonenschutzgesetz*), de 13.12.1990, como la francesa relativa a la Procreación Médicamente Asistida y el Diagnóstico Prenatal, de 1994 (n. 654), contienen numerosos delitos, y la última de ellas conductas que deberían haberse mantenido dentro de lo ilícito administrativo, en particular las infracciones de naturaleza procedimental.

arriba, el primer filtro limitador y sancionador debe obtenerse de las leyes que regulan, limitan y sancionan los procedimientos vinculados con la reproducción asistida (no ésta en si misma), la ingeniería genética y la utilización de gametos y embriones humanos con fines de investigación, así como de microorganismos modificados genéticamente; en el caso español por las Leyes sobre Técnicas de Reproducción Asistida[5] y de Donación, Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos,[6] y Utilización confinada, Liberación voluntaria y Comercialización de organismos modificados genéticamente.[7] La misma función filtradora corresponde a la reparación civil del daño producido.[8]

De todos modos, a pesar de que son conceptualmente claros estos criterios en la práctica resultan difíciles de concretar, en cuanto que deben reflejar las concepciones ético-sociales vigentes en la comunidad en relación con las diversas derivaciones y consecuencias de los descubrimientos y actuaciones en genoma humano, y por el momento no es todavía fácil encontrar puntos de acuerdo más o menos generalizado. Por otro lado, perspectivas diversas sobre la concepción del Derecho Penal – aun partiendo por lo general del núcleo común acabado de exponer –, pueden provocar que su intervención se adelante o se retrase. Así, si se acentúa su función preventiva, atendiendo a la racionalidad del fin (concepción utilitaria), puede dar lugar a la criminalización de conductas que constituyen un peligro para los bienes jurídicos que se pretenden proteger, incluso, cuando tal peligro es meramente potencial, sin necesidad de que se haya producido en el caso concreto (delitos de peligro abstracto); mientras que la orientación a la racionalidad de los valores, pondrá el énfasis en los derechos y bienes del individuo y en los ideales de humanidad y justicia,[9] lo que facilitará una contención de la criminalización. Otros sectores apelan a la función simbólica del Derecho Penal, en estos supuestos como refuerzo moral frente a conductas desviadas, o a la función de demostración del error moral de la conducta y de enfatización de su función declaratoria, afirmando los límites de tolerancia de la sociedad.[10] Por fin, y también en relación con las Ciencias Biomédicas, se ha querido destacar la función reguladora del Derecho Penal, anteponiéndola a la sancionadora (ésta misma cumpliría aquella función reguladora), de modo que determinadas conductas no estarían criminalizadas directamente, sino que estarían autorizadas bajo el cumplimiento de ciertas condiciones y procedimientos, cuya infracción podría dar lugar a la criminalización, de modo semejante a como sucede en cierta medida con el Derecho Penal económico.[11]

Los anteriores puntos de vista confirman la complejidad y dificultad para encontrar criterios político-criminales adecuados, pero al mismo tiempo ponen de manifiesto el riesgo de expansión del Derecho Penal y de desviación de su función esencial y de los principios de intervención. Sin embargo, no debería apartarse de ellos, como tampoco de la aspiración hacia los ideales mencionados de justicia y humanidad. Por consiguiente, una vez establecido este marco, para poder seguir avanzando decíamos que es preciso detectar y delimitar los bienes jurídicos o valores o intereses que pueden verse afectados por las actuaciones en el genoma human; únicamente después de haber logrado esta

(5) Ley 35/1998, de 22 de noviembre.
(6) Ley 42/1988, de 28 de diciembre.
(7) Ley 15/1994, de 3 de junio.
(8) V. Romeo Casabona, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 183 y s.
(9) V. sobre estos planteamientos, Lahti, *Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques, General Report*, cit., p. 611.
(10) V. Lahti, lug. cit., p. 612.
(11) V. Lahti, lug. cit.

identificación es posible analizar las conductas que puedan atentar contra aquéllos, medir su gravedad y adoptar a continuación la decisión político-criminal oportuna. En cualquier caso, no puede aspirarse a soluciones definitivas, primero porque todavía no se conocen de modo suficiente los resultados a que pueden dar lugar las aplicaciones – alguns todavía no practicables – derivadas de los conocimientos sobre el genoma humano; en segundo lugar, porque lo que en la actualidad puede mostrarse indeseable y desviado puede no ser percibido así en el futuro, en particular si son evitables los efectos no deseables. Por otro lado, debe tenerse presente que numerosas manipulaciones genéticas que describe la literatura científica se admiten como posibles desde una perspectiva teórica o hipotética, pero todavía no son técnicamente realizables, lo que suscita la cuestión de si la función preventiva del Derecho Penal (merecimiento y necesidad de pena) debe adelantarse incluso a la manifestación misma de tales hechos.

1.2 Los bienes jurídicos implicados

Como venimos proponiendo, la tarea consistiría ahora en detectar cuáles son los bienes jurídicos implicados por las intervenciones en el genoma humano, qué clase de protección gozan en el ordenamiento jurídico, con el fin de poder señalar más adelante cuáles son las carencias, así como decidir a qué instrumentos jurídicos hay que acudir para garantizar su adecuada protección, según su importancia y las formas de agresión que pueden experimentar, sin que, como apuntábamos más arriba, el recurso al Derecho Penal sea siempre necesario. Pueden verse afectados bienes jurídicos, intereses o valores individuales o colectivos. Por consiguiente procede ahora mencionar brevemente cuáles son.[12]

Las corrientes humanistas y neopersonalistas de las últimas décadas han puesto el acento en el reconocimiento de dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad como valores individuales del ser humano de primera magnitud,[13] valores que frecuentemente aparecen como trasfondo en numerosos aspectos concernientes a la genética humana. La Constitución española de 1978 los ha incorporado de forma expresa en el art. 10.1: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social." El recurso frecuente, indiscriminado y tal vez abusivo a estos valores, sumado al descuido por lo general del estudio de su acotación y función precisa en el conjunto del texto constitucional, no debe hacernos perder la perspectiva de su importancia intrínseca. Baste resaltar aquí su función de proyección sobre los demás derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución española recoge (como de modo semejante puede operarse en otras Constituciones de estructura similar), de modo que aquéllos permiten dar a éstos un mejor sentido interpretativo y cohesión, más que concebirlos (la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad) como derechos fundamentales autónomos.[14] Por otro lado, el principio de

(12) V. sobre el particular, más ampliamente, Romeo Casabona, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 187 y s.

(13) V. Carlos María Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Cera, Madrid, 1994, p. 44 y s. y 67 y s.

(14) V. en este sentido, José M. Valle Muniz / Marisé Gonzalez Gonzalez, "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal", en *Poder Judicial*, n. 26, 1992, p. 126 y s. V. sobre la cuestión, Regino Mateo Pardo, *La "dignidad de la persona humana" y su significación en la Constitución española de 1978 a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodriguez*, Universidad de Cantabria, 1992,

igualdad ante la ley, pero sobre todo, su derivación de no discriminación (por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, según el art. 14 de la Constitución española) se elevan también a un primer plano por la potencialidad discriminatoria que pueden propiciar algunas aplicaciones derivadas del conocimiento del genoma humano.

La mayor parte de los bienes jurídicos de titularidad individual que pueden verse implicados por las actuaciones en el genoma humano han encontrado un reconocimiento expreso por parte de las constituciones modernas y de las declaraciones y convenios internacionales relativos a los derechos humanos; el mismo Derecho Penal les ha conferido tradicionalmente una especial protección. Así sucede con la vida humana, con la integridad personal (física y mental), con la libertad de decisión o autodeterminación y con la intimidad, bienes jurídicos que gozan todos ellos de protección penal directa frente a casi todas o las más importantes formas de agresión a los mismos. Sin embargo, como trataremos de demostrar más abajo, no siempre sucede así. Otros bienes jurídicos han experimentado una fluctuación en cuanto a su protección, pero se va poniendo el énfasis en los últimos años en la necesidad de intensificar aquélla, a la vista de nuevas formas de agresión que eran impensables con anterioridad o parecían de escaso relieve, como sucede con la vida y la integridad corporal y psíquica (futura) del concebido.

Junto a los anteriores bienes jurídicos individuales se van perfilando otros de carácter colectivo, o que al menos presentan esta proyección supraindividual autónoma que afecta a diversos aspectos de la especie humana, y por tal razón diferente de los concretos intereses individuales comprometidos. En efecto, las acciones que pueden realizarse en el genoma humano a partir de su conocimiento, es decir, las manipulaciones genéticas y la ingeniería genética del ADN recombinante, ponen de relieve que dichas conductas, aunque puedan recaer sobre individuos concretos, afectándoles incluso de forma directa, les trascienden al poder afectar también a la propia especie humana, a su integridad, identidad, inalterabilidad y diversidad. Por ello despiertan recelos y se rechazan la eugenesia positiva perfectiva o de mejora de ciertos rasgos genéticos y no meramente terapéutica, las manipulaciones genéticas con propósitos raciales o racistas y las que degradan de algún modo la especie humana, por ejemplo, al mezclarla genéticamente con animales; se pretende evitar el resurgimiento modernizado – tanto en sus posibilidades técnicas como en su ideología – de las corrientes eugenésicas del primer tercio de este siglo. Incluso las intervenciones en los genes humanos con fines terapéuticos, aunque se tiende aceptar su licitud, tampoco dejan de despertar recelos y plantear dudas en la medida que presenten esa potencialidad de incidir sobre la especie humana alterando su genoma fuera de ciertas circunstancias; posibilidad ésta abierta en relación con la terapia o cualquier otra intervención genética en la línea germinal, que a su vez vuelve a plantear la discusión de su utilización como medio preventivo de fortalecimiento de la raza humana frente a determinadas enfermedades con el fin de hacerla más resistente a ellas (p., ej., cáncer

341 y s. (p. 348 y s.). V., no obstante, Ferrando, Mantovani, *Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados sistemas de control y técnicas de tutela*, en *Rev. Der. Gen. H.*, n. 1, 1994, p. 93 y s., y el " Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale", de 1992, en Italia, que prevé un título (el IV) que acoge la dignidad del ser humano como bien jurídico autónomamente protegido, entre los que se encuentra un capítulo dedicado a los delitos "contra la identidad genética" (art. 65). V. el texto completo de este Schema en *L'Indice Penale*, n. 3, 1992, p. 579 y s. (642 y s.), y comentarios en Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., 210, y s.

u otras producidas por virus); o en su vertiente de eugenesia negativa de eliminación del material genético patológico.[15] Dentro del espíritu de moratoria que parece aconsejable en estos momentos, hasta conocer mejor las consecuencias o efectos que pueden derivarse de las intervenciones en la línea germinal, tampoco es oportuno pronunciarse de forma definitiva sobre esta propuesta eugenésica, mientras no estemos en condiciones de conocer mejor sus posibilidades y efectos y en su caso controlar los no deseables, pues se trata de una posibilidad que en el plano puramente especulativo debe valorarse en principio favorablemente.

Pero la pregunta que sigue en pie es si realmente hay bienes colectivos nuevos además de los individuales dignos de protección por el Derecho y en su caso merecedoras de pena las conductas que atenten gravemente contra ellos. Podría pensarse, según lo indicado, en determinados bienes que afecten de modo genérico a la humanidad,[16] de modo semejante a como se ha entendido tradicionalmente en relación con el derecho de gentes y los delitos de genocidio. Así lo entienden también el Consejo de Europa y la Unesco, en los respectivos instrumentos internacionales que se están elaborando en su seno, pues aluden explícitamente a la especie humana como posible perjudicada por las intervenciones en el genoma humano.[17]

Sobre estos bienes jurídicos me he ocupado en otro lugar,[18] con las diversas matizaciones que requieren, por lo que bastará ahora con enumerarlos: 1.º inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico del ser humano, para garantizar la integridad y diversidad de la especie humana; 2.ª la identidad e irrepetibilidad característica de todo ser humano, como garantía de la individualidad y la condición de ser uno mismo distinto de los demás; 3.º la dotación genética doble, de la línea genética masculina y femenina; 4.ª la supervivencia misma de la especie humana.

Por consiguiente, en estos bienes genéricos se protegería la inalterabilidad de

(15) V. matizaciones en Albin Eser, *La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán*, en *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*. (M. Barbero, ed.), Madrid, 1989, p. 294.

(16) Noëlle Lenoir, Aux frontières de la vie: une éthique biomédicale à la française, T. I, La Documentation Française, Paris, 1991, p. 81, sostiene que "el genero humano es en si un valor".

(17) Así, el Consejo de Europa, en su Proyecto de Convenio sobre la Protección de los derechos humanos y la dignidad de la persona respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina: Convenio de Bioética, proclama: "Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano no sólo como individuo sino también en su pertenencia a la especie humana, y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad" (Preámbulo). Y la UNESCO, en su Anteproyecto de Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos de la persona humana proclama a su vez que: "El genoma humano es un componente fundamental del patrimonio común de la humanidad" (principio 1.º, versión de 21.02.1996; la versión anterior añadía la siguiente frase, suprimida en esta última: "... y necesita ser protegido para salvaguardar la integridad de la especie humana, como un valor en sí mismo, y la dignidad y derechos de cada uno de sus miembros".

(18) V. Romeo Casabona, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 203 y s.; el mismo, ya anteriormente, *La persona entre la Biotecnología, la Bioética y el Derecho, en Folia Humanistica*, n. 276, 1986, p. 6. También a favor de esta configuración y distribución, Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación en España*, cit., p. 108. V., asimismo, y la interesante y fundamentada aportación de Valle Muniz/ Gonzalez Gonzalez, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit., p. 119 y s. (128).

determinadas características de la especie humana al tiempo que su pluralidad y variedad genética frente a pretensiones eugenésicas o de otro tipo por medio de la Biotecnología o ingeniería genética, incluida la propia supervivencia de la especie humana en los casos más graves. En ocasiones estas decisiones de protección pueden constituir un medio instrumental para proteger al mismo tiempo valores democráticos basados en el pluralismo y en impedir el dominio de unos seres humanos sobre otros; es sabido que la indiferenciación, la homogeneidad y la docilidad de los ciudadanos ha sido siempre la tentación del Estado totalitario.

2. Conductas de intervención en el genoma humano con peligro o lesión para los bienes jurídicos

Una vez identificados los bienes jurídicos dignos de protección, es preciso comprobar cuáles son las conductas que pueden lesionarlos de forma grave o ponerlos en peligro frente a las cuales sea necesaria la configuración de delitos. Sólo vamos a referirnos aquí a las conductas que suponen una intervención en el genoma humano, incluso, aunque no comporten en sentido estricto una modificación en el mismo (como sucede con los análisis genéticos), pero no de las lesiones a otros bienes jurídicos en relación con el acceso indebido y la utilización no autorizada del conocimiento que aportan algunas pruebas genéticas. Por otro lado, según el criterio que se propone aquí, gran número de las intervenciones en el genoma recaen sobre el embrión preimplantatorio, aunque con ello se afecte a otros bienes jurídicos; no obstante, es preciso efectuar un estudio previo de la respuesta penal a las agresiones de que pueden ser objeto el embrión o el feto, como desarrollo y concreción de los criterios de protección que he formulado en otro trabajo.[19]

2.1 Algunos problemas específicos en relación con el embrión y el feto humanos

Las legislaciones actuales muestran por lo general una insuficiencia para proteger al concebido en los diversos estadios de su desarrollo, incluidas las manipulaciones genéticas que recaigan sobre él o sobre los gametos o el cigoto, en particular si van a ser utilizados con fines de reproducción. El delito de aborto no responde satisfactoriamente frente a las nuevas formas de agresión contra el embrión o el feto que en épocas anteriores eran inconcebibles o infrecuentes. Sin embargo, como ya ha señalado, no toda agresión ha de ser objeto de respuesta jurídica, ni mucho menos mediante la reacción penal. Por otro lado, parece imprescindible determinar com claridad a partir de qué instante desde el inicio de la gestación debe sustanciarse esa protección, pues hay razones biológicas, a las que se suman otras de componente ético y jurídico, que marcan una diferencia entre el momento de la concepción y fases posteriores, como es, en concreto, la de la culminación de la anidación, esto es, a los catorce días de ocurrir aquélla.[20] A ese momento biológico se están vinculando ya algunas limitaciones y prohibiciones. Recordemos que esta orientación de protección está también presente de forma indudable en las leyes españolas sobre Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos y sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en relación con el embrión *in vitro*, aunque de modo parcial y podríamos añadir que insuficiente, al menos en algunos aspectos por ellas abordados.

(19) V. Carlos María Romeo Casabona, "El estatuto del embrión y del feto", *Etica da Vida: Concepções e Debates*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 1996, p. 131 y s.

(20) V. más extensamente sobre la cuestión Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 147 y s.

2.1.1 El embrión preimplantatorio: protección del futuro ser y de la especie humana

Del mismo modo se suele urgir sobre la necesidad de otorgar alguna forma de protección jurídica, incluida en casos extremos la penal, al embrión obtenido *in vitro* todavía no transferido a una mujer e implantado en su endometrio con el fin de prevenir las manipulaciones (o algunas de ellas: las que no estén dirigidas a su propio benefício – diagnósticas y terapéuticas – con el propósito de su posterior transferencia) de que puede ser objeto, bien es cierto que con argumentación no siempre coincidente, pero con la consecuencia de que el ámbito de lo punible se amplía o reduce, ya sea por entender que aquél merece protección en si mismo, ya sea por verse afectada la posibilidad del libre desarrollo de la persona futura[21] o intereses que atienden a la propia humanidad como tal. En cualquier caso, las propuestas de protección penal – directa o indirecta – del embrión preimplantatorio no suponen necesariamente una contradicción con los sistemas legales de despenalización del aborto voluntario, sobre todo si se perfila correctamente el bien jurídico que realmente se pretende proteger. No obstante, parece existir acuerdo entre los juristas sobre la prohibición de la obtención de embriones *in vitro* con fines distintos a los de la procreación, así como la prohibición de transferir a una mujer un embrión preimplantatorio que haya sido sometido previamente a cualquiera de estas manipulaciones (es decir, no dirigidas a su propio interés diagnóstico o curativo)[22] o permitir su desarrollo *in vitro* o extracorporal más allá de los catorce días,[23] aparte de otras ya propuestas más arriba. Insistamos una vez más en que esta triple barrera constituye un auténtico muro de contención frente a un buen número de manipulaciones genéticas no deseables, correspondiendo en concreto a las dos últimas el objetivo prioritario de impedir el nacimiento (en el útero materno o en el laboratorio en todo caso) de un ser humano manipulado. Por tanto, la configuración de nuevos tipos penales ha de responder a este propósito, excluyendo de este ámbito – aunque no del administativo – cualquier otra forma de protección directa del embrión viable no implantado.

2.1.2 Intervenciones fetales y causación de la muerte del feto

Veamos a continuación las intervenciones en el feto que pueden afectar a su integridad corporal o psíquica, lo cual es cada vez más factible. Así, el caso de que

(21) Valle Muniz/Gonzalez Gonzales, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit., p. 123 y s. (especialmente, p. 125 y s. y 132 y s.), mantienen una postura restrictiva. Por el contrario, la Ley alemana de Protección de Embriones, se ha decantado por una amplia cobertura penal, hasta cierto punto censurable.

(22) V. Eser, *La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán*, cit., p. 288; Silva Franco, *Genética Humana e Direito*, cit., p. 19; Carlos M. Romeo Casabona, "La utilización de embriones y fetos humanos con fines de investigación genética u otros fines no terapéuticos", en *Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n. 5, 1992, p. 151 y s.; Hans-Ludwig Schreiber, *Der Schutz des Lebens durch das Recht an seinem Beginn und an seinem Ende*, en *Medizinrecht Psycopathologie-Rechtsmedizin* (eds. H. Schütz, H. J. Kaatsch, H. Thomsen), Springer Verlag, Berlin, 1991, p. 127; Valle Muñiz/Gonzalez Gonzalez, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit., p. 134, aunque estiman que no está justificada la intervención penal.

(23) Limitaciones ya establecidas por la Ley 35/1988 en los arts. 3.º, 14.3 (y art. 15 en conjunto) y 15.1.b, respectivamente. Recuérdense las infracciones que establece a este respecto.

se practique un aborto tomando como presupuesto un dictamen erróneo por parte del especialista (falso positivo) al realizar el diagnóstico prenatal. La situación sería la de un comportamiento previo negligente (el del especialista que emite el dictamen) que provoca la realización del aborto doloso por un tercero (el médico o profesional sanitario que lo realiza) que ha observado sus propios deberes de cuidado, al asumir la corrección del dictamen emitido por aquél, salvo que tenga indicios de su defectuosidad (principio de la confianza). A éste le afecta un error de prohibición, es decir, realiza un hecho típico en principio prohibido (el delito de aborto consentido), pero que puede ser lícito si se corresponde con alguno de los supuestos en los que la ley autoriza el aborto, por ejemplo, de acuerdo con un sistema de las indicaciones que acoja el aborto eugenésico o embriopático; pues bien, el dictamen incorrecto induce a creer al médico que el feto presenta deformaciones que le autorizan a practicar el aborto en ese caso. Lógicamente no incurre en responsabilidad: aunque practica el aborto consciente e intencionadamente – pero que en esta hipótesis no estaría permitido por no concurrir la indicación correspondiente –, se encontraría en un error, normalmente invencible o inevitable (art. 14.3 del CP español), sobre la licitud de la conducta realizada.[24]

Para quien hizo el diagnóstico o dictamen defectuoso se trata de la hipótesis de la participación culposa en un hecho típico doloso, cuestión no resuelta pacíficamente por la doctrina, aunque por el momento comparto el criterio mayoritario de que dicha participación no es posible en los delitos culposos en general, tratándose en estos casos más bien de la autoría de un delito culposo. En cuanto a la posibilidad de considerarle autor mediato imprudente, se discute en la doctrina si es o no contraria esta figura a la naturaleza de la autoría mediata.[25] En el Derecho español, como es sabido, el aborto culposo era atípico en el CP ya derogado, salvo el supuesto del art. 412 (el ocasionado violentamente, a sabiendas del estado del embarazo de la mujer, cuando no haya habido propósito de causarlo), en el que no podía subsumirse el aquí contemplado, y debíamos concluir en la solución de la impunidad, pues se entendía por la doctrina que la existencia de esa figura especial de aborto culposo implicaba la exclusión de la aplicación de la cláusula general de imprudencia del derogado art. 565 del Código Penal.[26] No obstante, en

(24) Art. 14 del nuevo CP. Patricia Laurenzo Copello, *El aborto no punible*, Bosch-Spicum, Barcelona, 1990, p. 329 y s., partiendo de su concepción sobre la naturaleza jurídica de las indicaciones, que entiende como supuestos específicos de exclusión de la responsabilidad por el hecho, considera que se trata de un caso análogo al error de prohibición, al que hay que aplicar las reglas referidas a dicho error.

(25) V. una posición reciente a favor de ella, José Ulises Hernandez Plasencia, *La autoría mediata en el Derecho Penal español*, Ed. Comares, Granada (en prensa). Téngase en cuenta que el CP de 1995 incluye ya de forma expresa la autoría mediata, con la duda de si su regulación es compatible con la comisión culposa: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento" (art. 28; el subrayado ha sido añadido).

(26) Sobre la situación anterior v., por ejemplo, Miguel Bajo Fernandez, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Delitos contra las personas*, 2.ª ed., Cera, Madrid, 1991, p. 171; Elena Farre Trepat, "Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 350; Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, 1993, p. 96; Carlos M. Romeo Casabona, *La reforma penal del aborto: límite mínimo, figuras delictivas y sistema de las*

el CP de 1995 se ha introducido una figura de aborto por imprudencia grave más general,[27] que ha de estimarse acertada en sus términos desde el punto de vista político-criminal, conforme a la cual el hecho que estamos estudiando sería típico. Por otro lado, debe recordarse de todas formas que al médico se le reconoce en su actividad diagnóstica un margen de error mayor (y debe admitirse más aún en el diagnóstico prenatal, dadas sus características actuales), y aunque se equivoque no podrá sostenerse en un buen número de casos que ha infringido sus deberes de cuidado, salvo que se deba a una auténtica falta de diligencia o de conocimientos o de cualificación (o de actualización en las técnicas o de aparataje y medios adecuados por parte del analista) para desempeñar esta labor, pero puede ser relevante para determinar una responsabilidad civil. En cualquier caso, del propio art. 417 bis del CP se deduce el reconocimiento, implícito en este caso, de un cierto margen de error mayor y no sólo de incerteza, al decir "que se presuma".[28]

En segundo lugar, debemos abordar el tratamiento jurídico-penal que corresponde si se produce la muerte del feto como consecuencia de la toma de muestras o de las pruebas realizadas por el especialista para elaborar el diagnóstico, del tratamiento o de la experimentación fetal – de estar permitida por la ley – o por cualquier otro medio. Los peligros derivados de la propia naturaleza de la intervención (p. ej., la amniocentesis) hay que entenderlos incluidos dentro del riesgo permitido, siempre que se haya procedido a la adecuada ponderación de los riesgos y ventajas que incidan en el caso concreto, y no se habrá producido la inobservancia del deber de cuidado objetivo, elemento que configura el tipo del delito culposo. Si el profisional actuó, por el contrario, infringiendo tal deber de cuidado (por actuación negligente o por falta de preparación suficiente para realizar las pruebas) se plantea una vez más la cuestión de un aborto culposo. Como hemos visto, el anterior CP no preveía la punición del aborto culposo más que en un supuesto excepcional, y por ello la respuesta jurídica era la absolución por atipicidad de la conducta, cuestión que ha quedado plenamente resuelta en el sentido de la tipicidad en el CP de 1995. Si al practicar el aborto se produjera la muerte o lesiones en la madre no habría inconveniente para castigar la conducta por el delito de homicidio o lesiones culposas correspondientes, si concurren los elementos típicos de los mismos (art. 142 y 152 del nuevo CP, respectivamente).

2.1.3 Lesiones fetales y muerte postnatal[29]

Otra hipótesis posible consiste en que el feto no muera como consecuencia de las acciones señaladas, pero que se le causen lesiones, las cuales se manifestarán una vez que haya nacido; incluso es posible que éste muera al poco de nacer. Aquí la cuestión es de nuevo la de la más que

indicaciones, en *Propuestas para la Reforma Penal*, Centro de Estudios Criminológicos, La Laguna, 1992, p. 141 y s.

(27) Según el art. 146 del CP: "El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada por este precepto."

(28) V. C. M. Romeo Casabona, *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales, La Ley*, 1987, p. 9. El art. 417 bis del CP de 1973 continúa em vigor, v. Disposición derogatória única, 1, a, del CP de 1995.

(29) V. más ampliamente sobre lo que se trata en este epígrafe, Fátima Flores Mendoza, *El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995*, en *Rev. Der. Gen. H.*, n. 5, 1996 (en prensa).

dudosa tipicidad de las llamadas lesiones fetales, si el ordenamiento jurídico que resulte aplicable no cuenta con un tipo delictivo específico, lo que veremos más abajo ha previsto el CP español de 1995. Con anterioridad a estas nuevas previsiones legislativas la doctrina española se había dividido en dos posiciones fundamentales opuestas, que vamos a recordar brevemente con el fin de comprobar la pertinencia de la inclusión del nuevo delito de lesiones fetales.[30]

La primera de ellas venía entendiendo que era una conducta impune por atípica – es decir, no prevista como delito en el CP –, pues los delitos de lesiones corporales y de homicidio del CP español – también el CP de 1995 – requieren que las respectivas acciones típicas se hayan infligido a una persona, es decir, a un ser humano ya nacido.[31-32] Desde el punto de vista del principio de legalidad este criterio es el más adecuado, pues téngase en cuenta que el resultado se *manifiesta* o se produce después del nacimiento, pero la agresión – la acción – recae en el feto, que es un bien jurídico distinto; la singularidad de que hay una evolución, un tránsito, de un bien jurídico a otro no debe apartarnos la atención de quién es en realidad el que sufre la agresión, pues el momento del nacimiento, en el que se produce el cambio del objeto de la agresión (del feto al individuo), determina un corte en cuanto a la consideración del bien jurídico protegido (vida humana dependiente e independiente, respectivamente).

La segunda posición apuntaba a defender que concurría el tipo del delito de homicidio o de lesiones, según correspondiera, valiéndose de diversos criterios, como los que se suelen utilizar para la determinación del tiempo de la comisión del delito (teoría del resultado o de la ubicuidad.[33]

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado recientemente sobre este problema en relación con el derogado CP de 1973, habiéndose decantado a favor de la tipicidad de estos supuestos como un delito de lesiones, en el caso, culposas.[34]

(30) V. sobre los términos de la discusión, Marisé Gonzalez, *Las lesiones fetales*, en *Cuadernos Jurídicos*, n. 10, 1993, p. 10.

(31) Pues en este sentido se interpretaba la palabra "otro" que utilizaba la Ley, y no sólo en el delito de lesiones corporales (art. 420 del CP de 1973: "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a *otro* una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental..."; en los mismos términos el art. 147 del CP de 1995), sino también en el de homicidio, donde aparece con más claridad todavía.

(32) V. Antonio Cuerda Riezu, *Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, p. 420 y s.; Farre Trepat, *Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente*, cit., p. 347 y 350; Pastora Garcia Alvarez, *Lesiones al feto. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995*, en *Cuadernos Jurídicos*, n. 43, 1996, p. 13; Gonzalez, *Las lesiones fetales*, cit., p. 10, José Luís Gonzales Cussac, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma española, Rev. Der. Gen. H.* 3/1995, p. 81 y s.; Juan Felipe Higuera Guimera, *El Derecho Penal y la Genética*, Trivium, Madrid, 1995, p. 322; Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 267 y s. También de este criterio para el Derecho alemán, Hans Lüttger, *La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso "Contergan"*, en *Medicina y Derecho Penal*, Madrid, 1984, p. 76 y s.; I. Tepperwien *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, Tübingen, 1973, p. 143 y s.

(33) Así, Bajo Fernandez, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, cit., p. 25.

(34) STS de 5 de abril de 1995. V. comentario de la misma por José Manuel Martínez-Pereda Rodriguez, *Imprudencia sanitaria con resultado de lesiones irreversibles al feto*, en *Actualidad del Derecho Sanitario*,

Revocando la sentencia absolutoria de la primera instancia, el TS condenó a una comadrona por haber omitido poner en conocimiento del ginecólogo de guardia la situación de una parturienta con evidentes señales de sufrimiento fetal, que tuvo como resultado una parálisis cerebral del niño nacido, imposibilitado para su propio desenvolvimiento en vida y necesitado de asistencia continuada de otras personas. De los hechos se deduce que hubo una infracción grave del cuidado objetivamente debido por parte de la condenada, el resultado lesivo para el niño y la relación de causalidad, y lo que acentúa su dramatismo es que los hechos ocurrieran durante el curso del parto, esto es, a punto de necer el niño, tras un embarazo, según parece, normal.

Sin embargo, no pueden compartirse ni el fallo ni la línea argumental de la sentencia, tanto por los razonamientos de *lege lata* acabados de exponer más arriba, contrarios a la condena en estos casos para no vulnerar el principio de legalidad, como por las contradicciones que se aprecian en la misma, cuyos argumentos parecen el algún caso más bien de *lege ferenda*, y que por ello son totalmente asumibles desde esta perspectiva, como veremos más abajo. Dice la sentencia: "Ciertamente que el delito de lesiones (...) lleva embebida la idea de alteridad (...) y 'el otro', mientras no alcance la categoría de persona (el caso del feto o embrión humano) es más objeto que sujeto pasivo del delito; pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción – en sentido lato – se intenta y realiza sobre una persona, la madre, y el resultado – demonstrada la relación causal – transciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento". "Afirmada como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad" (f. j. 1.º).

El que la conducta se realice a través de la madre no resuelve en absoluto la cuestión, pues es evidente que la acción agresora recae directamente sobre el feto, a través de aquélla, dado que si fuera *sobre ella* – una persona, recalca la sentencia – ella misma sería el sujeto pasivo del delito y se tendría que dilucidar la existencia de un delito de lesiones también contra la madre. Si lo que la sentencia quiere destacar es que acción y resultado se reparten, respectivamente, entre la madre y el feto, resulta todavía más inadecuado fundamentar en ello la tipicidad, puesto que habría que deducir una tentativa de delito en relación con la madre, y un resultado sin acción (?) respecto al feto. No es esa, pues, la cuestión. El problema radica en si el sujeto pasivo del delito de lesiones los es o no el feto, lo que niega la propia sentencia. El delito de lesiones corporales del CP español de 1973 (hasta el CP de 1995) no protegía la integridad corporal o psíquica del feto, como tampoco su vida frente a comportamientos imprudentes, salvo el previsto en el art. 412. Y esto es debido a que hasta hace pocas décadas no eran imaginables esta clase de hechos: si se quería atacar dolosamente al feto era para privarle de su vida, para provocar un aborto, no con el propósito de tan sólo lesionarle, no existían procedimientos tan precisos para conseguirlo. Por

n. 6, 1995, p. 350 y s., quien comparte en lo esencial el criterio de la sentencia. Una perspectiva crítica ofrece Garcia Alvarez, *Lesiones al feto*. Comentário a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995, cit., p. 13 y s.

otro lado, si es válido extender el delito de lesiones corporales al feto, por el mismo razonamiento habría que concluir que también le es aplicable el de homicidio,[35] con la particularidad de que habría entonces un concurso de normas con el delito de aborto no consentido, a resolver a favor de éste de acuerdo con el principio de especialidad (o, ¿por qué no?, con el de la alternatividad a favor del de homicidio). Pero continúan los contrasentidos: ¿por qué la ley ha querido castigar con diferente pena la muerte – aborto – de un concebido y la muerte – homicidio – de uno ya nacido y no, en cambio, las lesiones de uno u otro, que serían las mismas de acuerdo con la interpretación jurisprudencial? ¿cuál es el soporte normativo para mantener esas discrepancias valorativas? La respuesta es que este tipo era únicamente aplicable a las lesiones causadas a los nacidos. Se trataba, en suma, de una cuestión de *lege ferenda*, pues cierto que no satisface la solución de impunidad por atipicidad que veníamos proponiendo de *lege lata* en relación con el ya derogado CP de 1973.

Por consiguiente, debemos concluir manifestándonos a favor de la oportunidad de la incriminación como delito las lesiones al concebido, para eliminar así estas lagunas o vacíos legales[36] cuando se ocasionen dolosamente[37] o sean consecuencia de una *grave* o burda infracción del deber de cuidado al menos por parte de los profesionales médicos, sanitarios o asimilados.[38] Tengamos em cuenta, por un lado, que él concebido es más accesible y, consecuentemente, más vulnerable a diversas agresiones, pues, por ejemplo, el diagnóstico prenatal (y por tanto, las exploraciones y pruebas fetales que implica su obtención) está en vías de convertirse en un recurso generalizado, sobre todo a medida que se vaya abaratando su costo, aumente su fiabilidad y su ámbito de cobertura, y los tratamientos en fase experimental sobre el feto requieren una mayor ponderación de los riesgos y las ventajas que pueden afectarle; y finalmente, por otro lado, despejaría las dudas sobre su tipicidad, en particular sobre las lesiones

(35) Así, también, Garcia Alvarez, *Lesiones al feto*, cit., p. 19.

(36) Del mismo parecer, Armin Kaufmann, *Tatbestandmässigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren* en *Juristenzeitung*, 1971, p. 571 y s.; Lüttger, *La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso "Contergan"*, cit., p. 80; Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 269 y s. y 279 y s.; Tepperwein *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, cit., p. 144 y s. También estiman, recientemente, que las nuevas figuras delictivas de lesiones al feto colman una laguna legal, Juan Carlos Carbonell Mateu/José Luís Gonzalez Cussac, *Comentários al Código Penal*, arts. 157 y 158, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 812; Garcia Alvarez, *Lesiones al feto*, cit., p. 13; Higuera Guimera, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., p. 323; Diego López Garrido/Mercedes Garcia Aran, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 97.

(37) V. sobre la cuestión, Tepperwein, *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, cit.,p. 143 y s. A favor en nuestro país de la creación de un tipo semejante, Cuerda Riezu, *Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas*, cit., 422 (al menos en relación con las lesiones dolosas); Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 269; Valle Muñiz/Gonzalez Gonzalez, *Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal*, cit., p. 144.

(38) Restrictivo en cuanto a los sujetos activos del delito, Kapp, *Der Fötus als Patient?*, cit., p. 280. Sin embargo, el CP de 1995 no configura el delito de aborto culposo como delito especial (art. 146, salvo la imprudencia profesional), acotando un determinado círculo de autores, sino como delito común imputable a cualquier autor, salvo a la madre. Es aceptable esta solución, puesto con esta figura se pretende sustituir la anterior del art. 412.

más frecuentes en la actualidad, que giran en torno a las maniobras obstétricas del parto.[39]

El CP de 1995 ha incluido finalmente el delito de lesiones fetales dolosas o por imprudencia grave:

Art. 157: "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años."

Art. 158: "El que por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto."[40]

Si bien es de celebrar la inclusión de esta regulación – que ya propuse por primera vez en 1981 –[41] continúa pareciéndome discutible la adecuación de la tipicidad de la muerte ocurrida después del nacimiento causada por agresiones fetales, pues habría que integrarla como tentativa de aborto (si concurre, al menos, dolo eventual) o como lesiones al feto de las que establece el nuevo CP, y probablemente ninguna de ellas abarcaría plenamente el desvalor del hecho.[42] Por otro

(39) En ocasión anterior me he inclinado por esta solución de *lege ferenda*, si bien admitía la posibilidad de la incriminación de *lege lata* de estos comportamientos dolosos como tentativa de aborto, partiendo de la hipótesis de que el dolo de producir esos efectos (esto es, agredir al feto dolosamente con el fin de que al cabo de nacer muera o se le manifiesten lesiones corporales) llevará implícitamente consigo el dolo eventual de causar el aborto, pues dada la delicadeza del embarazo, parece aquél un riesgo casi inherente a aquel tipo de agresiones, pero, lógicamente si en un caso que a mi me sigue pareciendo excepcional, no concurriese ese dolo eventual de aborto, no se podría castigar por tentativa, con el resultado de impunidad (frente a quienes me imputaban aquella solución como única, pues precisamente por considerarla insuficiente e insatisfactoria por no abarcar plenamente el desvalor del hecho, proponía ya entonces la inclusión de un nuevo delito, como vuelvo a retomar ahora en el texto). V. sobre ello, Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 279 y s., en el mismo sentido, Gonzalez, *Las lesiones fetales*, cit., p. 12, n. 5.

(40) Estos delitos aparecen por primera vez en el Proyecto de CP de 1992 (arts. 165 y 166), que recoge el CP con el mismo texto, salvo la sustitución de la pena de multa por la de arresto de fin de semana y la introducción de la imprudencia profesional en el art. 158.

(41) V. Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 280.

(42) En relación con estas conductas, el Anteproyecto de la Ley de Protección de Embriones, de la República Federal Alemana, preveía un delito que recogía alguna de ellas; sin embargo el texto de la Ley de 1990 no lo ha incluido finalmente. El Anteproyecto decia así: "Daños causados en los embriones. 1. Quien cause, mediante la intervención en un embrión o feto, daños en la salud de la persona (que resulte del desarrollo del mismo), será sancionado con privación de libertad hasta tres años o multa. 2. En casos especialmente graves, la sanción será de privación de libertad de seis meses hasta cinco años. Se considera caso especialmente grave si el autor: 1) provoca graves daños a la salud, o 2) mediante su actuación, causa imprudentemente la muerte del sujeto lesionado.

lado, el objeto material de la acción se refiere al feto que se encuentra en el seno materno, logicamente ya implantado; sobre ello volveremos más abajo. Pero la palabra feto que utiliza aquí el CP es inadecuada, puesto que aunque tradicionalmente en Derecho Penal se ha venido entendiendo como equivalente a *nasciturus*, es decir, extendido a todo el proceso del embarazo, abarcando así también al embrión,[43] parecía más correcta y aconsejable para la seguridad jurídica su sustitución por otro vocablo más amplio y exacto que eliminase cualquier duda sobre la inclusión de aquél,[44] que es precisamente más sensible y vulnerable al infligimiento de taras por diversas formas de manipulación, como podría ser, por ejemplo, "en un feto o en un embrión implantado en una mujer" (con el término "implantado" se pretende excluir del tipo al embrión preimplantatorio). Abunda en favor de esta propuesta (salvo que lo que se pretendiera fuera excluirle de la protección penal) el hecho de que esta doble terminología para indicar dos realidades distintas es conocida por el ordenamiento jurídico español en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y en la de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos.[45] No obstante, de *lege lata* es aceptable reconocer un significado amplio a la palabra feto.[46]

Por lo que atañe al tipo culposo, ha de celebrarse igualmente que se le haya dado cabida en el marco que abre el nuevo Código con la introducción – también sumamente acertada – del principio de excepcionalidad de la incriminación de la imprudencia (art. 12), pues serán los supuestos que con considerable mayor frecuencia ocurrirán en la práctica.

El bien jurídico protegido es la integridad y la salud física y psíquica del feto, en el sentido amplio asumido para éste (el embrión desde su implantación y el feto en sentido estricto), de modo paralelo a como sucede con la vida del feto en el delito de aborto. Evidentemente, con esta protección se persigue garantizar en último extremo la integridad del futuro niño, una vez nacido, pero esta perspectiva sólo puede aceptarse de forma mediata, y no como bien jurídico protegido en sentido estricto.[47] Aparte de la incongruencia a que daría lugar esta interpretación en relación con el delito de aborto (pues, dentro de las discrepancias existentes sobre el bien jurídico protegido en este

3) Si la actuación del autor fue imprudente en los casos especificados en el apartado 1, se penalizará con privación de libertad de hasta dos años o multa. 4) Los apartados 1, 2 y 3 no se refieren a actos cuya finalidad sea la de provocar un aborto" (art. 1.º).

(43) Partidario de esta interpretación se ha mostrado Antonio Cuerda Riezu, *"Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992"*, en Fundación BBV. *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, III, Bilbao, 1994, p. 224, proponiendo el entendimiento de la palabra "feto" en sentido no técnico, es decir, que abarque todos los estadios de la formación de un ser humano en el útero materno.

(44) V. a favor de este criterio en relación con el Proyecto CP de 1992, Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 164 y s. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 403 y s.

(45) Esto era más evidente todavía en el Proyecto de CP de 1992, pues distinguía ambos en la rúbrica que encabezaba el Título que seguía a este delito ("De la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida"), si bien no ha sido mantenida en el CP aprobado.

(46) En el sentido del texto, García Alvarez, *Lesiones al feto*, cit., p. 14. Un criterio restrictivo sustenta Higuera Guimera, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., 324.

(47) Como sostienen Carbonell Mateu/Gonzalez Cussac, *Comentarios al Código Penal*, arts. 157 y 158, cit., p. 813.

delito, no hay posiciones que hayan sostenido que con él se proteja la vida de la futura persona), el propio tenor literal del precepto impone la interpretación propuesta: la causación en el feto de una lesión o enfermedad ha de tener, como resultado típico alternativo, perjudicar "gravemente su normal desarrollo", o provocar "en el mismo una grave tara física o psíquica". Pues bien, aunque frecuentemente el perjuicio en el normal desarrollo del feto se traducirá en graves taras físicas o psíquicas, que ha de entenderse que por lo general persistirán después del nacimiento, es admisible que el perjuicio en el desarrollo no presente finalmente secuelas (p. ej., por haberse corregido de forma espontánea o mediante una intervención quirúrgica o tratamiento de otro tipo, o simplemente hayan provocado un parto prematuro), de lo contrario este resultado quedaría siempre absorbido por el otro y carecería por ello de autonomía y de sentido. Es, asimismo, rechazable que el feto haya de estar sano,[48] puesto que el objeto material de la acción recae en el feto en su estado concreto de salud o incolumidad al tiempo de aquélla, por tanto es indiferente que padezca ya una enfermedad, anomalía o malformación (de lo contrario, no serían punibles, p. ej., las lesiones producidas a un feto con síndrome de *down*, conciera o no el sujeto activo tal situación). La finalidad de esta posición consiste en excluir de este modo la tipicidad de la transmisión de enfermedades o malformaciones de carácter hereditario por parte de los progenitores (p. ej., si conocen antes de la concepción su condición de portadores de genes deletéreos y a pesar de ello deciden conseguir aquélla); sin embargo es obvia la atipicidad sin tener que recurrir a tan peligrosa restricción, puesto que en el momento de la acción – en este caso procreativa – el objeto material no existe.

En ambos casos – delito doloso y culposo – es valido cualquier medio, activo u omisivo, incluida la transmisión de enfermedades a través de la madre,[49] llegue ésta o no a padecerlas también. Requiere también el tipo el resultado de causar "en el feto una lesión o enfermedad que perjudique *gravemente* su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica". La expresión "grave" plantea dos problemas; el primero de ellos determinar el alcance de la misma, sobre todo porque no se ha previsto el castigo de las lesiones no graves, de forma que la duda sobre la gravedad del resultado se pudiera resolver en favor del otro tipo que las abarcara; la solución alternativa en caso de duda será entonces la de la impunidad. Aunque es difícil obtener criterios de orientación interpretativa, podría recurrirse a los tipos de resultado de los delitos de lesiones corporales sobre los ya nacidos (art. 149 y 150), en relación con las taras físicas o psíquicas al feto, pués éstas implican al menos una permanencia, aunque no necesariamente su irreversibilidad. En cuanto al grave perjuicio al normal desarrollo del feto este criterio no resulta aplicable, pero podría utilizarse la referencia – en este caso sólo orientativa – que proporciona el tipo básico del delito de lesiones corporales (art. 147. 1), cuando alude a que la "lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico", sea directamente en el feto o a través de la mujer (largo período de reposo): no obstante no debe olvidarse de que en nuestro caso se trata de volver al normal desarrollo del feto, o lo más próximo posible a él, por lo que la intervención podría consistir en adelantar el parto o someterlo a la incubadora una vez producido el nacimiento de forma espontánea o provocada. El segundo pro-

(48) Así lo entienden Carbonell Mateu/Gonzalez Cussac, lug. cit.

(49) En este sentido, Carbonell Mateu/Gonzalez Cussac, lug. cit.

blema radica precisamente en haber tipificado tan sólo las lesiones dolosas graves, pues entiendo que en el CP de 1995 resulta inaplicable en relación con el feto la falta de lesiones corporales dolosas del art. 617, interpretación excluida ahora con mayor razón si cabe que en el CP de 1973, por la misma presencia del delito de lesiones al feto: el "causare a otro una lesión" del art. 617 debe interpretarse como referido a una persona, es decir, ya nacida. No obstante, estoy de acuerdo con la solución del legislador de que no deben castigarse las conductas imprudentes graves con resultados de menor entidad que los que abarca el tipo, o leves de las que se derive cualquier resultado. Finalmente, la causación de una lesión o enfermedad debe concretarse en perjudicar el normal desarrollo del feto o en una tara física o psíquica, en todo caso graves; éstas últimas pueden manifestarse ya durante el embarazo o bien tras el nacimiento, con el problema, es este caso, de que no aparezcan de forma inmediata, pues el niño continúa completando su desarrollo biológico incluso después de ocurrir aquél, por lo que debería aceptarse la tipicidad siempre que la relación de causalidad no ofrezca el menor resquicio de duda.

Sujeto activo puede serlo cualquiera, aunque de hecho normalmente lo serán los profesionales sanitarios o parasanitarios. Sujeto pasivo, el embrión o el feto.

El tipo subjetivo no ofrece especiales particularidades. En el doloso el dolo puede ser tanto directo como eventual, más frecuente éste que aquél. En cuanto a la imprudencia grave y al tipo agravado respecto de éste de imprudencia profesional, han de entenderse equivalentes a los tipos de imprudencia temeraria y profesional del CP derogado, y por ello continúan siendo válidas las construcciones doctrinales y jurisprudenciales formuladas sobre ambas. Acertadamente, la embarazada no es castigada en su modalidad culposa.

De todos modos, no debe desconocerse que junto a estos problemas de tipicidad, que se resuelven legislativamente con los nuevos tipos y conforme a los criterios propuestos, en no pocas ocasiones seguirá en pie la cuestión de establecer la relación de causalidad, en particular cuando se trate de acciones en el concebido cuyos efectos no sean bien conocidos por la ciencia o cuando los efectos típicos no se manifiesten inmediatamente después del nacimiento.[50] Un suceso de gran magnitud y trascendencia – el llamado 'caso Contergán', tanto para el ámbito del Derecho (pues se pusieron de manifiesto sus insuficiencias, pero gracias a ello se suscitó una viva y fructífera discusión entre los especialistas) como para el de la Biomedicina (se constató una vez más la ambivalencia de sus progresos, en este caso, en el área de Farmacología), corroboró – por desgracia – en la vida real que no es ocioso tratar estos problemas. Aunque conocido, tiene interés recordarlo en este contexto: en los años sesenta se suministró a numerosas mujeres embarazadas de Europa y Norteamérica un analgésico – talidomida –, supuestamente inocuo para el estado de preñez. Sin embargo, miles de niños nacieron con importantes deformidades, que en muchos casos afectaban a la carencia o atrofia de las extremidades superiores o inferiores. Hubo varios procesos, algunos de ellos dramáticos (como el de Lieja, Bélgica, en el que cuatro miembros de una familia y su médico fueron acusados y absueltos de eutanasia practicada en un recién nacido con anomalías de esta clase). De todas formas, las cuestiones jurídico-penales más importantes cuando se planteó el caso en Alemania fueron establecer la relación de causalidad, o lo que es lo mismo, probar que el referido medicamento fue la causa real de esas taras que presentaron los niños,[51] y la tipicidad de esas conductas,

(50) V. García Alvarez, *Lesiones al feto*, cit., p. 16.

(51) Se ha planteado semejante problema en nuestro país en relación con el llamado

esto es, si eran susceptibles de castigo por algunos de los delitos existentes en el Código penal alemán. El Tribunal de Aquisgrán, de la República Federal Alemana, se ocupó de este asunto, y determinó la subsunción en el delito de homicidio culposo (§ 222 del CP alemán) de las acciones prenatales imprudentes con el resultado de muerte postnatal, y en el delito de lesiones corporales culposas (§ 230 del CP) los daños culposos prenatales en el feto con efectos postnatales subsistentes.[52] Como fácilmente se deduce de las reflexiones anteriores, este pronunciamiento fue muy criticado por los autores. Sin embargo, en una sentencia muy posterior (22.04.1983) del Tribunal Supremo Federal de ese mismo país, se llega a la conclusión, en un caso semejante, de la impunidad, debido a la existencia de una laguna legal, únicamente subsanable mediante la intervención del legislador.[53] Finalmente, el asunto se resolvió extrajudicialmente, concediendo indemnizaciones y pensiones a los afectados.

Por último, debe señalarse que la pena prevista para el delito de lesiones al feto parece más grave que la establecida para el delito de lesiones a un nacido (art. 147, prisión de seis meses a tres años, o arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, según el párrafo que resulte aplicable) y que para el delito de aborto consentido (art. 145, prisión de uno a tres años e inhabilitación especial).[54] Ha de tenerse en cuenta, en el primer caso, que las lesiones al feto tipificadas son únicamente las graves, mientras que el tipo de lesiones al nacido tomado como referencia alude tan sólo a los tipos básico y atenuado, pues otros tipos cualificados de lesiones prevén penas más graves (p. ej., 148 y 149). En cuanto al aborto, el no consentido establece penas mucho más graves (art. 144) que el delito de lesiones al feto, dado que con aquél se ven afectados bienes jurídicos de los que es titular la madre (su libertad personal procreativa), mientras que estructuralmente la figura delictiva del art. 157 acoge tanto las lesiones al feto consentidas (aunque resulte difícilmente imaginable esta hipótesis) como no consentidas por la madre. Menciono estas referencias comparativas sobre las penas porque algún sector de la doctrina ha postulado que es más grave producir lesiones – graves – al feto que el aborto mismo, puesto que aquéllas, una vez nacido, habrá de padecerlas durante toda su vida, y por ello entiende que la pena debería ser relativamente más elevada, criterio que, en sentido estricto, en mi opinión no ha sido secundado, acertadamente, por el legislador.

2.2 Intervenciones genéticas

2.2.1 Las técnicas jurídico-penales de intervención desde el punto de vista político-criminal

La plasmación en la ley de los delitos cuya tipificación se estime oportuna políticocriminalmente en relación con las intervenciones en el genoma humano exige resolver una cuestión previa, la de su ubicación. La discusión resurgente de si es más conveniente la inclusión en el CP o en una ley especial de figuras delictivas que se refieren a materias muy específicas y cuyo ámbito de licitud aparece regulado por otras leyes ha vuelto a suscitarse en relación con esta materia. En todo caso es una cuestión de relativo interés en estos momentos, no sólo porque el legislador

'síndrome tóxico', en el proceso contra los implicados en la comercialización para consumo humano del aceite de colza desnaturalizado: STS 23 de abril de 1992.

(52) Según relata Lüttger, *Geburtsbeginn und pränatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen*, cit., p. 150.

(53) V. Lüttger, últ. lug. cit., p. 139 y s.

(54) Así lo entienden López Garrido/Garcia Aran, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 98.

español ha tomado ya una decisión a este respecto en el CP de 1995 – como veremos más abajo –, sino sobre todo porque la conveniencia de una u otra vía está fundamentalmente condicionada porque se utilice o no la técnica de leyes penales en blanco, y aún en este caso no constituiría un obstáculo insalvable, sobre todo si no se recurre en exceso a tal técnica, que en principio no parece deseable. Frente al por otro lado también deseable ideal de evitar el desperdigamiento de los delitos en una pluralidad de leyes especiales, devolviendo el protagonismo al Código Penal, de permitir con su incorporación al CP una más clara y estricta vinculación con las disposiciones generales o comunes de aquél, la duda que persiste consiste en dilucidar cómo se satisfarían mejor los fines de prevención general, si incluyendo los nuevos delitos en el CP o en una ley penal especial.

Los ejemplos de derecho comparado coinciden en la tipificación penal en las leyes que regulan las técnicas de reproducción asistida, la utilización de embriones y las intervenciones genéticas, esto es, fuera del Código Penal. Por lo que se refiere al derecho español con anterioridad he defendido que ese fin hubiera quedado mejor asegurado con la inclusión de los delitos oportunos en las propias leyes de 1988 cuando fueron promulgadas, por su mayor inmediación tanto temporal como en relación con sus más directos destinatarios; aunque existen sospechas de que en realidad no tuvo entonces la intención de crear ninguna figura delictiva.[55] Pero superado tal momento, la oportunidad de configurarlas como leyes penales especiales tal vez es ahora menos consistente[56] y, en este sentido, no es especialmente censurable la solución finalmente adoptada por el legislador, de incluir los delictos en el nuevo CP, a salvo de los importantes defectos a que ha dado lugar se poco meditada incorporación al mismo. De todos modos, la creación de tipos penales a partir de las conductas prohibidas por estas leyes (infracciones administrativas) no tendría que implicar ningún riesgo de infracción del principio *non bis in idem*, pues sólo sería aplicable una de ellas (la infracción penal o la administrativa), lo que en concreto está claramente resuelto en el Derecho español en favor de la preferencia de la infracción y sanción penal correspondiente.[57]

En todo caso, la creación de nuevas figuras delictivas requiere una meditación muy detenida y atenta a la realidad social y a la evolución de la utilización de estas técnicas antes de tomar la decisión político-criminal oportuna, pues no hay que olvidar que el instrumento más característico de que dispone el Derecho Penal, esto es, la pena, es la reacción mas grave del ordenamiento jurídico.[58] Por medio del conjunto de conductas prohibidas se trataría de formar una especie de muro de contención jurídico-penal con el fin de prevenir o evitar las anteriores agresiones y que pueda nacer un ser humano que ha sido manipulado en algún momento desde su concepción. Sin embargo, los criterios

(55) V. en esta línea, la crítica de Barbero Santos, *Fecundación asistida e ingeniería genética. Consideraciones jurídico-penales*, cit., 53, al censurar que no se hubiera aprovechado al reforma del CP de 21 de junio de 1989 para introducir los, en su opinión, necesarios delitos.

(56) A favor de su inclusión en el CP, Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 193 y s., siguiendo a Mantovani.

(57) El propio legislador de 1995 ha querido resolver la cuestión suprimiendo varias infracciones administrativas de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, por ser coincidentes con los nuevos tipos penales: las de las letras a, k, l y v del art. 20.2.B (v. Disposición Final Tercera, 1.1.º del CP).

(58) V. en este sentido, Eser, *La moderna Medicina de la reproducción e ingeniería genética*, cit., p. 297.

político-criminales en esta materia no pueden sustraerse de la discusión de la oportunidad e inconvenientes de la configuración de delitos de peligro abstracto o concreto, al igual que sucede en relación con otros bienes jurídicos de carácter colectivo (p. ej., la salud pública, la seguridad del tráfico motorizado, el medio ambiente), que presentan una naturaleza de bienes mediatos o instrumentales para la protección de otros bienes jurídicos individuales (p. ej., la vida y la salud de las personas). Es indudable que la proliferación de determinadas actividades productivas, vinculadas con los descubrimientos científicos y las creaciones tecnológicas, ha provocado una expansión de la construcción de delitos de peligro concreto y abstracto,[59] en este segundo caso sobre todo cuando se presentan dificultades de determinación del nexo causal entre acción y resultado. Es decir, se trata de la cuestión de si debe adelantarse la intervención del Derecho Penal por medio de estos tipos, por lo que supone de lejanía de los comportamientos que de forma más directa e inmediata implican un grave peligro para el bien jurídico.[60] En mi opinión, si bien puede ser inevitable en esta materia el recurso a la técnica de los delitos de peligro concreto, no es necesaria, sin embargo, la configuración de delitos de peligro abstracto, sobre todo si aparece plenamente identificado el bien jurídico protegido.

(59) V. Carlos María Romeo Casabona, *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo*. Perspectivas, en *XXII Coloquio de Derecho Europeo,* Publ. del Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, n. 3, 1993, p. 407 y s.

(60) V. más ampliamente en relación con las manipulaciones genéticas, Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 113 y s., donde se muestra también reacio a este recurso (p. 120 y s.).

2.2.2 Intervenciones genéticas objeto de conminación penal

Una vez dados los pasos anteriores, que han consistido en reafirmar la vigencia de los principios de intervención del Derecho Penal también en relación con las intervenciones en el genoma humano, en identificar los bienes jurídicos individuales y supraindividuales implicados, en delimitar en particular la situación de la vida antenatal en relación con aquellas intervenciones, en especial en relación con el embrión preimplantatorio y la necesidad de su protección fundamentalmente – aunque veremos que no siempre es así – como medio de protección de la integridad e identidad genética de seres humanos futuros y de la especie humana, y las técnicas legislativas adecuadas desde la perspectiva político-criminal adoptada, hay que seguir avanzando en el proceso iniciado. En efecto, hay que reflexionar a continuación sobre la tipificación penal de conductas que atenten de forma grave contra aquellos bienes jurídicos. Y, así, la clonación (cuando implique manipulaciones genéticas para crear seres idénticos, o sin realizarlas se utilicen para dar lugar a individuos idénticos distanciados temporalmente) y la partenogénesis, la creación de híbridos interespecies, la fusión de gametos de distinto origen, la ectogénesis, la modificación de componentes genéticos humanos no patológicos, la transferencia a una mujer de un embrión manipulado genéticamente sin fines terapéuticos o sometido previamente a experimentación, podrían configurar nuevos delitos. Para otros comportamientos siguen siendo suficientes las infracciones y sanciones administrativas que establezcan las leyes no penales sobre estas materias,[61] mientras no se aprecien motivos sobrevenidos para

(61) De esta opinión, Cuerda Riezu, *Límites jurídicopenales de las nuevas técnicas genéticas*, cit., p. 428.

una nueva intervención penal. De conformidad con las propuestas que en este sentido ha formulado en otro lugar[62] podemos establecer un marco de licitud y de prohibición penal en los términos que señalo a continuación.

La terapia génica en la línea somática ha de considerarse lícita. No obstante, debe autorizarse con las condiciones y limitaciones ya establecidas de forma general para la llamada "terapia experimental" o "experimentación terapéutica" (ponderación de beneficios y riesgos, inexistencia de alternativa terapéutica eficaz, que se trate de una enfermedad grave y se cuente con el consentimiento informado del paciente). Como he señalado en otro lugar,[63] el tratamiento jurídico penal de las intervenciones en la línea somática debe asimilarse a las actividades curativas y, en su caso, a la protección de la integridad personal (integridad corporal y salud física y psíquica), pues no presentan diferencias conceptuales o estructurales. Del mismo modo debe operarse cuando se afecta a la línea germinal en el cuerpo de un individuo (p. ej., afectando a sus órganos de la reproducción).

La terapia génica en la línea germinal, al no estar vinculada al tratamiento de una enfermedad grave para el afectado sino a su capacidad de tener hijos sanos, y al no conocerse sus efectos colaterales y en la propia herencia, debe someterse a una moratoria incluso cuando sea posible su aplicación al ser humano, mientras no sea posible controlar plenamente sus consecuencias. Las intervenciones en la línea germinal no dirigidas a la prevención o tratamiento de enfermedades graves para las que expresamente se establezca algún mecanismo de autorización, deben ser prohibidas penalmente, de acuerdo con la técnica que se propone a continuación.

Esta reflexión nos conduce al embrión preimplantatorio obtenido *in vitro*, así como al embrión *in utero* todavía no implantado en el endometrio materno: ambos necesitan una protección adecuada, incluso penal en los casos más graves, aunque parece suficiente que ésta última deba limitarse en la actualidad al establecimiento de una "barrera de contención" que prevenga el desarrollo de embriones – y, por tanto, el nacimiento de seres humanos – manipulados genéticamente. Es decir, no parece necesaria una protección penal directa del embrión no implantado en cuanto tal y con mayor razón los gametos humanos, mientras ni éstos ni aquél vayan a ser utilizados con fines de reproducción humana. Sin embargo, habría que asumir una excepción, referida a la creación misma del embrión *in vitro*, en concreto a los fines perseguidos con su creación, como veremos más abajo; con ello se protege de forma directa al embrión y de forma indirecta se previenen otros comportamientos no deseables. El debate internacional sobre la licitud de la utilización de estos embriones con fines de investigación – pero no creados con estos fines – aconseja alcanzar un consenso sobre la cuestión, aunque sólo debería discutirse sobre los embriones no viables. Por consiguiente, la protección penal del embrión preimplantatorio así concebida y, por este camino, de la propia especie humana, debería dirigirse contra las conductas de: a) *fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.* También deberían ser delito las conductas que permitan su desarrollo ulterior *a termino* en ciertas condiciones, sin pronunciarmos ahora sobre si la mera provocación de tales condiciones deban estar o no tipificadas.

(62) V. más extensamente, Carlos María Romeo Casabona, *Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas*, en *Jornadas para el análisis de la investigación en Biología Molecular*, (sesión del 03.04.1995), Comisión Mixta de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico, Cortes Generales, Madrid, 1995, p. 98 y s.

(63) Romeo Casabona, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 195.

Estas conductas penalmente prohibidas deberían ser: b) *el desarrollo de un embrión humano más de catorce días fuera del útero de una mujer*, esto es, *in vitro* o en laboratorio o en un animal; c) *transferir al útero de una mujer un embrión que no provenga de un espermatozoide y un óvulo humanos o éstos o aquél hayan sido intervenidos con fines distintos a la prevención de enfermedades graves de acuerdo con lo que a este respecto prevea la ley* (sin que esto se contradiga con la propuesta de establecer una moratoria para la terapia génica en la línea germinal). La penalización de estos dos comportamientos más el primero mencionado constituyen esa barrera de contención antes aludida con el fin de evitar el nacimiento de seres humanos cuya dotación genética ha sido manipulada o son el resultado de procedimientos de hibridación, quimeras, partenogénesis o de gametos del mismo sexo, transferencia a una mujer de embriones animales o viceversa. Finalmente, debería pernalizarse: d) *la creación de seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento.*

Como veremos más abajo, algunas de estas propuestas, pero sobre todo la técnica de incriminación, que considero más sencilla y precisa, no coinciden con los criterios reflejados en el CP español de 1995.

3. Los modelos legislativos existentes

La configuración en algunos sistemas jurídicos de nuevos delitos relacionados con diversas formas de intervención en el genoma humano constituyen un ejemplo de la sintonía existente sobre que la intervención del Derecho Penal es necesaria ya y no mera huida testimonial al mismo, sin perjuicio de las notables diferencias políticocriminales y punitivas que se aprecian. Son cuatro las principales referencias comparadas europeas: dos del año 1990 (el Reino Unido y la República Federal Alemana) y dos de 1994 (Austria y Francia). En 1996, con la entrada en vigor del nuevo CP, corresponde la incorporación de España al conjunto de países que han introducido delitos relacionados con las intervenciones genéticas.

3.1 Los modelos en el derecho comparado

No puede hablarse en sentido estricto de que los ejemplos legislativos comparados de que disponemos en la actualidad conformen modelos regulativos alternativos. Pero sí es cierto que presentan ciertas características que los identifican y distinguen de los demás y por tanto es posible tomarlos como referencias de opciones de regulación.[64] No obstante, para las iniciativas legislativas que eventualmente pudieran estimarse oportunas tomar en otros ordenamentos jurídicos son igualmente de extraordinario interés las Recomendaciones y Resoluciones del Consejo de Europa, el Proyecto de Convenio de Bioética, las iniciativas de la Comisión Europea y de la Unesco, así como los Informes Declaraciones de instituciones nacionales e internacionales gubernamentales y no gubernamentales.[65]

El Reino Unido ha aprobado la Ley de Fertilización Humana y Embriología, de 01.11.1990.[66] Regula esta Ley los diversos aspectos vinculados con la reproducción asistida y los embriones huma-

(64) En este sentido, Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit. p. 194 y s., quien identifica las iniciativas legislativas comparadas como modelo de penalización total (Alemana), cuasi-administrativo (Austria), mixto (Reino Unido) y de debate social y de consenso jurídico (Francia). V., en ese mismo lugar, comentarios críticos sobre estas regulaciones.

(65) V. sobre ello más ampliamente, Carlos María Romeo Casabona, *Del Gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1996 (en prensa).

(66) V. Martin H. Stellpflug, *Embryonenschutz in England*, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, 4 y s.

nos, además de modificar la Ley de interrupción del embarazo (art. 37). Establece algunas prohibiciones en relación con el almacenamiento y utilización de gametos y embriones (arts. 3 y 4), reconoce la objeción de conciencia (art. 38), pero sobre todo hay que destacar le creación del Consejo de Fertilización Humana y Embriología (art. 5 y s.), que posee importantísimas y numerosas competencias (art. 8) de seguimiento, información y asesoramiento, pero sobre todo de conceción de permisos a través de un 'Comité de Permisos' (art. 11). Este sistema es el que en realidad va a determinar la amplitud de las prácticas que se vayan a realizar en ese país y, por tanto, el alcance real de la Ley. Incluye también un catálogo de delitos muy prolijo (art. 41), que puede comportar penas de privación de libertad de hasta diez años.

En Alemana, se aprobó la Ley de Protección de Embriones (*Gesetz zum Schutz von Embryonen – Embryonenschutzgesetz*), de 13.12.1990.[67] Se trata más bien de una ley penal especial, pues de trece artículos que contiene ocho tipifican figuras delictivas (arts. 1.º a 7.º y 11), y otro incluye una infracción administrativa (art. 12, conservar un embrión o un óvulo humanos sin ser médico); admite, a modo de cláusula de conciencia, la participación voluntaria de los médicos en la realización de la inseminación artificial, de la transferencia de un embrión en una mujer y en la conservación de embriones y óvulos humanos (art. 10), actividades que se reservan de forma exclusiva a los médicos. Las penas pueden alcanzar un máximo de cinco años de privación de libertad en los casos más graves (modificación artificial de la información genética de una célula germinal humana, o su utilización para fertilización, art. 5.º; la creación de clones humanos y su implantación en una mujer, art. 6.º, la formación de quimeras e híbridos, así como su implantación en una mujer o en un animal o la implantación en éste de un embrión humano, art. 7.º. Prohibe también penalmente la inseminación *postmortem*, la inseminación o la implantación de un embrión en una mujer sin su consentimiento (art. 4.º), la selección del sexo que nos esté vinculada a la prevención de una distrofia muscular del tipo Duchenne o de enfermedades análogas muy graves del futuro niño, siendo en ocasiones preceptivo un dictamen emitido por la autoridad competente (art. 3.º), la enajenación de un embrión formado extracorporalmente o extraido del útero antes de concluir la anidación, o el desarrollo extracorporal de un embrión si no es para producir un embarazo (art. 2.º), y otras conductas más entre las que destacan diversas que puedan dar lugar a embriones sobrantes o a embriones supernumerarios, la inseminación de un óvulo no destinado a permitir el embarazo de la mujer de la que proviene aquél, así como la maternidad subrogada (art. 1.º). Por lo general la mujer que participa en estas prácticas no es castigada.

En resumen, se trata de una normativa que no regula y encauza directamente los procedimientos de las diversas prácticas de las que se ocupa, sino que describe y sanciona lo penalmente prohibido, de donde lógicamente se pueden deducir las prácticas que están permitidas. La principal crítica recae no sólo en la técnica seguida, sino también en si no se habrá rebasado el principio de intervención mínima del Derecho Penal, pudiendo haber dejado algunos comportamientos prohibidos al ámbito de lo ilícito administrativo, así como que no guarda relación con su entorno, pues en otros países no se han adoptado criterios tan restrictivos, lo que podría situar en desigualdad la actividad investigadora so-

[67] V. Erwin Deutsch, *Embryonenschutz in Deutschland* en *Neue Juristische Wochenschrif*, 721, y s. (1991): Gerd Geilen. *Zum Strafschutz an der Anfangsgrenze des Lebens*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 829 y s. (1991).

bre esta materia en la República Federal.[68] De todos modos, aun pareciéndome excesivamente rigurosa esta Ley, por su contenido exclusivamente criminalizador, tiene a su favor que ha sido mucho más clara y decidida sobre los comportamientos que quiere prohibir – por muy discutibles que sean en algunos casos –, a diferencia de la británica y de la española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que se mueven en un proceloso océano de ambigüedad y indeterminación probablemente calculadas.

También Austria,[69] y Francia[70] han configurado algunas infracciones sobre esta materia, debiendo apuntarse que la primera no incluye delitos, mientras que la segunda ha rebasado en materia penal el principio de mínima intervención, al haber elevado a delito conductas que suponen meras infracciones procedimentales, y por ello deberían haber permanecido en el ámbito de lo ilícito administrativo, aparte de que algunas penas son excesivamente elevadas.

Fuera del ámbito europeo, merece ser destacada la Ley brasileña sobre la utilización de técnicas de ingeniería genética y la liberación en el medio ambiente de organismos genéticamente modificados, de 1995.[71] Por lo que se refiere a la intervención en el material genético humano, debe mencionarse aquí que prohibe la manipulación de células germinales humanas, la intervención en material genético humano *in vivo*, excepto para el tratamiento de defectos genéticos, respetándose los principios éticos, tales como el principio de autonomía y el principio de beneficencia, y con la autorización de la CTNBio, así como la producción, almacenamiento o manipulación de embriones humanos destinados a servir como material biológico disponible (art. 8.º, §§ II, III y IV, respectivamente). Estas prohibiciones constituyen, asimismo, infracciones penales, con penas privativas de libertad que oscilan entre tres meses y veinte años, con tipos agravados construidos en atención a los resultados producidos (art. 13, §§ I, II y III). En un breve y superficial análisis de la ley en sus aspectos penales puede señalarse a su favor el respeto al principio de taxatividad, pues, por lo general, los tipos aparecen bien definidos, así como la preferencia, en esta materia, de su regulación por una ley especial, si bien parece que éste ha sido un recurso utilizado con exceso por el legislador brasileño. Sin embargo, presenta otros aspectos censurables,[72] como la inclusión de resultados que

(68) Geilen, *Zum Strafschutz an der Anfangsgrenze des Lebens*, cit., 840 y s.

(69) Ley Federal de 14.07.1994, mit dem Arbeiten mit gentechnisch veränderten *Organismen, das Freisetzen und Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen und die Anwendung von Genanalyse und Gentherapie am Menschen geregelt werden (Gentechnikgesetz – GTG) und das Produkthaftungsgesetz geändert wird*. El § 109 contiene en realidad infracciones y sanciones administrativas, dejando a salvo que los comportamientos puedan constituir infracción penal.

(70) *Ley 94-654 de 29.07.1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.* Es llamativa la técnica adoptada por el legislador francés, consistente en que la descripción de las infracciones aparece innecesariamente repetida en la Ley 94-653, de la misma fecha, *relative au respect du corps humain.*

(71) Ley 8.794, de 05.01.1995, "que regulamenta os incs. II e V do § 1.º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências".

(72) V. más extensamente consideraciones críticas sobre los tipos penales de esta ley en Silva Franco, *Genética Humana e Direito*, cit., p. 24 y s.

en algunos casos podrían ser ya abarcados por los tipos generales de homicidio, aborto y lesiones del CP brasileño (arts. 121, 125 y 129, respectivamente) y que en otros parecen de imposible producción a consecuencia de la acción típica,[73] y si se hubiera perseguido con tal inclusión en la ley especial la agravación de las penas (construir tipos agravados), que no ha sido el caso, no se justificaría esta agravación por un supuesto mayor desvalor de la acción que representaría el medio comisivo de la intervención en el material genético humano, ni tampoco lo explica un pretendido aseguramiento de la tipicidad de estos resultados, perfectamente adecuados a los delitos del CP brasileño mencionados, tanto desde este punto de vista como del de la acción típica; el marco penal es excesivamente amplio en algunos casos (p. ej., la pena puede oscilar de seis a veinte años, si el resultado es de muerte, o de dos a ocho años, si el resultado es de aborto o de determinadas lesiones especialmente graves), lo que contradice el principio de seguridad jurídica, y ello a pesar de que estos marcos penales han sido transcritos de las figuras delictivas contra la vida o la integridad personal que incorporan resultados idénticos del CP brasileño; finalmente, en algún caso se rebasa el principio de mínima intervención del Derecho Penal, como sucede, por ejemplo, con la tipificación penal de toda manipulación genética de células germinales humanas, en particular si éstas no van a ser utilizadas posteriormente con fines reproductivos, pues con ello se puede perjudicar la investigación, y no parece deducirse de las competencias asignadas por la ley a determinados organismos públicos que puedan autorizar la investigación en células germinales sin fines reproductivos: por otro lado, sin perjuicio de estas últimas observaciones, debería haberse mencionado expresamente al cigoto en su fase de totipotencialidad junto a las células germinales, pues aunque aquél está formado por células con semejantes características que éstas, no son en sentido estricto germinales.

[73] Censura también esta técnica legislativa Silva Franco, lug. cit., p. 25.

3.2 ¿El modelo español? El Código Penal de 1995[74]

El CP de 1995 ha introducido varias figuras delictivas agrupadas bajo la rúbrica común de "Delitos relativos a la manipulación genética".[75] Su antecedente directo e inmediato se encuentra en el Proyecto de CP de 1992. Este ha sido claramente superado por su sucesor – el nuevo Código – en los numerosos defectos técnicos (descuido del principio de taxatividad y abuso de las normas penales en blanco, con sus efectos perniciosos para la seguridad jurídica) y políticocriminales (desatención al principio de mínima intervención del Derecho Penal) que presentaba. No obstante, el texto aprobado también incurre en algunos graves defectos, como vamos poder comprobar.

Recordemos brevemente que el Proyecto de CP de 1992, bajo la rúbrica "De la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida", incorporaba unos delitos nuevos con la pretensión de castigar algunos comportamientos especialmente graves: 1.º – la manipulación de genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de

[74] V. sobre lo que sigue en este epígrafe, José Luís de La Cuesta Arzamendi, *Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código Penal de 1995*, en *Rev. Der. Gen. H.*, n. 5, 1996, (en prensa); Juan Ramón Lacadena, *Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código penal español: Un comentario genético, en el mismo lugar.*

[75] Título V del Libro II (arts. 159 a 162).

taras o enfermedades graves, bien se haga dolosamente o por imprudencia grave (art. 167, 1 y 3); 2.º – cualquier otra manipulación de genes humanos realizada con infracción de lo establecido en las leyes (art. 167.2); 3.º – la aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo de una persona, sin consentimiento de sus progenitores (art. 168); 4.º – la donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, fuera de los supuestos autorizados por la Ley (art. 169). La mayor parte de estos delitos pretendía dar una cobertura penal a las prohibiciones que se establecen en las dos leyes de 1988, pero no todos los delitos previstos abarcaban supuestos de manipulaciones genéticas, al incluir otros más específicamente relacionados con las técnicas de reproducción asistida. El tipo imprudente sería aplicable a las manipulaciones en genes humanos con cualquier fin, incluido el terapéutico, al no especificarse de otro modo. Sin embargo, la plasmación de los tipos penales concretos no fue entonces muy afortunada. Por mencionar algunos ejemplos reveladores de la ligereza del legislador,[76] la referencia al "tipo constitucional vital" introducía un concepto jurídico indeterminado, generador de clara inseguridad jurídica, al no poder deducirse su contenido ni del ordenamiento jurídico ni de las Ciencias Biomédicas; por ello en el debate parlamentario se sustituyó tal cabalística expresión por la de "genotipo",[77] que mejoraba la redacción, y ha persistido en el CP de 1995, lo que por tal motivo comentaremos más abajo. En cuanto al delito sobre la determinación del sexo de una persona sin el consentimiento de los progenitores, se refería a la fijación o selección del mismo y no a su averiguación, como podía hacer pensar la inapropiada palabra "determinación", y rebasaba ya el principio de mínima intervención. En relación con la donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos etc., la remisión global a la ley (parece que la Ley 42/1988) podía dar lugar a la incriminación de infracciones de escasa entidad, sin relevancia para la protección de aquéllos, y suponía un palpable abuso de la técnica de ley penal en blanco.

El nuevo CP ha experimentado un proceso cambiante en cuanto a la inclusión de los delitos de – impropiamente – "manipulación genética". En efecto, el Proyecto de 1994, del que procede el CP de 1995, preveía que los delitos configurados se incorporaran a las leyes de 1988.[78] En el curso del debate parlamentario,[79] se optó, sin embargo, por mantenerlos en el CP, en el lugar indicado, del mismo modo que se había propuesto el Proyecto de 1992. Como se señaló más arriba, esta decisión no ha de ser en si misma motivo de crítica, e incluso ha contado con decididos partidarios de ella en la doctrina española, aunque a mi me sigue pare-

(76) V. observaciones críticas al Proyecto de 1992 en Cuerda Riezu, *Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992*, cit., p. 225 y s.; Gonzalez Cussac, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*, cit., p. 84 y s.; Higuera Guimera, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., p. 221 y s. y 233 y s.; Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 141 y s.; Romeo Casabona, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 209 y s.

(77) V. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, n. 102-10, p. 536 y 623.

(78) De acuerdo con la redacción inicial de las Disposiciones Finales Segunda y Tercera.

(79) Sesión Plenaria de 27.06.1995, Boletín de las Cortes Generales, n. 158, p. 8.396, según informan Lopez Garrido/García Aran, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 100.

ciendo más oportuna que se hubiera persistido en su mantenimiento en las leyes especiales, pues la norma, no habría sufrido una merma en su fuerza imperativa ni la pena en su fin preventivo general y, por otro lado, se habría podido dar mejor satisfacción a la necesaria vigilancia político-criminal por parte del legislador de la adecuación a de estos delitos a la constante y rápida evolución científica y social que involucran, es decir, a su posible reforma en un plazo más breve que la de otros delitos del CP. En cualquier caso, el traslado en bloque del "paquete" de figuras delictivas a un mismo título no ha podido ser más desafortunado. Primero por razones sistemáticas, pues no se ha logrado una unidad de perspectiva; tanto en relación con el bien jurídico protegido, que es plural y diverso, como con las conductas que se integran, también diversas y no siempre encuadrables como manipulación genética, por muy amplio que sea el significado que se quiera predicar de esa expresión. Y en segundo lugar, al perderse su contexto geográfico inicialmente previsto, es decir, el de las leyes de 1988, la interpretación de los tipos puede plantear graves escollos.

Además, la pena de inhabilitación especial, prevista para todos estos delitos – y para otros muchos, tal ha sido la generosidad con que ha recurrido a ella el legislador en este Código, lo que merecería un comentario aparte –, indica que el legislador está pensando en unos destinatarios muy concretos, los mismos que los de las referidas leyes, las cuales sólo autorizan la realización de estas actuaciones a los profesionales que cumplen determinados requisitos establecidos en ellas. Por estas razones, tal vez hubiera sido más oportuno haber mantenido el propósito inicial de incorporar los tipos correspondientes a las leyes especiales, pues al menos esas disfunciones hubieran desaparecido de forma instantánea; salvo que el legislador hubiera sido más diligente en su tarea de traslado al CP. Pero, insisto una vez más, no es ésta una cuestión fundamental, la inclusión en el Código no es criticable en si – a pesar de que supone la asunción de una determinada opción político-criminal –, sino su tosca traslación al mismo: no se trataba de "cortar y pegar", procedimiento más bien cibernético, sino antes bien, de adaptar y remodelar, que parece más científico y legiferante.

En efecto, junto al tipo penal que da, en sentido estricto, nombre a la inexacta rúbrica del Título que agrupa a las diversas figuras en él incluidas, el de la manipulación genética (art. 159),[80] encontramos otros que se emparentan con éste, como es la creación de seres humanos idénticos por clonación y otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (art. 161.2); en ellos resulta complejo identificar el bien o bienes jurídicos protegidos, por lo que dejamos esta tarea para más adelante.[81] Encontramos, además, la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana (art. 161.1), respecto al que podríamos afirmar la protección del embrión preimplantatorio – in vitro – en cuanto tal como bien jurídico; la práctica de la reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento (art. 162), en el que parece protegerse la libertad de la mujer, más bien, podríamos precisar, su libertad reproductiva. Finalmente, la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas

(80) V. sobre los diferentes significados que pueden otorgarse a esta expresión, Mantovani, *Manipolazioni genetiche*, cit., p. 5. V. también precisiones conceptuales y terminológicas de Silva Franco, *Genética Humana e Direito*, cit., p. 18,

(81) Sobre la identificación de los bienes jurídicos en relación con las conductas incluidas en el nuevo CP, aparte de lo indicado más arriba, ya me ocupé en *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 200 y s.

o exterminadoras de la especie humana (art. 160), protege ésta, pero por ello sería más bien subsumible en la seguridad del Estado o los intereses de la Comunidad Internacional, y en consecuencia creo que es hasta cierto punto secundario el procedimiento – la ingeniería genética – frente a su potencialidad destructora, como lo son otras armas con semejante capacidad de destrucción masiva del ser humano, como sucede, por ejemplo, con las armas nucleares o bioquímicas.

En resumen, sin ser oportuna todavía una revisión del conjunto del nuevo Código en esta materia – lo haremos más abajo –, se confirma la impresión anterior de que introduce una profunda quiebra en la pretensión sistemática de integración de los delitos en atención al bien jurídico protegido, como pudiera ser el embrión preimplantatorio, pues no siempre es éste el interés comprometido; ni tampoco se ha conseguido la unidade de perspectiva a través de los comportamientos agresores, la manipulación de genes, pues hay un delito que no las comportan (reproducción asistida no consentida), otros dos – el de clonación y otros procedimientos de selección de la raza –, según el estado actual de la ciencia, no la precisarían en todo caso[82] y, finalmente, el de la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana no requiere necesariamente la manipulación de genes *humanos*, como parece exigible a la vista de su ubicación a continuación de los delitos contra la vida y la integridad *humanas*. Finalmente, el nuevo CP cuenta con un nuevo delito que puede comportar manipulaciones en genes no humanos, sino de organismos vivos, pero se encuentra a pesar de la similitud parcial de la forma de comisión, acertadamente en este caso, en otro lugar.[83] Por el contrario, tal pluralidad de bienes jurídicos y de modalidades comisivas hubiera sido irrelevante de haberse incorporado a las leyes especiales, pues éstas están presididas por un conjunto de actividades relacionadas con la reproducción humana, la investigación y la intervención en el genoma humano, que por ello son pluriofensivas (aunque no necesariamente delitos pluriofensivos). Sin embargo, no creo que, a la vista de los delitos introducidos, se haya vulnerado el principio de mínima intervención, com sucedía con el Proyecto de 1992, a salvo de la enorme amplitud comprensiva a que obliga la redacción del delito de manipulación genética, como tendremos ocasión de comprobar.

Veamos con algo más de detalle los delitos introducidos, que ordenamos expositivamente, en lo posible, de forma más sistemática y coherente, en atención a la rúbrica que da nombre a todos ellos.

(82) Así nos lo recuerda, respecto a la clonación, Higuera Guimera, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., p. 264 y s.

(83) En efecto, en el Título XVII, "Delitos contra la seguridad colectiva", el art. 349 dice así: "Los que en la manipulación, transporte o tenencia de organismos contravinieren las normas o medidas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física, o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio pro tiempo de tres a seis años." V. también el art. 325 (delito contra el medio ambiente) y la Ley 15/1994, de 03 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente, en cuyo art. 2.º, a) se define la palabra "organismo": "cualquier entidad biológica capaz de reproducrcirse o de transferir material genético, incluyéndose dentro de este concepto a las entidades microbiológicas, sean o no celulares".

3.2.1 Manipulaciones genéticas

Art. 159: "1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. 2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años."

1. *El bien jurídico protegido.* La acción típica, consistente en la "manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo", se refiere a cualquier gen humano, lo que parece rebasar incluso el marco de cobertura de las leyes de 1988, que incluyen únicamente los gametos, embriones y fetos humanos.[84] Sin embargo, el bien jurídico protegido por este delito supera con creces este ámbito, lo que es censurable. En efecto, ya se había advertido sobre la necesidad de delimitar suficientemente los delitos de aborto, lesiones al feto y algunas conductas de manipulaciones genéticas, con el fin de evitar solapamientos.[85] Como vamos a intentar demostrar a continuación, el tipo abarca incluso a los ya nacidos.

Dada la amplitud de la redacción del tipo, habría que admitir varias hipótesis de manipulaciones de genes humanos: 1.º – en el ser humano ya nacido (intervenciones genéticas en la línea somática), que de ser posible y se hiciera con una finalidad distinta a la que prevé el Código, debería remitirse a los delitos de lesiones corporales,[86] incluso si se practicase contra un grupo racial o étnico, al delito de genocidio; 2.º – en partes o elementos de un ser humano que no van a ser incorporados a él o a un tercero, p. ej., con fines de investigación, comportamiento que sería en principio típico, pero innecesariamente, pues, com ha señalado Peris Riera,[87], el tipo, aplicado literalmente, podrá abarcar incluso la manipulación de células tomadas de cualquier lugar del organismo humano – una célula epitelial, pone como ejemplo de la futilidad de la acción – para su mero cultivo en laboratorio; 3.º – si la manipulación recae específicamente sobre gametos humanos (variante del supuesto anterior), sería posible su penalización de acuerdo con tal tipo delictivo, lo que es correcto si se utilizan con posterioridad para la reproducción humana, pero sería también excesivo si se realiza con los solos fines de investigación y no se tiene el propósito de utilizarlos posteriormente para esa finalidad; 4.º – finalmente, la manipulación puede recaer sobre embriones o fetos; en cuanto a los primeros, si se encuentran todavía *in vitro* y fueran destinados a la reproducción humana, está también justificada su tipificación, pero al mismo tiempo el CP estaría tomando partido contra la investigación genética que comportara la alteración del genotipo, lo que, sin embargo, no parece prohibido por ninguna de las dos Leyes de 1988, al menos si

(84) Sobre lo dicho y lo que sigue a continuación me pronuncié en *Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas*, cit., p. 99 y s.

(85) Gonzalez Cussac, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*, cit., p. 88.

(86) Dejando ahora sin despejar la duda de que si esa modificación supone una mejora perfectiva orgánica o psíquica – pero no terapéutica – para el afectado tal vez fueran inadecuados los delitos de lesiones corporales en su redacción actual.

(87) V. Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 174 y s.

aquéllos son inviables; y en cuanto al embrión implantado y al feto, su integridad ya está cubierta por el delito de lesiones al feto y, en seu caso, por el de aborto si se afecta a su vida. De todos modos, en estos casos, salvo el segundo, es posible encontrar un campo propio para el delito de manipulaciones genéticas: las intervenciones perfectivas o de mejora o de mera selección de ciertos rasgos fenotípicos (p. ej., el color de los ojos o la estatura), que incluye el tipo, pues, en sentido estrito, no suponen un menoscabo o perjuicio para el afectado o el futuro ser, y por este motivo me parece dudoso que estas acciones sean abarcadas por los tipos de lesiones corporales – al nacido – y de lesiones al feto. Por consiguiente, hay que concluir en que son intervenciones de eugenesia positiva que la ley (¿y el legislador?) ha querido proscribir con este delito, tanto en relación con el ser futurible (los gametos y el embrión *in vitro*), futuro (el embrión implantado y el feto) o ya nacido, dejando abierta la cuestión de si ello es posible en cada uno de ellos de acuerdo con el estado actual de la ciencia.

Debo insistir: de haberse incluido este delito en le Ley 42/1988, como estaba previsto inicialmente, hubiera sido posible introducir algún criterio restrictivo teleológico en función del bien jurídico protegido, puesto que esa ley se ocupa de embriones y fetos humanos y sólo respecto a las manipulaciones en ellos sería aplicable el delito. Sin embargo, poco se hubiera ganado, pues de acuerdo con la Exposición de Motivos de aquella ley, su campo de aplicación se reduce a los embriones y fetos humanos en el útero de la mujer y quedaría excluido el embrión preimplantatorio.[88] En consecuencia, el tipo delictivo tenía que haber hecho referencia al sujeto pasivo de la infracción penal. Si se aceptan las sugerencias que he propuesto más arriba para el embrión preimplantatorio *in vitro*, en este delito debería incluirse, en lugar de "manipulen genes humanos", la siguiente frase: "manipulen (o, alternativamente: intervengan en) genes de un embrión o de un feto humanos en el curso del embarazo o en gametos humanos o en un embrión *in vitro* con el fin de destinarlos a la procreación", manteniendo o adaptando el resto de la descripción típica. En aquéllos, la diferencia del ser humano nacido – para el que he propuesto su exclusión de este tipo y reconducido a los delitos de lesiones corporales –, las consecuencias para el futuro nuevo ser pueden ser mucho más graves. Sin perjuicio de que en otro lugar he propuesto mis preferencias alternativas para la configuración de estos delitos.

En conclusión, podemos sostener que el bien jurídico protegido por este delito presenta una doble perspectiva: una individual, referida a la integridad genética del embrión preimplantatorio, el embrión y el feto y el ser humano nacido; la otra colectiva, referida a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético de la especie humana, a salvo del tratamiento de enfermedades graves, en coherencia con la interpretación sostenida poco más arriba de que la norma prohibe también las intervenciones genéticas perfectivas, puesto que, en sentido estricto, no comportan necesariamente un menoscabo en la integridad del individuo afectado ni

(88) Así, dice: "En esta Ley se regulan la donación y utilización de los embriones y los fetos humanos, considerando aquéllos desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante. Por razones prácticas, y para evitar la reiteración, no se hace referencia aquí a la donación y utilización de los gametos o de los óvulos fecundados in vitro y en desarrollo, o embriones preimplantatorios, con fines reproductores u otros, ya que se contienen en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida."

por ello darían lugar a un delito de lesiones corporales. Esta no afectación individual obliga a deducir la existencia del interés supraindividual propuesto. Los gametos humanos y el embrión *in vitro* no son protegidos por si mismos, sino en la medida en que a través de ellos se pueden afectar a futuros seres humanos y a la especie humana. Resultante de esta protección lo es también la de la dignidad de las personas afectadas por estas manipulaciones, sin que constituya, en mi opinión, un bien jurídico autónoma y directamente protegido. Esta doble perspectiva del bien jurídico, consecuente también por la no diferenciación por la ley entre intervenciones – curativas – en la línea germinal y en la línea somática, trae consigo varias consecuencias: el delito tiene, alternativamente, una estructura de delito de resultado y de delito de peligro (abstracto). Se plantearán también incidencias concursales, que será de delitos cuando se afecte a través de éste de la manipulación genética al bien jurídico supraindividual además de a otro individual protegido por un delito diferente (aunque que no parece fácil que ocurra: p. ej., que se altere la capacidad reproductiva de un individuo mediante una manipulación genética en sus órganos reproductivos).

No obstante, de *lege lata* es necesario encontrar algún criterio restrictivo con el fin de evitar la excesiva amplitud actual del tipo, fruto de tan desenfrenado empeño del legislador.

2. *Tipicidad.* Distinguiremos los elementos que afectan al tipo objetivo y al tipo subjetivo, dejando al margen los aspectos acabados de señalar en relación con el bien jurídico que afectan también al tipo.

Tipo objetivo. En primer lugar,[89] la acción consiste em manipular genes humanos, en el sentido de intervenir directamente en ellos, mediante la supresión, adición, sustitución o modificación de genes humanos, con independencia de la imposibilidad técnica actual de alguno de estos procedimientos; la sustitución incluye la de la dotación genética completa (p. ej., por trasplante de los órganos de la reprodución).[90] De la palabra "manipular" parece difícil deducir la inclusión de procedimientos exógenos indirectos para incidir en los genes: radiaciones ionizantes, sustancias bioquímicas etéreas etc. Sí que son procedimientos directos de intervención las manipulaciones *in vivo* y *ex vivo* por las que se introducen en el organismo células – incluso provenientes del propio receptor – con sus genes modificados. Sin embargo, hay un caso problemático en relación con una hipótesis que se suele prohibir penalmente en derecho comparado, consistente en que se fecunde un gameto humano con otro animal; en sentido estricto, no se manipula ningún gen ni se altera un genotipo preexistente (como sucede también con la fecundación entre gametos humanos, tanto en la reproducción natural como en la asistida), sino que, partiendo de dos dotaciones genéticas diferentes impares pero completas, aunque insuficientes para generar vida (pues ha de ser par la dotación), se forma uno nuevo, si bien híbrido, aunque no llegue a su pleno desarrollo por ser – por el momento – genéticamente inviable. Más abajo veremos sí, no obstante, esta acción tiene cabida en los tipos relativos a la selección de la raza y a la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana. Como decía más

[89] V. más ampliamente sobre su predecessor, el Proyecto de 1992, en lo que resulta todavía válido, y sobre el Proyecto de 1994, Peris Riera, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 143 y s. y 174 y s., respectivamente.

[90] V. Carlos María Romeo Casabona, *La Biotecnología entre la Bioética y el Derecho, en Folia Humanistica*, 1986, 6 y s.

arriba, la manipulación típica puede recaer asimismo en gametos humanos, pero con la restricción sugerida también entonces: sólo cuando se utilicen para la reproducción.

El resultado consiste en la alteración del genotipo, esto es, una alteración, en principio, permanente ("altere"). Por genotipo podemos entender el conjunto de las características hereditarias biológicas de un organismo, que pueden manifestarse o no en éste y transmitirse a su descendencia. No obstante, la palabra "genotipo" está incompleta, pues no se señala de quién se predica su alteración. Por ello habría que entender, en atención al bien jurídico que se pretende proteger y a la gravedad de las penas establecidas – lo que ha de excluir del ámbito típico las conductas inocuas o insignificantes –, que se refiere al genotipo "de un ser humano", pero de acuerdo con lo establecido más arriba, nacido, por nacer y por ser "gestado" (*in vitro* o gametos). La mera manipulación sin el resultado indicado constituye tentativa punible (art. 16 del CP).

Formalmente el delito puede ser cometido por cualquiera, sin embargo, tanto la finalidad de eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, que excluye el tipo, como otras que podrían estar amparadas por una causa de justificación requieren, de acuerdo con la ley, autorización para los centros en los que se realicen y, por ello, también los profesionales que vayan a realizar la intervención, aunque en el primer caso el incumplimiento de este requisito no afectaria a la tipicidad. El sujeto pasivo podrá serlo la persona nacida, el embrión implantado y el feto. El objeto material de la acción será el cuerpo de una persona, el embrión implantado o feto viables que se encuentran en el cuerpo de una mujer y los gametos y el embrión *in vitro* viable utilizados en el laboratorio.

Tipo subjetivo. Además del dolo es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo de lo injusto, radicado en la finalidad no terapéutica perseguida. Por tanto, el tipo no abarca la alteración del genotipo con finalidad terapéutica o preventiva, es decir, de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves, tanto se intervenga en la línea somática como en la germinal. En primer lugar, la exclusiva referencia a taras o enfermedades tipifica, a *sensu contrario,* las prácticas perfectivas, de mejora o de eugenesia positiva; en segundo lugar, la palabra "graves" es un elemento normativo; habrá que vincular esta expresión a lo que por tal entienden las leyes respecto a preembriones *in vitro*, preembriones, embriones y fetos en el útero.[91] No obstante, al no remitirse expresamente el CP a las leyes en este extremo, la referencia que pueda extraerse de las mismas – o de los Reales Decretos que las desarrollen – cumple una función orientativa para el juez (p. ej., para casos de duda) y deberá determinarse con asistencia pericial.

La modalidad *culposa* (art. 159.2), consiste en la producción del resultado, es decir, la alteración del genotipo, por imprudencia grave.[92] No obstante, existe la dificultad sobre la determinación de qué conductas – realizadas con imprudencia – pueden integrar el tipo: por lo pronto, lo están las manipulaciones o intervenciones de cualquier clase que no tengan como propósito la alteración del

(91) V. art. 13.3 y Disposición Final Primera, d) de la Ley 35/1988, y Disposición Adicional Primera, b), de la Ley 42/1988. Al no haberse desarrollado reglamentariamente esta materia todavía, corresponderá inicialmente al profesional la valoración de la gravedad, revisable judicialmente.

(92) Gonzalez Cussac, *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española.* cit., p. 85 y 88, estima discutible la incriminación de este delito por imprudencia, al ser en su opinión poco respetuosa con el principio de mínima intervención.

genotipo.[93] La duda surge en relación con las manipulaciones genéticas realizadas de forma gravemente negligente que teniendo la finalidad terapéutica admitida por la ley producen una alteración en el genotipo distinta de la proyectada, y en su caso perjudicial para la salud o integridad del afectado o del futuro nuevo ser. Entiendo que este comportamiento es también típico, pues concurren en él todos los elementos exigidos por el tipo: ese resultado concreto de alteración del genotipo ha sido consecuencia de una conducta imprudente, a pesar de la finalidad perseguida. Esta conclusión encuentra su justificación en que el tipo imprudente no se remite al párrafo anterior para la descripción de la conducta, por lo que el elemento subjetivo de lo injusto del tipo doloso no constituye un obstáculo para construir el tipo imprudente de forma autónoma.

3. *Antijuricidad.* A pesar de las dificultades existentes para la exclusión de cualquier otra posibilidad que presenta el elemento subjetivo del tipo ("con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves"), debe entenderse que algunos comportamientos típicos con una finalidad distinta a la excluida expresamente del delito pueden estar, no obstante, justificados si se actúa en los casos autorizados por las leyes,[94] p. ej., con fines de investigación, experimentación u otros industriales, operando a través de la causa de justificación del n. 7 del art. 20 del nuevo CP, actuar en el ejercicio legítimo de la profesión. De lo contrario, habría que entender derogados los preceptos que regulan y autorizan las otras finalidades previstas por las leyes de 1988, lo que no ha sido voluntad de la ley.

4. *Concursos.* Ya hemos adelantado algunas consideraciones sobre este particular. Si la alteración del genotipo afecta a un ser humano ya nacido podría haber un concurso de leyes con los delitos de lesiones corporales (arts. 149 o 150), a resolver por el principio de alternatividad (art. 8.º, 4.º del CP de 1995). Del mismo modo deben resolverse los posibles concursos con el delito de aborto y con el de lesiones en el feto.[95] No obstante, tales concurrencias no han de existir siempre de forma necesaria, pues es posible que la manipulación consista en alguna mejora o perfección fenotípica – aunque por el momento sea un futurible –, y en rigor no se habría producido un perjuicio grave en el normal desarrollo del feto o una tara en su integridad física o psíquica o en la integridad o salud del ya nacido. De ser éste el caso, sería únicamente aplicable el delito de manipulación genética; de no serlo, habría un concurso de leyes, a resolver de acuerdo con los criterios propuestos.

En resumen, podemos concluir en que el delito más importante o identificativo de los agrupados bajo el mismo título, es, probablemente, el más imperfecto desde el punto de vista técnico.

3.2.2 Clonación y procedimientos para la selección de la raza

Art. 161.: "2. Con la misma pena se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza."[96]

(93) V. López Garrido/Garcia Aran, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 99.

(94) V., en este sentido, arts. 14 a 16 de la Ley 38/1988, y arts. 7 y s. de la Ley 42/1988.

(95) V. Cuerda Riezu, *Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992*, cit., p. 229.

(96) V. una propuesta en sentido muy similar ya en Romeo Casabona, *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 206.

El tipo está redactado de forma muy confusa, pues no queda claro cuál es el núcleo de la acción: si la creación de seres idénticos mediante los dos procedimientos que señala el precepto, o esta conducta y la utilización de cualquier procedimiento con fines de selección de la raza. La segunda interpretación viene inducida por el empleo del verbo "castigar" en plural ("se castigarán"), que alude a dos conductas diferentes, además de la omisión de la segunda preposición "por" inmediatamente antes de "otros procedimientos", que permitiría establecer mejor una unidade descriptiva de la acción. Sin embargo, a favor de la primera interpretación entra en juego la omisión de un verbo o sustantivo que exprese una acción diferenciada para el segundo inciso (p. ej., "utilizar" o "la utilización"); y la preposición "u" sugiere la alternatividad de los procedimientos para la creación de seres idénticos. Vuelve a ser deplorable la defectuosidad en que ha incurrido el legislador en la plasmación de estos ya en sí mismos tan complejos delitos.

Siendo admisibles ambas interpretaciones, me inclino por la segunda – dos tipos diferenciados –, que es má amplia, dada la gravedad de estas conductas, además de que la creación de seres idénticos por clonación no supone necesariamente que se tenga que perseguir siempre la selección de la raza, sin perjuicio de que una vez "seleccionada" una raza sea la clonación el procedimiento idóneo para la reproducción en serie de la selección obtenida. La ayuda definitiva para el criterio apuntado podemos obtenerla de la Disposición final tercera, que deroga varias infracciones administrativas de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en concreto en relación con el caso que estamos examinando, las contenidas en las letras "k" y "l" del art. 20. B.2: crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la seleción de la raza; y la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos. No es que el legislador haya utilizado una técnica preciosista y depurada con la redacción de esta ley de 1988, cuyos términos de confusión encuentran aquí uno de sus mayores y no aislados logros. Pero, con todo, vamos a intentar ofrecer una interpretación lo menos incoherente posible.

En efecto, en la línea interpretativa propuesta, la supresión de esta segunda infracción sugiere que no toda clonación ha de ir dirigida a la selección de la raza, asumiendo para ello que dicha supresión se justifica porque el comportamiento queda ya integrado en este tipo penal; de lo contrario, se hubiera – o debiera haberse – mantenido como infracción administrativa en la ley indicada. Por conseguiente, con la derogación de estas infracciones el legislador ha querido salvar el princípio *ne bis in idem*, de modo que las infracciones que han pasado a convertirse en delito en el Código Penal han sido suprimidas. Esto significa, como propongo, que ha entenderse que ambas infracciones, que presentan un contenido diferente, aunque próximo, han sido absorbidas por la figura delictiva que estamos analizando. En mi opinión, la primera infracción administrativa prohibe la creación de seres idénticos por clonación o por otros procedimientos con el fin de seleccionar la raza; y la segunda, la creación de seres idénticos por similares procedimientos (clonación y "otros") con cualquier otra finalidad. Si se han suprimido de aquella ley significa que ambas han de estar integradas – aunque con escaso acierto – en el delito. De lo contrario, habría que concluir que la creación de seres idénticos con una finalidad distinta a la selección de la raza es lícita, pues no sería delito ni tampoco infracción administrativa, pero la gravedad del hecho no se compadece con esta conclusión, por lo que debe ser

rechazada. De este modo el plural de "se castigarán" adquiere pleno sentido, a pesar de su imperfección. En resumen, aunque el tipo delictivo coincide en su redacción con la primera infracción administrativa derogada (salvo una significativa coma, que ha sido eliminada), debe entenderse que, por un lado, se recoge la creación de seres idénticos por clonación con cualquier fin (indudablemente, también la selección de la raza), fin que no está abarcado por el tipo, y, por otro, la utilización de cualquier procedimiento dirigido a la selección de la raza. Téngase en cuenta que el único procedimiento actualmente conocido en hipótesis para crear seres humanos idénticos es la técnica de la clonación (en su variante de división de un embrión), y aunque la selección de la raza presupone por lo general la configuración de individuos con semejantes características fenotípicas, el fin de selección de la raza no incluye en el tipo que tal resultado llegue a producirse (delito de intención de resultado cortado): una vez conseguido un "ejemplar" con ciertas características diferenciadas de los demás seres humanos (de otra "raza") por cualquier procedimiento, será necesaria la clonación para la repetición de otros individuos genéticamente idénticos. El legislador debería revisar tanto las Leyes de 1988 como el Código Penal, aunque sólo fuera para mejorar su redacción,[97] sin entrar en otras no menos importantes consideraciones políticocriminales.

En cualquier caso, ha de valorarse favorablemente la introducción de estos dos tipos delictivos, por sus previsibles efectos preventivos frente a ciertas líneas de investigación y de experimentación, más que a los hechos penados en si mismos, poco factibles en un futuro inmediato. El bien jurídico protegido es de caráter colectivo: la identidad e irrepetibilidad del ser humano,[98] en el primer caso, y éstos y la intangibilidad del patrimonio genético, en el segundo caso. Tampoco debe olvidarse al importancia de la diversidad biológica, como garante, a largo término, de la supervivencia de las especies, en este caso la humana. No obstante, ambos presentan una proyección individual, en cuanto tal lesión comporta al mismo tiempo un atentado a la dignidad de las personas afectadas, en el caso de que llegaran a nacer.

El primer tipo abarca no las prácticas de clonación en si mismas, que de realizarse sobre un óvulo mediante su enucleación e introducción de un nuevo núcleo de un célula somática, podrían dar lugar al tipo de manipulación genética, sino la creación de seres idénticos por clonación, es decir, que nazcan varios seres humanos fruto de esa técnica portadores de una misma dotación genética, o idéntica a la de otro ya nacido. Por consiguiente, no afecta al tipo la obtención de varios embriones a partir de otro previo para utilizarlos – cuando se han apreciado dificultades para conseguir más por las técnicas de fertilización de óvulos *in vitro* o de hiperestimulación ovárica – con fines diagnósticos, terapéuticos o para disponer de varios con el fin de intentar otras tantas veces el embarazo de una mujer, siempre que, en este último caso, sólo dé lugar a la gestación y nacimiento de uno de todos ellos. De acuerdo con lo que se viene proponiendo, no es exigida por el tipo la finalidad de la selección de la raza ni

(97) Otro defecto, p. ej., se refiere a "la misma pena se impondrá", cuando en el párrafo anterior se mencionan dos cumulativas; salvo que lo erróneo se encuentre en otros preceptos, que en un supuesto similar hacen una remisión en plural (p. ej., art. 197.2; a la inversa, el art. 195.2 efectúa una remisión en plural cuando en el párrafo anterior no cabe duda de que la pena es única).

(98) En este sentido, Higuera Guimera, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., p. 247, si bien como concreciones de la dignidad humana.

cualquier otra, basta con la presencia del dolo. La tentativa existe desde que los embriones clonados se utilizan para la reproducción humana, incluso aunque ésta fracase desde sus inicios. No cabe la comisión culposa.

En el segundo tipo se incrimina la utilización de otros procedimientos dirigidos a la selección de raza. Debía haber sido más explícito el legislador sobre los procedimientos abarcados por el tipo, pues de entrada podrían caber las prácticas de esterilización a grupos de población, ya tipificados por lo demás en el delito de genocidio (art. 607, 1.2.ª). Situado en su contexto, debe limitarse a prácticas de selección positiva por medio de procedimientos biológicos: selección de gametos y de cigotos sin objetivos de prevenir enfermedades; formación de híbridos de humano y animal mediante la fusión de sus respectivos gametos o la selección de algunos de sus genes. Si se realizara el hecho por medio de intervenciones genéticas, entraría en concurso con el delito de manipulaciones genéticas – de aplicación preferente –, pues abarca también el elemento subjetivo de selección de la raza, aquí presente. La selección de la raza no debe entenderse, pues, como el favorecimento de la extensión o preponderancia biológica de unas razas frente a otras si no se utilizan aquellos procedimientos (incluso, si fuera éste el caso, probablemente se adecuaría al tipo de creación de seres idénticos por clonación), sino como la selección de ciertas características biológicas o la creación de otras nuevas. Como señalaba más arriba, el resultado de selección de la raza no es requerido por el tipo, por lo que basta la utilización de cualesquiera procedimientos que posean en si mismos esa capacidad selectiva.

3.2.3 Fecundación de óvulos humanos sin fines procreativos

Art. 161: "1. Serán castigados con pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana."

También es satisfactoria la presencia de este delito, aunque supone un significativo adelantamiento de la intervención del Derecho Penal, pues ha pasado de constituir un ilícito administrativo a un ilícito penal.[99] No obstante, en mi opinión no vulnera el principio de mínima intervención, pues con ello se pretende evitar una cosificación y mercantilización de formas de vida humana, como sería crear embriones humanos o híbridos (de esparmatozoide animal y óvulo humano, pero no a la inversa) directamente para investigación y experimentación, para posibles terapias de otros seres humanos, para la industria etc., sin perjuicio de que en ciertos casos (fundamentalmente, preembriones no viables o muertos, o la fecundación del óvulo del hámster con un espermatozoide humano: test del hámster) tales propósitos estén permitidos por la ley bajo ciertas condiciones,[100] pero en todo caso cuando se trate de embriones *in vitro* obtenidos inicialmente para la procreación humana. Al mismo tiempo, este delito constituye un importante procedimiento preventivo de algunas de las conductas prohibidas en otros delitos, ya comentadas.

El bien jurídico protegido es el embrión mismo, pues los fines distintos de la procreación no son, por definición, el

(99) En efecto, su redacción coincide con la de la prohibición del art. 3.º y de la infracción muy grave del art. 20.2.B, a, de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida; ésta última ha sido suprimida por la Disposición Final Tercera, 1.1.º, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

(100) V. arts.14 a 17 de la Ley 38/1988.

favorecimiento de nuevos seres humanos futuros a los que se quisiera proteger. Por consiguiente, éstos (su integridad, dignidad etc.) no podrían ser el bien jurídico protegido.[101]

La acción consiste en fecundar óvulos humanos, sea con espermatozoides humanos o animales u otro procedimiento. En cualquier caso, el ámbito de la acción queda delimitado y restringido por el tipo subjetivo, configurado, además de por el dolo, por un elemento subjetivo de lo injusto, que consiste en pretender cualquier fin distinto a la procreación humana. El fin procreativo persiste aunque no se lleguen a utilizar para la procreación todos los óvulos fecundados, bien porque se haya logrado el embarazo de la mujer en los primeros intentos y no sea necesario por ello recurrir a los restantes (embriones sobrantes) o haya renunciado finalmente a tal embarazo.

La consumación no requiere que se llevan a cabo o que al menos se inicien esos otros objetivos, al ser un delito de resultado cortado,[102] concretado por la suficiencia de ese elemento subjetivo de lo injusto.

La hipótesis remota del desarrollo terminal de un híbrido , se incluiría en el tipo, pues ya no se trataría del fin de procreación humana, la cual se caracteriza biológicamente por la presencia de dos pares de cromosomas de origen humano, y podría dar lugar también al tipo de utilización de procedimientos para la selección de la raza, a resolver, como concurso de leyes, a favor de éste (principio de la especialidad, por el fin específico de éste), sin perjuicio de que la pena es la misma para ambos delitos.

3.2.4 Utilización de la ingeniería genética para la producción de armas biológicas

Art. 160: "La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años."

Indudablemente con este tipo delictivo se persigue proteger la supervivencia de la especie humana de los peligros que comporta la ingeniería genética como instrumento armamentístico, que es el bien jurídico protegido. Por otro lado, como ya adelanté más arriba, hubiera sido más conveniente situar esta figura delictiva junto a otros delitos similares contra la Comunidad Internacional que ha establecido el nuevo CP (p. ej., delito sobre medios de combate prohibidos con ocasión de conflicto armado, del art. 610),[103] en cuyo caso debería armonizarse con los demás y meditar sobre la necesidad de incluir con toda nitidez las armas bioquímicas obtenidas por otros procedimientos no genéticos (aunque pueden entenderse incluidas en el tipo del art. 610), que tienen la capacidad de

(101) Para Gonzalez Cussac, *Comentarios al Código Penal*, art. 161, cit., p. 831, se trata de la vida prenatal en sus primeras fases evolutivas, pero no es exacto cuando sostiene que "puede hablarse nuevamente del derecho a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano y a la identidad e irrepetibilidad del ser humano", ni que la "protección gira en torno a la idea de la vida prenatal, esto es, la idónea para alcanzar el estatuto de persona" (p. 833), pues la prohibición incluye, p. ej., la creación intencionada de preembriones no viables.

(102) En este sentido, Gonzalez Cussac, *Comentarios al Código Penal*, art. 161, cit., p. 833.

(103) Véanse el Protocolo de Ginebra de 17.06.1925, relativo a la prohibición de uso en tiempo de guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares o medios bacteriológicos; Convenio de Ginebra de 18.05.1977, relativo a la prohibición de técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares u hostiles.

producir mutaciones genéticas graves incluso en las células germinales y, por esta razón, transmisibles a la descendencia.

La acción se refiere a la utilización de la ingeniería genética sobre los genes de cualquier ser vivo, aparte de los seres humanos: animales, vegetales y, sobre todo, microorganismos (bacterias y virus). Las técnicas utilizadas han de tener una potencialidad perjudicial o destructiva para el ser humano. Si bien la producción de estas sustancias y el procedimiento del que se han de valer precisa una particular preparación por parte del sujeto activo del delito en ingeniería genética, no puede considerarse en sentido estricto que se trate de un delito especial propio, pues el tipo no exige una especial cualificación de aquél, por lo que sujeto activo teóricamente puede serlo cualquiera.[104]

El tipo subjetivo requiere un elemento subjetivo de lo injusto, consistente en la finalidad de producir armas biológicas o – armas – exterminadoras de la especie humana. Por consiguiente, no es necesaria para la consumación la producción efectiva de estas armas, que queda fuera del tipo (delito de resultado cortado). No se ha previsto, tampoco, la comisión culposa, previsión por lo demás incompatible con la actual estructura finalista del tipo doloso. No obstante, debería haberse pensado en la configuración de un tipo imprudente en relación con el delito del art. 349, sobre manipulación, transporte o tenencia de organismos (de resultado de peligro concreto), dada su enorme potencialidad lesiva para el ser humano y otros seres vivos. Deberían haberse sustituido las palabras "o exterminadoras" por "u otros procedimientos exterminadores", pues no es necesario que tengan la calificación formal de armas ni que su destino preconcebido sea el bélico, siempre que se elaboren con esa finalidad de exterminio.

3.2.5 Reproducción asistida no consentida

Art. 162: "1. 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. 2. 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 denunciar el Ministerio Fiscal."

Este delito cuenta con precedentes en el derecho comparado.[105] El bien jurídico protegido es la libertad de la mujer que ha quedado embarazada sin su consentimiento. Sin embargo, no se trata tan sólo de la libertad de la voluntad, bien jurídico específicamente protegido por el delito de coacciones, con el que guarda cierta relación, sino de algo más grave, como es la libertad procreativa y de asumir los deberes derivados de la maternidad, que es en realidad el bien jurídico protegido; o se le pone en la texitura de tener que abortar, si está permitido por la ley, lo que directamente no lo está, por haber optado el legislador por regular esta materia en una ley posterior, a diferencia del Proyecto de 1992, que regulaba y preveía este supuesto (art.

(104) De opinión contraria, Gonzalez Cussac, *Comentarios al Código Penal*, art. 161, cit., p. 830, quien, erróneamente en mi opinión, considera sujeto pasivo "muy particularmente a los poderes públicos", además de la totalidad de la especie humana.

(105) Así, el CP portugués, art. 214 (v. Paula Martinho da Silva, *A Procriação Artificial. Da Ética ao Direito*, en *Revista de Ciência, Tecnologia e Sociedade*, n. 10, 1989, p. 130 y s.), y el CP colombiano (v. Gonzalez de Cancino, *Los retos jurídicos de la genética*, cit., p. 124).

153.1.3.ª). Todo ello explica que la pena sea más grave en este delito que en el de coacciones (art. 172.1). De todos modos, la proximidad con este delito, a pesar de algunas notables diferencias, y la lejanía de los que dan razón de ser al Título en el que ha sido incluido, aconsejaba su ubicación junto al mismo. No obstante, por todo lo que antecede debe considerarse acertada la inclusión de esta figura delictiva, en cuanto que el delito de coacciones no siempre puede acoger en su tipo todas las modalidades del de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer ni, sobre todo, el mayor contenido de injusto de éste. En consecuencia, debe rechazarse que el bien jurídico protegido lo sea – ni siqueira uno de ellos – la integridad de la madre, pues el embarazo es un fenómeno fisiológico, aunque en este caso haya sido provocado por medios técnicos, y de producirse alguna lesión al realizar tal práctica, habría un concurso de delitos. Tampoco puede aceptarse de ningún modo que lo sea también la libertad sexual de la mujer, como ha llegado a sostenerse, para lo cual basta con recordar que estas técnicas suponen una evidente disociación entre el acto sexual y la reproducción (ni siquiera me parece imaginable un concurso de delitos).[106]

La acción consiste en practicar reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento. Se ha modificado la defectuosa referencia a la inseminación artificial del Proyecto de 1992, aludiéndose ahora al más genérico de técnicas de reproducción asistida,[107] puesto que éstas pueden provocar igualmente el embarazo no consentido de una mujer (p. ej., la transferencia de embriones obtenidos *in vitro* de la mujer y de su pareja o de donante/s). La técnica que se utilice ha de recaer directamente en una mujer y ha de ser apta para lograr el embarazo de ésta. Así, son actos preparatorios impunes por este delito la obtención de semen de la pareja, la obtención de óvulos de la propia mujer (sin perjuicio del delito a que diera lugar, en mi opinión, de lesiones corporales, si se obtienen por punción o lavado uterino) y su fertilización *in vitro*, dando lugar a embriones.

La consumación se produce desde el momento en que se ha utilizado la técnica de reproducción asistida en una mujer, inseminándola por cualquier procedimiento o transfiriéndole embriones al útero. Resulta complejo delimitar los resultados requeridos por el tipo, pero no me parece exigible para la consumación que haya sido efectivamente fecundado algún óvulo de la mujer (técnicas de inseminación, incluida la microinyección) ni que el embrión o embriones hayan logrado su implantación en el endometrio ni, por consiguiente, que se haya logrado el inicio de la gestación ni que nazca como consecuencia de ello un niño. Por otro lado, no debería acoger los embarazos derivados de una fecundación natural tras una hiperestimulación ovárica provocada pero no consentida, pues aunque ésta es parte del procedimiento de técnicas de reproducción asistida, no es en si misma apta para la reproducción, atendiendo para ello al bien jurídico protegido propuesto. No creo sea punible como tentativa, dada su regulación actual (art. 16.1), como tampoco cuando se intenta en una niña que no ha llegado a la pubertad o siendo una mujer adulta presenta la imposibilidad fisiológica de llevar adelante la gestación (p. ej., por falta de útero), una vez practicada la técnica de reproducción asistida correspondiente. Salvo en estos casos, es indi-

(106) V. sobre estas posturas Higuera Guimera, *El Derecho Penal y la Genética*, cit., p. 287 y s.

(107) V. el art. 1.1 de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que menciona cuáles son estas técnicas, sin perjuicio de que otras diferentes a ellas que pudieran realizarse en el futuro también estarían abarcadas por el tipo.

ferente que la mujer sea fértil o infértil para la consumación del delito, y son admisibles supuestos de tentativa.

Sujeto activo nuevamente puede serlo cualquiera, aunque por las características de la acción será precisa la concurrencia de un profesional capacitado, sin perjuicio de que pueda incurrir en un delito de intrusismo – si no es profesional – o en una infracción administrativa – si no está autorizado por la autoridad correspondiente.[108] Sujeto pasivo lo es la mujer púber, fértil o infértil.

Por lo que se refiere a realizarlo "sin su consentimiento",[109] es una expresión problemática, pues entendida en sentido estricto normalmente daría lugar a supuestos coercitivos por lo general ya abarcados por el tipo del delito de coacciones, concurso de leyes que habría que resolver a favor del delito que venimos tratando, aplicando el principio de especialidad. Sin embargo, las hipótesis conflictivas, dudosamente acogidas por el tipo, serían aquéllas en las que el sujeto activo se vale de un consentimiento viciado por haber mediado un engaño relevante pero no esencial (p. ej., en relación con el origen genético del semen – que no fuera de su pareja – o del embrión implantado; anestesiarla con otro fin aparentemente diferente, pero este supuesto sí quedaría incluido, puesto que no medió consentimiento para la práctica de la técnica correspondiente), que son las que precisamente aconsejaban la introducción de una figura específica como la prevista, pero incluyendo esta aclaración. En cuanto a la capacidad para consentir, habrá que acudir a la capacidad natural de juicio y no a la mayoría de edad penal, civil o para contraer matrimonio (incluida la edad para dispensa), ni a la establecida en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida para el acceso a las mismas (dieciocho años, art. 6.1). Dicha capacidad natural habrá de extenderse a la comprensión de la trascendencia reproductiva del acto en el que se consiste, es decir, la maternidad y sus consecuencias.

En cuanto al tipo subjetivo, basta con el dolo que, aunque infrecuente, puede ser también eventual.

(108) El art. 20.2.A.a de la Ley 35/1988 establece como sanción grave: "El incumplimiento de los requisitos reglamentarios de funcionamiento de los Centros Sanitarios y Equipos biomédicos". V. a este respecto el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

(109) El art. 6.1 de la Ley 35/1988 establece los requisitos del consentimiento: de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Sin embargo, no todos ellos son necesarios para excluir el elemento del tipo que estamos analizando: el consentimiento en el ámbito penal ha de reflejar la auténtica voluntad del interesado, sin que por ello tenga que ser expreso (puede ser tácito, pero no presunto) ni por escrito (puede ser verbal). V., al respecto, Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, cit., p. 297 y s.; José Henrique Pierangeli, *O consentimiento do ofendido (Na teoria do Delito)*, 2.ª ed., RT, São Paulo, 1995, p. 219 y s.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

ASPECTOS POLÍTICOS CRIMINALES EN MATERIA DE DROGAS

ENRIQUE GARCÍA VITOR

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. De lo instrumental y lo simbólico en Derecho Penal. Característica de la legislación sobre drogas – 3. – Política criminal en materia de drogas; 3.1 Bien jurídico; 3.2 La cuestión económica; 3.3 Derecho Penal de autor; 3.4 Criminalización y control social – 4. La situación en Argentina; 4.1 Breve historia; 4.2 La actual previsión legal; 4.3 Las medidas de seguridad; 4.4 Confabulación, agente encubierto y arrepentido; 4.4.1 Confabulación; 4.4.2 El agente encubierto; 4.4.3 El arrepentido – 5. Conclusiones y propuestas.

1. Introducción

La problemática de la droga ha sido abordada tan intensamente desde hace más de un lustro que parece un tanto recurrente ocuparse de la misma nuevamente. Sin embargo la persistencia en una política criminal, desde nuestra perpectiva, incorrecta – claro ejemplo es la Ley 24.424 de reformas al régimen de estupefacientes (Ley 23.737) –, justifica esta incursión, la que por otra parte encuentra fundamento en aquello de que si callamos, de alguna manera, nos hacemos cómplices de la irracionalidad.

La idea central sobre la que reposan las conclusiones y propuestas que intentaremos elaborar es la de que: "La política criminal en materia de drogas es el problema, no la droga", afirmacíon que representa con claridad nuestra posición.

2. De lo instrumental y lo simbólico en Derecho Penal. Característica de la legislación sobre drogas.

El replanteo del tema que nos hemos propuesto requiere que, como punto de partida, incursionemos, brevemente, sobre la función que el Derecho Penal cumple, o pretende cumplir, em relación a la protección de los bienes jurídicos macrosociales, difusos o difundidos. Así lo creo porque en la doctrina se perciben algunas diferencias en cuanto al posicionamiento, relativo, de lo instrumental y de lo simbólico, como si se tratara de presencias incompatibles.

En este sentido se reconocen en el Derecho Penal, como en el resto del orden normativo, dos funciones, la instrumental y la simbólica, que han convivido desde siempre en una relación estructural de tensión – no de complemento –, advirtiéndose que en algunos ámbitos esta tensión se resuelve o inclina en favor de la última, en menoscabo de la real proteccíon de bienes jurídicos que supone la primera, más allá de la crisis en que la misma se encuentra.

Hassemer, conceptualiza como simbólico, en sentido crítico, al Derecho Penal en el que las funciones latentes predominan sobre las manifiestas y del cual puede esperarse que realice, a través de la norma y su aplicación, otros objetivos que los descritos en la misma.[1]

(1) HASSEMER, Winfried. *Pena y Estado N. 1.*"La función simbólica del Derecho Pe-

El rechazo absoluto de la funcíon simbólica no se puede preconizar, pero si, por el contrario, alentar su limitación al punto de equilibrio en el cual, en la protección racional de los bienes jurídicos, complemente adecuadamente a la instrumental.[2]

Hassemer, afirma que la idea del Derecho Penal simbólico se aprehende sin dificultad desde un Derecho Penal orientado a las consecuencias, advirtiéndose la sola orientación a lo simbólico como una crisis de éste.[3]

Para quién se inclina por encontrar el fundamento legitimador del Derecho Penal en su vinculación a una relación principios-consecuencias, resulta inaceptable la sóla orientación simbólica del mismo, en la cual la falta de protección real de bienes jurídicos es sustituida por la creación en el público de una ilusión de seguridad, de sentimiento de confianza en el ordenamiento jurídico y en las instituciones, que a la larga, al demonstrarse su función de engaño, mina la confianza de la población en la adminstración de justicia, traicionando los principios del Derecho Penal liberal.[4]

La mera función simbólica del Derecho Penal se advierte con claridad en el ámbito económico, del medio ambiente, terrorismo, drogas, exportación de materias peligrosas, en el que como expresa *Baratta*,[5]" (...) las normas continúan siendo violadas y la cifra obscura de las infracciones permanece altísima, mientras las agencias de control penal siguen midiéndose con tareas instrumentales de imposible realización por ese hecho (...)".

El Estado, sostiene *Bustos Ramírez*,[6] quiere dar a la ciudadanía el mensaje que tiene interés en proteger sus necesidades fundamentales, y que para ello pone todos los medios a su alcance, utilizando el Derecho Penal como *prima ratio*, pues en realidad se carece de los recursos necesarios (controles administrativos eficaces, por ejemplo), para lograr la efectiva protección de los bienes jurídicos en juego. Para B*ustos en un Derecho* Penal de garantías el bien jurídico debe cumplir necesariamente un rol de enlace y equilibrio entre las aludidas funciones instrumentales y simbólicas.

Al observador advertido no escapa que lo que efectivamente hace la clase política es descargar su responsabilidad trasladándola al sistema penal, otorgando una respuesta conyuntural a la opinión pública, – conocedora de la incapacidad del mismo en este sentido –, con las consecuencias negativas sobre las que advierte *Hassemer*.[7]

nal", Ed. PPU, p. 23 y s., quien además advierte que la concresión de lo simbólico se logra, frecuentemente, ya con la formulación y publicación de la norma, sin necessidad de recurrir al proceso de aplicación.

(2) TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Pena y Estado* cit."Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal", p. 9 y s.

(3) HASSEMER, Winfried; op. cit., p. 30 y s.

(4) HASSEMER, Winfried; op. cit., p. 36.

(5) BARATTA, Alessandro. *Pena y Estado*, cit. "Funciones intrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de una Criminología Crítica", p. 37 y s.

(6) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Pena y Estado* cit. "Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente", p. 101 y s.; quién con rigurosidad expresa: "Una regulación penal del medio ambiente que cumpla con el principio con el principio de necesidad de pena – que le niega a la actual –, requerirá, en todo caso, em primer lugar, una política de medio ambiente adecuada, en segundo lugar controles sociales efectivos, (...)".

(7) GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Nuevo Foro Penal N. 54*. "Eficacia simbólica y narcotráfico". Ed. Temis, p. 419 y s. Este autor sobre el particular sostiene que: "(...) Explicar el fenómeno de la ineficacia de las normas con base en la incapacidad de los gobernantes, es explicar sólo una mínima parte del problema: las fallas instrumentales del Derecho Penal se encuentran, en nume-

Creo que, estimando cierta la aguda advertencia de García Villegas, en el sentido de que hay que evitar las visiones reduccionistas de la realidad – tanto la que considera el fenómeno prohibicionista en materia de drogas, como una invención de la cultura desprovista de toda eficacia instrumental, como la que le estima como una simple manipulación política y deliberada de la realidad –, se puede seguir afirmando que el Derecho Penal, sólo simbólico, se aleja de la escasa legitimidad que aún exhibe, al no cumplir con una efectiva protección de los bienes jurídicos en juego.[8]

rosas ocasiones – y el derecho sobre narcotráfico está colmado de ellas –, mediatizadas por propósitos políticos, a través de los cuales los objetivos explícitos de las normas se sustituyen por otros objetivos no declarados en los textos, y cuya realización no depende del éxito instrumental de las normas (...)"; agregando que: la mayoría de la legislación colombiana sobre drogas de los últimos años "(...) respondió a propósitos políticos relacionados con la necesidad de crear una cierta representación en los cuidadanos, y no a propósitos instrumentales relacionados con la imposición constrictiva de un comportamiento (...)".

(8) GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; op. cit. p. 452. La conclusión a la que arribo no se contrapone con lo que afirma el autor colombiano en el sentido de que "(...) lo simbólico y lo instrumental son dos elementos propios de la actividad política y también de la jurídica. En el Derecho, el estudio de la puesta en obra de una norma pone de presente la orientación hacia lo simbólico o hacia lo instrumental, que ha sido escogida por los aplicadores de la norma, de acuerdo con una visión de costos y beneficios, en un campo de acción en el que intervienen varias fuerzas (...)", ello así porque esta constatación de la realidad operativa de los sistemas políticos y jurídicos, no impide seguir viendo como inconveniente la sola orientación simbólica de la norma penal, si bien tengo conciencia que ello pueda ser relativizado por quienes ven

3. Política criminal en materia de drogas

Como se ha señalado, es un axioma reconocido en el Derecho Penal actual que este se legitima en tanto pueda cumplir con ciertas funciones que se le adjudican, esto es, fundamentalmente, la exclusiva protección de bienes jurídicos en oposición a valores éticos o morales.

Este principio, contextuado ideológicamente en el Derecho Penal liberal y que para nosotros tiene rango constitucional,[9] nutre en esencia otros principios a él concatenados en forma tal que sin su reconocimiento es casi imposible explicarlos en toda su dimensión. Me refiero a los de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio*, de merecimiento de pena, de humanidad, de tolerancia, y que complementados entre sí constituyen los pilares en que se asienta el Derecho Penal de las actuales democracias.

3.1 Bien jurídico

En materia de estupefacientes se ha sostenido tradicionalmente que el bien jurídico protegido es la salud pública, al menos ello surge claramente expresado en las discusiones de la legislación especial por la que se regula esta materia, que continentalmente responden a un modelo,[10] que contempla los requerimientos hegemónicos de EE.UU. expresados a

la finalidad del Derecho Penal de exclusiva protección del bien jurídico como un recurso inconsistente, por el nulo valor intrasistemático que le asignan a éste.

(9) Así Eugenio Raúl *Zaffaroni*, sostiene que el art. 19 de la C.N. lo consagra, al excluir de la autoridad de los magistrados las acciones que no afecten el orden, ni la moral pública ni perjudiquen a terceros ("Política criminal, en materia de drogas en Argentina", *Nuevo Foro Penal n. 54* cit., p. 453 y s.).

(10) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 463.

través de las directivas de Naciones Unidas.[11]

Sin mayores esfuerzos podemos comprender que en realidad este fin declarado, respondiendo a falaces afirmaciones que ocultan la cara moralizante de la represión, es de imposible verificación por cualquier análisis empírico. Por el contrario, el prohibicionismo, en realidad atenta contra la preservación del bien jurídico que se dice proteger.

En efecto, como ya lo he manifestado en otra ocasión,[12] la política criminal en materia de drogas se ha convertido en el medio más idóneo para lesionar el bien jurídico salud pública. En clara oposición a lo que se proclama, la experiencia demuestra que la prohibición conlleva necesariamente a la marginalización de una franja de la población – la toxicodependiente –, criminalizándola, impidiendo de esta manera que su salud pueda ser adecuadamente atendida. La ilegalidad, es la que impide, entre otros aspectos, controlar la calidad de la droga, lo cual evitaría numerosas e innecesarias muertes por esta causa.[13]

Por otra parte, demostrativo de que al legislador penal no le interesa la salud pública, es la coexistencia de un régimen de drogas legalis, de dañosidad notablemente superior a las prohibidas,[14] como son el tabaco y el alcohol, cuya adicción es la causa más alta de mortalidad conforme las estadísticas de la Organización Mundial de la Salud, por lo que si realmente la salud es la que se intenta proteger, estas debieran prohibirse.[15]

Más aún, el bien jurídico salud pública, se encuentra seriamente comprometido en los ataques al medio ambiente y

(11) En este sentido sostiene José Luis *Díez Ripollés*, ("Alternativas a la actual legislación sobre drogas", Nuevo Foro Penal n. 54 cit., p. 467 y s.), que ya la Convención de 1984 reduce significativamente el énfasis puesto de manifiesto en los anteriores convenios internacionales (1961 y 1971) en la protección de la salud de la humanidad, trasladando el discurso hacia las repercusiones de tipo político, económico y cultural del tráfico ilícito.

(12) ¿Legalización de la droga?, en "Planteos Penales", Colección Jurídica y Social, Ed. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, U.N.L., p. 89 y s.

(13) *Así* Francisco *Muñoz Conde* Y Bella *Aunión Acosta* ("Drogas y Derecho Penal", *Nuevo Foro Penal n. 54* cit., p. 510), señalan que es precisamente la prohibición, al evitar los controles por parte de la administración, la causa de numerosas muertes por "sobredosis", al igual que tiene incidencia en la transmisión del SIDA, hepatitis B y otras enfermedades, por lo que la salud pública no se ve mejorada con ella. Esta grave incidencia ha sido claramente puesta de resalto en el considerando 6to. del Manifiesto de Málaga de 1989, más o menos en los mismos términos (*Nuevo Foro Penal n. 54* cit., p. 481 y s.).

(14) Sobre ello llama la atención José *Hurtado Pozo* ("La problemática de las drogas en Suiza", *Nuevo Foro Penal n. 54* cit., p. 523), al poner de resalto que el consumo de drogas legales provoca efectos lesivos iguales o más graves que el de las ilegales.

(15) No es que se propicie, sino que se advierte sobre la incoherencia del discurso, que, como expresa Carlos *González Zorrilla* ("Poder y Control" n. 2, 1987, Ed. PPU, p. 52), se ha pretendido salvarla mediante la afirmación de que las drogas legales no producen desviación, "(...) como si la desviación fuese una cualidad intrínseca a determinados actos humanos y no el producto de un proceso interactivo entre el sujeto y el contexto normativo que define sus acciones como aprobadas o desaprobadas". Consustancial a nuestra línea expositiva en el apartado 7mo. del Manifiesto de Málaga citado, se advierte sobre otra faceta importante del mismo aspecto al declarar que "(...) La cuestionable distinción entre drogas legales e ilegales ha pasado a convertirse en una nueva forma de opresión cultural y económica de los paises poderosos: se obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales e ciertas culturas ajenas a la occidental mientras se fomenta el consumo de drogas propias de esta última (...)".

por la falta de protección al consumidor – que en Latinoamérica ha alcanzado niveles altísimos –, sin que se advierta el desarrollo de una política administrativa agresiva tendente a evitar las graves consecuencias lesivas de tales conductas; la intervención del sistema penal en esos ámbitos es desaconsejada, mientras no se estructuren los adecuados controles administrativo como se tiene dicho.

Al punto se lo puede concluir con la afirmación de que la legislación en materia de drogas no protege el bien jurídico salud pública, constituyendo la verdadera motivación de la prohibición otros intereses involucrados, preponderantemente los económicos de los paises centrales consumidores, como lo afirma numerosa doctrina, nacional y extranjera, que se ha ocupado del tema.[16]

3.2 La cuestión económica

Dentro de los variados perfiles que se pueden observar en este aspecto, el más trascendente es el que vincula a la prohibición, y consecuente "guerra a la droga", con el interés de las grandes potencias, EE.UU. a la cabeza, en preservar sus economías evitando el drenaje de divisas hacia los paises productores, que son realmente importantes y dañinas para las mismas.[17]

Esta idea parece corroborarse por la circunstancia de que la "guerra" aparece circunscripta en estos momentos a la producción de cocaína, explicándose el silencio en cuanto a la marihuana, en parte, en el hecho de que una variedad, de la mejor calidad ("sin semillas"), de alto THC, se cultiva, desde hace varios años, en cincuenta Estados de Norteamérica, y que sólo once de los mismos conservan la prohibición sobre esta droga.[18]

El panorama económico mundial se ha visto afectado por el crecimiento de una economía sin producción, es decir como consecuencia de la prohibición. En este sentido se afirma que el aporte del narcotráfico en el aumento del producto bruto de los paises involucrados es creciente e ininterrumpido. Las cifras que proporcionan los entes especializados, DEA y Secretaría de Hacienda Norteamericanos incluidos, son alarmantes. Los investigadores estiman por ello imposible un pronóstico de los efectos que podría desencadenar la legalización absoluta, a la par que, algunos sostienen, que los narcodólares lavados, volcados a la economía formal, tienen incidencia directa en el proceso inflacionario de algunos países al producir su reactivación económica.[19]

(16) Por todos *Muñoz Conde* y *Anuión Acosta* (op. cit., p. 511), indicando que el sustento de la vía represiva no está en la protección de la salud pública, sino en otros criterios, culturales, geopolíticos o económicos.

(17) Elías *Neuman* cita un informe de Ronald J. Caffey, jefe de la Sección de Investigación de la Cocaína de la D.E.A., de 1982, que reconoce que "(...) Más allá de la amenaza de la salud pública, el tráfico de la cocaína está extrayendo de los Estados Unidos, 30 mil millones de dólares anualmente." ("La legalización de las drogas", Ed. Depalma, p. 65/66).

(18) Estos datos, que proporciona *Neuman* (op. cit., p. 54 y 129), tomados en cuenta por otros analistas, más allá de la fidelidad, constituyen ejes evaluadores serios para observar la política criminal que se sigue por EE.UU., y que en el caso demuestra estar regulada por el factor económico, no por la salud pública, sin que se deje de advertir que están involucradas, igualmente, las ideas moralizantes del puritanismo.

(19) Este fenómeno tiene, por su complejidad, numerosas y encontradas opiniones. Nicolás *Hardinghaus*, piensa que la inflación puede ser controlada como la producida por cualquier otra causa, a la par que sostiene que los efectos macroeconómicos de la droga son más bien positivos, hasta benéficos. Quién la reprime no debería hacerlo por razones económicas. ("Droga y

En lo que concierne a la economía de los paises productores, ella se ha visto fuertemente influenciada – si negativa o positivamente resulta difícil de estabelecer –, por las ganancias del narcotráfico, como es el caso de Colombia, donde en algún momento se ofreció pagar su deuda externa por parte de los jefes del narcotráfico.[20] Lo que si se advierte con claridad es que la prohibición ha permitido, en términos relativos, a los agricultores de los paises productores ocuparse de un cultivo que tiene buena demanda en el mercado internacional, y en el que su precio no está sujeto, como en todos los demás cultivos, a los subsidios que los paises centrales otorgan a sus productores, y con los cuales es imposible competir.

Existe otro aspecto económico – negativo –, que se puede observar, aunque no se vincule a lo macro, sino a la "caja chica" de cada país y a los ahorros que se pueden hacer, sobre todo en estos momentos de crísis. El se vincula con el desarrollo en la mayoría de los países – los Latinoamericanos incluidos en virtud de compromisos hemisféricos (lease con EE.UU) –, de una burocracia sumamente costosa, que reclama permanentemente la asignación de recursos, a los que las mismas califican de insuficientes, pese a que con ellos se hubiesen podido implementar programas de ayuda, tal vez exitosos, para adictos.

Por otra parte esta burocracia, que para presentarse con posibilidades de "triunfo" en la *guerra* tiene que ser realmente importante, ha crecido en forma tan desmesurada que se ha tornado ingobernable para los Estados, llegando en Latinoamérica a constituirse en ideólogos y ejecutores de movimientos armados contra el poder constituido, como ha ocurrido por ejemplo en Bolivia.[21] En esta dimensión, la política sobre drogas ya no es diseñada por los Estados, sino por las burocracias, atendiendo a sus propios intereses, que inclusive confrontan con los que fundamentaran su creación.[22]

3.3 Derecho Penal de autor

Mas allá del compromiso con normas constitucionales que tienen algunas disposiciones contenidas en las leyes sobre la materia – un claro ejemplo es la que reprime la tenencia de estupefacientes aún cuando sea para consumo personal, por invadir la esfera privada protegida por el art. 19 de la C.N. –, sobre lo que no tengo dudas, lo cierto es que demostrada la impropiedad de las mismas para proteger el bien jurídico salud pública, que se dice preservar, se transforman en un medio para reprimir formas de ser, personalidades con concepciones valorativas distintas a las que sustentan quienes ejercen el poder hegemónico.

Mediante esta política, que reconoce precedentes históricos tanto en EE.UU., como en Argentina y Europa (alcohol, yerba mate u opio), se abandona la relación garantista entre mandato prohibitivo

crecimiento económico. El narcotráfico en las cuentas nacionales", *Rev. Nueva Sociedad n. 102*, p. 106, citado por Jorge L. Rosell Senhenn, Jornadas Preparatorias de ICOPA '95, Paraná, Octubre de 1994.)

(20) Datos interesantes sobre la incidencia que en la economía de Colombia tienen los "narcodólares" aporta Elias *Neuman* ("La legalización de las drogas" cit., p. 56 y s.), quién explica en detalle los manejos de la economía formal y la subterránea (ilícita), como igualmente porque es un país con una balanza de pagos positiva debido a sus exportaciones, lo que no parece corresponderse con su tasa real de crecimiento.

(21) MALAMUD GOTI, Jaime. "Humo y Espejos", Ed. del Puerto, p. 63 y s.

(22) Sobre este aspecto del problema resulta indispensable la lectura de la excelente y valiente investigación de *Jaime Malamud Goti* "Humo y Espejos" cit., en la que desnuda con claridad lo que se ha dado en llamar "la paradoja de la guerra contra las drogas".

y bien jurídico, característica fundamental del Derecho Penal liberal [23] de acto, pasando a constituir un simple Derecho Penal de autor.

Quienes han aceptado tomar partido por la vigencia de un tal Derecho Penal, tolerando y preconizando la punición de los consumidores, a través de la incriminación de la conducta de tenencia de drogas aún cuando sea para consumo personal – es decir sin destino de tráfico –, parten de la explicitada y publicitada falsa premisa de que "si no existieran consumidores, no habría tráfico", cuando, muy por el contrario, el silogismo correcto sería "si no existiese represión, carecería de sentido la existencia del tráfico".

3.4 Criminalización y control social

El proceso de criminalización en materia de tóxicos ha sido desde siempre una forma de controlar socialmente al diferente, al que no participa de los valores del grupo mayoritario, con el plus de respuesta que el sistema penal importa, más allá de que igualmente se ejerzan contra los mismos otras formas de control, formales e informales.

Christie sostiene que la *guerra contra las drogas* constituye en gran medida una réplica de lo que fue el período de la *prohibición*, en que la cruzada estuvo dirigida no sólo contra el alcohol, sino igualmente enderezada hacia los nuevos aspirantes a la hegemonía moral en los EE.UU. Esta nueva arremetida importa una forma de control estatal sobre las clases potencialmente peligrosas, cuyo hedonismo se deplora.[24]

Gonzáles Zorrilla, singuiendo parámetros analíticos de Foucault, ubica con rigurosidad la relación droga-enfermedad con los mecanismos de control y de disciplina social, esencialmente respecto de los jóvenes, los que por otra parte son "(...) vistos como peligrosos a medida que aumentan sus dificultades para acceder al mundo adulto (...)". Antes había expresado algo realmente importante en cuanto al control y la visión del adicto enfermo, cual es la idea de que ello permite realizar una explicación simplista y tranquilizadora sobre el consumo porque esa tendencia demostrativa de carencias de orden social o de rechazo a los valores tradicionales se relaciona con un agente extraño ("la droga"), evitando enfocar el problema desde la complejidad que supone la denuncia de injusticias patentes y de hiprocresías sociales intolerables.[25]

El proceso selectivo del sistema penal se acentúa con intensidad en el ámbito de la criminalización secundaria en esta materia.[26] Los criminalizados son, dato repetido en todos los estudios sobre el tema, los adictos o pequeños traficantes – generalmente adictos –, no los que medran con lo que, sin dudas, constituye el negocio más redituable de la actualidad.[27]

(23) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; op. cit., p. 466, sostiene que "En el fondo no hay un debate sobre la 'dogra', sino el debate de siempre: derecho penal liberal o de garantías y derecho penal autoritario o totalitario".

(24) CHRISTIE, Nils, "El control sobre las drogas como una incursión a las condiciones totalitarias", *Cuadernos de Criminología n.* 2, enero de 1994, Instituto de Criminología de Chile, p. 43 y s. Autor que apunta que, en definitiva, las drogas han servido para explicar porque las cosas van mal en la sociedad, tal como sucedió en otros estadios con las brujas, los judíos o los Kulaks, lo que se conoce como mecanismo de "enemigos apropiados" (p. 55).

(25) GONZÁLES ZORRILLA, Carlos; op. cit., p. 53/54 y 56.

(26) Sostiene Nils *Christie* que "La guerra contra las drogas, en la práctica, ha abierto el camino para una guerra contra las personas percibidas como las cuotas menos útiles y potencialmente más peligrosas de la población (...)" (op. cit. p. 59).

(27) Eugenio Raúl *Zaffaroni*, aporta además un dato, que constituye una agravación en el

La *guerra a las drogas* ha importado, por otra parte, una intromisión excesivamente perjudicial en el control social propio de los paises Latinoamericanos – atacando su soberanía en materia político criminal –, puesto que ella se sustenta, como hemos venido observando, en necesidades de control que les son ajenas a éstos. La consecuencia más grave es que involucra a una franja importante de la población, que además es la que tradicionalmente se ha ocupado en el cultivo de las especies vegetales ahora prohibidas.[28]

4. La situación en Argentina

4.1 Breve historia

No he de ocuparme en detalle del proceso legislativo argentino,[29] puesto que nuestra reciente historia en materia de tóxicos no guarda relación con los precedentes que se tuvieron en consideración a la época de la sanción del Código de 1921,[30] ni con las modificaciones que se introdujeran con posterioridad hasta la sanción de la Ley 20.771, en el año 1974.[31]

proceso de criminalización selectivo, cual es el de que la cocaína se ha convertido en una considerable fuente de ingreso para un amplio sector, motivado por la recesión y la destrucción del aparato productivo (op. cit., p. 455). Ello me hizo recordar lo que años atrás nos contara el malogrado Luigi Daga sobre como en Italia los jubilados y las amas de casa obtenían un incremento a sus ingresos con el pequeño tráfico.

(28) Fernando *Velásquez* V., advierte sobre ello al sostener que: "(...) resulta evidente que la susodicha 'guerra contra las drogas' es una estrategia más de las naciones poderosas para (...) extender el control social por ellas ejercido hasta ámbitos nunca imaginados (...)" (*Nuevo Foro Penal n. 54* cit. p. 414). Idéntico reproche se concreta en el punto 3.º, §§ 1 y 3, de las "Conclusiones del Seminario Internacional sobre la actual Política Criminal en materia de tráfico y consumo de drogas", realizado en Málaga en 1991, en los que se sostiene: "(...) Los participantes en el Seminario consideran especialmente preocupante que en los países latinoamericanos, donde la marihuana y la coca llevan siglos cultivándose, la 'guerra contra las drogas' se haya convertido en una guerra contra la población local en la que, a los graves daños ecológicos, se añade la destrucción de las culturas locales tradicionales y de los habituales sistemas de interacción entre el hombre y la naturaleza (...)", agregando que: "(...) A pesar de que hasta hace pocos años el consumo y tráfico ilícito de coca y marihuana no constituía un grave problema social en aquellos países, la enorme presión que están sufriendo por parte de las naciones industrializadas les ha colocado en una situación imposible, tanto económicamente como en relación con sus políticas de control social (...)", (op. cit. p. 559/561). A ello debe sumarse la advertencia que hace Jaime *Malamud Goti* en el sentido de que "(...) La criminalización de vastos sectores de una población debilita necesariamente la autoridad del estado, especialmente cuando la coerción está dirigida a prevenir un "crimen sin víctimas (...)", (op. cit., p. 166).

(29) Ello lo hice en una ponencia presentada a las "XI Jornadas Nacionales de Derecho Penal", Mar del Plata, setiembre de 1986.

(30) Que no se ocupó del tema en forma expresa, quedando atrapados los estupefacientes, según los intérpretes, por los términos "sustancias nocivas" o "mercaderías peligrosas", estando subordinada la punibilidad a que la venta, entrega o distribución se hiciera disimulando su carácter nocivo, para inducir a engaño. (Conf. Justo Laje Anaya, "Narcotráfico y Derecho Penal argentino", Ed. Lerner, p. 21 y s.).

(31) No obstante ello se tiene en cuenta que, como lo pone de resalto Roberto Bergalli (*Poder y control n. 2*, cit., p. 111), algunas de las actuales cuestiones en debate, como la incriminación de la tenencia, ya fueron planteadas en el año 1926 por el agregado introducido como § 3.º al art. 204 del CP por la Ley 11.331, que dió lugar a un importante proceso de discusión en el ámbito de la jurisprudencia.

El citado cuerpo normativo, que está signado por la impronta de la homogeinización de la legislación sobre drogas – mimetismo legislativo le denominará *Neuman* –,[32] que se diera en Latinoamérica a partir de la aceptación de las recomendaciones sugeridas por la Convención Única sobre Estupefacientes de Nueva York de 1961, constituye el primer conjunto de disposiciones que consagra los lineamientos político criminales a que nos hemos estado refiriendo, impregnado de una filosofía moralizante y totalitaria, que llegaba a punir la mera tenencia, aún cuando fuese para consumo personal, contrariando las objeciones de la buena doctrina nacional. En efecto, atrás quedaban las enseñanzas que se oponían a tal incriminación por considerarla violatoria de la esfera de reserva (art. 19 CN), o bien, del principio político criminal liberal, de la impunidad de la auto lesión, los dos argumentos mayoritariamente utilizados, que orientaron la reforma de 1968 (Ley 17.567) que en el art. 204 ter, inc. 3.º, excepcionó la tenencia en cantidades que no escedieren las que correspondieren al uso personal.

Del tiempo transcurrido desde la sanción e esta Ley hasta la que rige la materia en la actualidad, quiero destacar los esfuerzos realizados por parte de la doctrina penal y de la magistratura – progresista y garantísta –, que, desafiando la "caza de brujas", lucho denodadamente por hacer respetar el principio de reserva, declarando inconstitucional la norma que reprimia la tenencia para consumo personal, que tuviera acogida, efímera, en la jurisprudencia de la CSJN al así reconocerlo el Alto Tribunal en el recordado caso "Bazterrica" (29.08.1986). Igualmente debo rescatar la interpretación garantísta del bien jurídico que, entre otros aspectos, exigió para considerar típica la conducta que la afectación debía tener cierta entidad, acogiendo el principio de la insignificancia, criterio político criminal, asentado en el minimalismo penal, que en este ámbito ha importado un freno a los fines represivos de máxima irracionalidad.

[32] NEUMAN, Elías; op. cit., p. 16.

4.2 La actual previsión legal

La Ley 23.737, de octubre de 1989, en general ratifica la política criminal que sustentaba la Ley 20.771 – que derogó –, aunque intensificó notoriamente la represión, característica que se advierte en la elevación de los montos de las penas, entre otros aspectos, dejando traslucir, igualmente, un perfíl notoriamente más moralizante, que se puede apreciar en la finalidad perseguida con las medidas de seguridad, a modo de ejemplo.[33]

No es mi intención el elaborar una crítica detallada de los defectos estructurales de la Ley, cuya técnica legislativa se ha motejado de deficiente, pero si señalar algunos aspectos que riñen absolutamente con la mínima racionalidad o confrontan con principios constitucionales.

Uno de ellos era la pena privativa de libertad contenida en el art. 5.º, cuatro a quince años de reclusión o prisión, que se advertía irracional cuando se relacionaba la conminación con los casos de siembra, cultivo o guarda de semillas por parte de quienes lo hacian con destino a un uso personal, o, con mayor amplitud, sin intención de tráfico. Este desatino legislativo fue corregido por la reciente

[33] *La desincriminación de la tenencia de hojas de coca, en estado natural y con destino al coqueo o para su empleo como infusión*, concretada en el art. 15 de la Ley, demuestra un perfíl político criminal distinto, racional, demostrativo de que en ocasiones el legislador se conduce con criterios correctos, sobre todo cuando, advirtiendo el problema, no cede frente a los requerimientos irracionales.

reforma introducida al art. 5.º, inc. "a" por la Ley 24.424 que para estos supuestos equiparó la pena a la prevista para la tenencia para uso personal (art. 14, § 2.º), teniendo en cuenta que la jurisprudencia había exigido para la tipicidad de la conducta involucrada lo que denominó "dolo de tráfico", el que ausente permitía encuadrar la conducta en el art. 14, 1ra. o 2da, parte – tenencia simple o tenencia para consumo personal – según el caso.

Otro de los aspectos que merece resaltarse es que la tenencia sigue siendo punida, con el agravante de que al prever una atenuación punitiva para los casos de que la misma sea para inequivoco uso personal y señalar como criterio para establecer ese destino la escasa cantidad, los tribunales han interpretado, para mi incorrectamente, que ello veda la aplicación del principio de la insignificancia, cuando así procediere por la mínima afectación del bien jurídico.

El abuso de los tipos de peligro puede señalarse como otro de los defectos de esta legislación desde la perspectiva de una adecuada política criminal que, guiada por el principio de lesividad, aconseja limitar su empleo a hipótesis restringidas.

Violación flagrante del principio de inocencia es la disposición del último párrafo del art. 25 de la Ley 23.737 – que tiene su correlato en el art. 5.º, ap. 7, de la Convención de Viena de 1988 –, que invierte la carga de la prueba respecto del orígen de los bienes sujetos a decomiso, colocándo en cabeza del imputado el demostrar el orígen legítimo de los mismos, cuestión que en nuestro país ha sido debatida en orden al delito de enriquecimento ilícito de funcionario público.[34]

[34] Sobre los avatares de una norma similar en Colombia, que había adoptado nuestro régimen respecto del enriquecimiento ilícito de funcionario público, puede verse la opinión de SAAVEDRA ROJAS, Édgar, en *La Convención de Viena y el Narcotráfico*, Ed. Temis, p. 67 y s.

4.3 Las medidas de seguridad

Independientemente de las observaciones dogmáticas que se puedan formular respecto de las medidas previstas en la Ley 23.737 (arts. 16 a 22) en su comparación con las contenidas en los precedentes legislativos que le han servido de base, ajenas al cometido de este trabajo, estimamos relevante efectuar dos observaciones de naturaleza político criminal.

En orden a las medidas de desintoxicación y rehabilitación previstas en los arts. 16, 17 y 18 – tradicionalmente denominadas curativas –, los estudios empíricos han demostrado que la posibilidad de curación, por parte de un adicto a cualquier tóxico, está directamente relacionada con la voluntad del dependiente. En otros términos, no se advierten logros desde la perspectiva de la imposición coactiva del tratamiento, menos aún cuando éste viene de la mano o es consecuencia de un proceso de criminalización, en el que el adicto es etiquetado y segregado de su grupo de pertenencia.[35]

Es de afirmar que nada se puede esperar obtener si la ayuda se prevé como componente del sistema represivo. Ella sólo será útil como programa independiente en que la terapia sea ofrecida sin condicionamientos y aceptada voluntariamente por el adicto. En la Ley el consentimiento del dependiente sólo se tiene en cuenta para el tratamiento a procesados – art. 19, § 2.º –, pero siempre dentro del proceso de criminalización.

[35] HÜGEL, Carlos Rodolfo; "La política de las drogas y la sociedad", *Libro de Ponencias del VI.º Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología*, Tucumán 1994. El autor advierte sobre el escaso éxito del tratamiento terapéutico en función del Derecho Penal, a la par que se comprometen garantías constitucionales y dignidad humana.

La medida "educativa" – art. 21 –, se sustenta en un apredizaje obligatorio sobre como debe ser un comportamiento *responsable* en materia de uso y tenencia indebida de estupefacientes. Constituye sin dudas una forma autoritaria, impropia de un sistema democrático, de imponer una forma de ser, que atenta contra el principio de formación de la propia personalidad garantizada por la CN.

Por otra parte esta inquietud por enseñar el comportamiento correcto pertenece a un Estado contradictorio, que permite, y hasta fomenta, la propaganda en pro de un mayor consumo de tóxicos legales – tabaco, alcohol etc. –, con el mensaje que es valorado positivamente por la sociedad, otorgando mayor status y poder.

4.4 Confabulación, agente encubierto y arrepentido

Constituye otro modo de señalar la irracionalidad que engloba la actual política criminal en materia de drogas el advertir la necesidad que se ha tenido de incorporar estos tres institutos, que comprometen seriamente el perfíl ético que debe rodear toda investigación criminal en el marco de un Estado de Derecho, para poder llevarla a cabo.

4.4.1 Confabulación

Uno de estos aspectos está constituido por la incorporación en el art. 29 bis de la Ley 23.737 (art. 4.º, Ley 24.424), de una figura por la que se pune la conducta de tomar parte en una confabulación de dos o más personas para cometer alguno de los delitos previstos en los arts. 5, 6, 7, 8, 10 y 25 de la Ley y 866 del Código Aduanero.

Su parentesco con la asociación ilícita, a cuyas diferencias no creo necesario aludir, me es propicio para señalar que inclusive respecto de esta figura mantengo algunas objeciones pues la considero una rémora de un Derecho Penal sustentado en visiones autoritarias de la sociedad en la que se privilegiaba un orden público monolítico elevándolo a la categoría de bien jurídico merecedor de pena, posición que puede recibir embates fundados desde una perspectiva democrática actual – básicamente tolerante –, y que, por ello, compromete los principios mínimo intervencionistas.[36]

Llama la atención que este punto de vista no encuentre acogida en la doctrina, aún en la garantista, lo cual obedece, creo, a un estudio demasiado exhustivo – tal vez hipertrofiado, como insistentemente se viene sosteniendo –, de la Parte general del Derecho Penal, que no encuentra correspondencia con el efectuado respecto de su parte especial, circunstancia que impide observar si los principios, tan fina y detalladamente, elaborados en aquella, especialmente el de mínima intervención, son observados en la incriminación de conductas merecedoras de pena.

Sin embargo creo que con más propiedad se asemeja a la figura de la conspiración,[37] instituto que ha tenido

(36) Ello no implica que no pueda ser estimado acertado político criminalmente que un injusto concretado por intervinientes plurales no pueda ser más severamente penado – tal como lo hace la propia Ley 23.737 en su art. 11, inc. "c" –, para lo cual se pueden evaluar otros aspectos como la entidad el bien jurídico, o la forma de ataque contra el mismo, que se ha estimado merecedor de protección penal.

(37) El Código Penal español la conceptúa como el concierto de dos o más personas para la ejecución de un delito, resolviéndose a ejecutarlo (Ed. Tecnos 1990, p. 29). Sobre el fundamento de su punición José *Cuello Contreras* sostiene que reside en la comprobación del fenómeno sicológico del robustecimiento mutuo de la voluntad criminal, que implica un mayor peligro de que el delito se lleve a cabo, lo que tal vez no harían por separado, importando un mayor peligro para la sociedad, el que justifica la

recepción en nuestro Código Penal en los delitos de traición y sedición, y en el derecho comparado, además, para el atentado contra la vida del Jefe de Estado,[38] es decir vinculado a la protección de bienes jurídicos respecto de los cuales puede aceptarse tal adelanto punitivo de lo que, en esencia, constituyen actos preparatorios de otros delitos, cuya excepcionalidad es reconocida en la doctrina en punto a su punición, como delitos "per se".[39]

Tal forma de incriminación es directamente inaceptable en orden a los tipos a que refiere el art. 29 bis citado, por la imposibilidad de comparar los bienes jurídicos en juego, si es que se pueden individualizar, con aquellos en cuya protección normalmente se ha aceptado el instituto. Ello sin tener en cuenta que en alguno de los supuestos, art. 10 de la Ley 23.737, en que es casi imposible imaginar la acción de confabularse para cometerlo, constituye la tipificación de verdaderos actos de participación, que alterando las reglas de la parte general del Código Penal en cuanto a la punición, agregan un plus de irracionalidad al empleo de esta figura.[40]

Por otra parte, roza los postulados garantistas del Derecho Penal liberal en tanto importa la criminalización de actos muy próximos a la ideación – por cuyo motivo se sostiene que se punen "resoluciones manifestadas" –, cuestión que no se salva afirmando que se incriminan como delitos en sí y no como actos preparatorios de otros delitos.[41] Tampoco legitima este tipo de intervención, en el caso del art. 29 bis referido, la exigencia de se haya puesto en marcha el plan mediante actos reveladores de la decisión, pues en cuanto a los límites nada dice. ¿Que constituyen "actos reveladores"?, tal vez hubiese sido más preciso hablar de actos ejecutivos del delito para el que se confabuló – por más vago que ello igualmente resulte, en definitiva –, aunque, repito, la objeción sobre la recepción del instituto en esta materia es inclaudicable.

4.4.2 El agente encubierto

Por los arts. 6.º al 9.º la Ley 24.424 introduce, legislativamente, al agente encubierto, cuya legitimación – puesto que actuaban de hecho –, había sido efectuada por la C.S. en los autos "Fernandez. Victor H.",[42] no convalidan-

intervención punitiva ("La conspiración para cometer el delito", Ed. Bosch).

(38) RODRIGUEZ DEVESA, José María, SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español, Pte. Gral.*, Ed. Dykinson 1992, p. 780/1.

(39) BACIGALUPO, Enrique (*Manual de Derecho Penal, Pte. Gral.*, Ed. Temis-llanud, 1984, p. 164), señala que es impropio hablar de actos preparatorios "excepcionalmente" penados sólo por especiales motivos político criminales, puesto que todos los delitos están incriminados con ese sustento, dependiendo en realidad la cuestión del límite que fija el legislador para proteger el bien jurídico. Sin duda que importa una forma más clara de presentar el problema, pero que nada agrega, puesto que cuando se está haciendo referencia a lo "excepcional" se indica que la precaución debe extremarse a los fines de no incurrir en excesos, desde la perspectiva político criminal adecuada, en la protección de los bienes jurídicos.

(40) El art. 10 pune la acción de facilitar lugares, o elementos, para cometer alguno de los delitos previstos en la ley, o para que concurran personas con el objeto de usar estupefacientes.

(41) Sobre el particular ver Carlos *Creus. Derecho Penal, Pte. Gral.*, Ed. Astrea, p. 351 y s.

(42) En el considerando 11.º se expresaba: "...la conformidad con el orden jurídico del emplero de agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del estado de derecho (...) lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la

do su actuación cuando hubiese realizado actos de creación o instigación delictiva, por socavar los principios del Estado de Derecho.

No creo necesario afanarse demasiado para demostrar que las diferencias entre la actuación encubierta y una provocación[43] suelen, en ocasiones, ser sutiles, casi imposibles de distinguir, por lo que, en general, se puede sostener que ambas comprometen los principios del Estado de Derecho – no solamente la última como lo sostiene la C.S. –, por lo que se plantea el interrogante de cual es el fundamento político criminal racional que aconseja su incorporación.

Por comenzar coloca a los jueces en una difícil situación, al vincularlos con una forma de investigación a la que no están familiarizados y cuyo mantenimiento dentro de la legalidad, casi de seguro, escapará a un contralor adecuado por parte de los mismos.

Sin embargo, reconozco que al regular la Ley los requisitos a los que se debe sujetar la designación e intervencion de los mismos para que la prueba obtenida pueda responder a los requerimientos que reclama el debido proceso legal, colocándolo todo bajo la supervisión del juez – más allá de los reparos de orden práctico a los que he aludido –, puede importar un límite razonable para este irracional sistema de averiguación del delito.

No obstante, tengo la íntima convicción que constituirá una forma más de aumentar la corrupción de las burocrácias encargadas de la represión, que es consubstancial al prohibicionismo, con el peligro de que ésta se extienda ahora al Poder Judicial, por la función que al mismo se le otorga en su aceptación y contralor.

4.4.3 El arrepentido

No quiero ocuparme de las cuestiones terminológicas que surgen a partir de la denominación que utilizan los precedentes legislativos y los proyectos – que responden al universalmente conocido –, de ello se encarga, con acierto, *Terragni*.[44]

Esta cuestionable figura, como le califica *Díez Ripollés*,[45] fomenta la delación, medio procesal de averiguación del delito que desde los clásicos[46] viene

ofensa criminal sn la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones (...)" (LL 1991-B, p. 190 y s).

(43) Del "agente provocador" me he ocupado con detenimiento en "Planteos Penales" cit., p. 57/86.

(44) TERRAGNI, Marco Antonio. "El arrepentido", LL. N. 251, 30.12.1994. Quién pone de resalto el error conceptual de que se parte en tanto que arrepentirse es reconocer haber hecho alguna *cosa mala*, que compele a realizar actos encaminados a reparar o disminuir el daño causado, lo que no se exige en la ley, ni en sus precedentes. Por otra parte es conveniente recordar que la exigencia de tal arrepentimiento no estaría de acuerdo con las características del actual Derecho Penal que, habiendo renunciado al reproche moral, en este ámbito sólo exigiría que el sujeto, sin reconocer su falta de motivación en la norma, por los motivos que desee – inclusive meramente utilitarios, como obtener alguna ventaja –, esté dispuesto a proporcionar algún dato de interés para los órganos encargados de la investigación; cuestión que, sin ser esencial, puede a la vez importar una disminución de los efectos de la infracción.

(45) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Nuevo Foro Penal n. 54* cit., p. 474.

(46) CARRARA, Francesco. *Programa*, Ed. Temis § 3.573. Quién enseñaba que hay situaciones en las cuales desaparecen de la conciencia de ciertos gobernantes todos los principios de moral y de justicia, agregando que "mientras todos los juristas modernos lanzan maldiciones contra la impunidad

siendo rechazada por reñir con los principios éticos elementales, que, en el actual Estado de Derecho, no se discuten.

Las disposiciones que contiene el art. 29 ter de la Ley 23.737 (incorporado por Ley 24.424), pueden ser comparadas con las de art. 217 del CP que exime de pena al "que revelare la conspiración a la autoridad antes de haberse comenzado el procedimiento. Sin embargo, a pesar de la proximidad con la delación – nuestra Ley no exige a diferencia de la francesa que se revelen los nombres de los otros conspiradores –, no se debe perder de vista la excepcionalidad del bien jurídico protegido, imposible de comparar con los que dice proteger la legislación sobre narcotráfico.

Si a ello se suma que el art. 34 bis (incorporado por Ley 24.424) obliga a mantener en el anonimato la persona que denuncie cualquier delito de los previstos en la ley o en el art. 866 del Código Aduanero, lo que supone la posibilidad cierta de eludir las responsabilidades en que incurren según el art. 245 del CP los que efectuaren denuncia falsa de la comisión de un delito, en tanto no pueden ser conocida por los denunciados, tenemos un cuadro amplio del alejamiento de estas normas de las garantías mínimas exigibles en un Estado de Derecho.

5. Conclusiones y propuestas

A pesar de la vertiente ideológica de la que procede la actual política criminal en materia de drogas, que en extenso hemos pretendido denunciar en el presente artículo, coincido plenamente con quienes advierten que se perfila un movimiento que aconseja el abandono del esquema represivo, que paulatinamente gana adeptos – inclusive en EE.UU. –,[47] y que reconoce al consumo de drogas como un fenómeno socio-cultural con el que debemos coexistir.[48]

Resulta obvio que es imposible, ingenuo, plantear el abolicionismo, entendido en su versión de despenalización total, como una cuestión aislada de toda consideración global de este problema en que nos ha colocado el prohibicionismo, cuyas aristas principales han sido señaladas.

Sin embargo como un camino a aquél, es posible exigir una despenalización moderada que abarque a las figuras de la tenencia para consumo y el pequeño tráfico que ese consumo tolerado supone, acompañado de una política de asistencialismo agresiva que puede mitigar en parte el daño que la droga y la prohibición producen.

prometida a los cómplices de un delito en premio por haber delatado a sus compañeros, tan inicua y desesperada medida se mantiene".

(47) Jaime *Malamud Goti* (op. cit., 165) señala que en un seminario realizado en la Universidad de Columbia sobre política de drogas la mayoría de los académicos, por distintas causas, se pronunciaron de acuerdo con la necesidad de legalizarla.

(48) En este sentido José *Hurtado Pozo*, op. cit., p. 533.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL PROCESO PENAL*

JULIO B. J. MAIER

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. El CPP modelo y los pilares de la reforma iberoamericana – 3. Conclusión.

1. Introducción

Dos advertencias preliminares. A manera de núcleo que me permita referirme a alguna realidad positiva utilizaré en mi exposición el CPP modelo para Iberoamérica, no sólo en razón de que él ha sido destinado a esta región del mundo, sino, en especial, porque el tiempo limitado de exposición supone cierta situación histórica de la que parte, que hoy no puedo describir. Por la misma razón, en la exposición sólo indicaré los institutos principales que conforman la reflexión actual sobre el procedimiento penal, porque el tiempo tampoco me permite detenerme en ellos. Quizás el debate entre nosotros pueda ampliar este panorama.

I. Antes de la década de los ochenta las manifestaciones de una reforma de la manera según la cual el Estado persigue penalmente y administra justicia penal eran aisladas. Sobre una base extendida, que todavía conservaba la Inquisición introducida por del Derecho colonial europeo, conservada en lo sustancial por el orden jurídico positivo de las nuevas repúblicas íberoamericanas – sobre todo en los países de herencia hispánica –, sobresalián unos pocos focos de rebeldía contra ese sistema, que habián seguido prestando atención al desarrollo de la cultura europeo-continental en el ámbito del Derecho procesal penal, debidos, sobre todo, al esfuerzo académico. La Universidad de Córdoba con sus cátedras de Derecho procesal penal y de Derecho penal, y un núcleo de profesores sobresalientes de esa época prolongaban la influencia de su reforma universitaria al ámbito político-institucional general y lograban el Código de Córdoba del año 1939, que presidió el movimiento reformista en la República Argentina. Y, a pesar de adhesiones inmediatas, tan aislado era el foco, que ese movimiento llegó a festejar sus bodas de oro sin haberse impuesto genéricamente en nuestro propio país, que conservaba, en sus jurisdicciones judiciales de mayor proporción, coincidentes incluso con los centros culturales y univesitarios más importantes, el antiguo sistema colonial; aún hoy, después de la reforma de la justicia penal del Estado federal, conserva valor parcial esa afirmación, pues las provincias de Buenos Aires y Santa Fe, donde residen la mayor cantidad de habitantes de este país y donde se registra la mayor actividad económica, continúan practicando una forma arcaica de administrar justicia penal y organizan a los operadores judiciales conforme a ese método, pese a sus proyectos de reforma,

(*) Palestra proferida no II Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, realizado em São Paulo, em agosto de 1996.

siempre obstaculizados. Las formas del procedimiento civil son también un ejemplo de esa persistencia.

En el ámbito centroamericano el foco de la reforma, en materia penal, fue, indudablemente, la República de Costa Rica, que hoy procura nuevos avances en la materia.

II . La década de los ochenta representa, en materia de justicia penal, una verdadera explosión de intenciones políticas que, al mismo tiempo, reconocen la obsolecencia de la organización judicial y la inicuidad de los métodos de administración de justicia en Latinoamérica, y pretenden una reforma integral de su sistema penal. Varias causas contribuyen para ello.

Creo, sinceramente, que la expansión de movimiento a favor del respeto por los derechos humanos, cuya vinculación con el sistema penal resulta ser básica y más que notoria, es el principal motor de la reforma y el lugar en el cual se produce la coincidencia de intereses e ideas que determina esta explosión política. A más de la conciencia cultural creciente acerca de los límites de la coacción estatal, la positivización de ese catálogo de derechos y garantías frente al Estado, titular del poder penal en nuestro sistema, mediante las convenciones internacionales sobre la materia, su operatividad como Derecho interno de los Estados, ya no discutida, y el funcionamiento de los organismos internacionales de protección para esos derechos, unido al reconocimiento de sus decisiones por los estados, han constituido un paso enorme para el movimiento reformista.

Otro punto importante para explicar el movimiento de reforma del sistema penal esta constituido por la modificación general de las formas concretas de gobierno de los países latinoamericanos, quizás también derivada del movimiento de afirmación de los derechos humanos. Visto el continente de manera general y cualquiera que fuere la crítica política a los modelos adoptados, la pretensión de tornar efectivos ciertos axiomas de la forma democrática de gobierno y del Estado de Derecho, y la necesidad de no confundir Derecho con orden o fuerza física ha contribuido a crear, en el sistema penal, la conciencia acerca de que no todos los métodos coactivos de control social son legítimos, ni justificables, conciencia moral y jurídica de la que tanto necesita un sistema penal que pretenda realizarse en un Estado de Derecho. Por otra parte, este mismo movimiento de afirmación democrática se ha visto confrontado con la tradicional ineficiencia de los estados latinoamericanos y con la necesidad de demostrar que su sistema penal es algo más que una forma de protección de los poderosos y de marginación total de los ya marginados socialmente, esto es, representa algo más que una forma de control social políticamente dirigida.

Estas causas principales, a más de generar una conciencia político-cultural favorable a la reforma del sistema penal, han provocado otro fenómeno inédito hasta ahora entre nosotros. La administración de justicia y, sobre todo, la justicia penal, ha pasado a formar parte del sistema social básico, al lado de la salud e higiene, la protección del ambiente, la educación general y la vivienda, compartiendo con ellos la característica de la necesidad de asegurar un mínimo común denominador digno para todo ser humano. Con esta conciencia, que excede nuestro ámbito político, llegó el auxilio de organismos internacionales y de países más desarrollados, y el apoyo económico necesario – lamentablemente: no siempre bien invertido ni gastado – para el desarrollo concreto de los movimientos de reforma del sistema penal. He allí otro de los elementos que contribuye a convertir la crítica política y académica en planes y acciones concretos de reforma.

III . En este último contexto ve la luz el Código procesal penal modelo para Iberoamérica, esfuerzo del Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, terminado casi al final de la década, precedido por una serie de labores preparatorias relacionadas con el momento anterior, labores que, en conjunto, duraron veinticinco años. Ese Código representa hoy la base más clara de orientación para la reforma normativa en Latinoamérica. Se adelantó a los nuevos códigos portugués e italiano, que no conoció en sus labores preparatorias, a pesar de que ellos fueron sancionados por la misma época y de que comparte con ellos varias inquietudes políticas trascendentes. El Código modelo representa, según sus fuentes inmediatas, una recreación del pensamiento reformista lationoamericano de mediados de siglo, cobijado en ciertos ámbitos académicos que prestaron atención a los problemas debatidos y movimientos habidos hasta nuestros días en el sistema penal continental posterior a la Segunda Guerra Mundial. No está de más advertir que este pensamiento reformista deriva del primer movimiento latinoamericano en este sentido, coincidente con las independencias nacionales y tributario de las ideas liberales de comienzos del siglo XIX.

Hoy se puede ofrecer el siguiente panorama de su repercusión. Guatemala, al modificar su sistema de persecución penal, y Costa Rica, al poner al día su legislación en la materia, son los dos países que sancionaron leyes influidas vastamente por ese modelo. Existen proyectos de reforma sobre la misma base y con estado parlamentario en Chile, en El Salvador y en Honduras. Más allá de ello, la Comisión Legislativa del Parlamento de Venezuela ha proclamado al Código modelo como la base político-jurídica para su reforma procesal penal. Ecuador, Paraguay y Bolivia ya cuentan con proyectos que también siguen, en lo fundamental, al CPP modelo para Iberoamérica. En la Argentina, los nuevos CPP e las provincias de Córdoba y Tucumán confiaron en la misma fuente para la actualización y reforma de su legislación procesal penal.

Otros países siguieron modelos propios. Brasil es un caso curioso, pues conoce el juzgamiento por jurados, para unos pocos delitos, que respeta las formas de un procedimiento acusatorio; lo mismo sucede, aparentemente, en el juzgamiento de las pequeñas causas. Sin embargo, su legislación común, si bien no responde a modelos inquisitivos arcaicos como los tradicionales en la América hispánica, conserva rasgos del procedimiento por registros, acerca de lo cual es un ejemplo aquella necesidad invocada, que Uds. llaman "doble grado de jurisdicción".

Uruguay ha seguido también un camino propio, por referencia al Código General del Proceso, que reconoce la influencia del CPC modelo para Iberoamérica, y por influencia del movimiento que procura la unidad del Derecho procesal; sin embargo, compite con ese proyecto, cuyas líneas generales constituyen una aproximación a las formas acusatorias, otro encarado por el propio gobierno, que ya ha sido criticado severamente por la Prof. Dra. Ada Pellegrini Grinover, en su relato para las Jornadas Iberoamericanas de La Plata, pues, según opinión generalizada, no alterará la rutina actual de la administración de justicia penal uruguaya.

Nicaragua, que ya registra un esfuerzo anterior sin sanción legislativa, y Panamá comienzan ahora a discutir sus posibilidades de reforma.

Colombia ha introducido también modificaciones importantes en su organización judicial y en la persecución penal, que no parecen alcanzar para derribar el edificio levantado por la inquisición colonial y, además, ha prohijado regímenes de excepción inadmisibles en un Estado de Derecho, con la esperanza de poder combatir así el problema gravísimo que enfrenta.

Cuba es, también, un caso especial y no sólo porque en ella impera un sistema de organización institucional socialista, distinto al resto de los países latinoamericanos, sino, antes bien, porque su independencia tardía de la metropoli hispana le sirvió, al menos, para conocer formas de enjuiciamiento derivadas de la Ley de Enjuiciamiento penal de 1882, todavía vigente en su estructura fundamental en España y surgida del movimiento reformista europeo del siglo XIX.

Otros países están lejos de una reforma, según mis informaciones, que pecan por parcializadas. De Perú mejor no hablar; conozco buenas intenciones y acciones dirigidas en el sentido correcto de la reforma, de personas e instituciones, pero aquello que se sabe de sus casos judiciales en la materia es casi anterior a la Inquisición histórica; jueces, fiscales, policías, testigos y peritos "sin rostro", confesiones bajo tortura y condenas a casi medio siglo de privación de libertad, obtenidas por la vía de juicios sumarios. México parece insistir en sus instituciones penales tradicionales, a pesar de su cercanía política, económica y también territorial con el norte de América.

Empero, no nos engañemos, el movimiento de reforma todavía no ha conseguido resultados óptimos, ni tan siquiera determinantes para una rápida expasión futura. La resistencia política a la reforma del sistema penal, sobre todo por parte de los órganos del Estado, es mucho mayor a aquella que se puede imaginar y, según estimo sin pesimismo, terminaremos el siglo con la vigencia generalizada de instituciones jurídico-penales arcaicas, no tolerables en repúblicas democráticas, contrarias al significado de un Estado de Derecho clásico y a los postulados de las convenciones internacionales sobre derechos humanos. Algunos países que comenzaron con vigor político su trasformación – Ecuador, como ejemplo – la han abandonado y han, prácticamente, paralizado sus proyectos. Outros han propuesto proyectos normativos medrosos al cambio, plagados de declaraciones de derechos y fundamentos altisonantes, pero conservadores en el fondo y escasamente aptos para lograr el objetivo de modificar las rutinas de la administración de justicia penal actual, como el reciente proyecto de Venezuela, por ejemplo.

El panorama, según se observa desde la óptica del CPP modelo, se presenta bastante más saludable que el de los años setenta, pero no es todavía alentador, ni genera esperanzas bien fundadas.

2. El CPP modelo y los pilares de la reforma iberoamericana

I. Tres son, a mi juicio, las bases principales de la reforma del enjuiciamiento penal que propone el Código modelo, a la que puede adosársele su tendencia confesada hacia la reforma de la organización judicial. Pero, previo a ello, conviene insistir con él en una advertencia básica: la reforma del sistema penal en Latinoamérica, si bien pivotea sobre su forma de enjuiciamiento y su organización judicial, extremamente contrarios en su conjunto al Estado de Derecho, no logrará alcanzar los fines que se propone sin integrar a ella a los demás sectores del sistema, las normas penales y la ejecución penal. El pensamiento reformista nunca se estructuró, ni puede ser estructurado, desde el punto de vista político, por sectores incomunicados entre sí, sino que, antes bien, precisa de un Derecho penal – expresión que utilizo en sentido amplio – comprendido como unidad política, de sectores ensamblados, otro de los focos de resistencia, al menos de resistencia académica.

Un ejemplo quizás ilumine más que mis palabras aquello que se postula. Se suele tratar el auge por contemplar los intereses de la víctima en el sistema desde el punto de vista del procedimiento

y de la intervención del ofendido en él. El punto de ataque es, a mi juicio, erróneo y no traerá consigo demasiadas consecuencias que alteren el sistema conocido. Algo distinto sucedería si comenzáramos por darle valor, en el Derecho penal, a esos intereses, de modo, por ejemplo, de anteponerlos a los intereses del Estado sobre el sistema, sintéticamente expresado por el ejercicio irrestricto de su poder penal. Si se permitiera la sustitución de este sistema de reacción, en beneficio de la víctima y del autor, al menos en la medida tolerable, otro sería el resultado. Concebir la reparación integral como una consecuencia sustitutiva del sistema penal, total o parcialmente, en tanto quien alteró las reglas de la relación social y negó con su acción u omisión las expectativas de sus convivientes, intenta posteriormente recomponer esa expectativa y colocar al mundo en la situación en la cual debió estar, conducirá al enjuiciamiento penal a una transformación radical de su sentido, que no logrará el derecho aislado de la víctima a intervenir en el procedimiento, sin condicionar la persecución penal de manera alguna. Desde el punto de vista político, una decisión tal significaría realizar una política criminal a favor de la víctima dentro de una perspectiva político-criminal favorable al autor, expresada por todos los intentos fracasados de reducir al mínimo la intervención penal (*ultima ratio*). No es extraña a este punto de vista la investigación dogmática acerca del papel que juega la decisión y la acción u omisión de la propia víctima en los distintos mandatos y prohibiciones, ni la determinación del ámbito de comprensión de la definición jurídica de víctima u ofendido por el delito.

II. El principal pilar del edificio del procedimiento penal en el Código modelo y de la trasformación del enjuiciamiento es, sin duda, el juicio público y, anexo a él, el intento de lograr que él sea decidido por jueces colocados en la mejor situación de imparcialidad posible.

Juicio público no sólo quiere significar justicia de puertas abiertas para los ciudadanos, sino, antes bien, básicamente, enfrentamiento de acusador y acusado ante los jueces que lo decidirán, únicos habilitados para dictar la sentencia, y desarrollo de todo el procedimiento útil para decidir en una audiencia continua, en la que sus protagonistas y los órganos de prueba se comuniquen en forma oral y directa. Juicio público no ha significado siempre "justicia de todos", en el sentido de la participación de ciudadanos en la integración de los tribunales que administran justicia, pero, sin duda, su significado tiende a ello.

Por otra parte, el concepto de jueces imparciales presupone la independencia de los jueces de toda manifestación del poder estatal, inclusive de la propia organización judicial, pero tal presupuesto, sin duda necesario, no es suficiente para definir el concepto. La idea de evitar al máximo toda clase de prejuicios que puedan influir, incluso inconcientemente, la decisión final, completa la definición del concepto y compromete al procedimiento. En este sentido, el Código modelo intentó, válidamente, disminuir las facultades inquisitoriales de los jueces del tribunal, pero ello tampoco bastó. Su organización del juicio ha sido superada, básicamente, por la desvinculación de la preparación del debate en una audiencia preliminar, del debate propiamente dicho para obtener la sentencia, audiencias cumplidas por cuerpos de decisión distintos, de manera tal de que los jueces que dictarán la sentencia conozcan el asunto sólo en el debate y por impulso de quienes tienen interés en la decisión, sin tomar partido antes de ella en decisiones interlocutorias. Por supuesto, la participación ciudadana en los tribunales de justicia presupone la realización de este principio.

Dos problemas afectan al juicio público singularmente: el sistema de recursos contra la sentencia o el horror por la desaparición del "doble grado de jurisdicción", por una parte, y la escasa repercusión de sus formas en la medición de la pena, cuando él concluye con una sentencia que afirma la culpabilidad del autor y la necesidad de una pena, por la otra. Para el primer problema se debe tener en cuenta que cualquier afirmación del "doble grado de jurisdicción" presupone una nueva audiencia pública, renovada ante otros jueces, que significará una nueva instancia, pero nunca un reexamen de la decisión sobre la base del debate ya cumplido, desconocido para el nuevo tribunal, sino, más precisamente, una "segunda primera instancia", que responde a su propio debate. Frente a ello se justifica la pregunta, reiterada ya desde el siglo XIX, acerca de la razón por la cual, si sólo se confía en el último de los tribunales, no se procede a anular la primera instancia y llevar a cabo sólo la llamada segunda instancia.

La respuesta debe provenir del sistema de recursos y el CPP modelo no la ha dado, pues conserva un sistema relativamente tradicional de recursos contra la sentencia. Las cláusulas de las convenciones internacionales que establecen el "derecho al recurso del condenado" están llamadas, a mi juicio, a originar la solución del problema. En una versión más que simplificada esas cláusulas, bien interpretadas, establecen la garantía que se denomina "doble conforme", esto es, bajo la condición de que el condenado exprese su voluntad recursiva – derecho renunciable –, son necesarias dos sentencias de condena coincidentes para ejecutar una pena. Ello nos pone frente a la necesidad de elaborar un recurso de contenido más amplio que la casación, que examine la posibilidad de llevar a cabo un segundo debate, cuando el condenado torna plausible el error en que pudo haber incurrido la primer sentencia – *iudicium rescindens* –, caso en el cual pesa sobre sus espaldas la carga de la prueba de este extremo, como sucede en el recurso de revisión tradicional. Si ello ocurre sucederá el reenvío, total o parcial, o, cuando sea viable – absolución, p. ej. –, el juicio rescisorio inmediato por el mismo tribunal del recurso. Claro es que, para que ello sea posible, deberá caer el derecho al recurso del acusador o cuando menos, matemáticamente, dotarse al imputado siempre con un recurso más que el acusador, que se pone en juego cuando el acusador consigue la primera condena. La primer solución no es extraña a todo orden jurídico, pues el recurso del acusador significa colocar al imputado frente a un nuevo riesgo de condena, frente a un nuevo juicio provocado por el acusador, esto es, frente a un *bis in idem*. Esta es la razón por la cual el Derecho angloamericano no conoce el recurso del acusador contra la sentencia del tribunal de jurados, forma de procedimiento que, sin duda, ayuda a comprender el problema.

No es un hallazgo el hecho de que se afirme aquí la ausencia de garantías materiales y procesales que rodea a la determinación de la pena. Desde el punto de vista procesal, la medida de la pena que determina el tribunal no enfrenta, para su validez, a ninguno de los principios que limitan y dominan el fallo sobre la culpabilidad y resulta así arbitraria, incluso por otras razones correspondientes al Estado de Derecho que aquí no voy a examinar. El CPP modelo ha propuesto la forma básica para superar este problema, al propiciar la división del debate en dos fases, pero acerca de ella resulta también necesaria una profundización de la meditación sobre el tema, escasamente resuelto por sus reglas.

III. El segundo pilar de la propuesta es la transformación de la instrucción preliminar. El CPP modelo confía esta encuesta, preparatoria del ejercicio de la acción penal pública, al ministerio público y, además, prohija una "desformaliza-

ción" del período y de sus actos. Acerca de la primer solución, él quiere evitar la confusión de las funciones de perseguir y decidir que se produce en el sistema, extendido en la América hispánica, que coloca este período procesal en la manos de un juez de instrucción. Los jueces, en el sistema del CPP modelo son llamados sólo, durante este período, a juzgar sobre la realización de actos que requieren autorización judicial o a realizar actos que sólo ellos pueden realizar, siempre impulsados por el acusador, por el imputado o por alguna de las partes civiles a las que se le concede derecho de intervención en el procedimiento. La razón es siempre la misma: la vinculación del acto a cumplir con una injerencia en los derechos de una persona a la cual el acto o la decisión alcanzará, motivo por el cual la intervención judicial resulta imperativa para garantía de los justiciables. Me refiero a las decisiones que implican el uso de la coacción procesal penal, a la constitución de partes en el procedimiento cuando alguien cuestiona su intervención o falta de intervención, y a los actos definitivos e irreproducibles.

En el segundo aspecto, la "desformalización" de la encuesta, quizás el CPP modelo se quedó a mitad de camino y haya que pensar en reglas más claras. Los únicos actos que, durante este período, precisan del registro formal son las decisiones judiciales que son provocadas por las partes y los actos cumplidos íntegramente por los jueces en virtud de una regla legal y que, por ello, pueden ser introducidos eventualmente al debate.

IV. El tercer pilar del sistema procesal que introduce el CPP modelo persigue, a la vez, evitar la actuación del sistema penal para resolver una cantidad apreciable de conflictos, mirado su fin desde el punto de vista material, y contribuir a descomprimir el sistema judicial, saturado de casos dada la "inflación penal" a la que asistimos, mirado el fin desde el punto de vista procesal. Al respecto, un leve ingreso del principio de la autonomía de la voluntad privada y pública en la persecución de delitos de acción pública – sin embargo importante en cantidad de casos procesados por el sistema – constituye su principal propuesta.

El CPP modelo introduce por primera vez en nuestro ámbito, dominado por el principio de legalidad, un correctivo a ese principio: concede al principio opuesto contradictorio, el de *oportunidad*, un margen de actuación siempre por vía de excepción, al admitir que el Estado, previo ciertos controles, incluso judiciales, evite la persecución penal en ciertos casos o de ciertas personas cuando ello resulte genéricamente justificado. A modo de ejemplo el Código cita casos de bagatela o relacionados con el principio de insignificancia, casos en los es posible prescindir de la pena y casos derivados de la utilidad procesal o material, o de la proporcionalidad en la ponderación de intereses opuestos. Más allá de ello, introduce también la institución de la suspensión no tan sólo de la pena a prueba, sino también de la persecución penal, conocida muy parcialmente en la legislación latinoamericana, sobre la base de reemplazar el sistema penal por la reparación integral del ilícito. Sin duda, nuestra legislación penal había ya incorporado para unos pocos casos institutos fundados en ideas similares, como, por ejemplo, la condenación condicional, el desistimiento de la tentativa, la facilitación del descubrimiento del hecho o de la persecución penal, en la conspiración para delitos políticos o contra la seguridad del Estado, el casamiento con la ofendida, en los delitos sexuales, y la retractación de la ofensa, en los delitos contra el honor, pero ello no resultó suficiente.

Al mismo tiempo, unida al último fin relativo al descongestionamiento de la administración de justicia penal, el modelo reguló un procedimiento abreviado para delitos leves y ciertas reglas de simplificación del procedimiento común,

fundadas en el consenso de todos los protagonistas del procedimiento, con el fin de abreviar el rito penal.

El Código modelo, sin embargo, puede ser superado también en este aspecto. De nuevo, sólo a modo de ejemplo, mencionaré algunos problemas a meditar: la asunción por la víctima de la persecución penal cuando el Estado renuncia a la persecución penal, autorizado por una regla de oportunidad (conversión de un delito de acción pública en acción privada, inclusive en una medida superior a la que sugiere el ejemplo), mayor ingreso de la reparación como tercera vía del Derecho penal y una instrumentación procesal superior de esa idea (período conciliatorio del procedimiento), cuestiones que, por lo demás, ya han sido introducidas a la discusión por leyes (Guatemala) o proyectos (El Salvador) posteriores.

V. Sólo he podido mencionar y criticar sintéticamente los pilares de la estructura del Código modelo por razones de tiempo. Ello no agota, sin duda, sus pretensiones, ni significa tampoco un intento de limitar nuestro debate. Sólo menciono como importantes: el intento del Código para convertir el encarcelamiento preventivo, entre nosotros cercano a ser comprendido como un sinónimo del proceso penal, en una excepción (principio de inocencia) y de limitar temporalmente esta medida de coerción aun en los casos en que ella resulta justificada por excepción; la creciente comprensión de la ejecución penal como un procedimiento sometido al control judicial.

Desde el punto de vista crítico, nuestro modelo debería discutir hoy el problema que representa, en más o en menos para todos los países americanos, la existencia y desarrollo de otras culturas distintas a la europea colonizadora, para las cuales el modelo oficial tiene, probablemente, escasa repercusión cultural, pues practican sus propios sistemas de solución de conflictos sociales, al menos cuando él se presenta dentro de la misma comunidad. Me refiero a las culturas aborígenes, cuya importancia resulta indudable para varios países latinoamericanos, que continúan sometidas al modelo oficial, tributario del desarrollo de la cultura judeo-cristiana y extraño a ellas.

3. Conclusión

He expresado en alguna oportunidad antes de ahora que, si la vida me pusiera en contacto con la posibilidad de redactar un proyecto de CPP destinado a países latinoamericanos, recomendaría hoy un cuerpo normativo sencillo y breve, casi lacónico, muy directo para indicar cuál es la base del procedimiento penal y los fines que él pretende lograr. Asi pienso porque la experiencia me ha puesto una y otra vez frente a una serie de tergiversaciones prácticas de modelos en principio intachables, debidas a veces a la astucia de ciertos funcionarios para conservar rutinas anteriores, otras a la fuerza de esas mismas rutinas y a la escasa formación general de los operadores de la administración de justicia penal y, por último, al vigor de los acontecimientos que ventila el sistema penal en sí mismos.

Comenzaría por describir normativamente el juicio de la manera más sencilla y breve posible y por asegurar que los jueces que presiden el debate no conozcan el asunto a tratar, en lo posible ni el nombre del acusado, hasta el momento de abrir el debate, de manera tal que juzguen sólo por los elementos que le proporciona el debate público; proseguiría, en los capítulos siguientes, y accesorios, con una reglamentación clara de las garantías de los ciudadanos frente a la persecución penal, en un intento por expresar con claridad cuáles son las injerencias permitidas en sus derechos básicos, en su caso, quiénes son competentes para ordenarlas y controlarlas y, por último, cuál es la forma necesaria según la cual debe ser practicada la

injerencia; así quedará claro el ámbito de aquello que está prohibido y es ineficaz. Las reglas del procedimiento para la ejecución de penas y los costos del procedimiento, merecedoras de un estudio detallado, podrían completar la obra.

No obstante, no se me escapa que el Código modelo, que hoy rinde nuevamente examen, es una obra buena, un buen modelo, que todavía no nos ha dado todos los frutos que está destinado a convertir en realidad y que, muy probablemente, deba seguir presidiendo el movimiento reformista.

Sin embargo, para terminar, deseo formularles una advertencia. Armin Kaufmann dijo una vez, en un artículo dedicado a la parte dogmática del Proyecto Alternativo y a la reforma del Derecho penal alemán en general: "Aquí quema", con referencia a la pena, al derecho de sanciones, y a su concepto político-criminal; y continuó: "la dogmática se puede salvar sin que acudan los bomberos". Utilizo su feliz ocurrencia, la traslado al ámbito del procedimiento penal y la transformo según mi necesidad expositiva: resulta absolutamente imprescindible ocuparse de la organización judicial, arcaica e irracional en nuestros países, inclusive refractaria a una política penal y procesal penal adecuada a postulados del Estado de Derecho. Aquí quema, según lo advierte el propio modelo examinado; las reglas del procedimiento examinadas pueden aguardar tranquilas con ese modelo y con pequeñas reformas parciales, sin necesidad de llamar en su auxilio a los bomberos.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

OS NOVOS CRIMES CONTRA AS PESSOAS (A EXPERIÊNCIA DA REFORMA PENAL PORTUGUESA, 1982-1995)

MANUEL DA COSTA ANDRADE

1. Em 1982 foi aprovado em Portugal um novo Código Penal, que entrou em vigor em 01.01.1983. E que veio substituir um código que, no essencial, remontava à codificação originária de 1852, uma lei directamente tributária do modelo, da estrutura e das soluções do *Code Pénal* (1820) napoleónico, bem como dos ensinamentos dos seus primeiros comentadores ou críticos.

Então, muitos teremos acreditado ter sido testemunhas privilegiadas de um daqueles eventos que, na história das instituições, tendem a suceder-se ao ritmo dos séculos. E teremos representado que para o horizonte das nossas vidas, se encerrava definitivamente o processo de reforma penal. Um processo que entre nós se arrastara por duas longas décadas de intenso labor legislativo e de controvérsias doutrinais e político-criminais, polarizadas sobretudo em torno do Projecto Eduardo Correia – Parte Geral (1963) e Parte Especial (1968). De forma optimista – e seguramente também ingénua e narcisista – teremos igualmente admitido ter posto de pé um ordenamento jurídico-penal vocacionado para a perenidade e, como tal, oferecido às novas e sucessivas gerações de intérpretes e aplicadores. Como se lhe assistisse ainda aquela força ligitimadora e estabilizadora que, durante séculos, as representações transcendentes de étimo divino (ou os seus sucedâneos de índole metafísica) emprestaram ao direito.[1]

Cedo, porém, os factos se encarregaram de frustrar aquela expectativa. Decorrido um ano sobre a entrada em vigor do Código Penal, a queda do Governo precipitou uma campanha eleitoral que viria a converter o Código num dos tópicos mais insistentemente invocados pela propaganda dos partidos concorrentes. De um modo geral, todos apostaram em colher as gratificações duma dramatização da ameaça do crime e do sacrifício nos altares de uma *guerra ao crime*, do apelo à *law and order*. Daí que praticamente todos tenham feito coro na denúncia da suposta brandura do Código, censurando a benignidade das penas e, em geral, a exagerada "compreensão" face ao crime e ao criminoso.

Daí que cedo o Governo tenha procedido à nomeação de uma comissão – presidida pelo Professor Figueiredo Dias e integrando magistrados, universitários

(1) Sobre o tema, recorrente na teoria e filosofia do direito, cf. v.g., W. Hassemer, "Derecho penal y filosofia del derecho en la República Federal de Alemania", *Doctrina Penal* 1991, p. 89 e s. Numa das sínteses do autor: "o direito natural cosmológico de tradição aristotélica assentava na dedução do dever a partir do ser (monismo metódico); a ordem do dever humano deriva assim da ordem real da natureza". ob. cit., p. 89.

e advogados – a que foi cometida a tarefa de estudar e propor os necessários ajustamentos a introduzir no Código Penal. Iniciava-se, assim, a reforma da reforma penal. Um processo político-legislativo que viria a culminar no Decreto-lei 48/95, de 15 de Março que aprovou o "novo" Código Penal, que entrou em vigor em 01.10.1995.

Antes de uma maior aproximação ao sentido e conteúdo desta reforma, convirá precisar que ela deixou sequelas na nossa vivência e compreensão do direito penal. A experiência da revisão de um código pouco antes aprovado, recebido com o aplauso quase unânime dos especialistas portugueses e com a simpatia dos penalistas estrangeiros[2] que sobre ele tiveram oportunidade de se pronunciar, teve o efeito de um abalo e ruptura epistemológica, induzindo a emergência de um novo paradigma de compreensão da lei penal.

O paradigma até há pouco dominante assentava na identificação de tempos de reforma: correspondentes a "situações marginais" (Jaspers) e como tais claramente referenciáveis e únicos na história irreversível dos acontecimentos e das idéias. Tal paradigma sobrevivia ainda de algum modo como sucedâneo das concepções jusnaturalistas. Em que a experiência do direito se esgotava na contemplação, leitura, hermenêutica e transmissão de leis antes recebidas. Na plasticidade expressiva de Marcel Gauchet, autor de *Le désenchantement du monde* (1985): "Tudo o que regula os trabalhos e os dias é recebido. As grandes obrigações e os gestos menores, toda a armadura sobre que decorre o quotidiano dos presentes-vivos deriva de um passado fundador que o rito vai permanentemente activando como fonte inesgotável e reafirmando na sua alteridade sagrada".[3] Na síntese do mesmo ator, "le dehors comme source et l'immuable comme règle".[4]

O paradigma terá de ser hoje outro. Não apenas nem principalmente no sentido já a seu tempo intuído por Hobbes – *auctoritas, non veritas facit legem* – e segundo o qual "depois do ocaso da fundamentação jusnaturalista do direito, o papel do legislador se modificou de uma maneira fundamental: de simples intérprete do direito, ele converteu-se em seu criador".[5] De um modo mais radical,

(2) Entre as tomadas de posição mais recentes, cf., por exemplo, H. Schultz, "Où est le neige d'antan, oder Die Strafrechtsreformer von Gestern Heute", *Baumann-FS*, Bielefeld: Gieseking, 1982, p. 436 e s.

(3) M. Gauchet, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985, p. 18.

(4) Gauchet, Id. p. 18.

(5) Hassemer, como na nota 1, p. 90. A contraposição de paradigmas para que apela o texto tem subjacente o confronto entre duas impostações de fundo quanto à compreensão do direito: entre uma postura predominantemente teorética e contemplativa – que privilegiava a dimensão de verdade do direito; e uma postura voluntarista e poiética – que privilegiava a dimensão da decisão e era, por isso, aberta às ideias de contingência, alternatividade, historicidade e "heresia". Trata-se, de resto, de uma antinomia que, de forma mais ou menos explícita e exposta, atravessa toda a história do pensamento mais empenhado na discussão dos princípios de validade e legitimidade do direito. Conhecendo, v.g., afloramentos expressivos como os protagonizados na Grécia antiga com o advento da sofística ou da Idade Média pela controvérsia que opôs dominicanos (S. Tomás) e franciscanos (Escoto), ela viria a assumir a sua expressão mais consciente e intensa a partir do século XVII. Sobre o tema, W. Hassemer, "Unverfügbares im Strafprozess", *Maiohofer-FS*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1988, p. 185 e s.; Habermas, "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?", *Kritische Justiz*, 1987, p. 1 e s.; N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt: Suhrkamp, 1983, p. 141 e s.; "Positivität des Rechts als Voroussetzung einer

o legislador é hoje chamado à vigília permanente e à contínua criação do direito, *maxime* do direito penal: *Jus criminale semper reformandum*. Em definitivo, para o direito penal contemporâneo vale em cheio a advertência do filósofo pré-socrático segundo o qual não nos lavamos duas vezes no mesmo rio. E é assim mesmo quando a persistência de leis aparentemente imutáveis na rigidez fixista do seu teor verbal deixa sugerir o contrário. Mesmo então não pode desatender-se a penetrante lição de Geiger: "Como leis, elas foram pensadas e queridas para serem imutáveis. Que elas, de facto, acabem por deslizar suavemente, é o que caberá entender como uma manifestação de vingança da vida contra as instituições".[6] Neste contexto, não pode deixar de acompanhar-se Schultz quando, fazendo-se eco das mesmas preocupações considera: "a permanente mutabilidade do direito, associada à irreprimível esperança de o tornar cada vez melhor, pode também ser vista como consequência do facto de o direito, embora dele se possa falar como de uma ordenação jurídica (*Rechts ordnung*), não ser nada de estático, antes um processo-de-ordenação (*Odnungs verfahren*), devidamente regulado".[7]

2. Pelas razões sumariamente expostas, compreende-se que a reforma penal em Portugal se tenha projectado tanto sobre a Parte Geral como sobre a Parte Especial.

a) No que directamente concerne à Parte Especial, avultam, desde logo, as inovações decorrentes da emergência de novos bens jurídicos supra-individuais, como os atinentes à regulamentação da vida económica ou à protecção do ambiente, a reivindicar a sua inscrição na constelação dos bens jurídico-penais. Trata-se de bens jurídicos que emergem em boa medida como produtos de uma construção normativa[8] e, por vias disso, se reveste de uma índole cintilante: mudando frequentemente de brilho e de posição na hierarquia da dignidade penal, ao ritmo da sucessão imprevisível das concepções ideológicas triunfantes.

b) Numa primeira consideração poderíamos ser levados a crer que os crimes contra as pessoas estariam, no seu conjunto, resguardados dos ventos da reforma e da mudança. Desde logo, pela circunstância de estes crimes, recondutíveis a atentados contra a integridade da pessoa humana, contenderem com bens jurídicos correspondentes a constantes antropológicas. Isto é, dimensões da pessoa humana capazes de assistir, sem alteração de substância nem perda de dignidade, ao fluir da história e ao cortejo de mundivisões que ela traz consigo. E susceptíveis, para além disso, de figurar como momentos privilegiados de comunicação entre ordenamentos jurídicos, máxime entre os ordenamentos dos países que partilham um património histórico-civilizacional e cultural comum.

Nada, por isso, mais legítimo do que acreditar que o próprio decurso do tempo tivesse decantado um catálogo definitivamente estabilizado de crimes contra a pessoa. Crimes naturalmente distintos no seu recorde típico, na sua gravidade e censurabilidade, mas de algum modo recondutíveis ao modelo do "crime ori-

moderner Gesellschaft", *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechstsheorie*, 1970, p. 175 e s.; R. Giorgi, *Wahrheit und Legitimation im Recht. Eine Beitrag zur Neubegründung der Rechstsheorie*, Berlim: Duncker & Humblot, 1980, *passim*. Para uma síntese, Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 32 e s.

(6) Th. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied: Sutherhand, 1964, p. 195.

(7) H. Schultz, como na nota 2. p. 443.

(8) Sobre o tema, Figueiredo Dias/Costa Andrade, "O Crime de Fraude Fiscal no Novo Direito Penal Tributário Português", *RPCC*, 1996, p. 81 e s.

ginário" de que fala Freud. "Dir-se-ia – escreve o autor de *Totem e tabu* – que, muitos antes da existência de qualquer legislação recebida das mãos de um deus, os homens primitivos conheciam já o mandamento *não matarás*, e sabiam que toda a violação deste mandamento desencadeava um castigo".[9] Nesta linha, poderíamos ser facilmente induzidos a admitir que os crimes contra as pessoas resultariam sobremaneira desinteressantes numa perspectiva comparatística.

c) Esta é, porém, uma representação que, longe de colher a confirmação dos factos, é por eles posta em crise, dada a plétora de alterações que os crimes contra as pessoas acabam, no seu conjunto, por sofrer, na reforma de 1995.

As alterações começam por assumir uma impressiva expressão quantitativa. Na verdade, um Código Penal cuja Parte Especial perde no seu conjunto mais de 50 artigos ou incriminações, vê o título *Dos crimes contra as pessoas* substancialmente enriquecido: de 55 para 71 artigos. Um aumento tanto mais significativo quando é certo, por um lado, que ele foi obtido apesar de, mercê de um esforço porfiado de simplificação e racionalização, *os crimes contra a integridade física – Ofensas corporais* – terem sido reduzidos de 13 para 10 incriminações.[10] E, por outro lado, que não se levaram ao Código Penal todas as condutas lesivas de bens jurídicos pessoais, e cujas dignidade penal e carência de tutela penal são hoje unanimemente reconhecidas em Portugal. Como sucede, por exemplo, com as agressões ao embrião e os atentados à identidade genética, a que os modernos meios de procriação assistida e de manipulação genética vieram abrir as portas. A expressão quantitativa da reforma tem igualmente reflexos no plano sistemático: em vez dos seis capítulos originais do Código de 1982, o título *Dos crimes contra as pessoas* integra, na versão de 1995, dois novos capítulos, perfazendo, assim, um total de oito.

O aumento em extensão do título *Dos crimes contra as pessoas* deve-se em parte à introdução de um capítulo novo que, sob a rubrica *dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*, abarca, depois de sujeitos a modificações de tomo, os crimes que o Código de 1982 arrumava sob a categorização de crimes sexuais. E que, como tais, integravam uma secção autónoma de um capítulo relativo aos *crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social*, por sua vez inscrito no título III, *Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade*. Seria, todavia, apressado e redutor encarar esta nova categorização dos crimes sexuais como mero resultado de uma simples deslocação formal. Ela só é compreensível como afloramento e consequência de mudanças operadas a nível da substância das coisas, isto é, como expressão de um movimento de fundo que vem alterando o panorama dos crimes contra as pessoas.

d) Não é possível proceder aqui a um exame mais detido destas transformações. Que nos forçaria a uma recensão dos desenvolvimentos mais recentes da reflexão filosófica e da teorização sociológica[11] e, mais próximos, da doutrina e da jurisprudência constitucionais. Limitar-nos-emos, por isso, a enunciar dois tópicos nucleares e, apesar de tudo, bastantes para sinalizar as linhas do horizonte na perspectiva do direito penal.

Temos em vista:

– por um lado, *a constante emergência de novos bens jurídicos, corresponden-*

(9) S. Freud. *Totem et tabu*, Paris : Payot, 1979, p. 51.

(10) Idêntica simplificação e redução foram levadas a cabo no campo das incriminações atinentes à tutela da vida privada e da intimidade.

(11) Para uma primeira síntese, Costa Andrade, como na nota 5, p. 492 e s.

tes à descoberta de novas dimensões da pessoa, autonomizáveis na sua dignidade e carência de tutela penais (Strafwürdigkeit e Strafbedürftigkeit)

– e, por outro lado, *as sequelas de uma civilização de risco, a multiplicar exponencialmente as manifestações de danosidade social, sob a forma de atentados à integridade e autonomia pessoais.*

3. A começar, não será difícil referenciar manifestações concretas deste progressivo enriquecimento do *Güterkapial* (Binding)[12] dos crimes contra as pessoas.

É conhecida a emergência, a partir do direito à honra, de um direito à privacidade como bem jurídico autónomo, a reivindicar a incriminação de delitos de indiscrição, a princípio justificados mesmo em nome dum reforço da protecção da honra. Na expressão do Projecto Governamental alemão (1962), duma "*Verstärkung des Ehrenschutzes*".[13] Sabe-se outrossim como a partir do direito à privacidade se chegou à emancipação tanto de um direito à palavra como de um direito à imagem, a proteger penalmente como tais, independentemente da sua valência directa do ponto de vista da privacidade. Enquanto isto, a doutrina e a jurisprudência constitucionais (nomeadamente germânicas) vão pondo de pé e definindo os contornos de um novo e denominado direito de autodeterminação informacional (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*).[14] E não será de estranhar que este direito venha amanhã bater à porta da lei penal a reclamar a sua

(12) K. Binding, *Die Normen und ihre übertretungen*, Leipzig : Felix Meiner, I vol., 4ª ed. 1922, p. 339 e s.

(13) CF., por todos, Gallas, "Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962)", ZStW, 1963, p. 24.

(14) Este novo Recht auf Informationelle Selbstbestimmung começa a ganhar sedimentação na experiência jurisprudencial e doutrinal alemã. Isto a partir da marcante decisão do Tribunal Constitucional Federal (15.12.1983), proferida a propósito da constitucionalidade da lei alemã do censo (*Volkzählungsgesetz*) e que constitui a primeira afirmação daquele direito fundamental (cf. BVerfGE, 65,1 = JuS 1984, p. 298 e s. = NJW 1984, p. 419 e s.). Este pronunciamento do Tribunal Constitucional veio, na expressão de Hassemer, alterar-se "de forma dramática" a situação jurídica na Alemanha. Por exemplo, e ainda segundo o mesmo autor, "torna-se suficientemente claro que, depois do *Volkzählungssurteil* do Tribunal constitucional, o direito da investigação processual penal não pode ser igual ao que era antes" (Hassemer, "Rechtsprechungsübersicht", *JuS*, 1992, p. 161). Na caracterização do aresto pioneiro do Tribunal Constitucional, o que está em causa é um direito fundamental que garante ao indivíduo a Competência para em princípio ser ele próprio a decidir sobre a utilização e divulgação dos seus dados pessoais" (JuS, 1984, p. 298). A descoberta do direito de autodeterminação informacional estará, assim, estreitamente associado ao "espanto" do Tribunal Constitucional Federal face às "condições do moderno tratamento de dados". O direito veio, porém, a conhecer uma rápida evolução que lhe permitiu ganhar a distância e autonomia em relação àquela área problemática e, por vias disso, ver a sua compreensão e extensão progressivamente alargadas. Nesta linha e em decisão ulterior pôde o mesmo Tribunal Constitucional precisar: "Foram seguramente as possibilidades e perigos do tratamento automático de dados que vieram tornar mais patente a urgência de uma protecção dos dados pessoais; mas não são eles que configuram o fundamento e a causa da sua carência de tutela (*Schutzbedürftikeit*)". Foi em nome desta compreensão que o Tribunal Constitucional veio declarar (decisão de 09.03.1988) a inconstitucionalidade do § 687 do Código de Processo Civil alemão (ZPO) que prescreve a publicidade da interdição por prodigalidade ou alcoolismo. E isto precisamente em nome de atentado intolerável ao direito de autodeterminação informacional. E não tem sido significativamente outro o caminho trilhado pela jurisprudência ordinária, nomeadamente a do Tribunal Federal (BGH). Também este

forma específica de tutela como um autónomo bem jurídico-penal.

tribunal superior vem reconhecendo o direito de *autodeterminação informacional* a que adscreve uma compreensão sobreponível. Isto enquanto ao mesmo tempo vem curando de enquadrar normativamente a sua extensão e limites. Nesta linha foi em nome da protecção do direito fundamental de autodeterminação sobre a informação que o BGH acaba de declarar (14.05.1991) a ilegitimidade de princípio da prática policial de acompanhamento e observação duradoiras de um suspeito. Tratava-se, concretamente, do seguinte: com o acordo do Ministério Público, a polícia colocou uma câmara de vídeo oculta na porta de um vizinho que morava em frente, o que lhe permitiu acompanhar, durante um longo período, as entradas e saídas de casa do suspeito de crime de fogo posto em várias casas de habitação. Sobre esta decisão, cf. NStZ, 1992, p. 44 e s. bem como os comentários de K. Rogall, ibidem, p. 45 e s., Hassemer, ob. loc. cit.; K. Amelung/G.Kerckhoff, "Zur strafprozessualen Verwertbarkeit von Videoaufzcheinungen ohne spezialgesetzliche Ermächtingung – BGB, NJW, 1991, 2625", JuS 1993, p. 196 e s. Da já extensa literatura voltada ao tema do direito de autodeterminação informacional, cf., por todos, P. Krause "Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. BVerfGE 65,1" JuS 1984, p. 268 e s; K. Amelung, *Inofrmationsbeherrschungsrechte im Strafprozess. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote*, Berlim: Duncker: Humblot, 1990, p. 35 e s.; J. Wolter, *Aspekte einner Strafprozessreform bis 2007*, München: C. H. Beck'sche, 1991, p. 24 e s., K. H. Gössel, "As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha", *RPCC*, 1992, p. 431 e s.; H. U. Gallwas, "Der allgemeine Konflickt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit", *NJW*, 1992, p. 2785 e s.; Ch. Degenhart, "Das allgemeine Persönlike-itsrecht", Art. 2 I i. V. mit. Art. 1IGG, *JuS*, 1992, p. 361 e s.

Noutro contexto, vem-se afirmando e consolidando a liberdade pessoal face aos tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários. Um novo bem jurídico que podemos, com o BGH alemão, definir como "freien Selbsbestimmungsrecht des Menschen über seinen Köper",[15] ou com Figueiredo Dias como a liberdade de "dispor do corpo ou da própria vida".[16] Noutra direcção, e na esfera da doutrina pioneira do *Lebach-Urteil* (05.06.1971) do Tribunal Constitucional Federal alemão, fala-se cada vez com mais insistência de um direito (constitucional) do delinquente à ressocialização.[17] Um direito cujo tratamento como autónomo bem jurídico-penal se afigura tão plausível como porventura desejável. Um passo nesse sentido foi abertamente assumido pelo legislador penal austríaco ao incriminar e punir a Imputação de um crime que foi já objecto de decisão judicial definitiva (*Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung*, cf. § 113 ÖStGB).

4. A enumeração exemplificativa ensaiada está longe de ser exaustiva. Mais interessante do que prosseguir nesta via será, contudo, pôr em evidência dois

(15) Expressão constante da decisão que ficou conhecida como *Myom-Fall* (28.11.1957). Cfr. BGHSt 11, 111 e s.; C. Roxin, *Entscheidungssammlung für junge Juristen*, Münchem: C. H. Beck, 1984, p. 86 e s.

(16) Figueiredo Dias, "O Problema da Ortotanásia: Introdução à sua Consideração Jurídica", in: *As Técnicas Modernas de Reanimação: Conceito de Morte. Aspectos Médicos, Teológico-Morais e Jurídicos*, Porto, ROA, 1973, p. 33.

(17) Sobre a fundamentação constitucional – como exigência da dimensão social do moderno Estado de direito, cf., desenvolvidamente, Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Aequitas, 1993, p. 74 e s.; Anabela Rodrigues, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra: C' Ed., 1995, p. 325 e s.

aspectos que se nos afiguram particularmente clarificadores.

a) O primeiro atinente à estrutura destes novos bens jurídicos. Trata-se, em geral, de bens jurídicos correspondentes a expressões concretizadas e estabilizadas na liberdade geral de acção ou dum direito ao livre desenvolvimento da personalidade, constitucionalmente reconhecidos.[18] Trata-se, por outro lado, de bens jurídicos de estrutura relacional, que só alcançam a sua realização na comunicação intersubjectiva à margem de toda a coerção. Analisam-se, assim, uma dupla dimensão: positiva (a liberdade para, sem restrições nem constrangimentos, empreender com autenticidade as acções comunicativas queridas); e negativa (a liberdade de não ter de suportar condutas, arbitrariamente impostas, como coerção, domínio e heteronomia).

b) O segundo relativo ao processo de revelação e afirmação. Nem sempre a consagração jurídico-penal de um destes bens jurídicos está necessariamente associada ao aditamento de uma nova incriminação à Parte Especial do Código Penal. Tal sucede muitas vezes de forma menos exposta e larvada, através de um processo mais ou menos lento de transformação semântica operada no interior de uma incriminação que, aparentemente – pelo menos ao nível da descrição verbalizada da conduta proibida – permanece a mesma. Então, esta aparência de mesmidade esconde mudanças significativas ao nível da realidade sociológico-cultural, das construções sociais da realidade, das referências e simbolizações que dão um sentido novo, uma nova direcção teleológica, à incriminação. *Brevitatis causa*, o que parece o mesmo já é outro. Como escreve Ellscheid: "o comportamento fáctico a descrever permanece superficialmente e grosso modo, o mesmo, embora o tipo se tenha orientado também, e muitas vezes predominantemente, para outras estruturas sociais, delas recebendo, por isso um sentido renovado".[19] Assim, incriminações que iniciaram a sua trajectória histórica directamente preordenadas à tutela de bens jurídicos transcendentes e supra individuais, acabam por se converter em instrumentos de protecção de expressões tipificadas de liberdade pessoal.

5. É o que nos propomos ilustrar com a citação de alguns casos que reputamos particularmente expressivos desta evolução semântica e normativa no interior de incriminações que, vistas de fora, parecem "as mesmas".

a) Paradigmático a este propósito o crime de *Introdução em casa alheia* ou *Violação de domicílio*. Segundo o que reputamos a melhor interpretação,[20] esta incriminação protege hoje um específico bem jurídico-penal de índole pessoal que podemos, com Welzel, definir como "ein Stück lokalisierte Freiheitsphäre". Noutros termos, o crime de *Introdução em casa alheia* protege um bem jurídico, com a estrutura própria de uma liberdade que garante o "entrincheiramento do homem contemporâneo na esfera da vida privada"(Luckmann).[21] Nem sempre foi, porém, assim. Na sua longa história, esta "mesma" incriminação da *Introdução em*

(18) Para uma primeira síntese, Degenhart, como na nota 14. p. 361 e s.

(19) G. Ellscheid, "Hermeneutik zwischen Lebenswelt und System", in: *W. Hassemer (Herausg.), Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60.* Geburtstag, Heidelberg, F. C. Müller, 1984, p. 30.

(20) Para uma referência mais desenvolvida, Costa Andrade, como na nota 5, p. 368 e s. A expressão violação de domicílio é mais compreensiva e rigorosa por abranger tanto a introdução sem consentimento como a permanência contra a vontade.

(21) Th. Luckmann, *La religión invisible. El problema de la religión en la sociedad moderna.* Salamanca; Ediciones Sígeme, 1973, p. 122.

casa alheia esteve já ao serviço de bens jurídicos inteiramente distintos. A começar por bens jurídicos supra-individuais, atinentes à ordem e tranquilidade públicas (como *crimen vis*) ou mesmo à continuidade da própria soberania do estado, sc., do monarca. Bastará recordar o significado de que se revestia a inviolabilidade do domicílio na experiência jurídica dos primórdios da monarquia portuguesa. Então a paz da casa (*pax domestica*) configurava um dos expedientes privilegiados pelo rei como forma de cercear e temperar os efeitos da vingança privada, mais ou menos institucionalizada sob o nome e o regime de *inimizade* ou *homizio*. E por vias disso, como um passo no sentido da publicização e do monopólio estadual do *jus puniendi*. Daí que a violação do domicílio configurasse um crime particularmente grave, sancionado com as reacções drásticas da "perda da paz", aplicável nos casos extremos de *traição* ou *aleivosia*. Como se de uma afronta directamente perpetrada contra o soberano ou a ordem por ele representada se tratasse. Significativo neste contexto que o rei D. Dinis ao prescrever as normas de tutela da casa alheia e que haveriam de constituir o Título LXXIII das Ordenações Afonsinas, se louve expressamente do "serviço de Deos, e prol e assessego de minha terra, e das minhas gentes"! Para além disto e noutros momentos, a incriminação apareceu igualmente associada a bens jurídicos de natureza económica e patrimonial. Como protecção da inviolabilidade do território da grande família, enquanto unidade económica autónoma.[22]

b) Igualmente impressiva a revolução copernicana registrada no interior dos já citados crimes sexuais. Digna de menção apenas a circunstância de as mudanças se terem processado aqui de forma mais exposta e célere, e por vias disso, em termos mais ruidosos, sendo, não raro, acompanhadas de uma linguagem com níveis de emoção e veemência invulgares nos textos doutrinais. O afrontamento de modelos político-criminais e das subjacentes "construções sociais da realidade", a que nos anos cinquenta e sessenta se assistiu, um pouco por todo o lado,[23] viria a assumir uma versão exemplar e codificada no confronto dos dois projectos apresentados na Alemanha: o *Projecto Governamental* (1962) e o *Projecto Alternativo* (1968). Uma controvérsia doutrinal que teria a sua réplica no plano jurisprudencial. É o que bem ilustra o contraste das decisões proferidas pelo mesmo BGH alemão – tão extremadamente antagónicas apesar de cronologicamente tão próximas – a propósito, respectivamente, da *Verlobten-Kuppelei* (proxenestismo dos pais que favorecem relações sexuais das filhas com os noivos, 1954 e 1962) e das *Memórias de Fanny-Hill* (1969), esta última celebrada por Arthur Kaufmann como "revolucionária".[24] Em balanço feito em 1968 e dando já conta do triunfo da nova impostação político-criminal e das soluções legislativas por ela reclamadas, recordava Roxin que "escassos anos antes

(22) Para uma consideração mais desenvolvida, K. Amelung, "Der Hausfriedensbruch als Missachtung physich gesicherter Territorialiät", ZStW, 1986, p. 365 e s.; H. Schall, *Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch. Ein Beispiel für die soziologisch fundierte Auslegung strafrechtlicher Tatbestände*, Berlim: Duncker & Humblot, 1974, *passim*. No que especificamente concerne à experiência histórica portuguesa, cf. Marcello Caetano, *História do Direito Português*. Lisboa : Verbo, 1981, vol. I, p. 256 e s.

(23) Para uma primeira recensão dos eventos mais significativos do foro legislativo, doutrinal e jurisprudencial, que assinalam a mudança, Costa Andrade, como na nota 5, p. 382 e s.

(24) Art. Kaufmann, "Strafrechtspraxis und sittliche Normen", *JuS*, 1978, p. 362.

as mesmas propostas seriam certamente rejeitadas com a indignação de quem esconjura a tentativa de criar uma nova Sodoma e Gomorra".[25]

Resumidamente, os crimes sexuais começaram por estar directamente comprometidos com a protecção e salvaguarda de uma conhecida moralidade. Na caracterização do BGH, no contexto do caso *Verlobten-Kuppelei*, "uma ordenação moral, em geral e objectivamente cogente". E ainda: "As normas da lei moral têm em si mesmas a razão da sua vigência. A sua (forte) eficácia vinculativa radica na ordenação – preexistente e que não pode deixar de ser reconhecida e recebida – de valores e nos princípios de valor que regulam a convivência humana (...) O seu conteúdo não pode alterar-se pelo facto de mudarem as concepções gerais sobre o que deve ou não vigorar".[26] Um discurso onde, no essencial, ecoa a compreensão de que, um século antes se louvava entre nós Levy Maria João segundo o qual: "a moralidade pública não pode deixar de ser defendida pelas leis, sendo a moral um dos fundamentos mais sólidos da sociedade".[27] E a propósito do *Adultério*, "uma violação da honestidade, menos pública do que a prostituição, mas mais criminosa" do que ela. "Atacar a santidade da fé conjugal, abalar um dos esteios mais fortes da sociedade, destruir as afecções da família, depravar e corromper os costumes, acender ódios e vinganças, e dar ocasiões a crimes terríveis, são consequências fatais e inevitáveis do adultério e suficientes por si só para elevar esse facto à ordem dos crimes mais graves e funestos".[28] Uma concepção que transparece claramente na categorização sistemática dos crimes sexuais, que as Ordenações tratavam como crimes imorais e o Código Penal de 1852 como crimes contra a honestidade. Isto à semelhança do que acontecia com a generalidade das codificações europeias: o StGB alemão falava de *Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit*; o Código francês de *Attentats aux moeurs*; o belga de *Crimes et delits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique*; o italiano de *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*; o espanhol *Los delitos contra la honestidad*.

Entretanto passou a aceitar-se generalizadamente o dogma de que "ao legislador penal falta em absoluto a legitimidade para prevenir condutas não lesivas de bens jurídicos, apenas em nome da imoralidade" (Roxin).[29] Ou na formulação de

(25) C. Roxin, "Sttlichkeit und Kriminalität", in: J. Baumann (Herausg.). *Misslingt die Strafrechtsreform?*, Darmstadt : Luchterhand, 1969, p. 157.

(26) *Apud*, P. Noll, "Begriff und Funktion der guten Sitten in Strafrecht", *Fest. zum 150. Jährigen Bestehen des Oberlandsgerichts Zweibrücken*, Wiesbaden : Franz Steiner, 1969, p. 227 e s.

(27) Levy M. Jordão, *Comentário ao Código Penal Portuguez*, Lisboa, vol. IV 1854, p. 145.

(28) Ob. loc. cit., p. 175.

(29) Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid : Reus, 1976, p. 23. Prestando homenagem à mesma impostação de fundo considera o BGH – na fundamentação da decisão vertida sobre o caso das *Memórias de Fanny-Hill* – que "não é tarefa da lei penal impor, na esfera da sexualidade, um padrão moral aos cidadãos adultos, mas apenas proteger a ordem social comunitária de perturbações e danos graves" (*apud*, Kaufmann, como na nota 24. p. 362). Em sentido claramente sobreponível vem entre nós sustentando Figueiredo Dias: "Porque o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundividência – só deste modo se constituindo uma sociedade verdadeiramente pluralista – ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impor oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual". Cf., do autor, "Direito Penal e Estado de Direito Material. Sobre

Morris e Hawkins: "Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem directamente a pessoa ou a propriedade alheia."[30] O que impôs uma compreensão radicalmente distinta. Hoje só se considera legítima a incriminação de condutas do foro sexual se e na medida em que atentem contra um específico bem jurídico eminentemente pessoal, correspondente à liberdade de expressão sexual.

O que reclama novas categorizações e arrumações sistemáticas. Nesta linha, fala hoje o StGB alemão de *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, enquanto o Código Penal espanhol de 1995 de *Delitos contra la libertad sexual*, e em Portugal, já o vimos, a versão de 1995 autonomiza um capítulo sob a rubrica Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, integrado no título Dos crimes contra as pessoas. Um movimento de que terá querido distanciar-se o novo Código Penal austríaco (1975). Que, num capítulo sob a rubrica significativa *Strafbare Handlungen gegen die Sittlichkeit*, continua a incriminar e punir práticas como o Homossexualismo profissional (masculino, § 210) o Incesto (§ 211), a Rufianaria (§ 216).

c) Também a incriminação da inseminação artificial merece, pela sua fecundidade heurística neste contexto, uma citação apressada. À luz do entendimento hoje dominante, o sancionamento penal desta prática só é admissível como tutela de um bem jurídico correspondente a uma específica liberdade reconhecida à mulher: a liberdade de decisão quanto à maternidade. Mulher a cuja autonomia insindicável deve ser cometida a realização da liberdade, tanto na vertente negativa (não querer), como na vertente positiva (querer ser mãe), declinando-se e assumindo-se uma atitude de respeito e não-intervenção perante a orientação, sentido e conteúdo da decisão da mulher. Qualquer que ela seja.

Daí que a incriminação propenda hoje invariavelmente para um desenho típico e um regime que infatiza, para além da imposição arbitrária da prática à mulher ("sem consentimento da mulher"), a homogeneização – na irrelevância – jurídico-penal do carácter homólogo ou heterólogo da inseminação, bem como da concordância ou oposição por parte do marido. E que exclui, em qualquer caso, a punição da própria mulher.

O quadro será já outro se a incriminação se integrar num programa político-criminal em primeira linha orientado para a tutela de bens jurídicos supra-individuais ou institucionais, como a estabilidade do casamento e da família ou a educação do filho. Então, abrir-se-á já a porta à punição da mulher e à adscrição de relevância à distinção entre inseminação homóloga e heteróloga. Como sucedia com o art. 219º do Projecto Português de 1979 ou com o § 203 do Projecto Governamental alemão (1962).[31] De acordo com a fun-

o Método, a Construção e o Sentido da Doutrina Geral do Crime". *Revista de Direito Penal*, 1982, p. 43. Esta impostação de fundo, consensual na reflexão doutrinal e político-criminal, tende outrossim a colher a adesão de nomes eminentes da teologia como Janssens, Metz, Rahner ou Küng. Cf. a propósito, Figueiredo Dias, *Lei Criminal e Controlo da Criminalidade*, Coimbra, 1976, p. 13 e Costa Andrade, como na nota 5, p. 386. Isto, de resto, na esteira de S. Tomás "lege humana non prohibentur omnia vitia (...) sed solum graviora (...) et praecipue quae sunt in nocumentum aliorum, sine prohibitione societas humana conservari non posset" (*apud*, J. Baumann, *Strafrecht im Umbruch*, Darmstadt: Luchterhand, 1977, p. 34).

(30) N. Morris/G. Hawkins, *The Honest Politician's Guide to Crime Control*, Chicago : Univers. Press, 1969, p. 2.

(31) Nos termos do § 203 (*Künstliche Samenübertragung*) do Projecto alemão de 1962:

damentação deste último, a punição da inseminação heteróloga, extensiva à mulher, justificava-se pela "similitude com o adultério". E acrescentava-se: "A ocorrência do consentimento dos intervenientes em nada altera a situação. Se se verifica o nascimento duma criança artificial, com ela também o dador de sémen irrompe, de fora, no matrimónio (...). não pode excluir-se a possibilidade de uma ligação sentimental da mulher ao dador. Como ensina a experiência, esta ligação leva, num número considerável de casos, à destruição da comunidade matrimonial e impede, por isso, que se alcance o objectivo da inseminação artificial: assegurar a harmonia conjugal mediante a benção dos filhos. Também da perspectiva do filho derivam graves objecções contra a inseminação heteróloga. A relação de criança face aos cônjuges baseia-se na mentira permanente,"[32] fonte possível de crises e traumas tão graves como incontroláveis.

6. a) Seria, por seu turno, ocioso empreender aqui a demonstração do impacto e das implicações das mais recentes realizações técnico-científicas e da generalização dos seus produtos a círculos cada vez mais massivos de pessoas.[33] Sem pôr em causa o seu contributo para o progresso e a felicidade do Homem, a verdade é que elas trouxeram consigo novas formas de agressão e de risco, multiplicando o que com Binding podemos designar "as superfícies expostas às intempéries"(*Wetterseite*)[34] dos bens jurídicos pessoais coenvolvidos. E ajudando também a actualizar a consciência do relevo de valores ou dimensões pessoais, até então mantidas na penumbra e que acabam por ser chamadas ao primeiro plano dos bens jurídicos a proteger criminalmente.[35]

"1. Quem realizar inseminação artificial em mulher será punido com prisão até três anos. 2. A mulher que consentir ou realizar sobre si própria uma inseminação artificial será punida com prisão até um ano. 3. O disposto nos números 1 e 2 não será aplicável quando um médico transmita o sémen do marido à sua esposa com o consentimento de ambos os cônjuges, nem quando uma mulher se transmita a si própria o sémen do marido com o consentimento deste. 4. Se a conduta descrita no n. 1 for realizada sem consentimento da mulher, a pena não será inferior a seis meses de prisão". Por sua vez, dispunha-se no art. 219º, n. 2, do projecto Português de 1979: "Se a inseminação artificial for feita em mulher casada por ela própria ou com o seu consentimento, mas sem o consentimento do outro cônjuge, os respectivos agentes serão punidos com prisão até dois anos. A pena pode elevar-se até três anos se a inseminação artificial for feita com sémen de terceiro".

(32) *Apud*, autores vários. *Sexualidad y crimen*. Madrid : Reus, 1969, p. 405. Sobre o peso das concepções religiosas e morais numa matéria como a procriação medicamente assistida, cf. v.g., Costa Andrade. "Direito Penal e Modernas Técnicas Biomédicas. As Conclusões do XVI Congresso Internacional de Direito Penal (Viena, Outubro de 1989)", *RDE*, 1989, p. 384.

(33) Para uma consideração mais aturada e desenvolvida, Faria Costa, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra : Coimbra Ed., 1992, p. 316 e s. CF. ainda, sobre o tema H. Hofmann, "Die Pflichten des Staates zum Schutz des menschlichen Lebens", F.-W. Krause-FS., Köln: Carl Heymanns, 1990, p. 115 e s.

(34) "O legislador – escreve Binding – procura as condições fácticas duma vida comunitária sã, detendo-se o seu olhar muito mais atentamente nas pessoas, coisas e estados do que nos direitos. Para além disso, ele procura identificar naquelas condições o que eu poderia designar pelo seu lado exposto às intempéries: aquela qualidade que chama e atrai a agressão juridicamente perturbadora. Está, assim, encontrado o objecto imediato da carência de tutela: é ele que é selado como objecto da norma e a sua lesão como crime". Cf., como na nota 12, p. 349.

(35) Para uma primeira síntese, Gallas, como na nota 13, p. 17 e s.

É o que se pode exemplificar com a incriminação dos tratamentos arbitrários. Que ficou, em boa medida, a dever-se como resposta: por um lado, à atitude de ambivalência, "de fascínio e de inquietação" (Eser) provocada pelos mais recente desenvolvimentos das ciências médicas; e, por outro lado, à experiência dos meados do século em que a afirmação de ideologias inspiradas pela ideia de *totale Inpflichtnahme* dos cidadãos trazia consigo a ameaça mais ou menos explícita de programas de tratamento coercivo. Como Engisch se apressou a denunciar – ainda em 1939 –[36] de forma tempestiva e tão penetrante como corajosa. Tudo se conjugando, assim, para que, ao lado do velho mandamento hipocrático *salus aegroti suprema lex*, se inscrevesse *voluntas aegroti suprema lex esto*. Enquanto isto, foram as modernas técnicas de procriação assistida e de manipulação genética que, por um lado, vieram expor o embrião a formas gravosas e antes impensadas de agressão e, por outro lado, permitiram descobrir a identidade genética como bem jurídico portador de dignidade penal.[37]

Noutra perspectiva, foi o aparecimento e a divulgação de instrumentos de captação e registo da imagem e da palavra – com o seu potencial de devassa, reificação e manipulação – que levaram alguns legisladores à incriminação autónoma das gravações e fotografias ilícitas. E, por vias disso, fizeram emergir o direito à palavra e o direito à imagem como novos bens jurídico-penais, a proteger independentemente de atentado à intimidade e mesmo à privacidade.[38] Como foi o potencial de perigo representado pela recolha e tratamento informático de dados que levou à descoberta do direito de autodeterminação informacional.

b) Num plano mais elevado e, por isso, numa perspectiva mais aberta e alargada, não será arriscado antecipar que os desenvolvimentos que se deixam adivinhar nas relações entre a pessoa e o sistema e subsistemas sociais, cada vez mais densificadas de conflitualidade, acabarão por multiplicar as "superfícies (da pessoa) expostas às intempéries". E, por vias disso, fazer subir de tom – e de angústia – os apelos à intervenção do direito, em defesa da pessoa, "reserva de solidão perante as totalidades sistemáticas e, apesar de sempre empenhada nas estruturas que cria, diferença inobjectivável".[39] Um *topos* para onde convergem, por caminhos próprios, tanto a teorização dos sociólogos como a reflexão dos filósofos.

Em horizontes e contextos distintos e, nessa medida, com sentidos não necessariamente sobreponíveis, de ambos os lados tende a privilegiar-se na interpreta-

(36) K. Engisch, "Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung", *ZStW*, 1939, p. 1 e s.

(37) Cf., no que ao embrião especificamente respeita. A. Eser, *Neuartige Bedrohungen ungeborenen Lebens. Embryoforschung und "Fetozid" in rechtsvergleichender Perspektive*, Heidelberg: C. F. Müller, 1990; H.-L. Günther, "Strafrechtliche Schtuz des menschlichen Embryos über §§ 218 ff. StGB hinaus? Eine Exemplifizierung kriminalpolischer Grundzätze der Verhaltenskriminalisierung in neuen Grenzbereichen von Recht und Medizin", in: H.L. Günther/R. Keller (Herausg.), *Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken?*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1987, p. 137 e s. Foi também a consideração das ameaças de manipulação genética, que os mais recentes desenvolvimentos médico-científicos trazem consigo, que levou, por exemplo, o XIV Congresso Internacional de Direito Penal (Viena, Outubro de 1989) a pronunciar-se por um "rigth to a genetic inheritance which has not artificially interfered with".

(38) Cf., por todos, desenvolvidamente, Gallas, como na nota 13, p. 18 e s.

(39) Baptista Pereira, "Filosofia e Crise Actual de Sentido", in: *Tradição e Crise*, Coimbra: Fac. Letras, 1986, p. 27.

ção da "construção social da realidade" hoje dominante, um discurso onde avultam as categorias weberianas de modernidade, racionalidade teleológico-funcional (*Zweckrationalität*) e desencantamento do mundo. Que têm por reverso, do lado da pessoa a objectivação dos papéis e a generalização das expectativas e, em última instância, a reificação da mesma pessoa. É neste sentido que se pode caracterizar a situação do Homem moderno na sociedade como de *homeless*,[40] ou acompanhar Habermas na denúncia da "colonização do *Lebenswelt*" pela racionalidade instrumental. Na clarificadora palavra do filósofo de Coimbra Baptista Pereira: "A vontade insaciável de poder organiza, planifica e coisifica o universo, como deusa anónima de um mundo abstracto de funções, gerador da série indefinida de projectos hermenêuticos, onde não cabe a experiência de um valor incondicionado".[41] E ainda: "Por isso, é possível falar-se do caráter esquizóide da cultura e da sociedade modernas, cindidas em duas esferas ou correntes com sentido diferente e mutuamente estranhas: uma superior, autónoma, racional e pública; outra subliminar, inconsciente e reprimida".[42]

Os perigos ínsitos nesta construção social da realidade tornam compreensível a preocupação crescente pela pessoa face ao sistema social. Não devendo, por isso, estranhar-se que mesmo um autor como Luhmann se tenha visto compelido a introduzir uma mudança radical no paradigma das relações entre a pessoa e o sistema social. De mero ambiente do sistema social, a pessoa passa a ser também tratada como sistema próprio, autor-referente e autopoiético e, como tal, chamada – e legitimada – a desafiar permanentemente o sistema social como fonte de "irritação" e de "desordem".[43]

(40) Desenvolvidamente, P. Berger/B. Berger/H. Kellner, *The Homeless Mind. Modernization and Consciousness*, Middlesex: Penguin, 1981; P. Berger, *Facing up to Modernity. Excursions in Society, Politics and Religion*, Middlesex: Penguin, 1979. Numa das sínteses de Berger, "com o seu imaginário mecanicista, a abordagem sistemática tende a sobrevalorizar as necessidades e serviços de índole funcional, subvalorizando a importância dos significados e valores na vida humana (...) Não pode perder-se de vista que se está a aplicar um esquema conceitual a uma realidade empírica composta de seres humanos que procuram obter sentidos para as suas vidas". P. Berger/B. Berger, *The War over the Family*, Middlesex: Penguin, 1983, p. 215. Em sentido convergente, contestando o sistema (de obediência hegeliana) em nome da diferença e alteridade e, por isso, da dissidência, Ch. Ruby, *Les archipels de la différence*, Paris: Éditions du Félin, 1989, passim.

(41) Baptista Pereira "Sobre o discurso da Fé num Mundo Secularizado", *Igreja e Missão*, 1988, p. 255.

(42) *Ibidem*, p. 244.

(43) O que justificará a pretensão de apresentar a nova teoria de Soziale Systeme (1984) como uma *Zwang zur Autonomie*. Para uma referência mais compreensiva ao significado e implicações, tanto no plano teorético como prático, do novo paradigma de que Luhmann passa a louvar-se a partir de 1984, cf., do autor, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeiner Theorie*, Frankfurt: Suhrkamp, 1984, p. 26 e s.; "Die Autopoiesis des Bewusstseins", *Soziale Welt*, 1985, p. 402 e s. Sobre o tema podem ler-se ainda, D. Zolo, "Reflexive Selbstbegründung der Soziologie und Autopoiesis. Über die epistemologischen Voraussetzungen der "allgemeinen Theorie sozialer Systeme" Niklas Luhmanns", *Soziale Welt*, 1985, p. 519 e s.; K. Podak, "Ohne Subjekt, ohne Vernunft. Bei der Lektüre von Niklas Luhmanns Hauptwerk *Soziale Systeme*", Merkur, 1984, p. 733 e s. Resumidamente, o novo paradigma resulta sobretudo da reinterpretação das relações sistema/ambiente a partir do "abalo" e do turbilhão teórico provocado pela introdução da "palavra mágica da autorreferência" (Podak) e da *autopoiese*. O que se projecta no que aqui mais directamente nos concerne, numa nova

Em sentido convergente e numa perspectiva já mais comprometida com o direito, vem Schelsky sublinhando que "a nova carência de tutela da pessoa não se dirige em primeira linha contra o poder mas contra o sofisticado grau de organização e funcionalização da sociedade". E a advogar, a par de uma compreensão "sistémico-funcional do direito, programada na perspectiva da sociedade", uma via concorrencial de sentido "funcional-pessoal", em ordem a garantir a "integridade e autonomia da pessoa perante a organização da sociedade e as suas pretensões sistémicas e universalísticas".[44] O

e mais consistente subjectivização da pessoa, também ela a perfilar-se como sistema capaz de desempenho autorreferente e autopoético e, por isso, a confrontar o sistema social (seu ambiente) com complexidade que ele não pode reduzir, sem mais. O que permite a Luhmann questionar-se sobre se o todo (a sociedade) não é aqui menor que a soma das partes. CF. N. Luhmann, *The Differentiation of Society*, N. York: Columbia University, 1982, p. XX e 238. Isto na esteira de Maturana e Varela a que Luhmann ficou a dever o conceito de autopoiese. Como refere Maturana: "Na mediada em que os seres humanos são sistemas autopoiéticos, todas as suas actividades como organismos sociais têm de satisfazer a sua autopoiese (...). Enquanto componentes da sociedade, eles realizam necessariamente os seus mundos individuais e contribuem para a determinação dos mundos individuais dos outros (...) Quando um ser humano escolhe um particular modo de vida, expresso na realização de um particular sistema de relações sociais, ele faz uma escolha ética fundamental, através da qual valida um mundo para ele próprio (...) O problema ético fundamental que, como observador-membro de uma sociedade, o homem enfrenta, é, assim, o da justificação ética das específicas relações de redução da autonomia e individualidade, que exige de si e dos membros da sociedade que ele produz e legitima com a sua conduta". Nesta linha, e do mesmo passo que reclama esferas de liberdade e criatividade individuais "necessariamente antissociais" Maturana aponta balizas às exigências sistémico-sociais sobre o indivíduo. Para obviar ao perigo de "destruição da plasticidade individual básica, necessária para o estabelecimento de áreas consensuais, a produção da linguagem e, por essa via, da criatividade humana em geral". Cf. H. Maturana/F. Varela, *Autopoiesis and Cognition. The Realization of the Living*, Boston: Reidel Publish Company, 1980, p. XXVI. Este paradigma tem reflexos sobre a própria compreensão da identidade pessoal. CF. Sobre o tema, U. Schimank, 'Funktionaler Differenzierung und reflexiver Subjektivismus. Zum Entsprechun-gsverhältnis von Gesellschafts- und Identi-tätsform", *Soziale Welt*, 1985, p. 447 e s. Em síntese: louvando-se expressamente da teoria de Luhmann, Schimank considera que a identidade mediatizada pela modernidade, marcada pelo *subjectivismo reflexivo* se distingue e contrapõe à identidade que outras épocas trazem consigo. Assim, na Idade Média prevalecia uma "identidade material-teológica". "A forma de identidade da Idade Média estava estruturada segundo *referências exteriores* (*fremdreferentiell strukturiert*). A reflexão biográfica nunca colocava a pessoa sobre o terreno de um nada sem suportes: para todos os problemas da condução individual da vida encontrava-se sempre uma resposta clara na palavra de Deus, interpretada pela Igreja" (ob. cit., p. 449). Apesar de tudo, não é menos consistente e estabilizada a identidade mediatizada pela sociedade moderna, "uma construção autorreferente da identidade". O que permite à autora pôr em causa as representações correspondentes às primeiras reacções face à modernidade onde são recorrentes conceitos como: alienação e anomia, medo da liberdade (Fromm), *the lonely crowd* (Riesman), *fim do indivíduo* (Horkheimer), *homeless mind* (Berger) etc. Que invariavelmente apontam para a dissolução ou perda da individualidade pessoal.

(44) H. Schelsky, "Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie", in: *Die Funktionen des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und*

objectivo da análise funcional-pessoal será, assim, estabilizar a integridade e continuidade moral e psíquica da pessoa, como unidade de acção que a sim mesma se orienta, através da autoconsciência que a si mesma se representa e reconhece. Uma unidade de acção que "reelabora e integra" na sua identidade, continuidade e totalidade pessoais, como fundamento das suas acções, todas as influências do "ambiente".[45] Será por esta via que se logrará preservar a "integridade e autonomia" pessoais, face à ameaça de "dissolução e desintegração" na teia de "papéis" ou funções a que a teoria sistémico-social tende a reduzi-la.[46]

Já mais próxima de nós, porque de um dos maiores mestres de direito penal do século, pode ainda ouvir-se a voz de Gallas. Que a propósito da apetência da sociedade técnica para se afirmar e desenvolver à custa da integridade e autonomia da pessoa precisa: "Tal disponibilidade não se encontra apenas nos sistemas totalitários. Também a moderna sociedade de massas das democracias ocidentais, ela própria um produto da idade da técnica, revela características (*Züge*) que (embora em termos diferentes dos do totalitarismo) podem facilmente redundar em abusos dos seus meios técnicos à custa da esfera individual dos seus membros".[47] Continuando ainda a fazermos eco da mesma e autorizada voz: "Só a partir de uma autorresponsabilidade ética, radicada no transcendente, se pode derivar a inviolabilidade (*Unantastbarkeit*) da dignidade humana. A sua proclamação como valor fundamental do direito vale, por isso, como uma confissão e, nessa medida, como uma decisão. E é da coragem para assumir esta decisão e as suas consequências que depende a preservação da democracia moderna como uma ordenação social da liberdade".[48]

c) Restará precisar que esta conflitualidade aflora frequentemente entre: por um lado, a pessoa individual com os seus bens jurídicos e liberdades; e, por outro lado, determinados subsistemas ou instituições como, v.g., a imprensa (jornais, rádio, televisão).

Três circunstâncias fazem aqui subir de tom a complexidade e as dificuldades. Em primeiro lugar, o facto de o exercício da liberdade de imprensa corresponder a um direito fundamental, como tal constitucionalmente protegido e erigido em instituição basilar e irrenunciável do es-

Rechtstheorie, Bielefeld: Bertelsmann, 1970, p. 37 e s. Na caracterização do autor: "a análise sistémico-social do direito gira em torno desta questão: que contributos traz o direito para o funcionamento do sistema? O indivíduo (só) aparece nesta análise na dupla veste de destinatário da norma e de portador do conflito. Isto significa que ele é chamado (...) a assumir passivamente, como motivos da sua acção, os sistemas de normas produzidas e representadas pelo direito (...), que a sua acção social aparece induzida pelo sistema social. E que, deste modo, o indivíduo nada mais é, por assim dizer, do que a marionete do sistema de normas que lhe é imposto (...) Na análise sistémico-funcional o indivíduo é confrontado com o direito, que não é o seu direito, mas o do sistema (...) Só indirectamente os interesses do indivíduo são garantidos pelo direito". Ob. cit., p. 56. Em sentido convergente, denunciando a "funcionarização da pessoa", numa perspectiva já directamente jus-penalista, W. Hassemer, "Buchbesprechung: K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*", *ZStW*, 1975, p. 161 e s. Cf. ainda, A. Baratta, "Integration-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe", *Kriminologisches Journal*, 1984, p. 132 e s.; do mesmo autor, "Jenseits der Strafe. Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft", *Art. Kaufmann-FS.*, p. 393 e s.

(45) Ob. cit., p. 83.

(46) *Ibidem*, p. 76 e s. Em sentido convergente, numa perspectiva filosófico-antropológica, W. Maihofer, "Die gesellschaftliche Funktion des Rechts", in: *Die Funktionen*, como na nota 44, p. 11 e s.

(47) Gallas, como na nota 13, p. 17.

(48) *Ibidem* p. 20.

tado de direito e da sociedade democrática.

Em sendo lugar avulta a chamada "terceira dimensão" da imprensa, isto é, o facto de a actualização do direito fundamental correspondente a liberdade de imprensa estar, por via de regra, associada à salvaguarda de outros valores ou à prossecução de outros interesses de irrecusável dignidade comunitária. Como a transparência da administração pública, a descoberta e prevenção de actos de corrupção, a protecção de minorias discriminadas etc. Tudo interesses a levar à balança da ponderação, nomeadamente para efeitos de determinação de manifestações concretas de ilicitude.[49]

Em terceiro lugar, o facto de o desempenho efectivo da imprensa só ser muitas vezes possível à custa de atentados mais ou menos drásticos a bens jurídicos como a honra, a intimidade, a privacidade, a palavra, a imagem, o segredo etc. também eles correspondentes a direitos fundamentais e, nessa medida, configurando igualmente instituições (Luhmann) nucleares da organização democrática. Razão assiste, assim, a Degenhart quando enfatiza: "O conflito entre a tutela da pessoa e a liberdade de comunicação constitui a constelação problemática mais significativa no desenvolvimento de um direito geral de personalidades".[50]

Este será, por isso, seguramente um dos terrenos mais permeáveis à actuação da chamada "doutrina do efeito recíproco" (*Wechselwirkungleshre*) dos direitos fundamentais.[51] Isto a partir do dogma, pertinentemente sublinhado por Gallas e segundo o qual, à semelhança do que sucede com o processo penal, também a imprensa não pode reivindicar "um direito à (descoberta e divulgação) afirmação verdadeira *a tout prix*".[52]

7. É o quadro esboçado que em boa medida empresta sentido político-criminal e racionalidade dogmática às transformações mais recentes registradas pela lei penal portuguesa em matéria de crimes contra as pessoas. Transformações significativas tanto pelo número como pelo alcance e que, no seu conjunto, resultam num alargamento e reforço da tutela penal da personalidade, na plétora das suas dimensões erigidas à categoria de autónomos bens jurídico-penais.

(49) Neste sentido e numa perspectiva jurídico-constitucional, cf. a marcante decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (25.01.1984) a propósito do que ficou conhecido como o Wallraff-Fall. Numa perspectiva jurídico-penal e mais directamente sobre o conflito entre a liberdade de imprensa e o direito à palavra, cf. U. Klug, "Das Grundrecht der Fernsehfreiheit im Spannungsfeld der Interressen-und Rechtsgüterabwägung nach § 34 StGB bei Kollisionen mit § 201 StGB", Oehler-FS, Köln: Carl Heymanns, 1985, p. 397 e s.

(50) Degenhart, como na nota 14, p. 362.

(51) Sobre esta doutrina da "interpenetração e limitação mútua dos direitos fundamentais" (Tiedemann) ou das "Grenzen für die Grenzen" (Klug), na jurisprudência e dogmática jusconstitucionalísticas, cf. K. Tiedemann, "Constitución y derecho penal", *Revista española de derecho constitucional*, 1991, p. 149 e s.; U. Klug, como na nota 49, *passim*: K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungssrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller, 18ª ed., 1988, p. 27.

(52) Gallas, como na nota 12, p. 32. Quanto aos limites à descoberta da verdade em processo penal, cf. v.g., Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 117 e s. Nesta matéria é hoje consensualmente aceite a doutrina sustentada pelo BGH alemão segundo o qual: "não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo o preço"(*NJW*, 1960, p. 1582). E ainda: "O objectivo do esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalecente do Estado" (*NJW*, 1964, p. 1142).

Em que avultam incriminações novas como as preordenadas a proteger a liberdade de decisão quanto à maternidade (da mulher) (art. 168º), "a paz e o sossego" (art. 190º, 2), a privacidade/intimidade (art. 192º), a palavra e a imagem (art. 199º). Como avulta a incriminação da Subtracção às garantias do Estado de Direito Português (art. 201º), uma infracção desenhada segundo o modelo da *Verschleppung* do StGB germânico (§ 234 a) e que pune: "Quem, por meio de violência, ameaça ou qualquer meio ardiloso, fizer com que outra pessoa saia do âmbito de proteção da lei penal portuguesa e se exponha a ser perseguida por razões políticas, com risco para a vida, a integridade física ou a liberdade, tornando-se objecto de violência ou de medidas contrárias aos princípios fundamentais do Estado de direito Português." Como avulta ainda a conversão dos crimes sexuais de crimes contra a moralidade ou transcendentes valores comunitários, em crimes contra a liberdade (sexual) da pessoa. Uma mudança radical que, longe de se esgotar no plano meramente sistemático se projectou na reconstrução praticamente total do universo destes crimes. Tanto ao nível teleológico e material-axiológico e, por vias disso, do conteúdo material do ilícito, como ao nível do desenho típico das singulares infracções. É o que uma primeira leitura das normas pertinentes cedo porá a descoberto.

Não cabe no espaço desta comunicação uma recensão global e esgotante das áreas problemáticas que ficam enunciadas. Limitar-nos-emos, por isso, a citar a título meramente exemplificativo, duas áreas problemáticas que se nos afiguram emblemáticas e particularmente fecundas numa perspectiva comparatística. A primeira correspondente ao núcleo clássico dos crimes contra a vida e a integridade física; a segunda atinente aos novos crimes contra a privacidade/intimidade, a palavra e a imagem.

8. No primeiro grupo – e posta-entreparêntes a nova incriminação da Propaganda do suicídio (art. 139º) – sobressaem três incriminações: Homicídio a pedido da vítima (art. 134º), Incitamento ou a ajuda ao suicídio (art. 135º) e Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art. 156º). Trata-se, naturalmente de incriminações sistemática e materialmente excêntricas: enquanto as duas primeiras tipificam atentados contra a vida, a última prevê uma afronta a liberdade. Trata-se, apesar de tudo, de incriminações normativamente complementares, já que só a sua integração sistémica pode oferecer a indispensável e ajustada resposta jurídico-penal a um conjunto de problemas tão complexos como os suscitados pela chamada eutanásia, na diversidade (factual-fenomenológica, axiológica e normativa) das suas expressões concretas – indirecta, activa e passiva.

a) A começar, e em sintonia com a lição prevalecente do direito comparado, o legislador português manteve-se fiel à incriminação do Homicídio a pedido da vítima. Não se deixou abalar pelas críticas particularmente vivas que alguns autores (R. Schmitt, M. Marx ou Arthur Kaufmann) vêm fazendo à incriminação, que só persistiria como produto de uma "incongruência alimentada pelas fontes da irracionalidade". Daí acreditar-se como Kaufmann que um "*Plädoyer* exclusivamente a favor da autonomia da pessoa humana e, por isso, do seu direito de autodeterminação", será bastante para deixar a descoberto a irracionalidade e ilegitimidade da punição do Homicídio a pedido, no contexto de uma ordem jurídica que não puna, a qualquer título, o suicídio.[53] Com a doutrina maioritária

(53) A. Kaufmann, *Strafrecht zwischen Gestern und Heute. Ausgewählte Aufsatze und Vorträge*, Bonn: Carl Heymanns, 1983, p. 137 e s. No mesmo sentido, entre outros, M. Marx, *Zur Definition des Begriffs*

(onde merecem destaque os nomes de Engisch, Hirsch e Roxin), também a lei portuguesa parte da descontinuidade radical entre a auto-lesão (v.g. suicídio) e heterolesão consentida, face à qual a vida humana terá de valer com a força de um verdadeiro tabu.[54]

b) A semelhança de outros ordenamentos (v.g. austríaco, suíço, espanhol ou grego) e diferentemente do que sucede com o direito alemão, a lei portuguesa procede à incriminação expressa e directa do Incitamento ou ajuda ao suicídio. Uma figura cuja plausibilidade político-criminal e valência dogmática tendem hoje a ser reconhecidas, mesmo entre os autores alemães.[55] E que podendo avultar em constelações como a eutanásia passiva,[56] relevarão seguramente em situações como o suicídio provocado mediante erro. Um problema que, como Muñoz Conde pertinentemente recorda, coloca o intérprete e aplicador daqueles direitos que não conhecem a incriminação perante o "dilema de ter de optar entre o tudo que representa a qualificação como homicídio (*ex vi* autoria mediata) e o nada da mais absoluta impunidade".[57] Tudo com reflexos não dispenciendos a nível, v.g., da doutrina da autoria.

Recorda-se que, nos termos da nova redacção do n. 2 do art. 135º, é a subsistência ou não da capacidade de valoração e determinação a decidir, em concreto, sobre se a pessoa incitada detém ainda o domínio do facto ou, pelo contrário, ela deve ser já tratada como um mero "instrumento" nas mãos do agente do incitamento. E, por vias disso, a dividir as águas, extremando as situações de ajuda ao suicídio face às hipóteses de verdadeiro homicídio, em autoria mediata. Uma compreensão das coisas que, aplicada à área problemática do suicídio provocado mediante erro, fará, a nosso ver, avultar o acerto da tese segundo a qual, "só a provocação de um erro sobre a qualidade letal da acção, ou sobre o próprio facto da morte, pode fundamentar uma autoria mediata de quem provoca esse tipo de erro e, com isso, um homicídio" (Muñoz Conde).[58]

"Rechtsguts". Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln: Carl Heymanns, 1972, p. 62 e s.; R. Schmitt 'Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Gleichzeitig ein Beitrag zur Reform des Opiumgesetzes", Maurach-FS, Karlsruhe: C. F. Müller, 1972,p. 113 e s. Sobre o tema, desenvolvidamente, Costa Andrade, como na nota 5, p. 205 e s.

(54) CF. Engisch, "Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung", *H. Mayer-FS*, Berlim: Duncker & Humblot, 1965, p. 399 e s.; "Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehife", *Dreher-FS.*, Berlim: Walter de Gruyter, 1977, p. 309 e s.; H.-J. Hirsch, "Einwilligung und Selbstbestimmung", *Welzel-FS*, Berlim: Walter de Gruyter, 1974, p. 775 e s.; "Behandlungsabruch und Sterbehilfe", *Lackner-FS*, Berlim: Walter de Gruyter, 1987,p. 597 e s.; C. Roxin, "Die Mitwirkung beim Suizid. Ein Tötungsdelikt?", *Dreher-FS*, p. 331 e s. No mesmo sentido H. Hofmann, como na nota 33, p. 121.

(55) Em abono da incriminação autónoma do incitamento ou ajuda ao suicídio pronunciam-se hoje, entre outros, C. Roxin *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, § 25, n. 83; do mesmo autor, "Anmerkung", *NStZ*, 1984, p. 73; G. Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlim: Carl Heymanns, 1976, p. 223; Charalambakis, "Selbsttötung auf Grund Irrtums und mittelbare Täterschaft", *GA*, 1986, p. 491.

(56) Sobre o tema, Costa Andrade, como na nota 5, p. 440 e s.

(57) Muñoz Conde, "Provocación al suicídio mediante engaño: un caso limite entre autoria mediata en asesinato y inducción y ayuda al suicídio", *Doctrina penal*, 1987, p. 248. Desenvolvidamente, Costa Andrade, ob. cit., p. 618 e s.

(58) Muñoz Conde, ob. cit. p. 263. Mo mesmo sentido, Roxin, como na nota 55, 1984, p. 72, Costa Andrade, como na nota 5, p. 622 e s.

c) A lei penal portuguesa pune as Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, como um crime contra a liberdade pessoal. A incriminação presta homenagem à experiência doutrinal alemã que aponta para um regime dos tratamentos médico-cirúrgicos assente na distinção entre a tutela da integridade física ou saúde, por um lado, e da liberdade ou autodeterminação sobre o corpo e a vida, por outro.

Este é, com efeito, um dos *topoi* mais consensuais e constantes da evolução dogmática e jurisprudencial na Alemanha no último século, sc., desde a publicação da obra marcante de Carl Stoos, *Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung* (1898). De um modo ou de outro, de todos os lados acabou por se convergir na tese segundo a qual: "As intervenções e tratamentos que correspondem ao exercício consciente da actividade médica não constituem quaisquer ofensas corporais, mas podem ser punidas como tratamentos arbitrários" (Mezger).[59] Este modelo doutrinal tende a converter-se em património comum ao pensamento dogmático-penal europeu. E vem colhendo o sancionamento expresso de algumas das mais recentes codificações penais, como a austríaca (§ 110) ou a portuguesa (art. 150º, 156º e 157º). Singularmente, e mercê da álea própria da evolução das instituições penais, este paradigma não logrou ainda triunfar no direito penal positivo da pátria de origem. Apesar de sistematicamente inscrito nos sucessivos, projectos de reforma e de, pelo menos a partir de Stoos, constituir uma reivindicação permanente da doutrina.[60] "O que – como Eser observa – não deve constituir motivo de resignação. Pois, o que entretanto o legislador austríaco logrou, terá de ser igualmente possível ao alemão".[61]

Nesta linha, a lei penal portuguesa exclui formalmente os tratamentos médicos da tipicidade das Ofensas corporais. E isto independentemente do seu resultado, do seu êxito ou fracasso. O legislador português levou, assim, ao extremo a contraposição entre a conduta do médico e do faquista, cuja confusão, mesmo que apenas para efeitos de tipicidade, tinha a seu tempo sido já veementemente esconjurada por Binding.

Nesta sede caberá apenas sublinhar que a liberdade do paciente é protegida mesmo que a recusa do tratamento só seja possível à custa de grave sacrifício da saúde ou mesmo da vida. E tanto nas situações normais de doença como nas provocadas por tentativa de suicídio. Neste domínio específico a lei portuguesa antecipa as soluções por que viria a pronunciar-se o conhecido *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, publicado na Alemanha em 1986. E que apontam num sentido divergente do sufragado pelo BGH germânico na decisão (04.07.1984) do chamado *Wittig-Fall*. Isto pressuposta naturalmente a continuidade do exercício da autodeterminação (na recusa do tratamento) e a continuidade da comunicação com o paciente. Devendo superar-se *pro vita* as situações de dúvida – porventura as mais frequentes – a este propósito subsistentes.

É seguramente à ideia de *favor vitae* que presta a homenagem a alteração introduzida na incriminação da *Coacção*, por força da qual "o facto não é punível se visar evitar suicídio" (art. 154º, 3, b). Seguindo nesta matéria a lição do direito austríaco, os autores da reforma procuraram, todavia, deixar as coisas mais explícitas. Recorda-se que a formulação menos unívoca do § 105, 2 do ÖStGB – a

(59) *Apud*, Eb. Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig: Th. Weicher, 1939, p. 123.

(60) Para uma síntese histórica, Costa Andrade, como na nota 5, p. 416 e s.

(61) A. Eser, "Medizin und Strafrecht. Eine schutzgutorientierte Problemübersicht", *ZStW*, 1985, p. 19.

saber: "o facto não é ilícito se o uso da força ou das ameaças, como meio para atingir o fim visado, não é contrário aos bons costumes" – pelas dúvidas que suscita, vem dividindo a jurisprudência e a doutrina austríacas.[62] Face à nova redacção proposta para a lei penal portuguesa, uma coisa resulta linear: a intencionalidade normativa de subtrair à punibilidade, a título de *Coacção*, a conduta de oposição ao suicídio de outra pessoa. À vista do novo regime da *Coacção* bem como de pertinentes argumentos de índole sistemática e teleológica, talvez deva igualmente concluir-se pela não punibilidade, a título de Intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário, do médico que cura o autor de uma tentativa falhada de suicídio, mesmo contra a vontade expressa do paciente. Seja como for quanto a este ponto, temos por seguro que as inovações legislativas assinaladas não alteram o quadro normativo vigente no que respeita à eutanásia passiva. Isto é, que elas não impõem a responsabilização penal (homicídio por omissão) do médico que, respeitando a vontade do paciente, o deixa morrer. Mesmo em caso de tentativa de suicídio. Isto dadas "a descontinuidade e a assimetria que medeiam entre a incriminação dos Tratamentos arbitrários, por um lado, e o Homicídio (por omissão), por outro (...). A intervenção médica que cai fora da matéria proibida dos tratamentos arbitrários não se converte, sem mais, em fundamento de punibilidade a título de homicídio".[63] Na síntese de Geilen: "mesmo que o desejo de morrer do doente não tenha (*muss*) de ser tomado em conta, ele sempre pode (*kann*), pelo menos, ser tomado em conta.[64]

9. Na segunda área problemática começa por sobressair o art. 192º (Devassa da vida privada), uma incriminação concebida como um delito geral de indiscrição e como tal preordenado à tutela penal da privacidade e da intimidade.

a) É uma incriminação assente no reconhecimento à pessoa – a toda a pessoa – do domínio sobre a sua área de reserva como espaço de autodeterminação e entrincheiramento contra a devassa da sociedade e do estado. E, por vias disso, como protecção contra os ruídos, as pretensões e a racionalidade padronizadora de um mundo que propende a reduzir e pessoa ao conjunto de expectativas próprias de um papel social, abstracta e estereotipadamente considerado. E que tanto pode concretizar-se sob a forma de intromissão arbitrária e ilegítima como sob a forma de divulgação não autorizada.

No estádio actual não faria sentido vincular a protecção da área de reserva à punição da divulgação de factos desonrosos. Como fazia o conhecido § 182 do Projecto Governamental alemão de 1962. Uma limitação cedo denunciada e criticada pela doutrina alemã [65] e que os autores do *Alternativentwurf* (§ 145) se propuseram superar. A privacidade/intimidade emerge hoje como um bem jurídico-penal claramente autónomo face à honra. Uma assimetria que se espelha na estrutura típica das incriminações pertinentes, nomeadamente no desenho das condutas proibidas e punidas. Resumidamente, os crimes contra a honra tendem a privilegiar a imputação de factos não-verdadeiros; inversamente, a verdade da

(62) Para uma primeira síntese, cf. Costa Andrade, ob. cit., p. 453 e s.

(63) Costa Andrade, como na nota 5, p. 442 e s.

(64) G. Geilen, *Euthanasie und Selbstbestimmung*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1975, p. 10.

(65) Cf., por todos, Gallas, como na nota 13, *passim*; H. Roeder, "Wahrheitbeweis und Indiskretionsdelikt nach deutschen und östereichischem Strafgesetzentwurf", *Maurach-FS.*, p. 347 e s.; B. Schünemann, "Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnisse", *ZStW*, 1978, p. 11 e s.; G. Arzt, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1970, p. 1.422 e s.

imputação figura como um elemento conatural aos delitos de indiscrição.

b) Na esteira da experiência jurídica alemã e sobretudo da doutrina sufragada pelo Tribunal Constitucional Federal, a lei penal portuguesa presta clara homenagem à chamada teoria das esferas (*Dreistufentheorie*).[66] Que resulta na separação da área de reserva em duas esferas distintas.

De um lado, avulta a esfera da intimidade, compreendida como o último reduto da reserva, enquanto área nuclear e inviolável do *right to be alone*. Na impressiva formulação do *Bundesverfassungsgericht*: "der letzter unantastbarer Kernbereich menschlicher Freiheit". É uma esfera reconhecida a todas as pessoas, independentemente do seu estatuto social, isto é, independentemente da sua pertinência às elites da vida política, económica, cultural, artística, desportiva (...) ou como os autores alemães referem, independentemente da sua pertinência ao círculo das "pessoas da história do seu tempo (*Personen der Zeitgeschichte*)".[67] Na síntese de Max Scheler, toda a pessoa tem direito a um espaço em que sabe que está só ("in dem ... er sich ... einsam weiss").[68] Trata-se outrossim de uma esfera inviolável e como tal subtraída ao princípio geral da ponderação de interesses e em particular à chamada prossecução de interesses legítimos (*Wahrnehmung berechtigter Interessen*). Por vias disso, ela configura também uma barreira intransponível à *exceptio veritatis*, em geral admissível quando estão em causa atentados à honra sob a forma de imputação de factos (art. 180º, n. 2 e 3).

O quadro é outro do lado da privacidade, *stricto sensu*. Desde logo, a sua densidade e extensão são decisivamente influenciadas pelo estatuto do portador concreto, pela sua maior ou menor exposição aos holofotes da publicidade. Ela tenderá, por isso, a estreitar-se drasticamente quando estão em causa *public figures* ou *Personen der Zeitgeschichte*. Por outro lado e sobretudo, a privacidade configura sempre um valor susceptível de ponderação para efeitos de justificação, nomeadamente a título de prossecução de interesses legítimos (art. 192º, n. 2). Nunca, por isso, ela figurará como limite à *exceptio veritatis* (art. 180º, n. 3).

10. Deve, em qualquer caso, precisar-se que não é possível referenciar um universo de eventos ou vivências invariáveis e definitivamente pertinentes à privacidade/intimidade. Isto é, não é possível definir a privacidade e a intimidade como espaços de conteúdo material estabilizado e fixo e, como tal, estanque face ao domínio da publicidade.

A isso se opõe, desde logo, a consabida relatividade histórico-cultural da privacidade e as oscilações da fronteira entre o privado e o público ao ritmo das transformações civilizacionais. É a conhecida *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, particularmente enfatizada por Habermas.[69]

(66) Sobre a teoria das três esferas (ou dos três graus), cf., por todos, E. Benda, "Privatsphäre und 'Persönlichkeitsprofil'", *W. Geiger-FS.*, p. 28 e s.; G. Schmidt, "Zur problematik des Indiskretionsdelikt", *ZStW*, 1967, p. 770 e s.; Schünemann, ob. cit., p. 17 e s.; Costa Andrade, *Sobre a Valoração como Meio de Prova em Processo Penal das Gravações Produzidas por Particulares*, Coimbra, 1987, p. 46 e s.; Gómez Pavón, *La intimidad como objecto de protección penal*, Madrid: Akal, 1989, p. 38 e s.

(67) Sobre o conceito (e as implicações práticojurídicas) de *Personen der Zeitgeschichte*, cf., por todos, Neumann Duesberg, "Bildberichterstattung über absolute und relative Personen der Zeitgeschichte", *JZ*, 1960, p. 114 e s. Arzt, ob. cit. *passim*.

(68) *Apud* D. Krauss, "Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozess", *Gallas-FS.*, p. 371.

(69) J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied: Luchterhand, 1961. Sobre a relatividade da esfera da privacidade/ Intimidade, cf. ainda, Schünemann, ob. cit., p. 15 e s; P. Mota Pinto, "O Direito à Reserva Sobre a Intimidade da Vida Priva-

Acresce a permanente comunicabilidade entre o público e o privado. Um processo em que as pessoas da *Zeitgeschichte* em sentido relativo – v.g. autor ou vítima de um crime, casamento com uma pessoa da *Zeitgeschichte* em sentido absoluto etc. – desempenham um papel determinante. Mesmo eventos, em geral pertinentes à esfera da intimidade podem, em concreto, revestir-se de relevo comunitário ou sistémico-social. O que os converterá em objecto legítimo de investigação, divulgação e discussão públicas, nomeadamente através dos media. É o que bem ilustra o *caso Profumo*, particularmente conhecido da experiência europeia.

Em matéria de tutela penal da área de reserva deve citar-se ainda o art. 196º (Devassa por meio de informática). Que revela o cuidado do legislador penal português face à ameaça que as realizações técnicas no campo da recolha e tratamento informático de dados pessoais trazem consigo. E que é complementada por um arsenal de dispositivos penais constantes do chamado direito penal secundário (*Nebenstrafrecht*), com destaque para a lei da criminalidade informática (Lei 109/91, de 17 de Agosto).

Apesar de tudo, não parece que as soluções adoptadas pelo Código Penal português para a protecção penal da privacidade/intimidade se afastem significativamente do modelo comum à generalidade das legislações europeias. Já o mesmo não poderá afirmar-se face ao disposto no art. 199º (Gravações e fotografias ilícitas) que incrimina e pune os atentados ilegítimos ao direito à palavra e ao direito à imagem. Duas dimensões da personalidade humana que a lei penal portuguesa eleva à categoria de novos e autónomos bens jurídico-penais. E a que adscreve uma tutela penal que, no seu conjunto, não encontra paralelo fácil no panorama comparatístico europeu.

da", *Boletim da Fac. de Direito de Coimbra*, 1993, p. 504 e s.

11. Numa primeira aproximação, as singularidades das soluções da lei penal portuguesa começam a ganhar relevo em dois tópicos significativos:

a) Desde logo, a inscrição no Código Penal português de uma incriminação directamente preordenada à protecção da imagem não é normal nos códigos penais da generalidade dos países europeus.

Por exemplo, nem o § 120 do Código Penal Austríaco Abuso de gravadores e aparelhos de escuta ("Missbrauch von Tonaufnahme-oder Abhörgeraten") nem o § 201 da codificação germânica Violação da confidencialidade da palavra ("Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes") conhecem qualquer dispositivo homólogo preordenado à tutela penal do direito à imagem. E isto depois de, no que especificamente concerne à Alemanha, não ter logrado consagração legal a proposta adiantada pelo Projecto Alternativo, cujo § 146, II, incriminava, *inter alia*, quem, sem consentimento, fotografasse ou divulgasse a fotografia de outrem nos seus espaços privados.

Diferentemente, já o Código espanhol de 1995 parece apostar na tutela da imagem como específico bem jurídico-penal. Neste sentido apontará a autonomização de um título (X) sob a rubrica: *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propria imagen y la inviolabilidad del domicilio*. Acontece, porém, que o único artigo que contém uma referência expressa a imagem (art. 197º) se inscreve no capítulo (I) que tem como rubrica *Del descobrimiento y revelación de secretos*. Nos termos daquele art. 197º será punido: "El que, para descobrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento (...) utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reprodución del sonido o de la imagen ..."

Ao contrário do que uma primeira leitura poderia sugerir parece, assim, dever concluir-se que o código espanhol de 1995 não encara os atentados ao

domínio pessoal sobre a imagem, sc., ao direito à imagem em si, como portadores da dignidade penal e da carência de tutela penal indispensáveis à sua criminalização. À imagem reserva-se uma tutela meramente reflexa no contexto da protecção penal directa do segredo e da intimidade. Isto na linha de uma compreensão das coisas, que parece encontrar eco entre os penalistas espanhóis. Segundo a qual e em nome da *ultima ratio* do direito penal, se propende a cometer exclusivamente à lei civil a tutela do direito à imagem *qual tale*.[70]

Recordaremos ainda que também na Itália, e no contexto de um ordenamento positivo lacunoso, se propende a considerar o direito à imagem como emanação e concretização do direito à reserva da vida privada. E, por vias disso, a denegar ao direito à imagem, enquanto tal, uma tutela jurídica autónoma e directa. Tanto no plano material como processual, a violação do direito à imagem só relevará se e na medida em que configure um atentado à reserva da vida privada. Na síntese de Savini: "visto, assim, o direito à reserva da vida privada, ele tem, como primeira manifestação positiva, o direito à imagem, do próprio aspecto físico tal como ele é perceptível ao olhar, correspondendo tal direito também à necessidade eminentemente moral do sujeito de subtrair ao conhecimento arbitrário de outrem uma dimensão da própria personalidade, em concreto, a imagem".[71]

b) Em segundo lugar, deve enfatizar-se o facto de o Código Penal Português tratar a palavra e a imagem como bens jurídico-penais autónomos. Isto é, protegidos em si e de per si, independentemente da sua valência do ponto de vista da privacidade/intimidade, a partir da qual emergiram e se afirmaram. A última pedra neste processo de emancipação e separação definitiva das águas acaba de ser colocada pelo legislador de 1995. Que deslocou a incriminação das *Gravações e fotografias ilícitas* do capítulo dos *Crimes contra a reserva da vida privada*, para um capítulo autónomo sob a rubrica *Dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais*, em boa medida criado para dar guarida sistemática àquela incriminação.

E também aqui ressaltam as diferenças face ao panorama comparatístico. Pois, se é certo que a generalidade das legislações europeias incriminam as gravações não consentidas, poucas são as que o fazem em nome da tutela directa do direito à palavra como bem jurídico-penal autónomo em relação à privacidade. Fá-lo, por exemplo, o art. 179º ter (introduzido em 1968) do Código Penal suíço. Que incrimina e pune "quem, sem consentimento dos outros interlocutores, registar em gravador uma conversa não pública em que participar". E ainda "quem conservar uma gravação sabendo ou devendo presumir que ela foi obtida através duma infracção prevista na primeira alínea, ou quem dela se aproveitar ou a tornar acessível a outrem". No comentário de Stratenwerth, é claro o fim de protecção que preside a esta norma. Trata-se de "impedir que a palavra fugaz, falada numa determinada situação, possa ser abusivamente utilizada contra o autor, se, por exemplo, a sua reprodução for feita num contexto completamente diferente".[72]

(70) Cf. v.g., neste sentido, o documento subscrito pelo Consejo General del Poder Judicial sob o título, "Informe sobre el Anteproyecto de Codigo Penal", *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, n. 11, p. 242. No mesmo sentido, Herrero-Tejedor, "Los delitos contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propria imagem en el Proyecto de Código Penal de 1992", *Poder Judicial*, 1992 (n. 28), p. 134 e s.

(71) A. Savini, *L'immagine e la fotografia nella disciplina giuridica*, Padova: Cedam, 1989, p. 13.

(72) G. Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I. Straftaten gegen*

A regra em direito comparado é a vinculação da tutela penal do direito à palavra à protecção da privacidade. Como acontece paradigmaticamente com o § 120 do Código Penal austríaco (ÖStGB) que, sob a rubrica "Abuso de gravadores e aparelhos de escuta" (*Missbrauch von Tonaufnahme-oder Abhörgeraten*), pune: "quem, utilizar um gravador ou um aparelho de escuta para tomar ele próprio conhecimento ou dar conhecimento a terceiro não legitimado (*unbefugten*) de uma conversa não pública nem destinada ao seu conhecimento". Para além da exigência de uma intenção específica de devassa – que converte a infracção num crime de tendência – o legislador austríaco optou por circunscrever o círculo dos agentes, excluindo todos aqueles a quem as palavras eram, segundo a vontade de quem as proferiu, destinadas. Na estrutura típica da infracção prevista na lei austríaca, e tanto no plano objectivo como subjectivo, avulta, assim, um momento de devassa, "Há-de, por isso, considerar-se como central o conceito de intromissão na esfera íntima (*Eindringen in die Intimsphäre*) de outrem. Devendo, a par disso, ser também tutelada a confiança na exclusividade da palavra não proferida em público".[73]

Considerações idênticas poderiam fazer-se a propósito do art. 197º do Código Penal espanhol de 1995. Um preceito que, à semelhança do que já vimos acontecer com o direito à imagem, também não reconhece relevo jurídico-penal autónomo ao direito à palavra, como um bem jurídico digno de tutela penal. Segundo tal dispositivo, a gravação não consentida só é punível se realizada com o propósito de atingir a intimidade.

12. Também o preceito correspondente da lei penal alemã (§ 201 StGB) se mostra invencivelmente equívoco e ambivalente e, por isso, motivo de controvérsias entre os autores e os tribunais.

a) Há autores que fazendo jus à rubrica do preceito – "Violação da confidencialidade da palavra" (*Verletzung der Vertraulichkei des Wortes*), § 201 – erigem a confidencialidade da palavra falada em bem jurídico. Os adeptos desta orientação definem a infracção como um crime de indiscrição que, acima de tudo, pretende garantir ao autor da palavra o controlo sobre as pessoas a quem ela há-se poder chegar. A punição da mera gravação só se justifica, a esta luz, na medida em que "fundamenta o perigo de as palavras chegarem ao conhecimento de pessoas que o autor não conhece (...) configura, assim, um perigo abstracto para a área de tutela". Um perigo agravado, além do mais, pela circunstância da sua "perpetuação" no tempo.[74]

De outro lado, e soando claramente maioritários, os autores que apontam como bem jurídico o que o Tribunal Constitucional Federal designa como o direito à palavra falada "sem mais". Para esta orientação o que em rigor é protegido é, ainda segundo a formulação do Tribunal Constitucional Federal, o direito, que assiste "a todo o homem – e só a ele – de decidir quem pode gravar a sua voz bem como, e uma vez registada num gravador, se e perante quem a sua voz pode ser, de novo, ouvida".[75] Em sentido substancialmente convergente e em termos clarificadores fala Arzt da "confiança na volatilidade (*Flüchtigkeit*) da palavra, bem como da protecção da conexão das palavras entre si e com a respectiva

Individualinteressen, Bern: Stämpfli, 1978, p. 150.

(73) A. Koberger, "Grenzloser Schutz der privatsphäre vor Tonbandsgeräten?" *ÖJZ*, 1990, p. 320. No mesmo sentido, H. Zipf, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien, 1981, § 120, n. 2 e 8.

(74) H. Suppert, *Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage"*, Bonn: L. Röhrscheid, 1973, p. 84 e s.

(75) CF. *JZ*, 1973, p. 505.

atmosfera (lugar, tempo e demais circunstância da expressão)".[76]

b) A insegurança e ambiguidade em que laboram tanto a doutrina como os tribunais germânicos têm as suas raízes na lei, designadamente no desenho normativo do § 201 que, sob a rubrica *Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes*, proíbe e pune condutas de direcção teleológica claramente centrífuga. Os equívocos inquinavam já versão originária do § 201 (sobreponível, no essencial, ao anterior § 298), que nos seus n. 1 e 2 incriminava, respectivamente: a gravação e a utilização de gravações feitas sem consentimento; e a devassa da conversa de outros por recurso a meios (ocultos) de escuta, sem mediação do gravador. Como facilmente se intui, já então era mais que questionável que pudesse adscrever-se ao § 201 um unívoco fim-de-protecção, na direcção de um único e comum bem jurídico.

E os equívocos mais se multiplicaram e adensaram com as alterações entretanto produzidas pela recente 25ª Lei da Reforma Penal (20.08.1990), que veio aditar uma nova alínea ao n. 2 do § 201. Segundo ela, passou a ser também punida a divulgação pública, "no seu teor literal ou no seu conteúdo essencial" (*im Wortlaut oder seinem wesentlichen Inhalt*) da palavra gravada sem consentimento, ou escutada nos termos do n. 2.

Para além e ao contrário do que até aqui se previa, não se trata de permitir a terceiros o acesso à palavra "conservada" (Gallas) no gravador, mas antes de divulgar ao público o sentido ou conteúdo da palavra antes e indevidamente gravada ou escutada. Como pode ler-se na fundamentação pertinente, com este alargamento do punível visa-se obviar ao perigo de a "valoração da palavra ilegalmente gravada ou escutada poder, pela sua publicação na imprensa escrita ou falada, atingir de forma particularmente drástica a esfera privada da pessoa concretamente atingida".[77] Como os primeiros comentadores não têm deixado de acentuar, as incongruências resultam agora mais expostas. Segundo Lenckner, esta nova conduta típica não atinge o direito à palavra, mas outro e distinto 'bem jurídico próprio de um delito de indiscrição". Constitui, por isso, um "corpo estranho" na economia do § 201, a cuja "paisagem" não se ajusta.[78]

Na história mais recente do direito alemão, só a regulamentação prevista no § 107 do *Alternativ-Entwurf* se aproxima de um modelo consequentemente preordenado à tutela penal da palavra no sentido e com as implicações sustentadas pela corrente doutrinária maioritária.

13. Uma última observação permitir-nos-á clarificar melhor o sentido e alcance da protecção deste *Recht auf eigenen Wort* (Maunz/Dürig)[79] ("direito à própria palavra") como bem jurídico-penal autónomo, no contexto da lei penal portuguesa.

a) *Brevitatis causa*, o que a esta luz aparece como objecto de tutela é a "própria palavra falada (...) não interessando o seu conteúdo, se configura ou não um segredo, se exprime uma ideia própria ou um pensamento alheio".[80] De nada interessando igualmente que "de expressões completamente banais se trate".[81] Isto em termos perfeitamente homólogos ao que sucede com o crime de violação da corres-

(76) Arzt, como na nota 65, p. 343.

(77) *Bundestagsdrucksache* 11/6714, p. 3.

(78) Th. Lenckner, "Zur 'Vertetzung der Vertraulichkeit des Wortes': § 201 StGB nach dem 25. Strafrechtsänderungsgesetz", *Baumann-FS.*, p. 141 e s.

(79) Th. Maunz/G. Dürig/R. Herzog, *Grundgesetz. Kommentar*, München: C.H. Beck, 1983, art. 2º, n. 88.

(80) A. Schönke/H. Schröder/Th. Lenckner *Strafgezetzbuch. Kommentar*, München: C.H. Beck, 1991, § 201, n. 5.

(81) Th. Lenckner, como na nota 78, p. 142.

pondência, que se consuma com a mera abertura duma carta sem consentimento de quem de direito e independentemente do seu conteúdo. Na clarificadora formulação de Gallas," o objecto de tutela da incriminação das gravações ilícitas não é o conteúdo da área da personalidade, nem a necessidade de preservar algo como segredo mas apenas a inocência (*Unbefangenheit*) da palavra e o direito à sua própria palavra como uma expressão da vida, por natureza, pertencente ao passado".[82] Na síntese do *Alternativ-Entwurf* (fundamentação do § 147), o que aqui se tutela é a própria "personalidade na sua comunicação inocente com os outros membros da sociedade".[83] É neste sentido que converge toda uma plétora de formulações que é possível referenciar entre os autores alemães: "inocência da palavra" (Maurach/Schröder/Maiwald); "a inocência das expressões orais e a confiança na volatilidade da palavra não pronunciada em público" (Wessels); a "inocência" e a protecção face "à perpetuação da palavra dita com a intenção de ser fugaz" (Lackner); "o poder soberano de domínio acústico sobre a própria palavra falada" (Schmidhäuser) etc.[84] Tudo formulações congruentes com o postulado de que o conteúdo do ilícito típico se esgota e consuma na simples gravação ou audição não consentidas. Ou seja, na redução arbitrária da palavra a coisa – Gallas, fala, a propósito, de um *Wortkörper* – e na posterior e igualmente arbitrária manipulação da palavra reificada.[85]

b) Na protecção jurídico-penal do direito à palavra prevalece a dimensão negativa ou exclusiva. Trata-se de impedir que, através da gravação, a palavra – que foi proferida com a intencionalidade e a confiança na sua transitoriedade e historicidade, num contexto de espaço, tempo, vivência, gesto, ambiente de simbolizações e outros significantes –, possa converter-se num "pedaço objectivado da personalidade". E ser posteriormente invocada contra o autor, fora do contexto e significado originários, abrindo-se deste modo a porta ao que *Suppert* apoda de "falsificação da imagem da personalidade (*Verfälschung des Persönlichkeitsbildes*)". Uma contrafacção da personalidade cuja "especial perfídia reside precisamente no facto de a reprodução das palavras produzir a impressão invencível da autenticidade daquela versão acústica da imagem da personalidade".[86]

Para além disso, e agora numa perspectiva comunitária, trata-se ainda de preservar o que Eduardo Correia define como a confiança nas relações sociais. Em primeira linha votada à tutela da autonomia e do domínio pessoal sobre o próprio discurso oral, a incriminação das gravações ilícitas visa ainda, e reflexamente, preservar uma acção comunicativa "inocente" e autêntica. Isenta de coerção e, por isso, susceptível de reforçar as cotas de solidariedade e coesão sociais. Um valor cuja relevância as reflexões de Habermas vêm pondo em relevo. E que seria drástica e irreversivelmente comprometido pelo recurso generalizado e abusivo – e principalmente pelo seu receio – aos microfones ocultos.

Como adverte o Tribunal Constitucional Federal Alemão: "a inocência (e a autenticidade) da comunicação humana seria gravemente perturbada se tivéssemos de conviver com a consciência de que todas as nossas palavras – por vezes uma expressão não reflectida nem contida, uma tomada de posição meramente

(82) Gallas, como na nota 13, p. 40.

(83) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person*, 2. Halb., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1971, p. 37.

(84) Cits. *apud* Th. Lenckner, como na nota 78, p. 141.

(85) Gallas, como na nota 13, p. 40.

(86) Suppert, como na nota 74, p. 165 e s.

incidental no decurso de um situação especial – nos pudessem ser oponíveis noutra ocasião e noutro contexto, pudessem vir a ser valoradas, com o seu conteúdo, conotação e intensidade, como depoimentos contra nós próprios".[87]

Como, na mesma linha escreve Gallas, é preciso prevenir o perigo associado ao sentimento de estar permanentemente exposto e indefeso face à devassa e agressão da curiosidade sensacionalista de terceiros. Em especial o perigo de "ter de pagar a assunção de tarefas públicas com a perda da defesa da sua esfera privada. Um tal sentimento terá, a longo prazo, de levar à resignação (...) ou à renúncia a uma participação activa na vida pública". Na verdade, argumenta o autor, o sentimento de estar sob a ameaça contínua do gravador oculto, faz "perder a inocência da palavra e rouba à pessoa um dos elementos essenciais do humano: a possibilidade de uma comunicação, assente na confiança, com os outros".

14. O que fica dito para a palavra, vale, no essencial para o direito à imagem. Na verdade, são substancialmente sobreponíveis – tanto no que respeita aos fundamentos axiológicos-materiais e enquadramento normativo, como no que concerne às vias de progressão normológica e metodológica – os caminhos de equacionação e superação dos problemas suscitados pela incriminação das fotografias ilícitas. E o que, por razões de economia, se afirma para as fotografias valerá, correspondentemente, para as demais reproduções mecânicas susceptíveis de captar e registar a imagem (filmes, registros videográficos etc.) e a sua ulterior utilização através de meios de divulgação (v.g. jornais, televisão) ou valoração como meio de prova em processo penal.

Isto sem prejuízo de um conjunto significativo de diferenças a nível do regime jurídico-penal positivo, capazes de induzir resultados pragmáticos finais excêntricos em relação às soluções vigentes para as constelações homólogas, em matéria de gravações fonográficas. E que, invariavelmente, se traduzem num estreitamento da área de tutela penal da imagem. Na proclamação do Tribunal Constitucional Federal, também o "direito à própria imagem terá de ser encarado como uma parcela (*Ausschnitt*), uma particular expressão cunhada do direito geral de personalidade".[88] Um direito em tudo e para todos os efeitos parificado ao direito à palavra falada, tanto no que concerne à estrutura axiológico-normativa como no que respeita ao topos na constelação constitucional.

Só esta compreensão de um autónomo direito a imagem, material e normativamente distinto do direito à reserva da vida privada e da intimidade, se ajusta ao direito português vigente. Onde, e para além do direito penal, o direito à imagem conhece igualmente, a par da expressa consagração constitucional (art. 26º, n. 1, da CR) uma directa e consistente tutela juscivilística (art. 79º do CC).

Em causa está um bem jurídico eminentemente pessoal, com a estrutura duma liberdade fundamental e que outorga à pessoa o domínio sobre a própria imagem: determinar quem e em que medida a pode registrar ou divulgar. Na formulação do art. 79º, n. 1, do CC (Direito à imagem): "O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o seu consentimen-

(87) Cf. *JZ*, 1973, p. 505. Cf. ainda Eduardo Correia, *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial*, Lisboa, 1979, p. 111.

(88) A citação é retirada da marcante decisão vertida sobre o que ficaria conhecido como o caso do "*Assassínio dos Militares de Lebach (Soldatenmord von Lebach)*" (05.06.1973), Cf. *BVerfGE*, 35, 202 = JZ, 1973, p. 509 e s.

to". Na caracterização de Orlando de Carvalho: "o direito ao não conhecimento por outrem da sua própria imagem física: no que se inclui *decerto* o *retrato*, mas se incluem igualmente todas as outras captações possíveis do corpo do indivíduo, da sua projecção imagética".[89]

E na pertinente e impressiva formulação do Tribunal da Relação de Lisboa (ac. 15.02.1989): "parece inquestionável hoje que o direito à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar são direitos distintos"[90] na ordem jurídica portuguesa vigente.

(89) Orlando de Carvalho, *Teoria Geral da Relação Jurídica. Bibliografia e Sumário Desenvolvido*, Coimbra, 1970, p. 72.

(90) Cf. *Colectânea de Jurisprudência*, 1989, vol 1, p. 154. Sobre a compreensão jurisprudencial, cf. ainda o acórdão do STJ de 24.05.1989 (*Bol. Minist. Justiça*, n. 387, Junho de 1989, p. 531 e s.) bem como o acórdão do Tribunal Constitucional de 18.01.1984 (BMJ, n. 340, Novembro de 1984, p. 177 e s).

2. DOUTRINA NACIONAL

CONTRADIÇÕES DA MODERNIDADE E DIREITO PENAL

ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Disciplinas filosófico-jurídicas e o ensino do Direito – 3. A modernidade e a pós-modernidade – 4. O Direito Penal e a modernidade; 4.1 Antecedentes do positivismo; 4.2 O neokantismo (positivismo jurídico normativista) – 5. As contradições da modernidade e o Direito Penal; 5.1 Metodologia subjetivista e relativismo valorativo; 5.2 O problema do dolo como integrante da culpabilidade; 5.3 A relação de causalidade: *conditio sine qua non*; 5.4 O problema prisional.

1. Introdução

A primeira afirmativa, para iniciar estas linhas, é pautada no pensamento uniforme sobre a despedida da idade moderna. Despedida que foi anotada por vários filósofos, mencionando-se Romano Guardini[1] e Adorno,[2] este com sua frase decisiva: "*o moderno se tornou fora de moda*" *(das Moderne ist wirklich unmodern geworden).*

Até meados do século passado, o moderno exercia sua influência nos vários setores da vida: social, econômica, filosófica e política, fincando suas raízes com profundidade no âmbito do Direito, e, em especial, no Direito Penal.

Desde Beccaria, em 1764, [3] foi clara a marca das idéias iluministas no Direito Penal, que caracterizaram a obra de Filangieri, Feurbach, Bentham, Carmignani, Rossi, Carrara e outros que seguiram as diretrizes da chamada Escola Clássica, no seu período inicial.

O Direito Penal assentou-se em princípios rígidos e conceitos absolutos, dando por encerrada qualquer mudança na sua metodologia.

As reações a estes métodos não demoraram a surgir, com a volta às ciências naturais, como um interregno, uma contestação ao ideal iluminista predominante.

Surge, como marco conceitual de uma nova era, o neologismo "modernidade", na busca de uma sustentação sociológica de uma realidade, insatisfeita e saturada com a utopia iluminista ou com o próprio sentido natural das ciências sociais.

O Direito Penal tem a interferência desta designação, e recebe da filosofia kantiana seus primeiros traços, de um racionalismo totalizador, estabelecendo um conceito apriorístico e transcendental para o crime.

O caráter sancionatório do Direito Penal, com seu objetivo de ressocialização, reintegração e reforma do espírito dos condenados, tinha como objetivo a eliminação dos crimes, e o ideal do homem, na sua autonomia da razão, como principal característica.

Vivemos ainda o reflexo da modernidade. Mesmo sentindo que o Direito

(1) *Apud* KAUFMANN, Arthur. *La filosofia de la posmodernidad.* Trad. Luis Villar Borda, Editorial Temis: Bogotá, Colombia, 1992.

(2) ADORNO, Theodor W. *Minima Moralia*, Suhrkamp, Frankfurt, 1975, p. 292.

(3) BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Atena: São Paulo, 1964.

Penal não possui instrumentos capazes de resolver o problema do aumento da criminalidade, muito menos de legitimar-se no meio social, insistimos no positivismo jurídico neokantiano. Tudo está na lei e na sua interpretação. O Direito é reconhecido a partir de elementos categoriais *a priori*, sendo função do jurista a determinação do conteúdo das normas gerais de certo âmbito material. As soluções fluirão rápidas, com as mudanças da legislação e a celeridade dos processos. Usa-se uma roupagem nova para idéias já superadas e frágeis na visão do homem atual.

Esta arrogância positivista jurídica se faz presente, também, nos meios universitários. A denominada pós-modernidade, ainda debatida e questionada, com sua postura crítica, não foi avistada pela universidade brasileira, em razão do tradicionalismo jurídico que naufraga, sem rumo, entre a magnitude das aulas ou a extrema praticidade dos métodos, massificando o aluno, sem formar o jurista, mas o "rábula".

Neste estudo, pretendemos abordar estas questões, apontando uma visão entre a modernidade e a pós-modernidade, e o caráter contraditório daquela. As contradições que buscaram reconstruir o Direito Penal, no relativismo de sua verdade e, na determinação do conceito, capazes de demonstrar sua validade pura e sem vácuos.

A demonstração destas contradições visa indicar o trânsito entre a modernidade e a pós-modernidade no Direito Penal, numa tentativa de justificar os fundamentos desta ciência social, tanto no seu ensinamento, como na sua aplicação, capaz de fundamentar as decisões, dando-lhes legitimidade e validade.

A análise crítica das situações poderão contribuir para um momento de reflexão, única exigência do Direito Penal, como forma de encontrar seus verdadeiros caminhos, nesta mudança de século, e de explosão tecnológica.

2. Disciplinas filosófico-jurídicas e o ensino do Direito

As diretrizes educacionais brasileiras se encontram *hic et nunc* em reformas e transformações, dependentes não só das linhas ideológicas governamentais, mas dos recursos disponíveis para a formação cultural dos estudantes.

No âmbito do Direito, acentuam-se as propostas reformistas, junto a uma disseminação indiscriminada de Faculdades e outros "cursinhos" paralelos, estes com a função precípua de suprir as deficiências de um ensino jurídico mal direcionado.

O debate se limita à carga horária, à distribuição de disciplinas, à duração mínima do curso, sem atingir, de frente, o problema metodológico ou mesmo o papel da universidade, em geral, e do ensino jurídico, em particular.

A Universidade tem mais uma função de formação e não simplesmente informativa, exigindo do professor a responsabilidade por este objetivo, integrando o estudante, de modo que haja a prática da crítica dos problemas, com um meditar conjunto entre os mestres e os discípulos.

Neste panorama, nos deparamos com os sérios problemas da sociedade atual, tanto no âmbito filosófico, como no específico do Direito Penal, a exigir a busca de caminhos que fundamentem as decisões que supram as lacunas da modernidade e permitam ao direito enfrentar as questões da pós-modernidade.

As disciplinas filosóficas são os instrumentos que permitem a reflexão crítica do direito positivo. As leis positivas, ao contrário, enquanto normas vigentes, são meras formas e não exigem um conhecimento específico, pois não perdem o caráter imperativo, quando legítimas e eficazes.

Quanto ao Direito Penal, o conhecimento dos fundamentos filosóficos, e a visão crítica dos seus vários institutos, é

a única via possível de melhor compreensão da dinâmica das escolas penais, que influenciam todas as decisões judiciais. Pode-se afirmar que não se admite um penalista que não conheça filosofia.

O estudo do Direito, com esta visão crítica, determinará mais dedicação aos aspectos axiológicos da relação humana, o que, a final, é o objetivo a ser atingido quando houver necessidade de aplicar-se a lei à realidade.

O Direito não pode limitar-se à jurisprudência, pois esta, além de referir-se a um determinado caso, num certo momento, impede a visão de toda a realidade, impondo uma degradação do direito, como vem acontecendo ultimamente entre nós. De outra parte, não é possível fixar-se o estudo jurídico somente na doutrina, pois poderá ocorrer que esta avance muito além, e perderá o contato com a realidade que pretende abranger.

O meio termo está, portanto, num estudo integrado, com uma postura crítica, e o abandono do atual dogmatismo que norteia, em geral, qualquer curso de Direito. Este dogmatismo tem como defeito mais evidente a sua crença e seu convencimento na verdade daquilo que expõe, sem preocupar-se em fundamentar criticamente o seu conhecimento. Nos últimos tempos, a atividade judicante, aqui abrangendo todos os ramos dela decorrentes (juízes em geral, promotores de justiça e advogados), pautou-se exclusivamente numa atitude dogmática, não se permitindo qualquer desvio daqueles dogmas, tornando-se indiferente o conteúdo normativo no qual se aplicava. A conseqüência mais flagrante desta atitude foi a frustração do jurista que se viu afastado da realidade que pretendia captar ou orientar.

Diante da perda de sentido da realidade social, houve uma tomada de atitude, nos âmbitos civil e penal, como forma mais rápida de reaver o controle desta realidade. A solução encontrada, emergencial, foi a promulgação da lei dos Juizados Especiais.[4]

Foram adotados os princípios processuais, reformulando alguns deles e tornando outros relativos, de modo a propiciar ao jurista maior celeridade na decisão dos casos, como forma de interpretar-se, através do processo judicial, as necessidades de uma sociedade em transformação. Esta tentativa, porém, sob o prisma filosófico-jurídico, em nada resolve a questão, uma vez que, a rapidez de julgamento, não mudou a atitude dogmática presente nas decisões judiciais, ao contrário, estimulou a idéia de uma *jurisprudência vinculante*, através de um Direito sumulado, como a conclusão lógica para as grandes mudanças exigidas pela sociedade atual.

A visão distorcida do problema, que pretendemos analisar mais adiante, sob o prisma exclusivo do Direito Penal, é levada às faculdades de Direito, induzindo o jovem estudante que a aula prática é a única capaz de realizá-lo na profissão que escolheu.

Quando surgem posturas críticas ou que questionem a aparente tranqüilidade da vida universitária, apesar das ficções nesta existentes, seus seguidores são considerados delirantes e suas posturas filosófico-jurídicas *surrealistas*. Tudo é direcionado para a aceitação da dogmática, com suas formulações coerentes e certas, por refletir a existência de verdades inquestionáveis e independentes do conjunto de leis vigentes.

É chegado o momento de reencontrarmos a via pela qual o Direito possa reafirmar suas funções. Este, como já dissemos, é o momento da reflexão, para, através de estudos filosóficos-jurídicos, termos fundamentos adequados para os caminhos que o ser humano fixa a cada momento, através da ciência ou da tecnologia, sob pena de formarmos juris-

(4) Lei 9.099, de 26.09.1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

tas condicionados a uma visão ilusória do papel do Direito, ou transformarmos este estudo numa massificante e cansativa atividade rotineira, sem qualquer objetivo social.

3. A modernidade e a pós-modernidade

O debate filosófico atual está na constatação da existência de uma pós-modernidade, como crítica à modernidade, e na busca das soluções culturais e sociais de uma nova era, que já atinge a civilização.

A modernidade se caracteriza pela racionalização do homem, tendo na razão o que melhor pode aspirar o espírito humano, "em relação à unidade do saber, à capacidade das idéias, para dizer com Kant; a dialética compreensão da totalidade, como se denomina na linguagem de Hegel".[5]

Sobre a modernidade, enquanto produto do processo de racionalização, como afirmou Weber[6], e que ocorreu no Ocidente, desde o final do século XVIII, houve a modernização da sociedade e a modernização da cultura. Ressalte-se que o social compreendeu a diferenciação da economia capitalista e do Estado moderno, enquanto na modernização cultural, o processo de racionalização atinge as visões de mundo e, de modo especial, a religião.

A modernidade, com base exclusiva na razão, foi uma tentativa de ruptura com o antigo, com o iluminismo, mas, ao mesmo tempo, deixou o homem ao desamparo, por determinar a busca em si mesmo, numa auto-referência capaz de eliminar sua própria liberdade.

Este assentamento dogmático da modernidade vai ter sua influência no Direito Penal, através do neokantismo que, ao opor-se às idéias então vigentes, fincou raízes num dogmatismo exacerbado que exerce influência até hoje entre nós.

A pós-modernidade surge com a crítica da modernidade, porque houve uma ruptura, embora Habermas afirme que existe um projeto inacabado da modernidade. O que ocorre, no sentimento atual, é um envelhecimento, um esgotamento, e diante de uma tecnologia sem limites, há uma busca de novos argumentos para justificar a atuação no campo econômico, social e cultural destes novos tempos.

A divisão, ainda não definida claramente, entre a modernidade e a pós-modernidade, está na postura do pensamento crítico que aceita a modernidade cultural como única possível. A modernidade social não é aceita porque tem em si as perversões do Estado e da economia. No dizer de Rouanet,[7] a pós-modernidade crítica não aceita a modernidade cultural, uma vez que esta, no prisma da razão iluminista, é agente da dominação; do mesmo modo, rejeitam a modernidade social que traz interiorizada a repressão política e econômica.

A pós-modernidade crítica é o caminho para uma análise das relações culturais, através da teoria do agir comunicativo de Habermas.

De modo geral, ainda estamos distantes desta pós-modernidade, principalmente no campo jurídico. Não abandonamos nossos liames positivistas-jurídicos, temerosos de abalarmos a legitimidade e a eficácia a norma jurídico-penal, ou talvez, de deixarmos de ter o poder aparente que nos atribui a lei vigente, o que não deixa de ser uma ficção. A nossa vaidade jurídica nos impede a reflexão humilde e silenciosa.

Podemos dizer, no momento, que, diante de todas as surpresas que nos atingem no dia-a-dia, não podemos ficar atônitos, procurando na instrumentalização pura e simples do Direito, uma fór-

(5) Cf. KAUFMANN Arthur. *Op. cit.*, p. 18.

(6) *Apud*, ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. Companhia das Letras, 3.ª reimpressão, São Paulo.

(7) Idem, p. 218.

mula mágica para esconder o esgotamento do ideal do positivismo-jurídico, que, não levando o homem à liberdade, fragilizou e mostrou o fracasso de todas as demais utopias que pregava.

4. O Direito Penal e a modernidade

4.1 Antecedentes do positivismo

O Direito Penal, de recente formulação sistemática, data de Beccaria (1778) a primeira manifestação contra o arbítrio então vigente, vivenciou até o final do século passado, o normativismo-formalista, no sentido de negar a introdução de qualquer juízo de valor ou referência metajurídica na tarefa dogmática. Após a unificação política alemã (1871), foi promulgado o primeiro Código Penal, vigente em todos os Estados. Este Código tinha um caráter liberal, vinculando o juiz à lei, o que refletia o positivismo jurídico penal.

O auge do positivismo jurídico se encontra em Binding, que caracterizou seu método na exclusão de todo elemento estranho à lei, adotando um positivismo legal, não admitindo o direito natural. Foi E. Schmidt [8] quem afirmou que a obra de Binding é a maior expressão do positivismo baseado numa concepção liberal do Estado e do Direito.

Acrescenta que afastou os momentos valorativos ou teleológicos externos, admitindo somente aqueles finais, que pudessem ser extraídos do contexto sistemático da lei.[9]

Nesta busca sistemática, Binding se fixa no terreno do formalismo conceitual, e através de uma teoria objetiva da interpretação, busca atingir não o significado que o autor procurou dar, mas, enquanto juridicamente decisivo, o significado objetivo, imanente na lei, que deve ser constatado, independentemente daquele.[10]

A marca do tempo desta postura normativista nada mais é do que a atitude liberal clássica.

O positivismo formalista exerceu sua influência no saber jurídico europeu até os anos 70, do século XIX, quando, a partir da publicação do "Programa de Marburgo", em 1882, por Von Liszt, surgiu o positivismo naturalista, que elegeu o método próprio das ciências empíricas para a ciência penal.

Sob a influência do positivismo comtiano, a nova metodologia procurou refletir o sentimento de crise que abateu o Estado liberal. Este, ao pretender garantir a liberdade de todo o cidadão, optou pelo formalismo, enquanto se propugnava, no âmbito político, a satisfação dos anseios de uma nova realidade que exigia a intervenção do Estado.

O Direito Penal, enquanto instrumento eficaz do Estado, para esta intervenção, sofreu as conseqüências das novas idéias, na Alemanha, com Von Liszt, e na Itália, embora de forma mais radical, com Lombroso e Ferri. Buscava-se, nas novas diretrizes, um caminho para a diminuição da criminalidade, que o positivismo naturalista clássico não conseguia atingir, apesar de ser seu objetivo primordial.

No Brasil, a Codificação de 1940 pretendeu assimilar as novas idéias do campo penal, verificando-se, no aspecto doutrinário, a caracterização do Direito Penal sob as diretrizes deste positivismo naturalista, mais no modelo italiano, do que, propriamente, em Von Liszt.[11]

(8) SCHMIDT, Eberhard. Einfürung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 3.ª ed., Göttingen, 1965, p. 281.

(9) Idem. p. 285.

(10) LARENZ, Karl. *Metologia de le Ciencia del Derecho.* Trad. Marcelino Rodriguez Molinero, 2.ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1980, p. 53.

(11) O Código Penal de 1940, na Exposição de Motivos, demonstra com clareza sua motivação pelos ditames da Escola Clássica e da

Numa mescla de princípios, manteve, de um lado, a razão especulativa, com um sistema de garantia frente ao Estado, e, neste sentido, optou pela dogmática do Direito Penal. De outro lado, buscou, nos princípios do positivismo naturalista, as respostas que necessitava para o inimputável por alienação mental, e, a periculosidade, como fundamento da pena. Elegeu, ainda, a reincidência como uma presunção da periculosidade, tudo com base no criminoso habitual ou por tendência, que necessitava de um tratamento especializado.[12]

Este Código teve vigência até 1984, direcionando todo o estudo jurídico, firmando-se num dogmatismo extremo, com inspiração no direito privado, em especial sob o historicismo de Savigny, resultando num tecnicismo-jurídico capaz de unificar, através de uma metalinguagem, as distintas posturas do pensamento jurídico brasileiro.

No final do século XIX, Dilthey, numa perspectiva historicista, salientou o caráter autônomo das ciências do espírito diante das ciências naturais.[13]

Escola Positiva. Na mescla de princípios, pretendeu adotar o que denominou uma "política de conciliação". Afirmou no inc. 3, da referida Exposição de Motivos, que "os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva".

(12) Estes princípios são patentes na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940. Ao tratar da culpabilidade, inc. 13, afirma ser esta o elemento subjetivo do crime, não se conhecendo outras formas além do dolo e da culpa *stricto sensu*. No inc. 33, ao tratar da Medida de Segurança expressa a referida Exposição de Motivos: a medida de segurança só é aplicável *post delictum* (salvo o disposto no parágrafo único do art. 76) e pressupõe, além disso, a *periculosidade* do agente. A periculosidade, em certos casos, como já foi acentuado, é presumida *jure et de jure* (art. 78).

(13) BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. 3.ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1989, p. 113.

No campo do Direito Penal, o positivismo naturalista não conseguira conceituar adequadamente as categorias centrais da teoria do delito (ação), antijuridicidade e culpabilidade).

A ação, numa concepção naturalista do movimento corporal modificativo do mundo exterior perceptível pelos sentidos, não podia justificar a omissão, que exigia uma análise valorativa da norma preceptiva. Esta inadequação conceitual não conseguiu impor-se, nem mesmo com a "*voluntária contenção dos nervos motores*" proposta por Beling, em especial quanto aos delitos de omissão por culpa inconsciente.[14]

A tipicidade, na teoria de Liszt-Beling, com seu sentido meramente descritivo também não encontrou argumentos contra a descoberta de elementos normativos no tipo, que exigiam uma interpretação valorativa, além dos elementos subjetivos, estes colocando um ponto final na noção meramente objetiva do tipo.[15]

No âmbito da antijuridicidade, enquanto contrariedade com o direito positivo, não permitia qualquer atitude valorativa, isto porque, a determinação no caso concreto, era a regra geral para as ações típicas, excluindo-se, excepcionalmente, quando clara uma causa de justificação. Ainda hoje costuma-se dizer que a tipicidade é indício de antijuridicidade, o que facilita a interpretação da ação, não exigindo, por parte do juiz, qualquer valoração.

A antijuridicidade material, aceita por Von Liszt, sob a influência do pensamento penal neokantiano,[16] como lesão ao

(14) JESCHECK, H. H. *Lehrbuch des Strafrechts*. Duncker & Humblot, Berlin, 4.ª ed., 1988, p. 184.

(15) Idem, p. 185.

(16) SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción ao razionamiento sitemáticop en Derecho Penal*. "El sistema moderno del derecho penal: custiones fundamentales: Trad. Jesús-Maria Silva Sanchez, Tecnos Ed., Madrid, 1984, p. 45.

bem jurídico, se mostrou suficiente para superar a neutralidade valorativa, com a simples causação do resultado de dano ao bem jurídico. A insatisfação ocorria por não se distinguir, valorativamente, as ações determinantes de aparente dano ao bem jurídico. Assim, frente a um fato causador de dano, optava-se pela antijuridicidade e o indício de tipicidade, sem qualquer momento valorativo para decidir-se pela antijuridicidade.

No campo da culpabilidade, a concepção unitária, adotada pelo positivismo, e que ainda hoje tem grande influência no Direito Penal brasileiro, tinha o dolo e a culpa como suas espécies, sem valoração. A decorrência era uma simples relação psicológica do fato jurídico e seu autor, o que permitia o reconhecimento da relação de vontade, inclusive com a graduação do dolo e da culpa, como parâmetros para a fixação da pena.[17]

Nesta metodologia naturalista, que não permitia a compreensão exata das categorias centrais da teoria do delito, verifica-se uma forte influência de Rudolph von Ihering, com seu método histórico-natural. De acordo com este, a ciência do Direito tinha uma tarefa sistemática, que consistia em decompor os institutos jurídicos particulares, e as normas jurídicas a ele relativas, em seus elementos lógicos e, após apurar estes, reconstruí-los, por combinação, tanto as normas jurídicas já conhecidas como as novas.[18] A construção jurídica tem significado metodológico somente quando apresenta uma unidade sistemática.

Apesar de todo esforço do positivismo naturalista, no início do século XX se colocou em relevo sua ingenuidade teórica. Muitas dúvidas persistiram, no âmbito do Direito Penal, que não puderam ser respondidas. Entre elas, podem ser citadas a culpa inconsciente, onde faltava uma relação psicológica entre o autor e dano causado ao bem jurídico.

Outro aspecto importante foi o total abandono da filosofia, pelo positivismo naturalista, entendendo que o direito penal já havia resolvido todos os seus problemas valorativos, não se buscando qualquer evolução neste sentido.

Desta forma, não havia possibilidade do reconhecimento de causas de exclusão da culpabilidade, uma vez que a relação psicológica do autor com seu fato já registrava a presença do dolo ou da culpa.

A culpa *stricto sensu* também não encontrou justificativa na concepção psicológica, pois não concorria um momento normativo, com o desrespeito ao dever de cuidado.

Acrescente-se a tudo que a elucidação da norma geral, como referido, para a construção da norma particular, dentro de um sistema histórico naturalista, com a preocupação exclusiva de apurar-se o nexo causal entre o fato e seu autor, excluía qualquer aspecto interpretativo, pois a "verdade" empírica levaria, com certeza, à conclusão lógica. A indução, presente no positivismo naturalista, partindo do particular, levava ao geral, pela ampliação do conhecido, sempre em termos de certeza ou de probabilidade. O direito positivo era uma realidade passível de ser estudado cientificamente, como outra realidade paupável existente.

4.2 O neokantismo (positivismo jurídico normativista)

A reação ao positivismo naturalista, pela insatisfação com a ausência de elementos valorativos, veio com o historicismo de Dilthey que procurou um novo conceito de ciência, com o sentido de fundamentar o conhecimento científico da história e da sociedade.

(17) No nosso livro, "Culpabilidade e Reprovação Penal", Sugestões Literárias Ed., 1994, p. 118.

(18) LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.* Springer, Verlag. Berlin, 4.ª ed., 1979, p. 44.

Com o mesmo objetivo de ampliar o conceito de ciência do positivismo naturalista, o neokantismo direcionado pela Escola de Marburgo, teve como representantes Cohen e Nortrap, que interferiram em nível filosófico, mas foi em Stammler a maior influência na teoria do Direito. A partir de sua obra, houve o afastamento do positivismo naturalista, admitindo que as idéias jurídicas são ordenadas na consciência de modo determinado, ou seja, formadas. Através de formas puras, que condicionam logicamente o Direito, e que são de validade incondicionada, ou sejam, princípios *a priori*. Estes princípios, na sua totalidade, condicionam logicamente todo conhecimento jurídico particular.

O método, portanto, da ciência jurídica, não pode ser o mesmo da ciência natural, pois, nesta última, o modo de pensar é uma ordenação dos fenômenos segundo a forma de causa e efeito, enquanto na ciência jurídica, de acordo com o fim e os meios. A ciência do direito é, portanto, uma ciência de fins.[19]

A idéia de Direito, para Stammler, na concepção de Welzel,[20] é o processo pelo qual se julga de uma maneira incondicional, ou de forma pura de ordenação.

A influência destas idéias no Direito Penal não foram relevantes, mas serviram como ponto de partida para a filosofia de valores da Escola Sudocidental alemã. Foi nesta última orientação, e a partir da filosofia de Windelband, que Rickert colocou em evidência o diferencial das ciências históricas, e seu fim de individualização. Introduziu o conceito de valor, que, sem defini-lo expressamente, admitiu ser um *a priori* técnico-cognoscitivo. O historiador ao referir-se a valores deve encontrar um interesse geral, pois, o valor acolhido, aprioristicamente, há de ser relevante não só para o analista, como também, de um modo geral. Para que este valor tenha validade normativa geral deve ser exigido de todos, o que representa uma comunidade cultural que "*se constitui mediante a vigência fática de valores*".[21]

A aplicação destas idéias à ciência do direito deve-se a Emile Lask, no começo do século XX, que ao lado de entender o Direito como ciência cultural, considerou-a também uma ciência dogmática. A ciência do direito, desta forma, adota um método de jurisprudência referido a valores e a fins. O caráter teleológico dos valores dará margem à concepção finalista do bem jurídico de Schwing como idéia fundamental da interpretação jurídico-penal.

Lask, entretanto, não aprofundou sua teoria, deixando de apreciar, com pormenores, os problemas de interpretação da lei, ou da integração das lacunas ou da livre criação do Direito.

Rickert e Lask reclamaram um método específico para a ciência do Direito, como ciência do espírito, com o abandono do método científico-naturalístico da observação e da descrição, próprios das ciências naturais, como única forma de defender a cientificidade do Direito.

Foi Radbruch, seguidor da corrente sudocidental alemã, quem influenciou a doutrina jurídico-penal, e através do conceito kantiano de idéia, atribui ao Direito a mesma idéia de justiça. Embora nem todo Direito positivo tenha necessariamente a idéia de Direito justo, sempre que orientado à exigência de justiça, tem esta idéia.[22]

Partidário da teoria objetiva da interpretação, Radbruch via no Direito a ciência do sentido objetivo da ordem jurídico-positiva que busca, na interpretação, um desen-

(19) Idem, p. 105.

(20) WELZEL, Hans. *Introduccion a la Filosofia del Derecho*. Trad. Felipe González Vicen, Ed. Aguilar, Madrid, 1974, p. 195.

(21) LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 115.

(22) Idem, p. 119.

volvimento e uma clarificação do conteúdo imanente do sentido de uma norma jurídica ou de um conceito jurídico.

Tomando a realidade como reino da natureza, esta é transformada pelo homem em valores que almeja e, portanto, sempre com um sentido axiológico. Diante desta inclusão valorativa, não aceitou o conceito excessivamente naturalista do sistema penal Liszt-Beling, em dois aspectos fundamentais: o primeiro, a impossibilidade de ser colocada sob um mesmo prisma naturalista os conceitos de ação e omissão; e, o segundo, quanto à determinação da tentativa, sem que houvesse o resultado.

Quanto à ação e omissão, sob o mesmo prisma conceitual naturalista, considerou Radbruch como conceitos antagônicos, aquela como positiva e esta negativa, que deveriam ser colocados lado a lado. Não se poderia explicar adequadamente os fatos omissivos, enquanto atitude negativa, que não produzia um movimento corporal, não atingindo o liame exigido pelo conceito psicológico da culpabilidade, então adotado em sua plenitude.

Na tentativa, de igual modo, sem a verificação do conteúdo da vontade do autor, não se definia sua intenção no momento da ação. O conteúdo da vontade na tentativa, por ser fundamental para a adequação típica, deveria ser exigido, também, no caso da ação que produzisse um resultado concreto. Esta análise iria levar em conta uma valoração típica, totalmente contrária ao conceito clássico de delito, de caráter formal e neutro, meramente descritivo da linha Liszt-Beling.

De uma forma mais direta, contra o conceito naturalista de Liszt, Radbruch cita o exemplo do crime de injúria,[23] quando expresso somente como um movimento corporal, deixa fora de seu conceito o verdadeiro sentido lingüístico e sua significação social. Neste sentido, procurou, de forma definitiva, afastar o conceito naturalista da ação, para considerar o Direito Penal como uma ciência cultural, com metodologia final e valorativa.

Não se pode confundir o relativismo filosófico, que Mir Puig [24] afirma não ter sido superado por Radbruch, com o relativismo jurídico que integra a idéia de Direito. Esta tem como elementos a justiça, a finalidade e a segurança jurídica e, na relação entre eles, está o relativismo jurídico, no sentido de correlação e coordenação, sem que haja exclusão de qualquer deles, pois se integram mutuamente.

A afirmativa de Radbruch sobre o relativismo jurídico não impediu as críticas de Welzel à direção neokantiana de seu pensamento.

O penalista que mais influenciou, com as idéias da escola sudocidental alemã, o Direito Penal, e que até hoje serve de modelo a muitos juristas brasileiros, bem como de toda a América Latina, foi Edmund Mezger, que conseguiu conjugar sistematicamente os conceitos do sistema Liszt-Beling com uma consideração valorativa do direito penal.[25]

Mezger define a ação como um conceito superior, que denomina ação em sentido amplo,[26] abrangendo o fazer e o omitir como referidos a valores. A incompatibilidade com o conceito naturalista de ação estava no sistema refetivo a valores.

Neste sistema valorativo, a ação não perdeu sua característica causal, e ao conservá-la, passou a denominar a ação como *comportamento humano* [27], porque

(23) RADBRUCH, Gustav. "Zur Systematik der Verbrechenslehre", in Frank-Festgabe, I, Tünbigen, 1930, p. 161.

(24) MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal.* Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1976, p. 241.

(25) BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal.* Editorial Temis S.A., Colombia, 1986, p. 163.

(26) MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal.* Trad. Rodriguez Mourullo, Madrid, 1935, p. 190.

(27) Idem, p. 192.

neste seria possível abranger não só o aspecto causal da ação, mas o aspecto valorativo da vontade, sem entrar no conteúdo da vontade em si. Neste aspecto tinha uma similitude com o conceito causal de ação, naturalístico, que também não se preocupava com o conteúdo da vontade da ação, pois este era apurado na culpabilidade, enquanto nexo psicológico do autor com o resultado.

Os demais elementos do crime, mantidos pelo neokantismo, também sofreram as influências da dogmática proposta. Foi dado um passo além na análise da antijuridicidade, com a introdução do conceito de antijuridicidade material (*materieller Rechtswidrigkeit*) que compreendia uma lesão objetiva às normas de valoração, isto é, a ofensa causada à lei pelo comportamento e o dano social determinado por este.

Na tipicidade tem importância os conceitos normativos como integrantes do tipo penal, mantendo-se um liame indissolúvel entre a tipicidade e a antijuridicidade, o que levou à teoria dos elementos negativos do tipo.

Na culpabilidade, mantido o dolo e a culpa como seus elementos, no mesmo sentido da concepção psicológica anterior, mas conceituando-a como normativa, resultando numa concepção normativa desenvolvida por Reinhar von Frank, James Goldschmidt e Berthold Freundenthal.

De acordo com a teoria proposta por Frank, a culpabilidade, entendida como reprovabilidade, tem como elementos o dolo e a culpa, como suas formas, além da imputabilidade e as causas de exclusão desta culpabilidade. Desenvolvendo-se, ainda, com base nestes elementos, como causa supralegal da exclusão da culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa. A consideração normativa abrange, desta forma, não só a tipicidade e a antijuridicidade, como também a culpabilidade.

De suma importância neste pensamento neokantiano, o sentido teleológico dado aos conceitos jurídicos, e, em especial, ao tipo penal que possuem um valor objetivo que a lei considera como essencial para a proteção e que possibilita a determinação do bem jurídico protegido.

O injusto com seus elementos subjetivos e o conceito normativo da culpabilidade darão ensejo a uma nova análise na teoria do delito, que é a etapa seguinte, do finalismo.

Mezger, com esta teoria subjetivista, própria do neokantismo, condiciona a ciência do Direito a categorias *a priori* que resultavam num conhecimento científico como síntese da matéria, enquanto uma realidade fenomênica desordenada e amorfa. A finalidade não é uma qualidade radicada no ser, mas através do método pode-se atingir valorativamente o conceito do objeto, que não é objetivo, mas subjetivo.

Trata-se de um subjetivismo epistemológico que, de acordo com Mir Puig [28] "levou ao *relativismo* (*gnoseológico*) *valorativo*", e junto com um subjetivismo metodológico serviram de base à crítica de Welzel a esta corrente neokantista.

5. As contradições da modernidade e o Direito Penal

Estamos já sentindo a proximidade do século XXI. Preocupações sociais já são objeto de estudos para encontrar-se soluções, diante do célere avanço tecnológico que questiona o Direito, e o Direito Penal, forçando-os à busca de caminhos para fazer frente ao que se denomina a nova criminalidade.

No Brasil, insistimos em pautar nosso debate nas idéias da modernidade. Esta, que nos acompanha desde o final do século XIX, continua viva, apesar das contradições metodológicas que aprofundam a crise do nosso Direito e do Direito Penal pátrio.

(28) MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 247.

O desespero nos levou a procurar, na instrumentalização do processo, a celeridade mesmo que isto nos custe a violação constante dos direitos fundamentais da ampla defesa, do contraditório ou da presunção da inocência. A eficácia kantiana do direito penal está acima de qualquer crítica, pois o moralismo ainda impera nas nossas decisões.

Está na hora de darmos adeus à modernidade, sob pena de não sabermos explicar aos novos juristas do século XXI porque mantínhamos posições tão radicais, apesar das contradições que assolavam o Direito Penal.

As críticas que podemos fazer ao pensamento neokantiano, de um positivismo exacerbado, podem ser enumeradas, tendo em vista a atual situação do Direito Penal brasileiro, da seguinte forma:

5.1 Metodologia subjetivista e relativismo valorativo

Inspirados em Welzel, [29] podemos afirmar que o positivismo neokantiano não conseguiu explicar ou justificar a divisão do mundo, em matéria penal, nas duas esferas independentes, *a do ser e a dos valores*. A busca de uma teoria do conhecimento que abrangesse o empirismo e a ciência do espírito, determinou somente um acréscimo ao positivismo jurídico, complementando-o com um subjetivismo. Houve a diferenciação exata entre *ser e dever ser*, com uma realidade empírica livre de valor.

O conceito apriorístico de valor, com validade no caso de caracterizar uma exigência geral, representando uma comunidade cultural, tornava relativo o seu conceito, e, no subjetivismo apontado, podia-se, através do método, atingir o conceito de objeto.

A visão metodológica da modernidade levou Habermas[30] a considerar uma rejeição das conseqüências mutiladoras de uma auto-referência objetivante, diante das promessas não cumpridas pela subjetividade proposta: "a perspectiva de uma prática autoconsciente em que a autodeterminação solidária de todos se pudesse associar à auto-realização autêntica de cada um individualmente".

Apesar do esforço neokantiano de dar ao Direito Penal uma concepção normativa, incluindo a valoração, manteve o conceito de ação causal, de cunho naturalista, bem como o dolo e a culpa na culpabilidade, como seus componentes psicológicos.[31]

As conseqüências destas posturas, no Direito Penal brasileiro, se fazem sentir a cada momento. É exigido de cada ser um cumprimento irrestrito às normas, diante de valores *a priori* válidos universalmente, independentemente da condição pessoal de cada um. A exigência parte de um direito penal que pretende coordenar os movimentos sociais, pautando a sociedade moderna com conteúdo geral e uniforme, pelo menos diante da lei.

O apriorismo neokantiano está tão forte no momento que fala-se, com entusiasmo, numa *jurisprudência vinculante* como solução universal para os conceitos dogmáticos, que serão aplicados, indiscriminadamente, em todos os casos assemelhados.

A busca de uma eficácia utópica, próprio do positivismo neokantiano, tem levado a justiça penal a tomar atitudes severas, com uma punição irrestrita aos

(29) WELZEL, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie in Strafrecht*. Mannheim-Leipzig-Berlin, 1935, p. 43.

(30) HABERMAS, Jüngen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Trad. Ana Maria Bernardo *et allii*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1990, p. 310.

(31) CÓDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción del delito – la doctrina finalista*. Barcelona, 1963, p. 31.

"desajustados" sociais, sem uma visão científica da Constituição de 1988, que adotou o Estado Democrático de Direito como forma de Estado e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

As respostas a este "temor" pela justiça penal são insignificantes. A criminalidade aumenta e as prisões mostram sua total ineficácia para interromper o ciclo de desrespeito à lei, que não atinge somente as chamadas "classes desfavorecidas", mas há outra criminalidade de "elite" que, em geral, fica de fora desta ânsia punitiva.

A impossibilidade de encontrar respostas à situação caótica do Direito Penal, o caminho foi socorrer-se do processo penal, instrumentalizando a justiça, de forma a tornar célere qualquer decisão, presumindo a responsabilidade penal das pessoas, com a arcaica afirmativa: "a tipicidade é indício de antijuridicidade".

O debate continua em nível de conseqüências, sem atingir as verdadeiras causas do problema: falta de fundamento filosófico para as novas medidas; contrariedade das mesmas aos princípios do Direito Penal no Estado Democrático de Direito; a vaidade extremada dos juristas, que pretendem impor suas idéias, relegando qualquer crítica a uma posição desajustada do contexto; repelindo as novas idéias, mesmo que mais coerentes, por considerá-las *surrealistas*.

5.2 O problema do dolo como integrante da culpabilidade

O dolo, como componente psicológico da culpabilidade, contradiz a análise do crime tentado. A crítica de Welzel, anteriormente referida, tem razão de ser. A análise da tentativa exige que se inclua no tipo de injusto o elemento subjetivo, a fim de apurar-se se o comportamento refletia a ação típica. No caso de consumar-se o crime, a análise do elemento subjetivo passava à culpabilidade, inclusive com a "dosagem" da sua intensidade. Ora, na crítica welzeniana, se o dolo pertence ao tipo do injusto na tentativa, deveria conservar a mesma função quando esta mesma tentativa chegasse à consumação.

Não é o que ocorre no Direito Penal brasileiro atual, como reflete a jurisprudência: "é evidente que quando se fala em circunstâncias alheias à vontade do agente, aludindo-se, portanto, à sua vontade, está se fazendo referência bastante clara à necessidade, para que haja tentativa, de que o agente queira obter a consumação. Deve ele proceder com vontade consciente, para que responda por tentativa de crime. É preciso que tenha tido a intenção de conseguir um resultado mais grave do que aquele que realmente vem a conseguir". *RJTJSP* 104/408.

É claro o conteúdo volitivo no tipo de injusto, enquanto, para a consumação, o dolo continua sendo um elemento da culpabilidade, de caráter normativo, capaz de ser medido na sua intensidade, por meios abstratos de observação.

5.3 A relação de causalidade: conditio sine qua non

O Direito Penal brasileiro se mantém essencialmente empírico-causalista, quando se trata de comprovar materialmente os fatos.

Não se nega a existência de um nexo de causalidade entre uma ação e um resultado, mas a simples comprovação de um resultado danoso ao bem jurídico não pode levar, de plano, à responsabilidade do agente.

No geral o que ocorre entre nós é a constatação inquestionável dos pedidos de condenação e das sentenças condenatórias da "materialidade comprovada pelo laudo de fls."

Demonstrada a materialidade do crime, é o suficiente para estabelecer-se os pressupostos da culpabilidade (*dolo e*

culpa) e do injusto. Este caminho impede que eliminemos os crimes qualificados pelo resultado ou o *versarii in re illicita*, porque o menosprezo ao bem jurídico pode ser avaliado tão-somente com uma análise empírica da conseqüência do comportamento. Fica a critério do juiz a responsabilização da pessoa, mesmo que o elemento subjetivo, conteúdo da culpabilidade, não tenha sido provado com dados concretos.

Neste sentido tem caminhado a jurisprudência: "o nosso Código Penal abraçou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou da *conditio sine qua non*, pela qual tudo quanto concorre para o evento é causa. O nexo entre ela e o evento se estabelece sempre que sem ela este não se teria verificado". *RT* 514/349.

É novidade entre nós, o que se denomina a novíssima teoria da *imputação objetiva* (apesar de datar de 1927, com Honig e 1930, Larenz, na Alemanha), aceita pacificamente na Europa, como fato consumado.

5.4 O problema prisional

Como último ponto a ser apreciado, das contradições da modernidade, indicamos a séria crise prisional decorrente de superlotação dos presídios, quando se buscam soluções paliativas, tais como, construções de novos presídios, aumento das vagas etc.

A questão de fundo não é debatida. Enquanto estivermos atrelados à modernidade, ou ao positivismo normativista, considerando a pena um castigo, na visão neokantiana, não podemos adotar os princípios do direito penal no Estado Democrático de Direito.

A pena como *ultima ratio* da interferência do Estado na vida do cidadão é incompatível com a adoção da reincidência como obstáculo a qualquer benefício penal, ou substitutivo penal, ou circunstância agravante.

A severa interferência da justiça penal, com o irrestrito cumprimento do princípio da obrigatoriedade no processo penal, acompanhado de um raciocínio lógico-formal da sentença, na maioria das vezes condenatória, sem a preocupação da veracidade ou não das premissas na dedução, não permite a adequação da reprovação aos limites do Direito Penal.

A conotação moralizante contida nos chamados *crimes hediondos*, que, sem constrangimento, denomino de "hediondinho" (quando o resultado for de menor potencial ofensivo, ex.: porte de pequena quantidade de maconha para tráfico), ou "hediondão" (porte de grande quantidade de cocaína), não é compatível com o Estado Democrático de Direito.

Enquanto a ciência nos mostra que há causas maiores da criminalidade a serem analisadas, permanecemos com a pequena criminalidade (furto, roubo, estelionato, lesões, tentativa branca de homicídio etc.), sem conseguirmos atingir o cerne dos problemas sociais modernos.

A única solução viável, no momento, é o debate amplo sobre o pluralismo científico da pós-modernidade, abandonando os critérios absolutos de cuidar do Direito, que reduziu a definição do jurídico drasticamente a princípios, leis, normas, condutas, jurisprudência e dogmatismo exacerbado.

O debate filosófico é fundamental para qualquer solução que se pretenda no campo penal, enquanto os juristas e militantes do Direito poderiam deixar de acreditar que a *verdade real* existe e que impede qualquer contestação quando seus elementos forem apurados nos processos judiciais.

Caso sejam entendidas as contrariedades apontadas, estarei satisfeito, embora ainda ansioso para ver soluções concretas aos problemas que enfrentamos, sem soluções, no momento.

2. DOUTRINA NACIONAL

A CULPA PENAL E A LEI 9.099/95

DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO

Segundo Lassale,[1] a Constituição de um Estado não consiste propriamente em um texto legal escrito, mas sua essência se constitui da "soma dos fatores reais do poder que regem o país".[2] Assim, a Constituição verdadeira não seria o texto escrito, mas o conjunto das forças sócio-políticas, de tal forma que a Constituição escrita poderia assemelhar-se a uma "folha de papel".

Já Carl Schmidt compreende politicamente a Constituição,[3] tendo-a por uma decisão política fundamental, em que há uma decisão concreta sobre o modo e a forma de existência da unidade política, a estruturar os órgãos do Estado, os direitos individuais, a vida democrática. Ainda que existentes outros textos normativos na Constituição, eles se resumiriam a simples leis constitucionais, não se inserindo no conceito verdadeiro de Constituição, que é de sentido político.

Com Hans Kelsen é que a Constituição ganha um enfoque eminentemente jurídico. Professo do positivismo jurídico, que reduzia todo o direito à lei e nessa redução equiparava o direito à justiça,[4] no sistema kelseniano a Constituição é simplesmente a lei fundamental. Sem interferências sociológicas e nem condicionamento político, a Constituição seria "norma pura, puro dever-ser, sem nenhuma fundamentação sociológica, política, ou filosófica". É a lei do mais alto grau, é norma fundamental hipotética, da qual derivam necessariamente as demais normas.

Seja Lassale, Schmidt ou Kelsen, nenhum deles consegue distinguir a Constituição em seus dois aspectos fundamentais: de um lado, um texto normativo, proposição jurídica fundamental, com ou sem vinculação sociológica ou política, nesta última hipótese a resumir-se numa pura abstração jurídico-conceitual; de outro lado, e aqui aspecto relevantíssimo, um documento que enfeixa princípios imantados de perspectivas de valor, escritos ou não escritos, que recebem forma textual jurídica, seja pela explicitação por intermédio de normas legais, seja pela adoção de um conjunto ordenado e sistêmico de direitos e garantias dos quais brotam teses "garantísticas" fundamentais.

Não se nega seja o texto constitucional um complexo de normas, edificadas a partir de relações sociais concretas e forças políticas e econômicas determinantes, nascendo da vontade emanada do povo que cria e recria a norma fundamental.[5] Por isso, a definição de José Afonso da Silva pode ser aceita: "Esta-

(1) Esta exposição inicial segue José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, RT, 1990, p. 18.

(2) *Que es una Constitución?*, Buenos Aires, 1946, p. 61 e 62, *apud* José Afonso da Silva, op. cit., loc. cit.

(3) *Teoria da Constituição*, Madrid, sem data, p. 20, *idem, ibidem.*

(4) *Teoria pura do direito*, Coimbra, 1962, vol. I, p. 2 *et seq., idem, ibidem.*

(5) Pensa-se no poder constituinte originário e no poder constituinte derivado.

belecimento da estrutura do Estado, organização de seus órgãos, modos de aquisição, transferência e perda do Poder, modos de exercício do poder e sua limitação, definição dos direitos e garantias individuais e sociais, fixação do regime político, disciplina dos fins socioeconômicos do Estado e estabelecimento dos fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais".[6] A essa definição contudo importa observar que transcendentemente à definição formal dos direitos e garantias individuais e sociais, há uma fixação de princípios fundantes desses direitos.[7]

A Constituição não apenas deve ser vista como um texto jurídico fundamental, em que positivados direitos e garantias, em que estruturado o Estado e disciplinado o Poder, mas deve ser avaliada e encarecida como um núcleo de princípios.[8]

Os princípios não se reduzem ao texto da norma em que proclamados, mas lhe são anteriores e a ele transcendem. Constituem-se em "enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.[9] São verdades fundamentais, que se fixam em alicerce ou garantia de certeza de um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos. Como verdades fundantes de um sistema de conhecimento, verdades evidentes por si mesmas e dotadas de caráter operacional, enquanto no texto normativo esses princípios corporificam "ordenações que se irradiam e imantam todos os sistemas de normas",[10] confluindo para seu núcleo valores, bens e interesses constitucionais.[11]

A Constituição, como já lembrado, é vista por Jorge Miranda como núcleo de princípios. E esses princípios exercem uma ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformar as relações político-constitucionais, como também uma ação mediata, tanto num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospectivo.[12]

A Constituição, assim, como núcleo de princípios, exerce força atrativa sobre todas as normas, sejam elas igualmente constitucionais, sejam infraconstitucionais, ao mesmo tempo que aplicam uma força expansiva a essas normas que encarnam e disciplinam os direitos de raiz constitucional. Servem esses princípios de critérios de interpretação e integração normativa, emprestando ao sistema normativo coerência geral: "as-

(6) *Direito constitucional positivo*, cit., p. 42.

(7) E aqui não se está a fazer juízo das vantagens ou desvantagens das constituições sintéticas ou analíticas, matéria com proficiência exposta por Luiz Roberto Barroso, em seu trabalho *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio, Renovar, 1991, p. 41-59. Cabe, contudo, observar o risco tanto de um texto excessivamente sintético, em que são positivados tão apenas os institutos fundamentais e os princípios constitucionais próprios de cada setor do Estado – a permitir por vezes temerário trabalho exegético de busca da *mens legis* ou *mens legislatoris*, ou de um sentido escondido e críptico do texto legal –; quanto de um texto analítico (muita vez produto de uma desconfiança do futuro legislador ordinário), que gera uma inflação constitucional, pela disciplina miúda das matérias não propriamente constitucionais, que consagra uma insinceridade normativa, pelo acolhimento de contraditórios interesses para satisfação tão-só de grupos de pressão, com grande risco de pulverização dos institutos constitucionais, de assistematização do corpo legal.

(8) A expressão "núcleo de princípios" é de Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, Tomo II, Coimbra, Coimbra ed., 1983, p. 199.

(9) Miguel Reale, *Filosofia do direito*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 60.

(10) José Afonso da Silva, op. cit., p. 82.

(11) Canotilho, citado por José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 82.

(12) Jorge Miranda, *op. et loc. cits.*

sim, o sentido exato dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente".[13]

Classifica Jorge Miranda os princípios constitucionais em princípios axiológicos fundamentais, constitutivos de ponte de passagem entre o direito natural e o direito positivo, princípios político-constitucionais, que ordenam e estruturam a vida política do Estado, como a separação dos poderes; e princípios constitucionais instrumentais, a exemplo das normas relativas ao processo legislativo, ao funcionamento dos poderes etc.

Os princípios axiológicos fundamentais conferem caráter aos direitos e garantias individuais e sociais. A partir de uma opção político fundamental, estabelece-se o modelo político-criminal do Estado, que poderá afeiçoar-se a um modelo garantidor ou a um modelo meramente pragmático, de engenharia social.

Assim, a consagração de princípios fundamentais como da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da lesividade ou exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima, da humanidade, da culpa penal, é projeção desse cerne axiológico constitucional irradiador de respeito ao homem em seus atributos entitativos.

No modelo político-criminal democrático-garantidor, o homem põe-se como valor fonte, valor superior e conformador de todos os outros valores, a um tempo arquétipo e projeção da cultura.

Nesse contexto assim delineado de Estado, a dignidade da pessoa humana não pode ser esvaziada de conteúdo ético, para se colocar tão apenas como referência abstrata de um limite de atuação do Estado. Porque um tal respeito ao homem poderá resultar simplesmente de um conjunto de medidas meramente programadas, construídas por esforços técnicos de engenharia social, mas desvinculado de seu centro de referência, descomprometido com a pessoa humana, com sua carga de significação moral e projeção ética.

Essa constante preocupação com a dimensão humana no universo jurídico e na ordem social, com maior sensibilidade deve ser projetada no âmbito do direito punitivo.

O fundamento do direito penal, sua finalidade na ordem social, a pena que se põe como instrumento de controle e conformação de expectativas jurídicas, não podem desvencilhar-se dessa amarração ética. A doutrina do crime e a das conseqüências jurídicas acham-se estruturadas necessariamente nessa composição axiológica, em que a dignidade da pessoa humana e a culpa pessoal encontram posição privilegiada.

A culpa penal constitui-se no centro ético do direito punitivo. Não há pena sem culpabilidade, como também a pena não pode exceder-lhe a medida. Pena e culpa são binômios que se juntam, indissociavelmente, consistindo no exato ponto de ligadura e de penetração da teoria das conseqüências jurídicas na teoria do delito.

A sanção somente pode ser imposta a um agente culpável, situado dentro de um universo ético em que a liberdade de vontade, se é um dado da realidade indemonstrável cientificamente, representa experiência de todo ser humano. Não liberdade absoluta, como queria o livre arbitrismo desmedido, nem determinismo absoluto como o apresentava o positivismo, mas uma margem de poder decisão conforme os próprios motivos, podendo-se falar de uma liberdade situada. Se porventura inexiste plena consciência de liberdade em ato, a decisão humana, todavia, põe-se como o resultado de re-

(13) Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 200.

soluções pretéritas, integradas e formadoras da personalidade, compondo um mosaico axiológico que se recompõe e se atualiza complexamente no concreto ato decisório.

A minimização ou exclusão da culpa do centro ético do direito penal recebe simpatia dos mais variados setores científicos,[14] sempre sob o argumento, com tom de modernidade, de abandono de uma metafísica às antigas *(slechte metaphysic)*, incapaz de responder às indagações e angústias de um direito penal concreto, chamado a auxiliar na disciplina jurídica do corpo social, envolto nas mais pungentes e emergenciais questões de controle social.

Assim, procura-se minimizar a importância e o significado da culpa jurídico-penal, para, acrescendo critérios como da necessidade de pena, da responsabilidade, da proporcionalidade da resposta sancionatória, ver nesses mesmos critérios o seu fundamento. A pena já não se sustentará na culpabilidade, mas na finalidade da sanção penal. Opera-se uma inversão lógica e ontológica: a finalidade da pena passa a constituir seu fundamento. Segundo Stratenwerth, "si se está de acuerdo en que la culpabilidad moral no pueda ser el único fundamento de la pena sino que junto a ella deberá acreditarse, para su justificación, la existencia de necesidades pragmáticas, la renuncia a la aplicación de la pena puede ser fundamentada en tal finalidad fuera el caso de la carencia de culpabilidad".[15]

As perplexidades que envolvem, desde a doutrina alemã, a precisa definição do que seja "merecimento de pena" e "necessidade da pena", e da relação que entre eles intercede, tem tido o perverso efeito de tornar relativo o conceito de culpa penal, consciente ou inconscientemente degradando o direito punitivo à função de simples controle social.

É o pragmatismo a invadir o direito punitivo e a afugentar as supostas impertinências éticas em que embebida necessariamente a responsabilidade humana, reduzindo o homem – apesar das insistentes negativas – a mero instrumento sobre que incidente o direito punitivo como forma de controle dos comportamentos socialmente indesejáveis. Assim, a pena seria imposta porque útil a infundir nos membros da comunhão social a fé na validade do direito, ao tempo em que proveitosa para dissuadir da prática da infração penal. Remontando ao pragmatismo céptico, como não se consegue de fato conhecer em si mesma a culpa pessoal e a própria sanção penal, tem-se como realidade ôntico-ontológica simplesmente a finalidade da sanção, o que ela pode resultar de útil, de proveitoso,[16] chegando Vaihinger a admitir o trabalho com pressupostos falsos, desde

(14) Veja-se Roxin, para quem a culpa pessoal já não pode consistir no exclusivo fundamento da pena, mas se lhe permite apenas desempenhar a função de limite da sanção penal. Veja-se ainda Figueiredo Dias: "são justamente a secularização sofrida pelo fundamento da intervenção penal e o ver-se a função desta na estabilização contrafáctica de expectativas comunitárias que conduzem a eliminar a compensação da culpa (ou retribuição) do âmbito das finalidades da pena. Mas é por sua vez essa eliminação – e a correspondente função de *limite* da intervenção penal que à culpa se assinala – que permite dissociar o conceito jurídico-penal da culpa das querelas irresolúveis sobre o livre-arbítrio". Ao depois, contudo, volta Figueiredo Dias a sustentar a presença da idéia de culpa como limite máximo da intervenção penal, situando-se o limite mínimo na exclusiva proteção de bens jurídicos. (*Sobre o estado actual da doutrina do crime*, em Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. especial de lançamento, p. 28).

(15) *El futuro del principio juridico penal de culpabilidad*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, p. 110.

(16) Ver Johannes Hessen, *Teoria do conhecimento*, Coimbra, Armenio Amado ed., 1980, p. 50 *et seq.*

que estes se mostrem úteis e vitais, resumindo-se a verdade ao "erro mais adequado".[17] Se essa é a visão da (im)possibilidade do conhecimento humano que leva a considerar como verdadeiro o útil, negando o conhecimento da verdade (o que seja culpa e pena), não menos daninho é o empirismo em que degenera: concebe a fonte do conhecimento apenas a experiência sensível, reduzindo-se, em nossa ciência, o universo experiencial meramente aos efeitos preventivos da sanção. E tudo isso com profissão de fé na dignidade da pessoa humana!

Exemplo paradigmático de uma tal atitude para com o direito punitivo no-lo oferecem as recentes mudanças no Código de Processo Penal (*v.g.* a profusa previsão de interrupção ou suspensão da prescrição, a possibilidade legal da imprescritibilidade em razão da suspensão do processo; a faculdade de intimação ficta), e mais particularmente a Lei. 9.099/95.

Esta última, sob a veste de uma legislação inovadora na processualística penal, em que impera a deformalização dos procedimentos, com adoção de princípios como da oralidade e imediatidade, da concentração das provas e da instrumentalidade das formas, trouxe de embrulho matéria concernente ao direito punitivo. Estatuíram-se mecanismos de abrandamento da sanção criminal, mas também excogitaram-se outros que, mediante eufemismo, pretendem tornar não penal resposta jurídica cuja essência é caracteristicamente punitiva.

Não se pode negar confrontarem-se dois valores na novel legislação: o do direito penal e o do processo penal. E na barganha, característica básica de duas formas de substituição do processo e sentença criminais (transação; suspensão do processo),[18] permuta-se a submissão ao processo pela pena imediata. Reduz-se, assim, a opção do condenado ou à pena diferida e permeada pelo processo, ou à pena imediata sem a submissão à instrução ou à sentença criminal. Fica de fora intencionalmente o "risco da absolvição".[19]

Mais grave: a hipótese relevante da absolvição fica dissolvida no risco do processo, como se o vetor deste não se dirigisse também ao órgão acusador, mas exclusivamente à defesa. A bem ver, no sistema consensual fundado na barganha, cede apenas uma das partes, e a mais frágil: obtém a acusação todos os frutos de seu trabalho, qual seja a pena criminal.

Subjaz à legislação a meia verdade de ser o processo em si mesmo mais aflitivo que a própria sanção criminal. E com fundamento nessa falsa premissa, está a oferecer-se o suposto menos (pena) em troca do suposto mais (inexistência de decisão de mérito, como se fora necessariamente prejudicial ao acusado).

Explica-se a inversão jurídica, lógica e axiológica, com a afirmação de que a "conformidade" não significa a assunção de culpa com todas as suas conseqüências, nem seu reconhecimento pelo Judiciário, que sobre ela não se manifestaria, e isto em razão da única formalidade, de natureza eminentemente processual, de inexistência de sentença penal condenatória. Porque não há sentença, não há culpa penal, como se o ato decisório do Poder Judiciário fizesse nascer uma categoria do crime, supostamente não preexistente e imanente à própria conduta delituosa.

A lei não pode escapar ao binômio culpa-pena, ainda que pretenda negar tal binômio substituindo-o por outro sentença-culpa: no modelo consensual brasileiro, não é a culpa penal que justifica a

(17) *Apud* Hessen, *op. cit.*, p. 52.

(18) Aqui exclui-se intencionalmente a composição civil.

(19) Objeção lembrada em painel de debates em encontro promovido pelo Instituto Manoel Pedro Pimentel em 12.06.1996, na FADUSP, pelo Prof. Miguel Reale Júnior.

sanção, mas a justificação da sanção antecipada achar-se-ia no risco da sentença futura, que, fazendo nascer *ab ovo* a culpa, geraria uma resposta jurídica com esta compatível. A pena criminal, portanto, não seria o resultado da culpa pessoal, porque esta não surgiria com a barganha. A pena se remeteria a critérios de oportunidade e conveniência para o imputado e não se ligaria à culpa pessoal, porque esta somente ganharia realidade com a sentença condenatória.

Traz-se em apoio o princípio da autonomia da vontade. Perde-se, contudo, de vista ser da essência de um direito fundamental sua irrenunciabilidade. Ora, como acentou acertadamente no painel promovido pelo Instituto Manoel Pedro Pimentel o prof. Miguel Reale Júnior, se o princípio da autonomia da vontade cede em face de setores normativos e regulamentares da vida social, como, por exemplo, a relação de consumo, o direito obrigacional, em que deve preservar-se a base econômica do contrato e a eqüivalência contratual, não há porque prevalecer diante dos direitos e garantias individuais. A bem ver, a Constituição como núcleo de princípios, fundantes do Estado e asseguradores dos direitos e garantias individuais e sociais, não pode tolerar a tamanha contradição que é, em nome da dita autonomia – que lança profundas raízes no princípio da legalidade –, relevarem-se direitos da qualidade, natureza e *status* de fundamentais, porque ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei. Não se cuida de renunciar uma faculdade ou prerrogativa atribuída por lei, mas se trata da possibilidade de abrir-se mão de um rol de direitos, imantados em princípios constitucionais, cujo interesse não é particular deste ou daquele membro da comunhão social, mas sustenta o próprio Estado democrático.

Na verdade, é preciso inverter a ótica da questão, para ver que não se está apenas operando com a declarada "autonomia da vontade" do cidadão. Não é a critérios de oportunidade e conveniência exclusivos para a defesa que se liga a sanção antecipada, senão a idênticos critérios para a acusação, pois, em face da expectativa de absolvição, a pena antecipada satisfaz a pretensão ou intenção punitiva sem prova, sem processo.

A demonstração mais desconcertante da artificialidade da construção legislativa – que afirma inexistir reconhecimento por parte do Estado de culpa do agente – está em recorrer a lei mesma à categoria da culpa penal para estabelecer as condições de aplicabilidade da sanção resultado da barganha. O art. 76, ao disciplinar a imposição imediata da pena restritiva de direitos ou multa, não admite a proposta se houver, por parte do autor da infração, elevado grau de culpa. Repare-se nos critérios legais: ausência de antecedentes criminais específicos (condenação definitiva anterior a pena privativa de liberdade) e genéricos, defeituosa personalidade, conduta social de não conformidade, motivos condenáveis e circunstâncias do crime de especial gravidade. Numa palavra, são reproduzidos em grande parte os critérios de aferição da culpa penal presentes no art. 59 do CP.

Também em outra passagem a lei expressamente se reporta ao critério da culpabilidade. Ao dispor sobre a suspensão condicional do processo, o art. 89 estabeleceu como condição a presença dos requisitos próprios da suspensão condicional da pena, como estatuído no art. 77 do CP. Este último diploma, que se nutre do princípio ético da culpa penal, centro do sistema, estabelece como condição essencial do *sursis* a não reincidência em crime doloso e, principalmente, a avaliação da culpabilidade do agente, de seus antecedentes, da conduta social e personalidade, dos motivos e circunstâncias do delito. Esses requisitos, todos de ordem subjetiva, evidentemente estão

referidos à culpabilidade diferenciada ou modesta do sujeito ativo do delito. Esse critério centrado no caráter ético da culpa penal é que fundamenta e justifica a concessão da suspensão do processo, sendo inafastável, destarte, a referência à culpa pessoal.

A necessária "referibilidade" da transação e da suspensão condicional do processo à culpa torna absolutamente temerária a afirmação definitiva de que no sistema da nova legislação não há o reconhecimento da culpa porque não há processo que alcance seu termo, revestindo da força e efeito da coisa julgada a declaração judicial da culpabilidade.

Reduzida, sem ufanismos, a legislação a seus devidos termos, deve-se reconhecer, no plano penal e processual penal, uma de duas hipóteses: ou há a aplicação da sanção penal sem que interceda a culpa pessoal como condição *sine qua* de sua aplicabilidade, o que viola o princípio da culpabilidade; ou existe efetivo reconhecimento, antecipado, da culpa e a pena vem como conseqüência da conformidade do agente com o processo em perspectiva e seu resultado final, o que gera a aplicação da pena sem processo, a violar a cláusula do devido processo legal.

Argumenta-se existir processo. Compreende-se tão ampliada quanto especiosamente o conceito de processo, ao ponto de admitir que o simples comparecimento em juízo, em virtude de um Auto Circunstanciado lavrado na Delegacia de Polícia, significa, por si só, a existência de processo, a instauração de uma relação processual. Nem mesmo as teorias que divergem quanto ao momento de nascimento do processo e da relação processual, chegam ao ponto de afirmar, nessas circunstâncias, a existência verdadeira e genuína de um processo. Há de existir ao menos uma acusação formal e um liame entre as partes e o juízo. Ora, a ausência de acusação formal, mas a única existência de um Auto Circunstanciado que poderá até mesmo vir desacompanhado de prova documental, ou se tanto de prova da materialidade da infração, nunca corporificará uma relação processual nem subsistirá como processo. A compreensão da existência verdadeiramente de um processo nessas circunstâncias parece um excesso.

De outro lado, em nenhuma oportunidade, na Constituição, existe autorização para aplicação da pena sem processo ou prescindindo da culpa jurídico-penal. O fato de permitir-se, no Capítulo destinado à estruturação do Poder Judiciário, a criação dos juizados especiais e, neles, a transação como forma de extinção do processo ou da punibilidade, não significou a derrogação de tantos outros princípios caros ao estatuto Constitucional e ao Estado de cariz de democrático, como o da presunção de inocência, da necessidade e obrigatoriedade do processo, da culpabilidade e de sua medida, da proporcionalidade da resposta sancionatória e, por fim, da fundamentação das decisões judiciais.

Ora, uma Constituição que em seu texto "inadmite" sequer a deliberação a respeito de emenda supressiva de direito e garantia fundamental (art. 60, § 4.°, inc. IV), não terá certamente confortado em seu seio dispositivo que em sua literalidade ou em sua extensão hermenêutica venha a contender frontalmente com os mais caros princípios garantidores do Estado democrático. Tanto mais em artigo de lei marginal (art. 98 da CF), inserido em Capítulo dedicado a matéria outra, própria da estruturação do Poder Judiciário. É certo, ainda, que o art. 98, inc. I, da CF, ao dispor sobre a criação dos juizados especiais, permitiu a transação penal, mas nunca autorizou, e nem o faria, a criação de tal instituto com a aplicação de pena sem culpa e sem processo. Princípio fundamental de interpretação constitucional é aquele, não escrito na Constituição mas que a ela permeia,

da "interpretação conforme a constituição". Segundo esse princípio todas as normas, constitucionais ou infraconstitucionais devem ter sua âncora hermenêutica na própria Constituição. Quando o dispositivo tem residência constitucional deve ser ele interpretado à luz dos princípios constitucionais e dentro da lógica do sistema normativo constitucional. Não poderia o texto Maior, depois de consagrar com proeminência e preeminência os direitos e garantias individuais, de centralizar a dignidade da pessoa humana como valor fundante do sistema jurídico-político, em capítulo concernente tão apenas à organização do Poder Judiciário, e fazendo referência tão-só à possibilidade de transação, não poderia estar a admitir a aplicação da grave pena criminal em abandono de toda a principiologia democrática agasalhada na Carta Magna.

De outro lado, ainda que se fuja a uma interpretação "conforme a constituição", a atitude exegética para dispositivos que apequenem direitos e garantias individuais, como sabido, é sempre de preferir o âmbito de incidência normativa restrito. Assim, o admitir o legislador constituinte a transação nos domínios do processo penal não significou *ipso juris* o consentimento de aplicação de uma pena criminal sem culpa e sem processo. E pouco importa não ser a pena diretamente privativa de liberdade, mas consistir em restritiva de direitos e multa, quando ambas além de conversíveis em detentiva representam uma drástica restrição a um direito individual, o que lhes preserva a natureza específica do direito punitivo.[20]

A culpa é princípio fundante da Constituição, angular na ordem dos direitos

(20) A natureza jurídica da multa, contudo, alterou-se profundamente com o advento da Lei 9.268, de 10.04.1996, que transformou a multa penal em dívida de valor a ser inscrita na dívida ativa da União, aplicando-se-lhe as normas legislativas pertinentes. Revogou-se igualmente o art. 51 do CP, que dispunha sobre a conversão da pena multa em pena privativa de liberdade. O argumento lançado é da inconstitucionalidade dessa forma de reação, pois se estaria, em última instância, realizando prisão por dívida. Há certo equívoco do legislador. A conversão em pena detentiva não decorre de ser a pena de multa um valor a ser pago pelo condenado, que, não o fazendo, receberia a privação da liberdade como forma de coação à liquidação de seu débito, de natureza patrimonial, para com o Estado. O estabelecimento de uma sanção penal mais gravosa está no descumprimento da reprimenda penal pelo condenado. Em nosso sistema, à semelhança da pena restritiva de direito, a conversão decorre da inobservância do condenado da pena a si aplicada. Identicamente ocorre, por exemplo, no regime de cumprimento de pena. O condenado que deve cumprir a sanção no regime aberto poderá regredir até o regime fechado, em razão de descumprimento das condições impostas e próprias de seu regime. Em momento nenhum se cogitou na lei, nem em nossa terra nem no exterior, de a conversão ocorrer em virtude do simples não pagamento de dívida. Até porque se o condenado não tem recursos para enfrentar seu débito, ele não é cobrado. A conversão da pena de multa em privativa de liberdade, como forma de prestigiar e dar seriedade à pena pecuniária, é prevista na legislação alemã, espanhola, portuguesa, francesa sem que se veja necessariamente nessa conversão uma violação a preceitos constitucionais. De outro lado, engana-se também o legislador quando estima que a cobrança via execução fiscal trará efetividade à pena de multa. Ora, se o condenado, sob a ameaça da conversão da sanção pecuniária em privativa de liberdade já não recolhe o valor relativo à multa, que dizer sendo ela mera dívida de valor. De outro lado, dificilmente a Fazenda Pública, já tão atarefada de execuções fiscais se animará a promover ações para haver valores ínfimos (no mínimo legal, ordinariamente aplicado, aproximadamente R$ 30,00), sendo que o custo da demanda é muito maior, além de sobrecarregar a capacidade do sistema judiciário. Ocorrerá, certamente, o não desejado: benefício constante de anistias. De

fundamentais em face do Estado e sua intervenção na esfera pessoal. Ao Estado é defeso intervir sobre um direito inalienável e irrenunciável, ainda que haja ato de disposição de seu titular. Assim como a vida, a integridade corporal, a saúde, a liberdade é direito inegociável, sendo, neste terreno, absolutamente irrelevante suposta autonomia da vontade. A instituição da escravidão, por exemplo, a todo título é abominável no atual estágio da civilização, em que se atribui um rol de direito da personalidade inolvidáveis, apresentando-se por tudo irrelevante eventual aquiescência dos a ela sujeitos.

Tanto mais quando a renúncia ao direito de liberdade com fundamento em suposto princípio da autonomia da vontade,

> outro lado, nenhuma razão jurídica leva a que uma sanção eticamente menor, decorrente de uma resposta jurídica de modesta dimensão, cumpra o mesmo prazo de prescrição da sanção privativa de liberdade em sua quantidade máxima abstratamente cominada. Ora, é um exagero que a pena de multa, por exemplo no delito previsto no art. 316, § 2.º (excesso de exação qualificado), tenha como lapso prescricional 20 anos. Em conversa informal aos membros da comissão de reforma do Código, sugerimos como forma de prestigiar a pena de multa e conferir-lhe seriedade a manutenção do atual sistema, apenas limitando a conversão da pena privativa de liberdade ao tempo da pena substituída, ou então, quando a multa é a única aplicada, a conversão pelo tempo mínimo da pena privativa de liberdade prevista. Desse modo evitar-se-ia o descompasso punitivo entre a sanção privativa de liberdade e a pena de multa convertida em detentiva. Propusemos, também, a criação de uma audiência específica, da natureza da audiência admonitória para o *sursis*, em que o condenado seria advertido do prazo para pagamento da pena de multa, com ciência da conversão caso, solvente, não pagasse ou frustrasse a execução. Acabou-se por desnaturar a pena de multa de sua qualidade penal, caracteristicamente, de forma imediata ou mediata, capaz de atingir a liberdade individual.

vem para sustentar confessadas finalidades de controle social, de prestação jurisdicional rápida e eficiente, com diminuição da sobrecarga do sistema,[21] ora se falando em "adequação do processo a resultado dele esperado", ou, ainda, em "um processo de resultados", ou também em "evitabilidade de prescrição", e de "acertos na delegacia". A finalidade de efetividade dos sistemas de controle social não deve sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, ainda que retoricamente se pretenda que a renúncia a essa dignidade (pena sem culpa e sem processo) contraditoriamente signifique sua afirmação!

Sustenta-se não haver juízo de culpabilidade estatal e, por isso, não estar afligido o princípio da "não culpabilidade" inscrito na Constituição, além do que, a aplicação da pena é precedida da assunção de culpa pelo agente (*plea guilty*). [22] Assim estaria satisfeita a exi-

(21) Veja-se, por exemplo, esta afirmação: "É indiscutivelmente a via mais promissora da tão esperada desburocratização da justiça Criminal (grande parte do movimento forense criminal poderá ser reduzido), ao mesmo tempo em que permite a pronta resposta estatal ao delito, a imediata (se bem que na medida do possível) reparação dos danos à vítima, o fim das prescrições (essa não ocorre durante a suspensão), a *ressocialização* do autor dos fatos, sua não reincidência, uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho etc." (Ada Pellegrini Grinover *et alii, Juizados especiais criminais*, São Paulo, RT, 1996, p. 17 e 18.)

(22) Luiz Flávio Gomes, op. cit., p. 140, textualmente: "A transação no juizado criminal possui a mesma natureza do *guilty plea* anglo-saxônico, isto é, o autor do fato, no instante em que aceita a aplicação imediata de pena alternativa, está assumindo culpa (mesmo porque *nulla poena sine culpa*)". É verdade que este autor, na última linha, em sentido oposto afirma: "A transação na suspensão condicional do processo tem a natureza do *nolo contendere* , é dizer, o acusado não discute, assume certas condições, mas não admite culpa".

gência constitucional, sem que houvesse declaração pelo Estado-Juiz da culpa. Ora, segundo o modelo consensual brasileiro, de duas, uma: ou o juízo homologa ou não homologa a transação e a suspensão, sem qualquer fundamentação, apenas considerando, na primeira hipótese (homologação), a aceitação do acusado e seu defensor, mas assim viola em ambas as alternativas o dever de fundamentação; ou apresenta os fundamentos por que nega ou consente a aplicação antecipada da sanção ou a suspensão do processo, fazendo necessária referência à culpa pessoal. Numa palavra: ou não fundamenta e há uma decisão desobediente ao imperativo constitucional (art. 93, IX, da CF), ou faz referência à culpa pessoal, e se nega o sistema em sua essência.

Com que critérios operará o magistrado para a aplicação da pena de multa e das penas restritivas, senão com aqueles próprios da culpabilidade, que, contraditoriamente, não estará afirmada!

Reduzida a legislação a fatores os mais singelos, o modelo consensual excogitado assim se resume: ou pena ou pena. Ou pena antecipada, sem intermediação do processo, ou pena ao final com a intermediação do processo, sendo que nesta última hipótese remanesce ao imputado a chance de absolvição (se é que remanesce após o magistrado haver acenado, insistido com a aceitação da proposta, num necessário prejuízo – não verbalizado – da imputação). E tudo isso em troca apenas de favores de ordem processual: inexistência de sentença penal condenatória, rol dos culpados, reincidência.

Toda essa aporia decorre de o legislador imprudentemente haver encartado nos institutos da transação e da suspensão a conseqüência jurídica própria do direito punitivo, isto é, a sanção propriamente criminal. E nesse particular não pode haver ilusão ou equívoco: o *sursis* é medida penal de fundo não institucional, corporificando verdadeira sanção criminal. Assim, a extensão dos ônus e sujeições próprios da suspensão condicional da pena outra coisa não significa se não a aplicação de sanção genuinamente penal. E, note-se: a lei não prevê razões e motivos de ordem processual para estabelecer os requisitos da suspensão, mas os colhe de terreno outro, precisamente do direito penal, do princípio da culpabilidade. De outro lado, não faltarão aplicadores da lei, que na ligeireza peculiar – e porque é da natureza do *sursis* a aplicação de uma pena restritiva – conjugarão, na suspensão, condições próprias das penas restritivas ou condições de símile natureza, de entremeio nas condições judiciais.

Em suma, a novel legislação exige verdadeiramente uma "mudança de mentalidade". Essa mudança, contudo, não poderá conduzir o penalista a mentir os democráticos princípios fundantes de sua ciência.

2. DOUTRINA NACIONAL

DOS CRIMES ELEITORAIS

HERMES VILCHEZ GUERRERO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Crimes eleitorais e Direito Penal; 2.1 Conceito; 2.2 Natureza jurídica; 2.3 Notícia histórica; 2.4 Classificação; 2.5 Previsão topológica; 2.6 Divisão; 2.7 Dispositivos legais; 2.8 Punibilidade – 3. Crimes eleitorais e processo penal; 3.1 Considerações gerais; 3.2 Polícia judiciária eleitoral; 3.3 *Notitia criminis*; 3.4 Ação penal; 3.5 Assistência ao Ministério Público; 3.6 Procedimento; 3.6.1 Contestação; 3.6.2 Testemunhas; 3.6.3 Alegações finais; 3.6.4 Sentença e sua execução – 4. O Projeto de Lei 1.983, de 1991 – 5. Bibliografia.

1. Introdução

O presente trabalho não tem maiores pretensões e só se justifica pela sua simplicidade. Com ele procuramos fazer uma breve abordagem pelo que se deve entender por crimes eleitorais, traçando um brevíssimo relato de sua evolução histórica e do seu tratamento nos textos legais que existiram no país.

Não nos propusemos a fazer uma análise específica de cada tipo legal de crime, o que, evidentemente, não caberia aqui; ainda mais no momento em que se propõe sua alteração; apesar disso procuramos constatar as características gerais e algumas peculiaridades do Capítulo II, do Título IV do Código Eleitoral, que é destinado aos crimes eleitorais.

Em relação à matéria processual não foi outra nossa intenção, se não a de demonstrar, em leves pinceladas, como se dá o processo penal eleitoral e apontar suas similitudes e diferenças principais com o direito processual comum.

Os apontamentos aqui registrados surgiram de exposição que fizemos no "Curso de Direito Eleitoral", promovido pela Associação Mineira do Ministério Público e pela Procuradoria Regional Eleitoral sobre o tema.

A matéria em questão merece maior reflexão e, por conseqüência, a elaboração de monografia sistematizada sobre o tema, contudo, o que nos animou a publicar estes apontamentos é a raríssima bibliografia específica existente sobre o assunto.

2. Crimes eleitorais e Direito Penal

2.1 Conceito

Crimes eleitorais são as condutas tipificadas em razão do processo eleitoral e, portanto, puníveis em decorrência de serem praticadas por ocasião do período em que se preparam e realizam as eleições e ainda porque visam a um fim eleitoral. No entender de Hungria,[1] são "as infrações, penalmente sancionadas, que dizem respeito às várias e diversas fases de formação do eleitorado e do processo eleitoral".

2.2 Natureza jurídica

No Brasil, a divisão dos crimes políticos se dá entre os que atentam contra a

(1) "Crimes eleitorais". *Revista Eleitoral da Guanabara do Tribunal Regional Eleitoral*, ano I, n. 1, 1968, p. 129.

segurança nacional e a ordem política e social, pertencendo a esta última categoria tal modalidade de delinqüência. Assim não é só dever, mas também, interesse e objetivo do Estado reprimir tal modalidade de criminalidade.

Sendo os crimes eleitorais subdivisão dos crimes políticos[2] sua natureza jurídica é política; pois, como se sabe, esses são os cometidos contra a segurança nacional ou contra a ordem política e social, pertencendo a esta última subdivisão os crimes eleitorais. Como bem salienta Fávila Ribeiro:[3] "A inclusão dos crimes eleitorais na esfera de especialização política não é apenas decorrente da atitude assumida pelo legislador pátrio, retirando-os do contexto do Código Penal, fazendo-os inserir em capítulo da codificação eleitoral, é a própria natureza dos crimes eleitorais, afetando diretamente as instituições representativas, estruturas básicas da organização política democrática, que impõe sejam reconhecidos como crimes políticos."

Pode-se encontrar a justificação, para se afirmar tratar-se de crimes políticos analisando a teoria objetiva desses crimes,[4] que os considera assim levando em atenção o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de dano.

Como bem observado por Manzini,[5] essa modalidade de criminalidade "tem o caráter objetivamente político porque é desferido contra a personalidade do Estado e porque ofende a um interesse político do estado". Desse modo, conclui-se que os crimes eleitorais são crimes contra o Estado, especificamente contra a ordem política e disso mesmo decorre o grande interesse que o Estado tem de prevenir esses delitos.

Em todos os delitos eleitorais o sujeito passivo sempre é o Estado. Não é raro, contudo, nesses crimes, coexistirem mais de um sujeito passivo, havendo assim a proteção de mais de um interesse, quais sejam, um pertencente ao Estado e outro ao cidadão lesado ou ameaçado no exercício de seu direito. A esse respeito precisa é a lição do penalista italiano Vicenzo Manzini,[6] quando afirma que o crime eleitoral apresenta: "Caráter objetivamente político porque é desferido contra a personalidade do Estado e porque ofende a interesse político do cidadão, atingindo contemporânea e prevalentemente a interesse do Estado."

Essa duplicidade de dano pode ocorrer *v.g.*, quando um cidadão é impedido de votar, situação em que ocorrerá o fato típico do art. 297 do CEL, sendo lesados, isto é, sujeitos passivos, o próprio eleitor e o Estado. O primeiro por ser impedido de exercer seu dever-direito que lhe impõe e lhe assegura o Estado e este último por ser agredido na normalidade de sua atividade política.

2.3 Notícia histórica

A existência de infrações eleitorais parece co-existir com o próprio aparecimento das eleições. Já em Roma punia-se a cabala de votos praticada mediante dinheiro ou favores, quer exercida pelos candidatos quer pela *sodalícia*. A punição para essas condutas consistia em proibir aos pretendentes a cargos eletivos de envergarem, nos lugares públicos, trajes que os distinguissem como candidatos.

(2) Como bem assinala Carlos Augusto Canedo: "o conceito e a natureza jurídica do crime político estão longe de serem pacíficos". O mesmo autor informa ainda, em sua excelente obra *Crimes Políticos* (Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 57) que o primeiro a usar essa dominação foi Filangieri após 1789.

(3) *Direito eleitoral*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 472.

(4) Para um estudo mais aprofundado a respeito ver Carlos Augusto Canedo. Op. cit.

(5) *Apud* Fávila Ribeiro. Op. cit., p. 474.

(6) *Apud* Fávila Ribeiro. Op. cit., p. 474.

Também na Idade Média o chamado *ambitus* era reprimido. Isso ocorria, especialmente, nas repúblicas italianas; entretanto, e como já dito, ainda não se pode falar em efetiva repressão a esse tipo de criminalidade. A concreta preocupação com a correção do processo eleitoral e a representação popular só viria a ocorrer com a Revolução Francesa; pois, quando se dá a valorização do cidadão e da democracia popular, é natural que passe a haver real proteção ao sufrágio popular.

O Código Penal da França de 1810, que em tantos institutos inovou, neste particular não fez diferente, e, sob a denominação *Dês Crimes et délits relatifs à l'exercixe des droits civiques*, previu uma seção especial dedicada a essas condutas. Também nesse aspecto o Código Napoleônico foi imitado, notadamente pelos Códigos Penais da Alemanha, Bélgica, Holanda, Noruega, Chile, Colombia, dentre outros.

No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 apresentava o Título II que, sob a rubrica *Dos Crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos políticos dos cidadãos*, reservava aos crimes eleitorais os arts. 100 a 106 com redação bastante extensa e pormenorizada nas condutas e na quantidade das penas previstas.

O Código Penal brasileiro de 1890, no Título IV, tratava *Dos Crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais* e o fazia em quatro Capítulos que alcançavam os arts. 165 a 195, em redação bem mais apurada e com melhor técnica legislativa. Basta citar o exemplo do Capítulo I que protegia o livre exercício dos direitos políticos e, inteligentemente e até à frente do seu tempo, previa como pena, além da privação de liberdade e multa, a privação de direitos políticos.

O Código Penal vigente optou por omitir no conteúdo do seu texto matéria eleitoral, preferindo o legislador tratar desse assunto em legislação específica, como se verá adiante. No que se refere à previsão constitucional, é interessante observar que no Brasil todas as Constituições Federais fizeram referência à questão eleitoral.

A primeira lei eleitoral a vigorar no país foi a Lei 387, de 19.08.1846, não fazendo referência a sanção penal, mas somente, a multas aplicadas administrativamente. Mais tarde, em 1881, surgiria a denominada Lei Saraiva (Lei 3.022, de 09 de janeiro). Com esse documento, surgido para complementar o Código de 1830, passa a haver uma regular sistematização dos crimes eleitorais, com sanções penais de privação de liberdade, de multa e de restrições de direitos. No início do século XX, apareceriam duas leis especiais para complementar a legislação então existente: sendo as Leis 1.269, de 15.11.1904 e 3.208 de 27.12.1916.

Efetivamente, só surge um Código Eleitoral em 24.02.1932, com o Decreto 21.076. Com essa nova previsão legislativa, passa a haver uma melhor distribuição da matéria, dedicando-lhe o Título II, sendo todos delitos inafiançáveis e de ação penal pública, contendo um capítulo reservado à ação penal, outro aos delitos eleitorais e um único artigo para prever os crimes, em 28 parágrafos.

Já em 1935, surgiria novo Código Eleitoral, com a Lei 48, de 04.05.1935, que no seu Título II, dividido em dois capítulos, regulava a matéria penal, reservando o art. 183 e seus 34 itens para a previsão de crimes, todos inafiançáveis.

Com o Decreto-lei 7.586, de 28.01.1945, é que a criminalidade eleitoral passa a ser tratada exclusivamente em lei especial; pois, esta já havia sido retirada do Código Penal de 1940; apesar de ser considerada a legislação mais deficiente sobre o assunto. Esse texto restringiu, no seu art. 123, vinte oito hipóteses de crimes eleitorais remetendo todo o processo eleitoral à legislação comum. A

Lei 1.164, de 24.07.1950, que passaria a ser o Código Eleitoral de 1950, basicamente, manteve a mesma sistematização da legislação anterior.

Atualmente, está em vigor a Lei 4.737, de 15.07.1965 que, a respeito de matéria criminal, apresenta o Título IV, com três capítulos pertinentes, sendo o primeiro reservado às disposições preliminares; o segundo para prever os crimes eleitorais e o último destinado ao processo desses delitos.

2.4 Classificação

A doutrina é muito controversa a respeito da classificação desses delitos, havendo sugestões de que essa deva ocorrer segundo o sujeito ativo, o bem jurídico lesado, ou até mesmo considerando o momento consumativo do crime. Hungria,[7] informa que há dois critérios diversos: o primeiro, observando o modo de execução (violência, fraude, corrupção) e o segundo, considerando o momento ou as fases de preparação ou realização do processo eleitoral (propaganda, alistamento, votação, apuração). Propõe, contudo, outra classificação, embora reconheça sua imperfeição: "a) abusiva propaganda eleitoral (arts. 322 a 337); b) corrupção eleitoral (art. 299); c) fraude eleitoral (arts. 289 a 291, 302, 307, 309, 310, 312, 315, 317, 319, 321, 337, 339, 340, 348, 349, 352, 353, 354); d) coação eleitoral (arts. 300 e 301); e) aproveitamento econômico da ocasião eleitoral (arts. 303 e 304); f) irregularidade no ou contra o serviço público eleitoral (os demais artigos do Cap. II do Título IV)".

Por sua vez, Antônio Citadini [8] apresenta diferente sugestão para classificar os crimes eleitorais. Para ele, o que se deve ter em conta, são as fases do processo eleitoral: "1. Crimes eleitorais no Alistamento Eleitoral (arts. 289 a 295); 2. Crimes Eleitorais no Alistamento Partidário (arts. 319 a 321); 3. Crimes Eleitorais na Propaganda Eleitoral (arts. 299 a 304 e 322 a 338); 4. Crimes Eleitorais na Votação (arts. 297, 298, 305 a 312); 5. Crimes Eleitorais na Apuração (arts. 313 a 319); 6. Crimes Eleitorais no Funcionamento do Serviço Eleitoral (arts. 296, 339 a 354)".

O professor Fávila Ribeiro[9] sugere classificação diferente, considerando os bens lesados ou colocados em perigo através do comportamento do sujeito ativo:

"Crimes Eleitorais: I – lesivos à autenticidade do processo eleitoral; II – lesivos ao funcionamento do serviço eleitoral; III – lesivos à liberdade eleitoral; e IV – lesivos aos padrões éticos ou igualitários nas atividades eleitorais."

Embora nenhum critério de classificação seja absolutamente satisfatório, parece-nos que o melhor sistema é o apresentado pelo Procurador do Rio Grande do Sul, Joel José Cândido,[10] até por ser o mesmo utilizado ao analisar os crimes comuns previstos no Código Penal, que, como se sabe, são agrupados segundo o bem jurídico especificamente protegido. Deste modo, tal classificação deve ser feita observando qual o bem jurídico especificamente ameaçado ou lesado:

"1. Crimes contra a Organização Administrativa da Justiça Eleitoral: art. 294; arts. 305 a 306; art. 310; art. 318 e art. 340. 2. Crimes Contra os Serviços da Justiça Eleitoral: arts. 289 a 293; art. 296; art. 303; arts. 341 a 347; art. 11 da Lei 6.091/74; art. 45, § 9.º e 11; art. 47, § 4.º ; art. 68, § 2.º; art. 71, § 3.º; art. 114, parágrafo único e art. 120, § 5.º, todos do CEl. 3. Crimes Contra a Fé Pública Eleitoral: arts. 313 a 316; arts. 348 a 354; art. 15 da Lei 6.996/82 e art. 174, § 3.º,

(7) Op. cit., p. 134.

(8) *Código eleitoral anotado e comentado.* São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 291.

(9) Op. cit., p. 476.

(10) *Direito eleitoral brasileiro.* 3.ª ed., Bauru: Edipro, 1992, p. 239.

do CEl. 4. Crimes Contra a Propaganda Eleitoral: arts. 322 a 337. 5. Crimes Contra o Sigilo e o Exercício do Voto: art. 295; arts. 297 a 302; arts. 307 a 309; art. 312; art. 317; art. 339; art. 5.º da Lei n. 7.021/82 e art. 135, § 5.º do CEl. 6. Crimes Contra os Partidos Políticos: arts. 319 a 321; art. 338 e art. 25 da Lei Complementar 064/90."

2.5 Previsão topológica

Questão das mais discutidas e controvertidas, é a que se refere à previsão topológica dos crimes eleitorais, diz respeito à indagação de qual texto final deve tratar desses delitos. Para alguns, devem ser eles previstos em legislação especial e, portanto, fora do Código Penal. Entre os defensores dessa posição, destaca-se Zanardelli:[11] "Os dispositivos penais em matéria eleitoral são essencialmente conexos com os que regulam as apurações eleitorais, e de sua natureza versátil segundo as necessidades, costumes e hábitos do corpo eleitoral se segue que tais dispositivos, antes que no código penal comum, devem melhormente ser previstos na respectiva lei eleitoral, a cujas prescrições se ajustarão."

Por outro lado, há os que defendem a inclusão dos tipos penais eleitorais no próprio Código Penal. O principal defensor dessa corrente é Manzini,[12] que critica a legislação italiana por assim não fazê-lo, cujo argumento também se pode aplicar ao nosso sistema legal:

"Ao invés da atual, desordenada, casuística, incorreta e ineficaz legislação penal eleitoral, bastariam três dispositivos bem elaborados do Código Penal."

Com efeito, não vemos razão para tratar de matéria eleitoral criminal em legislação extravagante. Somos de opinião que as leis especiais devem ser restringidas ao máximo possível para evitar casuísmos e constantes mudanças legais a cada eleição. A tipificação de condutas em título próprio do Código Penal que *lege ferenda* poderia ser o destinado aos "crimes contra o Estado Democrático e Direitos Políticos".[13] Assim se evitaria a repetição de previsão de condutas já tratadas no Código Penal que por si só já cuidam do tema. Aliás, segundo informa Carlos Augusto Canedo,[14] assim se posiciona o Código Penal português de 1982 que prevê os crimes eleitorais no Título V, sob a rubrica *Dos Crimes Contra o Estado.*

2.6 Divisão

A exemplo do que ocorre com outras matérias penais, há os crimes eleitorais chamados específicos ou puros, ou seja, aqueles que só podem ser praticados na esfera eleitoral e cuja existência depende do processo eleitoral. Na Lei 4.737, de 15.07.1965, são exemplos desses crimes os tipos penais dos arts. 289, 290, 291, 292, dentre outros.

Por outro lado, há os chamados crimes acidentais, que são os que embora também previstos em outros textos legais que não o Código Eleitoral, incidem nas infrações eleitorais, desde que cometidos com o fim de ofender o bem jurídico protegido no texto positivo eleitoral. Dentre esses, são exemplos perfeitos os crimes contra a honra que, previstos no Código Penal, podem ser de competência da justiça eleitoral, desde que praticados "na propaganda eleitoral ou visando fins eleitorais".

(11) *Apud* Nelson Hungria. Op. cit., p. 131.
(12) *Apud* Nelson Hungria. Op. cit., p. 131.
(13) Nos últimos 10 anos essa tendência aumentou no Brasil, havendo sido, inclusive, preparado anteprojeto de lei nesse sentido sob recomendação do então Ministro da Justiça Saulo Ramos.
(14) Op. cit., p. 137.

2.7 Dispositivos legais

As normas de caráter penal e processual penal estão previstas do Título IV em três capítulos da Lei 4.737, de 15.07.1965. O Capítulo I, denominado "disposições preliminares", engloba os arts. 283 a 288 e estipula os princípios gerais e funciona como se fosse uma "parte geral" do texto, no que se refere à matéria penal.

Assim, o art. 283 informa quem é considerado membro e funcionário da Justiça Eleitoral, cumprindo o mesmo papel do art. 327 do CP. Cabe aqui observar que o conceito desses servidores é muito mais amplo que o do direito comum e predomina sobre este pois é específico.

No Capítulo II, entre os arts. 289 a 354, há previsão de um total de 62 tipos penais, havendo 104 verbos, sendo que a conduta "alterar" está presente quatro vezes e o verbo "promover" aparece três. Como se constata, esse capítulo é bastante longo e exaustivo na enumeração das condutas proibidas.

Podemos fazer algumas considerações de caráter genérico a este capítulo, como observar que o sujeito passivo é sempre o Estado e, embora não se possa negar que seja ele o ofendido pela conduta do sujeito ativo, também há de se reconhecer que não raro haverá um sujeito passivo indireto ou mediato que poderá ser, *v.g.*, o eleitor, como no caso do art. 297,ou o partido político ou o candidato a cargo eletivo como no caso do art. 315, ambos do CEl.

No que se refere ao sujeito ativo, o texto legal é farto ao determinar-lhe expressamente uma qualificação, como ocorre nos arts. 291 a 343, "juiz"; 292, "autoridade judiciária"; 294, "preparador"; 300, "servidor público"; 310, "membro da mesa receptora"; 311, "presidente da mesa receptora"; 313, "juiz e membro da junta"; 319 e 320, "eleitor"; 337 "estrangeiro". Muitas vezes essa qualificação opera como causa de aumento de pena ou qualificadora como no art. 339 – parágrafo único, art. 340, parágrafo único, art. 348, § 1.º, e art. 350, parágrafo único.

O legislador eleitoral usa e abusa dos denominados *elementos normativos* do tipo que, como se sabe, irão exigir do intérprete uma valoração do seu significado. Assim, encontramos, por exemplo, nos art. 292, "sem julgamento legal"; 303, "utilidade e serviços necessários"; 310, "irregularidade que determine anulação"; 322, "fora de período atendido"; 324, 325, 326, "na propaganda eleitoral"; 329, "coisa tombada" e art. 344, "sem justa causa".

É interessante observar que não há um único tipo penal culposo, embora algumas das condutas previstas possam ser cometidas por culpa, especialmente por negligência; como, por exemplo, pode-se apontar os arts. 292, 295, 306, 310, 314, 316; evidentemente, que, à luz do parágrafo único do art. 18 do CP, não há de se falar em punição, pois essas condutas carecem de previsão legal típica sob a forma culposa.

Parece excesso de rigor a previsão como crime de algumas das condutas elencadas no texto legal. Como exemplo, pode-se citar os tipos penais dos arts. 338 e 341. Também é exageradamente elevada a punição da conduta prevista no art. 316, que hoje estipula pena de até cinco anos de reclusão.

O estudo de muitos tipos penais pode ser facilitado e enriquecido através da utilização da bibliografia destinada ao exame dos delitos comuns, pois em vários casos há correspondência entre estes e aqueles.[15]

[15] Como exemplo pode-se apontar os arts. 299 c/c os 317 e 333; 300 e 301 c/c 146; 324 c/c 138; 325 c/c 139; 326 c/c 140; 328 c/c 163 e 165; 348 c/c 297; 349 c/c 298; 350 c/c 299; 352 c/c 300, dentre outros (os primeiros referem-se ao Código Eleitoral e os segundos ao Código Penal).

2.8 Punibilidade

Os crimes eleitorais, a exemplo dos crimes comuns, são punidos com penas privativas de liberdade (reclusão ou detenção) e pecuniária (multa); além da perda do registro ou diploma eleitoral e, ainda, com a suspensão de atividades eleitorais.

Note-se que nessa legislação há, no mínimo, uma curiosidade; uma vez que há vários tipos penais aos quais não é estipulada pena, nem de reclusão, nem de detenção; mas somente, pena de multa; o que contraria frontalmente o art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal que expressamente considera crime como "a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente quer cumulativamente com a pena de multa". Tal impropriedade ocorre nos arts. 292, 294, 303, 304, 306, 313, 320, 338 e 345 do CEl pois na previsão de pena: – "pagamento de 30 (trinta) a 60 (sessenta) dias-multa não se faz referência à pena privativa de liberdade o que, como já dito, contraria toda a dogmática jurídico-penal; pois sempre que a pena de multa é prevista para crime, deve ser acompanhada de uma pena privativa de liberdade, que poderá ser estipulada cumulativa ou alternativamente. Como é sabido a pena de multa só é prevista desacompanhada quando se trata de punição a contravenção penal.

A legislação eleitoral, ao prever as sanções penais, quase sempre silencia-se a respeito da cominação da pena de cada tipo legal, quando deveria referir-se ao mínimo a ser observado na fixação da quantidade de pena privativa de liberdade. Na realidade, não se trata de uma omissão nem de descuido do legislador; é que, sempre que os tipos legais se calarem sobre tal fato, o mínimo aplicável para os crimes punidos com detenção será de quinze dias, e de um ano para os delitos punidos com reclusão, pois é isso que expressamente determina o art. 284 do CEl, localizados no Capítulo I, que estipula as disposições gerais.

No que se refere à pena de multa, há algumas observações importantes que devem ser feitas, como, por exemplo, a de notar que, enquanto o valor pago na multa por condenação por crime comum é recolhido ao *fundo penitenciário*, o valor da multa por crime eleitoral destina-se ao *Tesouro Nacional*, sendo que, nos crimes comuns, o valor fixado será, no mínimo, de dez dias-multa e, no máximo, trezentos e sessenta. Isto não se repete nos crimes eleitorais, os quais poderão ter a quantidade de dias-multa de no mínimo um e no máximo de trezentos. Da mesma forma, o valor mínimo de um dia-multa, nos delitos previstos no Código Penal, será de 1/30 do salário mínimo e, no máximo, de cinco vezes o valor deste, o que não ocorre nos crimes eleitorais, pois se o valor mínimo é também de 1/30 do salário mínimo, o valor máximo será de um salário mínimo.

No mais, deve-se observar que todas as outras normas previstas no Código Penal sobre multa, inclusive sobre sua execução, são aplicáveis aos crimes eleitorais, em conformidade com o disposto no art. 12 do próprio CP.

É mister observar que na legislação especial podem se encontradas, pelo menos, três exceções à regra da diminuição da pena do crime tentado em relação ao crime consumado. Como bem determina o art. 14 do CP: "Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços". Como já mencionado, há três tipos penais que impedem a aplicação da regra geral, pois existe disposição expressa em contrário, já que os núcleos dos tipos legais dos arts. 309, 312 e 317 prevêm, respectivamente, as condutas "Votar ou tentar votar", "Violar ou tentar violar (...)". "Violar ou tentar violar o sigilo do (...)". Parece inequívoco que, apesar disso, a pena não deve, necessariamente ser a

mesma, já que o julgador, ao fixar a pena-base, em conformidade com o estipulado no art. 59 do CP, deverá à luz da *culpabilidade e das conseqüências do crime* tratar com maior reprovação o comportamento do agente que, por exemplo, efetivamente votou duas vezes, do que a conduta daquele que havendo tentado votar mais de uma vez não conseguiu fazê-lo.

3. Crimes eleitorais e processo penal

3.1 Considerações gerais

A Constituição Federal não estabeleceu a competência da Justiça Eleitoral, devendo a mesma ser estipulada por lei complementar. É, entretanto, pacífico o entendimento de que cabe-lhe a missão de processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, assim como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o mandado de injunção, quando se tratar de matéria eleitoral.

Os órgãos da jurisdição eleitoral são o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Juízes Eleitorais. Estes últimos não são vitalícios, como reza a Constituição Federal no seu art. 121, § 2.º: "Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

§ 2.º Os juízes dos tribunais, os juízes eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo (...)".

A competência do Tribunal Superior Eleitoral é *ratione materiae* e não *ratione personae* e ocorre em grau de recurso.

Os Tribunais Regionais Eleitorais têm competência *ratione personae* para processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, conforme determinado pela CF nos arts. 96, inc. III, e 108, inc. I, "a". Via de regra, não cabe recurso das suas decisões para o TSE, salvo nos casos enumerados do art. 121, § 4.º da CF. É a seguinte a redação dos textos mencionados:

"Art. 96. Compete privativamente: (...)

III – aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Federal.

(...)

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I – Processar e julgar, originariamente:

a) Os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Federal. (...)

(...)

Art. 121 (...)

§ 4.º Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

I – forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;

II – ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;

III – versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;

IV – anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;

V – denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção."

Aos Juízes Eleitorais compete processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes sejam conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais, assim como decidir sobre *habeas corpus* e mandado de segurança, em matéria eleitoral, desde que

essa competência não seja atribuída privativamente à instância superior.

O Direito Eleitoral possui suas próprias regras de processo penal criadas especialmente para regular e aplicar o direito (material) eleitoral. No entanto, à luz do art. 364 do próprio CEl, subsidiariamente se aplica o Código de Processo Penal comum.[16]

As normas processuais penais em matéria eleitoral não foram criadas pelo diploma legal vigente, pois já o previam os textos de 1932 (arts. 110 a 118); 1935 (arts. 185 a 194) e o de 1950 (arts. 176 a 184).

3.2 Polícia judiciária eleitoral

A Constituição Federal, no art. 144, § 1.º, inc. IV, determina a competência exclusiva da Polícia Federal para atuar como polícia judiciária da União, razão pela qual, se seguida *ipsis literis* a letra da lei, é de se concluir que só a Polícia Federal poderia reprimir os delitos eleitorais. Apesar disso, o entendimento predominante tem sido de que a competência da Polícia Federal não deve ser tida como exclusiva, mas sim como concorrente. É esse o ensinamento de Paulo Lúcio Nogueira:[17] "E não havendo uma Polícia Federal, que tem atribuição em todo o país, devidamente aparelhada para cumprir sua missão, cabe à Polícia Estadual suprir essa falha, abrindo inquéritos quando necessário".

3.3 Notitia criminis

O art. 356 do CEl afirma que todo cidadão que tome conhecimento de infração penal eleitoral deve comunicá-la ao Juiz Eleitoral da Zona onde o fato se verificou. Claro está que nada impede que, diante do caráter de serem os crimes eleitorais de ação penal pública incondicionada, a comunicação dessa ocorrência seja feita perante o representante do Ministério Público ou diante do Delegado de Polícia.

Ao tomar conhecimento dessas informações, poderá o representante do Ministério Público oferecer denúncia ou requerer ao magistrado seu arquivamento que não concordando com isto, deverá remeter tais informações ao Procurador Regional Eleitoral, podendo este oferecer a denúncia, designar outro Promotor de Justiça para oferecê-la ou, ainda, insistir no pedido de arquivamento, com o que terá o Juiz que se resignar. É o que dispõe o texto legal.[18]

O prazo para apresentar a denúncia será de dez dias, conforme estipulado no art. 357 do CEl, não havendo diferença se o denunciado estiver preso ou solto.

Caso o representante do Ministério Publico não efetue a denúncia no prazo legal, poderão ocorrer quatro hipóteses:

a) sua responsabilização penal de acordo com o art. 342 do CEl;

b) sua responsabilização disciplinar, devendo o Juiz representar junto ao Procurador Regional Eleitoral;

c) a solicitação ao Procurador Regional Eleitoral que designe outro Promotor para que ofereça denúncia;

d) o oferecimento de ação penal privada subsidiária.[19]

3.4 Ação penal

No processo eleitoral a ação penal será sempre pública, incondicionada.[20] Assim, se essa for apresentada perante o Juiz

(16) Como se sabe às normas processuais não penais aplica-se supletivamente o Código de Processo Civil.

(17) *Questões processuais penais controvertidas*. 2.ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1979, p. 52.

(18) É o que dispõe o art. 357, § 1.º do CEl.

(19) Defendemos esta possibilidade como se verá no item 3.4.

(20) Pensamos que essa afirmativa não pode ser tida como absoluta, como se verá adiante.

Eleitoral, deverá ser ofertada pelo Promotor de Justiça investido de atribuições eleitorais; caso a acusação seja formulada perante o Tribunal Regional Eleitoral, a mesma será elaborada pelo Procurador da República que oficie perante esse Tribunal na condição de Procurador Regional Eleitoral. Quando a denúncia for recebida no Tribunal Superior Eleitoral, seu oferecimento é de responsabilidade do Procurador Geral Eleitoral que também é o Procurador Geral da República ou o Vice-Procurador Geral Eleitoral.

Sendo a ação penal a peça que provoca a instauração do processo, é importante observar que no Código Eleitoral só está prevista uma modalidade de ação penal: a *ação penal pública incondicionada.* Assim, o legislador eleitoral não previu a ação penal pública condicionada que exige a representação do ofendido e muito menos a ação de iniciativa privada em que o ônus acusatório fica a cargo do ofendido. Certamente, o que motivou o legislador a assim agir, é o fato de ser o Estado, sempre o sujeito passivo. Nada mais lógico, então, que caiba a ele próprio a responsabilidade da acusação, o que ocorrerá por intermédio do Ministério Público.

À luz do art. 357 e seus parágrafos do CEl discute-se sobre a existência ou não de ação penal privada subsidiária nesses crimes. É que esse Código determina no art. 357, § 4.º que, quando o órgão do Ministério Público não oferecer denúncia no prazo legal, devem os autos ser remetidos à Procuradoria Regional Eleitoral, para que o responsável por essa Procuradoria designe outro Promotor de Justiça com o fim de sanar a omissão do faltoso, o que se dará sem prejuízo de sua responsabilização administrativa e penal como conseqüência por sua negligência.

Não se pode, contudo, afirmar sem receio de errar que não possa existir ação penal privada substitutiva da ação penal pública; pois parece-nos ser possível alegar-se que nos crimes eleitorais não tem aplicação o art. 5.º, inc. LIX da CF. Assim, há quem afirme que não existe ação penal privada subsidiária no Direito Eleitoral, havendo, nesse caso, exceção à regra da norma constitucional. *Data venia*, parece-nos que não assiste razão aos que assim pensam, pois entendemos que não se pode restringir em lei ordinária aquilo que o legislador constituinte não restringiu. Assim, somos de opinião que, se a Constituição Federal não limitou o exercício da ação penal privada subsidiária, seu exercício não poderá ser impedido quando em consonância com o Código de Processo Penal, pois a norma prevista no Direito Eleitoral não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

O problema está em determinar quem será o titular do direito de intentar essa ação penal subsidiária. Pensamos que ela poderá ser exercida nas mesmas hipóteses em que seja cabível a assistência acusatória. Desse modo os que podem se habilitar como assistentes, também poderão fazê-lo para oferecer queixa-crime; mas nos demais casos, efetivamente não será isto possível por absoluta falta de legitimação para a causa.

3.5 Assistência ao Ministério Público

É admitida desde que se demonstre a ofensa ao interesse particular, o que se dará conforme as normas pertinentes do Código de Processo Penal previstas nos arts. 268 a 273 em nada se diferenciando quando se tratar de processo penal eleitoral.

3.6 Procedimento

Todos os crimes, com qualquer pena prevista, terão o mesmo procedimento, observando-se apenas que se a acusação recair sobre conduta punida com reclusão, o número de testemunhas será de oito; caso a punição seja de detenção, o número de testemunhas que poderão ser arroladas será de cinco.

3.6.1 Contestação

Recebida a ação penal e efetuando-se regularmente a citação do acusado, terá este dez dias para *contestar* a acusação; o que deverá ser feito através de advogado, devendo, nesta ocasião, juntar os documentos de seu interesse e arrolar testemunhas em seu favor.

A lei eleitoral codificada não prevê o interrogatório como ato processual, entretanto, entendemos que tem razão Walter P. Acosta [21] quando defende a tese de que se o acusado manifesta o desejo de se fazer ouvir pessoalmente pelo Juiz, este deverá interrogá-lo: "A lei não prevê o interrogatório do acusado. Entretanto, o juiz não poderá recusar-lhe o direito de prestar declarações pessoais, se o requerer no prazo da contestação e, de qualquer forma, deverá qualificá-lo, como meio de individualização".

3.6.2 Testemunhas

As testemunhas serão ouvidas, em data designada pelo Juiz, o que poderá ocorrer fora da comarca quando aí não se encontrarem; poderá também designar o magistrado diligências, caso julgue necessário.

3.6.3 Alegações finais

O prazo de vistas será aberto primeiramente à acusação e, em seguida, à defesa, por cinco dias, para que apresentem alegações finais. Embora o art. 360 do CEl não se refira à defesa, é evidente que tanto o Juiz como o Ministério Público e a própria defesa poderão requerer diligências, pois, se assim não fosse, haveria grave lesão ao princípio constitucional do contraditório (art. 5.º, inc. LV da CF). Melhor seria a redação desse artigo se fosse modificado quando diz "pelo Ministério Público" por "...praticadas as diligências requeridas pelas partes..."

3.6.4 Sentença e sua execução

Protocolizadas as alegações finais pelas partes, terá o Juiz dez dias para prolatar sentença, que se deve igualar à sentença por crimes comuns devendo esta observar as normas a respeito previstas no Código Processual Penal (arts. 381 a 393).

A execução da pena privativa de liberdade é efetuada no juízo das execuções penais, em tudo se aplicando a Lei 7.210, de 11.07.1984 (LEP). Note-se que não há estabelecimentos prisionais especiais para os condenados por infrações penais eleitorais e nem poderia ser encontrada justificativa para que isso ocorresse. Na execução da pena de multa procede-se conforme o disposto nos arts. 164 a 170 da Lei 7.210, de 11.07.1984 (LEP).

4. O Projeto de Lei 1.983, de 1991

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados projeto de lei de autoria do Deputado pernambucano Nilson Gibson que altera alguns dispositivos do Código Eleitoral. Esse projeto, além de modificar normas não penais também propõe alterações nesse campo; assim, ao art. 299 do CEl é acrescido parágrafo único em que o legislador, valendo-se do instituto da paratipologia, estabelece:

"Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias multa".

"Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas o candidato ou partido político que a partir da data da Convenção e até 30

(21) *O processo penal.* Rio de Janeiro: Coleção Jurídica da Editora do Autor, 1989, p. 535.

(trinta) dias após a eleição fizer doações ou der contribuições a eleitores, grupos de eleitores ou associações de qualquer natureza."

É preciso observar que nesse parágrafo, certamente, por total descuido do legislador, há uma equiparação de pena ao *candidato* e ao *partido político* que incorrerem na conduta descrita na referida norma. Será muito interessante verificar o procedimento desenvolvido por quem de direito para aplicar e executar a condenação de pena de reclusão a partido político.

Pelo projeto de lei, os tipos penais dos arts. 319 e 320 do mencionado Código passam a apresentar nova redação, estando assim previstos:

"Art. 319. Deixar, o candidato ou responsável por Partido Político, de prestar contas das quantias recebidas e dos gastos de campanha eleitoral:

Pena – pagamento de 90 a 120 dias-multa e perda do diploma do eleito ou suplente no caso de candidato."

"Art. 320. Omitir, dolosamente o candidato ou o responsável por Partido Político, doações ou despesas na prestação de contas de campanha:

Pena – pagamento de 60 a 90 dias-multa e perda do diploma de eleito ou suplente no caso de candidato e seus candidatos na forma dos demais critérios do presente artigo."

Provavelmente, deve-se à C.P.I do "Caso Collor" (em que vieram a público os meios utilizados para adquirir verbas para a campanha pelo candidato a Presidência da República) a provocação da mudança da lei, pondo fim parcialmente à tolerância e, por que não dizer, hipocrisia que imperava. Pois como é do conhecimento público, doações a candidatos e a partidos políticos sempre ocorreram; melhor então que sejam feitas à luz do dia, sabendo-se o nome dos que contribuem e o dos que recebem Como se sabe, esse procedimento passou a ser realizado por meio da utilização do bônus eleitoral.

Por sua vez, o art. 321 passaria a ter nova redação com o fim de procurar evitar os excessos, no que se refere ao recebimento de doações acima dos limites permitidos e o de realizar despesas de campanha além do permitido. Como se constata, trata-se de norma penal em branco, pois está a exigir uma complementação no seu preceito para delimitar quais as fronteiras do que é lícito. Tal regulamentação e encontrada no art. 35 da Lei 8.713, de 30.09.1993, que atendendo ao pensamento comum da sociedade, passou a permitir doações a partidos políticos e a candidatos, desde que observados determinados critérios.

Interessante notar que a exemplo do que já ocorre na lei vigente, [22] no caso do texto projetado, não há previsão de pena privativa de liberdade, mas, tão-somente, de pagamento de multa e de perda de registro caso o fato seja praticado por candidato.

Eis a transcrição literal do texto:

"Art. 321. Receber doações acima dos limites permitidos ou de fontes ilícitas ou realizar despesas de campanha eleitoral superior ao limite estipulado:

Pena – pagamento de 90 a 120 dias-multa no caso de dirigente partidário, e perda do registro, no caso de candidato.

Parágrafo único. Deixar o banco privado ou oficial de fornecer no prazo estipulado pela autoridade judicial requerente o extrato de conta do candidato investigado.

Pena – pagamento de 100 dias-multa por dia excedente."

Como se constata, esse parágrafo é derivado do *caput* do art. 321 e, portanto, por assim dizer, "não tem vida própria" podendo-se concluir, desse modo, que se está diante também de um tipo penal,

(22) São exemplos disso os arts. 292, 294, 303, 304, 306, 313 e 320 do CEl.

sendo por isso mesmo sua sanção de natureza penal. Contudo, surge aqui uma indagação: pode haver punição criminal para pessoa jurídica ("banco")? Em que pesem algumas posições em favor dessa possibilidade, à luz do ordenamento jurídico-penal vigente no País, a resposta só pode ser negativa, razão pela qual, topologicamente o previsto nesse parágrafo, melhor se enquadraria se colocado fora do Título IV do Código Eleitoral, que é o destinado à matéria penal.

Outra modificação legal que se propõe é a do art. 323 do CEl que passaria a ser um tipo penal misto alternativo, pois é acrescido de "ou alegar indevidamente e sem autorização, apoio de pessoa ou entidade para determinado candidato ou partido capaz de causar grande repercussão na opinião pública". É de fácil verificação que sua redação não está de acordo com o *princípio da reserva legal*, pois não prevê conduta precisamente determinada; mas, ao contrário, prevê conduta vaga abusando de *elementos normativos* ("indevidamente", "sem autorização"), exigindo ainda que tal comportamento seja capaz de "causar grande repercussão na opinião pública". Mais uma vez o legislador define crime sem estipular pena privativa de liberdade, que, como já foi dito anteriormente, deve ocorrer quando se tratar de delitos.

Por último, preocupou-se o projeto em velar pela lisura das ocorrências de prévias eleitorais, pesquisas de opinião pública e da sua divulgação por meio de comunicação social. Eis o texto do projeto:

"Art. 329. Dar, oferecer, prometer solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra vantagem para favorecer candidato ou partido em prévias, pesquisas de opinião pública ou divulgação por meio de comunicação social.

Pena – detenção até seis meses e cassação do registro se o responsável for candidato".

5. Bibliografia

ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 8.ª ed., Rio de Janeiro: Coleção Jurídica da Editora do Autor, 1989, 600 p.

BRASIL. *Código eleitoral*. Lei n. 4.737 de 15.07.1965.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 3.ª ed., São Paulo: Edipro, 1992.

CITADINI, Antônio Roque. *Código eleitoral anotado e comentado*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

FÁVILA RIBEIRO. *Direito eleitoral*. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, 620 p.

GONÇALVES DA SILVA, Carlos Augusto Canedo. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, 152 p.

HUNGRIA, Nelson. *Crimes eleitorais*. Revista Eleitoral da Guanabara do Tribunal Regional Eleitoral. Rio de Janeiro: Ano 1; n. 1, jan-jul. 1968.

NASCIMENTO, José Anderson. *Propaganda eleitoral*. Aracaju: Universidade Federal de Sergipe, Centro Editorial e Audiovisual, jun./1994, 71 p.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *A investigação policial dos crimes eleitorais frente à nova Constituição*. Porto Alegre: Ajuris: n. 52, p. 103-117, jul./1991.

2. DOUTRINA NACIONAL

A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO DEVE SER APLICADA A TODAS AS INFRAÇÕES PENAIS PREVISTAS NA LEI 9.099/95

JOÃO JOSÉ LEAL

SUMÁRIO: 1. Apoio geral dos juristas à nova lei criminal; 1.1 Discurso entusiástico da doutrina; 1.2 Entusiasmo compreensível; 1.3 Abandono do princípio puro da obrigatoriedade da Ação Penal Pública; 1.4 A vítima como redutor pré-processual e informal do princípio da obrigatoriedade da Ação Penal Pública; 1.5 Prática policial da conveniência do inquérito para os crimes de bagatela; 1.6 O Ministério Público e a verdadeira prática do princípio da obrigatoriedade da Ação Penal – 2. Laconismo da LJECC na disciplina da suspensão condicional da lei – 3. O MP e a proposta de suspensão condicional do processo – 4. Suspensão condicional do processo e a grave contradição da Lei 9.099/95 – 5. Não devemos ser mercadores de utopias.

1. Apoio geral dos juristas à nova lei criminal

Passado o período de *vacatio legis* e já com alguns meses de vigência, é possível avançar algumas opiniões e impressões sobre a Lei 9.099, de 26.09.1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (LJECC).

A primeira impressão que gostaria de registrar é a de que a nova Lei foi recebida com um entusiasmo praticamente unânime, pelos operadores do Direito Penal.

Tamanha manifestação de simpatia e boa vontade, em relação a uma nova lei criminal, há muito tempo não se verificava em nosso país.

Basta lembrar que a Reforma Penal, introduzida pela Lei 7.209/84, embora tenha contribuído para o abrandamento geral do nosso sistema punitivo (arrependimento posterior e participação de menor importância, como causas gerais de redução da pena, diminuição do período de cumprimento da pena para concessão do livramento condicional, *sursis* etário, penas de multa e restritivas de direitos substitutivas da pena privativa de liberdade) não mereceu a mesma compreensão e o mesmo tratamento da parte dos penalistas. Muitos destes levantaram suas vozes e se insurgiram contra as inovações mais liberais e amenizadoras da Reforma, por acreditarem que o sistema punitivo perderia sua completa eficácia de controle social e que o caos acabaria por prevalecer.

Mais recentemente, a Lei 8.072/90, que define os crimes hediondos e a Lei 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), não escaparam à crítica severa dos penalistas que a estudaram.

Com relação à Lei dos Crimes Hediondos, a obra de Alberto Silva Franco representa a síntese muito bem formulada do pensamento crítico ao infeliz texto legal (*Crimes Hediondos*. São Paulo: Ed. RT, 1992). Eu mesmo já escrevi que, "tantas são as imperfeições e contradições da Lei 8.072/90, tantas são as afrontas aos princípios constitucionais penais e aos prin-

cípios básicos do Direito Penal contemporâneo, enfim, tamanha é a carga punitiva contida em seu texto, que a única alternativa aceitável seria a de sua abrogação pelo Congresso Nacional" (*Crimes Hediondos*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 150).

1.1 Discurso entusiástico da doutrina

Com a Lei 9.099/95 nada disto ocorreu. A reação dos magistrados, promotores de justiça, advogados, professores e penalistas foi francamente favorável ao seu texto e a sua nova proposta de justiça criminal para os crimes de menor e de médio potencial ofensivo (punidos com pena igual ou inferior a um ano), representada pela transação penal e pela suspensão do processo. Da doutrina até aqui produzida, pudemos compilar as seguintes posições a respeito da Lei 9.099/95, em sua parte criminal, todas publicadas no *Boletim do IBCCrim* n. 35, nov./95.

1. "O advento dos Juizados Especiais se configurará em um divisor de águas na história do Poder judiciário brasileiro, porque a tão aguardada lei é completamente diferente de todas as demais. Não se apresentará apenas como modernizadora da legislação existente, mas instituirá uma nova Justiça" (Fátima Nancy Andrighi, Desembargadora do Tribunal de Justiça do DF e diretora da Escola Superior da Magistratura do DF, p. 2).

2. "A Lei 9.099/95 (...) veio suprir a necessidade de modernização da legislação penal brasileira. Cumpre, pois, elogio ao espírito vanguardista do legislador" (Dani Rudnichi, Conselheiro do Movimento de Justiça e Direitos Humanos, RS, p. 3).

3. "A Lei dos Juizados Especiais Criminais trouxe renovadas esperanças no sentido de que, enfim, haverá no Brasil uma Justiça Criminal mais célere e acessível" (Olavo Berriel Soares, Promotor de Justiça em SP, p. 5).

4. "A Lei 9.099/95 ocasionará, possivelmente, uma modificação de mentalidade do cidadão brasileiro, por suas notáveis e profundas inovações no universo jurídico criminal" (Vera Regina de Almeida Braga, advogada em SP, p. 6).

5. A Lei 9.099 representa "Um avanço há muito tempo acalentado pela maioria dos que operam o Direito Penal" (Renato Neves Tonini, advogado no Rio, p. 7).

6. "A Lei 9.099/95, de 26.09.1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, constitui uma *revolução copérnica* nos usos e costumes forenses." (René Ariel Dotti, advogado e professor de Processo Penal da UFPR, p. 14).

7. "A Lei 9.099, de 26.09.1995, veio atender a velha e constante postulação do Poder Judiciário, preocupado com o julgamento rápido. O texto, sem dúvida merece aplausos." (Luiz Vicente Cernicchiaro, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, p. 4.)

8. "A Lei 9.099/95, de 26.09.1995, inovou profundamente nosso ordenamento jurídico-penal. (...) É uma verdadeira *revolução* (jurídica e de mentalidade), porque quebra a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal." (Luiz Flávio Gomes, Juiz de Direito e Professor de Direito Processual, *Boletim do IBCCrim*, n. 34, p. 3.)

9. "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 de que às fórmulas, à teleologia do que aos vocábulos." (Maurício Antônio Ribeiro Lopes, "Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais", São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 253.)

10. "Em sua aparente simplicidade, a Lei 9.099/95 significa uma verdadeira revolução no sistema processual-penal

brasileiro. A lei cunhou um sistema próprio de justiça penal consensual que não encontra paralelo no direito comparado." (Grinover, Ada Pellegrini; Gomes Filho, Antônio Magalhães; Fernandes, Antônio Scarance e Gomes, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo, Ed. RT, 1996, p. 14.)

Não há qualquer dúvida: a nova Lei, criadora dos Juizados Especiais Criminais, teve uma acolhida plenamente favorável da parte de quase todos os processualistas e penalistas que a estudaram.

Opiniões críticas mesmo, apenas algumas manifestações de natureza tópica sobre certos aspectos do diploma legal, que instituiu a transação penal e a suspensão condicional do processo penal.

Embora não chegue a assumir uma posição de condenação ao texto legal em exame, vale citar a preocupação de Cezar Roberto Bittencourt quanto ao tratamento agora dispensado aos crimes de lesão corporal culposa. O autor, que não deixa de manifestar seu entusiasmo para com a nova lei, entende ser uma triste ironia, no momento em que se procura uma forma mais eficaz de se reprimir a grave criminalidade do trânsito, a exigência legal da via despenalizadora indireta da representação para se instaurar a ação penal, nos crimes de lesão corporal culposa (*Boletim do IBCCrim* n. 35, nov./95, p. 8).

Sem contestar também a validade e oportunidade da nova lei, Alberto Silva Franco, com a autoridade de sempre, afirma que é preciso "desmitizar a Lei 9.099/95". Para o penalista e desembargador aposentado do TJSP, "é falacioso o argumento de que a Justiça Penal, com ela, está salva. O diploma legal não cuida da criminalidade que tensiona o cidadão e a coletividade. É preciso que não se vendam ilusões", frisa o ilustre penalista em São Paulo (*Boletim do IBCCrim* n. 35, nov./95, p. 9).

1.2 Entusiasmo compreensível

É explicável a reação favorável da classe jurídica à Lei 9.099/95, pois veio ela embalada na esteira de idéias e princípios verdadeiramente inovadores. Afinal, qual o operador do direito que poderá se posicionar seriamente contra uma proposta de justiça que positiva um compromisso com a prática da informalidade, oralidade, simplicidade e celeridade na realização dos atos processuais, visando à solução dos conflitos sociais gerados pelo cometimento de uma infração penal? Informalizar, simplificar e acelerar as formas e o ritmo da distribuição da justiça criminal é reivindicação antiga e de todos, seja leigos ou profissionais da atividade jurídica. As novas bases fundamentais do Estado Democrático de Direito impõem uma radical transformação do sistema punitivo e das formas de organização e distribuição da justiça criminal. Justiça mais simples, mais rápida e informal, que caminha facilmente com as pernas da simplicidade procedimental e que dispensa a realização de atos processuais desnecessários à recomposição do conflito, é justiça que, em tese, merece a aprovação de todos os operadores do Direito. É justiça com cheiro de povo e a serviço do cidadão. É um verdadeiro ideal que todos nós perseguimos e todos nós sabemos o quanto é difícil a sua efetiva concretização.

Daí, parece-me, decorre o entusiasmo com que foi recebida a Lei 9.099/95.

1.3 Abandono do princípio puro da obrigatoriedade da Ação Penal Pública

Há, porém, uma outra importante inovação que também contribui para explicar as manifestações de simpatia e de fé na validade da nova proposta legal. Tal inovação consiste na ênfase atribuída à conciliação e à transação como forma processual-penal mais adequada à solução dos conflitos gerados pelas condutas

violadoras das normas penais de menor ou de média gravidade. Com a nova lei, abandona-se a velha e obsoleta concepção de que justiça é solucionar conflitos mediante a sucumbência ou a repressão de uma das partes, de que justiça é decidir necessariamente diante de posições antagônicas e irreconciliáveis.

Neste ponto, a Lei 9.099/95 rompeu com a velha tradição processual-penal brasileira, ancorada no princípio da obrigatoriedade ou da indisponibilidade da ação penal pública. Para viabilizar as novas medidas da transação penal e da suspensão condicional do processo, flexibilizou-se a regra da obrigatoriedade e, em seu lugar, nos casos das infrações penais de média ou de menor potencial ofensivo, ficou estabelecido o princípio da discricionariedade regrada. É essa a justificativa constante do item 3 da Exposição de Motivos, que acompanhou o Projeto de Lei 1.480/89, apresentado pelo deputado Michel Temer e que se transformou no Capítulo III (parte criminal) da Lei 9.099/95: "A norma constitucional que determina a criação de Juizados Especiais para as denominadas *infrações* penais de menor potencial ofensivo, com as características fundamentais que indica, obedece à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileira abrir-se às posições e tendências contemporâneas, que exigem sejam os procedimentos adequados à concreta efetivação da norma penal. E se insere no rico filão que advoga a manutenção, como regra geral, dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, abrindo, porém, espaço à denominada *discricionariedade regulada*, contida pela lei e submetida a controle jurisdicional".

"Com efeito, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou, com toda evidência, sua falácia e hipocrisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais, e politicamente caóticos, inclusive entre os órgãos da persecução penal e judiciais. Não se desconhece que, em elevadíssima porcentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito e o MP e o juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição" (Grinover, Ada Pellegrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 26).

Por outro lado, conforme acentua novamente referida a Exposição de Motivos, a norma impositiva da obrigatoriedade absoluta da ação penal nunca deixou de revelar uma certa dose de hipocrisia, não passando, na prática, de uma indiscutível falácia. Isto é uma grande verdade. Todos sabemos que, apesar de vigorar formalmente entre nós o princípio da indisponibilidade da ação penal, nunca deixamos de praticar informalmente a regra da oportunidade ou disponibilidade da ação penal, principalmente no tocante à delinqüência de bagatela, agora legalmente rotulada de *menor potencial ofensivo*.

1.4 A vítima como redutor pré-processual e informal do princípio da obrigatoriedade da Ação Penal Pública

Podemos, por acaso, desconhecer que em grande número de infrações de menor ou de média gravidade a vítima, por motivos os mais diversos, não manifesta qualquer interesse na ação penal o que tornava o princípio da obrigatoriedade completamente inócuo ou inoperante. O fato típico ocorre, mas a vítima é quem decide efetivamente sobre a oportunidade ou conveniência de acionar os mecanismos formais de controle, que permanecem inertes por não tomarem conhecimento do fato, ou por considerarem inoportuna ou desnecessária.

Isto representa um significativo redutor pré-processual e informal do princípio da obrigatoriedade. Nos casos em

que as conseqüências da infração penal de menor gravidade se mantêm confinadas aos limites do microorganismo comunitário ou grupal onde foi praticada, é a vítima quem, na realidade, decide sobre a efetiva concretização do princípio da legalidade da ação penal.

1.5 Prática policial da conveniência do inquérito para os crimes de bagatela

Da mesma forma, não podemos desconhecer a prática constante e freqüente das autoridades policiais, que sempre realizaram um intenso processo de triagem das ocorrências criminais e deixam de investigar, através do competente inquérito policial, boa parte das queixas sobre infrações de bagatela.

As justificativas ou pretextos são os de que o imenso número das pequenas infrações torna impossível transformá-las todas em inquérito policial. E isto é verdade. Através de procedimentos dissuasórios ou conciliatórios, contrariamente ao que dispõe a lei processual, as autoridades policiais filtram as queixas e somente os casos mais conflitantes são formalmente investigados. Por isso mesmo, podemos dizer, que, no âmbito préprocessual da investigação policial, há muito já convivíamos com a regra da oportunidade ou da conveniência ou da possibilidade de instauração do inquérito policial.

1.6 O Ministério Público e a verdadeira prática do princípio da obrigatoriedade da Ação Penal

Também não é possível ignorar que, apesar da regra absoluta da obrigatoriedade da ação penal, sempre foram numerosos e freqüentes os pedidos de arquivamento, formulados pelo representante do Ministério Público e homologados judicialmente, em relação às infrações penais de menor gravidade, que formam a chamada delinqüência de bagatela. Aqui, os princípios da insignificância e da adequação social têm contribuído para fundamentar ou pavimentar juridicamente essa via alternativa despenalizadora *contra legem,* tornando completamente inócua a força imperativa da norma consagradora do princípio da indisponibilidade da ação penal em nosso sistema processual.

Em resumo: é fato público e notório que o desinteresse ou indiferença da vítima, a triagem efetuada pela autoridade policial e os arquivamentos dos inquéritos da delinqüência de bagatela vêm funcionando como um verdadeiro filtro por onde passam os crimes de grande ou médio potencial ofensivo, mas que retém, pela via alternativa e informal da composição ou do princípio da oportunidade da ação penal *contra legem,* grande parte das infrações de menor potencial ofensivo.

Diante desta prática processual-penal não se pode deixar de reconhecer que a Lei 9.099/95 trouxe uma proposta de solução válida, corajosa e realista para que a justiça possa enfrentar, com instrumental legal adequado e eficaz, o problema da delinqüência de bagatela. Enfim, a lei é boa, pois traz consigo uma proposta clara de simplificação e de agilização do processo penal brasileiro fundamentada na idéia central da conciliação ou da transação penal.

Entretanto, se a lei é boa, não estou a dizer que é ela perfeita e que não merece críticas. Ao contrário. A lei do Juizado Especial Criminal tem imperfeições e contradições que precisam ser devidamente identificadas, ressaltadas e discutidas para que a sua efetiva aplicação possa cumprir os verdadeiros e louváveis fins a que se propõe.

2. Laconismo da LJECC na disciplina da suspensão condicional da lei

Minha primeira observação crítica refere-se à forma lacônica, sumária e insuficiente com que a LJECC disciplinou

um instituto inovador e de tamanha importância transformadora como é o caso da suspensão condicional do processo. Há uma contradição evidente entre a forma detalhista e minuciosa com que o legislador disciplinou o procedimento relativo aos institutos da composição e da transação penal, de competência do Juizado Especial Criminal e o laconismo ou lacunismo com que tratou a suspensão do processo. No primeiro caso, o diploma legal, em duas amplas seções, que são verdadeiros capítulos, desce às minúcias para disciplinar todas as questões e atos processuais tendentes à efetivação da composição civil, da transação e do procedimento sumaríssimo.

Ao contrário desta prodigalidade normativa, a suspensão condicional do processo, instituto processual-penal mais importante e de maior complexidade, por sua incidência a um maior e mais grave universo de infrações (além daquelas de menor potencial ofensivo!), foi disciplinado, de forma muito sumária, em apenas um dispositivo, o art. 89 e seus sete parágrafos.

Em conseqüência dessa sumariedade normativa, questões relativas ao exato conteúdo da proposta de suspensão; à concessão de um segundo benefício; à forma, ao quantum e, principalmente, ao momento de pagamento do ressarcimento do dano; à concessão do sursis simples ao beneficiário que tenha dado causa à revogação do benefício da suspensão condicional do processo; à possibilidade de proposta do benefício pelo juiz, em caso de recusa ou omissão do Promotor de Justiça, entre outras tantas, foram completamente negligenciadas pela lei. Isto, sem mencionar a figura da vítima, completa a inexplicavelmente esquecida pelo dispositivo legal em exame. Este lamentável vazio legislativo em torno do novo instituto da suspensão do processo criminal vem sendo objeto de sérias divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Essa grave lacuna foi corretamente percebida pelo ilustre penalista Luiz Flávio Gomes, em sua obra, que considera imprescindível a presença da vítima na audiência conciliatória de proposição e aceitação do benefício da suspensão do processo. Para o autor, sem a participação da vítima no referido ato processual, a reparação do dano "aparecerá não como um compromisso individual do acusado, favorecedor de sua ressocialização, mas como uma imposição do juiz". Em suma, será um acordo pela metade, que não significa uma verdadeira solução (*Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 166).

A impressão que se tem é a de que, ao final do processo legislativo, a suspensão condicional foi inserida de forma improvisada e apressadamente no texto legal e que, por isso, faltou fôlego ao legislador para disciplinar, através de disposições expressas, objetivas e claras, as diversas situações fáticas abrangidas pelo novo instituto processual-penal.

Caberá à doutrina e à jurisprudência suprir as lacunas da lei, a partir da solução dos casos concretos.

3. O MP e a proposta de suspensão condicional do processo

Um segundo ponto que merece ser discutido é a questão relacionada com o poder conferido ao representante do Ministério Público para propor ou não a suspensão condicional do processo. É sabido que o sentido semântico do verbo *poder* passou a ter um significado próprio na linguagem jurídico-penal. Na práxis judiciária e na doutrina, *poder* não tem mais o significado de pura autoridade ou faculdade para agir ou para decidir soberanamente; *poder* não significa liberdade absoluta para decidir sobre o caminho processual que o operador do direito entender mais adequado para a solução do caso concreto.

Na práxis judiciária brasileira, consagrou-se o entendimento de que o verbo poder, empregado em suas formas presente ou futura (arts. 21, *caput*, 2.ª parte, 26, parágrafo único; 29, § 1.º, 71, parágrafo único e 77 *caput* do CP), tem o sentido de *poder-dever*, isto é, reunidas as condições ou pressupostos estabelecidos na lei positiva, a faculdade judicial se transforma em *dever*, cabendo ao juiz conceder necessariamente o benefício ao acusado ou condenado.

A redação do art. 89, *caput*, da Lei 9.099/95, estabelecendo que "o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, *poderá* propor a suspensão do processo", permite a interpretação de que se trata, também aqui, de um *poder-dever*. Este é o entendimento do magistrado e professor Luiz Flávio Gomes, afirmando que, tal como já ocorre em tantas outras situações, em que verbo poder foi transformado em poder-dever, "preenchidos os requisitos eleitos pelo legislador para a suspensão do processo, o Ministério Público, como é defensor da ordem jurídica (art. 129 da CF), além de poder, se quer adstringir-se à legalidade, deve fomentar a proposta prevista no citado art. 89" (*Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 169).

Para o Promotor de Justiça e professor da UNESP, Maurício Antônio Ribeiro Lopes, "uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos, surge um direito subjetivo do argüido ao benefício legal", cuja concessão se torna obrigatória. Entende o autor em referência que, no caso de recusa ou omissão do representante do Ministério Público, poderá o juiz conceder de ofício o benefício da suspensão condicional do processo (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 390/391).

A suspensão do processo não pode ser entendida como um direito subjetivo do acusado. Se o exercício da ação penal pública, nos termos do art. 129, inc. I, da CF, é atribuição privativa do Ministério Público, que somente dela pode dispor também nos termos da norma constitucional (art. 98, inc. I, da CF), agora disciplinada em lei ordinária, como contrapor-se a esse dever-agir constitucional um direito subjetivo individual? Se a suspensão processual é solução de consenso, e parece-nos que isto é verdadeiro, estamos diante de um quadro processual onde se torna inadmissível falar de direito subjetivo unilateralmente, ou seja, em relação a uma das partes apenas.

Também discordo da afirmação de que o juiz poderá conceder de ofício a suspensão condicional do processo. E assim penso porque é impossível tal procedimento sem que o magistrado realize um juízo antecipado da relação processual-penal, o que contraria frontalmente o sistema acusatório, que reserva ao juiz a função de efetuar a prestação jurisdicional em resposta a um pedido certo e nos limites regularmente manifestado pelos respectivos titulares da relação jurídica emergente do caso concreto.

Por isso, entendo que, ausente um ou mais dos pressupostos ou condições primárias, o representante do Ministério Público, não deverá propor a suspensão condicional do processo. Assim, por exemplo, se o acusado esteja respondendo a processo ou já tenha sido condenado por outro qualquer crime, é óbvio que a suspensão do processo fica legalmente proibida. Da mesma forma, se alguma das circunstâncias normativas e relativas ao agente ou ao crime descrito na denúncia for desfavorável ou negativa (como por exemplo, péssimos antecedentes, personalidade perversa, motivo torpe ou grave conseqüência do crime), o Promotor não deve propor o benefício da suspensão condicional. É claro que a avaliação de tais circunstâncias requer uma certa dose de normativismo forense, que não pode ser evitado. O que pretende a

lei é beneficiar, com certa segurança de acerto, o acusado que não voltará ao banco dos réus para responder a uma ação penal suspensa com base no juízo antecipado de que o modelo consensual da suspensão é o mais indicado para o caso, no momento da concessão.

É preciso pois, em nome do princípio da indisponibilidade mitigada ou, como quer boa parte da doutrina, da discricionariedade regrada da ação penal pública, assegurar ao representante do Ministério Público que, por força de norma constitucional, é o titular exclusivo da ação penal pública, certa margem de liberdade para avaliar o conjunto das circunstâncias que envolvem o fato criminoso e o agente e para se convencer de que este é merecedor ou não do benefício da Suspensão condicional.

É preciso garantir ao Ministério Público o direito de não propor a suspensão da ação penal em relação ao acusado que, pelas informações e provas constantes dos autos, apresente péssimos antecedentes ou uma personalidade perversa ou cujo crime tenha gerado conseqüências sociais muito graves. Somente assim a Lei 9.099/95 estará sendo aplicada de forma adequada e consentânea com o novo paradigma de justiça criminal verdadeiramente consensual, porque consenso implica necessariamente a interseção de vontades convergentes.

Entender o contrário, no sentido de que o poder-dever significa que o Ministério Público deve sempre propor a suspensão e, se não o fizer, que o juiz poderá concedê-la, é implantar na processualística brasileira o princípio da obrigatoriedade da ação penal às avessas, desvirtuando completamente a verdadeira *ratio legis* da nova lei processual-penal.

4. Suspensão condicional do processo e a grave contradição da Lei 9.099/95

O terceiro ponto que pretendo abordar, diz respeito a uma grave contradição que, a meu ver, está a merecer séria reflexão por todos aqueles que trabalham a nova lei, seja no plano da teoria, seja no campo da atividade forense. Refiro-me ao fato de que a LJECC dispensa um tratamento mais rigoroso ao autor de um crime mais leve do que ao autor de um crime mais grave. Ou seja, a Lei do Juizado Especial trata de forma mais severa o infrator de menor potencial ofensivo do que o infrator de médio potencial ofensivo.

É a conclusão a que se chega e que emerge clara e evidente quando verificamos que, pela Lei do Juizado Especial, quem comete uma simples e banal contravenção ou uma lesão corporal levíssima (apenas para nos fixar em dois exemplos mais comuns), somente ficará livre do processo e, em conseqüência, de uma possível pena privativa de liberdade cominada em abstrato na lei positiva, se através do instituto da transação penal aceitar sua condenação antecipada e se sujeitar a uma pena de multa ou restritiva de direitos.

Sei que se trata de questão polêmica, em torno da qual a doutrina manifesta-se de forma divergente. Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly negam peremptoriamente a natureza condenatória da sentença que aplica a pena pecuniária ou restritiva de direitos, resultante do instituto da transação penal, previsto nos arts. 72 e 76 da Lei do Juizado Especial Criminal. Assim entendem porque estas sanções não podem ser encaradas como de natureza penal em sentido estrito. E concluem: "Tanto é verdade que não geram reincidência, não constarão das certidões de antecedentes criminais (salvo para obtenção de novo benefício no prazo de cinco anos), não repercutirão na esfera cível para efeito de reparação do delito (art. 75, §§ 4.º e 6.º) e tampouco se assentam no reconhecimento da culpabilidade" (*Boletim do IBCCrim*, n. 35, nov./95, p. 12).

Contrariamente a esse entendimento, Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo P. Smanio e Luiz Fernando Vaggione afirmam que "a sentença homologatória da transação penal é condenatória", porque cria uma situação nova para as partes envolvidas e ainda impõe uma sanção penal ao autor do fato, que deve ser executada" (*Juizado Especial Criminal – Aspectos Práticos da Lei 9.099/95*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 53).

No mesmo sentido é a posição do penalista e magistrado Luiz Flávio Gomes, que escreveu ser "o ato jurisdicional que defere a transação no Juizado Especial uma verdadeira sentença", e é "condenatória, porém, imprópria, porque não gera seus efeitos naturais (reincidência, rol dos culpados, antecedentes, execução civil etc.), embora seja suficiente para criar o *status* de *culpado*, nos termos do art. 5.º, inc. LVII, da CF". (*Suspensão Condicional do Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 141.)

Parece claro. No caso de infração penal de menor potencial ofensivo, a transação implica condenação do infrator, com aplicação de pena criminal (multa ou restritiva de direitos). É claro que se trata de condenação consentida e, em conseqüência, de sanção consentida, porque ambas dependem da concordância do autor da infração, mas é inegável o caráter condenatório da decisão proferida nos termos do art. 76, § 4.º da Lei 9.099/95, que aplica pena restritiva de direitos ou multa.

Tal entendimento, no entanto, não implica aceitar que o procedimento previsto no art. 76 em exame ofende ao princípio constitucional do devido processo legal. Na transação, observa-se o devido processo que estabelece um procedimento antecipado ou cortado, quanto aos atos processuais, mas que se justifica plenamente pela natureza de menor gravidade da infração e da pena aplicável e, principalmente, pela concordância do autor da infração, devidamente assistido por seu defensor.

Portanto, o instituto processual da transação, previsto no art. 76 e seus parágrafos, encerra-se com uma sentença condenatória e conseqüente aplicação de pena criminal ao autor de uma infração penal de menor potencial ofensivo.

Contrariamente a esse relativo rigor, no caso de uma infração de gravidade média, como por exemplo o furto simples de um automóvel ou a lesão corporal com risco de vida ou, ainda, o homicídio culposo, a LJECC dispõe que o acusado, após responder a um inquérito policial regular e ser apresentada e recebida a denúncia, *pode* ser beneficiado com o instituto da suspensão condicional do processo. Neste caso, não haverá condenação e nem aplicação de pena, mesmo que consentidas pelo acusado, como ocorre na transação inserida no procedimento de competência do Juizado Especial Criminal, para julgamento das infrações de menor potencial ofensivo.

Conforme dispõe o art. 89 e seus parágrafos, satisfeitos os pressupostos ou condições primárias de admissibilidade (não estar o acusado sendo processado, nem já ter sido condenado por outro crime e serem as circunstâncias descritas no art. 77 do CP favoráveis e indicadoras de que o acusado não voltará a delinqüir), este poderá ser beneficiado com a suspensão do processo e não sofrerá qualquer sanção criminal em sentido restrito. O acusado será submetido apenas às condições previstas no art. 89, § 1.º, incs. I a IV, da Lei do Juizado Especial e outras que o juiz entender necessárias, "desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado". Isto significa que não é admissível o juiz fixar condição que constitua verdadeira pena restritiva, ou que represente obrigação humilhante ou indigna.

Ao final, cumpridas as condições durante o prazo de suspensão do processo (de dois a quatro anos), cabe ao juiz

declarar a extinção da punibilidade (art. 89, § 5.º).

Isto permite concluir que o beneficiário da suspensão do processo não será condenado e, em conseqüência, não sofrerá qualquer tipo de pena, por mais branda que seja e nem estará sujeito aos efeitos da condenação, salvo o de reparar o dano causado pelo delito. Continuará, portanto, em seu estado de primariedade penal, com a única ressalva de não poder gozar do mesmo benefício uma segunda vez, antes de decorrido o período de cinco anos, conforme entende a doutrina em face da omissão legal.

Diante dessa rápida análise comparativa, não tenho dúvida em afirmar que o instituto da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 e seus parágrafos da LJECC para os crimes de médio potencial ofensivo apesar da omissão legal, apresenta um procedimento tão simplificado e informal, tão objetivo e funcional e tão célere quanto o estabelecido para a solução das infrações de bagatela de competência do Juizado Especial Criminal.

Também não tenho dúvida em afirmar que a suspensão condicional é instituto processual-penal mais benéfico e mais favorável, sob todos os aspectos, do que a transação penal prevista nos arts. 72 e 76 e seus parágrafos da LJECC, pela simples mas essencial razão de que, no primeiro caso, não há aplicação de pena criminal e, no segundo caso, sim. Isto permite dizer que a LJECC trata mais severamente o autor do crime menos grave (de menor potencial ofensivo) do que o autor do crime mais grave (de médio potencial ofensivo). Estamos diante de uma situação jurídica verdadeiramente paradoxal!

Esta é uma grave contradição que emerge clara do texto legal e que, a meu ver, precisa ser objeto de séria reflexão. Estou convencido de que o equívoco legal é evidente e precisa ser evitado ou superado. E a alternativa que me parece válida e viável consiste em aplicar o instituto da suspensão do processo, de forma generalizada, a todos crimes previstos na LJECC. Ou seja, no caso de infração penal em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, presentes as condições estabelecidas no art. 89 e seu § 1.º, o juiz concederá ao acusado o benefício da suspensão condicional do processo.

Esta, aliás, penso eu, é a única alternativa procedimental correta, enquanto o Sistema dos Juizados Especiais Criminais, não for implantado após sua criação por lei estadual, que disponha sobre sua organização, composição e competência, conforme preceitua o art. 93 da Lei 9.099/95. Sem a necessária lei estadual, a meu ver, os Juizados Especiais Criminais não poderão ser criados e sua competência privativa, que poderá ser atribuída ou exercida pelo juiz criminal comum, revela-se totalmente dispensável, porque este já tem competência para conceder a suspensão condicional do processo que, por força da própria LJECC, abrange também as infrações de menor potencial ofensivo.

Entretanto, não é esta questão que considero fundamental, mas sim a que diz respeito à existência legal de dois institutos processuais de incidência superposta.

Se a suspensão do processo pode ser considerada instituto processual de procedimento tão simplificado, informal e célere quanto a transação penal e mais benéfico ao infrator do que esta última, como deixar de aplicá-lo aos outros autores de infração penal de menor potencial ofensivo sem invertermos o princípio geral de direito da eqüidade e da isonomia, que garante tratamento igual para situações jurídicas semelhantes?

Creio que, admitido esse entendimento, de que a suspensão condicional do processo é instituto mais benéfico, os operadores do direito acabarão por adotá-lo preferencialmente, como procedimen-

to mais indicado para a prática da transação penal e por ser instrumento mais adequado de solução consensual para os crimes de menor ou de médio potencial ofensivo.

Penso que, admitido esse entendimento, dificilmente o defensor do infrator de menor potencial ofensivo deve instruir o seu constituinte a consentir numa condenação e sujeição a uma pena criminal antecipadas. Esperar pela apresentação de uma denúncia que descreva o fato delituoso com todos os seus elementos e circunstâncias e avaliar, com maior segurança, as condições de exercício de uma ampla e efetiva defesa e as chances de chegar a uma decisão final absolutória, é direito que, no meu entender, não pode ser negado ao infrator menor, já que assegurado pela lei ao infrator maior.

Diante dessa evidente contradição, criada pela própria LJECC, parece-me não ser um despropósito indagar se não é razoável construir um sistema híbrido resultante da simbiose dos dois institutos para julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo (salvo é claro os de ação privada e os de ação pública condicionada, nesta hipótese quando ocorrer a composição extintiva da punibilidade). Observado o procedimento próprio, nos casos em que a transação penal seja possível, pelo consenso das partes, nos termos dos arts. 72, 76 e 79, por que não suspender sob condições a execução da pena aplicada de forma consensual? Se a suspensão é concedida ao autor de um furto simples ou de uma lesão grave, ou de um homicídio culposo, como não concedê-la ao autor de uma simples contravenção penal ou de um crime de menor potencial ofensivo? Por que este pequeno infrator, criminoso de bagatela, tem que deixar o fórum obrigatoriamente condenado e com uma pena a cumprir e o outro não?

Eis, a meu ver, uma grave contradição da LJECC que precisa ser eliminada através de um enfrentamento doutrinário e jurisprudencial ousado e correto. Tal postura se faz absolutamente necessária para que o modelo de justiça criminal, fundado nos princípios da informalidade, da simplicidade, da oralidade e da celeridade, possa se consolidar como um verdadeiro instrumento de transformação do nosso sistema punitivo.

Apesar desta imperfeição, que necessita ser sanada, a LJECC é boa. Portanto, conscientes de nosso papel de autênticos juristas e agentes políticos de nossa própria história, não devemos perder a ocasião de marcar presença nesta longa, difícil, mas importante caminhada da esperança e da crença neste novo paradigma de justiça criminal.

5. Não devemos ser mercadores de utopias

A última observação deve ser feita a título de esclarecimento ou de alerta. Não devemos fazer, a respeito da nova lei, o discurso da panacéia para todos os males da criminalidade brasileira. Com seus novos institutos da conciliação, da transação penal e da suspensão condicional do processo, a Lei 9.099/95 não se destina a resolver o grave problema da delinqüência violenta ou mesmo financeira. Seus tentáculos normativos, inspirados na salutar idéia da conciliação e da transação, não foram feitos para suturar a verdadeira chaga da delinqüência de nosso país, a que nos preocupa e nos assusta a todos, por espalhar o pânico entre os cidadãos dos maiores aglomerados urbanos.

Na verdade, os assassinatos e a matança urbana das grandes cidades, prática hedionda que eu denomino de *genocídio da marginalidade urbana*, responsável pelo sinistro saldo de 7 mil mortes violentas, anualmente, tanto no Rio, quanto em São Paulo; o tráfico de drogas; os estupros selvagens; os seqüestros e os assaltos a mão armada; as grandiosas fraudes fiscais e econômica-financeiras, que constituem o cotidiano mais grave, mais terrível e mais perverso da crimino-

grafia brasileira, não serão atingidos pela nova proposta legislativa de justiça criminal, centrada na idéia da conciliação entre as partes envolvidas.

Por isso, não podemos criar uma falsa expectativa junto à opinião pública de que tudo vai ser resolvido. Não devemos apregoar ilusões; não podemos ser mercadores de utopias: o verdadeira problema criminal brasileiro ainda está à espera de uma solução correta e eficaz, que não poderá se limitar a medidas puramente legislativas e judiciais.

2. DOUTRINA NACIONAL

O JUDICIÁRIO APÓS A GLOBALIZAÇÃO

JOSÉ EDUARDO FARIA

Por desconhecer limites de tempo e espaço, reduzir as fronteiras jurídicas e burocráticas entre as nações, tornar os capitais financeiros imunes a fiscalizações governamentais, fragmentar as atividades produtivas em distintos países, regiões e continentes e reduzir a sociedade a um conjunto de grupos e mercados unidos em rede, a globalização levou a política a ser substituída pelo mercado como instância máxima de regulação social, esvaziou os instrumentos de controle dos atores nacionais e tornou sua autonomia decisória vulnerável a opções feitas em outros lugares sobre as quais têm escasso poder de influência e pressão. Acima de tudo, ao gerar formas de poder e influência novas e autônomas ela também pôs em xeque a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicas do Estado moderno, baseadas nos princípios da soberania e da territorialidade, no equilíbrio dos poderes, na distinção entre o público e o privado e na concepção do direito como um sistema lógico-formal de normas abstratas, genéricas, claras e precisas.

Como uma das instituições básicas do Estado constitucional moderno, em cujo âmbito tem a função de aplicar uma ordem jurídica previamente estabelecida por outro poder igualmente independente, o Judiciário não ficou imune a todas essas transformações. Originariamente, como é sabido, ele foi concebido para conferir eficácia aos direitos individuais, assegurar os direitos fundamentais, garantir as liberdades públicas e afirmar o império da lei, protegendo os cidadãos contra os abusos de poder do Estado. Mais tarde, o Judiciário também passou a implementar direitos sociais, condicionando a formulação e execução de políticas públicas com propósitos compensatórios e distributivistas. E, agora, ele se vê diante de um cenário novo e cambiante, no qual o Estado vai perdendo sua autonomia decisória e o ordenamento jurídico vê comprometida sua unidade, sua organicidade e seu poder de "programar" comportamentos, escolhas e decisões. Por causa das pressões centrífugas da desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, o Judiciário, ao menos sob a forma de uma estrutura fortemente hierarquizada, operativamente fechada, orientada por uma lógica legal-racional e obrigada a uma rígida e linear submissão à lei, tornou-se um poder com os dias contados.

Em termos de jurisdição, por exemplo, como foi organizado para atuar dentro de limites territoriais precisos e no contexto de centralidade da atuação estatal, seu alcance tende a diminuir na mesma proporção em que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações e dos transportes e os atores econômicos vão estabelecendo múltiplas redes de interação. Quanto maior a velocidade desse processo, mais o Judiciário passa a ser atravessado pelas justiças inerentes quer

aos espaços infra-estatais (os locais, por exemplo) quer aos espaços supra-estatais. Os espaços infra-estatais estão sendo crescentemente polarizados por formas "inoficiais" ou não-oficiais de resolução dos conflitos (como usos, costumes, diferentes estratégias de mediação, auto-composição de interesses e auto-resolução de divergências, arbitragens privadas ou mesmo a imposição da lei do mais forte nos guetos inexpugnáveis controlados pelo crime organizado). Já os espaços supra-estatais têm sido polarizados pelos mais diversos organismos multilaterais (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio etc.), por conglomerados empresariais, por instituições financeiras e por organizações não-governamentais.

Em termos organizacionais, o Judiciário foi estruturado para "administrar" os processos civil, penal e trabalhista, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, ritmos e horizontes temporais presentes na economia globalizada. O tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é real, isto é, o tempo da simultaneidade. Além disso, o Judiciário também não costuma dispor de meios materiais nem de condições técnicas para tornar possível a compreensão, em termos de racionalidade substantiva, dos litígios inerentes a um contexto econômico cada vez mais complexo e transnacionalizado. Não é por acaso que as corporações empresariais e financeiras transnacionais fogem deliberadamente dos burocratizados e ineptos tribunais e do direito positivo por eles aplicado. Uma fuga em três dimensões complementares: primeiramente, tendem a acatar seletivamente as distintas legislações nacionais, optando por concentrar seus investimentos apenas nos países onde elas lhes são mais favoráveis; em segundo lugar tendem a se valer de instâncias alternativas especializadas, seja no âmbito governamental, sob a forma de autoridades administrativas independentes com poder de decisão, com prerrogativas de regulação, controle e fiscalização e com capacidade técnica tanto para apreciar litígios quanto para aplicar sanções; seja no âmbito privado, por meio de mediações e arbitragens; e, por fim, tendem a acabar criando, elas próprias, as regras de que necessitam e a estabelecer mecanismos de auto-resolução dos conflitos.

Em termos funcionais, como foi concebido com a prerrogativa exclusiva de aplicar o direito positivo do Estado, sob a forma de uma ordem jurídica postulada como completa, lógica coerente e livre de ambigüidades, de lacunas ou de antinomias, o monopólio adjudicatório do Judiciário hoje é desafiado pela expansão de direitos paralelos ao oficial. São direitos autônomos, com regras e procedimentos próprios, entreabrindo a coexistência – por vezes sincrônica, por vezes conflitante – de diferentes normatividades; mais precisamente, de um pluralismo jurídico de natureza infra-estatal ou supra-estatal. No âmbito econômico, por exemplo, é esse o caso, por um lado, da *Lex Mercatoria*, o corpo autônomo de práticas, regras e princípios constituído pela comunidade empresarial para auto-disciplinar suas atividades; e, por outro, o *Direito da Produção*, o conjunto de normas técnicas formuladas para atender às exigências de padrões mínimos de qualidade e segurança dos bens e serviços em circulação no mercado transnacionalizado, de especificação de seus componentes, da origem de suas matérias-primas etc.

TIPOS DE ORDENS NORMATIVAS

TIPOS DE ORDEM CARACTERÍSTICAS	*LEX MERCATORIA* E DIREITO DA PRODUÇÃO	DIREITO INOFICIAL	DIREITO POSITIVO	DIREITO MARGINAL
O que está em jogo	Tensões não declaradas publicamente	Conflitos materiais	Litígios jurídico-processuais	Agressões
Objetivos	Relações	Soluções substantivas	Soluções formais	Contestação
Tipos de norma	Pragmático e casuísta	Soluções *ad hoc*	Direito codificado	Lei do mais forte
Racionalidade	Procedimental	Material	Formal	Irracional
Modo de formalização	Contratual	Negociação	Aplicação	Ausência de formalização
Tipo de procedimento	Transação/mediação	Conciliação/ arbitragem	Decisão	Repressão
Grau de institucionalização	Organização flexível e Sistemas auto-regulados	Campo social semi-autônomo	Campo normativo estatal	Marginalidade
Efetividade do Direito	Por aceitação e inclusão	Por adaptação ao contexto	Pretensão de aplicabilidade universal	Desafio

O resultado é, no plano infra-estatal, o advento de justiças profissionais (especializados em arbitragem) e não-profissionais (comunitárias, por exemplo), ambas operadas basicamente com critérios de racionalidade material e circunscrevendo sua atuação e conflitos intra-grupos, intra-comunidades e intra-classes; e no plano supra-estatal, a proliferação de foros descentralizados de negociação e a multiplicação de órgãos técnico-normativos – como a *International Organization for Standardization* – criados especialmente para fixar parâmetros, homologar pesquisas, dar pareceres e também promover arbitragens (quase sempre mais rápidas e eficientes do que as sentenças judiciais). Atualmente, a resolução de mais de 80% dos conflitos mercantis no âmbito da economia globalizada é feita por mediações e arbitragens privadas. Nos Estados Unidos, a *American Arbitration Association*, uma entidade privada, conta com 57 mil árbitros inscritos em 35 filiais. Sediada na França, a *Chambre International du Commerce*, igualmente privada, coordena mais de 750 arbitragens em 30 diferentes países, envolvendo partes de 90 nacionalidades.

Diante da crescente autonomia dos diferentes setores da vida social propiciada pelo fenômeno da globalização, com suas racionalidades específicas e muitas vezes incompatíveis entre si levando à ampliação dos sistemas auto-organizados e auto-regulados, o Judiciário foi levado a uma crise de identidade. Por um lado, o Estado do qual faz parte, ao promulgar leis, cada vez mais tem de levar em conta o contexto internacional para saber o que pode realmente regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. Por outro lado, o Judiciá-

rio e os demais poderes do Estado também já não podem mais almejar disciplinar sociedades complexas por meio de seus instrumentos, categorias e procedimentos jurídicos tradicionais. Daí as polêmicas estratégias de deslegalização e desconstitucionalização hoje adotadas no mundo inteiro, paralelamente aos programas de privatização dos monopólios públicos e à substituição dos mecanismos estatais de seguridade social por seguros privados, ampliando pluralismo de ordens normativas.

O que estimula e fundamenta a proliferação dessas estratégias é, entre outros fatores, uma espécie de cálculo de custo/benefício por parte do legislador. Com mecanismos jurídicos excessivamente simples para lidar com questões extremamente complexas e sem condições de ampliar a complexidade de seu ordenamento normativo e de seu aparato judicial ao nível equivalente de complexidade dos problemas socioeconômicos, o legislador, pensando pragmaticamente, não hesita em optar pela desregulamentação. Afinal, se quanto mais tenta disciplinar e intervir menos consegue ser eficaz e obter resultados satisfatórios, o que ficou evidenciado desde a crise "fiscal" e pela crise de "ingovernabilidade sistêmica" do *Welfare State*, não lhe resta outra alternativa para preservar sua autoridade funcional: quanto menos disciplinar e intervir, menor será o risco, evidentemente, de ser desmoralizado pela inefetividade de seu instrumental regulatório.

A conseqüência desse processo tem sido uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas internos e externos, nos planos micro e macro. Uma parte significativa dos direitos nacionais, por exemplo, hoje vem sendo internacionalizada pela expansão da *Lex Mercatoria* e do *Direito da Produção* e por suas relações intersticiais com as normas emanadas dos organismos multilaterais. Uma outra parte, por sua vez, vem sendo esvaziada pelo crescimento de normas privadas, no plano infra-nacional, na medida em que cada corporação empresarial, valendo-se do vazio normativo deixado pelas estratégias de desregulamentação e deslegalização, cria as regras de que precisa e jurisdiciza suas áreas e espaços de atuação segundo suas conveniências. A desregulamentação ao nível do estado significa, desta maneira, a reregulamentação e a relegalização ao nível da sociedade – mais precisamente, ao nível das organizações privadas capazes de oferecer empregos, impor comportamento etc.

Contribuindo assim para acelerar a crise de identidade do Judiciário, o direito positivo que ele aplica encontra-se com sua estrutura lógico-formal quase inteiramente erodita. Vê destruída a tradicional *summa divisio* entre o público e o privado em torno da qual foi organizado. Tem sua organicidade fragmentada por uma multiplicidade de ramos jurídicos altamente especializados, o que provoca a ruptura da unidade conceitual da cultura legal (com inspiração eminentemente privatística) da magistratura. E ainda acaba sendo obrigado a responder às exigências de caráter social e econômico de modo casuístico e *ad hoc*, conforme o poder de pressão, influência e mobilização desta ou daquela empresa, deste ou daquele sindicato, desta ou daquela ONG, etc. O que resta daquele ordenamento originariamente estruturado com base no dogma da completude, no princípio da coerência e no postulado da inexistência de lacunas e antinomias acaba sendo substituído por uma legislação "descodificada" que, cada vez mais, parece caminhar na direção de diferentes cadeias normativas e na substituição dos "interesses gerais" como princípios "totalizantes" do sistema jurídico por interesses corporativos conflitantes entre si. No limite, essa seria a legislação típica de um Estado que, não mais ocupando com exclusividade uma posição central

de controle da sociedade, é reduzido a um de seus sistemas funcionais, entre tantos outros.

Esse cenário conduz ao desaparecimento do Judiciário? Obviamente que não. Ele perde seu monopólio adjudicatório, é certo. Mas não sai de cena, tendo pela frente pelo menos três importantes áreas de atuação. A primeira delas diz respeito às conseqüências da globalização. Como ela é um fenômeno perverso, aprofundando a exclusão social à medida que os ganhos de produtividade são obtidos às custas da degradação salarial, da informatização da produção e do subseqüente fechamento de postos de trabalho, a simbiose entre marginalidade econômica e marginalidade social torna o Estado responsável pela preservação da ordem, da segurança e da disciplina. Com a globalização, em outras palavras, os "excluídos" do sistema econômico perdem progressivamente as condições materiais para exercer seus direitos fundamentais, mas nem por isso são dispensados das obrigações e deveres estabelecidos pela legislação. Com suas prescrições normativas, o Estado os integra ao sistema jurídico basicamente em suas feições marginais – isto é, como devedores, invasores, transgressores, réus, condenados etc. Diante da ampliação da desigualdade, dos bolsões de miséria, da criminalidade e da propensão à desobediência coletiva, cabe assim ao Estado – e, dentro dele, ao Judiciário – funções eminentemente punitivo-repressivas. Para tanto, ele vem mudando a concepção de intervenção mínima e última do direito penal, tornando-a cada vez mais simbólica, promocional, intervencionista e preventiva, mediante a disseminação do medo no seu "público-alvo" (os excluídos) e a ênfase a uma pretensa garantia de segurança e tranqüilidade social. Enquanto no âmbito do direito econômico e trabalhista vive-se hoje um período de refluxo e "flexibilização", no direito penal se tem uma situação inversa: uma veloz e intensa definição de novos tipos penais; uma crescente jurisdicização e criminalização de várias atividades em inúmeros setores na vida social; o enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade, por meio do recurso a normas com "textura" aberta; a ampliação do rigor de penas já cominadas e da severidade das sanções; a aplicação quase irrestrita da pena de prisão; e o estreitamento das fases de investigação criminal e instrução processual.

Uma segunda área diz respeito às conseqüências do desequilíbrio dos poderes provocado inicialmente pela expansão do Estado intervencionista e, mais tarde, pela relativização de sua soberania, com o advento da globalização. Se num primeiro momento o Executivo foi avocando a titularidade da iniciativa legislativa, "publicizando" o direito privado, "administrativizando" o direito público e "tecnizando" a política, num segundo momento seu choque de competências com o Legislativo levou o Judiciário a ser acionado como instância capaz de promover o desempate institucional e superar a paralisia decisória. Como o juiz é obrigado a julgar com base no ordenamento jurídico os casos que lhes são apresentados, essa obrigação ganha especial relevância em face, justamente, das já mencionadas transformações em andamento nesse mesmo ordenamento. Seja por causa do conflito de competências entre os poderes, seja por causa da resistência de determinados setores da sociedade à revogação dos direitos fundamentais e sociais pelos processos de deslegalização e desconstitucionalização, o fato é que, quanto mais cambiante é esse cenário, mais o Judiciário é levado ao centro das discussões políticas e mais tem de assumir papéis inéditos de gestor de conflitos – fenômeno esse hoje conhecido como "tribunalização da política" e considerado altamente disfuncional na economia globalizada, em cujo âmbito os protagonistas concentram decisões de

investimento em países sem tribunais congestionados, com ritos processuais simples e baixo potencial de intervenção.

Por fim, a terceira área de atuação diz respeito aos problemas tradicionais de justiça "corretiva" ou "retributiva". Foi para manter sua jurisdição sobre eles que, nos últimos tempos, o Judiciário optou por se transformar organizacionalmente, procurando informalizar-se e "desoficializar-se" por meio de juizados de negociação e conciliação para as pequenas causas de natureza civil – ou seja, para os litígios de massa, abundantes e rotineiros, com pequeno valor material e já suficientemente "jurisprudencializados". Embora tenham a aparência de uma justiça de 2.ª classe para cidadãos de 2.ª classe, não se pode, é evidente, subestimar a contribuição desses juizados para viabilizar o acesso de contingentes expressivos da população aos tribunais. Ocorre, porém, que a perversa distribuição de renda e as distorções por ela geradas estão levando muitos desses problemas tradicionais a serem progressivamente contaminados por conflitos distributivos – o que, por conseqüência, converte "simples" questões corriqueiras de direito em questões de caráter inequivocamente político.

Essa contaminação tem sido evidenciada pela instrumentalização ideológica de temas como aposentadoria, seguro-saúde, previdência, inquilinato, rescisão de contrato trabalhista etc. E também tem sido explicitada pelas próprias dissensões internas no âmbito da magistratura, sob a forma de movimentos de "juízes para a democracia", de juízes favoráveis ao "direito alternativo" e de juízes exclusivamente preocupados com sua situação funcional e com a preservação de suas prerrogativas corporativas. Diversamente destes últimos, os dois primeiros movimentos revelam consciência de que a ruptura da unidade do ordenamento jurídico em inúmeras cadeias normativas, ao provocar um significativo aumento das possibilidades de escolha e decisão, abriu caminho para a politização da categoria. Divergem, contudo, quanto à orientação política a ser adotada, estimulando desta maneira o retorno, ao debate jurídico, do antigo e tradicional problema relativo ao alcance e aos limites da interpretação. Num contexto social estigmatizado por dualismos profundos e num contexto jurídico fragmentado por normas contraditórias e fracamente articuladas por princípios gerais muito abertos (como os constantes dos cinco primeiros artigos da Constituição), de que modo – eis o eixo central do debate – a interpretação pode resumir-se a um simples ato de conhecimento (e não de decisão, ou seja, não-política) e de descrição de normas (e não de criação)?

A primeira grande dúvida, portanto, é saber se o Judiciário conseguirá dar conta desses dois papéis contraditórios – um, de natureza essencialmente punitiva, aplicável sobre os segmentos marginalizados; outro, de natureza eminentemente distributiva, o que implica, além da necessária coragem e determinação política, a adoção de critérios compensatórios e protetores em favor desses mesmos segmentos, tendo em vista a instituição de padrões mínimos de integração e coesão sociais. A segunda grande dúvida é saber se os integrantes desse poder têm consciência não só do alcance e das implicações dessa contradição, mas, igualmente, do fato de que seu enfrentamento e sua superação exigem uma discussão preliminar sobre a democratização da instituição – sob a forma, por exemplo, de algum controle externo efetivo. Afinal, como pode almejar ser o depositário da legitimidade democrática um poder que controla de modo quase total e absoluto o acesso aos seus quadros funcionais e que na maioria das vezes se exime de responder a cobranças por desqualificar *a priori* seus críticos, considerando-os tecnicamente despreparados e desinformados? A terceira grande dúvida é

saber se a corporação terá humildade e sensibilidade para extrair lições do debate acima mencionado, optando por reciclar, modernizar e adaptar à nova realidade uma cultura técnico-profissional assentada em princípios e postulados tornados anacrônicos pelo fenômeno da globalização.

Eis aí, enfim, a encruzilhada em que esse poder se encontra. Por um lado, o Judiciário faz parte de um Estado cuja soberania, cuja iniciativa legislativa e cuja autonomia decisória são postas em xeque pela transnacionalização dos mercados e subseqüente conversão das economias nacionais numa "economia-mundo". Por outro, está situado em contextos sociais contraditórios e explosivos, que nada lembram aquela idéia de sociedade (típica da cultura jurídica tradicional) como uma pluralidade de cidadãos livres, independentes e encarados a partir de sua individualidade; um contexto em que a cidadania, quando não é excluída e condenada ao universo da informalidade, é integrada e submetida à lógica avassaladora do capital transnacionalizado. Acionado pelos "excluídos" para dirimir conflitos que afetam o processo de apropriação das riquezas e dos benefícios sociais, mas desprezado e ignorado pelos setores "incluídos" na economia transnacionalizada, que têm suas próprias normas, ritos e justiças, o Judiciário, desde o advento da globalização, vive um dilema de feições pirandellianas: é um poder em busca não de um autor, mas de espaços mais nítidos de atuação, de uma identidade funcional e de maior legitimidade política.

2. DOUTRINA NACIONAL

A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS

(Enfoque Crítico)
2.ª Parte *

LUIZ FLÁVIO GOMES

SUMÁRIO: 2.ª Parte – A questão da constitucionalidade da presunção legal de violência nos crimes sexuais – 1. O juiz e o controle de constitucionalidade das leis; 1.1 O juiz pode examinar a constitucionalidade das leis? 1.2 O juiz deve sempre se preocupar com a constitucionalidade da lei – 2. Limites constitucionais das presunções em Direito Penal. Particular enfoque da presunção legal de violência nos crimes sexuais; 2.1 A doutrina dos que rejeitam a presunção legal de violência (é dizer, o leito de Procusto); 2.2 A presunção "legal" de violência como violação ao princípio "constitucional" da presunção de inocência; 2.2.1 Sobre o conteúdo do princípio da presunção de inocência; 2.2.2 O confronto da lei penal com a Constituição; 2.3 A presunção legal de violência como violação ao princípio do fato (Direito Penal do fato); 2.4 A presunção legal de violência como violação ao princípio do *nullum crimen sine iniuria*; 2.5 A presunção legal de violência como violação ao princípio do Direito Penal da culpa (do princípio da culpabilidade) – 3. Em busca do alcance constitucionalmente legítimo do art. 224 do Código Penal; 3.1 Parte do art. 224 do CP não foi recepcionada pelo novo ordenamento constitucional; 3.2 Natureza jurídica dos crimes sexuais tipificados (parcialmente) no art. 224 do CP (depois do expurgo de natureza constitucional) – 4. Conseqüências jurídicas da não recepção da presunção legal de violência; 4.1 Necessidade de narrar os fatos concretos configuradores do abuso sexual; 4.2 Necessidade de se comprovar os fatos concretos configuradores do abuso sexual – 3.ª Parte – Relevância jurídica do consentimento válido – 1. O consentimento válido como causa de exclusão da tipicidade nos crimes sexuais – 2. Necessidade do exame de cada caso concreto – 4.ª Parte – Conclusões.

2.ª PARTE – A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA PRESUNÇÃO LEGAL DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS

"Ementa: REsp. Penal. Estupro. Presunção de violência. O Direito Penal moderno é Direito Penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinqüente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe ou não existe. O Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. Que se recrudeça a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem. Corolário do imperati-

* A primeira parte deste artigo foi publicada no volume n. 15.

vo da Justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. Na hipótese dos autos, entretanto, o acórdão fundamentou a condenação na conduta do réu que teria se valido de grave ameaça para conseguir o seu intento" (STJ, REsp 46/424-2 – RO, 6.ª T., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 14.06.1994, v.u., DJU *de 08.08.1994, p. 19.576.)*

1. O juiz e o controle de constitucionalidade das leis

1.1 O juiz pode examinar a constitucionalidade das leis?

a) O controle de constitucionalidade das leis, dentro do atual Estado Constitucional e Democrático de Direito, possui dupla fundamentação: uma formal e outra substancial. Do ponto de vista *formal*, justifica-se tal controle para que fique assegurada a *supremacia da Constituição*, isto é, se o ordenamento jurídico como um todo tem no seu topo um texto Constitucional (verdadeira Magna Carta), emanado do Poder Constituinte, todas as demais normas jurídicas do país devem adequar-se a ele. Pelo princípio da *compatibilidade vertical*, as normas inferiores só valem quando compatíveis com a norma superior.[61]

b) No que diz respeito ao aspecto *substancial*, o controle de constitucionalidade das leis destina-se a assentar a prevalência dos direitos e garantias fundamentais das pessoas. Não existe consenso a respeito do que seria um arcabouço do sistema de garantias dos direitos fundamentais (sem embargo de que estes só valem na medida em que dotados daquelas). De qualquer modo, sem nenhum compromisso com sua verdadeira extensão, poder-se-ia dizer que esse sistema conta com garantias genéricas e específicas. Estas visam a tutelar direitos certos e específicos (o *habeas corpus*, por exemplo, é ação constitucional voltada para a garantia do *ius libertatis*); aquelas representam garantias sistemáticas que visam a dar consistência e efetividade aos direitos globalmente considerados e às próprias garantias específicas. Tais garantias genéricas podem ser *não-jurisdicionais* ou *jurisdicionais*. Dentre as primeiras podemos elencar: a) a constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais; b) a aplicação imediata das normas respectivas (CF, art. 5.º, § 1.º) e c) a vinculação de todos, é dizer, poderes públicos e particulares.[62] Quanto às garantias jurisdicionais cabe destacar a possibilidade de acesso à jurisdição (ordinária, constitucional e, em muitos países, internacional), assim como o controle de constitucionalidade das leis, tratados e atos normativos.

c) Assim enfocado, o controle de constitucionalidade, para além de assegurar a supremacia da Constituição, configura garantia substancial dos direitos funda-

(61) V. a respeito José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10.ª ed., SP: Malheiros, 1995, p. 50.

(62) Sobre a eficácia imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais v. Joaquím García Morillo, *La protecion judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valência, 1994, p. 28 e s. No que concerne à força vinculatória, v. Antonio Perez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madri, 3.ª ed., 1988, p. 66 e s. Esta obriga o acatamento de tais normas por todos, poderes públicos e particulares (cf. as grandes construções do Tribunal Constitucional alemão, principalmente a teoria da *Drittwirkung* ou *Horizontalwirkun*, em Teresa Freixes Sanjuán, *Constituicion y Derechos Fundamentales*, PPU, Barcelona, 1992, p. 70 e ss).

mentais. E no Brasil essa garantia (genérica) é jurisdicional, porque o sistema entre nós adotado não foi o político (controle político de constitucionalidade das leis, como se dá na Franca, por exemplo), senão o jurisdicional.[63] Do exposto conclui-se que somente órgão dotado de jurisdição é que pode exercer referido controle. Dito de maneira linear: o juiz, inclusive o de primeiro grau, pode averiguar a constitucionalidade das leis no nosso país. Esta é, de resto, nos dias atuais, uma afirmação truística, amplamente difundida pela doutrina.[64]

d) Na teoria do Direito Constitucional moderno são conhecidos dois critérios de controle de constitucionalidade: o difuso e o concentrado, também chamados, conforme José Afonso da Silva, respectivamente, de jurisdição constitucional difusa e jurisdição constitucional concentrada.[65] O primeiro ocorre por via de exceção, é dizer, é incidente de um processo em curso; o segundo se concretiza por via de ação (autônoma). No controle concentrado, dissertou Francisco Roberto Machado,[66] "o objeto da ação é o próprio vício de inconstitucionalidade da lei em tese. O pedido há de ser a própria declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, cuja decisão fará coisa julgada com efeito *erga omnes*, tornando a lei inaplicável para todos. No controle difuso, diferentemente, a declaração de inconstitucionalidade constitui, apenas, causa-de-pedir da demanda. O pedido, a depender de um ato ou negócio jurídico; a condenação da outra parte numa obrigação de dar ou fazer; ou mesmo a declaração de existência de uma determinada relação jurídica etc. A decisão fará coisa julgada somente entre as partes".

e) Como se viu, a decisão em um ou outro caso é muito distinta. Bem realçou a diferença Hugo de Brito Machado,[67] ao assinalar que "no primeiro caso (controle concentrado) o que se questiona é a lei em tese, assim, a decisão que declara a inconstitucionalidade, ou a constitucionalidade, manifesta-se no plano normativo, ou plano da abstração. No segundo (controle difuso), o que se questiona é a validade dos atos praticados com fundamento na lei cuja conformidade com a Constituição é posta em dúvida. No primeiro caso, a declaração de conformidade, ou de inconformidade, da lei com a Constituição é o objeto mesmo da decisão. No segundo, essa conformidade, ou inconformidade, é apenas o fundamento da decisão, que dirá se o ato de concreção do direito é válido, ou inválido. No primeiro caso, a declaração não afeta diretamente direitos subjetivos. Laborando, como labora, no plano normativo, onde não se pode falar, sem impropriedade, em direito, ou dever jurídico, a decisão proferida em ação direta a estes não atinge".

f) O juiz de primeiro grau, em suma, pode averiguar, quando há pertinência e interesse das partes para a decisão do litígio, a constitucionalidade da lei. O fundamental é que tal controle esteja vinculado ao caso concreto deduzido em juízo. Essa declaração de conformidade ou inconformidade constitucional surge, destarte, como questão prejudicial. Daí a conclusão de que, em primeiro grau, não pode o juiz examinar a constitucionalida-

(63) Cfr. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 52.

(64) No sentido do texto: Celso Ribeiro Bastos e Paulo Bonavides, citados por Francisco Roberto Machado, em "A declaração de inconstitucionalidade e o juiz de 1.º grau", em *Ciência Jurídica*, ano II, n. 14, novembro de 1995, p. 3.

(65) *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 53.

(66) "A declaração de inconstitucionalidade e o juiz de 1.º grau", cit., p. 3.

(67) "Efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade", em *Direito & Justiça*, Correio Braziliense, de 04.03.1996, p. 4.

de de uma lei em tese. Disse-o com grande acerto Francisco Roberto Machado: "qualquer pedido que vise à declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica, sem qualquer conseqüência específica para as partes, é juridicamente impossível no 1.º grau de jurisdição, cabendo o seu deduzimento, apenas, via ação direta de inconstitucionalidade, perante o STF (art. 102, inc. I, CF/88)".[68]

g) O controle de constitucionalidade incidental, consoante a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,[69] "configura o sistema geral (no sentido de que está aberto a todos e pode ter lugar em qualquer demanda) e é *judicial, repressivo, difuso, incidental*, com efeitos *inter partes*. Importa, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), numa declaração de *nulidade*, com a conseqüência de que seus efeitos retroagem, isto é, são *ex tunc*".

h) É judicial referido controle porque somente órgão dotado de jurisdição é que pode exercê-lo. É repressivo porque se dá depois da vigência da lei (opõe-se, como se percebe, ao controle preventivo). É difuso porque qualquer juiz, inclusive o de primeiro grau, pode concretizá-lo. Incidental porque não faz parte do objeto principal da causa. É apenas uma questão prejudicial. A todas essas características deve-se agregar, *ex abundantia*, uma mais: é forma de controle que exige uma demanda concreta em curso.

i) Ao lado desse controle difuso, como já salientado, existe o concentrado (feito pelo STF). De acordo com o sistema constitucional brasileiro atual, o controle por via de ação pode se realizar: a) pela ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, inc. I, "a"); b) pela ação interventiva de inconstitucionalidade (CF, art. 36, inc. III); c) pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2.º); d) pela ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, inc. I, "a"). Em suma, uma via difusa (incidental, prejudicial) e quatro vias concentradas (ação direta). A principal diferença entre tais formas de controle de constitucionalidade das leis é a seguinte: na via difusa a decisão tem eficácia *inter partes* (só vale para o caso concreto); na via de ação *erga omnes* (vale para todos). Na via difusa, de outro lado, a decisão tem eficácia *ex tunc*; na via direta, em regra, eficácia *ex nunc*. "Somente em casos especiais, expressamente indicados pelo STF, deve tal declaração produzir efeitos retroativos, para alcançar situações concretas, como de resto acontece também com o ato normativo típico, vale dizer, a lei, que excepcionalmente pode retroagir, respeitando, em qualquer caso, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".[70]

1.2 O juiz deve sempre se preocupar com a constitucionalidade da lei

a) Romper com o modelo legalista-positivista é uma necessidade, se quer a sociedade conter eventuais abusos dos que detêm o poder, principalmente o de legislar. Para isso, desde logo, como já enfatizamos em outro trabalho,[71] é fundamental reconhecer que "a função judicial não é automática ou de pura subsunção, senão reflexiva; não é fruto de um mero voluntarismo, senão de resoluções contrastadas pelos fatos, pelas normas (sujeição à lei) e em definitivo pela Constituição".[72] Romper com o nefasto

(68) "A declaração de inconstitucionalidade e o juiz de 1.º grau", cit., p. 3.

(69) *Direitos Humanos Fundamentais*, Saraiva, SP, 1995, p. 121.

(70) V. Hugo Brito Machado, "Efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade", cit., p. 5.

(71) V. Luiz Flávio Gomes, *Direito de Apelar em Liberdade*, cit., p. 124 e s.

(72) V. A. Ollero Tassara, *Igualdad en la aplicacion de la ley y precedente judicial*, cit., p. 34.

sistema legalista-positivista, de outro lado, significa promover uma aliança histórica entre o juiz contemporâneo e a idéia que já vigorava na Inglaterra no tempo do absolutismo no sentido de que sempre cabe uma "revisão judicial da constitucionalidade das leis e das decisões".[73]

b) O instrumento que o juiz deve manejar, dessa forma, para resolver os casos concretos, já não é a *lei* tão-somente, muito menos sua consciência isoladamente, senão o Direito (ordenamento jurídico globalmente considerado) que, como enfatizou Ollero Tassara, nem sempre "está posto na norma, pronto para ser aplicado ao caso, nem se condensa no caso mediante uma peculiar força normativa do fático. Consiste em um conjunto de exigências reais que se revelam no peculiar sentido que brota ao se colocar em correspondência com a norma (incluindo a Constituição) e fato".[74] Uma das principais conclusões do Seminário de Juízes realizado em Buenos Aires (1991), aliás, foi exatamente neste sentido: "os juízes devem utilizar todas as possibilidades que subministram as constituições e os tratados internacionais para aplicá-los com preferência às leis ordinárias que em tantas ocasiões resultam conflitivas com aqueles, superando assim o legalismo positivista e a concepção de julgar como uma tarefa asséptica e neutra descomprometida com a realidade social... foi rechaçada, ademais, a identificação entre independência e apoliticismo do juiz e se reivindicou o ingrediente político da atividade jurisdicional em razão das margens de discricionariedade que inevitavelmente deixam abertas as leis".[75]

c) O certo é que a lei é estática enquanto o ordenamento jurídico é dinâmico por natureza, porque a realidade social também o é. Uma situação concreta pode não encontrar previsão numa lei mas sempre terá uma solução dentro do ordenamento jurídico, que avança diariamente, seja por iniciativa dos próprios órgãos encarregados de legislar, seja pela tarefa interpretativa judicial progressiva que primordialmente deve se ater aos textos constitucionais e internacionais, acima de tudo, quando são contrariados pela legislação ordinária. Seria, no entanto, um erro supor que este modelo constitucionalista libera o juiz do texto legal. Não se trata de desvincular o juiz da lei nem de submetê-lo a algo metajurídico. Nada disso: o instrumento que servirá de fonte para suas decisões está rigorosamente dentro do mundo jurídico, sobretudo na lei, sempre que ela não contrarie dispositivos de hierarquia superior.

d) O juiz, dentro desse novo contexto, deve buscar a solução mais justa para o caso partindo do texto legal, obviamente, porém sempre confrontando-o com a Constituição e com os Tratados internacionais posteriores (é que *lex posterior derogat lex priori*).[76] Cabe-lhe assim exercer um papel de "motor no dinamismo jurídico", procurando a solução mais justa para o caso concreto mediante a correta interpretação dos textos jurídicos anteriormente elaborados. E na medida em que ele interpreta tais textos vai, concomitantemente, "ajustando" o ordenamento, exercendo muitas vezes, dentro de suas limitações, uma função aparentemente "criativa" (como se deu, por exemplo, no passado, com a correção monetária nas causas judiciais) mas que, na verdade, não passa de "declaração do ordenamento já existente". O Direito, assim, passa a ser concebido como "um

(73) Cfr. Salvador Giner, *Historia del pensamiento social*, cit., p. 266.

(74) *Igualdad en la aplicacion de la ley y precedente judicial*, cit., p. 42.

(75) V. Antonio Doñate, em El País de 25.04.1991, p. 10.

(76) Sobre a obrigatoriedade dos Tratados Internacionais no Brasil bem como sobre o sistema paritário adota entre nós v. Luiz Flávio Gomes, *Direito de Apelar em Liberdade*, cit., p. 70 e s.

razoável processo de ajuste interpretativo" e mais num sentido problemático ("jurisprudência de problemas") que analítico ("dogmático").[77]

2. Limites constitucionais das presunções em Direito Penal. Particular enfoque da presunção legal de violência nos crimes sexuais

2.1 A doutrina dos que rejeitam a presunção legal de violência (é dizer, o leito de Procusto)

a) Ao lado da doutrina tradicional (legalista-positivista, acrítica, neutral), que aceita a presunção legal de violência prevista no art. 224 do CP, urge a construção de doutrina oposta, consentânea com o moderno Direito Penal da responsabilidade pessoal e que se posicione contra tal presunção (verdadeiro leito de Procusto). O julgado relatado pelo eminente Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (cuja ementa transcrevemos no frontispício desta Seção Segunda) será aqui invocado como a base dessa nova postura dogmática (crítica).[78]

b) As presunções legais, especialmente em Direito Penal, contam com limites.[79] No Estado Constitucional e Democrático de Direito, firmado pelo art. 1.º da nossa Constituição, a intervenção punitiva estatal, exatamente porque é a mais drástica (a mais violenta), é dizer, a que afeta um dos mais importantes direitos fundamentais do homem (*ius libertatis*), está sujeita a regras vinculantes (procedimentais) assim como a limites materiais. Não se nega a possibilidade de presunções no âmbito do direito criminal (algumas são inevitáveis), o que a moderna doutrina procura enfatizar é que hoje elas não podem ultrapassar determinadas barreiras. Uma dessas instransponíveis barreiras é a presunção de inocência, como veremos em seguida.

2.2 A presunção "legal" de violência como violação ao princípio "constitucional" da presunção de inocência

2.2.1 Sobre o conteúdo do princípio da presunção de inocência

a) O princípio da presunção de inocência tem agora assento constitucional no Brasil. Foi constitucionalizado em 1988 e está previsto no art. 5.º, inc. LVII, da nossa Magna Carta, *in verbis*: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Cuida-se de princípio amplamente conhecido no âmbito internacional, assinalando alguns autores, no que se relaciona com sua origem remota, que ele seria a versão técnica do clássico *in dubio pro reo*,[80] aforismo muito citado para expressar que na dúvida deve o juiz absolver o acusado (*In dubiis reus este absolvendus; In dubiis, abstine; Semper in dubiis benigniora praeferanda sunt*).

b) Inúmeros diplomas jurídicos do direito internacional, ancorados na idéia central de tutela dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, dão-lhe abrigo. Já o art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) dizia:

(77) Assim, G. Rodríguez Mourullo, *Aplicacion judicial del derecho y lógica de la argumentacion jurídica*, Ed. Civitas, Madri, 1988, p. 51 e s.

(78) Sobre a importância da dogmática crítica na atualidade v., com referências bibliográficas, Luiz Flávio Gomes, *Crime Organizado*, cit., p. 17 e s.

(79) V. sobre tais limites constitucionais relacionados com o Direito Penal Econômico alemão Joaquim Vogel, em *Estudios de Derecho Penal Economico*, Editores Luis Arroyo Zapatero e Klaus Tiedemann, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, p. 43 e s.

(80) Assim, Esteban Romero Arias, *La presunción de inocencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 17 e s.

"Tout homme étant présumé innocent, s'il est jugé indispensable de arrêter, tout rigueor qui ne serait pas necessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi". A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia da organização das Nações Unidas (ONU), em 10.12.1948, em seu art. 11.1, a propósito, dispõe: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa". Com inspiração nessas tradicionais declarações, dispositivos semelhantes foram introduzidos na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), bem como no Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos (ONU), art. 14.2. Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), subscrita pelo nosso país, referido princípio ficou assim proclamado: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

c) O mencionado art. 5.º, inc. LVII, da CF, em virtude de uma redação propositadamente dúbia (de se observar que não utilizou expressamente a locução "presunção de inocência"), permitiu, no começo da sua vigência, alguma tergiversação interpretativa acerca do seu conteúdo, o que era ademais previsível, porque no eixo da discussão sobre o conteúdo da presunção de inocência está uma clássica e histórica polêmica travada entre correntes liberais e antiliberais. Distanciando-se nossa Lei Maior dos seus modelos preferidos (Constituição portuguesa de 1976, art. 32.2 e Constituição espanhola de 1978, art. 24.2), que fazem explícita referência à "presunção de inocência", acabou alinhando-se ao direito constitucional italiano que, a propósito, no art. 27.2 do seu Texto Fundamental, diz: "O imputado não é considerado culpado senão depois de condenação definitiva".

d) Na base dessa ambígua redação, consoante a oportuna lembrança de Jaime Vegas Torres,[81] existe um riquíssimo debate doutrinário envolvendo as Escolas Penais italianas. O ponto de partida reside na Escola Clássica, que teve como expoentes, dentre outros, Carrara e Carmignani. Eles conceberam, por influência do Iluminismo, o modelo *liberal* de processo penal, fincado no seguinte "dualismo": o processo existe para castigar o delinqüente, por um lado, e também para evitar que sejam castigados os inocentes. A presunção de inocência aparece, nesta concepção, como princípio orientador e fundamentador de todo o processo penal. Foi-lhe conferida a máxima amplitude: "Todos e cada um dos momentos do processo penal, todas e cada uma das regras que o disciplinam, encontram seu fundamento na proteção da inocência, de tal forma que a infração a qualquer dessas regras se converte em um ataque dirigido, em última instância, contra a própria presunção de inocência".[82]

e) De acordo com a Escola Positiva e Técnico-Jurídica, havia muito exagero nessa visão individualista liberal clássica.[83] O autor da *Sociologia Criminal*, Ferri, enfatizava que a presunção de inocência não possui a extensão que lhe pretendem conferir. Quando se trata de

(81) V. Jaime Vegas Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madri, 1993, p. 20.

(82) V. Jaime Vegas Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 23.

(83) Idem, ibidem. Cfr. neste autor as extensas citações das doutrinas positivista e técnico jurídica, sempre no sentido de se negar o amplo alcance emprestado pela doutrina clássica ao princípio da presunção de inocência.

flagrante delito ou de uma confissão, por exemplo, a presunção não conta com a mesma força lógica ou jurídica. Manzini, por seu turno, proclamava: "o processo penal resulta duplamente caracterizado, como meio de tutela do interesse social de repressão da delinqüência, e como meio de tutela do interesse individual e social de liberdade. Porém, entre dois interesses tutelados pelo processo penal, o que se apresenta como fundamental não é o da liberdade individual, senão o da repressão da delinqüência. Este interesse domina naturalmente sobre o que é uma conseqüência dele, o relacionado com a liberdade individual".[84]

f) Em todo processo penal em jogo está, muito facilmente se percebe, um tradicional conflito que se estabelece entre o *ius puniendi* (estatal) e o *ius libertatis* (do cidadão). E o provecto e histórico pêndulo ora privilegia aquele, ora confere primazia a este. Tudo depende da própria concepção do Estado, da política vigente, de cada momento, de cada estágio da civilização em suma. Num modelo de Estado liberal (em sentido político), a liberdade individual ganha realce. Em Estados totalitários ou autoritários, o interesse que prevalece é o oposto. O Código de Processo Penal italiano de 1930, que serviu de modelo ao nosso de 1941, gerado em pleno regime fascista, só podia ter afinidade, obviamente, com os postulados da direção técnico-jurídica.

g) Alfredo Rocco,[85] que ao lado de Manzini foi o maior nome dessa corrente técnico-jurídica, destacava na Exposição de Motivos do referido CPP italiano, "que o projeto rechaça de plano a absurda presunção de inocência que alguns quiseram reconhecer a favor do imputado. Isso é uma extravagância derivada dos velhos conceitos, nascidos com a Revolução Francesa, que levam aos mais exagerados e incoerentes excessos as garantias individuais. Sagrado e inviolável é sem dúvida o direito de defesa, certo e indiscutível é o princípio de que o imputado não pode ser considerado culpado antes da sentença condenatória definitiva; porém, que se deva considerá-lo inocente enquanto se procede contra ele como acusado de delito é uma enormidade, uma patente inversão do sentido lógico e jurídico, que não se pode admitir nem mesmo como maneira de se expressar. Enquanto existe um processo em curso, não há nem um inocente nem um culpado, senão só um indiciado: somente no momento em que vem a sentença, se saberá se o indiciado é culpado ou inocente".

h) Superado o regime fascista totalitário e finalizada a Segunda Guerra Mundial, todo o continente europeu, com raras exceções (Espanha e Portugal, por exemplo, que só mais tarde alcançaram tal *desideratum*), faz revigorar o regime político democrático fundado em ideais liberais. Em 1947 é aprovada a nova Constituição italiana. A respeito da presunção de inocência, como que numa "solução de compromisso", para conciliar a doutrina (autoritária) anterior (de Manzini, Rocco etc.) com os ventos democráticos que sopravam no período pós-guerra, chegou-se à redação já mencionada, nestes termos: "O imputado não é considerado culpado senão depois da condenação definitiva".

i) Referido texto, como se percebe, tal como o inscrito na Constituição brasileira, não faz explícita referência à presunção de inocência. Consoante o pensamento de Manzini, tal norma não estabelece presunção alguma de inocência, senão que se limita a declarar, como é natural, que "o imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva". Além de Manzini, seguem a mesma linha de argumentação Guarnieri, Frosali,

(84) Tanto Ferri como Manzini foram citados por Jaime Vegas Torres, ob. cit., p. 24 e s.

(85) Citado por Jaime Vegas Torres, ob. cit., p. 29.

Vannini, Leone etc.[86] Ao não se referir expressamente o art. 27 da Constituição italiana à presunção de inocência, nasceu a doutrina dos que entendem haver nesse dispositivo a consagração da mera *presunção de não culpabilidade*. Cuida-se de uma postura que vê o imputado numa situação "neutra", é dizer, nem é culpado nem é inocente. É um imputado (ou indiciado). Essa linha de argumentação (antiliberal) deriva, como vimos, da Escola Técnico-Jurídica. Sua base política deita raízes no fascismo, que jamais podia aceitar ou permanecer indiferente ao símbolo antiautoritário que representa a presunção de inocência.

j) Como acertadamente destaca Jaime Vegas Torres,[87] "a doutrina mais recente, sem embargo, proclama que não é possível distinguir "presunção de não culpabilidade" e "presunção de inocência". Desse modo, o art. 27.2 da Constituição [italiana] não faz outra coisa que consagrar o princípio da presunção de inocência (...) Essa é a doutrina de Illuminati, Bellavista e outros (...) Este último, impugnando a tese de Frosali segundo a qual a Constituição enuncia somente a formulação negativa de não presunção de culpabilidade, afirmou: "vale aqui a máxima *qui dicit de uno, negat de altero*. Quando não se é considerado culpado, se é considerado inocente. *Tertium non datur*''.

l) Considerando que o texto italiano aqui enfocado constituiu a fonte de inspiração do dispositivo nacional semelhante, para sua exata compreensão era mesmo necessário a incursão que fizemos ao debate peninsular. Agora já sabemos porque nosso Constituinte evitou a utilização da locução "presunção de inocência". Quis adotar uma postura "neutra", asséptica, no que concerne à posição do acusado frente ao processo penal. Essa sua pretensão, no entanto, longe está do verdadeiro (e atualmente tríplice) significado que o princípio da presunção de inocência possui. A *mens legislatoris* não corresponde, sabemos, muitas vezes, ao texto escrito.

m) De qualquer modo, ainda que o princípio da presunção de inocência não contasse com a rica substância (inclusive material, limitadora) que se lhe assinala a moderna doutrina, com base sobretudo nos textos internacionais, reveladores do conteúdo essencial do mencionado princípio, ainda assim, dentro do contexto jurídico brasileiro, já teria representado um avanço extraordinário frente ao nosso CPP, marcadamente autoritário e fascista. A prova mais exuberante disso está na Exposição de Motivos, assinada pelo Min. Francisco Campos, que proclama: "De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum".

n) O indivíduo – continua esse trecho da Exposição de Motivos –, "principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do

(86) Idem, ibidem, p. 31.
(87) Idem, ibidem, p. 31/32.

presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal".

o) Em várias passagens, não é difícil notar, foram reproduzidas *ipsis litteris* expressões de Rocco e Manzini, os dois maiores porta-vozes do tecnicismo-jurídico. Se a primazia do processo penal em 1941 (sob plena influência fascista) era do interesse social (repressão da delinqüência), agora, depois da CF de 1988, urge a proclamação do interesse oposto (da liberdade individual), que tem como um dos vetores principais a presunção de inocência. A aparente neutralidade do texto constitucional ora analisado (art. 5.º, inc. LVII) não consegue esconder (muito menos impedir) o manancial limitador e garantista que emerge do princípio citado. Uma Constituição que tem como fundamento "a dignidade da pessoa humana" (art. 1.º, inc. III), que afirma a inviolabilidade da liberdade (art. 5.º), que exige prisão fundamentada etc., evidentemente, parte do pressuposto de que a liberdade individual, no processo penal, vem em primeiro lugar. Só em casos excepcionais, respeitado o devido processo legal (*due process of law*), pode haver, portanto, privação ou restrição dessa liberdade.

p) Não possui nenhum sentido, diante do que foi exposto até aqui, não considerar que no inc. LVII do art. 5.º da CF está inscrito, com todas as letras, o *princípio da presunção de inocência*, com toda carga liberal e democrática que carrega em sua história, tendo como ponto de arranque (em termos de *ius positum*) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), de fundo induvidosamente Iluminista. Mais que presunção de não culpabilidade (que provém de uma visão "neutral", típica do engajamento político acrítico do jurista), o que temos no texto *sub examinem* é a verdadeira e própria presunção de inocência.

q) Questiona-se o uso da locução *presunção de inocência*. Seria uma verdadeira presunção? A doutrina vem procurando assinalar que, na verdade, não se trata de uma presunção *em sentido jurídico*. Pois, nesse sentido, presunção, conforme nos ensina o Tribunal Supremo espanhol,[88] *ad exemplum*, "é a conseqüência que se deduz de um fato acontecido para averiguar a verdade de um fato incerto; (...) implica um silogismo, um processo lógico que partindo de uma premissa constituída por uns fatos provados, induz a uma conseqüência necessária, racional e lógica segundo as normas do critério humano; (...) é o enlace ou relação existente entre o fato demonstrado e aquele que se trata de deduzir". Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, no seu *Novo Dicionário Aurélio*, conceitua a presunção como "conseqüência que a lei deduz de certos atos ou fatos, e que estabelece como verdade por vezes até contra prova em contrário".

r) Tampouco pode-se sustentar que o preceito constitucional (art. 5.º, inc. LVII) configure uma "norma de presunção", visto que essa exige: previsão em lei positiva, caráter processual, com repercussões probatórias e enlace entre si de duas afirmações, antecedente e conseqüente, as quais devem ser qualitativamente distintas.[89] No nosso texto constitucional aqui analisado não temos o último requisito da norma de presunção, isto é, não existe nenhum vín-

(88) As citações que seguem foram recolhidas por Esteban Romero Arias, *La presunción de inocencia*, cit., p. 44.

(89) Essa é a lição de M. Serra Dominguez, citado por Esteban Romero Arias, *La presunción de inocencia*, cit., p. 45/46.

culo entre duas afirmações qualitativamente distintas. Existe, isso sim, uma só afirmação, que não é deduzida de nenhuma outra.

s) Só resta considerar que a expressão presunção (quando da presunção de inocência estamos a falar) está sendo utilizada *em sentido vulgar*, não técnico. Sob esse enfoque, a presunção de inocência é a expressão de uma *valoração* feita pelo Legislador Constituinte (frente ao acusado da prática de um ilícito) que se decidiu por uma de duas proposições possíveis (ser inocente ou culpado), sem ter certeza absoluta de que se decidiu pela proposição correta. Todo ordenamento jurídico (e particularmente suas concretas proposições normativas) ou parte da presunção de que o acusado é inocente (o ônus da prova da culpabilidade nesse caso pertence a quem faz a acusação) ou, anomalamente, parte de presunção oposta (quando então o ônus da prova da inocência compete ao acusado). *Tercium non datur*. O nosso, pelo que já ficou assentado, insere-se, em nível constitucional, no primeiro grupo. Mais isso não significa que dispositivos jurídicos infraconstitucionais concretos, emanados de legisladores que atuaram sob o império de outra realidade histórica e política, estejam em posição aporética frente ao ponto de partida assinalado. E sempre que isso ocorre, é evidente que se deve preservar o Texto Maior.

t) No que concerne à *natureza jurídica* da presunção de inocência urge destacar o seguinte: do ponto de vista *extrínseco (formal)*, destarte, no Brasil, o princípio da presunção de inocência configura um direito *constitucional fundamental*, é dizer, está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa (art. 5.º). Do ponto de vista *intrínseco (substancial)* é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo *probatório, das garantias (garantista)* e de *tratamento do acusado*. Cuida-se, por último, como não poderia ser diferente, de uma presunção *iuris tantum*, é dizer, admite prova em sentido contrário.

u) Do processo de *constitucionalização* da presunção de inocência temos que extrair algumas conseqüências jurídicas inafastáveis, todas atreladas ao que podemos denominar (super) garantias dos direitos e garantias fundamentais. Essas (super) garantias são "não jurisdicionais" ou "jurisdicionais". Dentre as primeiras destacam-se: (a) a aplicação imediata do preceito, tal como previsto no art. 5.º, § 1.º, da CF; (b) a vinculação de todos (poderes públicos e particulares), que lhe devem estrita obediência. No que concerne às garantias jurisdicionais cabe assinalar: (a) o acesso à jurisdição (sempre que algum direito fundamental não é observado, conta o vitimizado com o direito líquido e certo e buscar a tutela judicial desse direito); (b) o controle de constitucionalidade das leis que exige o reconhecimento da primazia das normas constitucionais (a presunção maior do ordenamento jurídico-penal, que é a da inocência, não pode ser restringida ou eliminada por presunções "legais" – menores – em sentido contrário).

v) O legislador, muitas vezes no entanto, tal como já proclamamos em outro trabalho,[90] parece não ter a mínima idéia dos limites da sua atividade legiferante, impostos, sobretudo, pela eficácia direta e imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais,[91] bem como pela sua força vinculatória,[92] que obriga seu acatamento por todos, isto é,

(90) V. Luiz Flávio Gomes, *Crime Organizado*, cit., p. 17.

(91) Cfr. Joaquim García Morillo, *La proteccion judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 28 e s.

(92) Cfr. Antonio E. Perez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madri, 3.ª ed., 1988, p. 66 e s.

poderes públicos e particulares.[93] A presunção de inocência, porque dotada de supergarantias, em síntese, é de imperativa observância e aplicação, inclusive no que concerne ao âmbito das infrações e procedimentos administrativos.[94]

x) A presunção de inocência como regra probatória. A primeira e importante regra que deriva do princípio da presunção de inocência relaciona-se com o campo probatório. No nosso sistema jurídico, essa regra está inscrita no art. 8.º, n. 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que diz: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". Antes de o Brasil ratificar a citada Convenção podia-se discutir sobre a eficácia dessa regra jurídica no direito interno. Agora, no entanto, como bem destacou Magalhães Gomes Filho,[95] com amparo no art. 5.º, § 2.º, da CF, tornou-se indiscutível no nosso ordenamento jurídico a amplitude da presunção de inocência "desde que o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo 27, de 26.05.1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direito Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Governo brasileiro, em 25.09.1992, depositou a Carta de Adesão a essa Convenção, determinando-se seu integral cumprimento pelo Decreto 678, de 06.11.1992, publicado no Diário Oficial de 09.11.1992, p. 15.562 e s." [96]

z) A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como já procuramos enfatizar,[97] entrou em vigor no Brasil em 09.11.1992, data da sua publicação. Consoante a jurisprudência do STF e o pensamento majoritário da doutrina, não refutados pela Constituição de 1988, vige no Brasil, no mínimo, o sistema paritário, que coloca os tratados e convenções no mesmo pé de igualdade das leis federais (o tratado, é dizer, equivale a uma lei federal). Pelo sistema diferenciador, que é muito superior, temos que fazer a seguinte distinção: se a norma internacional constitui mera repetição ou explicitação de uma norma constitucional (tal se dá no caso do mencionado art. 8.º, n. 2.º, em relação com o princípio da presunção de inocência), possui *status* constitucional; de outro lado, se prevê direito outro não capitulado na Constituição, vale como lei ordinária.

aa) Uma norma contida num tratado, por mais antagonismo que apresente, jamais pode revogar a norma constitucional (no nosso país), visto que este goza de absoluta primazia. Logo, havendo conflito entre elas, vale a norma constitucional. Mas no que concerne ao direito interno "ordinário", o que predomina é o princípio da *lex posterior derogat priori*. Em outras palavras, todos os dispositivos legais ordinários (precedentes) afetados pela norma internacional são revogados ou derrogados. E se o preceito internacional repete ou explicita "direitos e garantias individuais" (é o caso do art. 8.º sub análise), acha-se amparado pela cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4.º, da CF.

(93) Cfr. as grandes construções do Tribunal Constitucional alemão, principalmente a teoria da *Drittwirkung* ou *Horizontalwirkun* em Teresa Freixes Sanjuán, *Constitucion y Derechos fundamentales*, PPU, Barcelona, 1992, p. 70 e s.

(94) Assim, Esteban Romero Arias, *La presuncion de inocencia*, cit., p. 60.

(95) V. Antonio Magalhães Gomes Filho, "O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), em *Revista do Advogado*, da AASP, n. 42, abril/94, p. 30.

(96) V. o referido Pacto de San Jose, na íntegra, publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, do IBCCrim, n. 1, jan./mar. 1993, p. 253 e s.

(97) V. Luiz Flávio Gomes, *Direito de Apelar em Liberdade*, cit., p. 70 e s. e particularmente p. 85.

bb) No sistema jurídico brasileiro, em suma, todo acusado é presumido inocente, *até que se comprove legalmente sua culpa*. Culpa, aqui, logo se percebe, deve ser entendida no sentido de "culpabilidade" (não culpa *stricto senso*), ou seja, "atribuição culpável de um injusto típico ao seu autor". Com a lucidez de sempre, Jaime Vegas Torres ensina:[98] "Certamente, a "culpabilidade" do acusado não é, a rigor, objeto de prova; objeto de prova são os fatos e a culpabilidade não é um fato, senão um conceito jurídico. Mas quando se atribui a um sujeito a culpabilidade em relação a uma determinada infração criminal não se faz outra coisa que afirmar a existência de uns fatos que se ajustam a uma descrição típica penal e a participação nos mesmos do sujeito em questão. Neste sentido, a expressão "declarar a culpabilidade" não é senão uma forma abreviada de referir-se à afirmação da certeza de uns fatos que se ajustam em um tipo penal e da participação nos mesmos do acusado; e a utilização do conceito de prova em relação à culpabilidade deve entender-se, igualmente, como uma forma abreviada de se referir à prova de todos e cada um dos fatos que integram o tipo penal e à participação nos mesmos do acusado". Comprovar a culpabilidade, em conclusão, é comprovar o fato típico assim como o vínculo, o elo, do acusado com tal fato.

cc) E esse ônus de comprovar os *fatos* e a *atribuição culpável* (imputação subjetiva) deles ao acusado, por força do art. 156 do CPP, cabe a quem formula a acusação. Sabemos que a ilicitude e a culpabilidade (esta entendida, consoante o finalismo de Welzel, como juízo de reprovação) não são objeto da prova acusatória. Neste âmbito funciona um conjunto de presunções (não refutadas) que favorecem a acusação. O fato típico constitui indício da ilicitude[99] e o injusto penal (fato típico e ilícito) é indício da culpabilidade respectiva[100] (dolosa ou culposa). Dito de outra maneira: o injusto penal doloso é indício da culpabilidade dolosa, enquanto o injusto penal negligente é indício da culpabilidade negligente. O que compete à acusação, isso sim, é a demonstração inequívoca dos fatos e da participação do acusado nesses fatos.

dd) A jurisprudência dos Tribunais espanhóis, particularmente da Corte Constitucional, enfocada com acuidade por Jaén Vallejo,[101] além de destacar a *regra de tratamento* que emana do princípio da presunção de inocência, nunca deixou de reconhecer como algo inerente a *regra probatória*. Daí a doutrina no sentido de que o conteúdo do direito fundamental da presunção de inocência comporta uma dupla exigência: (a) de uma parte, que ninguém pode ser considerado culpado até que assim estabeleça uma sentença condenatória; (b) de outra, que as conseqüências da incerteza sobre a existência dos fatos e sua atribuição culpável ao acusado beneficiam este, impondo uma carga material da prova às partes acusadoras. O Tribunal Constitucional espanhol, com efeito, no seu julgado 31/81, proclamou os cinco pressupostos necessários para afastar a referida presunção: (a) uma mínima atividade probatória; (b) produzida com as garantias processuais; (c) que a prova seja incriminatória (prova "de cargo"); (d) que da prova se possa deduzir a culpabilidade do acusado; (e) que a prova seja produzida em juízo (imediatidade e oralidade). Da doutrina

(98) V. *La presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 43.

(99) Cfr. por toda doutrina Damásio E. de Jesus, *Direito Penal-Parte Geral*, cit., p. 250.

(100) V. Luiz Flávio Gomes, *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, cit., p. 121 e s.

(101) Manuel Jaén Vallejo, *La presuncion de inocencia en la jurisprudência constitucional*, Akal, Madri, 1987, p. 23 e s.

deste Tribunal podemos extrair algumas conclusões: as partes acusadoras são as obrigadas a alcançar o convencimento do juiz sobre a existência dos fatos e sua atribuição culpável ao acusado; a presunção de inocência é uma presunção *iuris tantum*, isto é, pode ser afastada por prova em sentido contrário (da culpabilidade); a prova, no entanto, deve ser suficiente para convencer o juiz, valendo o princípio do *in dubio pro reo*.

ee) De tudo se deduz que o princípio da presunção de inocência, que é instituto de direito preponderantemente processual, como regra probatória, possui íntima conexão com três princípios (limitadores) pertencentes ao Direito Penal, que são: (a) princípio do fato (Direito Penal do Fato), (b) princípio do *nullum crimen sine iniuria* (Direito Penal da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico) e (c), princípio da imputação pessoal ou subjetiva (Direito Penal da Culpa). Estudaremos cada um desses princípios em seu momento oportuno. De qualquer modo, desde logo impõe-se salientar que de inúmeras formas pode-se violar cada um deles (que configuram limites à intervenção penal estatal), e, em razão do vínculo que possuem, concomitantemente a presunção de inocência, como regra probatória. Vejamos: viola-se o princípio do fato (e também a presunção de inocência) quando o legislador presume, contra o réu, certos fatos (art. 224 do CP, por exemplo); viola-se o princípio do *nullum crimen sine iniuria* (e também a presunção de inocência) quando o legislador presume a lesão ou o perigo ao bem jurídico (perigo presumido, tal como o do art. 32 da LCP); viola-se o princípio da responsabilidade pessoal ou subjetiva (e também a presunção de inocência) quando o legislador presume a participação de determinadas pessoas num específico crime (art. 95, § 3.º, da Lei 8.212/91). De outro lado, pode-se violar ainda o princípio da presunção de inocência invertendo-se o ônus da prova (tal como se dá no art. 25 da LCP).

ff) A presunção de inocência como regra de tratamento. A doutrina nunca deixou de reconhecer que a presunção de inocência também significa, além de regra probatória, regra de tratamento. Magalhães Gomes Filho,[102] profundo conhecedor do tema, elencou, como emanações da primeira, (a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); (b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; (c) tal comprovação deve ser feita *legalmente* (conforme o devido processo legal); e (d) a impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí seu direito de silêncio);[103] como *regra de tratamento* a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar etc.

gg) No processo penal, destarte, a presunção de inocência joga duplo papel. Cobo del Rosal e Vives Anton,[104] dissertando sobre o tema, explicam: "Como

(102) V. "O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana...", cit., p. 31.

(103) Ainda sobre esse aspecto de regra probatória, v. Claude Lambois, "La presomption d'innocence", em *Rev. Pouvoirs*, n. 55, PUF, Paris, 1990, p. 81 e s.

(104) V. Cobo Del Rosal, M. e Vives Anton, T.S., *Derecho Penal-Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 3.ª ed., 1990, p. 78/79.

regra de juízo a presunção de inocência exige que toda condenação tenha por fundamento prova incriminatória e que as dúvidas sejam resolvidas em favor do réu (*in dubio pro reo*)... como regra de tratamento a presunção de inocência comporta a proibição de que as medidas cautelares e, em especial, a prisão preventiva, sejam utilizadas *como castigos*, isto é, que mais além de sua finalidade de asseguramento do escopo processual, sejam utilizadas para infligir ao acusado, antecipadamente, a pena". A regra da presunção de inocência, enfatizou Weber M. Batista,[105] com apoio no pensamento de Bettiol, "vale como uma idéia-força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, que sofre restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, em suma, que não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo "as garantias da plena defesa".

hh) A presunção de inocência como regra de garantia. A comprovação da culpabilidade, como exigência que emana da regra probatória, de outro lado, precisa revestir-se de legalidade. Não é qualquer comprovação que se coaduna com o Estado Constitucional de Direito. A colheita das provas deve seguir o *due process of law*. Cuida-se de atividade pública cercada de garantias. A Convenção Americana mesmo, no seu art. 8.º, proclama algumas dessas garantias (juiz natural, direito a ser julgado em prazo razoável, juiz competente, direito de ser informado da acusação etc.). Viola-se a presunção de inocência como regra de garantia quando na atividade *acusatória* ou *probatória* não se observa estritamente o ordenamento jurídico. É o que ocorre hoje com as chamadas denúncias genéricas, interceptação telefônica etc. Por força de regra de tratamento, ademais, todas as medidas coercitivas antes ou durante o processo só se justificam quando há extrema necessidade fundada em fatos concretos. Viola-se esse aspecto da presunção de inocência quando se prevê prisão automática (art. 594 do CPP, por exemplo), prisão por força de lei (prisão não fundamentada enquanto pendente Recurso Especial ou Extraordinário) etc.

ii) No âmbito do direito material (penal), afirmam Cobo del Rosal e Vives Anton,[106] além de projetar sua eficácia para a interpretação das leis penais (em igualdade de condições, deve-se preferir o sentido mais favorável ao acusado), "a presunção de inocência representa um *limite frente ao legislador*. Em virtude desse limite, e dada a natureza constitucional do mesmo, serão nulos os preceitos penais que estabeleçam a responsabilidade baseada em fatos presumidos ou em presunções de culpabilidade". O princípio da *presomption d'innocence*, pelo exposto, tanto é relevante no âmbito processual como no âmbito do Direito Penal. Preponderantemente naquele, sim, mas não se pode negar que tenha valia também no âmbito do direito substancial.

2.2.2 O confronto da Lei Penal com a Constituição

a) O art. 224 do CP, na parte em que *presume a violência*, conflita diretamente com o princípio constitucional da presunção de inocência. Violência é fato e, como acertadamente advertiu o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, fato não se presume. Existe ou não existe. O Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções

(105) V. Weber Martins Batista, "O princípio constitucional de inocência: recurso em liberdade, antecedentes do réu", em *RJDTACrim* n. 6, 1990, p. 15 e s.

(106) V. *Derecho Penal-Parte General*, cit., p. 78.

de fato.[107] Do voto do ínclito Ministro mencionado, cabe extrair esta preciosa lição: "(...) Em conseqüência, não há, pois, como sustentar-se, em Direito Penal, presunção de fato. Este é fenômeno que ocorre no âmbito da experiência. Existe ou não existe. Em conseqüência, não se pode punir alguém por delito ao fundamento de que se presume que o cometeu. Tal como o fato (porque fato) o crime existe, ou não existe. Assim, evidente a inconstitucionalidade do art. 224 do CP (...) presumir violência é punir por crime não cometido![108]

b) O Exmo. Sr. Min. Adhemar Maciel, demonstrando estar estupefacto com o voto do Min. Cernicchiaro, indagou-lhe: "V. Exa. estaria considerando o *caput* do art. 224 inconstitucional? A resposta, em seguida, foi: "A presunção sim". A procedência dessa conclusão é irrefutável, pois a presunção legal (de violência) desobriga o acusador de comprová-la. A preocupação do órgão acusador, nos casos em que a lei presume a violência, seria tão-somente comprovar a situação fática embasadora da presunção (que a vítima seja menor de catorze anos, débil mental etc.). Caber-lhe-ia exclusivamente provar *uma parte dos fatos* (que é a base da presunção). A *outra parte dos fatos* (a violência) é dada pelo legislador. O acusador, destarte, por força da presunção legal, desobriga-se de comprovar parte dos fatos. E essa desobrigação (advinda de determinação infraconstitucional) confronta de cheio com o princípio (constitucional) da presunção de inocência, como regra probatória, que exige do acusador a prova dos fatos (em sua integralidade). Parte do tipo penal é concretizada pelo acusado (até aqui ele responde pelo que fez). A outra parte é realizada pelo Legislador (agora o agente responde pelo que o legislador presumiu). O acusado, em suma, se levarmos o raciocínio ao extremo, acaba respondendo por algo que foi feito pelo legislador, não por ele. Seria o caso de se falar, desde logo, em responsabilidade penal objetiva (responsabilidade por fato de outrem).

c) Todo acusado é presumido inocente, até que se comprove legalmente sua culpabilidade (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.º, n. 2, que, neste ponto, complementa o princípio constitucional da inocência). A culpabilidade (que aqui significa fatos e participação nesses fatos do acusado) precisa ser *comprovada*, isto é, demonstrada, evidenciada no processo. Não pode, evidentemente, ser presumida pelo legislador. E quando isso ocorre, dá-se um choque entre duas presunções: uma de natureza *constitucional* e outra de natureza *legal*. Tem preferência obviamente a primeira. O art. 224 do CP, em conclusão, na parte em que presume a violência, conflita com o princípio constitucional da presunção de inocência. Não foi recepcionado (parcialmente) pela Constituição brasileira de 1988, porque desobriga o acusador daquele "mínimo probatório" (relacionado com a violência), sem o qual a presunção de inocência resulta intacta. Ainda que se considere tal presunção como de natureza relativa, ainda assim, o conflito constitucional é patente, pois passa a exigir do acusado a prova de alguns fatos que eliminam a figura penal (desonestidade da vítima, prostituição etc.).

2.3 A presunção legal de violência como violação ao princípio do fato (Direito Penal do fato)

a) No moderno Direito Penal a responsabilidade do agente deve atrelar-se sem-

[107] Cfr. REsp. 46.424-2/RO, STJ, 6.ª T., rel. Min. Luiz V. Cernicchiaro, j. 14.06.1994, *DJU* de 08.08.1994, p. 19.576).

[108] Cfr. JSTJ e TRF, LEX, v. 65, p. 387.

pre a um fato (existente no plano realístico e comprovado no plano processual). Como já deixamos assentado em outro trabalho,[109] o agente só pode ser considerado culpado "por aquilo que ele fez, não pelo que ele é"; é a culpabilidade do fato. Pune-se o agente por ser o autor de um furto, não porque é ladrão. Pune-se o agente por praticar um homicídio, não por ser um homicida profissional. A culpabilidade do Direito Penal, em suma, é culpabilidade do fato isolado, não culpabilidade de caráter. O juízo de culpabilidade só pode recair sobre o fato do agente, não sobre seu caráter ou maneira de pensar. O juízo de censura deve recair não sobre um abstrato modo de pensar, senão sobre uma concreta conduta e posição de antagonismo do agente com o direito.

b) O princípio do fato aparece no atual Direito Penal como "limite material do *ius puniendi*". Responsabilizar alguém pelo que fez significa, então, pressupor uma ação ou omissão, uma conduta, já que o Direito Penal regula a coexistência externa dos indivíduos, não a consciência deles.[110] Existe controvérsia sobre a real posição do princípio do fato no sistema penal.[111] De qualquer modo, o que não se nega é sua imprescindibilidade para a estruturação da responsabilidade penal. Ele é violado, dizem Cobo del Rosal e Vives Anton,[112] quando há responsabilidade por fato presumido. Dessa doutrina não discrepa García-Pablos de Molina.[113]

c) O *nullum crimen sine actio* é princípio reitor do Direito Penal do Fato. No art. 224 do CP o legislador presume a violência, isto é, um fato. A responsabilidade do agente recai, destarte, não sobre o que efetivamente ocorreu no plano empírico, senão sobre o que o legislador presumiu. O agente é punido por um fato não existente na realidade, senão presumido por outrem. Se ele pratica o crime sexual com violência real (efetiva), é evidente que deve ser responsabilizado por isso. Nesse caso estamos diante de uma *agressão sexual*, punível nos termos dos arts. 213, 214 etc. Não havendo efetiva violência contra a vítima, o que cabe perquirir é eventual *abuso sexual*, que ocorre quando a vítima menor ou doente mental ou por qualquer outro motivo não pode oferecer resistência. Na capacidade concreta da vítima de oferecer ou não resistência ao ato sexual está a linha divisória entre o ato sexual normal e o abuso sexual. É essa distinção importante (entre agressão e abuso sexual) que o legislador de 1940 não se preocupou em fazer. Pelo contrário, ele quis jogar tudo para o mesmo denominador comum da violência. Hoje se sabe que o crime sexual, em boa técnica, pode ser agressivo ou abusivo.[114] Em suma, violando o art. 224 do CP, na parte em que presume a violência, o Direito Penal do Fato e, em conseqüência, a presunção de inocência, é evidente que devemos negar legalitimidade constitucional para essa parte do tipo.

(109) V. Luiz Flávio Gomes, *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, cit., p. 128 e s.

(110) Assim, Antonio García-Pablos de Molina, *Derecho Penal-Introduccion*, Universidad Complutense de Madri, Serviço de Publicações, Madri, 1995, p. 260.

(111) Para alguns ele deriva do princípio da culpabilidade (Mir Puig), para outros do princípio da humanidade (Silva Sanches) e ainda há os que entendem que deriva do princípio da legalidade (Zugaldía Espinar). Cfr. Sobre tais posições, Antonio García-Pablos de Molina, *Derecho Penal-Introduccion*, cit., p. 260/261.

(112) Cfr. *Derecho Penal-Parte General*, cit., p. 270.

(113) *Derecho Penal-Introduccion*, cit., p,. 263.

(114) V. sobre essa distinção o recente CP espanhol, que entrou em vigor em maio/96, arts. 178 e s.

2.4 A presunção legal de violência como violação ao princípio do nullum crimen sine iniuria

a) Não existe crime sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Não se nega, nos dias atuais, que a missão fundamental do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos.[115] Sendo isso, somente quando ocorre uma efetiva lesão ou perigo (concreto) de lesão é que se justifica a intervenção penal. Essa *ofensividade* ou *lesividade*, obviamente, deve derivar da conduta do agente, não de presunção legal. A natureza *lesiva* do resultado (do evento) é limitação atrelada, como diz Luigi Ferrajoli,[116] ao princípio da "necessidade penal" (*nulla necessitas sine iniuria*). No dano causado a outrem reside a legitimação da intervenção penal. Esse é um princípio que encontra ressonância nas lições de Aristóteles e Epicuro e faz parte da cultura Iluminista (Hobbes, Pufendorf, Locke, Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano, Romagnosi etc.).[117]

b) Sistematicamente, o *nullum crimen sine iniuria* integraria o conceito de ilicitude (que é o segundo requisito formal do delito). Do ponto de vista puramente *formal* afirmamos que ilicitude (antijuridicidade) é a contradição da conduta com o ordenamento jurídico. Do ponto de vista *material*, no entanto, como ressalta com o costumeiro acerto Juan Bustos Ramirez,[118] "a ilicitude não pode ser o conjunto de regras jurídicas do ordenamento jurídico, senão justamente o que se desvalora e a concreção dessa desvaloração, o que só se pode extrair do bem jurídico (...) para que se possa reconhecer a ilicitude de um fato típico, não basta com a concreção desvalorativa de um ato, senão ademais é necessário que desvalorativamente a esse ato se possa imputar desde o bem jurídico uma afetação real, que pode consistir em uma lesão ou perigo de lesão. A perturbação do bem jurídico, isto é, o *desvalor do resultado*, é o que permite considerar desde o ponto de vista material todo o ordenamento jurídico (...) A ilicitude é, pois, a contradição do fato típico com todo o ordenamento jurídico em virtude de uma afetação efetiva do bem jurídico (...) não basta só a determinação ou determinabilidade do âmbito situacional e com isso do comportamento, senão também há de reger o princípio do *nullum crimen sine iniuria*, isto é, não há delito sem uma determinada lesividade ou afetação do bem jurídico (...) deste modo se exclui toda classe de presunções do Direito Penal".

c) O bem jurídico tutelado nos crimes sexuais, em geral, é a liberdade sexual que, como já vimos, consiste na liberdade de não se envolver em atos sexuais sem a livre manifestação da vontade. Sem lesão a esse bem jurídico torna-se impossível falar-se em crime sexual violento. No art. 224 do CP o que o legislador presume é exatamente essa lesão. Ela não deriva da conduta do agente. É presumida. Vejamos mais claramente: havendo uma relação sexual *consentida* envolvendo uma menor com treze anos de idade, não existe violência (entendida como meio de vencer uma resistência) na conduta do agente. Por causa da idade da vítima, a lei *presume* tal violência. Em outras palavras, na realidade, não houve ofensa ao bem jurídico *liberdade sexual*, mas por força da presunção, admite-se tal lesão. A lesão decorre da vontade do legislador, não da realidade, não da conduta do agente. Se um dos eixos centrais

(115) V. A. García-Pablos de Molina, *Derecho Penal-Introduccion*, cit., p. 40 e s.

(116) Cfr. Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione-Teoria del Garantismo Penale*, Ed. Laterza, Roma, 1990, p. 467.

(117) Assim, Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragioni*, cit., p. 468.

(118) V. Juan Bustos Ramiréz, *Manual de Derecho Penal Español – Parte General*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 186.

do Direito Penal consiste em o agente só responder penalmente pelos danos efetivos que ele causa a outrem, quando esse dano não emerge da sua conduta, senão de uma presunção legal, é evidente que não pode ser-lhe imputado. A presunção legal de violência, em síntese, viola o princípio do *nullum crimen sine iniuria.*

2.5 A presunção legal de violência como violação ao princípio do Direito Penal da culpa (do princípio da culpabilidade)

a) É inconstitucional, assinalou o Min. Cernicchiaro no seu já citado voto,[119] "qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva". A conjugação dos princípios da reserva legal e da responsabilidade pessoal, consoante sua lição,[120] fornece subsídio para demonstrar que a Constituição repele a responsabilidade pelo fato de outrem e a responsabilidade objetiva (...) o tipo descreve conduta. Invariavelmente encerra o verbo, vocábulo indicativo de comportamento que, por sua vez, traduz vinculação da vontade (...) Se a infração penal é indissolúvel da conduta, se a conduta reflete vontade, não há como pensar o crime sem o elemento subjetivo. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade a substância da conduta delituosa. Pune-se alguém porque praticou a ação descrita na lei penal. Ação, vale repisar, no sentido material. Conseqüência incontornável: é inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva".

b) O Direito Penal da Culpa (ou princípio da culpabilidade), hoje, possui duplo significado: um coligado com o causalismo (responsabilidade subjetiva, acima enfocada pelo Min. Cernicchiaro); outro decorrente do finalismo (a culpabilidade como reprovabilidade). E como *pressuposto básico* de um ou de outro sentido temos o seguinte: só pode haver responsabilidade penal se o fato punível *pertence* ao seu autor desde o ponto de vista *material.* Isso implica que ninguém pode ser punido por fato praticado por outra pessoa. Cada um responde pelo que concretamente fez, pelo seu ato. Não pode ser responsabilizado pelo ato de outrem nem pelo fato presumido pelo legislador. Na presunção de violência do art. 224 do CP há violação ao princípio da culpabilidade, entendida como vínculo pessoal (e material) do agente com o fato ocorrido. É que a violência é fictícia, é invenção do legislador, portanto, inexistente no plano da realidade. Numa relação sexual *consentida* praticada com menor de treze anos, por exemplo, não existe, no plano empírico, nenhuma violência, nenhuma quebra de qualquer resistência. O que se pode questionar é se houve ou não abuso, o que é coisa distinta. A violência, nesse caso, não possui vínculo material com a conduta do agente (em outras palavras: não pode ser imputada subjetivamente ao agente). É puramente normativa (fixada pela lei). Se a culpabilidade tem como *pressuposto material básico* o vínculo pessoal e material do agente com o fato, ela inexiste quando o fato não é do agente, senão "presunção" do legislador.

c) O princípio da culpabilidade requer: que o fato pertença *materialmente* ao seu autor (e é esse vínculo existencial, empírico, realístico, que deve ser comprovado legalmente pelo órgão acusador para derrubar a presunção de inocência), que haja nexo *subjetivo* (o correto seria dizer, subjetivo-normativo porque esse nexo consiste na existência de dolo ou culpa) e que seja obra de um ser "responsável", é dizer, que o agente tenha tido possibilidade de normal acesso à proibi-

(119) V. REsp. 46.424-2-RO, 6.ª Turma, STJ, em JSTJ e TRF, LEX, vol. 54, p. 387.

(120) Transcrita no mencionado voto, mas originalmente exposta no (Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior) *Direito Penal na Constituição*, RT, SP, 3.ª ed., 1995, p. 94 e s.

ção (normal motivabilidade ou atribuibilidade).[121] O que falta na presunção legal de violência é o que se requer como requisito mais elementar da culpabilidade: o vínculo material do agente com o fato. No exemplo citado (relação com menor de treze anos), o agente está materialmente vinculado com o ato sexual, com a menor. Mas não existe essa relação substancial entre ele e a violência (uso de meios coercitivos para vencer uma resistência). A violência não é fato do autor, senão do legislador. Logo, não se justifica de modo algum a responsabilidade penal por uma violência presumida.

d) Em razão do exposto, amparado no magistério de Joaquim Vogel,[122] "devemos assinalar que as normas sancionadoras que contêm presunções, seja no âmbito penal clássico, seja na esfera do direito penal especial, econômico ou contravencional, lesionam o princípio da culpabilidade e isso porque, como já assinalado pelo próprio Tribunal Constitucional [alemão], no ordenamento em um Estado de Direito deve sempre haver possibilidade de progresso e desde este ponto de vista as presunções supõem um retrocesso cada vez maior (...). Sabendo-se que a culpabilidade pressupõe ou contém a ilicitude, o princípio da culpabilidade pode ser também lesionado mediante presunções situadas no injusto penal".

e) A presunção de violência contida no art. 224 do CP, em conclusão, por violar o Direito Penal do Fato (imputação objetiva ou desvalor da ação), o princípio do *nullum crimen sine iniuria* (desvalor do resultado) e o princípio da culpabilidade (imputação subjetiva), assim como o princípio da presunção de inocência, todos com assento constitucional, não conta com legitimidade constitucional dentro do nosso atual Estado Democrático de Direito. Tal presunção, por isso mesmo, não possui valor jurídico. Não foi recepcionada pela Magna Carta de 1988. Deu-se a chamada inconstitucionalidade superveniente. Não vale como "direito". É letra morta dentro do art. 224 do CP. Daí a necessidade da (re) construção do tipo penal estampado nesse dispositivo. É o que será feito em seguida.

3. Em busca do alcance constitucionalmente legítimo do art. 224 do Código Penal

3.1 Parte do art. 224 do CP não foi recepcionada pelo novo ordenamento constitucional

a) A redação original dada ao art. 224 do CP não se coaduna inteiramente com a Constituição brasileira. Dele consta: "Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de quatorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência". Na parte em que "presume a violência" a inconstitucionalidade (superveniente), como vimos no número anterior, é manifesta.

b) E pode haver inconstitucionalidade apenas parcial de uma norma? A resposta nos é dada por José Joaquim Gomes Canotilho[123] que ensina: "Quando a desconformidade de um acto normativo com a Constituição não for total, mas meramente parcial, a inconstitucionalidade e conseqüente sanção da nulidade deve também ser parcial, evitando-se a completa destruição do acto sujeito a fiscalização (...) as exigências da vida obrigam a soluções conciliadoras das exigências

(121) V. sobre as várias exigências derivadas do princípio da culpabilidade A. García-Pablos de Molina, *Derecho Penal-Introduccion*, cit., p. 283 e s.

(122) V. seu "Los limites constitucionales a las presunciones...", cit., p. 53.

(123) Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina, 4.ª ed., 1989, p. 737.

da constitucionalidade com as exigências da segurança do direito". Se o art. 224 do CP fosse declarado inconstitucional *inteiramente*, haveria um vazio de tutela judicial, é dizer, não contaríamos no CP com a previsão do crime sexual abusivo. Dito de outra maneira: todo abuso contra menor, alienado mental etc. não encontraria ressonância típica e, assim, passaria a algo permitido. A conseqüência nefasta desse entendimento é mais que evidente.

c) Eliminada a locução "presume-se a violência" do art. 224 do CP, o que resta em termos de previsão típica? O óbvio, para atender a vontade do legislador que quis estender a tutela penal (partindo-se dos crimes sexuais violentos) às pessoas arroladas nas alíneas do mesmo dispositivo, é ler o seguinte: Nos crimes previstos nos capítulos anteriores e tipificados como violentos, há abuso sexual, se a vítima (...). Não se discute que o legislador no art. 224 quis ampliar a tutela penal, é dizer, quis proteger algumas pessoas de atos sexuais não desejados ou não conscientemente desejados. Urge que se respeite a vontade do legislador, embora não exatamente da forma (constitucionalmente viciada) como ele projetou a tutela penal. Em suma, sendo parcial a inconstitucionalidade (superveniente) do art. 224 do CP, a vontade do legislador, na parte que é legítima, deve resultar preservada. Existe, destarte, abuso sexual nas três hipóteses elencadas no art. 224. O crime deixa de ser violento porque a violência existe ou não existe. Não pode ser presumida. Quando de ato sexual (realmente) violento se trata, isto é, quando há emprego efetivo de violência ou grave ameaça contra a vítima, o que resulta configurado é um crime de *agressão sexual* (estupro – art. 213 –, atentado violento ao pudor – art. 214 – ou rapto violento – art. 219). Quando, de outro lado, nesses crimes tipificados como violentos, a vítima está numa das situações previstas no art. 224, e não consente validamente, o que se configura é o *abuso sexual.*

3.2 Natureza jurídica dos crimes sexuais tipificados (parcialmente) no art. 224 do CP (depois do expurgo de natureza constitucional)

a) João Mestieri, em lição dedicada exclusivamente ao delito de estupro, mas que serve de paradigma geral, proclama:[124] "A conjunção carnal com mulher não maior de certa idade, com vítima débil mental, embriagada ou adormecida ou que por qualquer outra razão não possa prestar válido consentimento são hipóteses de *stuprum nec voluntarium nec violentum.* Os antigos criminalistas, dentre eles Mestieri, evidenciaram a hipótese. O agente não emprega os meios necessários a provocar o estado de indefesa mas aproveita-se dele para ter conjunção carnal. A esse tipo de estupro deu-se o nome de *stuprum nec voluntarium nec violentum.* Não é voluntário, pois não conta com o consentimento da mulher, e nem se enquadra nas hipóteses de estupro violento, pois nenhuma violência é empregada".

b) Da magistral lição que acaba de ser transcrita podem ser extraídas em relação aos crimes sexuais em geral estas premissas elucidativas:

1.ª) Quando a vítima dissente e sua resistência é dobrada, vencida, seja pela violência real ou grave ameaça, estamos diante de crime violento (*crimen violentum*);

2.ª) Quando a vítima não resiste nem consente, porque incapacitada de oferecer resistência (em virtude da idade, da debilidade mental, embriaguez etc.), surge o crime sexual abusivo, que não é nem

(124) Cf. João Mestieri, *Do delito de estupro*, cit., p. 31.

violento nem voluntário (*crimen nec voluntarium nec violentum*);

3.ª) Quando a vítima consente invalidamente também estamos diante de crime *nec voluntarium nec violentum*;

4.ª) Por último, quando a vítima consente validamente, não há nenhum crime sexual (por se tratar de um ato *voluntarium*).

Na primeira hipótese estamos frente a uma *agressão sexual*; na segunda e terceira hipóteses diante de um *abuso sexual*; na quarta nos deparamos com um *fato atípico* (porque o consentimento válido retira a tipicidade da conduta).

c) Bem compreendido o art. 224, chega-se facilmente à conclusão de que nele estão previstas as situações que ensejam o *abuso sexual*. Combinando-se as descrições típicas dos crimes sexuais violentos (*mutatis mutandis*) com as situações que acabam de ser citadas, surgem os crimes sexuais *nec voluntarium nec violentum* (é dizer, abusivos). Nesses crimes, que são o resultado, no atual sistema penal, de uma combinação típica complicada, nem contamos com violência real, efetiva, nem tampouco existe ato voluntário (desejado) ou ato voluntário válido, porque a vítima, em razão da sua incapacidade, "não pode oferecer resistência". Não são hipóteses em que a vítima manifesta sua irresignação com o ato sexual, sua discordância, seu dissentimento, sua resistência, enfim. Tampouco existe consentimento válido. Pode até estar presente algum tipo de consentimento (p. ex.: vítima com 8 anos de idade que está de acordo com o ato sexual), mas é inválido.

d) Para a configuração do abuso sexual, destarte, para além do aproveitamento dos requisitos típicos "pertinentes" do crime sexual violento, não basta que a vítima tenha quatorze anos ou menos, seja alienada ou débil mental ou esteja incapacitada de manifestar validamente sua vontade. Mais que essa premissa fática, que por si só não é suficiente para a adequação típica, urge que a vítima concretamente "não possa oferecer resistência" e, destarte, não tenha consentido validamente. A impossibilidade de resistência (entendida como ausência de consentimento), prevista expressamente no final do art. 224, é o eixo dos crimes de abuso sexual. Por causa dessa impossibilidade de oferecer resistência é que o sujeito se *aproveita* da vítima. A correta interpretação da alínea "c" do mencionado dispositivo legal afasta qualquer dúvida. Com efeito, nele se lê: "(...) se a vítima (...) c) não pode, por qualquer *outra* causa, oferecer resistência" (grifei). A doutrina nacional, até aqui, nunca revelou com clareza inequívoca a verdadeira exegese dessa norma. Pelo que dela se deduz, quando se fala em incapacidade de resistência por qualquer *outra* causa, isso significa que não estão excluídas as duas primeiras (idade e debilidade). É dizer: tanto na hipótese de idade, quanto de debilidade ou, enfim, "por qualquer outra causa", só existe o crime sexual previsto no art. 224 se a vítima "não pode oferecer resistência".

e) E quando não pode a vítima oferecer resistência? Isso se dá em duas hipóteses: 1.ª) Quando a vítima não tem capacidade de compreender a natureza sexual do ato ou, dito de outra maneira, quando a vítima não tem consciência ética do ato (seja em razão da idade, seja em razão de debilidade mental etc.). A ausência de capacidade de valoração ética ou de maturidade inviabiliza o oferecimento de qualquer resistência. Ainda que a vítima manifeste sua adesão ao ato (p. ex.: uma criança de sete anos dá sua anuência ao ato sexual), mesmo assim, de consentimento válido não se pode falar, em razão da falta de maturidade, da falta de consciência ética; 2.ª) Quando a vítima está impossibilitada transitória ou permanentemente de resistir (de oferecer defesa, reação), por causa de uma doença, de paralisia etc.

f) Em trabalho elaborado em 1994, para a Reforma do Código Penal, a Primeira Subcomissão, composta por Alberto Silva Franco, Luíza Nagib Eluf, Paulo Sérgio Pinheiro e Jair Leonardo Lopes, a propósito do tema deixou consignado: "A ofensa a liberdade sexual da pessoa humana centra-se na falta de consensualidade. Não há necessidade de que a vítima se oponha militantemente à atividade sexual do agente, basta que não consinta na prática sexual ou porque está incapacitada fisicamente para resistir (pessoa que padece de paralisia total ou parcial) ou porque não tem condições psíquicas para ser reativa (estar aturdida em face de uma violação sexual a que se seguiu outra, praticada por pessoa diversa) ou por não estar em condições de manifestar seu consentimento (pessoa anestesiada). Em todas essas situações pode não ocorrer violência física ou grave ameaça à pessoa mas sempre os atos sexuais são executados sem que a vítima tenha oportunidade de manifestar sua vontade".

g) Os crimes sexuais resultantes da combinação dos tipos penais violentos (*mutatis mutandis*) com o art. 224 do CP, em suma, depois de feito o devido expurgo da inconstitucional locução "presume-se a violência", podem ser denominados *crimes de abuso sexual*, que não se confundem com as *agressões sexuais*. Na essência destes está a violência (real) ou grave ameaça. Na essência daqueles está a impossibilidade de oferecer resistência e a falta de consentimento válido. Essa é, aliás, a orientação do recentíssimo Código Penal espanhol, que cuidou dos crimes contra a liberdade sexual no Título VIII, do Livro II, arts. 178 e s.

h) Há *abuso sexual*, em conclusão, *quando o agente, sem consentimento ou sem consentimento válido, aproveita-se da vítima que não podia concretamente oferecer resistência.* Somando-se o abuso sexual (que é uma situação fática, empírica, real) com os dados típicos pertinentes dos crimes sexuais violentos, temos como resultado os *crimes de abuso sexual*. Aceito o que acaba de ser afirmado, teremos doravante, por exemplo, estupro *violento* e estupro *abusivo*. O primeiro está previsto no art. 213; o segundo é resultado da combinação do art. 213 com o art. 224 (que é norma de ampliação típica); na essência do primeiro há uma *agressão*; na do segundo um *abuso*; no primeiro há dissentimento da vítima, resistência; no segundo a vítima, em razão da incapacidade de oferecer resistência, não consente nem resiste. Às vezes a vítima até consente (menor de sete anos, por exemplo), mas esse consentimento não é válido.

4. Conseqüências jurídicas da não recepção da presunção legal de violência

4.1 Necessidade de narrar os fatos concretos configuradores do abuso sexual

a) A conseqüência primeira da presunção de violência que aparecia (aparece?) na redação original do art. 224 consistia na desobrigação do órgão acusador de comprovar legalmente tal violência. Nos termos do dispositivo citado, ela era fictícia, dada como certa. Não havendo necessidade de tal comprovação, limitava-se o acusador a narrar, por exemplo, que o agente praticou relação sexual com menor de catorze anos. Dizia-se: cuida-se de crime violento em razão da presunção legal. Sempre foi muito cômoda a posição do acusador, pois contava em seu benefício com uma presunção legal. No fundo, não narrava nenhuma violência na peça acusatória. Não era preciso. Ela era presumida. A preocupação central era apenas comprovar a premissa fática da presunção (idade da vítima, debilidade, incapacidade etc.). O resto, era dado pelo legislador.

b) Concretizado o expurgo da presunção de violência e entendido o art. 224 do CP como o tipo penal que descreve, no

Direito Penal brasileiro, embora de maneira complexa e indireta, as hipóteses de *abuso sexual*, tudo é diferente. Pois caberá sempre ao acusador comprovar, em cada caso concreto, a existência de tal abuso, é dizer, que o ato sexual foi praticado sem que a vítima pudesse oferecer resistência e sem que tivesse dado seu consentimento válido. Obviamente, de outro lado, antes de comprová-lo, urge que tal abuso seja *narrado*, o mais detalhadamente possível, na peça acusatória. De modo algum seria possível uma denúncia que apenas descrevesse que o ato sexual foi praticado com vítima débil mental, por exemplo. Mais que isso: urge que se descreva que o agente conhecia essa circunstância e que a vítima, *na sua situação concreta*, não podia oferecer resistência. Com isso se constata que a debilidade mental, por si só (ou a idade), não é suficiente para a configuração do abuso sexual. O importante é verificar em cada caso concreto qual era o grau de debilidade e se a vítima tinha ou não consciência ética, se tinha ou não maturidade, se podia ou não resistir ao ato.

c) A necessidade de narrar os fatos concretos configuradores do abuso sexual, incluindo a incapacidade de resistência e de consentimento válido, deriva de exigências do direito interno, internacional e constitucional. No direito interno tal exigência vem proclamada no art. 41 do CPP. Quanto ao direito internacional cabe distinguir: no Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos (de 1966) é o art. 14, n. 3, "a" que cuida do assunto; na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (de 1969), deve ser consultado o art. 8.º, n. 2, "b".[125] Da conjugação dos artigos por último citados se depreende que o acusado tem direito líquido e certo: 1) de ser informado (comunicado) da acusação; 2) de ser informado de modo minucioso (pormenorizado); 3) de ser informado previamente (antes de sua defesa); 4) de ser informado da natureza e dos motivos da acusação.

d) Quando enfocamos o princípio da presunção de inocência, deixamos consignado que um dos seus aspectos mais relevantes reside na sua configuração como *regra de garantia*. A culpabilidade deve ser comprovada legalmente, é dizer, respeitando-se o devido processo legal (*due process of law*). A comprovação da culpabilidade, pelo que até aqui foi exposto, deve sempre ser antecedida da narração do fato. Logo, uma peça acusatória que não narre, da forma mais detalhada possível, os fatos ensejadores da responsabilidade penal, viola o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa (porque a dificulta ou impossibilita), do contraditório etc.

4.2 Necessidade de se comprovar os fatos concretos configuradores do abuso sexual.

a) Um outro aspecto não menos relevante do princípio da presunção de inocência, como vimos, reside na sua configuração como *regra probatória*. Disso deriva a necessidade imperiosa de se comprovar, legalmente, a culpabilidade do agente (é dizer, a participação sua nos fatos ensejadores da responsabilidade penal). Com isso pode-se dizer: os fatos caracterizadores do abuso sexual não só devem ser narrados, senão também comprovados. Não basta, em síntese, que se comprove que a vítima não tem mais de catorze anos, que é alienada ou débil mental ou "qualquer outra causa" (física ou psíquica) que traz incapacidade para a vítima. Mais que isso: urge que se comprove em cada situação concreta que a vítima "não podia oferecer resistência", seja por razões físicas (vítima paralítica,

(125) Sobre a vigência de tais documentos internacionais no Brasil v. Luiz Flávio Gomes, *Direito de Apelar em Liberdade*, cit., p. 70 e s.

p. ex.), seja por razões psíquicas (vítima que acabou de ser estuprada e é submetida a novo crime sexual), seja, enfim, porque a vítima não tinha maturidade suficiente (consciência ética). Não podia compreender o sentido ético do ato (o que é comum nas "crianças").

b) Nélson Hungria, um dos mais renomados intérpretes do Código Penal de 1940, a propósito da "presunção de violência" em relação à vítima débil mental ou alienada dizia:[126] "Na presunção da letra "b", deve entender-se que a condição psíquica da vítima é idêntica à dos 'irresponsáveis', a que se refere o art. 22 [hoje 26], isto é, a alienação ou debilidade mental deve ser de molde a abolir inteiramente a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno. Os chamados 'fronteiriços' (...) não são abrangidos na especial proteção legal. Não se poderia atribuir ao Código a grosseira incoerência de reconhecer a capacidade penal dos 'fronteiriços' e, a seguir, negar-lhes a capacidade de consentimento válido, quando vítimas de crime sexual".

c) A ausência total de "entendimento ético-jurídico ou de autogoverno" é o que precisa ser comprovado em relação à vítima alienada ou débil mental. Não é qualquer alienação ou debilidade que produz tal ausência de capacidade ética. Com isso deve-se concluir que tal vítima, muitas vezes, pode praticar ato sexual juridicamente incensurável. Dito de outra maneira: os alienados também podem praticar atos sexuais normais e nesse caso não se pode falar em abuso (em crime). Gonzalo Rus[127] procurou justamente destacar, em relação ao Código Penal espanhol, que a exigência de "abuso" pode "abrir uma via à solução das relações sexuais normais com pessoas alienadas". Compartilhando dessa opinião, proclamou Diez Rippolés:[128] "a introdução do requisito do 'abuso' mostra claramente que não basta com que a pessoa haja sido classificada psiquiatricamente entre os alienados. É preciso ademais que, dadas as circunstâncias concorrentes no caso concreto, tal estado psíquico haja desempenhado um papel decisivo, de forma que o autor tenha se aproveitado da incapacidade do alienado para compreender o significado e o alcance de sua conduta".

d) No que concerne à presunção de violência mencionada na alínea "c" (qualquer outra causa), advertia Nelson Hungria:[129] "Na averiguação das causas de impossibilidade de reação (notadamente quando se alega que foram preordenadas pelo agente) deve-se ter toda cautela, a fim de conjurar o êxito de falsas narrativas". Com isso se constata que não é qualquer incapacidade de resistência que se enquadra na previsão legal. Urge a comprovação de uma causa que tenha retirado da vítima qualquer capacidade de entendimento, com o que o ato sexual passa a ser abusivo, é dizer, sem seu consentimento.

e) Em suma, em todas as hipóteses de abuso sexual previstas (como regra de extensão) no art. 224 do CP, depois de feita a abstração da ilegítima "presunção de inocência", que é reconhecidamente inconstitucional, como vimos, urge que o acusador, em cada caso concreto, comprove a impossibilidade de "oferecer resistência". Com isso, ao mesmo tempo, poderá estar comprovando que o ato sexual foi involuntário, sem consentimento da vítima, é dizer, *abusivo*. Particular enfoque irá merecer, no número seguinte, o abuso sexual envolvendo o menor.

(126) Cfr. *Comentários ao Código Penal*, vol. VIII, cit., p. 232.

(127) Citado por José Luis Diez Rippolés, em *La proteccion de la libertad sexual*, cit., p. 50.

(128) V. J.L. Diez Rippolés, *La proteccion de la libertad sexual*, cit., p. 50.

(129) Cf. *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, cit., p. 237.

3.ª PARTE: RELEVÂNCIA JURÍDICA DO CONSENTIMENTO VÁLIDO

1. O consentimento válido como causa de exclusão da tipicidade nos crimes sexuais

a) Tanto os crimes sexuais violentos propriamente ditos (que exigem dissentimento, resistência) quanto os crimes sexuais abusivos possuem como eixo fundamental a falta de consensualidade. Isso significa que havendo consentimento válido, está afastado o tipo penal (logo, o crime). Não há crime algum quando o envolvido no ato sexual dele tomou parte porque o desejava, porque queria e podia consentir validamente. Havendo consentimento válido, impossível a afirmação da existência de qualquer crime sexual. Daí se infere o seguinte: não basta tão-somente que a vítima conte com perturbação mental ou impossibilidade física momentânea (embriaguez) ou permanente (paralisia). Urge que tenha sido envolvida num ato sexual *sem sua vontade, sem seu consentimento*. Nisso reside o ataque ao bem jurídico liberdade sexual, entendida como direito de não se envolver em nenhum ato sexual sem sua vontade. Uma vítima com perturbação mental, por exemplo, dependendo do grau de compreensão que possui, pode validamente consentir com o ato sexual. Uma vítima embriagada, nas mesmas circunstâncias, pode dar sua anuência validamente ao ato sexual. O mesmo pode ser dito de um paralítico etc.

b) E em relação ao menor com catorze anos ou menos? Pela letra (original do Código Penal), de modo algum pode esse menor consentir validamente. O Código presumia a violência nessa hipótese. Mas como vimos, essa presunção hoje não tem valor jurídico. Urge, então, indagar: quando o menor pode consentir validamente?

c) A resposta, em grande parte, já foi dada na Seção Primeira *supra* (n. 1.4) quando enfocamos o Estatuto da Criança e do Adolescente. Desde 1990 distingue esse Estatuto, no Brasil, a "criança" do "adolescente". Aquela não está sujeita a sanções. Este sim. E o adolescente, como acentuamos, está sujeito a ser sancionado por ato infracional porque possui "certa" capacidade de compreensão. Nunca idêntica à de um adulto, evidentemente, mas conta com certa capacidade motivacional. Ora, se o menor adolescente, pela lei, dentro de certos limites, é encarado como capaz de compreender o sentido ético do seu ato infracional, não há como excluir da mesma capacidade de compreensão os atos sexuais.

d) Aliás, como já enfatizamos, na hipótese de um menor com treze anos praticar uma relação sexual com uma menor da mesma idade, não podemos conviver com a anomalia verdadeiramente aporética de o menor ser sancionado primeiro porque entende, conforme o ECA (embora de acordo com sua idade), o caráter (ético) sexual do ato e segundo porque a "vítima", da mesma idade, por força de uma presunção do CP de 1940, não possui tal capacidade de compreensão. O menor é punido porque tem capacidade de entender o ato sexual e, contraditoriamente, também punido exatamente porque a menor, da mesma idade, com quem ele manteve a relação sexual, não tem essa capacidade de compreensão! O menor é punido porque sabe o que faz e, absurdamente, também porque a menor, da mesma idade, não sabe o que faz! No ordenamento jurídico, considerado como algo harmônico, não existe espaço para tanta contradição!

e) Logo, desde 1990, mudou por completo no Código Penal tudo que pertine ao menor considerado "criança" e inclusive a imagem do legislador frente a ele. Em 1940 o menor com catorze anos ou menos era tido como um absolutamente incapaz de compreender o sentido ético dos atos sexuais. De 1990 para cá a situação mudou. Essa faixa etária caiu

para doze anos (que é a idade que distingue a criança do adolescente). O adolescente, pelo ECA, tem certa capacidade de compreensão. Logo, pelo *princípio da contextualização,*[130] não se pode negar essa capacidade no que concerne aos atos sexuais. A conclusão de tudo que até aqui se expos é a seguinte: o adolescente pode consentir validamente frente a um ato sexual. Tudo depende de cada caso concreto, não se nega. Mas em princípio, desde 1990, o adolescente tem vontade juridicamente relevante, pode consentir validamente; o mesmo não pode ser dito, em princípio, quanto à criança (que é quem tem menos de doze anos).

2. Necessidade do exame de cada caso concreto

a) Um ato sexual praticado contra uma *criança* significa abuso sempre ou praticamente sempre (somente em casos escabrosos e raríssimos, de criança com vida sexual pública militante e notória, poder-se-ia imaginar o afastamento do delito sexual, inclusive com apoio num eventual erro de tipo sobre a idade). Já o ato sexual praticado com um *adolescente, com sua anuência*, em regra é juridicamente válido. Valendo-nos do critério do legislador (que pode não ser o melhor, mas é um critério legal), pelo *ius positum* vigente, podemos afirmar que a autodeterminação sexual, em regra, ocorre quando a criança se transforma em adolescente. Enquanto se trata de criança há a *innocentia consilli*. Cuidando-se de adolescente, cada caso é um caso. Pode haver violência real, pode haver consentimento válido. Tudo depende do caso concreto.

(130) V. a respeito desse princípio Raúl Cervini, *Os processos de descriminalização*, trad. de Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangelli e Maria Alice Andrade Leonardi, RT, SP, 1995, p. 114.

b) E quando o adolescente pratica o ato sexual com consciência do que fazia, com voluntariedade, não há crime. Seu consentimento é, agora, válido. É exatamente isso o que reconheceu a Egrégia 1.ª Turma do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (v. RT 709, p. 356), rel. Des. José Benedicto de Figueiredo, onde se proclamou: "Violência presumida – Vítima menor de 14 anos, fisicamente e intelectualmente desenvolvida – Ofendida que de livre e espontânea vontade e sabedora do que fazia, pratica conjunção carnal com o namorado – Presunção inexistente – Absolvição decretada – Voto vencido. Para a presunção de violência, por ser a vítima menor de 14 anos, é preciso que, ao tempo do fato, a mesma fosse completamente ignorante em matéria sexual. Vítima que, de livre vontade e sabedora do que fazia, praticou conjunção carnal com o namorado, sendo fisicamente e intelectualmente desenvolvida, além de continuar a namorá-lo. Presunção inexistente. Absolvição decretada".

4.ª PARTE: CONCLUSÕES

Do exposto podemos extrair estas conclusões:

1.ª) A doutrina e a jurisprudência brasileiras, majoritariamente, continuam aceitando a presunção de violência prevista no art. 224 do CP. Uns a encaram como presunção *iuris et de iure* (absoluta), outros como presunção *iuris tantum* (relativa).

2.ª) Referida presunção legal, no entanto, conflita claramente com o princípio constitucional da presunção de inocência, assim como com os princípios do Direito Penal do Fato, *Nullum crimen sine iniuria* e Direito Penal da Culpa (princípio da culpabilidade).

3.ª) Logo, na parte em que prevê a presunção de violência, o art. 224 do CP não foi recepcionado pela nova ordem

constitucional. E cabe ao juiz, inclusive o de primeiro grau, reconhecer essa inconstitucionalidade (superveniente), deixando de aplicar tal mandamento legal.

4.ª) Uma vez expurgado o art. 224 do CP, que é hipótese de ampliação típica, só resta considerar que as situações nele previstas configuram o chamado *abuso sexual*, que ocorre quando o agente aproveitando-se da incapacidade de resistência da vítima com ela mantém ato libidinoso sem sua vontade, sem seu consentimento.

5.ª) Combinando-se os tipos penais dos crimes sexuais violentos (*mutatis mutandis*) com as situações de abuso previstas no art. 224 do CP temos os tipos penais (compostos, indiretos) de *abuso sexual.*

6.ª) Afastada a presunção de violência e reconhecida a preponderância da presunção de inocência, urge que o acusador não só narre os fatos constitutivos do abuso sexual, senão também que os comprove legalmente depois, dentro do devido processo legal.

7.ª) Afastada a presunção de violência, de outro lado, urge que o abuso seja constatado em cada caso concreto. Não basta a menoridade, a debilidade mental ou incapacidade de resistir. Impõe-se sempre considerar o grau de compreensão do sentido ético do ato sexual em cada caso concreto.

8.ª) No que se refere ao menor, totalmente desarrazoada é hoje a idade de catorze anos prevista no art. 224 do CP. Depois do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que se justifica como linha divisória é a idade de doze anos. O adolescente, pelo ECA, possui "certa" capacidade de compreensão, de entendimento (tanto assim que pode e é punido, inclusive com internação). E se pode compreender o sentido ético do ato infracional, não há como excluir a mesma capacidade para entender o sentido ético do ato sexual.

9.ª) Em conseqüência, o ato sexual praticado contra "criança" praticamente sempre configurará abuso sexual. Seu consentimento, de outro lado, em regra, não possui nenhum valor jurídico (ressalva deve ser feita a casos escabrosos de criança com vida sexual pública e notória, onde inclusive pode concorrer um erro de tipo quanto à idade).

10.ª) A vontade do adolescente, ao contrário, consoante o *ius positum* (ECA), possui relevância jurídica. Se o ato sexual do qual ele tomou parte ocorreu com seu consentimento, livremente, nenhum crime existe porque seu consentimento é válido.

2. DOUTRINA NACIONAL

REGRAS PARA A DIREÇÃO DO ESPÍRITO NO ENFRENTAMENTO DE UMA REBELIÃO DE PRESOS

PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO

E

R. FRANCISCO REARDON

"Se me concedem que o preso é ser humano, como me pregam que é desprezível"? (Paráfrase de um dito do Pe. Antonio Vieira)

SUMÁRIO: 1. Justificativa – 2. Regras e explicações – 3. Conclusão – 4. Apêndice.

1. Justificativa

O preso, como qualquer um de nós, é uma pessoa humana. Mas, diferentemente de nós, perdeu o seu maior bem em vida, a liberdade. O cárcere, supostas a justiça da pena e a dignidade do tratamento, ainda assim é opressivo. A fuga é uma alternativa tão presente aos olhos de quem não pode ir aonde quiser, que nenhum juiz condena um réu por ter fugido da prisão. Além disso, a história da humanidade é muito parcimoniosa no relato de algum presídio em que seus ocupantes se sentissem à vontade. Ao contrário, os registros quase sempre contam os horrores do encarceramento, semelhantes às angústias vividas em campos de concentração, quando não superiores. Quem, em sã consciência, execraria um pai por ajudar o filho homicida a evadir-se das grades? A sociedade, portanto, experimenta uma situação contraditória: quer a punição dos culpados de crime, porém sabe, no íntimo, que o lugar da expiação é um inferno, desproporcional à gravidade da falta cometida. Contradições são esquecidas quando não nos atormentam. No entanto, ao virem à tona, liberam toda sua carga explosiva, colocando-nos em estado de paralisia, em beco sem saída. Jaspers, um filósofo da existência, chamava a esse desconforto de "situação-limite".

Figure-se o caso de alguém, investido de autoridade, diante de uma rebelião de presos, que fizeram reféns alguns guardas e agora exigem a liberdade em troca da soltura dos funcionários rendidos; ele representa a sociedade, experimenta uma "situação-limite" e deve resolvê-la. Quais princípios racionais lhe serviriam de guia para encontrar a solução correta? Notar que, embora rigorosos, os princípios apenas se entregam ao entendimento e ao agir da autoridade que estiver embuída de paixão pela humanidade.

2. Regras e explicações

Regra I – O preso também vive uma "situação-limite", a da perda de sua dignidade humana no encarceramento.

Explicação: A lei diz que todos os direitos do preso, à exceção da liberdade

ambulatória, serão preservados. Na prática penitenciária, entretanto, há um crescendo de penas adicionais à prisão, do simples desprezo à amontoação de corpos e ao espancamento e à despersonalização, capazes de minar e destruir a autoestima e a pessoa do condenado. A lei diz que as assistências material, jurídica, médica, social e educacional serão prestadas aos presos e internados (nos ônibus, a frase impressa resume tudo isso com propriedade: "Direito do cidadão, Dever do Estado"). Todos reconhecem, unanimemente, a ausência e o fracasso do Estado na prestação dessas assistências, básicas para o desabrochamento de todo e qualquer ser humano, esteja livre ou preso. A falência do Estado no cumprimento de seu dever de assistir aos membros da sociedade é causa, em parte, das rebeliões.

Regra II – A rebelião é um processo humano de revolta contra as injustiças.

Explicação: A rebelião, essencialmente, não se confunde com a fuga, que é uma retirada rápida e precipitada, o mais das vezes feita às escondidas. A rebelião, porém, visa exteriorizar-se, tornar evidente aos olhos do público os desmandos da autoridade, causadores do movimento de revolta.[1] Por isso, normalmente, os amotinados exigem a presença da imprensa.

Regra III – A pena de prisão é injusta.

Explicação: Salvo para raríssimos casos de convictos de caráter acentuadamente perigoso, a pena privativa de liberdade, como o revela sua triste história, não serve nem ao preso nem à sociedade. Ela, com efeito, não ressocializa o presidiário e tampouco resguarda o meio comunitário, com sua projetada função emendadora, da possibilidade de outros e futuros crimes virem a ser cometidos pelo apenado, ao sair do cárcere. Logo, a pena de prisão, embora prevista e aplicada segundo a Lei, causa o paradoxo de gerar um egresso desadaptado e mais temível ao grupo; nessa linha, não realiza minimamente o valor de Justiça que a teria inspirado.

Regra IV – O mal trazido à sociedade pelo cometimento do crime não pode ser invocado pelos cidadãos para extirpar a justeza de uma revolta de presos.

Explicação: O castigo legal, como seu nome indica, deve ter por conteúdo e limite o que está escrito na lei. Ora, a pena de prisão, por não ser suficientemente vigiada pela sociedade, acumula em torno de si outras sanções, quebrando o equilíbrio entre o fato criminoso e sua punição regulamentar. A rebelião incide sobre esse desequilíbrio, esse acúmulo ilegal de sanções. A lei diz que a execução da pena será fiscalizada e acompanhada, em visitas regulares e mensais, pelo Juízo da Execução, pelo Ministério Público e pelo Conselho Penitenciário, entre outros órgãos. É sabido, entretanto, que eles não cumprem a injunção legal que os obriga a fiscalizar, *in loco*, os presídios e a forma de satisfação do gravame restritivo da liberdade. Outros órgãos de fiscalização, o Patronato e o Conselho da Comunidade, eminentemente representantes da sociedade civil, também não colaboram ou visitam os institutos penais e os condenados, simplesmente porque não existem. E não existem de fato porque não há vontade, cívica e política, de constituí-los na prática e oficializá-los. A sociedade e o público são mantidos longe da Questão

(1) "Não pensem os senhores que quando tentamos alguma fuga, um seqüestro ou uma revolta seja porque não concordamos com nossa condição de presos. Concordamos perfeitamente e aceitamos a nossa pena, achando que a lei é justa. Quando assim procedemos é porque as chances de sobrevivência aqui dentro se tornam demasiadamente pequenas" (Manifesto de presos, no artigo "Presídios brasileiros: como definilos", em *Jornal da Tarde*, 14.11.1979, p. 7).

Penitenciária e, irônica e paradoxalmente, ficam reféns dela, por força da inércia do Poder Judiciário, que tem por dever compor e instalar o Conselho da Comunidade, além de estimular a instituição dos patronatos públicos ou particulares.

Regra V – Conquanto rebelião e fuga não sejam a mesma realidade, a segunda pode ser um efeito da primeira.

Explicação: A ação humana, qualquer que seja, é um símbolo que precisa ser entendido. A fuga, como exigência dos amotinados, significa não tanto o desejo de subtrair-se à execução da pena como a tentativa de escapar da "situação-limite" que experimentam (Regra I). A fuga propriamente dita é tramada com paciência (Explicação da Regra II), às ocultas, não se vendo acossado o preso tanto por uma "situação-limite" quanto pela ânsia de liberdade.

Corolário: As causas da rebelião podem e devem ser controladas. Nunca, porém, pode-se controlar o desejo do prisioneiro de conseguir, pela evasão, a sua liberdade física.

Regra VI – Em qualquer situação de amotinamento, o valor primordial a ser atingido é a preservação da vida humana, seja a de reféns, seja a de prisioneiros.

Explicação: Nunca se insistirá o suficiente sobre o valor da vida humana. Ela deve ser preservada a qualquer custo. A ação da autoridade, na rebelião, para ser meritória e eficaz, precisa estar informada por esse valor e precisa comunicar, por palavras e gestos, aos reféns e aos rebelados, que tudo será feito para preservar-lhes a vida.

Regra VII – A vida dos reféns vale tanto quanto a vida dos prisioneiros rebelados.

Explicação: Se, por absurdo, a vida dos primeiros fosse mais valiosa que a vida dos segundos, então seria lícito, de pronto, matar a estes para salvar aqueles. Mas, não é lícito, sem mais, matar alguém para salvar a um outro, pois, em matéria de dignidade pessoal, as vidas humanas equivalem-se devido à singularidade irreproduzível de cada uma, o que as torna, existência a existência, únicas e incomparáveis entre si. Portanto, sem conhecer a fundo as circunstâncias concretas de cada rebelião, é vedado ao administrador determinar *a priori* o sacrifício da vida dos rebelados para o resgate dos reféns.

Regra VIII – A relação rebelado-refém não autoriza por si só uma ação da autoridade contra o primeiro relacionado, sob o pálio e a invocação da legítima defesa do segundo relacionado.

Explicação: Os rebelados, enquanto se assenhoreiam do presídio ou de parte dele, e enquanto fazem reféns certas pessoas, sem machucá-las, não cometem crime algum. O motim, de conformidade com o art. 354 do CP, supõe para seu delineamento típico a inexistência de uma causa justa dos amotinados. Mas, a rebelião, de acordo com a Regra II, é um processo humano de revolta contra as injustiças que recaem sobre a dignidade da pessoa do preso. Assim, não é razoável exigir-se do recluso, no estado de rebelião, o sacrifício de seu direito absoluto de ser tratado como pessoa em prol do direito dos reféns à liberdade de locomoção.

Regra IX – O choque de direitos contrapostos e de valor equivalente – de um lado, o direito do preso de ser tratado como pessoa, e, de outro, o direito do refém de libertar-se da opressão – pode e deve ser superado pelo diálogo, oferecido e promovido pela autoridade.

Explicação: A metodologia dialógica não é um substitutivo de uma ação mais apropriada ou enérgica da autoridade, mas é o único meio válido para compor o conflito. Em verdade, enquanto se fala

não se mata.[2] Por onde importa muito empregar bem o tempo em negociações, não com o intuito de levar os amotinados à exaustão física – expediente logo por eles percebido e transformado em agravante da crise –, mas de aportarem todos os protagonistas, na medida do possível, a um consenso que satisfaça as exigências justas das partes conflitantes.

Regra X – No curso da rebelião, será permitido às pessoas em quem os presos depositam confiança que tenham acesso a eles.

Explicação: Há pessoas que, habitual e sistematicamente, visitam os presos, sem outro interesse que o de proporcionar-lhes amizade e compreensão. Não são, no caso, nem os familiares nem os amigos que visitam os presidiários em dias determinados. São voluntários, geralmente vinculados a um credo religioso ou ao Conselho da Comunidade, que, por sua atuação contínua e desprendida junto aos encarcerados, ganham a admiração e confiança deles. Estas pessoas, também benquistas dos funcionários que vêem no preso um ser humano, podem tornar-se durante a rebelião, permitido seu livre trânsito entre o exterior e o interior do presídio, verdadeiros CATALISADORES do processo dialogal, acalmando os ânimos mais destemperados dos envolvidos, confortando os reféns e transmitindo às autoridades um quadro objetivo da situação. Por sua dedicação à causa da Vida, persuadem a todos a baixar as armas e sentar-se à mesa para uma discussão racional e comum.

Regra XI – O critério para decidir sobre a aceitabilidade das exigências dos rebelados é a preservação da vida das pessoas que estão sob o domínio dèles.

(2) Ver, no Apêndice, o gráfico elaborado pela Pastoral Carcerária da Arquidiocese de São Paulo, com resultados indiscutíveis: a falta de negociação afronta a Vida, ao passo que o diálogo sempre a respeita e preserva.

Explicação: No diálogo, é necessário que a autoridade comunique inicialmente aos insurretos, de forma veraz, que está disposta a cumprir, sem segundas intenções, as cláusulas combinadas, também requerendo dos interlocutores idêntico compromisso. Notar que a excepcionalidade da situação não autoriza, todavia, em momento algum, entabuladas as negociações, que as partes procedam sem lisura. A atitude dialógica, obedecidos seus preceitos, instaura *uma relação humana* entre seus atores, apta a conduzir a bom termo as contradições e conflitos que os dialogadores procuram resolver pela razoabilidade, reconhecida como igualmente participada entre todos. É a ausência ou a impossibilidade de relacionamento humano entre o condenado e o Estado e seus agentes, geradas mormente pelo Estado, que forma o nascedouro verdadeiro das rebeliões. Em respeito à vida e integridade dos reféns, exigido dos amotinados como item indisponível e fundamental, a autoridade deve aceder plenamente aos pedidos de correção das injustiças e desmandos suportados pelos rebeldes no recesso do presídio, e de garantia de proteção contra todo procedimento extralegal, vindo de funcionários ou de outros presos, que objetive, cessado o movimento, punir ou vingar-se dos responsáveis pelo motim. Se tudo isto não for bastante para selar o ajuste, pode-se tratar, em última instância e dentro dos limites do razoável, o requerimento de fuga.

Regra XII – A fuga permitida em decorrência de motim, como derradeira alternativa para libertar os reféns, deve seguir preceitos mínimos, conhecidos dos protagonistas.

Explicação: Esses preceitos, ditados pela Regra VI, têm o propósito de resguardar a vida das pessoas envolvidas na situação. Ei-los: a) Jamais municiar os rebelados com outras armas, mas permitir-lhes o uso de um meio de transporte

comum para a evasão; b) Se possível, substituir os reféns, com a anuência de todos os negociadores, por outros voluntários, desarmados, com um mínimo de preparo e controle emocional para enfrentar o constrangimento; c) Assegurar aos fugitivos, por palavras e atos, um lapso de minutos suficientes para que, antes do início da perseguição, se afastem do presídio, abandonem em segurança os reféns e tomem o rumo almejado; d) Se necessário, para a verossimilhança do acordo e da intenção de honrá-lo, escrever os preceitos combinados e entregar aos insurretos o respectivo documento.

Regra XIII – É aconselhável que, do lado das autoridades, seja um só o interlocutor, o qual deve admitir, por parte dos revoltosos, um número expressivo, mas não excessivo, de dialogadores.

Explicação: Todo preso desconfia, e com razão, *de falas circulares* que não resolvem o tema reivindicado, neutralizando-se pela remessa inútil de umas às outras. De sorte que é preferível que haja uma única fala da autoridade, vinda da boca de quem possui o poder de decidir a controvérsia. Isto não significa que tal pessoa dispense o concurso de outras para levar aos amotinados uma posição firme das autoridades; ao revés, é indispensável que estas – executivas e judiciárias –, reunidas previamente com representantes da sociedade civil e das organizações dedicadas à proteção dos direitos humanos, discutam entre si as alternativas e cheguem à conclusão mais adequada à situação, tendo em conta as Regras aqui explanadas. Entretanto, é recomendável, sob o prisma dos reivindicantes, que alguns deles tomem assento à mesa para o início e tramitação das negociações. A presença de vários presos é ideal, assim por razão do fortalecimento da unidade desse grupo, evitando decisão tresloucada de um só partícipe, como por razão do conhecimento dos diversos ângulos do conjunto reivindicatório.

Corolário: É de todo recomendável, sem ruptura da unidade de comando e decisão das autoridades, que também estejam presentes pessoas de ilibada e conhecida reputação, civis, que têm livre trânsito na prisão e desfrutam da confiança tanto dos presos como dos agentes públicos, para ajudar nas negociações com a sua experiência e seu discernimento, aplicáveis à situação e aos protagonistas. A presença dessas pessoas serve como ponto de referência para ambos os lados da contenda, garantindo o equilíbrio e o respeito à vida de todos os envolvidos, inclusive de terceiros inocentes (Regra X e sua Explicação).

Regra XIV – A decisão extrema de invadir o presídio deve proceder do Secretário de Governo a quem está afeta a administração dos estabelecimentos penitenciários.

Explicação: Para que, no limite, a autoridade arrede as exigências dos amotinados, por serem descabidas, e tome a dificultosa decisão de invadir o estabelecimento ou de usar de violência para a eles se contrapor, contará preliminarmente com o apoio e o conselho de outras autoridades e pessoas, na linha das Regras X e XIII, mas não declinará de si a responsabilidade ante os efeitos da invasão e do emprego de força, respondendo os executores tão-somente pelos excessos ou desobediência ao conteúdo da ordem superior. A observância desta Regra impede que o Poder constituído se oculte sob o cômodo manto do anonimato, abrigador das eventuais irresponsabilidades e incúrias de seus agentes.

Regra XV – As invasões autorizadas, a cargo da Política Militar, e as ações conseqüentes no interior do presídio terão por móvel e parâmetro exclusivo a legítima defesa de pessoas agredidas – reféns ou outros presos – ou ameaçadas

de iminente agressão à sua vida ou integridade física.

Explicação: Enquanto não se configurar a atualidade ou a iminência da agressão, *o diálogo deve perdurar.* A atualidade é facilmente perceptível, mas a iminência deve ser aferida com precisão, a fim de que não penetrem insidiosamente em seu conceito as notas de intranqüilidade e pressão psicológica, a ela estranhas e quase sempre rondando o espírito das autoridades. A iminência, pois, há de ser definida objetivamente, pelos gestos e palavras dos amotinados, e não subjetivamente, pelas suposições, medo e desespero da outra parte. O diálogo, inclusive, será retomado quando, iniciada uma operação de força, se vislumbrar a possibilidade de nova negociação pacífica.

Regra XVI – Antes da invasão autorizada, será definido com rigor o campo de ação dos policiais militares, restrito ao foco, lugar e participantes do amotinamento.

Explicação: Em inúmeros casos, a extensão do levante atinge apenas parte do estabelecimento penal.[3] Os presidiários que, temendo as represálias dos companheiros rebelados e a reação dos invasores, procuram a neutralidade, devem ser respeitados em sua atitude, principalmente ao se refugiarem nas celas durante o eventual confronto entre os insurretos e os policiais militares. Na chamada "sociedade dos cativos", é raríssimo que seus membros se unam para formar um grupo reivindicatório; o princípio que os rege, comum a todos os setores da marginalização e exclusão, é o do isolamento individual ou atomismo. Por isso, ao mesmo tempo que a autoridade justa, mercê de seus policiais militares, acata tal princípio, deixando à parte os "neutros", também refreia, até o ponto de não prejudicar terceiros inocentes, seu proceder reativo e violento contra os insubordinados, lembrada de que estes, sob o jugo da opressão, romperam o atomismo e se reuniram para pleitear um ideal válido, o de serem tratados como pessoas humanas (o levante organizado de presos guarda semelhança com a "desobediência civil" perante leis injustas).

Regra XVII – Sufocado o levante, a recolha de armas e a revista dos presos serão procedidas sem danos às coisas e papéis que eles legitimamente possuírem, e sem vexame à sua pessoa.

Explicação: É comum, mas completamente inaceitável, após a pacificação dos ânimos, que, sob pretexto de segurança e investigação minuciosa, se quebrem os objetos de uso pessoal dos presos, se rasguem os seus documentos e cópias de processos, ou se coloquem nus ou revistados, no pátio do estabelecimento penal. Nenhum fim idôneo justifica o emprego de meios atentatórios contra o presidiário e a inteireza de seus bens (Cf. Lei 4.898/65, art. 4.º, letras "b" e "h").

Regra XVIII – A cultura de uma população carcerária, sua forma de ser e expressar-se em determinado presídio, merece respeito em seus pontos positivos.

Explicação: É preciso conhecer essa cultura, através da prática penitenciária. Ainda que a população carcerária seja rotativa, um presídio tem sua marca definida, sua "lei" interna não escrita mas observada pelos presos, seus tópicos de honra. Urge que a autoridade, numa rebelião ou para preveni-la, respeite a parte

(3) Em presídios densamente povoados, surge com relativa intensidade o fenômeno da rebeldia de um ou de pouquíssimos presos, que, sem constituir, por causa de sua dimensão setorizada, propriamente uma rebelião parcial, inspira cuidados e requer a mesma metodologia dialógica para ser superado e impedido de transmudar-se em estopim de uma convulsão generalizada.

positiva desse clima coletivo. Exemplificativamente, no massacre do Carandiru, em 02.10.1992, o comportamento brutal da Polícia Militar estigmatizou a tal índice os detentos, que seria contraproducente, além de ofensivo ao sentimento dos presos da Casa de Detenção, permitir que a tropa de choque dessa PM aí entrasse novamente para alguma operação preventiva.

Regra XIX – Nenhuma das Regras declaradas é intuitiva.

Explicação: O respeito ao Outro demanda paciência e aprofundamento. Há uma crença coletiva, vigente em todos nós, sem exceção, ao lado de nossas crenças individuais, que podem confirmá-la ou combatê-la, segundo a qual o homem marginalizado não presta. Este sentimento coletivo, que se distribui em e para cada um dos cidadãos, é por nós intuitivamente apreendido na eclosão de um motim, determinando sem a instância do pensamento nossa imediata aversão e repulsa ao marginalizado preso e revoltoso. Se o desvalido é imprestável, quem ousou infringir o Código Ético Mínimo da comunidade e, por cúmulo de temeridade, se insurgiu contra a aplicação da pena, é, por extensão, desprezível à enésima potência. Portanto, *cada uma das Regras e todas em seu conjunto* solicitam a séria reflexão do homem prudente para arrostar com êxito o forte conteúdo cultural adverso, muito atuante na formação e desempenho das autoridades que detêm a força e o poder, bem como na consciência do homem médio.

3. Conclusão

Há um princípio não escrito e indizível, que abrange e sintetiza todas as Regras expostas e que as supera; é possível somente apontar a trilha para a qual e na qual ele se movimenta, *a da perspectivação das leis e das regras convergindo para a unidade do Preso e do Refém em um só Rosto Humano.*

São Paulo, na festa de Cristo Rei (26.11.1995).

3. DIREITO PENAL ECONÔMICO

A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NO PARCELAMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS, POR ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, DOS SEUS EMPREGADOS, E NÃO RECOLHIDAS, À PREVIDÊNCIA, NO PRAZO LEGAL. QUESTÕES CONEXAS

ROQUE ANTONIO CARRAZZA

SUMÁRIO: 1. Circunscrição do problema – 2. A causa extintiva da punibilidade capitulada no art. 34, da Lei 9.249/95 – 3. Breves considerações sobre o art. 95, *d*, da Lei 8.212/90; 3.1 Esclarecimento necessário: há prevalência do interesse público em relação ao interesse fazendário – 4. O alcance do art. 34, da Lei 9.249/95 – 5. As causas extintivas do crédito tributário; 5.1 A transação como causa extintiva do crédito tributário; 5.2 O parcelamento do tributo como modalidade de transação; 5.3 A hipótese em exame – 6. Outro caminho: *abolitio criminis* (hipótese de exclusão da punibilidade) – 7. Ainda outro caminho: descaracterização do dolo no pedido de parcelamento – 8. Derradeiro caminho: novação – 9. Última consideração – 10. Conclusões.

1. Circunscrição do problema

Desejamos saber se o parcelamento (autorizado pela Lei 9.129, de 20.11.1995), de contribuições previdenciárias [1] descontadas por entidades beneficentes de assistência social, dos seus empregados, e não recolhidas, na época própria, à Seguridade Social, tem a propriedade de extinguir a punibilidade dos dirigentes das mesmas, nos termos do art. 34, da Lei 9.249, de 28.12.1995.

Só para nos situarmos no assunto estatui o predito artigo:

"Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990 e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia."

Organizaremos este trabalho dedutivamente, para que, caminhando de premissa em premissa, possamos deslindar, com argumentos jurídicos, o problema acima proposto.

2. A causa extintiva da punibilidade capitulada no art. 34, da Lei 9.249/95

Facilmente percebemos que, retomando uma tradição que fora interrompida com o advento da Lei 8.137/90, a Lei 9.249/95, em seu art. 34, voltou a considerar *causa extintiva da punibilidade*, nos crimes de sonegação fiscal, o pagamento, por parte do agente-infrator, "de

(1) As contribuições previdenciárias são igualmente chamadas contribuições sociais para a Seguridade Social. Neste artigo empregaremos a expressão contribuições previdenciárias, que está consagrada pelo uso.

tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia".

Ainda que vozes respeitáveis se levantem contra esta causa extintiva da punibilidade,[2] o fato é que o Direito, dado seu caráter dogmático, agora voltou a conferir, ao infrator, a faculdade de, pagando, antes do oferecimento da denúncia, os tributos por ele sonegados, livrar-se do processo-crime e da possível condenação criminal.

Nenhuma entreduvida remanesce, a este respeito.

Dúvidas existem, sim, sobre se a causa extintiva da punibilidade em pauta estende-se, ou não, aos dirigentes de entidades beneficientes de assistência social que pagam, antes do oferecimento da denúncia, as contribuições sociais descontadas e não recolhidas, no prazo legal, dos empregados. Vejamos.

3. Breves considerações sobre o art. 95, *d*, da Lei 8.212/90

Estabelece o art. 95, *d*, da Lei 8.212/90:

"Art. 95. Constitui crime: (...) d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público".

Portanto, nos termos desta lei, deixar de recolher, no prazo legal, valor de contribuição devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público, tipifica *crime*. Em linguagem mais técnica, o *núcleo do tipo* deste delito é deixar de recolher aos cofres públicos, no tempo e no lugar devidos, o montante da contribuição previdenciária *arrecadada* de terceiro.

Lembremos que a Lei 3.807/60 equiparara esta conduta ao crime de apropriação indébita. Com efeito, prescrevia o art. 86 deste ato normativo:

"Art. 86. Será punida com as penas do crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de outras quaisquer importâncias devidas às instituições previdenciárias e arrecadadas dos segurados ou do público".[3]

Sem descermos a detalhes, já podemos perceber que o não-recolhimento, na época própria, de contribuições previdenciárias, descontadas, dos empregados, foi *equiparado*, por nosso ordenamento jurídico, ao crime de apropriação indébita (art. 168, do CP).[4]

Abrindo um ligeiro parêntese, não negamos que o comportamento previsto como crime, no art. 95, *d*, da Lei 8.212/90 não se confunde com o da apropriação indébita, definida no art. 168, do CP.

Com efeito, a apropriação indébita tem como antecedente lógico a posse ou detenção *justa*, vale dizer, sem clandestinidade, violência ou erro. O crime ocorre quando se dá a inversão da posse, carac-

(2) Não poucos penalistas argumentam que ela protege o sonegador contumaz, que teria apenas o trabalho de, uma vez descoberto, correr até a repartição fazendária, para saldar seu débito fiscal, ilidindo, assim, sua punibilidade. Já, segundo os mesmos estudiosos, o sonegador inadimplente continuaria a ser prejudicado, pois, não podendo pagar o tributo, continuaria a ser denunciado, tendo que lutar ferranhamente, para demonstrar, no curso da ação penal, que não tinha outra alternativa (inexigibilidade de outra conduta). Tais considerações, porém, são metajurídicas e não nos interessam para os fins deste artigo.

(3) Também o Decreto-lei 65/37, em seu art. 5.º, equiparava ao crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, no prazo devido, das contribuições previdenciárias.

(4) Conforme Paulo José da Costa, que, comentando dispositivo análogo (art. 2.º,inc. II, da Lei 8.137/90), enfatiza: "Em verdade, o dispositivo contempla um autêntico caso de apropriação indébita" (*Infrações Tributárias e Delitos Fiscais*, S. Paulo: Saraiva, 1995, p. 126).

terizada pelo ato de disposição da coisa ou pela negativa em restituí-la.

Já, no delito capitulado no art. 95, *d*, da Lei 8.212/90, a conduta típica ocorre quando o agente, tendo descontado a contribuição previdenciária do empregado ou de terceiro, deixa de recolhê-la, a tempo e a hora, à Seguridade Social, tomando para si os valores que detém.

Ocorre, no entanto, que nosso Direito *equiparou*, por intermédio do mecanismo da ficção,[5] as duas condutas delituosas, dando-lhes o mesmo tratamento jurídico.

Ninguém desconhece que o Direito cria suas próprias realidades, que nem sempre coincidem com as realidades do mundo que nos cerca (v.g., o "horário de verão", que, obviamente não interfere no movimento dos astros, mas produz efeitos, no mundo jurídico). Muitas vezes, só com o emprego de ficções (e presunções) o Direito consegue disciplinar o comportamento das pessoas, na vida social. Já se disse que as ficções e presunções operam no campo do Direito, como as hipóteses, no campo da Matemática.

É exatamente o caso: o não-recolhimento, nas condições apontadas, das contribuições previdenciárias, foi, por meio de uma ficção, equiparado à apropriação indébita.

Aliás, se as duas condutas típicas fossem idênticas, não haveria necessidade da equiparação. É logicamente desnecessário equiparar realidade iguais. Só se equiparam realidades diferentes.

Segue-se, pois, com a força irresistível dos raciocínios congruentes, que tudo o que se refere ou aproveita ao crime de apropriação indébita, refere-se ou aproveita igualmente ao de sonegação fiscal.

Voltando ao nosso assunto central, comete, em tese, o delito de apropriação indébita, o empregador a que foi cominado o dever legal de arrecadar, dos segurados ou do público, a contribuição previdenciária e, embora tendo efetuado tal arrecadação, deixa de recolhê-la, na época própria, aos cofres da Seguridade Social.

Isto não é suficiente, porém, para que o delito se consume. É mister, ainda, que o empregador aja com a vontade livre e consciente de tomar para si, os valores que detém (*animus rem sibi habendi*). Mas há necessidade, também, do *dolo específico*, a exigir que o agente tenha o objetivo de obter proveito, com tal apropriação. O delito só se consuma quando o agente quer tomar para si, vale dizer, para seu proveito, os valores que detém.

Tal a lição clássica de Magalhães Noronha:

"Do artigo em exame (art. 168, do CP), subentende-se o dolo específico pelo verbo *apropriar-se*, que significa tornar próprio, tornar-se dono de uma coisa, quer em proveito pessoal, quer no de terceiro. A lei quis primar pela síntese e neste particular não iria, por certo, alongar-se, uma vez existente a tradição estabelecida pelo estatuto anterior, que também não se referia expressamente ao dolo específico, observando a respeito

(5) Na ficção a lei considera verdadeiro um fato que é provável ou seguramente falso. Segundo a lição clássica de Alfredo Augusto Backer (*Teoria Geral do Direito Tributário*, 2.ª ed., S. Paulo: Saraiva, p. 462 a 464), a verdade jurídica imposta pela lei, quando se fulcra numa falsidade (provável ou certa), é ficção legal. A ficção, ao ingressar no mundo do Direito, por intermédio da norma jurídica, transforma-se numa verdade. Verdade jurídica, bem entendido, mas que vale, nos quadrantes do Direito, tanto quanto a verdade real. De idêntico teor o entendimento de José Luis Pérez de Ayala (*Las Ficciones en el Derecho Tributario*, Madrid: Editorial de Derecho Tributário, 1970), para quem as ficções existem sempre que a norma trata alto real como distinto, sendo igual; como igual, sendo diferente; como inexistente, tendo sucedido; como acontecido, sendo inexistente; *ainda que com a consciência de que "naturalmente" não é assim.*

João Vieira: 'O nosso Código aqui só não inclui o elemento do proveito, devendo-se subentender, conforme o art. 330, que a apropriação seja *para si ou para outrém*'. Subentende-se, pois, o dolo específico, que consiste em o agente praticar o fato com o fim, o *escopo de lograr proveito*. É o *animus lucrandi*, ou *animus lucri faciendi causa*. (...) Mas a existência do dolo específico, do fim de procurar proveito ilícito, é indispensável, pois sem ele a apropriação indébita pode confundir-se com outros crimes, ou mesmo não haver delito".[6]

Assim, para que não sejam cometidas injuridicidades, deve-se esmiuçar a intenção do empregador de apropriar-se dos valores tributários de que é guardião. Para que o delito ocorra é necessário que o empregador se comporte como se fosse senhor (*dominus*) dos valores previdenciários por ele retidos.

Atentemos, a respeito, para as ensinanças de Nelson Hungria:

"O reconhecimento da apropriação é uma *quaestio facti* a ser resolvida, de caso em caso, pelo juiz, que, entretanto, não deve *tomar a nuvem por Juno*. Por vezes, denuncia-se ela *re ipsa* (ex.: a venda da coisa infungível recebida em depósito ou locação); mas, outras vezes, faz-se necessária uma detida apreciação das comprovadas circunstâncias. É de mister que fique averiguada de modo convincente, o *propósito de não restituir* ou a *consciência de não mais poder restituir*".[7]

Como a seguir veremos, a simples mora no ato de recolher o tributo descaracteriza o delito. Também não o caracteriza – agora por absoluta falta de tipicidade – a circunstância de o empregadeor não haver chegado a arrecadar a contribuição social de seus empregados, mas, apenas, haver juntado o montante necessário ao pagamento dos salários dos mesmos.[8]

Se inexistir apropriação ou se ela se dá com ausência de dolo específico, não há o crime definido no art. 95, *d*, da lei 8.212/90.

Invocáveis, a propósito, as lições de Misabel Derzi:

"(...) os delitos de fundo tributário exigem, para sua configuração, a prática dolosa de ações ou omissões descritas na lei penal, específicas, e não somente o não-recolhimento dos tributos devidos".[9]

Com efeito, a compreensão de qualquer regra de Direito Penal Tributário passa pela compreensão da totalidade da ordem jurídica.

Por tal motivo, absolutamente não concordamos com os que sustentam que o crime capitulado no art. 95, *d*, da Lei 8.212/90 ocorre com o simples não-recolhimento, dentro do prazo legal, de contribuição previdenciária descontada do empregado. Segundo alegam, tratar-se-ia, pois, de crime omissivo próprio, já que se consumaria com o simples não-recolhimento do montante fiscal, nas condições retro-apontadas.

Só uma primeira leitura do art. 95, *d*, da lei 8.212/90 poderia levar-nos ao en-

(6) *Direito Penal*, 5.ª ed., S. Paulo: Saraiva, 1969, p. 331, 2.º vol. (esclarecemos no primeiro parêntese – os grifos estão no original).

(7) *Comentários ao Código Penal*, 3.ª ed., Rio: Forense, 1967, p. 136 – os grifos estão no original.

(8) Em nosso ordenamento jurídico-constitucional não há crime por dívida tributária. De fato, o direito brasilerio não pune nem as dívidas tributárias, nem aquilo que algumas legislações estrangeiras chamam de delitos de risco, nos quais, mesmo não havendo tributo a pagar, qualquer ato ou omissão do contribuinte, que coloque em risco os interesses fazendários, configura crime (desde que, é claro, especificado em lei).

(9) "Da unidade do Injusto no Direito Penal Tributário", in *Revista de Direito Público*, n. 63, p. 221.

tendimento de que o simples fato de o empregador deixar de recolher, na época própria, as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, torna-o autor do crime em tela.

Tal interpretação (se é que de "interpretação" pode ser chamada), escora-se, por óbvio, em postulados falsos, inaceitáveis por quem tenha refletido o assunto, com base na melhor Hermenêutica Jurídica.

Com efeito, as disposições legais não devem ser interpretadas, ou seja, compreendidas no seu alcance e significado, de forma isolada do contexto normativo global em que se inserem, ou apenas no estrito e exclusivo entendimento gramatical dos seus termos. Fosse assim, e talvez o ensino da Ciência Jurídica pudesse ser despiciendo, e os Cursos de Direito tidos por inúteis, posto que a mera alfabetização em um idioma seria suficiente para converter qualquer cidadão comum, em verdadeiro *expert* na arte da interpretação das leis. A palavra "exegese" poderia ser substituída, em todos os vernáculos, por "leitura", e o termo "Hermenêutica" deixaria de identificar uma Ciência, para constituir-se em sinônimo do que hoje chamamos comumente de "Gramática".

Julgamos oportuno relembrar, neste lanço, a sempre atual lição de Carlos Maximiliano que, abeberando-se nos ensinamentos de Jellinek, Salomon, Dernburg, Ferrara e Alves Moreira, bem sintetizou clássica premissa, que alicerça todo o pensamento da moderna Ciência do Direito:

"(...) a palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto".[10]

Disto decorre que a perda de prazo (mero esquecimento) ou a circunstância, tão comum, de o empregador apenas juntar "o líquido" do salário do empregado (contabilizando os valores [11] que deviam dele ser "descontados", a título de contribuição previdenciária, acaso estivesse de posse da quantia "bruta"), não configuram o delito em análise. Havendo, pois, motivo razoável para o não-recolhimento ou ausente o *animus rem sibi habendi*, o delito não se configura.

Sabemos que o combate à sonegação e à evasão (ilícita) de tributos é meta do nosso sistema jurídico. Entretanto, esta louvável política não pode levar a excessos, atropelando as pautas constitucionais.

3.1 Esclarecimento necessário: há prevalência do interesse público em relação ao interesse fazendário

Neste ponto de nosso artigo, convém afastarmos, de uma vez por todas, equivocadíssimo pressuposto, sempre lembrado, quando ocorrem abusos de autoridade. Estamos nos referindo à absurda confusão entre *interesse público* e *interesse fazendário*.

(10) *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 11.ª ed., Rio: Forense, p. 36.

(11) Os valores devidos à Previdência Social costumam ser lançados na contabilidade da empresa, para evitar-se a prática do crime descrito no art. 95, *b*, da Lei 8.212/90 ("Constitui crime: (...) deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa o montante das quantias descontadas dos segurados e o das contribuições da empresa"). Eis porque, apesar da inexistência de numerário, as empresas costumam fazer os lançamentos contábeis dos valores "descontados" dos seus empregados, a título de contribuição previdenciária (embora, de fato, nenhum desconto tenha sido realizado).

O *interesse fazendário* não se confunde, nem muito menos sobrepaira o *interesse público*. Perante o Texto Constitucional, subordina-se ao *interesse público* e, por isso mesmo, só poderá prevalecer quando em perfeita sintonia com ele.

Oportuna, a respeito, a preleção, sempre preciosa, de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Interesse público ou primário é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a *lei* consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa".[12]

Estribados em tão sólidas lições doutrinárias, podemos proclamar, com toda a convicção, que o mero interesse arrecadatório – interesse secundário que – não pode fazer tábua rasa à legalidade, à isonomia e aos direitos constitucionais dos contribuintes.

No mesmo sentido, Alberto Xavier pontifica:

"(...) num sistema econômico que tenha como princípios ordenadores a livre iniciativa, a concorrência e a propriedade privada, torna-se indispensável eliminar, no maior grau possível, todos os fatores que possam traduzir-se em incertezas econômicas suscetíveis de prejudicar a expansão livre da empresa, designadamente a insegurança jurídica".[13]

Segue-se, pois, que nenhuma justificativa extrajurídica (v.g., o aumento das receitas) poderá validamente subverter os princípios básicos do sistema constitucional brasileiro, iluminados, todos eles, pelo princípio da segurança jurídica.

As garantias constitucionais, limitam o poder de tributar e sancionar. O propósito de abastecer de dinheiro os cofres públicos não pode chegar, num *Estado-de-Direito* como o nosso, ao ponto de lesar direitos subjetivos das empresas e dos particulares que delas participam.

Afinal, predominância do interesse público não é sinônimo de lesão de direitos.

Não podemos invocar o interesse fazendário (ou seja qual for o nome que lhe queiramos atribuir) para justificar qualquer iniciativa, quer no plano normativo, quer no plano fático, que não se contenha estritamente nos lindes do texto constitucional. É que não há interesse maior do que o representado pelo respeito às exigências sistemáticas da ordem constitucional.

Assim agremiados, podemos retornar ao nosso tema central.

4. O alcance do art. 34, da Lei 9.249/95

O art. 34, da Lei 9.249/95 silenciou acerca do crime capitulado no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91.

É o caso de indagarmos: este art. 34 também se aplica aos dirigentes de entidades beneficentes de assistência social que pagam, antes do oferecimento da denúncia, contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e não recolhidas, na época própria, aos cofres da Seguridade Social?

O mesmo é propor a questão que lhe dar resposta *positiva.*

De fato, a analogia *in bonam partem* autoriza esta inteligência.

Não ignoramos que o princípio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* veda o emprego da analogia,[14] para con-

(12) *Curso de Direito Administrativo*, 4.ª ed., S. Paulo: Malheiros, 1993, p. 46 (o grifo está no original).

(13) *Os Princípios da legalidade e da tipicidade da Tributação*, 1.ª ed., S. Paulo: RT, 1978, p. 50.

(14) Na analogia, aplica-se, a um caso diretamente não disciplinado numa norma jurídica, regra prevista para hipótese semelhante.

siderar crime comportamento não previsto explicitamente em lei.

Todavia, a boa Política Criminal autoriza o emprego da chamada "analogia *in bonam partem*" (analogia para favorecer o réu),[15] máxime quando o delito não está tipificado em norma excepcional.

Como dilucida Basileu Garcia, "há situações especialíssimas em que proscrever a analogia benigna redundaria em deixar o acusado à mercê de gritante iniqüidade".[16]

É justamente o caso.

O crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias não tem caráter excepcional. Logo não é infenso à analogia *in bonam partem.*

O que temos, à toda evidência, no caso, é uma lei penal benéfica (Lei 9.249/95), que alude, especificamente, aos delitos definidos nas Leis 8.137/90 e 4.729/65.

Nada impede – antes, tudo recomenda – que seus efeitos alcancem conduta em tudo e por tudo *semelhante* às definidas nas aludidas leis.

O próprio *princípio da eqüidade*, tão do agrado da moderna Ciência do Direito Penal, permite o dilargamento da causa extintiva da punibilidade que ora faz nossos cuidados.

Tal equiparação só seria impossível se a Lei 9.249/95, expressa ou implicitamente, a vedasse. Não é absolutamente o caso.

Razoável até supor, pelo contrário que, tendo os delitos referidos nas Leis 8.137/90 e 4.729/65, a mesma natureza do capitulado no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91,[17] houve, da parte do legislador, um natural "cochilo", *que pode e deve ser colmeado pela Doutrina e pela Jurisprudência.*

Oportuno ressaltarmos, a respeito, que a Constituição veda, às pessoas políticas, "instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente" (art. 150, inc. II).

A própria *isonomia*, pois, milita em favor de nossa tese.

Como vemos, o caso, por enquanto, não encerrra nenhuma dificuldade jurídica. Pelo contrário, os argumentos associam-se harmonicamente, demonstrando que, por força da analogia *in bonam partem*, o art. 34, da Lei 9.249/95 alcança os autores do delito previsto no art. 95, *d*, da Lei 8.212/90.

Isto nos leva à irretorquível conclusão de que o pagamento, pelo dirigente (ou dirigentes), antes do oferecimento da denúncia, das contribuições previdenciárias descontadas, por entidades benefi-

Não é por outra razão que Maria Helena Diniz sustenta que "a analogia é tão-somente um processo revelador de normas implícitas" (*Compêndio de introdução à Ciência do Direito*, S. Paulo: Saraiva, 1988, p. 410).

A analogia estriba-se no *princípio da igualdade*, "já que o processo analógico constitui um raciocínio 'baseado em razões relevantes de similitude', fundando-se na identidade de razão, que é o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previstos, mas, substancialmente semelhantes, sem contudo ter por objetivo perscrutar o exato significado da norma, partindo, tão-só, do pressuposto de que a questão *sub judice*, apenas de não se enquadrar no dispositivo legal, deve cair sob sua égide por semelhança de razão" (idem, ibidem).

(15) Tal é a opinião de Costa e Silva: "A analogia só é tolerável, em matéria penal, quando favorável ao delinqüente (*in bonam partem*)" (Código Penal, 1.º vol., S. Paulo, 1943, p. 22).

(16) *Instituições de Direito Penal*, 4.ª ed., vol. I, tomo I, 31.ª tiragem, Max Limonad, 1968, p. 156.

(17) Realmente, os crimes de sonegação fiscal e o crime capitulado no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, têm, *grosso modo*, o mesmo tipo: deixar de recolher, na época própria, tributo. Devem seus autores ser alcançados pela mesma causa extintiva da punibilidade, sob pena de flagrante injustiça.

centes de assistência social, dos seus empregados, extingue-lhe a eventual punibilidade.

Fixada esta premissa, estamos preparados para dar mais um passo, rumo à meta por nós fixada.

Vamos verificar se o *parcelamento,* antes do oferecimento da denúncia, das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados de entidades beneficentes de assistência social e não pagas, no prazo legal, também tem o condão de extinguir a punibilidade do dirigente.

Para tanto, faremos uma ligeira incursão pelo Direito Tributário, discorrendo sobre as causas extintivas do crédito tributário.

5. As causas extintivas do crédito tributário

O tributo não se perpetua no tempo. Pelo contrário, nasce para desaparecer. Mais dia menos dia deixa de existir, libertando o contribuinte (sujeito passivo) daquele *estado de sujeição* que o prendia ao Fisco (sujeito ativo).

Como sabemos, o tributo extingue-se com o *pagamento* ou com a verificação de qualquer outra *causa extintiva da obrigação tributária.*[18]

Em apertada síntese, causa extintiva da obrigação tributária é o ato ou fato a que a lei atribui o efeito de libertar o sujeito passivo, daquele liame abstrato (vínculo jurídico) que o prendia ao sujeito ativo tributário, desde a ocorrência do fato imponível (fato gerador *in concreto*).

São causas extintivas da obrigação tributária o pagamento (causa extintiva por excelência), a remissão, a compensação, a transação (novação), a decadência, a prescrição, a confusão, o desaparecimento sem sucessor do sujeito passivo tributário etc.[19] Todas elas, quando ocorrem, fulminam aquele *estado de sujeição* em que se encontrava o contribuinte, em face do Fisco.

Todas fazem desaparecer o tributo.

5.1 A transação como causa extintiva do crédito tributário

Na transação, desaparece a primitiva obrigação tributária, surgindo, em seu lugar, uma nova (ou novas). Estamos, pois, percebendo, que a transação, em matéria tributária, leva à novação.

Retomando, pois, a idéia, a *transação* (*novação*) é também causa extintiva de obrigações tributárias.

A transação vem prevista genericamente no art. 156, inc. III, do CTN e disciplinada, com maior riqueza de detalhes, no art. 171, deste mesmo diploma normativo.

Prescreve o predito art. 171, do CTN:

"Art. 171. A lei pode facultar, na condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação (terminação) de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.

"Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso."

(18) O Código Tributário Nacional chama as causas extintivas da obrigação tributária de causas extintivas do crédito tributário. Impropriamente, porque o tributo não se extingue apenas quando desaparece o crédito tributário, mas, também, quando se fere de morte seu sujeito ativo ou seu sujeito passivo. Ademais, extinto o crédito tributário, *ipso facto*, extingue-se toda a obrigação tributária.

(19) Algumas causas extintivas do crédito tributário estão arroladas no Código Tributário Nacional, em seu art. 156 (o pagamento, a remissão, a compensação etc.). Outras, foram discernidas pela doutrina (a confusão, o desaparecimento, sem sucessor, do sujeito ativo, o desaparecimento, sem sucessor, do sujeito passivo etc.).

Portanto, não resta a menor dúvida que a transação representa – tanto quanto o pagamento – modalidade extintiva do tributo. A transação leva a efeito a extinção da primitiva obrigação tributária, determinando o surgimento, em seu lugar, de uma nova ou novas.

Como escrevemos acima, em matéria tributária, a transação conduz à novação.

Na verdade, a novação é, a um tempo, causa extintiva e causa geradora de obrigações (inclusive tributárias).[20]

A novação, em última análise, extingue a obrigação antiga, libertando o devedor do vínculo que o prendia ao seu credor, ao mesmo tempo em que faz nascer outra (ou outras).

5.2 O parcelamento do tributo como modalidade de transação

Uma das modalidades de transação é o parcelamento do tributo.

Apenas para exemplificar, digamos que um dado contribuinte devia *100*, a título de tributo, e o prazo para o pagamento de seu débito vencia no dia 20 de abril. Não podendo ou não querendo saldar seu débito nesta data, ele – desde que haja lei autorizadora neste sentido – pleiteia o parcelamento do mesmo, que é deferido. Com isto, pagará o débito em, por exemplo, cinco prestações de 22 cada uma, vencendo, a primeira, no dia 20 de maio; a segunda, no dia 20 de junho; a terceira, no dia 20 de julho; a quarta, no dia 20 de agosto; e, a derradeira, no dia 20 de setembro.

O que ocorreu, no caso? Simplesmente a primitiva obrigação tributária desapareceu, cedendo passo a cinco novas obrigações tributárias. Tão novas que têm novos valores e novas datas de vencimento. O próprio total a recolher é superior (no exemplo apontado, soma *110*).

Com o parcelamento, o contribuinte abandona o estado de inadimplência. Tanto que, se quiser, poderá obter a certidão negativa de débito fiscal de que tratam os arts. 205 e seguintes, do CTN.

Deferido o parcelamento, a época do pagamento do tributo desloca-se para adiante (para a época do pagamento das parcelas). Extingue a dívida anterior, originando novas dívidas (as correspondentes às parcelas).

O parcelamento regulariza sua situação junto ao Fisco, que só desaparecerá se deixar de pagar as parcelas.

Evidentemente, como havíamos adiantado, o parcelamento deve ser autorizado por lei da entidade tributante. Esta é uma exigência incontornável do princípio da legalidade, do qual o Direito Tributário nunca se aparta.

5.3 A hipótese em exame

A Lei 9.129, de 20.11.1995, autorizou, *obedecidos certos requisitos*, o parcelamento de contribuições previdenciárias devidas pelos empregadores, inclusive quando descontadas de seus empregados e não pagas, na época devida.[21]

Estabelece o art. 1.º, da Lei 9.129/95:

"Art. 1.º Excepcionalmente, nos cento e oitenta dias subseqüentes à publicação desta Lei, os débitos pendentes junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, referentes a contribuições do empregador, incluídos ou não em notificação, relativos a competências anteriores a 1.º.08.1995, poderão ser objeto de acor-

(20) Neste sentido, Clóvis Beviláqua é elucidativo: "A novação é a conversão de uma dívida por outra para extinguir a primeira" (*Código Civil Comentado*, vol. 4, p. 157).

(21) Antes, a Lei 8.620/93, em seu art. 12, permitiu, excepcionalmente, nos meses de fevereiro a julho de 1993, o parcelamento das contribuições descontadas dos segurados, empregados e trabalhadores avulsos, e não recolhidas ao INSS, *quando referentes a período anterior a 1.º.12.1992*.

do para pagamento parcelado em até noventa e seis meses".

Esta possibilidade de parcelamento alcança as contribuições descontadas dos empregados e não recolhidas, na época própria, ao INSS, *por entidades beneficentes de assistência social*, que atendam aos requisitos estabelecidos nos incs. III e V do art. 55 da Lei 8.212/91, como nos revela a só leitura dos §§ 5.º e 6.º da aludida lei:

"§ 5.º – Os Municípios, os Estados, o Distrito Federal e as cooperativas agrícolas poderão optar, excepcionalmente, por parcelar as contribuições descontadas dos segurados empregados e dos trabalhadores avulsos e não recolhidos ao INSS, quando referentes a competências anteriores a 1.º.08.1995, *em até 12 meses*, na forma prevista nesse artigo, ou nos termos do art. 27 da Lei Complementar 77, de 13.07.1993, gozando também da isenção total das multas.

§ 6.º – *Aplica-se, no que couber, o disposto no parágrafo anterior às entidades beneficentes de assistência social que atendam os requisitos estabelecidos nos incs. III e V do art. 55 da Lei 8.212, de 24 julho de 1991"* (grifamos).

Só para registro, estipulam os incs. III e V, do art. 55, da Lei 8.212/91:

"Art. 55 – Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente: (...)

III – promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes; (...)

V – aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimetno de seus objetivos institucionais, apresentando anualmente ao Conselho Nacional da Seguridade Social relatório circunstanciado de suas atividades."

Portanto, nos cento e oitenta dias subseqüentes a 21.11.1995 (data da publicação da Lei 9.129/95), isto é, até 19.05.1996, inclusive,[22] as entidades beneficentes de assistência social podem parcelar, em até doze meses, as contribuições descontadas, até 1.º.08.1995, dos seus segurados empregados e não recolhidas ao INSS. Para tanto, devem: a) promover a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes; e, b) aplicar integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, apresentando anualmente, ao *Conselho Nacional da Seguridade Social*, relatório circunstanciado de suas atividades.

Muito louvável o permissivo em tela, que prestigia as entidades assistenciais que, em última análise, secundam o Estado na realização do bem comum. A falta de eventuais detalhes (v.g., o fato da entidade também ser educacional, mas sempre sem fins lucrativos ou a circunstância do relatório anual não ter sido apresentado, por mero descontrole administrativo) não têm o condão de afastar o benefício, que vem ao encontro dos interesses da Comunidade que estas entidades amparam.

Apoiados no "espírito da lei" (*mens legis*), pensamos que uma instituição educacional que, paralelamente, realize, de modo constante e sistemático (porque a tanto obrigam-na seus Estatutos), atos de beneficência social; também faz jus ao parcelamento em tela. É que, assim procedendo, transforma-se numa verdadeira "entidade paraestatal", já que caminha "paralelamente ao Estado", avocando atribuições que a ele originariamente pertencem. Natural, portanto, recebam o tratamento privilegiado, com base na

(22) Sendo bissexto o ano de 1996, o mês de fevereiro teve 29 dias.

interpretação analógica do § 5.º, do art.1.º, da Lei 9.129/95.

Assim, retomando o fio da meada, graças à Lei 9.129/95, as entidades beneficentes de assistência social podem parcelar contribuições previdenciárias descontadas de seus empregados, ainda que não tenham sido recolhidas na época própria.

Com isso, retomam o estado de plena adimplência. Juridicamente falando, é como se tivessem efetuado o pagamento do tributo.

Ora, o pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do infrator, *ex vi* do art. 34, da Lei 9.249/95.

Logo, temos que o dirigente de entidade beneficente de assistência social, que obtém o parcelamento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e, não pagas, na época própria, está com sua punibilidade extinta.

O parcelamento da contribuição previdenciária vencida, ainda que anteriormente descontada do empregado, desfigura o crime capitulado no art. 95, *d*, da Lei 8.212/90, por *novação* da dívida, causa extintiva do crédito tributário equivalente, sob o aspecto jurídico, ao pagamento.

O acordo celebrado, com base na Lei 9.129/85, entre a autarquia (Fisco) e a entidade beneficente de assistência social (contribuinte), que leva ao parcelamento, exclui o "crime" do dirigente (ou dirigentes) desta mesma entidade.

Extingue-se a punibilidade, pois, para tais dirigentes que, antes de denunciados, parcelam as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados de entidades beneficentes de assistência social e, é claro, honram os novos compromissos assumidos.[23]

6. Outro caminho: *abolitio criminis* (hipótese de exclusão da punibilidade)

I – Na tentativa de demonstrar cabalmente esta tese, vamos verificar se, com a superveniência da Lei 9.249/95, ainda subsiste o crime previdenciário definido no art. 95, *d*, da Lei 8.212/90.

Estamos que *não*. Autorizado pela lei o parcelamento do débito previdenciário, o delito em pauta transformou-se em mero ilícito administrativo.

Afinado neste diapasão, o erudito voto do Min. Armando Rollemberg, prolatado no julgamento do *HC* 4.419, do qual destacamos o seguinte trecho:

"Tendo em vista que a falta de recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de empregados, antes equiparada ao delito de apropriação indébita, *após a adoção do regime de parcelamento dos débitos em atraso, passou a ser considerada como simples ilícito administrativo*, e, ainda o fato de o paciente haver saldado integralmente sua dívida, conceda-se a ordem para determinar o trancamento da ação penal instaurada a propósito" (grifamos).

Note-se que a Lei 8.212/90, ao considerar crime, o comportamento de "deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público" (art. 95, *d*), coerentemente vedou, em seu art. 38, § 1.º, o parcelamento das contribuições descontadas dos empregados.[24]

(23) Evidentemente, se o parcelamento é concedido e o devedor não honra o compromisso assumido, permanece a presunção de dolo e o crime, em tese, se verifica. Em sintonia com esta idéia, o § 8.º, do art. 1.º, da Lei 9.129/95, prescreve: "O parcelamento do débito acordado nos termos deste artigo será automaticamente rescindido em caso de inadimplência de qualquer parcela ou falta de pagamento de contribuições devidas, restabelecendo-se a multa em seu percentual máximo e ficando o INSS obrigado, de ofício, a proceder à execução judicial de saldo devedor em até noventa dias".

(24) Lei 8.212/90 – "Art. 38 *(omissis)* – § 1.º Não poderão ser objeto de parcelamento as

De fato, só com a proibição do parcelamento é que se podia sustentar a existência do crime do art. 95, *d*, da Lei 8.212/90, equiparado à apropriação indébita.

Ao permitir o parcelamento do débito previdenciário, a Lei 9.129/95 – *como antes o fizera a Lei 8.620, de 05.01.1993, em seu art. 12* –, descriminalizou a conduta do empregador, que voltou a ser mero ilícito administrativo. Houve, aí, uma verdadeira *abolitio criminis*.

Melhor esclarecendo, se continuasse a ser havido por crime o não-recolhimento, na época própria, da contribuição previdenciária de antemão descontada do empregado, seu empregador, ao pleitear o parcelamento do débito fiscal, teria forçosamente que confessar a prática do delito, arcando com todas as conseqüências daí advindas.

Ora, isso simplesmente inviabilizaria a aplicação da Lei 9.129/95. Vale a propósito, a conhecida parêmia *ad impossibilita nemo tenetur* (ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível).

Como se isso não bastasse, o Direito inadmite interpretações que levem a absurdos, incongruências ou flagrantes injustiças. Tal, diga-se de passagem, a lição clássica de Carlos maximiliano:

"Deve o direito ser interpretado inteligentemente, *não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis*".[25]

Ademais, não teria sentido obrigar o empregador (ou o dirigente de entidade beneficente de assistência social) a confessar o crime (assujeitando-o, às penas, nada leves, previstas no art. 95, da Lei 8.212/90) para, só ao depois, conceder-lhe o parcelamento.

II – Mas, mesmo antes da descriminalização desta conduta, a retenção das contribuições previdenciárias concernentes aos empregados não encerrava, na maioria dos casos, o propósito, puro e simples, de não pagar os tributos.

Realmente, as empresas e, por extensão, os empregadores, com muita freqüência juntavam apenas o montante de dinheiro necessário ao pagamento do *valor líquido* dos salários de seus funcionários. Nada arrecadavam ao *INSS*, simplesmente porque nada havia para ser arrecadado.

O que havia era simples *inadimplemento*, a ensejar a imposição de multa e, quando o caso, o ajuizamento de execução fiscal; nunca a aplicação de pena.[26]

Ora, a apropriação indébita pressupunha, da parte do empregador, o prévio desconto, dos empregados, da contribuição previdenciária, com a intenção consciente (dolo específico) de não a recolher aos cofres públicos. Era preciso que o empregador se transformasse de possuidor *alieno domine* em possuidor *animus domine*.

Não havendo a posse *alieno domine*, logicamente não podia haver a posse *animus domine* (conseqüência daquela).

Muito bem, o Congresso Nacional, reconhecendo as dificuldades financeiras dos empregadores, afastou o draconianismo do art. 95, *d*, da Lei 8.212/90, ao mesmo tempo em que deu ênfase ao

contribuições descontadas dos empregados, inclusive dos domésticos, dos trabalhadores avulsos e as decorrentes da sub-rogação de que trata o inc. IV do art. 30, independentemente do disposto no art. 95".

(25) Op. cit., p. 166 (os grifos são do autor).

(26) Esta é uma conseqüência inarredável do art. 5.º, inc. LXVII, da CF: "não haverá prisão cível por dívida, saldo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Observamos que, mesmo nas estritas hipóteses em que a Constituição Federal autoriza a prisão civil por dívidas, é imprescindível que o inadimplemento do responsável seja *voluntário e inescusável*.

interesse do INSS em receber, ainda que em parcelas, as contribuições previdenciárias a que tem jus. De fato, melhor atende ao interesse autárquico o recebimento de *tudo*, ainda que em parcelas, do que o recebimento de *nada*, apesar da punição do empregador inadimplente.

Esta lei veio atender aos reclamos instantes dos empregadores e das empresas que, diante da crise financeira que se abateu sobre o País, eram obrigados a optar entre o pagamento do salário dos empregados *ou* o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas.

O *estado de necessidade* obrigava-os a eleger o *valor maior* e, por isso, invariavelmente, preferiram pagar os salários dos empregados. Do contrário, a própria empresa teria que encerrar suas atividades, porque, como é de compreensão intuitiva, os empregados nunca concordariam em continuar trabalhando, sem receber, *in totum*, os salários a que tinham direito.

Realmente, seria um absurdo exigir que, primeiro, recolhessem os débitos previdenciários e, só depois, ainda que com considerável atraso, se ocupassem com os salários dos empregados.

Aliás, que os salários dos empregados têm preferência sobre os tributos, é idéia que o próprio *Código Tributário Nacional* consagrou. De fato, o art. 186, deste diploma normativo, estatui que o crédito tributário prefere a qualquer outro, "ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho". Portanto, perante nosso ordenamento jurídico, os créditos trabalhistas preferem aos tributários.

Daí podermos reconhecer a inexigibilidade de outra conduta no empregador que comprovava que, à falta de outras alternativas, pagou salários a seus empregados, utilizando, para isso, também a quantia que devia ter endereçado à Seguridade Social, a título de contribuições previdenciárias (inclusive as descontadas, *pro forma*, dos empregados).

Ausente, na hipótese, a culpabilidade, pressuposto da pena.

7. Ainda outro caminho: descaracterização do dolo no pedido de parcelamento

Sobremais, no parcelamento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados de entidades beneficentes de assistência social e não pagas no prazo, há ausência de *animus rem sibi habendi*, circunstância que, em si mesma, descaracteriza a apropriação indébita.

É a idéia central da seguinte ementa, extraída de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"Ementa oficial: O fato de ser permitido ao acusado o recolhimento parcelado, das contribuições descontadas dos funcionários e devidas à Previdência Social descaracteriza o crime de apropriação indébita por indemonstrado o *animus rem sibi habendi*".[27]

Deveras, ao pleitear o parcelamento, o dirigente de tais entidades já não age com *animus rem sibi habendi*. Noutros termos, inexiste a intenção dolosa de reter injustamente para si, quantia pertencente à Seguridade Social. Muito pelo contrário: ao pleitear o parcelamento e, de modo especial, ao dar início ao pagamento das prestações, o dirigente demonstra inequivocamente que tem a intenção de fazer chegar às mãos da Previdência Social (ainda que por etapas, como excepcionalmente lhe permite fazer o § 6.º, do art. 1.º, da Lei 9.129/95), as contribuições descontadas dos empregados.

Calham bem, uma vez mais, as lições do sempre citado Nelson Hungria, que,

[27] RHC 4.257-5-RJ, 5.ª T. – j. 05.04.1995 – rel. Min. Flaquer Scartezzini – *DJU* 08.05.1995 (os grifos estão no original).

analisando o elemento subjetivo da apropriação indébita, elucida:

"Dolo. O elemento subjetivo do crime em apreço (*apropriação indébita*) é a vontade conscientemente dirigida à apropriação da csoisa alheia móvel, de que se tem precedente posse ou detenção. Como a apropriação pressupõe, conceitualmente, a intenção definitiva de não restituir a coisa ou desviá-la do fim para que foi entregue, ou a ciência de que se torna impraticável uma coisa ou outra, é óbvio que tal intenção ou ciência é integrante do dolo do agente. A ausência do *animus rem sibi habendi*, exclui, subjetivamente, a apropriação indébita".[28]

Interpretar a norma contida no art. 95, *d*, da Lei 8.212/90, como definidora de crime de mera conduta, é colocá-la em conflito com a Constituição, que veda a prisão por dívida.

O ânimo de apropriar-se está ausente, se o débito previdenciário, antes do oferecimento da denúncia, foi parcelado.

De fato, quando, com base na Lei 9.129/95, a entidade beneficente de assitência social requer o parcelamento do débito previdenciário e, deferida sua pretensão, honra as prestações devidas, demonstrando a vontade de pagar integralmente sua dívida previdenciária, seu dirigente já não age com o *animus rem sibi habendi*, imprescindível à configuração do delito.

Se ausente o *animus rem sibi habendi* não há, nem mesmo em tese, o crime de apropriação indébita previsto no art. 95, *d*, da Lei 8.212/90.

Em suma, também por este motivo, o parcelamento, antes do oferecimento da denúncia, dos débitos previdenciários vencidos (mesmo quando descontados dos empregados), extingue a punibilidade do dirigente de entidade beneficente de assistência social.

(28) Op. cit., p. 138.

8. Derradeiro caminho: novação

I – Autores há que entendam que o parcelamento do débito tributário equivale à *moratória* e, como tal, suspende a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, do CTN.[29]

Vamos explorar também este caminho.

Só para nos situarmos no assunto, a exigibilidade do crédito tributário poderá ser suspensa, isto é, ter sua eficácia temporariamente paralisada, por atos ou fatos jurídicos previstos em lei. São os modos pelos quais o contribuinte pode exteriorizar seu inconformismo, sem correr o risco de vir a sofrer a execução fiscal.

Realmente, sendo a *exigibilidade* um pressuposto da executividade, suspensa aquela, fica, *ipso facto*, suspensa esta última.

Muito bem, depois de exigível o tributo, nada impede que surja um ato ou fato novo, prestigiado pelo direito, que impede que a Fazenda Pública efetue a cobrança tributária. Este fato novo, não suspende o crédito tributário (como equivocadamente sinaliza o Capítulo III, do Título III, do *Código Tributário Nacional*), mas, tão-somente, a *exigibilidade* do crédito tributário.

Tal é a opinião de Paulo de Barros Carvalho:

"... aquilo que se opera, na verdade, é a suspensão do teor de exigibilidade do crédito, não do próprio crédito que continua existindo tal qual nascera. Está correto enunciar que, antes do lançamento, o crédito se encontrava devidamente constituído, mas não tinha condições de ser reclamado. Com a celebração do ato jurídico administrativo, formalizador da

(29) E o caso de Maria Leonor Leite Vieira (*A Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário*, dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP, 1995, inédita, p. 46 e s.).

pretensão, afloram os elementos básicos que tornam possível a exigência: a) identificação do sujeito passivo; b) apuração da base de cálculo e da alíquota aplicável, chegando-se ao *quantum* do tributo; e c) fixação dos termos e condições em que os valores devem ser recolhidos. Feito isso, começa o período de exigibilidade".[30]

As *causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário*, enquanto presentes, impedem que a Fazenda Pública, valendo-se do Judiciário, invista contra o patrimônio do contribuinte, com o fito de receber o tributo que entende devido. Noutro falar, a Fazenda Pública não lhe poderá exigir o crédito tributário apesar dele já estar formalizado. Quando levantadas, mas sim, a exigibilidade do crédito tributário readquire sua potencialidade, até sua extinção (com o pagamento do tributo, ou com a verificação de qualquer outra causa extintiva da obrigação tributária).

O Código Tributário Nacional adnumera, em seu art. 151, as situações em que a exigibilidade do crédito fica provisoriamente suspensa. Uma delas é a *moratória* (art. 151, inc. I).

II – A moratória, em apertada síntese, é a dilação (prorrogação, adiamento) do prazo estipulado para o pagamento do tributo. Com ela, desloca-se, para data ulterior, a época da exigibilidade do tributo.

No campo tributário, só a lei da entidade tributante pode prorrogar este prazo.

Enquanto o novo prazo não flui, o credor tributário não tem ação contra o contribuinte. No linguajar pitoresco de Aliomar Baleeiro, "a exigibilidade de seu crédito jaz em ponto morto, ainda que fluam, ou não, os juros".[31]

(30) *Curso de Direito Tributário*, 4.ª ed., S. Paulo: Saraiva, 1991, p. 289.

(31) *Direito Tributário Brasileiro*, Rio: Forense, 1975, p. 468.

Assim, mesmo que consideremos, *ad argumentandum tantum*, o parcelamento autorizado pela Lei 9.129/95, uma hipótese de moratória, o crédito do INSS fica diferido para época posterior. Com a autorização para pagamento parcelado da dívida tributária, amplia-se o prazo para o pagamento da exação.

Com o parcelamento, que a Lei 9.129/95 lhes permite fazer, as entidades beneficentes de assistência social, também nesta hipótese, regularizam sua situação perante o INSS. Apaga-se o ilícito penal do art. 95, *d*, da Lei 8.212/90, que, eventualmente, os dirigentes de tais entidades possam ter cometido. Enquanto cumprirem seus compromissos (honrando os prazos de vencimento das parcelas) nenhuma ilicitude cometem.

9. Última consideração

Como vemos, qualquer das linhas de argumentação invocadas (a da novação, a da *abolitio criminis*, a da ausência de dolo específico ou a da moratória), levanos à insofismável conclusão de que o parcelamento, antes da propositura da ação penal, das contribuições previdenciárias, descontadas dos empregados de entidades beneficentes de assistência social e não recolhidas, ao INSS, nas épocas devidas, extingue a punibilidade dos dirigentes das mesmas. Nesse particular, de fato, *todos os caminhos levam a Roma* (...).

10. Conclusões

À vista do exposto, podemos sumular as seguintes conclusões:

I – Por analogia *in bonam partem*, o pagamento, antes do oferecimento da denúncia, das contribuições previdenciárias referentes ao empregador, não recolhidas no prazo extingue-lhe a punibilidade, nos termos do art. 34, da Lei 9.249/95.

II – O parcelamento do débito tributário (inclusive quando concernente a con-

tribuições previdenciárias) é tão causa extintiva do crédito tributário, quanto o pagamento do tributo.

III – O parcelamento, antes do oferecimento da denúncia, das contribuições previdenciárias do empregador, não recolhidas no prazo, à Seguridade Social, *também* extingue-lhe a punibilidade.

IV – Nos cento e oitenta dias subseqüentes a 21.11.1995 (data da publicação da Lei 9.129/95), as entidades beneficentes de assistência social *podem parcelar, em até doze meses, as contribuições descontadas*, até 01.08.1995, *dos seus segurados empregados e não recolhidas, na época própria, ao INSS* (art. 1.º, § 6.º, da Lei 9.129/95). Para tanto, devem: a) promover a assistência social beneficiente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes; e, b) aplicar integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, apresentando anualmente, ao Conselho Nacional da Seguridade Social, relatório circunstanciado de suas atividades.

V – Os dirigentes de entidades beneficentes de assistência social, que obtém o parcelamento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e, não pagas, na época própria, estão, em face do disposto no art. 34, da Lei 9.249/95, com sua punibilidade extinta, desde que honrem os novos compromissos assumidos com o INSS.

VI – Ao permitir o parcelamento do débito previdenciário, a Lei 9.129/95 – *como antes o fizera a Lei 8.620, de 05.01.1993, em seu art. 12* –, descriminalizou a conduta do empregador, que voltou a ser mero ilícito administrativo. Houve, aí, uma verdadeira *abolitio criminis*.

VII – Do contrário, confessando sua mora, o empregador teria inevitavelmente que admitir a prática do crime previdenciário, para obter o parcelamento do débito atrasado, circunstância que, por óbvio, inviabilizaria a aplicação da própria Lei 9.129/95. Portanto, a Lei 9.129/95 implicitamente descriminalizou a conduta tipificada no art. 95, *d*, da Lei 8.212/90.

VIII – Mas, mesmo antes da descriminalização desta conduta, a retenção das contribuições previdenciárias concernentes aos empregados não encerrava, na maioria dos casos, o propósito, puro e simples, de não pagar os tributos. O que havia era simples *inadimplemento* a ensejar a imposição de multa e, quando o caso, o ajuizamento de execução fiscal; nunca a aplicação de pena.

IX – O *estado de necessidade* obrigava-os a eleger o *valor maior* e, por isso, invariavelmente, preferiam pagar os salários dos empregados. Do contrário, a própria empresa teria que encerrar suas atividades, porque, como é de compreensão intuitiva, os empregados nunca concordariam em continuar trabalhando, sem receber, *in totum*, os salários a que tinham direito.

X – Daí podermos reconhecer a inexigibilidade de outra conduta no empregador que comprovava que, à falta de outras alternativas, pagou salários a seus empregados, utilizando, para isso, também a quantia que devia ter endereçado à Seguridade Social, a título de contribuições previdenciárias (inclusive as descontadas, *pro forma*, dos empregados). Ausente, na hipótese, a culpabilidade, pressuposto da pena.

XI – No parcelamento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados de entidades beneficentes de assistência social e não pagas no prazo, há ausência de *animus rem sibi habendi*, circunstância que, em si mesma, descaracteriza a apropriação indébita. O ânimo de apropriar-se está ausente, se o débito foi parcelado e novado, desaparecendo a ilicitude, o que, de *per si*, inviabiliza o próprio oferecimento da denúncia.

XII – Com o parcelamento, a tipicidade da conduta descrita no art. 95, *d*, da Lei 8.212/90, desloca-se no tempo. Já

não há a falta de pagamento na época devida. Com o parcelamento, renovam-se as datas de pagamento das obrigações tributárias. Com isso, as épocas do recolhimento estão no futuro, circunstância que descaracteriza o ilícito penal.

XIII – Mesmo que consideraremos, *ad argumentandum tantum*, o parcelamento autorizado pela Lei 9.129/95, uma hipótese de moratória, o crédito do INSS fica diferido para época mais favorável às entidades beneficentes de assistência social.

Com o parcelamento, que a Lei 9.129/95 lhes permite fazer, tais entidades, também nesta hipótese, regularizam sua situação perante o INSS. Apaga-se o ilícito penal do art. 95, *d*, da Lei 8.212/90, que, eventualmente, seus dirigentes tenham cometido.

XIV – Como vemos, qualquer das linhas de argumentação invocadas (a da novação, a da *abolitio criminis*, a da ausência de dolo específico ou a da moratória), leva-nos à insofismável conclusão de que o parcelamento, antes da propositura da ação penal, das contribuições previdenciárias, descontadas dos empregados de entidades beneficentes de assistência social e não recolhidas, nas épocas próprias, extingue a punibilidade de seus dirigentes.

3. DIREITO PENAL ECONÔMICO

OS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E OS JUIZADOS ESPECIAIS

RUI STOCO

I – A Lei 9.099, de 26.09.1995, atendendo à determinação do art. 98, inc. I, da CF, dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, ao mesmo tempo em que previu a criação, pelos Estados e o Distrito Federal, do Sistema de Juizados Especiais.

A lei federal infraconstitucional entrou em vigor sessenta dias após a sua publicação, ou seja, está em plena eficácia desde 26.11.1995, considerando ser auto-aplicável, no referente às suas disposições de natureza processual e de direito material, e mesmo de projeção retroperante ou retroativa, no que pertine aos preceitos que se mostrem mais benéficos.

A primeira afirmação se faz no princípio do *favor rei*, posto que aquilo que favorece o réu deve ter incidência imediata. Ademais, a s normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação instantânea (CF, art. 5.º, § 1.º).[1]

A retroatividade da lei federal encontra supedâneo no princípio da retroatividade *in bonam partem*, pois, segundo consta de nossa obra, "como qualquer princípio constitucional, a retroatividade penal benéfica não tem efeito meramente proclamatório, nem é regra de conotação programática: é imperativa, porque dotada de caráter jurídico-positivo. Sob essa ótica, não seria admissível nenhum dispositivo legal que pudesse contrariá-la ou restringi-la (...) a retroatividade penal benéfica, enquanto princípio constitucional, não pode ser limitada pela lei e é dotada de eficácia imediata".[2-3]

Essa, também, a conclusão a que chegou a Comissão de Interpretação da Lei 9.099, formada pela Escola Nacional da Magistratura, enunciando ser "aplicáveis pelos juízos comum (estatal e federal), militar e eleitoral, imediata e retroativamente, respeitada a coisa julgada, os institutos penais da Lei como a composição civil extintiva da punibilidade, transação, representação e suspensão condicional do processo".[4]

Ocorre que os arts. 61 e 62 da Lei 9.099/95 dispõem:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por Juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das

(1) Ada Pelegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, *Juizados Especiais Criminais*, 1.ª ed., S. Paulo: RT, p. 20.

(2) Alberto Silva Franco e Outros, in *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, 5.ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 47.

(3) Alertou Damásio Evangelista de Jesus que "a lei nova que transforma um crime de ação penal pública incondicionada em condicionada à representação, embora envolva temas de processo, é de natureza penal material, *retroagindo* (*in* "Breves notas à Lei dos Juizados Especiais Criminais", *Boletim do IBCCrim* n. 35, nov./95).

(4) Escola Nacional da Magistratura, Comissão de Interpretação da Lei 9.099/95, Belo Horizonte, 28 e 29.11.1995.

infrações penais de menor potencial ofensivo.

Art. 61. Considerando-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, *excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.*

Dessume-se dos preceitos legais transcritos que a competência dos Juizados Especiais criminais foi estabelecida em *numerus clausus*, abarcando toda e qualquer contravenção penal, independentemente da pena prevista *in abstracto* e os crimes em que a lei comine pena máxima inferior a um ano. Estabeleceu-se uma exceção, "nos casos em que a lei preveja procedimento especial".

Significa que as leis especiais ou extravagantes podem incluir-se na competência dos Juizados, desde que definam crimes cuja pena não ultrapasse a um ano e estabeleçam rito procedimental comum.

Por isso é que tenho afirmado que a Lei 4.898, de 09.12.1965, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade exclui-se, por inteiro, da competência dos Juizados Especiais, não obstante para todas as figuras criminosas ali previstas a sanção penal estabelecida seja: a) multa; b) detenção por 10 dias a seis meses; c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de até três meses (art. 6.º, § 3.º).

Isto pela simples razão de que a Lei de Abuso de Autoridade prevê rito não só especial como peculiar, descendo a minúcias e regulando todas as fases processuais.

E mais, deixou evidente e palmar que apenas nos casos omissos serão aplicáveis as normas do Código de Processo Penal. "sempre que compatível com o sistema de instrução e julgamento regulado por esta lei" (art. 28).

Quer dizer, ainda, que os delitos previstos no próprio Código Penal mas que obedeçam o rito especial (qualquer que seja a pena prevista) refogem da competência dos Juizados Especiais, de que são exemplos, dentre outros, os crimes de responsabilidade de funcionários públicos (peculato culposo, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, corrupção passiva do art. 317, § 2.º, prevaricação, condescendência criminosa, advocacia administrativa, abandono de função, exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado, violação de sigilo de proposta de concorrência) e os crimes contra a honra (difamação e injúria).

Dúvida não resta, pois, que todos os crimes com previsão de pena máxima não superior a um ano, não sujeitos a procedimento especial, são da competência dos Juizados Especiais Criminais.[5]

Desse modo, poderá ocorrer que a figura criminosa padrão, exigindo o dolo como elemento subjetivo do tipo seja da competência do Juiz Singular, enquanto a sua forma culposa, com pena inferior a um ano, se atribua à competência dos juizados.

Nesse sentido, aliás, o entendimento de Damásio E. de Jesus ao compreender mais dilargadamente o *canon* legal, expondo: "Para efeito de inclusão ou exclusão de crimes na competência dos Juizados Especiais Criminais são levados em conta as causas de aumento e de diminuição da pena, estejam previstas na Parte Geral ou Especial do CP. Devem ser consideradas as qualificadoras. Assim, é possível que o tipo simples se inclua na competência dos Juizados e a figura típica qualificada, não".[6]

(5) Ada Pelegrini Grinover e outros, *Juizados Especiais Criminais*, 1.ª ed., S. Paulo: RT, p. 67.

(6) Artigo citado, *IBCCrim*, n. 35, nov./95.

II – Cabe verificar, em aprofundamento do estudo, se existe interação entre os Juizados Especiais e os crimes contra a ordem econômica, tributária e relações de consumo.

Na Lei 8.137, de 27.12.1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo não há qualquer figura típica com pena inferior a um ano.

O mesmo ocorre com a Lei 1.521, de 26.12.1951, que define os crimes contra a economia popular, a Lei 7.492, de 26.06.1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional e a Lei 8.176, de 08.02.1991, que define os crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis.

Por outro lado, as condutas puníveis estabelecidas na Lei Delegada 4, de 26.09.1962, que dispõe sobre a intervenção no domínio econômico e no art. 20, da Lei 8.884, de 11.06.1994, que regula a repressão ao abuso do poder econômico, não têm natureza penal, nem se traduzem em preceitos primários incriminadores, conforme demonstramos em artigo de doutrina.[7]

Apenas o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11.09.1990 – define diversas figuras típicas com sanção penal de caráter aflitivo (detenção), com prazo máximo de duração inferior a um ano.

E, como se verifica, nada dispôs essa lei sobre o rito procedimental a ser seguido.

Do que se dessume que estabeleceu o rito ordinário quando posta a lume, conduzindo, agora, ao entendimento de que o processo e julgamento dos réus que se subsumam nas suas disposições penais é da competência dos Juizados Especiais Criminais, com exceção das figuras previstas nos arts. 63, § 1.º, 64, 65 e 68, posto que estabelecem penas superiores a um ano, ou quando o delito for cometido por servidor público.

Um aspecto relevante merece ser lembrado.

A maior parte das infrações penais estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor tem por sujeito passivo a coletividade, pois se busca a proteção de interesses difusos – de parcela indeterminada de pessoas.

Poder-se-ia, por essa razão, dessumir que a impossibilidade de cumprir o disposto no art. 72 da Lei 9.099/95, ou seja, a fase preliminar de conciliação e composição dos danos, com a indenização civil da vítima pelo acusado, como forma de exclusão e extinção da punibilidade, ou na dicção da lei, com a "renúncia do direito de queixa ou representação" (art. 74, parágrafo único), retira dos Juizados Criminais a competência para apreciar os delitos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Ledo engano.

A só impossibilidade de conciliação não afasta a competência do Juízo especial.

Apenas impõe que, de pronto, se dê ao ofendido oportunidade de oferecer representação verbal (se a ação penal estiver condicionada à representação) ou que o Ministério Público requeira o arquivamento, proponha a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, ou ofereça denúncia.

Em resumo, pouca foi a repercussão do advento da Lei 9.099/95 sobre os crimes de natureza econômica, cujos autores dos fatos delituosos continuam sendo processados e julgados nas Varas Comuns e pelo rito procedimental sumário ou especial, se assim previstos na lei de regência.

(7) Rui Stoco, "Abuso do poder econômico e sua repressão" (Mecanismos penais e administrativos), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, jul.-set./95, p. 219.

4. DIREITO DE TRÂNSITO

TRANSPORTE DE RURÍCOLAS – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 190 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PARECER

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

A Associação das Indústrias de Açúcar e de Álcool do Estado de São Paulo e a Associação Brasileira das Exportadoras de Cítricos, órgãos representativos dos setores sucroalcooleiro e cítrico de âmbito nacional, tendo em vista a disposição constante do art. 190 da Constituição do Estado de São Paulo, consultam-nos a respeito da amplitude e constitucionalidade do preceito, tendo em conta a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte.

Passo a examinar o tema proposto.

A Constituição de 05.10.1989, no Capítulo da Política Agrícola, Agrária e Fundiária estabeleceu no seu art. 190 que "O transporte de trabalhadores urbanos e rurais deverá ser feito por ônibus, atendidas as normas de segurança estabelecidas em lei".

Nas Disposições Constitucionais Transitórias o legislador paulista estabeleceu no art. 41 que "O cumprimento do disposto no art. 190 será exigido após doze meses da promulgação desta Constituição".

Leitura muito simples do texto, sem qualquer reflexão, está levando os interessados a supor que a partir de 05.10.1990 o transporte de trabalhadores urbanos e rurais será feito por veículos classificados como ônibus, o que impediria a circulação de qualquer outra espécie de veículo como transportador de trabalhadores.

O dispositivo, no entanto, é flagrantemente inconstitucional, diante do art. 22, inc. XI, da Constituição da República Federativa do Brasil que expressamente estabelece competir *privativamente* à União legislar sobre *trânsito* e *transporte*.

No regime da Emenda Constitucional 1, de 1969, ainda seria possível argumentar sobre a competência do Estado, pois o art. 8.º, XVII, letra *n*, referia-se a tráfego e trânsito nas vias terrestres, com o aditivo do parágrafo único de que a competência da União não excluía a dos Estados, para legislar *supletivamente* sobre a *matéria, respeitada a lei federal.*

Na Constituição de 1988 o preceito foi modificado pela expressão *trânsito e transporte*, com esclarecimento do parágrafo único do art. 22 de que somente lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre trânsito e transporte.

Assim, se alguma pretensão existe de impor a legislação estadual para trânsito e transporte, seria necessária lei complementar, o que evidentemente não existe sequer em cogitação.

Excluindo mais uma vez qualquer interpretação a propósito de competência estadual para assuntos privativos da União, a Carta Magna de 1989 refere-se como sendo da *competência comum* da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios tão-somente "esclarecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito" (art. 23, inc. XII), enquanto o art. 24, que autoriza a competência *concorrente* dos Estados, em nenhum dos incisos se refere a trânsito e transporte.

Resta examinar se a Constituição Federal reservou aos Municípios algo que se pudesse inferir como decorrência dos assuntos de trânsito e transporte. No art. 30, inc. V, está previsto apenas como competência dos Municípios "organizar e prestar diretamente ou sob regime de concessão ou permissão os serviços públicos de interesse local, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial".

Em matéria de transporte coletivo, se quisermos citar mais um caso previsto como da competência da União, é de observar o artigo que determina que a lei disporá sobre normas de fabricação de veículos de transporte coletivo, "a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência" (art. 227, § 2.º).

Em nossa obra *Doutrina, Legislação e Jurisprudência do Trânsito*, ao tratarmos da competência dos Estados e dos Municípios, embora sob o aspecto da legislação anteriormente vigente, citamos o ensinamento de Pontes de Miranda a respeito de que "A legislação estadual que se não limita à função supletiva ou complementar é inconstitucional" 3.ª ed., Saraiva, p. 15).

Rosah Russomano, cujos argumentos também invocamos na citada obra, esclarece "Para que o legislador estadual possa exercer sua competência é necessário que tenha como suporte um preceito normativo federal. Não lhe caberá, assim, como se pretendia sob a Constituição anterior, utilizar a competência supletiva para suprir a inércia do legislador federal".

Invadiu, pois, esfera de competência privativa federal o legislador paulista, o que torna o preceito do art. 190 eivado de inconstitucionalidade.

Mesmo que assim não fosse, apenas para argumentar, a citada norma tem complemento que desde logo indica ser passível de regulamentação, ou seja, devem existir *normas de segurança estabelecidas em lei.*

Inconstitucional o art. 190, mesmo que ainda mereça o tratamento corretivo legal, é exato que trânsito e transporte só podem ser cuidados a nível federal, nos termos do Código Nacional de Trânsito (Lei 5.108, de 21.09.1966), sob cuja égide será tratado o trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional (art. 1.º).

Ainda que se queira invocar o art. 2.º do citado Código, por admitir normas complementares ou supletivas da lei federal, tais normas só seriam aquelas pertinentes às peculiaridades locais. Assim, com o advento da Constituição de 1989, como já afirmamos, as normas complementares ou supletivas só serão possíveis a partir de lei complementar. Se não existe lei complementar não há como cogitar de complementação.

As normas sobre trânsito e transporte hão de estar no Código de Trânsito, no seu Regulamento (aprovado pelo Decreto 62.127, de 16.01.1968) nas Resoluções do Conselho Nacional de Trânsito ou geradas pelos órgãos do Sistema Nacional de Trânsito, contando-se ainda a Convenção de Trânsito Viário, de 1968, conhecida como Tratado de Viena e aprovada pelo Decreto Legislativo 33, de 1981 e pelo Decreto 86.714 de 10.12.1981.

Compreende-se como e porquê os constituintes paulistas desejaram colocar em situação mais adequada o transporte de trabalhadores rurais e urbanos, mas o propósito conflita com a Carta Maior que deu à União competência privativa para legislar sobre o assunto.

Considerada que seja a validade do art. 190, apenas para argumentar, esbarraria

ele na falta de regulamentação por órgão competente ou pela lei federal.

Com efeito, o artigo impugnado deixa expresso que o transporte de trabalhadores em ônibus deve atender as *normas de segurança estabelecidas em lei.*

É exato que o art. 89, inc. XXX, letra *f*, do CNT proíbe a todo condutor de veículo transitar com o mesmo como transporte de passageiros, se se tratar de veículo de carga, *sem que tenha autorização especial fornecida pela autoridade competente.*

O art. 43, § 2.º, da mesma lei, no entanto, esclarece que "Quando, no município, não existir linha regular de ônibus, a *autoridade competente* poderá autorizar, a título precário, que veículo de carga transporte passageiros, desde que satisfeitas as condições mínimas estabelecidas no Regulamento deste Código".

É evidente que o legislador paulista quis atacar o que se convencionou chamar de transporte de "bóias-frias", assunto que tem merecido acesa controvérsia.

A decisão foi simplista em demasia para que tivesse a condição de cessar a polêmica, e o próprio constituinte acabou deixando para o regulamento ou para a própria lei esclarecer quais as normas de segurança. Isto porque a simples menção de um veículo da espécie ônibus não atende ao que foi desejado pelo legislador.

A solução imediata, sem necessidade do fulminado princípio constitucional, está constando do Regulamento do Código Nacional de Trânsito, art. 87, § 2.º, assim redigido: "Quando, no município ou região, não existirem linhas regulares de ônibus, a autoridade competente poderá autorizar, a título precário, que veículos de carga, dotados de cobertura, bancos fixos com encosto, guardas altas de madeira ou corda na carroceria, após vistoria, transportarem passageiros".

Baseado em sua competência legal, o Conselho Nacional de Trânsito editou a Resolução 629, de 24.02.1984, em cujo art. 1.º esclareceu que "Quando entre localidades do Município, das Unidades Federadas e do território nacional não houver linha regular de ônibus, o poder concedente com jurisdição sobre as correspondentes vias públicas poderá *autorizar*, a título precário, que veículo de carga transporte passageiros (caminhão e camioneta)".

Mais recentemente, e por isso mesmo reafirmando a sua decisão de equacionar o assunto, o CONTRAN editou à Resolução 683, de 02.10.1987, na qual expressamente se referiu ao transporte de pessoas vinculadas a obras, e/ou empreendimentos agroindustriais, enquanto durar a execução dessas obras ou empreendimentos (art. 2.º, § 2.º, inc. IV).

É evidente, portanto, que existe uma norma federal, emanada de autoridade competente, e que estabelece o regulamento para o transporte de "bóias-frias" com os requisitos de segurança almejados pelo legislador paulista.

Dir-se-á que a solução não é a melhor. Mas é a que existe no momento, está em pleno vigor, é observada pelos órgãos de trânsito, fiscalizada nas rodovias e, acima de tudo, atende a situação sócio-econômica brasileira, que não pode ser desconhecida nem afastada de pronto.

Não há que se falar em legislação regulamentadora da Assembléia Legislativa paulista, pois conforme deixamos claro não é competente o Estado para qualquer lei supletiva ou complementar, em tema de trânsito e transporte, se não houver a respectiva lei complementar.

Qualquer ato emanado do Poder Legislativo do Estado será portanto inconstitucional, por faltar o suporte da lei complementar determinada na Constituição Federal.

Noticia-se que representantes do Ministério Público de algumas comarcas do Estado ingressaram com ação civil pública, pleiteando a proibição do transporte de trabalhadores rurais e urbanos em caminhões ou outros veículos "inadequados", sob pena de multa diária e apreen-

são dos veículos, no que foram bem-sucedidos por medida liminar judicial, já que foi fixada multa cominatória diária de 300 BTN.

Em que pese o alto respeito devido aos ilustres membros do Poder Judiciário, e mesmo considerando o elevado propósito dos autores da ação civil pública, a propositura é incorreta porque desassistida da força constitucional já examinada. De outra parte, em se tratando de assunto de trânsito e transporte, quem deve decidir a respeito do transporte chamado inadequado são as autoridades competentes de trânsito, com a força que lhes é dada pela legislação específica.

É verdade que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, inc. XXXC da CF). Mas se aceitarmos como válida a interferência do Poder Judiciário para modificar o que já está regulamentado teríamos que admitir uma suposta investidura dos magistrados como autoridades de trânsito, o que é absurdo.

Noticia-se também, e aqui a imprensa deve ter se enganado, que certa autoridade judiciária teria aventado a hipótese de processar por prevaricação os agentes da autoridade de trânsito que não cumprissem rigorosamente o preceito constitucional paulista, impedindo que pessoas fossem transportadas em veículos de carga. Escusamo-nos de acreditar nessa informação, já que os agentes estão cumprindo o dever funcional de obediência à hierarquia administrativa e às normas legais que regem a matéria.

Por outro lado, é conhecida a competência e prudência dos membros do órgão rodoviário paulista bem como é notória a especialização da Polícia Rodoviária, sempre atenta a todas as modificações legislativas e regulamentares.

Como dissemos, o transporte de trabalhadores rurais e urbanos está condicionado a um fato socioeconômico brasileiro que não pode ser desconhecido. É fato público que centenas de milhares de trabalhadores rurais são transportados diariamente no Estado de São Paulo, das cidades para as frentes de trabalho, ida e volta, em caminhões especialmente adaptados para essa finalidade. As atividades econômicas da indústria cítrica, da indústria canavieira, da cafeicultura, dentre outras, dependem essencialmente do trabalho executado pelos trabalhadores rurais comumente chamados de "bóias-frias", que residem nas cidades do interior do Estado e delas se deslocam todos os dias em demanda de seus locais de trabalho.

É praticamente público e notório, também, bastando um mínimo de vivência do problema, e dispensando até mesmo maiores conhecimentos técnicos, que o transporte desses trabalhadores em ônibus, como se pretende, é absolutamente impraticável, visto que esses veículos não conseguem chegar aos "carreiros" onde se processam as colheitas, não só por carecerem de estrutura forte o bastante para percorrerem longos trechos de chão batido, estradas de terra com lamaçais e valetas, mas sobretudo por não disporem de altura suficiente entre o solo e o piso que permita a ultrapassagem desses obstáculos. Ademais, não há nesses ônibus, também, espaço disponível para a guarda dos instrumentos e apetrechos de trabalho de cada operário rural.

Há notícia de que na Comarca de Nova Granada o MM. Juiz de Direito, mediante simples aviso, alertou os "interessados" para que promovessem a substituição de seus veículos até 05.10.1990, sob pena de apreensão e autuação de seus proprietários.

A realidade brasileira é conhecida de todos e não pode ser desprezado o fato de que ainda não atingimos o ideal em assunto de política agrícola, agrária e fundiária. Paulatinamente estão sendo corrigidas as distorções e as improvisações. O certo é que não se pode acabar drasticamente com um sistema rural que bem ou mal é o espelho do Brasil.

A interpretação que se pretende dar ao preceito constitucional paulista, e que absolutamente não é auto-aplicável, acarretará de pronto a completa paralisação de três das mais importantes atividades econômicas da agricultura paulista, com verdadeiro colapso de imprevisíveis proporções. Tal colapso não teria reflexos apenas para os industriais ou empregadores, mas acarretaria o desemprego em massa de milhares de trabalhadores humildes, numa crise social de gravíssimas conseqüências.

O transporte de passageiros em veículos de carga, tolerado pelos órgãos competentes de trânsito, decorre de inúmeras circunstâncias conhecidas de todos, e não há como fugir da realidade, se quisermos olhar com imparcialidade o fato real.

Assim, a Polícia Militar e até as Forças Armadas transportam seus homens em veículos de carga, os órgãos de Administração Pública transportam seus obreiros em caminhões (algumas vezes até em caçambas), não havendo para esses organismos qualquer impedimento.

Alega-se, como argumento de terror, que são inúmeros os acidentes com caminhões de carga transportadores de operários, sem que se recorde que também são inumeráveis os acidentes com ônibus, talvez em maior proporção estatística.

O que é preciso, portanto, é dar maior atenção à vigilância administrativa dos veículos e dos seus condutores, punindo exemplarmente aqueles que não obedecem as regras de circulação e a legislação de trânsito. A própria lei penal brasileira tem sido benigna com os crimes culposos de trânsito, e até hoje o Código Nacional de Trânsito ainda é um grande desconhecido.

O Conselho Estadual de Trânsito do Estado de São Paulo, que tem por atribuição legal zelar pelo cumprimento da legislação de trânsito, resolver ou encaminhar ao Conselho Nacional de Trânsito consultas de autoridades e de particulares, relativamente à aplicação da legislação de trânsito e opinar sobre questões de trânsito submetidas à sua apreciação (art. 8.º I, II e VI do CNT) teve oportunidade recentemente, provocador por interessados, de editar a Deliberação 55/90, publicada no DOE de 03.10.1990, calcada em parecer de um dos seus ilustres Conselheiros.

Em resumo o citado parecer acolhe a inconstitucionalidade do art. 190 da Constituição, sugere o encaminhamento da argüição ao Conselho Nacional de Trânsito, propõe ofício à E. Presidência do Tribunal de Justiça e à C. Presidência da Assembléia Legislativa, e finalmente declara estar em pleno vigor a Resolução 683/87 do Conselho Nacional do Trânsito.

Não temos qualquer objeção, e só podemos louvar a independência do órgão normativo estadual, por ter se afastado daquilo que afinal está enveredando pelo caminho errado da demagogia e provocando, quem sabe, um caos na tão debilitada economia nacional, seja em razão dos interesses econômicos envolvidos seja em razão de uma crise de combustível que se avizinha tenebrosamente.

Finalizando, em atenção às indagações que nos foram feitas, consignamos o seguinte:

1. O art. 190 da Constituição do Estado de São Paulo é inconstitucional e assim deve ser reconhecido mediante os procedimentos legais.

2. O art. 190 da Constituição do Estado de São Paulo, para aqueles que o aceitam como válido, não é preceito auto-aplicável, dependendo de regulamentação em lei.

3. Só lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre trânsito e transporte.

4. Não compete ao Poder Judiciário expedir avisos sobre matéria de trânsito e transporte e muito menos a ele não cabe determinar liminarmente cominação por infração de trânsito prevista na legislação própria e suscetível de vigilân-

cia pela autoridade de trânsito e seus agentes.

5. O Conselho Nacional de Trânsito é Competente para elaborar normas-padrão e zelar pela sua execução.

6. Está em pleno vigor, por ter corretíssimo amparo legal, a Resolução 683/87 do Conselho Nacional de Trânsito.

7. O ônibus, especial para transporte de trabalhadores, classificado como tal pela Deliberação 37/90 do CETRAN/SP, é apenas um dos veículos aprovados para registro como ônibus, sem que tenha exclusividade.

É o nosso parecer, s.m.j.

São Paulo, 10 de outubro de 1990.

4. DIREITO DE TRÂNSITO

PREVENÇÃO DE ACIDENTES DE TRÂNSITO*

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Nem crime, nem contravenção – 3. Jogo de interesses privados – 4. O fracasso da legislação – 5. Recrudescimento da punição – 6. Racionalização do sistema.

1. Introdução

Tramita no Senado Federal projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados, de iniciativa da Presidência da República, destinado a reger "o trânsito de qualquer natureza, nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação".

Para os motoristas, em regra, e sem prejuízo de acréscimo em razão da quantidade e da natureza das infrações, as multas preconizadas variam aproximadamente, em valores de maio de 1996, de R$ 41,00 (infrações leves – 50 UFIR) A R$ 149,00 (infrações gravíssimas – 180 UFIR). Algumas destas últimas podem alcançar isoladamente o valor de R$ 745,00 (5 vezes 180 UFIR). Outras penalidades: advertência por escrito; suspensão do direito de dirigir; apreensão do veículo; cassação do documento de habilitação; cassação da permissão para dirigir.

A maior novidade, no entanto, ainda que se reconheça um visível endurecimento das multas, reside na elaboração de um capítulo reservado aos delitos de perigo, via *criminalização* de contravenções e de infrações de trânsito, além da majoração de pena para certas espécies de homicídio e lesões corporais culposos.

De minha parte, concordo em tese com as formas qualificadas dos crimes culposos de dano. Considero todavia dispensável e contraproducente a *criminalização* das condutas de simples perigo e entendo que se deve *duplicar* todos os valores de multa constantes do Projeto. Nenhum retorno, outrossim, para as contravenções penais de trânsito: elas já não fazem falta num sistema jurídico realista, suficientemente rigoroso para com as transgressões de cunho disciplinar ou administrativo.

2. Nem crime, nem contravenção

Só existe, a meu ver, um modo firme de redução das estatísticas de acidentes de trânsito: a imposição de multas bastante elevadas no âmbito administrativo, independentemente da ocorrência de lesão à vida ou integridade física de outrem. A propósito, somente neste último caso, de dano concreto, é que se justifica um processo-crime, com todas as suas eventuais formalidades e implicações ético-jurídicas.

A existência de vítima denota em sua lógica o fracasso radical da legislação, em termos preventivos. E o mais importante, sempre, é que não haja vítimas, ainda que à custa de demorado trabalho de conscientização coletiva. Dessa dinâmica participaria o sistema de multa,

* Publicado novamente por ter saído com incorreção.

desde que séria, pesada, proporcional à natureza da infração e suscetível de aplicação imediata (reaparelhamento policial). Desnecessário, portanto, que se cogite igualmente de sanções contravencionais. As contravenções penais de trânsito, no Brasil, só atrapalham. Merecem o repouso de um museu, num canto escuro, escondido, que as imunize contra os olhares saudosistas dos que gostam de complicadores normativos ou de querelas dogmáticas.

Note-se que advogo a definitiva exclusão de condutas perigosas no trânsito, sem morte ou lesão corporal, do rol dos delitos e das contravenções. Mas não escondo uma preocupação, que não se liga ao pretenso esvaziamento do sistema preventivo-repressivo. No exato momento em que o Código Nacional de Trânsito cominasse multa administrativa de relevo, em função da natureza do ilícito (embriaguez ao volante, direção perigosa etc.) a crítica dos contestadores se concentraria no "abuso do poder", na forma e no conteúdo.

De imediato se falaria na exorbitância da sanção, assimilada a verdadeiro confisco, incompatível com o Estado de Direito; e na quebra do tratamento isonômico, diante da visível repercussão negativa entre os menos afortunados.

Acontece que a grande maioria dos proprietários de veículos automotores possui razoável padrão de vida, à luz de parâmetros próprios, de país sul-americano, podendo então deduzir-se que a indisciplina no tráfego lhes pertence em primazia. Ônibus, caminhões e automóveis não custam qualquer bagatela.

Daí, até hoje, as precauções normativas de praxe. Na eventualidade de alguma sanção, que ela se mostre suave, comportada, em respeito e homenagem ao "status" de um desbravador de autovias. É fato que os regimes democráticos a todos igualam, em detrimento de sonhos de grandeza, mas qualquer punição, na prática, sobretudo de natureza criminal, haveria que limitar-se aos destinatários de sempre, desprovidos de recursos pecuniários; ou àqueles que, por descuido ou excesso de autoconfiança, se deixam envolver por alguma visibilidade circunstancialmente desfavorável.

3. Jogo de interesses privados

Chego ao cerne da questão. Qualquer leigo percebe que a delicadeza da matéria (legislação de trânsito) tem tudo a ver com a certeza de que os principais envolvidos, os motoristas, os proprietários de veículos, os réus e as vítimas nos processos criminais, pertencem com maior probabilidade às classes abonadas ou certamente de menores dificuldades econômicas. Inverte-se o quadro na hipótese de motorista mal remunerado, a serviço de terceiros, ou de vítima pedestre, colhida no acostamento, talvez à espera de um ônibus, ou no meio da via pública, no exercício do direito de atravessá-la em segurança.

Eis a pergunta: não merecem os pobres (assim como os ricos) alguma proteção enquanto vítimas potenciais de acidentes de trânsito? E como falar-se em confisco, em abuso de poder, se o Estado no conflito de interesse resolve proteger o ofendido, a vítima, o inocente, aquele que sofre no corpo e na alma os efeitos deletérios de uma conduta ilícita e censurável?

Alegar, pois, a desigualdade de tratamento, pelo gravame às classes pobres, é esconder-se numa falácia de terceira categoria. E falar em confisco, em abuso de poder, por força da desproporção entre a natureza do fato (infração de trânsito) e o valor da multa, é insistir igualmente com uma visão acanhada, à margem da clareza do fenômeno em todas as suas facetas. As despesas e prejuízos do Estado na área da saúde e segurança públicas, direta ou indiretamente relacionados com os danos materiais, com as mortes e mutilações no trânsito, clamam aos céus

por sua disparidade e mostram que, no fundo, quem paga as contas é o cidadão comum, bem mais que o transgressor.

Quem cumpre o regulamento de trânsito não desembolsa um único centavo, a título de multa. As sanções correspondentes, mesmo que severas, pressupõem a liberdade de opção do infrator, sem distinção de classes ou castas sociais. Assim como os preços dos produtos do mercado, com os respectivos tributos, são comuns a todos, ricos ou remediados, também as multas de trânsito conservam uma certa distância do poder aquisitivo de quem quer que seja. Mostram-se proporcionais, isto sim, à maior ou menor gravidade da infração.

Indisciplina, imaturidade, insensatez, arrogância, empáfia, negligência, não constituem apanágio de classe social. Não faz sentido que, a pretexto de proteção do indivíduo, se garanta ao reverso a impunidade crescente dos infratores de trânsito em prejuízo das vítimas, que não são poucas, e que também se encaixam no conceito de indivíduo, de cidadão, de pessoa humana. E aludir à vítima é relembrar a dor irreparável, a tragédia, o luto, a cegueira, a paralisia, o sofrimento, a deformidade física. No meio de tudo, a sensação de impotência perante aqueles que, no exercício do Poder, parece que não vêem, não ouvem, não reagem: contemporizam.

Anomia, dilema, impasse. Como inverter as regras do jogo? Concreta ou potencialmente, réus e vítimas inúmeras vezes freqüentam os mesmos clubes, têm gostos semelhantes, rezam juntos na mesma cartilha política. Daí a transigência legal, no Brasil. A figura do motorista ainda impressiona, sobretudo e principalmente quando apresenta em seguida o título de propriedade do veículo.

Miopia intelectual, no entanto. A opção preferencial pelo infrator sacramenta uma injustiça e não leva em conta a escandalosa repercussão negativa dos acidentes do meio da sociedade, que ainda não se acostumou (felizmente!) com a guerra de todos contra todos. E mais. Quando existem vítimas, também sofrem os acusados, porque agem sem dolo, e sofrem seus amigos, seus familiares, não raro envolvidos no evento. Sofre, em suma, a comunidade, no torvelinho sem fim de uma epidemia evitável, mas persistente, para espanto e desconsolo dos que acreditam ainda na racionalidade global e dialética do legislador.

4. O fracasso da legislação

Cheio de boas intenções, e sem embargo de outras figuras delituosas, preconizou o legislador de 1940 (Código Penal) pena de detenção para os crimes de homicídio e lesão corporal culposos, e de perigo para a vida ou a saúde de outrem, bastante comuns no tráfego de veículos. Acrescentou formas qualificadas para os dois primeiros e ressaltou, quanto ao último (art. 132), seu caráter subsidiário, diante da prevalência do delito mais grave. Admitiu, é certo, a suspensão condicional da pena não superior a dois anos, mas acenou em contrapartida com a pena acessória de interdição temporária da atividade de motorista, por 2 a 10 anos.

A chamada Lei das Contravenções Penais (1941) previu duas importantes contravenções, referentes à incolumidade pública: falta de habilitação para dirigir veículo (art. 32), com pena de multa; e direção perigosa de veículo na via pública (art. 34), com pena de prisão simples ou multa. Instituiu igualmente a interdição temporária da atividade de motorista, pelo prazo de 1 mês a 2 anos, a título de pena acessória.

De início, poucas divergências interpretativas. Com o tempo, no entanto, introduziram-se distinções acadêmicas de imediata repercussão no foro, em benefício dos acusados. A pena privativa de liberdade, de tão desacreditada e contraproducente até mesmo com relação aos crimes dolosos, não poderia alcançar,

por óbvio, infrações de resultado involuntário, fruto de imprudência, negligência ou imperícia. O processo penal, em si, já representava suficiente reprimenda, por seu sentido de humilhação pública de que, no final das contas, também lamentava a ocorrência e tinha paralelamente o dever jurídico de reparar o dano.

Quer dizer, a intervenção do intérprete concorreu para amenizar a situação dos acusados, que se livravam com freqüência das penas acessórias e, quando condenados efetivamente, sofriam a pena mínima privativa de liberdade, ou muito próxima do mínimo, e ainda quase sempre com *sursis*, quando inocorria a prescrição da ação.

De todas as divergências ligadas aos crimes culposos chama a atenção até hoje aquela que se prende à validade ou não de aumento de pena (1/3) ao motorista que deixa de observar regra técnica de trânsito (CP, arts. 121, § 4.º, e 129, § 7.º). Não bastou a correta advertência doutrinária de que ela só fazia sentido no caso de consciente e voluntária inobservância de regra técnica, não se confundindo assim com a simples e modesta imperícia ocasional. Não, era preciso ir mais longe, a ponto de reservá-la exclusivamente para os motoristas profissionais. Sobre eles haveria menor injustiça na pretensa "dupla apenação" (*bis in idem*), proibida pelo direito natural, que estaria acima das leis e das constituições. A distinção, em verdade, beneficiou a grande maioria dos motoristas, exatamente os que não ganham nem precisam ganhar a vida ao volante de veículo automotor.

As contravenções penais, apesar de seu caráter preventivo e de sua estrutura simplificada, acabaram sendo niveladas por cima, como se delitos fossem, perdendo em conseqüência qualquer eficácia intimidativa. A exigência de perigo concreto, com vítima certa ou individualizada, retirou-lhes a função principal, ao mesmo tempo em que desmoralizou a pretensão formal do legislador com respeito ao crime de exposição a perigo (CP, art. 132).

Nos últimos tempos, quando possível tecnicamente, elas subsistem de preferência em processos criminais, em concurso material, ou são absorvidas pelo delito, podendo desempenhar ainda melancólica função supletiva, em face da fragilidade da prova quanto à infração principal. Na prática, por sinal, as contravenções penais de trânsito se encontram em crise, como instituição. Estão mortas, ou moribundas. Não resistiram à concorrência do Código Nacional de Trânsito, que supre suas deficiências vinculadas ao processo (técnica processual) e à própria estrutura dos aparatos policial e judiciário.

No que tange aos delitos, a Lei 7.209/84 (Código Penal, Nova Parte Geral) incorporou a ideologia da condescendência. Já não existem penas acessórias, penas que se somam à pena principal. Crime de trânsito, aliás, se resolve não raro com a impunidade, à semelhança do que acontece com as contravenções. Em confronto com a avalanche de fatos concretos se mostra ridículo o número de inquéritos policiais, que desembocam, não poucas vezes, no arquivamento. Em havendo processo, prevalecem as deficiências probatórias, as piedosas ficções judiciais, a prescrição da pretensão punitiva. Eventuais condenações se traduzem em multa ou pena restritiva de direito, ou ambas cumulativamente. E as penas de prisão ou detenção, sempre atenuadas no seu *quantum*, se transformam facilmente em liberdade, via suspensão condicional.

O desfecho seria previsível. Com a edição da Lei 9.099, de 26.09.1995, curva-se o legislador à política da transação penal e da intervenção mínima, com reflexo imediato no âmbito das infrações de trânsito. Por seu menor potencial ofensivo, "as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano" (art. 61), passam a admitir a

composição civil dos danos e a imediata aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 72). As lesões corporais dolosas de natureza leve e as lesões corporais culposas, porque dependentes de representação (art. 88), podem agora desafogar os cartórios, inclusive na hipótese de homologação de acordo (art. 74, parágrafo único). E mesmo nos eventos de maior gravidade já existe remédio melhor que o *sursis*, ou seja, a suspensão condicional do processo, na forma do art. 89 e parágrafos.

Completa-se, destarte, com chave de ouro, o ciclo da impunidade penal, conseqüência inevitável de todo um contexto histórico de indiferença para com a vida e a saúde do próximo. Ainda que se reconheça, em termos de política criminal, merecedora de encômios, uma evolução positiva do ordenamento jurídico, o fato é que na prática, e sobretudo em matéria de trânsito de veículos, os maiores beneficiados continuam a ser os delinqüentes de sempre, os transgressores habituais, ironicamente apelidados de réus primários na remota eventualidade de algum processo.

Direito humanos? Sem dúvida. Não se podendo, no final do século XX, prevenir o morticínio, as mutilações de milhares de pessoas inocentes, que se assegure ao menos a tranqüilidade jurídica dos vencedores, dos fortes, dos que consolidam, pelo exemplo, a espúria legitimidade de suas condutas.

5. Recrudescimento da punição

Existe, é claro, o outro lado da medalha. A tendência atual (ou *contratendência*?) de recrudescimento da punição, seja na doutrina, seja nos projetos de lei, revela uma nova consciência ética no que concerne aos direitos da vítima. Em termos práticos, no entanto, muito pouco se alcançaria, diante da cristalização das deficiências inerentes ao sistema, inclusive de ordem ideológica. É que delitos de trânsito, por definição, envolvem no máximo dolo de perigo, jamais dolo de dano. Há quem extrapole, assumindo efetivamente o risco de matar ou ferir. Entretanto, não se pode fugir da evidência de que o detalhe teria de ser comprovado através do devido processo legal, no contexto das mesmas deficiências estruturais.

Ora, são essas estruturas que precisam mudar. E mudariam para melhor se os vários órgãos de investigação policial, de acusação, de julgamento, de execução de pena, se revestissem de condições mínimas de operacionalidade. Na divisão de encargos e funções há que se levar em conta a maior gravidade do fato para que se justifique a pesada movimentação policial e judiciária. O que importa é o conteúdo, aferido na dinâmica de parâmetros racionais, à luz dos novos tempos, das novas necessidades. A citada Lei 9.009/95 atende apenas em parte a esse desiderato. Mas a inclusão, no Projeto relativo ao Trânsito, de crimes de perigo, representa um retrocesso, *data venia*. Corresponde a um lamentável equívoco. Afinal de contas, resultado de perigo implica, em regra, uma distância astronômica em relação a resultado de dano.

Daí minha discordância para com a tese da manutenção e ampliação das contravenções penais de trânsito, ou de sua *criminalização*, a demandar despesas inúteis e repetitivas, assim como o inevitável desgaste associado ao exercício de atividades menores, em prejuízo de outras funções relevantes. A possibilidade técnica de sanções de trânsito, pena contravencional, pena criminal e indenização civil dos prejuízos em razão de um mesmo e único fato denota sem dificuldades a insensatez da cumulação e ganância normativas.

Fala-se tanto, hoje, em princípio da insignificância, válido para infrações de pequena monta. Por que então insistir, mesmo nesta nova fase de implementação dos Juizados Especiais, em movimentar a emperrada máquina policial-judiciária para a descoberta formal de

eventos cuja punição se mostraria bastante no âmbito de um simples – mas rigoroso – Código Nacional de Trânsito?

Recordo que não descarto o conveniente processo-crime, ou suas variantes, em havendo lesões efetivas. Diversamente, mera conduta de perigo, imune a qualquer suspeita de dolo de dano, direto ou eventual, deveria redundar, em tese, na dispensa e afastamento do Poder Judiciário.

A imposição de multa elevada, além de outras penalidades ou medidas de ordem administrativa (retenção do veículo, suspensão da habilitação etc.) resolveria o problema sem maiores desgastes para o Ministério Público e Magistratura. Círculo *virtuoso*: multas rigorosas: aumento da receita do Estado; reaparelhamento das Polícias de Trânsito; diminuição dos acidentes e das despesas correlatas; melhor qualidade de vida, em suma. Os inconformados lembraram um círculo *vicioso*: a diminuição das infrações acarretaria menos ingresso de numerário, em detrimento das despesas exigidas pelos serviços implantados. Em outras palavras, diriam que o sistema se acomodaria num patamar semelhante ao de hoje.

Impossível! A manutenção da severidade das sanções num quadro de mudança e consolidação ideológicas em favor das vítimas e, pois, da própria sociedade (com inclusão dos motoristas) atestaria o acerto das medidas, legitimando-as em definitivo. Educadas em outro clima, em outra dimensão cultural, as novas gerações não se deixariam iludir pela incompetência dos incrédulos, incapazes de perceber o sentido pedagógico de uma legislação socialmente sustentável. E é justamente o respeito às instituições democráticas que revela, a meu ver, a urgência da intervenção legislativa.

6. Racionalização do sistema

Minhas preocupações na matéria são de ordem prática, são realistas, revelando com nitidez uma tomada de posição em favor do interesse público. Admito, porém, que possa estar enganado. Talvez seja razoável a *criminalização* das contravenções e infrações de trânsito. Ainda assim, seria conveniente a majoração dos valores de multa, a justificar, em conseqüência, no espírito aliás dos novos tempos, o imediato desafogo do sistema: extinção da punibilidade pelo cumprimento integral das sanções administrativas, antes de instaurada a ação penal ou, mesmo, antes da sentença de mérito (neste caso, com algum acréscimo quantitativo).

Nada obstante, insisto em que a redução dos acidentes de trânsito não se resolve com legislação criminal. Mesmo atualmente, em plena vigência do procedimento sumaríssimo, se pode vislumbrar o desacerto da pretendida mudança de rumo, norteada pela introdução de novos tipos. Contravenções penais e delitos de perigo individual e coletivo, a par dos clássicos delitos de dano (homicídio, lesões corporais), há muito que estão em vigor e não alcançaram até hoje o menor êxito estatístico em matéria de prevenção ou repressão. A repentina *criminalização* de infrações de trânsito colocaria em cheque, mais uma vez, a credibilidade funcional da Polícia Judiciária, do Ministério Público e da Magistratura, em prejuízo da comunidade.

Ao reverso, a exigência de multas bastante elevadas exerceria relevante papel de prevenção de acidentes, tônica e razão de ser deste artigo. *Suas vantagens saltam aos olhos, pois atingem o bolso do infrator, e com seriedade, num momento em que ele pode respirar aliviado, pois não matou ou feriu ninguém.* A imediata presença do Estado já se revela, na hipótese, mais do que suficiente, a lembrar inclusive a probabilidade ou certeza de um retorno mais severo, em havendo reincidência. Acionar, também, o mecanismo policial-judiciário (no papel, é claro!) é

cometer o duplo engano de se pretender o impossível e conseguir impensadamente a absoluta certeza da impunidade criminal para a grande maioria dos indisciplinados no trânsito.

Muita sabedoria, pouca serventia. Legislações sofisticadas, mas divorciadas da realidade, só têm valor para os doutos, para as dissertações acadêmicas. Crimes de perigo, em regra, não passam de complicadores do sistema jurídico-penal, que já funciona seletivamente, e com previsível parcimônia, até mesmo nas ocorrências de dano.

Não há e nunca vai haver espaço para tanto processo e julgamento. Em princípio, é a existência de efetiva lesão que movimenta o aparelho policial e, na seqüência, o Ministério Público e o Poder Judiciário. O pretendido aumento inflacionário dos delitos de trânsito, se atende por um lado ao texto constitucional do *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, desmoraliza-o por outro lado ainda mais, eis que reduzido na prática a uma formalidade vazia, inoperante.

A boa política do Estado é aquela que corresponde às expectativas do grupo social. O interesse maior, no trânsito, é que não haja morte nem lesões corporais, evitáveis todavia desde a raiz, a partir do instante em que são flagradas e punidas efetivamente as condutas *perigosas* que se opõem a esse desiderato. Uma pronta e severa resposta administrativa já seria então viável e plausível por si só, no pressuposto de uma reorganização dos serviços como decorrência de uma racional concentração de verbas, esforços e atitudes.

No fundo, advogo a simplicidade de uma legislação realista e compatível com o bom-senso. Os crimes de perigo são, mesmo, perigosos. A vida e a saúde do cidadão, por sua fundamental importância, não podem ser confiadas à beleza arquitetônica de uma certa "modernidade" tristemente ancorada em falsas premissas éticas ou assustadoramente comprometida com as ilusões e encenações da dogmática jurídico-penal.

Florianópolis (SC), maio de 1996.

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

VITIMAÇÃO ENTRE ESTUDANTES DE DIREITO DA UERJ UM ESTUDO DE CRIMINOGRAFIA

(Violência e Criminalidade – Tríplice Violação da Cidadania)

JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Antecedentes – 3. O universo pesquisado – Metodologia – 4. Quadro geral de vitimação – 5. Crítica dos dados obtidos – 6. A cifra negra da criminalidade – 7. Quadro geral da cifra negra.

1. Introdução

O tema "violência e criminalidade" é atual, sedutor, relevante, multi e interdisciplinar.

Tanto o último aspecto é verdadeiro, que, na semana passada,[1] na Escola Nacional de Saúde Pública, foi defendida uma excelente tese de doutorado,[2] na qual a matéria foi estudada sob o ponto de vista epidemiológico.

Aqui, tentaremos nos aproximar do assunto, à luz do conhecimento jurídico, criminológico e político-criminal visando destacar alguns pontos de violação da cidadania. Daí o subtítulo: "Violência e Criminalidade – tríplice violação da cidadania".

Partiremos dos resultados preliminares de uma pesquisa empírica, que, no primeiro semestre de 1995, foi levada a efeito pelo Curso de Mestrado em Direito da Cidade, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na disciplina Direito Penal da Cidade.

2. Antecedentes

Desde os tempos do Doutorado, na então Universidade do Estado da Guanabara, hoje UERJ, quando levamos a cabo a pesquisa intitulada "A Criminalidade em Botafogo – 1962", que estamos comprometidos com o argumento.

Naquela investigação,[3] em meio a algumas outras observações, ficou constatado que no ano de 1962, na circunscrição policial do 10.º Distrito Policial – Botafogo, na cidade do Rio de Janeiro,[4]

(1) O presente texto foi elaborado para o 1.º Seminário Brasileiro de Filosofia e Sociologia do Direito, organizado pela Faculdade de Direito da UERJ, que teve lugar de 19 a 21.09.1995.

(2) Edinilza Ramos de Souza: Homicídios: metáfora de uma nação autofágica; Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 1995, tese.

(3) As conclusões da pesquisa, que foi agraciada com o prêmio "Íncola", da Universidade em 1964, estão publicadas na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, ano II (nova fase), n. 5, abr.-jun., 1964, p. 165.

(4) Botafogo é um bairro da zona sul da cidade do Rio de Janeiro, habitado por famílias da classe média. O então 10.º Distrito Policial abrangia os bairros de Botafogo, Urca, Jardim Botânico, (parte) e Lagoa (parte).

o crime doloso de lesão corporal foi o mais cometido, sendo, em números absolutos, superior à soma de roubos e furtos, numa proporção de mais de 100%. Foi apurada a ocorrência de 181 crimes de lesão corporal e de, apenas, 80 roubos e furtos.

O Brasil estava, àquele tempo, sofrendo séria crise econômica e na antevéspera de uma convulsão política e militar, mas, mesmo assim, o volume de crimes contra o patrimônio, nas suas modalidades mais comuns (roubo e furto), não superava a metade do número de lesões corporais.

Os anos se passaram e a paixão por esse tipo de investigação ficou reprimida. Ela voltou a florescer, quase trinta anos depois, quando em 1990 assumimos a Secretaria de Estado de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e, depois, em 1991, quando passamos a lecionar no recém-criado Curso de Pós-Graduação – Mestrado em Direito da Cidade, da UERJ, no qual, desde então, somos responsáveis pela linha de pesquisa "Violência e Criminalidade: a criminalidade no Rio de Janeiro".

Nessa ocasião, com a participação dos alunos da primeira turma do Mestrado, concluímos uma outra pesquisa, não de campo como a anterior, mas de análise do número oficial de prisões efetuadas no Brasil.[5] Ficou apurado que, de 1976 a 1989, ou seja, num período de 13 anos, os crimes de roubo aumentaram em 101,57%. O de furto cresceu, no mesmo período, em 76,13%. Por outro lado, as lesões corporais dolosas, aumentaram, apenas, 13,65%. Analisando os dados do Estado do Rio de Janeiro, verificamos que o número de prisões por crimes de lesão corporal dolosa diminuiu em 13,73%, enquanto os furtos cresceram em 57,98% e os roubos em 49,89%.

Bem sabemos, que os números dessa última pesquisa permitem, apenas, uma visão aproximada da realidade, posto que trabalhamos, somente, com dados oficiais de prisões registradas, colhidos pelo IBGE. Eles, entretanto, bem ou mal, mostram uma inversão no panorama desvelado pela pesquisa de 1964, relativa à situação em 1962, pois, revelam a prevalência dos crimes contra o patrimônio sobre os de lesões corporais.

O entusiasmo dos Mestrandos do primeiro semestre de 1995, com os quais estudamos a etiologia da criminalidade contemporânea, na disciplina Direito Penal da Cidade, estimulou-nos a uma nova pesquisa de campo. Resolvemos, à semelhança de outros colegas,[6] trabalhar com um universo vitimológico que está próximo de nós professores, e é capaz de revelar, com boa margem de precisão, a situação atual, além de permitir conferir aquela inversão de tendência constatada no trabalho de 1991. Tratamos de verificar quantos, entre os alunos matriculados nas turmas da manhã do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Direito da UERJ, foram vítimas de crimes, quantas vezes, quais, que providências tomaram ou deixaram de tomar e quais os resultados dessas providências. A colheita de dados ocorreu durante o mês de maio de 1995.

3. O universo pesquisado – Metodologia

Fazendo nossas as palavras de *Malinowski*, antes de iniciarmos o relato da pesquisa, conveniente será apresentar uma rápida descrição dos métodos usados na

(5) O produto dessa pesquisa foi o artigo publicado na Revista *Fascículos de Ciências Penais*, ano 6, v. 6, n. 1 jan./mar., 1993, p. 47-68, intitulado "Insegurança Urbana".

(6) Luis Rodriguez Manzanera. "Vitimización en una ciudad mexicana"; in *Ilanud al dia*, ano 4, n. 10, San José, 1981, p. 24. Citado também por Raúl Cervini. *Os processos de descriminalização*. 2.ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 169.

coleta do material. Os resultados de pesquisa científica, acrescenta o antropólogo polaco, em qualquer ramo do conhecimento humano, devem ser apresentados de maneira clara e absolutamente honesta. Ninguém sonharia em fazer uma contribuição às ciências físicas ou químicas sem apresentar um relato minucioso de todos os arranjos experimentais, uma descrição exata dos aparelhos utilizados, a maneira pela qual se conduziram as observações, o número de observações, o tempo a elas devotado e, finalmente, o grau de aproximação com que se realizou cada uma das medidas. Nas ciências menos exatas isso não se pode fazer com igual rigor, mas os estudiosos dessas ciências não medem esforços no sentido de fornecer ao leitor todos os dados e condições em que se processou a pesquisa e se fizeram as observações.[7] Esta a razão de ser deste Capítulo. Passemos à descrição.

A equipe de pesquisadores, todos Mestrados em Direito da Cidade, por ordem alfabética dos prenomes, foi a seguinte: Ana Maria de Pinna Alves Pereira, Carlos Eduardo Adriano Japiassú, Cíntia Érica Mariano de Morais, Fátima Maria Saraiva Figueiredo, Francisco das Neves Baptista, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Kátia Duarte de Castro, Laura Pimenta Marrocos e Freitas e Maurício Jorge Pereira da Mota.

Todos trabalharam na coleta de dados e na interpretação deles. Ao Mestrando Francisco das Neves Baptista coube a elaboração do projeto de questionário. Ao Mestrando Maurício Jorge Pereira da Mota cuidar do tratamento dos dados, criando um programa de computador que se ajustasse às necessidades do projeto. Finalmente, a Mestranda Kátia Duarte de Castro ficou incumbida das normas técnicas próprias das pesquisas por amostragem.

Foram analisados 300 questionários, num universo de 898 alunos. A qualidade da informação, segundo a apreciação dos Mestrandos Kátia Duarte de Castro e Francisco das Neves Baptista, parece ter sido boa, tanto assim, que o "intervalo de confiança" da investigação foi de 95%, o "erro associado" de, apenas, 0,05658 e a "recorrência" 0,9993.

No primeiro semestre de 1995, estavam matriculados no Curso de Bacharelado da Faculdade de Direito da UERJ 1.676 alunos, dos quais 898 no turno da manhã e 778 no turno da noite. Foram analisados os questionários respondidos por 300 alunos matriculados em turmas da manhã, ou seja, pouco mais de 1/3 deles.

A maioria dos alunos pesquisados era do sexo feminino (56,33%), embora, como notou o pesquisador Francisco das Neves Batista, "os dados colhidos não permitam estabelecer qualquer relação entre sexo e vitimação, já que o percentual de vitimados e não vitimados em cada sexo mantém certa proporcionalidade com o número de pesquisados (cerca de 56% dos vitimados são do sexo feminino, contra 44% do masculino; 57,9%, aproximadamente, dos não vitimados são do sexo feminino e 42,1% do masculino)". Entre os investigadores não houve consenso quanto a esse ponto. Tanto assim, que a pesquisadora Laura Freitas, entendeu que a investigação havia demonstrado ser "o sexo feminino mais suscetível aos crimes que o masculino, pois é mais fácil para o criminoso atacar mulheres que homens. As mulheres são mais fracas fisicamente, portanto, de mais fácil domínio, sendo assim vítimas em maior potencial que os homens". O desencontro de opiniões fica aqui, apenas, registrado para demonstrar a liberdade com que agiram os pesquisadores.

(7) Bronislaw Kaspar Malinowski. "Argonautas do Pacífico Ocidental – um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné. Melanésia"; tradução de Anton P. Carr e Lígia Aparecida Cardieri Mendonça, revista por Eunice Ribeiro Durham, coleção *Os Pensadores*, vol. XLIII, Abril S.A. Cultural e Industrial, São Paulo, 1976, p. 22.

A quase totalidade dos pesquisados (96,67%) não ultrapassava a idade de 25 anos, fato que levou a pesquisadora Fátima Figueiredo a concluir serem eles "vulneráveis à criminalidade existente nos grandes Centros, face à constante locomoção a que estão obrigados, geralmente através de transportes coletivos, para que possam freqüentar cursos, lanchonetes da moda, a vida noturna etc.". Por seu turno, acrescentou o pesquisador Maurício Mota, que "são indivíduos provenientes dos mais variados pontos da Cidade", de regra, exclusivamente estudantes "e sem fonte de renda própria, que se deslocam muito no espaço urbano". Os que trabalham estão, também de regra, vinculados a escritórios de advocacia ou a outras agências da comunidade jurídica. Pertencem a famílias da classe média e média alta (Ana Maria Pereira). Alguns dispõem de condução própria.

O questionário era composto por oito perguntas: 1) idade; 2) sexo: 3) você já foi vítima de crime ? Sim ou não; 4) Em caso positivo, qual ou quais?; 5) Os fatos foram comunicados às autoridades ? Sim, todos. Sim, "x" deles. Não, nenhum. 6) Em caso positivo que resultou das comunicações? 7) Caso não tenha feito a comunicação, por quê? A comunicação não ia dar em nada. Não sabia fazer a comunicação. Não havia autoridade por perto. Não ia trazer de volta o que se perdeu. Outras razões. 8) Acrescente outros comentários que o assunto lhe sugira.

Os estudantes pesquisados não foram entrevistados diretamente, evitando-se, com isso, eventuais constrangimentos ou influências. O questionário foi distribuído no início de determinadas aulas, depois de dados os necessários esclarecimentos quanto a forma de preenchimento dele e aos objetivos da pesquisa. No final da aula os questionários foram recolhidos. Os pesquisadores ficaram à disposição dos estudantes para quaisquer informações.

A pesquisa objetivava medir, indiretamente, o número de crimes cometidos e, diretamente, a cifra negra, suas causas e o grau de confiança no Sistema de Justiça Penal junto a estudantes de Direito. Esses eram, apenas, macro-objetivos, pois como destacou a pesquisadora Kátia Duarte, o trabalho primou pelo "total descomprometimento em demonstrar qualquer tese, em corroborar qualquer opinião". A observação da pesquisadora é importante, pois as idéias preconcebidas são perniciosas a qualquer estudo científico. Todos os pesquisadores, entretanto, procuraram ultrapassar os limites do meramente empírico. Tanto isso é verdade, que analisaram os dados recolhidos, à luz de conhecimentos científicos interdisciplinares, que são próprios do Curso de Mestrado em Direito da Cidade da UERJ.[8]

Cada Mestrando apresentou um estudo escrito, conseqüente de diversos seminários. Nesses estudos os Mestrando analisaram um ou vários aspectos dos dados colhidos. Foi desses trabalhos que retiramos os trechos que aparecem aqui entre aspas.

Cumpre dar notícia de que, embora não conste do questionário, os estudantes, como notou a pesquisadora Cíntia de Morais, foram orientados a mencionar, apenas, os crimes de que foram vítimas a partir da data em que ingressaram na Faculdade de Direito, o que permite fixar em dois anos e meio, o período médio de vitimação.

(8) Como ensina Malinowski (obra citada, p. 26), "quanto maior for o número de problemas que (o pesquisador) leve consigo para o trabalho de campo, quanto mais esteja habituado a moldar suas teorias aos fatos e a decidir quão relevantes eles são às suas teorias, tanto mais estará bem equipado para o seu trabalho de pesquisa (...) a capacidade de levantar problemas constitui uma das maiores virtudes do cientista – esses problemas são revelados ao observador através de seus estudos teóricos."

4. Quadro geral de vitimação

Tabela n. 1 – Universo pesquisado:

Número total de estudantes	898	100%
Número de estudantes pesquisados	300	33,40%

Tabela n. 2 – Sexo dos pesquisados:

Alunos do sexo masculino	131	43,67%
Alunos do sexo feminino	169	56,33%

Tabela n. 3 – Idade dos pesquisados:

Alunos com até 20 anos de idade	207	69,00%
Alunos entre 21 e 25 anos de idade	083	27,67%
Alunos entre 26 e 30 anos de idade	006	02,00%
Alunos entre 30 e 35 anos de idade	003	01,00%
Alunos com mais de 35 anos de idade	001	00,33%

Tabela n. 4 – Número de pesquisados vitimados

Alunos vitimados	243	81,00%
Alunos não vitimados	057	19,00%

Tabela n. 5 – Total de crimes sofridos:

Alunos vítimas de 1 crimes	137	56,38%
Alunos vítimas de 2 crimes	058	23,87%
Alunos vítimas de 3 crimes	032	13,17%
Alunos vítimas de mais de 3 crimes	016	6,58%
Total de crimes sofridos pelos 243 alunos vitimados	434	100%

Tabela n. 6 – Crimes sofridos pelos pesquisados

Roubo consumado	234	53,92%
Roubo tentado	30	6,91%
Furto consumado	122	28,11%
Furto tentado	02	0,46%
Extorsão	10	2,30%
Lesão corporal dolosa	07	1,61%
Estelionato	04	0,92%
Invasão de domicílio	04	0,92%
Injúria	04	0,92%
Calúnia	04	0,92%
Dano	04	0,92%
Homicídio doloso tentado	02	0,46%
Difamação	02	0,46%
Constrangimento ilegal	02	0,46%
Atentado violento ao pudor	02	0,46%
Estupro tentado	01	0,23%
Número total de crimes	434	100%

5. Crítica dos dados obtidos

Esses números revelam que o crime para os pesquisadores é uma entidade real, que existe e molesta todas as tramas de uma importante e representativa fração do tecido social. Isso importa dizer que o crime não deve ser visto, apenas, por sua expressão política. Ele deve ser observado como realidade social palpável. No grupo examinado, que representa, verdadeiramente, um corte transversal na sociedade carioca, 81% dos seus componentes já foram violados em sua paz social. Tal percentagem é elevadíssima e ultrapassa os mais generosos índices de tolerabilidade.

Os crimes mais freqüentes foram os contra o patrimônio, pois 60,83% foram roubos: 28,57% furtos, 2,30% extorsões; 0,92% estelionatos e 0,92% danos. Total: 93,54%.

Esse total confirma a inversão de tendência observada na pesquisa de 1991 em relação à de 1964, pois naquela os crimes contra o patrimônio já apresentavam um índice de crescimento muito maior do que o dos crimes de lesão corporal.

Nossa constatação se ajusta aos números obtidos em uma pesquisa nacional de vitimização por amostragem de domicílio realizada pelo IBGE, de outubro de 1987 a setembro de 1988, na qual ficou apurado que 5.974.345 de pessoas declararam ter sido vítimas de furto ou roubo e, apenas, 1.153.300 de outras disseram-se vítimas de lesões corporais dolosas.[9]

O fato de o número de crimes contra o patrimônio, em 1995, ser maior do que o de crimes de lesão corporal, quando há 30 anos atrás estes predominavam, não quer significar que a violência tenha desaparecido ou, pelo menos, diminuído. Ao contrário, podemos dizer que ela aumentou, tendo, apenas, mudado de aparência e, a nosso juízo, para uma forma mais perigosa. Ao repertório da violência caracterizado pelo homicídio e pela lesão corporal foi acrescentada a violência do roubo e da extorsão.

Tanto isso é verdade, que os números até aqui revelados mostram a predominância de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa: homicídio doloso tentado: 2 = 0,46%; lesão corporal dolosa: 7 = 1,61%; roubo: 264 = 60,83%; extorsão: 10 = 2,30%; estupro tentado: 1 = 0,23%; atentado violento ao pudor: 2 = 0,46% e constrangimento ilegal: 2 = 0,46%. Total: 66,35%.

O pesquisador Maurício Mota, estabeleceu uma comparação entre os "dados coletados por Enrico Ferri junto aos indivíduos julgados pelo *criminal proceeding* na Inglaterra/País de Gales em 1895, ou seja, há cem anos atrás" e os resultados do trabalho aqui apresentado. "Das 11.516 pessoas julgadas na Inglaterra/País de Gales em 1895, 8.034 (69,76%) o foram por atentados contra a propriedade e destas, 5.857 (72,9%) cometeram esses atentados sem emprego de violência".[10]

O pesquisador acrescenta que "mesmo ressaltando a incomparabilidade dos dados de *Ferri* (indivíduos de toda a sociedade julgados por tribunais) com os nossos (dados de criminalidade oculta em um segmento social) parece evidente, a escalada nos últimos cem anos das formas mais violentas de criminalidade contra a propriedade, respaldando a conhecida afirmação de *Ferri* de que toda fase histórica tem uma criminalidade que lhe é própria, que esta é mutável no tempo e que a criminalidade própria da sociedade burguesa é a criminalidade do roubo e da fraude".[11] Também o pesquisador Francisco das Neves Baptista, destacou a escalada da criminalidade patrimonial vio-

[9] IBGE: Participação político-social 1988, v. 1, *Justiça e Vitimização*, Rio de Janeiro, 1990.

[10] Enrico Ferri. *La Sociologie Criminelle*; Félix Alcan Editeur, Paris, 1905. Anexo – Mouvement général de la criminalité dans quelques états d'Europe.

[11] Enrico Ferri: op. cit., p. 197.

lenta, pois "a predominância das infrações do gênero vem-se verificando, em toda parte, há mais de um século[12] e suas taxas de crescimento, em países desenvolvidos ou não, nas décadas mais recentes, só têm sido superadas pelas dos ilícitos penais relativos a psicotrópicos".[13]

Tão grande atividade violenta, além do terrível impacto social que causa com o sofrimento individual e a descrença que gera em relação ao Sistema de Justiça Penal, poderá ter como conseqüência a internalização e a banalização da violência, provocando uma reprodução secundária extremamente perigosa.

Tal perigo se torna maior em uma sociedade na qual as causas da criminalidade e as razões da persistência da conduta violenta e incivil são de diversas índoles, predominando as causas sociais, que estimulam as predisposições individuais.

A principal dessas causas é o nosso próprio modelo social e político, que se caracteriza por uma lógica perversamente excludente e concentradora. Daí a crise econômica e a cultura da impunidade, expressão máxima da omissão do Estado.

Sem dúvida, num País onde quase uma terça parte da população vive em estado de pobreza absoluta não se pode esperar um padrão de comportamento semelhante ao de outros povos. Onde há fome e não há: trabalho, educação, habitação, saúde, assistência social, não pode haver disciplina e o crime e a violência passam a representar um papel de reação inconsciente e irracional a esse estado de coisas.[14]

Além disso, o sistema penal se apresenta elitista e seletivo orientando-se, tão-somente em direção aos comportamentos individuais que importam numa contradição às relações de produção,[15] atuando, apenas, contra os mais vulneráveis.[16] O sistema penal, na linguagem figurada de Zaffaroni, é uma espécie de epidemia, que ataca aqueles que têm suas defesas enfraquecidas.

Diante desse modo de ver o mundo, que considera o crime como um "problema real para a maioria das pessoas"[17] é que devemos entender os números até aqui revelados e as suas possíveis conseqüências.

Ademais de tudo isso, a violência primária no Brasil possui fundamentos estruturais, culturais e institucionais. Vejamos.

A violência estrutural é histórica em nossa Pátria. Desde o descobrimento, com as lutas contra os índios[18] e, depois contra os invasores, marcamos nossa memória com atos de violência.

Mais tarde, com a economia baseada na mão-de-obra escrava estabelecemos uma forma de vida, organizada sobre a idéia da violência.

Atualmente, o modelo econômico estruturaliza, também, a violência. Como

(12) "Uma análise detalhada da estatística mostra que, em toda parte, é a propriedade que tem sido a menos respeitada e a cupidez que tem sido o móvel mais poderoso". Edmond Picard, N. D'Hoffschmidt et alli, verb. "Criminalité", in *Pandectes Belges (Encyclopédie de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence Belges)*, Bruxelas F. Larcier, 1888, t. XXVII, p. 1.027.

(13) Nações Unidas: Tendences de la Criminalité et Fonctionnement de la Justice Pénale aux Niveaux Régional et Interrégional, Nova Iorque; ONU, 1993, p. 5-6 e 32.

(14) João Marcello de Araujo Junior. *Os Grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo – aspectos*; em "Sistema Penal para o Terceiro Milênio", 2.ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 76.

(15) Alessandro Baratta. *Criminologia Crítica y Política Criminal Alternativa*, em "Revue Internationale de Droit Pénal", n. 45, I, 1978, p. 43.

(16) Eugenio Raúl Zaffaroni. *El sistema penal en los paises de América Latina*, em João Marcello de Araujo Junior (org.) "Sistema Penal para o Terceiro Milênio", 2.ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 222.

(17) Jock Young. *I fallimento della Criminologia*: per un realismo radicale; em "Dei Delitti e delle Pene", IV, 3, 1986, p. 387 *et seq.*

(18) Sobre o tema veja-se Darcy Ribeiro. *O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*; São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

se sabe, a economia de mercado é, em si mesma, um exercício de luta no qual a violência é elementar. A competitividade não conhece limites, assim como a conquista de mercados e a eliminação da concorrência possuem características de verdadeira guerra, na qual os fins justificam os meios. Daí extorsões, *dumping*, corrupção, espionagem, eliminação física de concorrentes e, até mesmo, atividade de tipo mafioso.

Há alguns aspectos culturais, que são, também, de índole violenta.

No Brasil, por contaminação dos princípios que os puritanos introduziram nos Estados Unidos da América do Norte, o êxito é a forma mais aceita de seleção social. Os puritanos pensavam que Deus teria eleito os justos, e a idéia de sucesso na vida, nos negócios, nas empresas, seria o sinal exterior desse favor divino. Formou-se, a partir daí a chamada moral do êxito. Este justifica as ações, limpando-as de qualquer mácula. Assim, se para chegar-se ao sucesso for necessário o emprego de alguma forma de violência, esta estará justificada, desde que o sucesso, realmente, seja alcançado.[19]

Em nível cultural, acrescente-se ainda, o apelo existente em nossa sociedade à abundância e ao consumismo, embora a abundância e a capacidade de consumo não alcancem a todos os indivíduos. Desse fato decorre o profundo desajuste existente entre as metas que a estrutura cultural propõe às pessoas e os canais de acesso a tais metas. A estrutura social oferece oportunidades diferentes para o alcance das metas culturais, com uma desigual distribuição das ocasiões de servir-se dos meios legítimos para chegar a tais fins. Isso é conseqüência da estratificação social. Nessas condições, existirão sempre indivíduos excluídos dessa possibilidade, os quais se sentirão impelidos a constituir entre si subculturas criminais. Essas subculturas acreditarão na possibilidade de alcançar as metas propostas pela cultura oficial, mediante o emprego de meios ilícitos.[20]

A violência primária se complementa por seu aspecto institucional.

O Estado brasileiro, em diversas ocasiões de totalitarismo político, serviu-se de doutrinas que autorizavam o emprego da violência contra o chamado "inimigo interno". A ideologia da segurança nacional, de tão triste memória, presta-se, perfeitamente, a servir de exemplo daquilo que afirmamos.

Essas doutrinas deixaram profundas raízes que continuam a produzir efeitos mesmo depois de cessadas as circunstâncias que as determinaram. Delas decorrem: a violência policial na repressão do crime comum e a formação dos famigerados grupos de extermínio. A nossa polícia foi estruturada para atuar como agente da proteção do Estado e garantia da classe social hegemônica, através da contenção dos excluídos. Para tais fins a violência é um componente indispensável.

Toda essa violência primária é transmitida aos indivíduos que a internalizam e passam a conviver com ela indiferentemente, em verdadeiro sinal de aceitação. Aceitando-a, o homem a incorpora ao seu repertório comportamental, passando a reproduzi-la, em nível secundário (individual). É o que chamamos violência secundária.

Essa terrível internalização da violência, de certa forma, se expressa através da resposta individual ao comportamento vitimador.

6. A cifra negra da criminalidade

Denomina-se "cifra negra", "chiffre noir" ou "dark namber", da criminalida-

(19) Candido Conde-Pumpido Ferreiro. *Violencia Social y Seguridad Ciudadana*; em "Poder Judicial", número especial VIII, Madrid, 1990, p. 97.

(20) Roberto Bergalli. *Criminologia del White-Collar Crime*: forma-estado y proceso de concentración económica; em "Estudios Penales y Criminológicos", Universidade de Santiago de Compostela, vol. III, Santiago de Compostela, 1984, p. 38.

de, a diferença entre o número total de crimes cometidos em um determinado período e a criminalidade oficialmente detectada através das estatísticas policiais e judiciais.

Como todos os especialistas sabem, as estatísticas criminais são extremamente frágeis e, por isso, as investigações científicas nelas baseadas, de regra, são alvo de severas críticas e vistas com reservas. Tal situação já havia sido denunciada pelos precursores, Quételet e Guerry. Entretanto, a Criminologia, durante muito tempo, concentrou seus estudos nos dados estatísticos relativos aos delinqüentes condenados e nas questões penalógicas relativas a esse grupo de indivíduos. A chamada Criminologia Positivista sempre trabalhou com os números assim obtidos, sem preocupar-se com a investigação sobre a incidência real da criminalidade.

A Criminologia Positivista trabalhava com um conceito de crime oriundo da lei e não questionava o sistema penal. Por isso, o seu universo de investigação limitava-se ao "mundinho dos criminosos condenados", ou seja, aos que se encontravam nos cárceres. O que se passava fora desse pequeno conjunto de indivíduos não lhe interessava.

Foi somente a partir da década de 1930, graças aos primeiros movimentos criminológicos vinculados à sociologia, que a investigação passou a se preocupar com o estudo do comportamento das pessoas, que embora vítimas de crimes, deixavam de comunicá-los às autoridades encarregadas da repressão.

Datam, também, desse período as primeiras pesquisas acerca do comportamento das autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei penal. Surge, assim, o estudo da cifra negra da criminalidade.

Tais investigações, inicialmente, destinavam-se, simplesmente, a verificar a exatidão ou não das estatísticas policiais e judiciais, com o objetivo de determinar qual dessas duas fontes era a mais precisa e, por isso, prestar-se-ia melhor a servir como elemento de avaliação da criminalidade.

Esses trabalhos, que, obviamente possuíam um horizonte muito estreito, ao contrário de atingir os fins a que se destinavam, serviram, apenas, para demonstrar a imprestabilidade dos dados oficiais e, com isso, a necessidade do conhecimento da vitimação não declarada.

A falibilidade dos dados estatísticos criminais oficiais, sejam eles oriundos da polícia ou do Poder Judiciário é fruto de quatro motivos principais, a saber:

a) os ilícitos penais cometidos ou não são levados ao conhecimento da polícia, ou não são por esta registrados;

b) embora comunicados e registrados, a polícia não logra identificar os autores da infração;

c) a despeito de comunicada e registrada a infração e de identificado o seu autor, a ação penal, por um motivo, não importa qual não é proposta ou a pretensão punitiva é julgada improcedente;

d) embora condenado o autor de um ilícito penal, as instâncias formais de controle social não logram conhecer todos os demais ilícitos por ele cometidos.

Além desses motivos, a estrutura do Sistema de Justiça Penal conduz à falibilidade, pois ele funciona de forma fragmentária, elitista e seletiva, fazendo recair a clava forte, apenas, como afirma Zaffaroni,[21] sobre os mais vulneráveis.

Em face da infidelidade das estatísticas oficiais de crimes e da necessidade da medição da criminalidade, as pesquisas se voltaram para a avaliação da cifra negra e, desde logo, dois pontos mostraram-se de fundamental importância:

a) o conhecimento da taxa mais aproximada possível dessa cifra negra, a fim de

(21) Eugenio Raúl Zaffaroni. *El sistema penal en los paises de América Latina*; in João Marcello de Araujo Junior (org.): Sistema Penal para o Terceiro Milênio, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 222.

que possa ser estabelecida a chamada "margem de tolerância da criminalidade", e

b) o conhecimento dos motivos que levam as vítimas e outras pessoas a deixar de comunicar às autoridades os ilícitos penais que sofreram ou de que tomaram conhecimento.

Os trabalhos até hoje levados a efeito para a identificação dos fatores que conduzem à conduta referida na letra "b", supra, revelaram que as pessoas não comunicam os crimes à polícia, pelos seguintes motivos:

a) desinteresse na comunicação da infração, por ignorância quanto ao conteúdo do ilícito, ou por serem, de alguma forma, também responsáveis por ele. É o caso do aborto e de alguns crimes contra os costumes;

b) por considerarem as vítimas, que o bem jurídico é de tão pequena monta, que se torna desnecessária a sua delação. É o caso dos pequenos furtos domésticos;

c) em razão das relações entre o sujeito ativo e o sujeito passivo da relação criminal. Serve, também, aqui como exemplo, a criminalidade doméstica;

d) considerações de comodidade ou puramente econômicas. É o que acontece quando as vítimas não querem se sujeitar aos incômodos do processo e, por isso preferem arcar com os ônus do silêncio. É, também, a hipótese de quem considera o ressarcimento do dano pouco compensador em relação às despesas necessárias ao recebimento da reparação;

e) em razão de determinadas condições pessoais das vítimas, que com a delação estarão exposta a conseqüências desagradáveis, tais como a revelação das circunstâncias em que o crime foi cometido. É o que acontece, por exemplo, com indivíduos que não querem revelar sua homossexualidade e, por isso, preferem silenciar os crimes de que foram vítimas em razão dessa condição;

f) por motivos sentimentais ou afetivos em relação ao criminoso;

g) por entenderem as vítimas que a reação social contra o delinqüente é excessiva ou desproporcional ao agravo por elas sofridos. É o caso de certos crimes punidos com penas muito elevadas ou em que a ação penal é pública e as vítimas desejam, apenas, uma reprimenda ao agressor, que não importe em conseqüências penitenciárias;

h) por preferirem as vítimas fazer justiça pelas próprias mãos. É o que acontece quando as vítimas são, também, delinqüentes, reais ou potenciais;

i) por suporem as vítimas, que a infração é tão insignificante, que a polícia não teria interesse na sua apuração e, por isso, não passaria de mera perda de tempo a comunicação da ocorrência;

j) por temerem as vítimas que, em razão da falta de provas ou de argumentos convincentes, não poder demonstrar a veracidade de suas afirmações ou a culpa do indigitado autor e, por isso, possam vir a sofrer represálias;

l) por não desejarem as vítimas imiscuir a polícia na solução dos seus conflitos;

m) por preferirem as vítimas entregar a terceiros a solução dos seus conflitos; e

n) – por não confiarem no Sistema de Justiça Penal do Estado.

Além dos fatores que acabamos de enunciar, relativos às vítimas e às testemunhas, há, ainda, outros, que dizem respeito aos próprios organismos encarregados da apuração dos crimes e da imposição de sanções. Dentre estes fatores, destacam-se a corrupção e o desinteresse dos funcionários públicos no registro e apuração das infrações criminais. Além disso, como já dissemos, o próprio Sistema de Justiça Penal contribui para a elevação da cifra negra, por se injusto e seletivo, uma vez que atua preferentemente sobre as classes sociais mais débeis, deixando à margem dos procedimentos de criminalização os delitos praticados pelos membros das classes hegemônicas.

A existência de uma elevada cifra negra, ademais de revelar, como pontual-

mente observou o pesquisador Guilherme Calmon, "a ineficácia da prevenção criminal, já que a cominação das sanções no âmbito penal para a prática de determinadas condutas consideradas delituosas não vem cumprindo a sua função, qual seja, a intimidação", pode contribuir para o aumento da criminalidade em razão do sentimento de impunidade que faz gerar. A cifra negra está, assim, ligada, também, ao tema da etiologia da criminalidade contemporânea. Tal possibilidade, entretanto, não quer significar que, se os fatos que ficam ocultos fossem punidos, isso iria determinar a redução da criminalidade. O pesquisador Francisco das Neves Baptista chama a atenção para isso, pois "jamais se provou, em parte alguma, que a repressão fosse eficaz redutora da criminalidade. Fato é, porém, historicamente demonstrável, que a expansão das atividades delinqüenciais têm sido, sempre, antecedida de ou concomitante com um recuo da repressão (seja por falta de meios, seja por ação corruptiva das lideranças criminosas)".[22]

A pesquisa ora relatada procurou medir, diretamente, a cifra negra num determinado segmento da sociedade carioca. Através dessa investigação de campo, buscou-se conhecer e quantificar a delinqüência oculta e, também, a sua natureza.

Em trabalhos desse tipo, duas técnicas de pesquisa têm sido as principalmente usadas: a confissão dos criminosos ocultos e as informações das vítimas.

Ambos os métodos não estão isentos de críticas, porque, de certa forma, sofrem dos mesmos males que as estatísticas oficiais. Argumenta-se, que os resultados obtidos através de questionários, nos quais os criminosos ocultos "confessam" os delitos que praticaram, não são dignos de fé, uma vez que o investigador não dispõe de meios para conferir a autenticidade de tais "confissões". O mesmo argumento é usado em relação às apurações feitas através das vítimas.

A despeito da imperfeição desses métodos, eles são de extrema utilidade, uma vez que refletem um resultado muito mais próximo da realidade, do que o constante das estatísticas oficiais. As informações das vítimas permitem o estabelecimento de uma estatística criminal nos moldes daquela reclamada por Sellin e Wolfgang.[23] Ademais, modernos cálculos matemáticos permitem estabelecer índices de erro, que fazem com que essas informações se mostrem bastante confiáveis.

As pesquisas de vitimação apresentam melhores resultados do que aquelas baseadas, apenas, nas "confissões" dos criminosos ocultos. Daí nossa preferência por esse método.

A constatação da cifra negra tem permitido uma reavaliação de certos conceitos tradicionais. Através dela podemos, de certa forma, estabelecer uma relação entre situação social e delinqüência, assim, como, relacionar as chamadas "ocasiões criminógenas" com a denominada "subcultura criminal". Além disso, o exame da cifra negra permite avaliar a criminalidade das classes sociais mais

(22) Exemplares, nesse particular, o crescimento da Máfia siciliana e seu ulterior desdobramento nos Estados Unidos, a partir da Proibição (cf. R. Salerno e J.S. Tompkins, *The Crime Confederation*, Nova Iorque: Doubleday, 1969, p. 275-282), a carreira de Al Capone em Chicago (cf. Bill Severn, *The End of the Roaring Twenties: Prohibition and Repeal*. Nova Iorque: J. Messner, 1969, p. 144-145) e, entre nós, a organização dos *bicheiros*: a prévia cooptação de agentes policiais assegurou, em todos os casos, a consolidação do poder dos chefes criminosos.

(23) Thorsten Sellin e Marvin E. Wolfgang. *Constructing an index of delinquency, A Manual*; Filadélfia, 1963. Veja-se recensão na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, ano II (nova fase), n. 5, abr./jun., 1964, Rio de Janeiro, p. 116.

elevadas, bem como, observar a tendência de certos movimentos sociais.

Foi possível, através da análise da cifra negra, verificar que a delinqüência na classe média é quase tão grande quanto à das classes sociais menos favorecidas e que a grande maioria dos jovens não comete crimes graves.

Ademais de tudo isso, pelo estudo da cifra negra é possível o estabelecimento de políticas sociais eficazes e, especialmente, de uma política criminal mais ajustada à realidade. É através do exame e interpretação da cifra negra, que será possível estabelecer-se a chamada "margem de tolerância criminal" e a definição de seus limites.

O estabelecimento de uma eficaz política criminal dependerá, fundamentalmente, de saber-se, com a exatidão possível, quais os níveis em que o crime poderá ser tolerado em uma determinada sociedade, pois em verdade, o que faz variar a atitude do Estado em relação ao crime e o criminoso é menos o caráter intrínseco do ato criminoso, do que a sua tolerabilidade social.

Cumpre dizer ainda, que o estudo da criminalidade oculta, serve também, como instrumento de medida da eficiência dos serviços destinados a exercer o controle social em matéria criminal.

De fato, o grau de eficiência do Sistema de Justiça Penal, poderá ser aferido não só pelas comparações estatísticas entre a criminalidade oficial e os índices da cifra negra, mas, também, através de um desdobramento dessas comparações, ou seja, através da chamada "cifra cinzenta" da criminalidade. Esta é composto pelo número de indivíduos que, embora acusados da prática de um ato criminoso, não chegam a ter contra si o registro de uma condenação. É evidente, que nessa "cifra cinzenta", não estão incluídos aqueles em relação aos quais, após processo regular, ficou demonstrado à saciedade, a improcedência da acusação e, por isso, foram absolvidos. Queremos nos referir àqueles que lograram escapar à condenação por questões meramente formais, àqueles que não foram condenados por insuficiência de provas, pelo implemento da prescrição ou por outras situações do mesmo gênero. A "cifra cinzenta", portanto, nos permite medir a eficiência dos órgãos de execução do Sistema de Justiça Penal do Estado.

Vejamos agora se toda essa construção teórica encontra alguma confirmação nos números apurados em nossa pesquisa.

7. Quadro geral da cifra negra

Vejamos o que ficou apurado na pesquisa de que estamos tratando, relativamente à "cifra negra":

Tabela n. 7 – Número de alunos que comunicaram ou não à autoridade os crimes de que foram vítimas:

Total de alunos vitimados	243	100%
Alunos que comunicaram o crime	63	25,93%
Alunos que não comunicaram o crime	180	74,07%

Tabela n. 8 – Motivos pelos quais os 180 alunos mencionados na Tabela n. 7 não comunicaram os crimes de que foram vítimas:

"Não iria dar em nada"	121	67,22%
"A comunicação não traria o bem de volta"	28	15,55%
"Por medo de represálias"	05	2,72%
"Por ser o bem de pequeno valor"	04	2,22%
"Não saber como comunicar"	02	1,11%

Constatamos uma elevadíssima cifra negra da criminalidade, que confirma, pelo menos em parte, a elaboração teórica antes apresentada.

Os números encontrados, além disso, são muito próximos daqueles que foram apurados pelo IBGE quando realizou uma Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios.

O IBGE apurou que, no período de outubro de 1987 a setembro de 1988,[24] das quase 6 milhões de pessoas vitimizadas, apenas, pelos crimes de roubo e furto, somente 31,7% recorreram à polícia, o que significa uma cifra negra de, praticamente, 68%. Nós apuramos 74,07%.

Os motivos confessados do "dark number" apurado pelo IBGE revelam que a população não acredita na possibilidade de fazer valer os seus direitos da cidadania. A pesquisa do IBGE revelou, que 27,8% daqueles que não levaram o crime ao conhecimento da polícia, assim agiram por não acreditarem nela e 9,4% por não desejarem vê-la envolvida nos seus conflitos. Por outro lado, 1,5% desses vitimizados ocultos preferiram socorrer-se dos serviços de terceiros; 5,9% resolveram sozinhos a situação conflituosa e 3,8% não foram à polícia por medo de represálias.

Tabela n. 9 – Dados comparativos:

Motivo	IBGE	UERJ
Percentagem de não comunicação	68,3%	74,7%
Não confiar no Sistema de Justiça	44,6%	67,2%
Medo de represálias	3,8%	2,7%

Nossos números são, também, muito parecidos com aqueles obtidos por Rodriguez Manzanera, quando pesquisou cerca de 3.000 pessoas na cidade de Jalapa, no Estado de Vera Cruz, no México. A metade das pessoas entrevistadas sofrera crimes no ano imediatamente anterior à pesquisa do Professor mexicano. Destas, somente pouco mais de uma quinta parte denunciou o crime à autoridade. Daqueles que não comunicaram o crime de que foram vítimas, 45% dizeram que assim agiram porque comunicar o fato à polícia seria "perda de tempo"; 26% porque "não valia a pena"; 11% por medo de represálias e 8% por "vergonha da investigação".[25]

Essa quase coincidência de resultados nos dá uma relativa tranqüilidade quanto à qualidade dos dados com os quais trabalhamos. E nos permite concluir que o fenômeno constatado se ajusta à realidade brasileira e poderá servir como elemento valioso para investigações e conclusões futuras.

Disso tudo, resultam final e parcialmente, pois a pesquisa não está terminada, ao contrário, está apenas começando, as seguintes préconclusões:

a) os estudantes de Direito da UERJ parecem não confiar no Sistema de Justiça Penal, com o qual irão trabalhar depois de formados;

b) os estudantes de Direito da UERJ parecem estar inseguros em relação à sua paz social, o que importa em rebaixamento do nível de qualidade de vida, com reflexos negativos em seus estudos;

c) a vitimação secundária, ou seja, a dupla vitimação pelo medo de represálias, já atinge a elevado número de estudantes de Direito da UERJ;

d) existe a possibilidade de uma grande internalização da violência, pois um

(24) "IBGE: Participação Político-Social 1988", v. 1, *Justiça e Vitimização*, Rio de Janeiro, 1990.

(25) Luis Rodriguez Manzanera: op. e local cit.

grupo muito jovem de indivíduos sofreu um número muito grande de crimes, em um pequeno intervalo de tempo.

Em síntese, de tudo quanto ficou dito, resulta em que a violência e a criminalidade, acabam por produzir no indivíduo uma tríplice violação ao seu direito de cidadania. Em primeiro lugar, pela quebra da paz pública, ou seja, pela lesão à garantia individual de não se ver molestado em seus direitos; em segundo lugar, pelo fato de fazer com que o indivíduo perca a confiança na função protetora e pacificadora das agências do Sistema de Justiça Penal; e, em terceiro lugar, por colocar o cidadão na condição de "indivíduo em perigo" (esta é uma categoria nova, com amplas possibilidades no plano teórico), isto é, numa posição de risco, naquela de vir, ele indivíduo vitimado, a se transformar em criminoso. É a hipótese do vitimado que se torna vitimador, por reproduzir a violência sofrida.

Eis aqui, apenas, alguns elementos preliminares que lançamos à consideração dos especialistas brasileiros, que certamente os desenvolverão.

Queremos, ao final deste estudo, deixar consignado o nosso louvor aos Mestrandos que participaram da pesquisa, pela qualidade do trabalho realizado, pela dedicação com que o desenvolveram e pelo extraordinário esforço feito, pois, em apenas um semestre letivo e sem prejuízo das demais disciplinas do Curso, lograram reunir material e articular críticas que permitiram ao Coordenador da Pesquisa a elaboração deste produto.

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

VITIMOLOGIA E CRIME ORGANIZADO

LUIZ CARLOS RODRIGUES DUARTE

Em termos de criminalidade, a maior preocupação universal contemporânea centra-se na figura jurídico-penal do *crime organizado*. Tanto a Organização das Nações Unidas quanto a Associação Internacional de Direito Penal, revelam-se atordoadas no trato desta *quaestio* porque constatam a impotência dos mecanismos estatais de reação anticriminal no combate à criminalidade organizada.

Essa ineficiência advém da mudança do paradigma até então consagrado em meio às Ciências Criminais. O Direito Penal assentou-se num paradigma essencialmente dogmático, fez-se "rei" do cientificismo criminal e fixou módulos de prevenção e de repressão à criminalidade com os quais pretendeu manter sob controle as práticas ilícitas em todas as latitudes mundiais.

Absoluto, o Direito Penal fez-se egoísta a ponto de rejeitar o avanço de todas as concepções que, de algum modo, pudessem empanar-lhe a luminosidade. Seu exclusivismo criou a locução "ciências auxiliares" a fim de evidenciar o caráter supletivo, acessório e secundário de quaisquer estudos que conduzissem a uma concorrência científica, destronando-o do pedestal hegemônico onde sempre esteve plantado. A Criminologia sofreu e sofre os rigores do modelo jus-dogmático liderado pelo Direito Penal tendo, a cada passo, seu avanço obstruído pela ação de um Direito Penal ideologizado a partir de uma função de manutenção dos privilégios das classes dominantes quando, no sonho de Johannes Wessels,[1] sua tarefa consistiria em proteger bens jurídicos e garantir a paz social. A Criminologia só não sucumbiu diante dessas tentações por causa do possante poder de sua metodologia experimental e, assim, perenemente identificada com a realidade da criatura humana.

O surgimento da empresa criminosa desfere vigoroso golpe nas concepções até então assumidas pelo Direito Penal, até porque faz-se totalmente irrelevante e risível ao crime organizado o desenvolvimento de qualquer projeto de preventividade. A criação de quaisquer instrumentos de prevenção ao crime organizado fica na estrita dependência de profundas alterações na própria estrutura da sociedade, através de mutações comportamentais dos humanos e da instalação de uma mundividência disposta a revolucionar a própria escala de valores professada pelos indivíduos que a integram. Somente apalpando um mundo utópico, à moda de Platão, poder-se-á conquistar semelhante *status* fazendo com que o homem renuncie a esse desafio imposto pela dinâmica do cotidiano injusto em que é fervido.

Debochando de quaisquer aparatos preventivos, o crime organizado aposta na impunidade e, através de seus processos peculiares, neutraliza a ação estatal de natureza repressiva. Trata-se de sua única preocupação funcional a descober-

(1) WESSELS, Johannes – *Direito Penal. Parte Geral.* Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976.

ta de métodos sapientes para garantir um mínimo de punibilidade através de um máximo de eficácia de ações ilícitas.

Como o policial que conduz um veículo Volkswagen sedan em perseguição a um delinqüente que foge pilotando eximiamente uma Mercedes-Benz, o crime organizado posiciona-se milhares de anos-luz à frente do Estado-repressão. Nessa ingenuidade, os criminalistas caminham em direção ao Terceiro Milênio como um cego que acredita na longa planície e, repentinamente, seu passeio é interrompido pela sua projeção no penhasco, que o destrói.

Aferrados a uma Dogmática agonizante, os penalistas debruçam-se calidamente em estabelecer as semelhanças e as distinções entre *crime organizado* e o tipo penal *quadrilha ou bando* previsto no art. 288 do CP. Nessa prática, fogem do exame da essência, deixando de lado as investigações fundamentais sobre a conceitualidade, os fundamentos e os pressupostos da criminalidade organizada. É impossível combater eficazmente aquilo que se desconhece, e só nesta constatação fica demonstrada a larga vantagem que a empresa criminosa impõe às estruturas sociais. Estudos específicos realizados pela cadeira de Criminologia do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, neste ano de 1996, mostraram, por exemplo, que na relação entre o crime organizado e a delinqüência juvenil, a criança ou o adolescente funciona como instrumento da ação delituosa sendo, assim, mera vítima dessa espécie de criminalidade. Outro dado relevante investigado acena para a inexistência de criminalidade organizada sob o domínio das camadas sociais miserabilizadas, dada a ausência de potencial econômico e a carência na formação cultural desses mosaicos sociais. Tais construções escapam ao Dogmatismo Penal que, por isso, perde terreno em sua tentativa de evolução científica.

Contudo, o *mea culpa* não se restringe aos penalistas. Há um oceano de criminólogos – principalmente os profetas de vertentes conflitivistas – que cruzam os braços diante dos avanços do crime organizado e, numa evidente omissividade, cooperam com o titubear científico nessa matéria, aderindo ao "quanto-pior, melhor" e apostando em que o "circo pegue fogo".

Na criminalidade organizada, a grande vítima é a *sociedade desorganizada*. A harmonia social é atingida de forma direta, aguda e imediata porque é violada a *segurança individual*, enquanto direito-garantia constitucionalmente consagrado. Apesar desta evidência, não existem estudos vitimológicos consistentes e as tênues pesquisas que são produzidas nessa área não possuem força acadêmica sequer para funcionar como instrumentos de denúncia perante a comunidade vitimada.

Em se tratando de crime organizado, a sociedade é duplamente agredida. Em primeiro lugar, é ofendida pela ação nefasta da organização criminosa e, em segundo lugar, é vítima do próprio agir artificial do Estado que, incompetente e inoperante para evitar ou punir o crime organizado, ilude a sociedade com soluções enganosas que ardilosamente cria no afã de gerar uma imagem de eficiência funcional na *persecutio* desses criminosos. E a mídia, em geral, acoberta e colabora com toda essa hipocrisia oficial.

A criminalidade tradicional não oferece dificuldades às agências estatais de repressão. Havido o assalto a banco praticado por um grupo de criminosos, todo o problema policial restringe-se à captura de um dos agentes. Preso, o assaltante "dá o serviço" frente à ação ortodoxa ou nem tanto, desenvolvida pelos agentes de autoridade policial: revela os pormenores do ajuste, o desempenho da ação criminosa individualizando condutas,

identifica os comparsas, localiza a *res furtiva* etc., e o crime fica cabalmente esclarecido perante a opinião social.

Na criminalidade organizada tudo é diferente. A começar pela construção piramidal em que a empresa criminosa é edificada. No topo da pirâmide encontram-se os todo-poderosos mandantes que jamais são molestados, simplesmente porque desconhecidos, anônimos ou "cidadãos acima de quaisquer suspeitas". Em degrau distinto, situam-se os cérebros da organização, que representam um percentual de quase cinqüenta por cento das atividades empresariais, porquanto desses planejadores exigem-se dotes excepcionais de inteligência, contração ao trabalho, discrição laboral e uma aguçada lógica indutiva capacitada a prever um universo de hipóteses e suas soluções correspondentes. No último degrau da pirâmide estão os executores que se constituem no braço armado da entidade e, na maioria das vezes, são delinqüentes contumazes, plurireincidentes e que, no jargão penitenciário, são classificados como "cadeeiros" segundo o feliz achado de Augusto Thompson.[2] Funcionam como "iscas" em relação à repressão policial porque ajudam os aparelhos estatais perante as exigências da opinião pública, já que, presos, dão a falsa noção de que o crime está plenamente esclarecido, obrigando os órgãos oficiais à criação de fatos, ajustes de circunstâncias, artificialização de condições ambientais etc., a fim de produzir uma falsa versão fática que possa travestir-se de crível diante da sociedade revoltada. Mais uma vez, os órgãos de comunicação social prestam-se à sanha estatal encarregada do engodo produzido contra a sociedade debilitada.

Nesse quadro, a criminalidade organizada mantém-se intangível. Cada patamar da pirâmide empresarial só toma conhecimento daqueles fatos que necessita saber para desenvolver sua parte na organização. A difusão de informações sobre a empresa criminosa é limitada àquelas notícias imprescindíveis ao desempenho específico de cada célula criminosa, e nada mais. Ao capturar um "dormente", o agir investigatório estatal frustra-se com a absoluta impossibilidade de avançar em direção à descoberta dos fatos nucleares praticados pela organização criminosa. A prisão de um executor só favorece à criação de um estelionato social, de parte do Estado-repressão.

O crime organizado nasce através de uma instituição sólida, eficiente e, sobretudo, moldada em padrões de permanência organizacional e de longevidade estrutural. A empresa criminosa surge para ficar e os raros reveses que pode acumular são absorvidos e superados de modo inteligente, sem deixar quaisquer seqüelas. Essa estabilidade associativa amedronta a sociedade despida de padrões capazes de unificá-la no intuito de enfrentar o monstro da criminalidade organizada.

A empresa criminosa é fantástica. O planejamento cartesiano de suas ações, calculado nos seus detalhes milimétricos, é capaz de causar inveja aos mais requintados padrões empresariais *yankees* ou japoneses. A projetividade das ações ilícitas a desenvolver garante-lhe o sucesso do empreendimento, que funciona como se fora um "relógio suíço". O êxito dessa organicidade supera quaisquer esforços estatais de ordem repressiva e, atônita, a sociedade suporta calada os resultados lesivos desses padecimentos, despida de quaisquer mecanismos de proteção ou de resistência.

A empresa criminosa assume dupla personalidade. Externamente, exibe-se como entidade filantrópica, benemerente ou caritativa, desenvolvendo largos esquemas de solidariedade humana através da oferenda e da consecução de atividades lícitas e fraternas que consistem em

(2) THOMPSON, Augusto – *A Questão Penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 2.ª ed., 1980.

prestações sociais de indiscutível valor comunitário. Este rótulo garante-lhe o desenvolvimento de sua atividade essencial, de cunho interno, apoiada na sua finalidade matriz: a prática de ilícitos penais. A roupagem de fraternidade que ostenta encobre seu autêntico objeto e serve como instrumento de estonteamento da estrutural social, gerando incredulidade em meio à sociedade ultrajada que, simplesmente, não lhe credita nenhuma hediondez.

A criminalidade organizada utiliza os mais sofisticados recursos conquistados pela Revolução Tecnológica e pela Cibernética. Seus sucessos pressupõem a permanente modernização de seu parque instrumental e sua metodologia exige a utilização de equipamentos dotados de alta tecnologia e denso conteúdo de cientificidade. Há quem sustente que, no terreno do aperfeiçoamento tecnológico, as incríveis descobertas do homem cibernético muito devem à inteligente ação dos empreendimentos criminosos que navegam num mar de liberdade ilimitada, propiciando a criatividade sem balizas. É que, enquanto vítima, a sociedade circula em meio a barreiras éticas intransponíveis, sem dar-se conta de que o crime organizado utiliza-se da liberdade absoluta, despido de quaisquer condicionamentos de natureza moral. Esta disparidade comportamental assinala a franca vantagem em prol da criminalidade organizada funcionando, inclusive, como módulo de inibição social. As contestações às figuras da delação premiada, da ação controlada, do flagrante retardado, do juiz inquisidor, da infiltração de agentes, da escuta telefônica, da identidade cambiada etc. são exemplos da gama de freios éticos a que a sociedade está submetida. Enquanto isso, o crime organizado desenvolve práticas revolucionárias como, por exemplo, os crimes de computadores os quais, na sociedade latino-americana, ainda são tidos como entes imaginários ou fantasmagóricos.

Em termos vitimológicos, é de suma importância a análise do conteúdo ético ao qual está subordinada a sociedade. O advento e a progressão da criminalidade organizada exige-lhe a adoção de medidas de índole repressora que consistem na quebra desse paradigma ético professado, obrigando-a à providências normativas de alta e discutível indagação ético-jurídica. Nesse vácuo social, penetram os Movimentos de Lei e de Ordem com todos os seus potenciais fascistóides, desfraldando a parda bandeira medieval do Direito Penal do Terror. E, nessa marcha, a vitimização atinge a própria *Democracia*, enquanto instituição reitora do Estado de Direito. As figuras mencionadas no parágrafo precedente são imagens nítidas de um Estado policialesco que despreza os direitos fundamentais da criatura humana. Nele, o exercício democrático é retórico, sintomatizando um discurso político do crime ao sabor da mais contraditória demagogia panfletária.

Logo, além de violentar a sociedade de forma aguda, a criminalidade organizada também vitimiza a sua substância dinâmica: a Democracia.

Noutro ângulo, desde os clássicos, a palavra mais importante no mundo do Direito sempre foi o conceito *relação*, no sentido de vínculo, ligação, referencial, elo ou liame. O Direito nada mais é do que uma relação que se estabelece entre dois ou mais pólos sociais, debaixo de certos predicamentos normativos. Canelutti ousou garantir que não existe Direito sem haver relação, todavia, o relacionamento jurídico pode ser de aproximação (João casou com Maria) ou de separação, afastamento (João matou Maria).[3]

O crime organizado usa e abusa dessas concepções. Para ele, o conceito *relação* assume o designativo *conexão* e se cons-

[3] CARNELUTTI, Francesco – *Derecho Procesal Civil y Penal*. Buenos Aires: Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

titui num potente instrumento de intercâmbio interno e externo inserido na sua mecânica estrutural.

No âmbito interno, o crime organizado manipula com amplos setores institucionais a partir da cooptação de órgãos do Poder Público de modo a neutralizar qualquer ação estatal reclamada pela sociedade no intuito de reprimir a criminalidade organizada. A corrupção de setores dentre os entes estatais caracteriza um dos mais reforçados métodos da ação do crime organizado a ponto de, quase à unanimidade, os grandes escândalos estatais (quer sejam econômicos ou não) caducarem na impunidade porque, além de bem valer-se do bálsamo representado pelo passar do tempo, a criminalidade organizada faz-se aliada a influentes camadas do oficialismo que agem, por comissão ou por omissão, como autênticos censores das práticas investigatórias imperiosas ao esclarecimento dos fatos. O comprometimento de agentes públicos de todos os níveis com o crime organizado conduz à noção de brutal traição à sociedade, já enfraquecida pelo ultraje que lhe é imposto pela empresa criminosa.

São sobejamente curiosas as relações que se estabelecem entre o crime organizado e a estrutura do poder estatal. Diferentemente das organizações político-partidárias, a criminalidade organizada não objetiva a conquista do poder do Estado. Além disso, nem sequer contempla a hipótese de conspiração com o desiderato de assaltá-lo. Sua estratégia sinaliza para o domínio desse poder, porém, mantendo-se à sombra da entidade estatal e, subrepticiamente, impondo-lhe uma influência vertical e decisiva. Essa vocação à clandestinidade garante à empresa criminosa mansa e ampla liberdade para atingir seus propósitos ilícitos, enquanto o poder estatal passa a ser direcionado por fantoches, testas-de-ferro ou inocentes úteis àquelas finalidades tão incógnitas quanto recônditas. Na sua ótica, o crime organizado vale-se da organização oficial como um *meio*, divorciado de qualquer preocupação *finalística* em relação ao mesmo, mas na absoluta contramão do interesse público. Por vezes, a perda de isenção de agentes políticos dá-se antes da própria sagração eleitoral a que serão submetidos, mediante generosos "auxílios" às milionárias campanhas eleitorais que põem nas ruas, tudo sob as barbas do inoperante cartorialismo estatal. À sociedade vitimada resta assistir a esse dramático quadro de assaques sem a mínima possibilidade de efetiva reversão.

No ambiente externo, as conexões alimentadas pela criminalidade organizada são exuberantes e fazem inveja às mais requintadas estruturas diplomáticas. Através delas, a empresa criminosa denota sua competência plurinacional e assenta o caráter exportatório do empreendimento. Desde o contrabando até a lavagem de dinheiro, o crime organizado ensaia práticas complexas que exigem um intenso relacionamento internacional, até porque, na iminência do perigo desencadeado em determinado território, as agências congêneres do além-fronteiras devem estar capacitadas para asilar e proteger os delinqüentes ameaçados ou perseguidos. No crime organizado há determinadas espécies de delitos – como *v.g.*, o narcotráfico, as fraudes multinacionais, o tráfico de crianças, a prostituição transnacional, o tráfico de armas pesadas, os delitos informáticos, os seqüestros internacionais etc. – que pressupõem matrizes com trânsito extraterritorial. Nesses casos, é latente a vitimização de uma pluralidade de comunidades, já que os efeitos dessas ilicitudes violam os interesses protegidos das múltiplas sociedades atingidas.

O sucesso das conexões desenvolvidas pela criminalidade organizada revela o caráter vitimológico mais veemente de uma sociedade debilitada, organicamente concebida para patrocinar o bem comum. Internamente, o crime organizado

está incrustado nas instituições públicas, confundindo-se com o próprio Estado, sobrando para a sociedade o desempenho de um trêmulo papel de madrasta em meio ao ambiente nefasto em que se vê lançada. Externamente, essa sociedade nem mesmo pode esboçar qualquer tipo de reação, eis que circunscrita e sitiada pelas fronteiras territoriais e pelas divisões em bandeiras que, segundo canta a melancolia da voz latina de Dante Ramón Ledesma, são tão estanques quanto estúpidas.

A distinção explode inconteste: o agente do crime organizado não está sujeito a nenhum balizamento territorial, todavia, exige-se da sociedade vitimada um incondicionado respeito ao axioma da territorialidade. Trata-se da mais terrível subversão do Princípio da Soberania a tentativa de confundi-lo com a materialidade de um pedaço de terra ou, pior do que isso, pensá-lo inserido numa concepção unilateralista a serviço da anti-sociedade. O crime organizado opera tamanha distorção e, assim, relativiza a *Soberania*, vitimizando todo patriota que se insurge contra o seu mascateamento no invisível mercado dos vendilhões da Pátria. Somente a *cooperação internacional* entre os Estados envolvidos é que poderá debelar essa criminalidade. Aliás, nessa seara, são significativos os avanços das reflexões de Raúl Cervini sobre a cooperação internacional em matéria penal, cuja obra oferece profundos subsídios que a tornam imprescindível aos estudiosos desta temática.[4]

A criminalidade organizada ergue-se através de um rígido controle hierárquico. Ela deposita na hierarquização toda a sua base organizacional, a ponto de levar às últimas conseqüências quaisquer atentados tendentes à ruptura dessa ordenação. A subordinação hierárquica garante-lhe níveis satisfatórios de disciplina interna, contribuindo decisivamente para o êxito das atividades criminosas que titulariza. Na estrutura societária, somente as instituições militares professam os rigores de um acendrado conteúdo hierárquico que, aliado a outros vetores institucionais, garantem-lhe a necessária concentração de esforços para o perene desempenho de suas missões castrenses. Excluídas as forças militares, a organicidade da sociedade é difusa e, dados os individualismos, incorpora a si uma plêiade de contradições antagônicas crescentes que a tornam desunida, esparsa e vulnerável. Mais uma vez, o crime organizado leva sensíveis vantagens em relação à sua vítima.

Como conseqüência da adoção de ferrenhos parâmetros hierárquicos, a criminalidade organizada trabalha com o primado da *obediência devida*, sob pena de imposição de cruéis e impiedosos instrumentos de punibilidade. Inadmitindo quaisquer sintomas de rebeldia, a empresa criminosa mantém o seu levado poder intimidatório através de irreversíveis meios de sancionamento, como o extermínio, que a *vox populi* apelidou de "queima de arquivo". Cingida aos cânones constitucionais que proclamam os direitos fundamentais do cidadão, a sociedade vitimizada não vislumbra recursos compatíveis para um enfrentamento e, por isso, passa a sofrer pressões para a instituição da pena capital, como se a duplicação da violência pudesse eliminar a violência originária e resolucionar a questão.

Além das necessidades ditadas pela exigência de um planejamento perfeito das ações a desenvolver, a empresa criminosa carece da formação de quadros estratificados que tenham capacidade para colimar os objetivos perseguidos e, sobretudo, possam corresponder aos padrões hierarquizados adotados pela entidade. Até nesta constatação, a sociedade

(4) CERVINI, Raúl – *Principios de la cooperación judicial internacional en asuntos penales*. Montevideo: Ed. Carlos Alvarez, 1994.

não possui as menores condições de aproximar-se da sofisticação que dá colorido ao crime organizado porque, sabidamente, não dispõe do poder de seleção de suas células sociais.

O crime organizado explora com eficiência o mundo da *informação*, que lhe é vital por carecer de sua utilização a cada passo da trajetória criminosa e, ainda, por propender a manipulá-la sempre que lhe convier. O domínio da informação insere-se na sua lógica interna, na mais vigorosa coerência com a sua ação internacionalizada, eis que atrelado às dimensões conceituais de "Aldeia Global" professadas pela genialidade de Marshal Mac Luhan.[5]

Melhor do que ninguém, a empresa criminosa concebe que a conquista de qualquer poder depende do domínio da informação, sendo notórios os resultados produzidos pelos regimes totalitários que souberam colecionar, gerir e desenvolver processos de informações que sempre lhes permitiram inquestionáveis vantagens no desempenho das atividades a que se propunham.

Em geral, os estudiosos não consideram a gestão da informação dentre as características do crime organizado. Contudo, em suas múltiplas facetas, a informação faz-se imprescindível ao *homo cosmicus* e participa das táticas operacionais de quaisquer grupos, inclusive de criminosos comuns. Apenas a sociedade, entendida como um universo difuso, não se vale dessa arma poderosa. É que, presa a algemas culturais, a sociedade resiste à evolução que a circunda e mantém-se alheia às conquistas cibernéticas. Apondo escancarada desconfiança ao modernizado, ela marca o atraso que a distancia da criminalidade organizada comprometendo, inapelavelmente, cada uma das partículas sociais que a integram. Logo, a vitimização atinge a própria proposição que enaltece a *Cidadania*, enquanto conjunto de direitos e deveres dos componentes de uma sociedade, significando que cada pessoa humana acumula uma carga de *responsabilidade social* que a faz responder pelos comportamentos que assume e a administrar os deveres que lhe são exigíveis para a convivência equilibrada, enquanto engrenagem harmônica contida na máquina social.

Em geral, a criminalidade organizada persegue fins econômicos na expectativa de acentuada acumulação patrimonial que lhe permita desenvolver projetos criminosos cada vez mais ousados e, dessa forma, mais prósperos. Sem dúvida, a análise dos objetivos a que se propõe uma empresa criminosa careceria de profundas reflexões criminológicas, econômicas, jurídicas, políticas, sociológicas etc., incapazes, por definição, de serem contidas no presente esboço. A questão relativa à lavagem de dinheiro sujo enseja a construção de toda uma teorização que possa ser vertida numa obra específica e, mesmo assim, esta não esgotaria a matéria.

Apesar disso, é de capital valia acentuar que a criminalidade organizada não se estriba numa finalidade única, depurada ou exclusiva. Ela se mostra versátil, aglutinando um somatório de objetivos devidamente hierarquizados. Nesses estudos, não é possível resumir os desideratos do crime organizado a uma meta isolada sem atentar para a pluralidade de fins que a entidade pode consolidar.

Inclusive, há criminalidade organizada que atina para funções distintas da obtenção de vantagens econômicas centrando, a título de produto ou proveito do crime, interesses diversos da expropriação financeira. Quando o crime organizado produz a morte de um deputado, por exemplo, pode ter motivações estranhas à ordem econômica, tais como o perigo de denúncias ou delações, vingança ou ódio incontornáveis, homossexualismos

(5) MC LUHAN, Marshall – *The Gutenberg Galaxy: the making of typographic man.* Toronto: University of Toronto, 1962.

camuflados, desforras políticas etc. e, inerte, o poder estatal pode dar as costas à execução, fingindo-a esclarecida. Lamentavelmente, todavia semelhante prática só ajuda – (...) e como ajuda ! – a impunidade, fazendo com que a criminalidade organizada derrame suas gostosas zombarias contra a passiva sociedade violentada.

Conclusivamente, o crime organizado representa portentoso desafio à Humanidade nesse limiar de Terceiro Milênio porque – além dos prejudicados direitos pelas ilicitudes – vitimiza a *sociedade*, ofende a *democracia*, ultraja a *soberania* e viola a *cidadania*; tratando-se de um verdadeiro *delito de lesa-pátria*. E que, nos cinzentos períodos ditatoriais, a América Latina experimentou a dolorosa inoculação de doses de uma famigerada ideologia de segurança nacional – que não era nacional e, muito menos, segurança – conceitualmente distorcida a fim de satisfazer os vôos rasantes da águia sinistra, acalmando as preocupações de Tio Sam com a sobrevivência do capitalismo internacional. A ideologia da segurança nacional foi instrumentalizada como forma de solapar os interesses dos povos oprimidos e, deste modo, desenvolver as suas táticas de espoliação universal. Desmistificada a farsa *alienígena*, cumpre à Latino-América a edificação da verdadeira semântica do que seja *segurança nacional*.

Por isso, fica assentada aqui uma singela indicação: *não há segurança nacional alheia à segurança social*. E a criminalidade organizada está a desafiar os desígnios patrióticos dos povos contemporâneos.

Porto Alegre, 22 de maio de 1996 – LUIZ CARLOS RODRIGUES DUARTE.

travam presos políticos e delinqüentes comuns, é vinculado ao tráfico de drogas, centralizado em várias favelas. O grupo, do qual não se tem provas de estruturação (muitas vezes, ao que se sabe, seu nome é usado por integrantes de quadrilhas isoladas para dar a idéia de um poderio na verdade inexistente), é também ligado a seguidos seqüestros (crime que a Polícia Civil paulista tem combatido com notável êxito, a ponto de haver esclarecido cinco dos apenas nove casos ocorridos este ano no Estado, numa ação desestimulante à prática dessa modalidade delituosa que, bem sucedida, pode ser terreno fértil para o surgimento da criminalidade organizada) e tráfico de armas, outra atividade criminosa que tende à organização.

Os traficantes cariocas já descobertos, mesmo que ligados ao chamado Comando Vermelho, atuam apenas no varejo, do mesmo modo que ocorre com os vendedores de drogas em São Paulo. Nos atacadistas, ainda não identificados, podem surgir os vínculos do tráfico de drogas doméstico com a criminalidade organizada, provavelmente a nível internacional. Há indícios de que traficantes internacionais estão usando o amplo território brasileiro como base para seus negócios ilegais. O senador Romeu Tuma, na qualidade de vice-presidente da Interpol para as Américas,[47] afirmou que "os mafiosos italianos, que antes escolhiam a Venezuela, Argentina, Uruguai e o Peru, transferiram para o Brasil suas base de envio de cocaína para a Europa. Os colombianos e bolivianos também chegaram com tudo". O senador acrescentou que essa escolha deveu-se às facilidades de comunicação do Brasil, à sua grande rede hoteleira e a seus inúmeros portos e aeroportos, oficiais e clandestinos.

Um relatório do Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de Drogas, divulgado no mesmo texto jornalístico que publicou os comentários do senador Romeu Tuma, observou as falhas da estrutura brasileira para enfrentar o grande tráfico. O relatório aponta despreparo dos policiais brasileiros (bem como número reduzido de homens dedicados a essa atividade), facilidade de abertura de contas bancárias com nomes falsos, lentidão do Poder Judiciário acarretando impunidade de criminosos e falta de vagas suficientes no sistema carcerário. A mesma reportagem afirma que traficantes colombianos e bolivianos, do mesmo modo que mafiosos italianos, escolheram o Rio de Janeiro como central de "lavagem de dinheiro", numa operação que teria sido descoberta por policiais americanos, ingleses, canadenses e italianos.

A presença de traficantes atacadistas no mercado brasileiro é demonstrada pela análise do movimento bancário de duas pequenas cidades, Xapuri, no Acre, e Cacoal, em Rondônia, feita a partir de dados do Banco Central por pesquisadores do Departamento de Geografia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.[48] O trabalho demonstra que o movimento bancário nessas duas cidades – situadas em áreas por onde se escoa parte da produção sul-americana de cocaína, segundo dados do DEA – é incompatível com o tamanho de suas economias formais.

Conjecturou-se ainda sobre possíveis vínculos entre o tráfico de drogas e o "jogo do bicho". Não existem provas concretas desses vínculos, a não ser a nível individual. No entanto, o "jogo do

(47) "Brasil é a maior rota internacional da cocaína" reportagem de Renato Lombardi, publicada pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, em caderno especial intitulado "Drogas – O Avanço das Superpotências Criminosas", no dia 24.10.1993, p. H6.

(48) Divulgada na reportagem "Narcodólares movimentam cidade falida", publicada pela *Folha de S. Paulo*, no dia 09.06.1996, 1.º caderno.

6. POLÍCIA E DIREITO

CRIME ORGANIZADO: ASPECTOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

CARLOS ANTONIO GUIMARÃES DE SEQUEIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceituação – 3. As máfias no mundo – 3.1 A máfia siciliana; 3.2 Outras máfias italianas; 3.3 A *Cosa Nostra*; 3.4 A máfia japonesa; 3.5 As tríades chinesas; 3.6 Os cartéis colombianos; 3.7 Outras máfias – 4. Crime organizado no Brasil.

1. Introdução

O advento da Lei 9.034, de 03.05.1995, ainda que com seu texto eivado de imperfeições, adiante analisadas, trouxe à discussão um tema antes quase que inexplorado no Brasil, tanto em seus aspectos conceituais como em suas reflexões no mundo jurídico, o do crime organizado.

De lá para cá, a questão vem sendo tema de debates nos quais, num primeiro momento, procura-se a conceituação de crime organizado, esquecida pelo legislador, embora aquele diploma de natureza penal afirme, em sua ementa, que dispõe "sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas".

O processo legislativo, que culminou com a edição da Lei 9.034/95, começou em 1989 com a apresentação do Projeto de Lei 3.516, do deputado Michel Temer. Seu texto original dividia-se em cinco capítulos, contra os três que resultaram aprovados na redação final do Congresso, sancionado afinal com o veto do inc. I do art. 2.º (destinado a autorizar a infiltração de policiais em quadrilhas ou bandos). O referido texto original definia, em seu art. 2.º, organização criminosa como "aquela que, por suas características, demonstre a exigência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional ou internacional".

O abandono do conceito deixou a discussão em aberto sobre o que se deve entender por crime organizado. Da clarificação desse conceito, a ser tentada adiante, depende o futuro das discussões sobre se efetivamente existem, na sociedade terceiromundista brasileira, repercussões da criminalidade organizada externa ou, ainda, manifestações locais desse fenômeno que hoje apresenta características globais.

A abordagem da questão envolverá a divisão do tema em quatro tópicos: conceito de crime organizado, manifestações internacionais desse modelo de criminalidade, busca de fatos que possam eventualmente caracterizar a existência desse padrão em território nacional e análise da Lei 9.034/95 – e uma conclusão.

2. Conceituação

A Lei 9.034/95, ao tratar do que chamou de "meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas", além de se olvidar de sua definição, equiparou-as *de*

facto aos atos ilícitos praticados por membros de bandos ou quadrilhas, ao dizer que seu texto "define e regula meios de provas e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando".

O crime de quadrilha ou bando, definido no art. 288 do CP pátrio, editado a 07.12.1940, remoto ano em que a criminalidade organizada não apresentava ainda as características transacionais que ameaçam as sociedades modernas, diz, singelamente, que o delito consuma-se com a associação de mais de três pessoas (logo, um mínimo legal de quatro – de onde surge, aliás, o *nomen juris* quadrilha) para o fim de cometimento de crimes.

Segundo o festejado Magalhães Noronha,[1] o crime de bando ou quadrilha foi definido pelo Código Penal francês, no art. 265, como "toda associação de malfeitores contra as pessoas e as propriedades é um crime contra a paz pública". Ainda de acordo com o mesmo autor, o dispositivo ganhou posterior modificação, passando a afirmar: "Toda associação formada, qualquer que seja a duração ou o número de seus membros, e todo acordo estabelecido com o fim de preparar ou cometer crimes contra as pessoas ou as propriedades constituem crime contra a paz pública."

O grande jurista pátrio, a seguir, destacava que vários códigos penais estrangeiros preocuparam-se em seguida com a punição dessa modalidade delituosa e recordava escrito anterior de sua lavra: "A existência de bando ou quadrilha é um câncer no organismo social, razão por que as leis não só punem o simples fato de sua existência, como agravam as penas quando certos delitos são por eles praticados."

Como comenta Celso Delmanto,[2] o objeto jurídico desse delito é a paz pública, tendo por sujeito ativo qualquer pessoa, mas no número mínimo legal de quatro, sendo crime coletivo ou plurissubjetivo. O sujeito passivo é a coletividade.

Ainda segundo Celso Delmanto, o núcleo do tipo, ao empregar o verbo "associarem-se", traz implícita a idéia de estabilidade, razão pela qual se exige que a associação seja estável ou permanente. O delito exige, ainda, para sua configuração, que essa associação objetive o cometimento de crimes, "ou seja, com a finalidade de praticar mais de um crime, considerando-se como crimes os fatos assim definidos em lei, não sendo suficiente a finalidade de praticar contravenções, fato ilícitos ou imorais". Trata-se, ademais, de infração permanente, que se consuma com a efetiva associação das pessoas, independentemente da prática de algum crime pela quadrilha. Não admite tentativa. O dolo específico implícito no texto legal é o objetivo de prática de cometimento de crimes.

A análise, ainda que perfunctória, do art. 288 do CP pátrio coloca de novo a questão: o crime de quadrilha ou bando abarca o universo da criminalidade organizada moderna, com suas características muitas vezes multinacionais?

A resposta que se impõe é um não definitivo pelos argumentos que passarão a ser expostos. Em primeiro lugar, ao exigir o *minimum* legal de quatro pessoas, a conceituação de quadrilha ou bando deixa de lado organizações com número menor de pessoas, mas que nem por isso podem deixar de ser até mais perigosas, com o uso de recursos modernos na prática de delitos de ampla repercussão social, como infrações de "colarinho branco". Além disso, como observa Carlos Frederico Coelho Nogueira, no artigo *A Lei da Caixa Preta*,[3] "a juris-

(1) *Direito Penal*, v. 4, p. 140, Saraiva, 1962.

(2) *Código Penal Comentado*, 3.ª ed., 1991, Renovar, p. 436 e 437, atualizado e ampliado por Roberto Delmanto.

(3) NOGUEIRA. Carlos Frederico, em a *Lei da Caixa Preta*, publicado em *Justiça Penal-Críticas e Sugestões 3*, publicada em 1995 pela RT, p. 153.

prudência pátria exige o requisito da estabilidade – próximo ao da habitualidade – para a caracterização de quadrilha ou bando, o que pode levar, em muitos casos, à exclusão da aplicação da lei aos bandos em relação aos quais não se consiga o enquadramento rígido e formalista de nossos tribunais". E observa ainda o mesmo autor que o conceito legal do delito capitulado no art. 288 do CP "está umbilicalmente ligado (...) à prática de crimes", e o *caput* do art. 1.º da Lei 9.034/95 "igualmente se refere a 'crime' resultante de organização delinqüencial". Ademais, destaca o autor, em observação irrespondível, que, em vista da restrição legal imposta pela chamada pela Lei do Crime Organizado, restringindo seu alcance aos delitos praticados por quadrilha ou bando, não atinge ela as práticas contravencionais, exatamente a área – particularmente no chamado "jogo do bicho" – onde prospera, como se observará mais tarde, o que mais se assemelha à criminalidade organizada clássica em território brasileiro.

No processo legislativo que culminou com a edição da Lei 9.034/95, o problema não passou despercebido ao legislador pátrio. Tanto é que, como relembra Luiz Flávio Gomes,[4] "no antigo projeto que chegou a ser aprovado (parcialmente) no Congresso brasileiro (Projeto de Lei da Câmara 62/90), adotava-se o seguinte conceito: 'Considera-se crime organizado aquele que de algum modo coopera com os fins ou participa das atividades das quadrilhas, bandos ou organização previstas pelo art. 288'. Este artigo, por seu turno, passaria a ter a seguinte redação: 'Participar de quadrilha, bando ou organização que se serve das estruturas ou é estruturada ao modo de sociedades, associações, fundações, empresas, grupos de empresas, unidades ou forças militares, órgãos, entidades ou serviços públicos, concebidas, qualquer que seja o princípio, pretexto, motivação ou causa, para cometer crimes ou alcançar objetivos cuja realização implica a prática de ilícitos penais'".

O conceito, extenso demais, era criticável. Não foi, porém, correta a solução dada afinal pelo legislador de, esquecendo-o e olvidando-se também da proposta original do Deputado Michel Temer, adotar a solução simplista do texto legal afinal sancionado que nada resolveu, ao criar a confusão entre quadrilha ou bando, e o conceito, muito mais complexo, de crime organizado.

A simplicidade da solução deixou ao intérprete a caracterização do que deve ser considerado crime organizado, para os efeitos da lei, com a limitação imposta por seu texto restritivo que confundiu na prática criminalidade organizada com quadrilha ou bando, embora o mesmo texto se refira a "organizações criminosas" em quatro oportunidades e a "organização criminosa", na forma singular, em três outras.

Segundo Antônio Scarance Fernandes,[5] "são três as linhas doutrinárias e legislativas formadas sobre o conceito de crime organizado:

1.ª – parte da noção de organização criminosa para definir o crime organizado, o qual, assim, seria aquele praticado pelos membros de determinada organização;

2.ª – parte-se da idéia de crime organizado, definindo-se em face de seus elementos essenciais, sem especificação de tipos penais, e, normalmente, incluindo-se entre os seus componentes o fato de pertencer o agente a uma organização criminosa;

3.ª – utiliza-se o rol de tipos previstos no sistema e acrescenta-se outros, considerando-os crimes organizados".

(4) *Crime Organizado*, RT, 1995, p. 70 e 71.

(5) FERNANDES, Antonio Scarance, "Crime Organizado e a Legislação Brasileira", publicado por *Justiça Penal – Críticas e Sugestões 3*, anteriormente citada, p. 36 a 38.

A primeira solução era a adotada pelo projeto original do deputado Michel Temer e igualmente pelo texto citado que ganhou aprovação parcial no Congresso brasileiro.

Foi esta também a solução adotada pelo legislador italiano, inspirador reconhecido do diploma brasileiro editado sob o pretexto de dar meios de combate à criminalidade organizada. De acordo com Ada Pellegrini Grinover,[6] "se entende por organização de tipo mafioso, no sistema italiano, a formada por três ou mais pessoas, em que os que a integram se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeição e silêncio que dela deriva para cometer crimes, para adquirir de modo direto ou indireto a gestão ou o controle de atividades econômicas, de concessões, autorizações, empreitadas e serviços públicos, ou para auferir proveitos ou vantagens injustas para si ou para outrem".

Walter Fanganiello Maierovitch, magistrado e estudioso das organizações de estilo mafioso, acrescenta[7] que o legislador italiano distinguiu duas formas de associações criminosas: "as comuns, representando quadrilhas ou bandos não-permanentes e sem programa, daquelas que seguem o modelo mafioso".

"Às segundas, o professor (Giuliano) Vassali, ex-ministro da Justiça, afirmou representarem 'sistema-institucional de controle social, que tende a sobrepor-se de fato à autoridade constituída'. Grosso modo, representam associações delinqüenciais complexas, com programa permanente, infiltrações no Estado legal. Contam com agentes armados e algumas com código de honra. Atuam com o objetivo de o Estado-delinqüencial absorver o Estado-constitucional", prossegue o magistrado.

Essas organizações, dedicadas tanto a atividades ilícitas – seu motor principal – quanto a atividades lícitas – que complementam seus rendimentos e permitem o desenvolvimento de processos de "lavagem de dinheiro sujo", caracterizam-se, prossegue Maierovitch, pela intimidação (*intimidazione*), interna e difusa, pelo indissolúvel vínculo hierárquico (*assoggettamentto ou* submissão) e pelo silêncio solidário (*omertá*), talvez a mais divulgada das características das organizações de cunho mafioso.

À segunda solução elencada por Antônio Scarance Fernandes aderiu Alberto Silva Franco,[8] segundo o qual "o crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intricado esquema de conexões com outros grupos delinqüenciais e um rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado".

O terceiro modo de enfocar o crime organizado, segundo o qual caracterizaria essa modalidade de criminalidade um

(6) *O Crime Organizado no Sistema Italiano*, em *Justiça Penal – Críticas e Sugestões 2*, obra anteriormente citada, p. 20.

(7) *Crime Organizado, Máfia e Ética Judicial*, Escola Paulista de Magistratura, p. 6.

(8) *O Difícil Processo de Tipificação, Boletim IBCCrim 21*, citado por Antonio Scarance Fernandes na obra anteriormente referida, p. 37.

determinado rol de delitos, foi seguido por Luiz Carlos Caffaro.[9]

A adoção do sistema de rol foi a posição assumida pela chamada Lei dos Crimes Hediondos, tanto em sua redação original (Lei 8.072/90) como no texto alterado *ex vi* da Lei 8.930/94. Na Lei 9.034/95, o legislador preferiu inovar, deixando em aberto a conceituação do crime – embora o Capítulo I da Lei objetive a "definição" da ação praticada por organizações criminosas – e não procurando o caminho alternativo do elenco dos delitos abrangidos pelo novo diploma legal.

A rigor, inobstante a confusão trazida pelo texto legal, há que se fazer distinção clara entre organização criminosa e meras quadrilhas ou bandos. No último caso, apesar da exigência jurisprudencial de estabilidade para sua caracterização, o que se constata, com a análise de situações fáticas, é sua característica basicamente episódica.

Em quadrilhas ou bandos, delinqüentes unem esforços para a prática de delitos, rotineiramente infrações que guardam semelhanças entre si, mas não têm a estabilidade, que pode ser vista como um dos primeiros elementos diferenciadores entre eles e as organizações criminosas. Nestas, como se constata das considerações dos autores citados e da própria análise da realidade criminal, a ser aprofundada no curso deste trabalho, há, de um lado, estabilidade e, de outro, histórias de fundo comum que demonstram que seu surgimento coincide com vazios de poder do Estado. A estabilidade leva ao surgimento de estruturas que lembram as das empresas legalmente constituídas. Essas estruturas criminais, fortemente hierarquizadas, contam com mecanismos internos por meios dos quais competições e eventuais dissenções internas não levam ao rompimento dos pilares em que se fundam as organizações. Exatamente, aliás, ao contrário do que ocorre com meros bandos ou quadrilhas, onde constantes quebras de lealdades levam criminosos de um grupo para outro num movimento cuja fluidez nada tem em comum com a estabilidade das organizações criminosas.

Embora a violência possa ser marca comum a bandos, quadrilhas ou organizações criminosas, nestas últimas trata-se de componente essencial de um processo de poder estruturado que faz com que os indivíduos na base da escala organizacional não ousem contestar o poder dos que estão no topo da pirâmide, a quem, muitas vezes, só têm acesso com a intermediação de escalões intermediários.

Outras marcas essenciais que, qualitativamente, diferenciam organizações criminosas de bandos ou quadrilhas de estruturação frágil residem no uso intensivo pelas primeiras da corrupção como mecanismo de poder e na diversificação que atinge com o tempo as atividades daquelas, envolvendo, nos últimos estágios, a participação em atividades lícitas, ao lado das ilícitas que caracterizam com exclusividade seus primeiros movimentos. Essas marcas trazem outra que, definitivamente, afasta o conceito de organização criminosa do simplismo que cerca ações de simples quadrilhas ou bandos, o uso de planejamento como ferramenta de crescimento de atividades e de processos gerenciais modernos (que implicam emprego intensivo de meios modernos de comunicação, como redes de computadores, Internet, fax etc.) para administração e reinvestimento de lucros.

Em continuação, embora não como característica essencial, as organizações criminosas vêm ganhando caráter multinacional, estendendo tentáculos por todo o mundo e aprofundando processo

(9) "O Ministério Público e o Crime Organizado", X Congresso Nacional do Ministério Público, 1994, p. 24 a 37, citado por Antônio Scarance Fernandes, na obra anteriormente mencionada, p. 37.

de cooperação entre elas, de modo a maximizar lucros obtidos a partir de práticas lícitas ou ilícitas, ao mesmo tempo em que – como qualquer companhia moderna – buscam a minimização dos custos operacionais.

Por derradeiro, essas organizações cada vez mais buscam se infiltrar na estrutura de poder do Estado, deixando a simples corrupção num segundo plano e tentando colocar seus homens na estrutura estatal, de modo a influenciar nas decisões políticas e administrativas e, assim, ampliar suas possibilidades de lucro e, ao mesmo tempo, reduzir a repressão a suas atividades. Num momento último, essa infiltração na estrutura estatal deveria levar a uma substituição das elites tradicionais por indivíduos surgidos do ou apoiados pelo mundo do crime organizado.

Aparentemente, considerações políticas à parte, foi isso o que estava acontecendo no Panamá, durante o governo Antonio Noriega, deposto em 1990, após invasão de seus país pelos Estados Unidos para cujo território foi levado preso, sob a acusação de envolvimento com o tráfico internacional de drogas.

De acordo com as acusações americanas, Noriega, comandante da Guarda Nacional panamenha e "homem forte" do regime local, havia transformado o Panamá numa espécie de santuário, a partir do qual traficantes de drogas da Colômbia abasteciam o sempre ávido mercado de entorpecentes dos Estados Unidos. Verazes ou não as acusações, e mesmo não se aceitando o intervencionismo militar num país latino-americano, cuja independência foi claramente violada, Noriega acabou sendo condenado por um tribunal americano a quarenta anos de prisão, que está cumprindo, sob a acusação de participação ativa no tráfico internacional de drogas.

Se o caso de Noriega é exemplo extremo, casos outros de representantes do crime organizado buscando participação direta no poder têm-se repetido. Na Colômbia, o traficante de drogas e líder do Cartel de Medellín, Pablo Escobar, chegou a ser eleito para o Parlamento. Nesse mesmo país sul-americano, são freqüentes acusações de envolvimento de políticos com organizações criminosas. As acusações atingiram seu ponto máximo nos últimos meses com o processo parlamentar no qual o presidente atual do país, Ernesto Samper, foi inocentado da imputação de ter tido sua bem-sucedida campanha eleitoral financiada em parte por cartéis da droga. Curiosamente, Samper fez do combate ao tráfico de entorpecentes uma de suas promessas de campanha e, antes do surgimento das acusações, vinha ganhando elogios pelos êxitos obtidos por seu governo na luta contra os traficantes, particularmente os membros do Cartel de Cali, rival do de Medellín na busca do controle do comércio internacional de drogas feito a partir da Colômbia.

Na Itália, um dos mais poderosos políticos do país no período pós-guerra, o senador vitalício Giulio Andreotti, sete vezes chefe do governo italiano e vinte vezes ministro (ocupando pastas vitais como as da Defesa e das Relações Exteriores), está sendo processado atualmente sob a acusação de vínculos com a máfia siciliana. O político nega a imputação que lhe é feita, mas há indícios que dão fundamentos ao início do processo. Um mafioso arrependido (*pentito,* na expressão italiana que se tornou popular para definir os que optam pela defecção da organização siciliana), Leonardo Messina, declarou haver tomado conhecimento, em conversa com o mafioso Sebastiano Nardo, de que Andreotti havia passado pela cerimônia de iniciação da organização. Outros arrependidos, citados em obra do juiz Walter Fanganiello Maierovitch,[10] dizem que Andreotti, respeitando as tradições mafiosas, abra-

[10] Op. cit., p. 19.

çou e beijou, em certa ocasião, Salvatore "Totó" Riina, apontado como o *capo de tutti i capi* (chefe de todos os chefes) da organização siciliana, cuja prisão, em janeiro de 1993, representou um dos mais sérios golpes já sofridos pela máfia da Sicília. Os mesmos informantes acrescentaram que Andreotti era chamado de *zio* (tio) por mafiosos, numa expressão de respeito reservada a chefes da organização.

Algumas dessas características que marcam a diferenciação do crime organizado das simples quadrilhas ou bandos (outras poderiam ser aduzidas, como o recrutamento de pessoas, os rituais de iniciação, a divisão de territórios para práticas ilícitas e a prestação de serviços sociais, como substitutivo de um poder público ausente), aplicam-se também à maneira de agir de organizações terroristas. Estas, embora em alguns casos episódicos envolvam-se com a criminalidade comum e usem a prática de delitos como meio alternativo de obtenção de fundos, não podem ser confundidas com aquelas, em particular em vista dos objetivos completamente diferenciados que perseguem. Para a organização criminosa, o objetivo final é sempre o lucro. O poder político, eventualmente obtido, diretamente ou mediante apoio a políticos selecionados, não passa de meio para a obtenção e a garantia da permanência daqueles. As organizações terroristas, sem se enveredar pela análise da validade ou não de seus métodos de ação, objetivam o poder político em si, como meio de defender minorias nacionais (casos dos bascos da Espanha, curdos da Turquia e do Iraque ou católicos da Irlanda do Norte) ou idéias políticas (como ocorria com as Brigadas Vermelhas da Itália, a Fração do Exército Vermelho da Alemanha ou o Exército Vermelho Unificado, grupos cujas atividades praticamente se paralisaram após o fim da "guerra fria", ou as milícias direitistas que ainda agem nos Estados Unidos e na Europa). O fenômeno, hoje, salvo algumas ações isoladas da extrema-direita ou estertores de movimentos latino-americanos (caso do Sendero Luminoso, do Peru, ou de algumas guerrilhas da Colômbia, estas às vezes vinculadas à criminalidade comum, como se exporá mais tarde), resume-se a ataques eventuais do basco ETA (Pátria Basca e Liberdade, com as iniciais representando essas palavras no idioma basco) e o IRA (Irish Republican Army, Exército Republicano Irlandês, em português), e as ações vinculadas ao ainda não solucionado conflito do Oriente Médio. Nenhuma dessas ações, no entanto, em vista de seus móveis, permite que a organizações que as patrocinam possam ser confundidas com as envolvidas no crime organizado, uma vez que este se volta apenas para o lucro como substrato de suas atividades.

A busca ao lucro conduz a outra das características internacionais do crime organizado, qual seja o uso intensivo de processos de "lavagem de dinheiro", por meio dos quais os criminosos procuram esconder a origem das fortunas que movimentam e permitir que elas retornem ao mercado legal para o emprego em atividades lícitas ou, ainda, para o mero aproveitamento dos recurso obtidos com as práticas delituosas.

Ernesto U. Savona [11] analisa, em trabalho recente, as tendências atuais do crime organizado em quinze países da Europa e os meios empregados para a "lavagem de dinheiro". Segundo o autor, organizações criminosas de diversas origens têm voltado, no continente europeu, suas atividades para o tráfico de drogas, vendas ilegais de armas e materiais nucleares, furto e contrabando de automóveis (levados, na maioria, para países da Europa

(11) "Lavando Dinheiro Sujo na Europa", estudo publicado por *Transcrime*, grupo de pesquisas sobre o crime transnacional da Faculdade de Direito da Universidade de Trento, na Itália.

Oriental que recentemente abandonaram regimes comunistas fechados), fraudes contra empresas financeiras e emigração/imigração clandestinas. De acordo com o estudo, cresce a participação nesses crimes de organizações baseadas na Europa Oriental, do mesmo modo que aumenta a cooperação entre essas estruturas e as que tradicionalmente operavam nos países europeus ocidentais. O trabalho denota ainda que as estruturas dessas organizações têm sofrido alterações que objetivam reduzir a eficiência da ação policial que enfrentam. De um lado, mostram clara tendência de aumentar a distância que separa chefes de membros secundários da organização, de modo a reduzir a possibilidade de infiltração policial e de controlar os efeitos de eventuais arrependimentos. De outro, denotam inclinação para o desenvolvimento de estruturas organizacionais flexíveis que, em caso de prisões, possam ser rapidamente refeitas.

Ernesto U. Savona observa que, na curta história do conceito de "lavagem de dinheiro", esse processo esteve, na maioria das vezes, relacionado ao tráfico de entorpecentes. Em conseqüência, nota, em muitos países europeus a "lavagem de dinheiro" só é considerada criminosa no contexto dessa prática criminosa, numa limitação legal que dificulta a repressão ao crime organizado. Legisladores europeus, no entanto, relata o autor, têm se preocupado com a questão e o Conselho da Europa alargou o conceito, por meio da Convenção sobre Lavagem, Busca, Apreensão e Confisco de Rendas do Crime. Essa convenção amplia o conceito de "lavagem de dinheiro", deixando de limitá-lo aos rendimentos do tráfico de drogas e fazendo com que ele alcance os lucros obtidos por meio da prática de outros crimes sérios, de repercussão internacional.

A ampliação do conceito segue-se ao crescimento das operações de "lavagem de dinheiro" e ao aumento da sofisticação que as cerca. Essas operações, facilitadas por um mercado financeiro que já está globalizado, no qual grandes fluxos de capital viajam de um país para outro, atravessando continentes, por simples ordens computadorizadas e de efeito imediato. Criminosos vêm, nesse processo, usando bancos, instituições financeiras não-bancárias e até instituições sem vínculos diretos com o mercado financeiro.

Quase todos os países da Europa Ocidental, em particular Luxemburgo e Suíça, em vista de suas legislações bancárias liberais, são usadas nessas operações, que atingem paraísos fiscais em outros pontos do mundo. Luxemburgo, como membro da Comunidade Econômica Européia (CEE), está cedendo e vem abrindo seu sistema bancário para operações que buscam impedir sua utilização para fins criminosos. A Suíça, famosa por suas contas numeradas e por suas leis que favorecem ao extremo o sigilo bancário, não faz parte da CEE Européia e vem mostrando resistência e alterações em seu sistema legal de modo a favorecer o combate à "lavagem de dinheiro".

Esse país, no entanto, também já dá sinais de mudanças. A luta contra o uso dos bancos suíços para a "lavagem de dinheiro" vem sendo comandada por Carla del Ponte, chefe da Procuradoria do governo de Berna, cujo principal objetivo vem sendo o combate ao uso do sistema bancário de seu país por traficantes de drogas, outros criminosos, ditadores depostos e empresários desonestos.[12] Carla del Ponte é considerada uma das peças-chave no combate à movimentação de "dinheiro sujo" nos bancos suíços, o que vem fazendo desde a década de 80, quando ajudou americanos e ita-

(12) Reportagem de autoria de John Taglabue, do "The New York Times", publicada sob o título "Bancos Suíços Resistem à Quebra do Sigilo", na edição do dia 22.06.1996, no jornal *O Estado de S. Paulo*, p. A13.

lianos a desmontar a chamada Conexão Pizza – uma rede de tráfico de heroína que, procedente do Oriente Médio, ia para os Estados Unidos via Itália, com depósito dos lucros em bancos da Suíça. Embora enfrente a resistência dos banqueiros suíços, que recentemente tiveram sua imagem comprometida pela descoberta de depósitos no valor de US$ 130 milhões em nome de Raúl Salinas de Gortari (irmão do ex-presidente Carlos Salinas de Gortari, do México, outro exemplo da chegada das máfias aos núcleos do poder político), acusado de envolvimento com traficantes de drogas, Carla del Ponte tem sido importante na obtenção de mudanças legais que tendem a dificultar as operações de "lavagem de dinheiro" na Suíça.

As operações – onde quer que se desenvolvam – envolvem empresas de fachada, operações comerciais fictícias, passagem dos fundos por paraísos fiscais e, finalmente, já desvinculados da origem, limpos, seu emprego em atividades lícitas. Essas operações, que atingiram US$ 500 bilhões em 1994,[13] têm-se destacado nos últimos anos. Não são, porém, novidade no mundo do crime organizado. Meyer Lansky,[14] um gângster que nasceu na Polônia, emigrou ainda criança para os Estados Unidos, onde morreu em 1983, após haver se transformado num dos principais dirigentes do crime organizado no país, é visto hoje como um dos inventores dos processos de "lavagem de dinheiro". Especializou-se em investimentos para o mundo do crime, numa carreira de delinqüência em que manteve íntimos contatos com expoentes da criminalidade organizada americana, como Charles "Lucky" Luciano e Benjamin "Bugsy" Siegel, contribuiu decisivamente para a própria organização empresarial do gangsterismo dos Estados Unidos e direcionou o emprego de fundos em cassinos, como meio de os legitimar. Lansky – processado uma vez por sonegação fiscal e absolvido – foi um pioneiro, ainda, no processo de relacionamento do crime organizado com o mundo político, estabelecendo conexões íntimas com Fulgencio Batista, o ex-sargento do Exército que controlou, direta ou indiretamente, o governo de Cuba de 1933 até sua deposição pela guerrilha liderada por Fidel Castro em 1959, e que transformou seu país em notória base para o crime organizado americano.

A revista americana "Time"[15] relatou que policiais americanos descobriram que banqueiros corrompidos cobram uma taxa básica de 4% para a reciclagem de dinheiro de origem duvidosa, e que essa taxa sobe para 7% quando os fundos estão vinculados ao tráfico de drogas. B. A. K. Rider,[16] em estudo publicado em 1993, salienta que o crime econômico e a lavagem de dinheiro são características básicas e às vezes esquecidas do crime organizado. O autor vincula esse processo ao que chama de conceito americano de crime organizado, entendido como "contínuo empreendimento criminal", no qual os delinqüentes buscam a maximização de seus lucros. Rider observa que o crime financeiro, de menor risco que

(13) Estudo da Organização das Nações Unidas, citado em conferência feita pelo Delegado de Polícia George Henry Millard no dia 12.06.1996 no Curso Superior de Polícia – Academia de Polícia de São Paulo.

(14) Dados bibliográficos obtidos em "World Encyclopedia of Organized Crime", p. 421 a 430, de Jay Robert Nash, editada no Reino Unido por Headline Book Publishing, edição de 1995.

(15) Reportagem: "Uma Torrente de Dólares Sujos", publicada nas p. 28 a 33, na edição do dia 18.12.1989.

(16) "O Mundo Financeiro em Risco: Os Perigos do Crime Organizado, Lavagem de Dinheiro e Corrupção", publicado no *Managerial Auditing Journal*, v. 8, n. 7, 1993, p. 1 a 14.

atividades delinqüenciais mais tradicionais, traz para as organizações criminosas a vantagem de facilitar a "lavagem de dinheiro" e, ao mesmo tempo, de propiciar fundos para delitos que envolvem grandes investimentos, como o tráfico de drogas.

Rider lembra que muitos dos crimes financeiros, como os operados em bolsas de valores (*insider dealing*, por exemplo, no qual se usa de informações privilegiadas para se obter lucros ilícitos em transações com ações), e a corrupção só podem ser praticados por pessoas que tenham posições sociais relativamente elevadas que lhes permitam cometer esses delitos. Daí, conclui que tais delitos têm um significado social mais intenso do que crimes não-financeiros, e que o envolvimento neles do crime organizado tem profundas implicações para a sociedade.

O governo dos Estados Unidos tem sido um dos que mais importância tem dado ao combate à "lavagem de dinheiro". Operações têm sido desenvolvidas pelo Departamento de Justiça e pela agência encarregada do combate ao tráfico de entorpecentes, a *Drug Enforcement Administration* (DEA), para o confisco de rendimentos de ações criminosas. Uma de suas principais vitórias resultou na extradição da Colômbia para os Estados Unidos, em setembro de 1993, de Eduardo Martínez Romero, um economista que funcionava como o "ministro das Finanças" do Cartel de Medellín, e era tido como um dos principais responsáveis pelos esquemas de "lavagem de dinheiro" dos traficantes colombianos. Em outra operação, desenvolvida nos Estados Unidos, Luxemburgo, Suíça, Áustria e Reino Unido, o Departamento de Justiça americano apreendeu, em 1989, após o que foi chamado na época de jogo *high-tech* de gato e rato, US$ 60,1 milhões do traficante colombiano José Gonzalo Rodríguez Gacha, também do Cartel de Medellín.

Investigações americanas demonstraram que os traficantes, muitas vezes orientados por Martínez Romero, faziam inúmeros depósitos de menos de US$ 10 mil (o patamar a partir do qual os bancos do país têm de noticiar depósitos ao Internal Revenue Service – IRS –, o serviço fiscal central dos Estados Unidos) em vários bancos. Esses traficantes, chamados por policiais americanos de *smurfs*, por lembrança aos incansáveis personagens dos desenhos animados, tiveram sua ação notada pelo IRS, que exigiu atenção dos bancos para seus depósitos, ainda que inferiores ao limite legal. Imediatamente, segundo a reportagem citada na revista "Time", os traficantes passaram a desenvolver novas técnicas, adquirindo, por exemplo, pequenas empresas, como restaurantes, onde se justificasse grandes movimentos de dinheiro, usando a movimentação legal como fachada para a "lavagem" de fundos ilícitos. A imaginação dos criminosos nessa área não cessa. A cada descoberta policial de um processo de ação, segue-se o surgimento de novo método, num movimento contínuo que, para ser vencido, exige igual criatividade e imaginação dos policiais dedicados ao combate da criminalidade organizada.

Especialistas indicam que o combate à "lavagem de dinheiro" exige medidas como responsabilização de banqueiros envolvidos no processo (eles deveriam investigar seus depositantes do mesmo modo que apuram a vida financeira das pessoas às quais concedem empréstimos), aumento dos controles internacionais ao fluxo eletrônico de capitais e emprego de modernas redes de computadores, com programas capazes de acompanhar movimentações financeiras a nível mundial, gerenciadas a partir de organizações internacionais. Países, por sua vez, deveriam reforçar suas legislações de modo a punir operações de "lavagem de dinheiro", conforme vem sen-

do prometido pelo Brasil[17] e por outras nações. Cooperação internacional, com troca de informações e mecanismos ágeis de extradição, também é um mecanismo adicional de combate a essa modalidade de ação do crime organizado. A cooperação internacional impedirá a legalização de ações visivelmente ilegais como o seqüestro de suspeitos de envolvimento em crime, autorizada em 1992 por uma controvertida decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, cujo conteúdo abala princípios do Direito Internacional. A decisão foi adotada na análise do caso da captura no México do suspeito do homicídio de um agente do DEA. O jornal egípcio "Al Ahram"[18] afirmou que ela transforma "o Judiciário americano no Judiciário do mundo inteiro". O comentário do diário cairota vem na mesma direção, embora com argumentos inversos, da declaração de um policial americano, citado pela revista "Time", segundo o qual "a única coisa que eles (os criminosos) temem é acabar nos tribunais dos Estados Unidos".

3. As máfias no mundo

A palavra máfia é de origem controvertida. Segundo Jay Robert Nash,[19] vem do árabe *mafia* e tem sentido de "lugar de refúgio". De acordo com o autor, o termo se aplica originalmente aos lugares nas colinas em que os habitantes da Sicília se escondiam dos invasores árabes de sua ilha na Idade Média. O mesmo autor aponta outra possível origem da palavra, dizendo que ela poderia ter surgido na invasão francesa da ilha, no século passado, e representaria as iniciais da frase: "Morte alla Francia, Italia anela." Walter Fanganiello Maierovitch põe em dúvida, com carradas de razão, essa versão, observando que ela se esquece do fato de que a palavra máfia se escrevia originalmente com dois "f".[20] O mesmo autor lembra que a palavra poderia vir do árabe *muafah*, com sentido de proteção, em versão que coincide, na essência, com a de Nash. A origem árabe da palavra também é aventada pelo jornalista Rocco Morabito,[21] em texto publicado na imprensa. Há ainda as hipóteses de vir do árabe *maehfil,* com o sentido de união, ou do toscano *maffia*, com o significado de pobreza ou miséria.[22]

Originalmente, o termo era usado, quase com exclusividade, para se referir à chamada Máfia da Sícilia, também conhecida como *L'Onorata Societá,* e que ganhava, de início, vários nomes locais em cidades da ilha. Usada com inicial maiúscula, como um nome próprio, ainda se refere a essa organização criminosa. Com maiúscula, como substantivo comum, é hoje palavra genérica que traz a idéia não apenas de *L'Onorata Societá* como igualmente de outras organizações criminosas.

3.1 A máfia siciliana

Segundo Jay Robert Nash,[23] a origem mais remota da Máfia encontra-se no século IX, quando camponeses sicilianos

(17) Reportagem publicada na edição do dia 07.06.1996, pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, caderno Cidades, p. C3, sob o título "Governo quer controlar 'dinheiro sujo'".

(18) Reportagem na revista "Time", ed. 29.06.1992, p. 41.

(19) Op. cit., p. 476.

(20) "A Matriz Terrorista do Crime Organizado", estudo publicado em *Justiça Penal – Críticas e Sugestões 3*, anteriormente citada, p. 99.

(21) Reportagem "'Homens de Honra' Surgiram para Proteger Terras", publicada na p. 6, do caderno especial sobre o crime organizado, intitulado "Máfia – O Poder Paralelo", editado pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, no dia 28.02.1993.

(22) Versão levantada em reportagem de Patricia Blake, intitulada "Sangue, Negócio, 'Honra'", publicada pela revista *Time*, no dia 15.10.1984, p. 10.

(23) Op. cit., p. 476 a 490.

buscavam refúgio nas montanhas para escapar de invasores árabes. Nash acrescenta que, ainda na Idade Média, a invasão da Sicília por normandos fez crescer a importância desses refúgios. Outra onda de opressão, esta no século XVI, com nova invasão da ilha, desta vez pelos espanhóis, fez com que mais camponeses procurassem proteção nas montanhas, dominadas pelas sociedades secretas nacionalistas que estão na origem da Máfia moderna. No século passado, a resistência a dominadores estrangeiros (franceses e austríacos) e a luta pela unificação da Itália reforçaram o poderio da Máfia.

Desde seus começos, a estrutura da Máfia lembrava a que se consolidou no século passado e no atual, já voltada para o crime, organizando-se em células que ganharam o nome de "famílias", nas quais os laços não eram de sangue, mas os da "nacionalidade" siciliana comum. Seus membros – todos homens, conhecidos como *uomine d'onore*, ou homens de honra – juravam segredo sob pena de morte, baseados num código de honra fundamentado na *omertá*, palavra que traz implícitos os conceitos de masculinidade, brio e dignidade. A traição era punida com a morte e os membros da organização – no início, na verdade, uma série de pequenas organizações estanques, mas com uma ética comum – acreditavam que nenhuma autoridade, secular ou clerical, era mais importante ou tinha mais poder que seu grupo.

Com o tempo, as origens patrióticas da organização se perderam e ela, após servir como mão-de-obra "justiceira" para senhores feudais, voltou-se decididamente para o crime a partir do século passado. Passou a controlar, por um domínio baseado no terror e em troca de favores, o crime na Sicília (onde também participava do controle político) e, daí, para o resto da Itália, numa primeira fase, antes de sua mais recente internacionalização, que levou simultaneamente à globalização e à diversificação de suas atividades.

As mudanças não levaram a alterações nos padrões de ação da organização. Em seus tempos de serviços para os senhores feudais, os mafiosos encarregavam-se de uma distorcida espécie de justiça primitiva, que substituía quase inexistentes cortes formais. O encontro de um cadáver sem uma das mãos indicava que um ladrão havia sido punido. Um corpo com os genitais cortados mostrava que a vítima era acusada de crime sexual; a ausência da língua era demonstração eloqüente de que o morto havia violado o código de silêncio, a *omertá*.

Mais tarde, os mesmos padrões de violência institucionalizada continuaram para manter o terror em que se fundamentava o poder da organização. E esta passou a institucionalizar-se, a partir de suas células básicas, as "famílias", que se reuniam em *cosche*, e a formular um código de ética divulgado por um de seus mais importantes inimigos – e vítimas –, o magistrado Giovanni Falcone. Segundo Falcone,[24] o código era resumido em nove "mandamentos": 1. Não desejar a mulher de outros homens de honra; 2. Não roubar; 3. Não explorar a prostituição; 4. Não matar outros homens de honra, salvo em caso de absoluta necessidade; 5. Nunca delatar à polícia;[25] 6. Não entrar em conflito com outros homens de honra; 7. Demonstrar sempre um comportamento sério e correto; 8. Manter silêncio absoluto com estranhos sobre a *Cosa Nostra* (nome que a Máfia siciliana herdou de sua congênere americana); 9. Não se apresentar jamais a outros homens de honra sozinho. Este último mandamento tem clara razão de

(24) No livro Cose di Cosa Nostra, citado pela *Folha de S. Paulo*, em reportagem assinada por Mauricio Stycer, publicada no caderno Mundo, p. 4, no dia 26.07.1992.

(25) O texto da *Folha de S. Paulo* diz "evitar a delação à polícia", que não corresponde exatamente ao sentido da *omertá* mafiosa.

segurança, objetivando que um mafioso só entre em contato com conhecidos, travando novas relações somente após apresentação formal por meio de um terceiro mafioso. Este, segundo narra Walter Fanganiello Maierovitch,[26] deve pronunciar as palavras rituais: *Quest'uomo la stessa cosa* ("Este homem é a mesma coisa", ou, ainda, este é um igual).

O ritualismo, aliás, cerca as atividades da Máfia. Sua organização hierárquica é em tese secreta e seus membros passam por rituais antes de nela ingressarem. De acordo com Falcone,[27] a cerimônia de ingresso na Máfia realiza-se na presença de uma imagem de Santa Annunziata, padroeira da organização. Ainda conforme o magistrado, o ponto culminante da cerimônia é a feitura de uma pequena incisão no dedo indicador – da mão que o candidato usa para atirar – até que verta sangue. O ritual indica que na Máfia se entra com sangue e só se sai com sangue. A incisão tradicionalmente é feita com espinho de um pé de laranjeira, mas "famílias" mais ricas usam modernamente um alfinete de ouro. A cerimônia termina com o candidato fazendo juramento de lealdade eterna enquanto passa de uma mão para outra uma imagem de Santa Annunziata que antes havia sido levada ao fogo.

No início deste século, já estruturada na Sicília, onde a pobreza e o medo favoreciam seu crescimento, recebendo taxas de proteção de agricultores, dos matadouros e dos portos, entre outros setores, a Máfia – nessa época também fortemente vinculada aos políticos sicilianos, muitos dos quais controlava – exportou suas atividades para os Estados Unidos. Consta que um legendário chefe mafioso, *don* Vito Cascio Ferro, viajou para os Estados Unidos em 1900 para ajudar a consolidar a Mão Negra, organização mafiosa que está na origem da *Cosa Nostra* americana. Já de volta a seu país, Cascio Ferro gostava de contar como matou um policial americano, Giuseppe Petrosino, que viajara à Sicília para investigar os vínculos entre a Máfia e a Mão Negra. Segundo *don* Vito, ele estava almoçando com um deputado italiano, saiu para matar o policial e voltou para o almoço. Mais tarde, o deputado jurou que o mafioso jamais havia saído de sua casa no horário do crime.

O crescimento da Máfia só parou na década de 20, quando o ditador Benito Mussolini decidiu enfrentar a organização, por não admitir contestação a seu próprio poder. Durante a ditadura fascista, torturas e execuções sumárias marcaram a ação das autoridades italianas contra a Máfia, que ficou significativamente enfraquecida. Nessa época de repressão, *don* Vito foi o personagem de história que hoje faz parte dos mitos que cercam a Máfia. Preso e condenado por contrabando, o juiz perguntou-lhe se tinha alguma coisa a dizer. Calmo, alto, de aparência distinta, o mafioso afirmou cinicamente: "Cavalheiros. Uma vez que os senhores foram incapazes de achar provas dos numerosos crimes que realmente cometi, os senhores acabaram tendo de me condenar pelo único que não cometi."[28]

A chegada da Segunda Guerra Mundial trouxe a salvação para a Máfia. A organização, freqüentemente comparada a uma hidra – a figura mitológica que ganhava duas cabeças cada vez que uma de suas cabeças era cortada –, ressurgiu das cinzas quando os americanos invadiram a Itália a partir da Sicília. Os documentos a respeito ainda são secretos. O segredo não impediu que, com o tempo, se conhecesse o papel que a Máfia exerceu na invasão. Segundo inúmeras fontes, o governo americano fez um acordo com o gângster

(26) Op. cit., p. 18.

(27) Citado por Walter Fanganiello Maierovitch, na obra anteriormente mencionada, p. 18.

(28) Reportagem da revista *Time* de 15.10.1984, anteriormente citada.

Charles "Lucky" Luciano, um siciliano nascido em 1897, que se tornara um dos principais chefes da *Cosa Nostra* americana. Após enriquecer basicamente com a exploração da prostituição, chegara a ser considerado o "inimigo público n. 1" dos Estados Unidos e, na década de 30, fora condenado a cumprir pena de trinta a cinqüenta anos de cadeia por seus inúmeros crimes. Em 1942, oficiais da Marinha americana entraram em contato com "Lucky" Luciano na prisão de Clinton, em Dannemora, pedindo-lhe inicialmente ajuda para controlar sabotagens no porto de Nova York. A força demonstrada pelo criminoso levou a Marinha a novo contato com ele, desta vez para lhe pedir que solicitasse apoio dos chefes da Máfia siciliana à então planejada invasão americana da Itália.

Luciano deu o apoio pedido. A Máfia ajudou os americanos na invasão e recuperou o poder que havia perdido durante a ditadura de Mussolini, seu inimigo. Luciano, em troca, foi solto, com a condição de voltar para a Itália e nunca mais retornar aos Estados Unidos. Na Itália, continuou mantendo o controle da Máfia americana e deu a ordem de matar "Bugsy" Siegel, por achar que ele gastara dinheiro demais na construção de um cassino em Las Vegas, então apenas um ponto no deserto de Nevada e que, mais tarde, viria a se transformar no centro da jogatina nos Estados Unidos e uma das principais bases do crime organizado americano. Durante seu exílio italiano, fez uma viagem ilegal a Cuba, de onde foi expulso por pressão americana. Após sair de Cuba, num episódio pouco conhecido, tentou desembarcar no Brasil, onde lhe foi negada entrada, o que o forçou a voltar para a Itália, onde morreu de ataque cardíaco em 1962.

O apoio de Luciano à invasão foi fundamental para o ressurgimento da Máfia siciliana, para a recuperação de seu poder político e para sua modernização, nos moldes empresariais da *Cosa Nostra* americana. Luciano não esteve sozinho nesse apoio. *Don* Vito Genovese, outro dos chefes da *Cosa Nostra*, igualmente nascido na Itália, para onde havia voltado em 1937, surgiu em 1943 como um dos intérpretes dos militares americanos na Sicília.

Genovese – que mais tarde voltaria aos Estados Unidos para chefiar sua "família" e ser o *capo di tutti i capi* de Nova York, acabaria sendo preso em 1959 e morreria na prisão em 1969 – e Luciano reformularam a Máfia siciliana. Fizeram-na deixar em segundo plano seus negócios tradicionais no campo e dar menor importância às extorsões, para se dedicar ao lucrativo tráfico internacional de drogas. A entrada dos novos chefes provocou uma sangrenta guerra, marcada por seguidos homicídios, na década de 50, que culminou com a criação da estrutura atual da Máfia, na qual o velho código de honra passou para um segundo lugar, os lucros assumiram a primazia e os germes do processo recente de seu esfacelamento surgiram.

O atual processo que tenta destruir a Máfia começou em 1984, após a prisão no Brasil de Tommaso Buscetta. Extraditado para a Itália, começou a contar ao juiz de investigação Giovanni Falcone como estava estruturada a organização. Buscetta não era um *capo*, mas foi o primeiro mafioso de alto escalão a fazer importantes revelações sobre a *L'Onorata Societá*, cuja honorabilidade – se é que existiu em algum tempo – estava perdida num passado remoto. Revelou as conexões entre a Máfia siciliana e a *Cosa Nostra* americana e mostrou que a organização italiana havia perdido seu antigo código de honra para se preocupar apenas com lucros, usando violência desmedida para os garantir. Permitiu que Falcone entendesse os meandros da organização e sua estruturação que começa com a base de *uonime d'onore*, chega aos *capi* de cada família, passa adiante pelos *capi* de cada região (reunindo vá-

rias "famílias") e culmina com a *comissione*, a cúpula da organização, na qual estão representadas as várias regiões da Sicília. Mais tarde se descobriu que, acima da *comissione*, instituiu-se novo patamar, *la nazione*, encarregada dos contatos internacionais da organização. No seio de cada "família", a organização também é rígida, havendo um *capo*, um *sottocapo* (subchefe), um *capodecina* (chefe de dez *omine d'unore*) e um *consigliere*, que funciona como uma espécie de assessor legal do chefe.

As revelações de Buscetta levaram à expedição de 366 mandados de prisão contra mafiosos na Itália e a 28 prisões nos Estados Unidos. Levaram também a Máfia a colocar Giovanni Falcone no primeiro lugar de vítimas futuras. Permitiram, ainda, uma radiografia da organização que hoje é dominada na Sicília por 42 "famílias" com um total de cerca de cinco mil homens.

Buscetta tornou-se o *pentito* mais famoso. Logo, outros se seguiram, como Leonardo Messina que deu, em 1992, uma visão mais atualizada da Máfia e revelou a existência de *la nazione*, que era comandada por "Totó" Rüna. As revelações de Buscetta incluíram os nomes dos assassinos do general Carlo Alberto Dalla Chiesa (morto em 1982, após chegar à Sicília para chefiar ações policiais contra a Máfia) e levaram a uma série de *vendette* contra parentes do informante. Fizeram ainda a Máfia decidir por um crime que chocou a Itália e levou ao crescimento das ações contra a organização: o assassinato do juiz Falcone no dia 23 de maio de 1992, seguido, 57 dias depois, pela morte de seu sucessor no combate a *L'Onorata Societá*, Paolo Borsellino. Falcone e Borsellino foram assassinados em crimes que violavam até os antigos códigos da Máfia, por envolverem emprego de explosivos e a morte de outras pessoas, além dos alvos dos atentados.

O choque causado pelos homicídios, ordenados por "Totó" Riina e realizados sob a supervisão de Giovanni Brusca, conhecido como *u vurru* e o homem que acionou a bomba que matou Falcone, sua mulher e três guardas-costas, levou ao crescimento da repressão contra a organização. Novas leis surgiram para facilitar a prisão de mafiosos e para dar proteção a criminosos arrependidos que contribuíssem para a captura de ex-cúmplices e para a comprovação das atividades delituosas desses. O cerco à Máfia levou ao crescimento no número de *pentiti* e à prisão, no dia 15.01.1993, de "Totó" Riina, que estava foragido havia mais de vinte anos da polícia. Se Riina (que havia sucedido na chefia da Máfia a Luciano Liggio, na cadeia desde 1967 e condenado à prisão perpétua) foi a presa maior, outros mafiosos também acabaram na cadeia, como Giuseppe Madonia, membro da *comissione* e, mais recentemente, Brusca. Vários mafiosos fugiram do país, refugiando-se alguns deles, como Gaetano Badalamenti e Umberto Ammaturo (membro da Camorra, a máfia de Nápoles), no Brasil. Como reação, os mafiosos adotaram uma tática nova em sua história, praticando dois atentados a bomba contra museus, a Galeria Uffizi, em Florença, e a Galeria de Arte Moderna, em Milão, para criar um ambiente de terror.

No processo, a Itália também sofreu mudanças. O esquema político, dominado pela Democracia Cristã (o partido de Andreotti), que prevalecia desde o final da Segunda Guerra Mundial, foi derrubado e surgiu uma nova realidade na qual a luta contra o crime organizado ganhou maior apoio das autoridades. Muitos dirigentes locais, acusados de vínculos com a Máfia foram presos; Andreotti está sendo julgado por suas alegadas ligações com o crime organizado. A Igreja Católica, sustentáculo do poder da Democracia Cristã, resolveu também abandonar sua tradicional posição de neutralidade e passou a criticar abertamente a Máfia.

Especialistas, no entanto, hesitam em afirmar se os dias da Máfia estão realmente contados. O sul da Itália sempre ofereceu um solo maduro para o crescimento da organização. No livro *Fazendo a Democracia Trabalhar: Tradições Cívicas na Itália Moderna*,[29] o acadêmico americano Robert Putnam argumenta que uma história de domínio totalitário é freqüentemente seguida, como no sul da Itália, por "amoralismo nos laços familiares, clientelismo, desrespeito à lei, governo ineficiente e estagnação econômica". Putnam, que escreveu seu trabalho em 1993, observou que a Rússia pós-comunista, com uma história de totalitarismo durante o czarismo e o comunismo, poderia estar seguindo o exemplo da Sicília. "Palermo (a capital da Sicília) pode representar o futuro de Moscou", disse profeticamente.

Na realidade, hoje, segundo especialistas, a Máfia, enfraquecida pelos golpes internos, mas ainda uma multinacional do crime, enfrenta competição crescente, basicamente a partir do crime organizado da Rússia, da Colômbia e da China. Há dúvidas, no entanto, se essa competição e a repressão conseguiram destruir todas as cabeças da hidra. Afinal, a situação econômica continua ruim no sul da Itália, onde a Máfia e outras organizações criminosas se baseiam. O desemprego atinge 35% na região, chegando a 50% da mão de obra jovem. Romano Prodi, chefe do atual governo de centro-esquerda da Itália, disse, logo após assumir o cargo de primeiro-ministro, que "a Máfia não é a filha do subdesenvolvimento, mas a mãe". Há quem duvide de seu posicionamento, afirmando que a luta contra a crise econômica será fator fundamental para criar novo fortalecimento da organização. Os especialistas igualmente destacam a necessidade de se impedir o retorno da simbiose entre políticos e mafiosos que marcou a Itália do pós-guerra.

Essa simbiose é fundamental para se entender o poder da Máfia. Um exemplo disso foi obtido por Alexander Stille, que escreveu em 1995 o livro *Cadáveres Excelentes: a Máfia e a Morte na Primeira República Italiana*. Stille, enquanto escrevia o livro, perguntou a um amigo siciliano por que ele se preocupava com um certo político local, tido como crítico da Máfia. E o amigo replicou: "Ele está vivo, não está? Se ele realmente tivesse feito alguma coisa contra a Máfia, já estaria morto."[30] Falcone, Dalla Chiesa e Borsellino, entre outras vítimas *eccelenti*, deram a vida para comprovar isso. Hoje, Falcone e Borsellino são exemplo da nova ordem sonhada: dão o nome à praça principal de Corleone, cidade tida como um dos baluartes tradicionais da organização criminosa da Sicília.

3.2 Outras máfias italianas

A Máfia siciliana é, de longe, a mais importante das organizações criminosas da Itália. Outras, no entanto, disputam com ela o domínio do mercado do crime. Dessas, a mais influente – com tentáculos que atingem o submundo americano do crime – é a *Camorra*, cujo chefe maior, Raffaele Cutolo (dirigente da chamada "Nova Família Organizada"), continuou a mandar na organização, baseada em Napóles, por meio de sua irmã, Rosetta, mesmo após ser preso. Esta, com sua aparência de tranqüila *mamma* italiana, era uma criminosa impiedosa que viveu foragida (durante a fuga, morou brevemente no Brasil) durante 13 anos até ser presa no dia 08.02.1993.

Além da *Camorra*, que conta com cerca de 6.700 membros em 100 agrupa-

(29) Citado em artigo de Rod Usher na edição do dia 03.06.1996, da revista *Time*.

(30) Citado na edição de *Time* de 03.06.1996, já mencionada.

mentos, outras organizações mafiosas ativas na Itália são a *N'Drangheta* (5.600 membros em 144 "famílias"), cuja base fica na Calábria, a *Sacra Corona Unita* (que tem cerca de mil membros, divididos em 17 grupos e que se associa com freqüência à *N'Drangheta*), que desenvolve ações a partir da *Puglia*, e a *Sidda*, da Catânia.[31]

3.3 A Cosa Nostra

O papel que Buscetta representou no processo de combate à Máfia, Joe Valachi teve na luta contra a *Cosa Nostra* americana.

Joseph Michael Valachi era um personagem secundário na máfia dos Estados Unidos, para a qual entrou em 1930, para ser um "soldado" na organização liderada por Salvatore Maranzano. Envolveu-se com jogo ilegal, narcóticos e furto de cartões de racionamento (durante a Segunda Guerra Mundial). Quando Vito Genovese passou a chefiar a *Cosa Nostra* em Nova York, Valachi sentiu-se em perigo, por não ser homem da confiança do chefe. Em 1962, começou um agora célebre depoimento numa subcomissão do Senado americano, no qual narrou como funcionava a máfia americana e, pela primeira vez, revelou que ela era conhecida entre seus membros como *Cosa Nostra*. Genovese contratou sua morte, mas Valachi conseguiu escapar de seus antigos cúmplices e morreu naturalmente numa prisão americana em 1971.

A origem mais remota da *Cosa Nostra* – às vezes chamada pela imprensa de *Mob*, palavra traduzível por turba ou ralé – se encontra no século passado, quando imigrantes italianos, sicilianos na maioria, trouxeram de seu país uma sociedade criminosa, voltada principalmente a extorsões, chamada Mão Negra. A sociedade, extremamente violenta, atacava basicamente imigrantes italianos em grandes cidades americanas. Uma de suas vítimas mais célebres foi o tenor Enrico Caruso, que pagava 10% de seus rendimentos[32] aos extorsionários que o ameaçavam de envenenamento e de ataques a familiares.

Matriz ainda mais próxima da *Cosa Nostra* é a *Unione Siciliane*,[33] que surgiu no final do século passado como uma pacífica entidade destinada a organizar encontros sociais e providenciar mecanismos de assistência social para imigrantes sicilianos. À medida que a influência da sociedade, baseada em Nova York, crescia, seus dirigentes envolveram-se na política, expandiram suas atividades para outras cidades americanas e, mais tarde, no período da 1.ª Guerra Mundial, direcionaram a entidade para o crime, praticando extorsões, seqüestros e assassinatos e montando redes de prostituição.

A violência da organização é facilmente perceptível por um fato: até o desaparecimento da *Unione Siciliane* na década de 30, quando a *Cosa Nostra* organizou-se como um sindicato do crime, apenas um de seus dirigentes, Mike Merlo, de Chigago, morreu de causas naturais; os demais foram assassinados.

Merlo, aliás, foi o chefe de um dos mais notórios criminosos da *Cosa Nostra*, Alphonse (Al) "Scarface" Capone, um napolitano baseado em Chicago que, em vista de sua origem, nunca conseguiu ser *capo* da organização e sempre pagou tri-

(31) Dados sobre as outras máfias italianas provêm das edições da *Folha de S. Paulo* do dia 26.06.1992, caderno Mundo, p. 4, de *O Estado de S. Paulo*, edição do dia 09.02.1993, p. 8, da obra "Crime Organizado, Máfia e Ética Judicial", de Walter Fanganiello Maierovitch, anteriormente citada, e do capítulo " Atuação das Máfias no Mundo", constante do opúsculo *I Fórum Sobre o Crime Sem Fronteiras*, editado pela Universidade Cidade de São Paulo, em 1995.

(32) *World Encyclopedia of Organized Crime*, já citada, p. 97.

(33) *World Encyclopedia of Organized Crime*, já citada, p. 706 e 707.

buto aos sicilianos que a dominavam. Mas que foi também o responsável pelo assassinato de dois dos presidentes da *Unione*, Frankie Yale (um dos primeiros organizadores do crime nos Estados Unidos) e Joseph Aiello, e por transformar um de seus amigos, Anthony Lombardo, no líder da organização durante três anos, até este ser morto por rivais.

Nesse período de formação, embora futura *Cosa Nostra* fosse basicamente uma organização siciliana, indivíduos de outras origens, basicamente judeus e irlandeses (estes, juntamente com os italianos, tinham dificuldades de penetração no *establishment* americano, basicamente dominados pelos chamados WASP, as iniciais em inglês para branco, anglo-saxão e protestante – *white, anglo-saxon, protestant*) participavam da organização. Meyer Lansky, Nathan Kaplan e "Bugsy" Siegel são os mais célebres gângsters de origem judaica; Charles Dion O'Bannion, um dos chefes do crime em Chicago, foi o mais influente dos representantes dos irlandeses; George "Bugs" Moran representou o filão polonês (povo igualmente discriminado na sociedade americana do início do século) do crime, mas sempre agiu entre os irlandeses, havendo até adotado um nome que o confundia com esses.

A *Cosa Nostra* cresceu para se transformar na multinacional do crime no final da década de 20 e, principalmente, nos anos 30. A proclamação da chamada Lei Seca (*prohibition*), por meio da 18.ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que entrou em vigor no dia 29.01.1919 (foi revogada pela 21.ª Emenda, vigente desde 05.12.1933), abriu um grande mercado do comércio ilegal de bebidas alcoólicas para o crime organizado. Operações de *bootlegging* (frabricação ilegal e contrabando de bebidas) tornaram-se prioridade para a *Cosa Nostra*, do mesmo modo que a operação de bares clandestinos, os célebres *speakeasies*.

Na década de 30, a *Cosa Nostra* já havia diversificado suas operações. Bares ilegais, jogo clandestino, prostituição, tráfico de drogas e extorsão eram as principais fontes de rendimentos. A organização, porém, não estava ainda estruturada. Guerras de quadrilhas se seguiam. Em 1931, quando dois dos principais chefes do crime em Nova York, Salvatore Maranzano (que queria ser reconhecido como o *capo di tutti i capi*) e Giuseppe Masseria entraram em choque, "Lucky" Luciano propôs a unificação de todos os grupos da *Cosa Nostra* americana. Como suas propostas não foram bem recebidas, ordenou a morte primeiro de Masseria (assassinado por homens que se celebrizaram depois no crime americano, Albert Anastasia, Vito Genovese, Joe Adonis e "Bugsy" Siegel) e, em seguida, de Maranzano. Após os crimes, Luciano consolidou a organização do crime em Nova York, dividindo a cidade em territórios entre grupos de origem italiana ou não. Ainda na década de 30, consolidou sua liderança, como o *capo di tutti i capi* do crime organizado no território americano, e criou seu braço armado, que ficou conhecido como Murder, Inc. (Companhia do Assassinato) e era liderado por Anastasia.

Mesmo após sua prisão e seu exílio na Itália, anteriormente mencionados, "Lucky" Luciano continuou dominando o crime americano até sua morte. Nunca obteve a mesma atenção dos meios de comunicação que mereceu Al Capone, mas teve maior influência que o criminoso que dominou a Máfia de Chicago de 1925 até sua prisão em 1931, por sonegação de impostos. A estrutura que criou sobreviveu à sua morte e permanece até hoje, apesar de ocasionais guerras entre grupos rivais que buscam controlar maior porção de território. Ela envolve 24 "famílias" com negócios que atingem US$ 60 bilhões por ano. As "famílias" têm pouco menos de dois mil membros

(os que prestaram o juramento mafioso) e alguns milhares de colaboradores.

Das 24 famílias, as mais importantes são as cinco que dominam o crime em Nova York – Gambino, Genovese, Lucchese, Bonanno e Colombo – e a de Chicago. A história delas, a partir da década de 30, mostra uma história de permanente violência (muitos dos chefes foram assassinados por antigos cúmplices ou por velhos rivais em disputas territoriais e de poder) e de ocasionais vitórias do sistema legal.

A atual onda de combate à *Cosa Nostra* começou na década de 80 com o julgamento dos envolvidos na chamada Conexão Pizza (*Pizza Connection*), a rede de tráfico de heroína que terminava em pontos de distribuição disfarçados como pizzarias ou outros restaurantes de comida italiana. Em 1985, 38 mafiosos foram processados por envolvimentos nessa rede; 17 deles acabaram condenados. Em 1992, outra grande vitória contra o crime organizado surgiu quando um dos principais chefes da "família" Gambino (seu nome homenageia Carlo Gambino, último dos *capi di tutti i capi* da *Cosa Nostra*, sucessor de Albert Anastasia, a quem mandou matar, na chefia da organização e inspirador do personagem vivido por Marlon Brando na trilogia "O Poderoso Chefão" – *The Godfather* –, a saga que rendeu nove Oscars a Francis Ford Coppola), Salvatore (Sammy) "The Bull" Gravano resolveu contar o que sabia.

As revelações de Gravano levaram à cadeia o então chefe da "família" Gambino, John Gotti (condenado por treze acusações, que passam por extorsão e assassinato), de quem Sammy "The Bull" era o principal assistente. Gravano foi mais importante para o combate à *Cosa Nostra* do que houvera sido, anos antes, Joe Valachi. Por sua posição na hierarquia mafiosa, conhecia segredos que contribuíram para uma série de golpes à organização. Outros chefes mafiosos, como Nicholas Caramandi, de Filadélfia, também fizeram importantes revelações sobre o mundo do crime. As informações levaram a importantes processos contra dirigentes da maioria das principais "famílias" mafiosas dos Estados Unidos e contribuíram para a carreira política do atual prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani que, como promotor federal na cidade, transformara-se num dos principais agentes do combate ao crime organizado. Giuliani previu otimisticamente, em 1986, que "a Máfia será esmagada". Na realidade, isso não aconteceu. Pelo menos uma "família" de Nova York, a *Genovese* (fundada por "Lucky" Luciano), escapou das ações que atingiram 17 das 24 organizações mafiosas dos Estados Unidos. Elas todas continuam agindo, agora não só em cooperação com a Máfia siciliana, mas também com o apoio de criminosos negros e de origem hispânica que passaram a ter importância no mundo do crime no país, particularmente na área do lucrativo tráfico de drogas. Mais realista foi um policial que, preferindo o anonimato, disse à revista "Time": "A quadrilha (*mob*) nunca acabará, enquanto houver um dólar a ser ganho."[34]

3.4 A máfia japonesa

A palavra *boryokudan*, o nome técnico da máfia japonesa, popularizada no exterior como *yakuza* (termo traduzível por coisa desprezível ou coisa reles e que se refere aos membros e não à organização), contém em seus três *kanji* (ideogramas de origem chinesa) a síntese de seu significado. *Bo* significa violência; *ryoku*, força; *dan*, associação ou sociedade. Logo, *boryokudan* implica a

(34) Informações sobre a *Cosa Nostra* baseiam-se na "World Encyclopedia of Organized Crime", já citada, e reportagens publicadas pela revista *Time* nas edições dos dias 29.09.1986, 25.11.1991, 16.03.1992 e 03.04.1992.

idéia de uma sociedade que emprega a violência física.

Do mesmo modo que a Máfia siciliana, as origens das organizações *boryokudan* perdem-se nos tempos. Segundo o criminólogo Kanehiro Hoshino, do Instituto de Pesquisa Científica da Polícia Nacional do Japão, seus antecessores mais longínquos são os rebeldes *machi-yakko* que enfrentavam senhores feudais no início do século XVII. Esses rebeldes foram derrotados pelo xogunato em 1696, mas lendas que os retratavam como uma espécie de Robin Hood foram mantidas vivas em histórias populares e em peças do teatro *kabuki*. Ainda na forma de resistência popular aos samurais, que trabalhavam para os senhores feudais, outras pequenas organizações surgiram no século XVIII, estruturadas numa relação que espelhava a da sociedade japonesa, a da ligação pai-filho, *oyabun-kobun*, com o pai – no caso, aqui, o chefe da organização – assumindo o papel de autoridade inconteste.

No século XIX, quando o Japão rompeu com seu sistema feudal (a chamada Restauração Meiji) e se abriu para o mundo moderno, as organizações de *yakuzas* se cindiram, algumas preferindo a manutenção do xogunato, outras aderindo à volta do poder do imperador. Essa politização do crime permaneceu no *background* das organizações *boryokudan* até hoje, com sua marcada ideologia nacionalista e xenófoba.

O nacionalismo não impediu que os grupos se modernizassem, passando a controlar prostituição, drogas, jogo ilegal e extorsão, ao mesmo tempo em que se uniam a partidos políticos direitistas. Os *oyabun* (chefes), ao mesmo tempo em que mantinham sua lealdade a um Japão tradicional que deixava de existir, adotavam, cada vez mais, particularmente depois do fim da Segunda Guerra Mundial, costumes mafiosos europeus, copiando até a aparência dos criminosos sicilianos, com o uso de ternos e óculos escuros.

A proximidade que as organizações sempre mantiveram com a política permitiu, de outra parte, que uma característica única marcasse a criminalidade organizada japonesa: as máfias do Japão existem como sociedades civis com portas abertas e seus nomes e emblemas ostensivamente estampados nas fachadas. A simbiose entre sociedade e crime organizado leva a situações surrealistas como a da participação da *Yamaguchi-gumi* – a principal organização *boryokudan* – nos trabalhos de socorro às vítimas do terremoto recente na cidade de Kobe, onde está baseada.

Essa estruturação, do mesmo modo que a organização da polícia japonesa, faz com que as *boryokudan* sejam as máfias sobre as quais se dispõe de maior número de informações. De acordo com o relatório anual de 1995 da Polícia Nacional do Japão (referentes a fatos corridos no ano anterior),[35] havia 86.700 membros das organizações criminosas, dos quais 52.900 eram tecnicamente filiados aos grupos. Desses, 34.600 pertenciam às três principais organizações, *Yamaguchi-gumi, Inagawa-kai e Sumiyoshi-kai*. O relatório revela que, em 1983, um total de 33.970 *gângsters* foi preso por diversas acusações, num crescimento de 3,4% de prisões em relação ao ano anterior.

Apesar da repressão, da luta contra o chamado processo de *sokaiya* (extorsão para exercer influência em empresas) e das defecções obtidas pela polícia nas organizações *boryokudan*, estas continuam a ser influentes. A par de sua presença em todo o território japonês, continuam a internacionalizar suas ações, agindo em vários países da Ásia e no Estado americano do Havaí, com a busca de um padrão empresarial de busca de negócios, ainda que ilegais.

(35) *White Paper on Police – 1994*, editado pela *Police Association do Japão* em março de 1995, p. 54 a 61.

A polícia japonesa detectou ainda possíveis ligações das *boryokudan* com mafiosos russos. Desde 1992 até 1994, policiais apreenderam com *yakuzas* 677 pistolas do antigo exército soviético. Apenas em 1993, de um total de 1.014 armas apreendidas em poder de *gângsters*, 237 eram pistolas russas Tokarev.

A entrada em vigor em 1992 da *boryokudan-shinpo*, a lei de combate ao crime organizado, deu novos meios à polícia de combate aos *yakuzas*. Essa lei estabelece que uma organização poderá ser definida como criminosa se 12% ou mais de seus membros tiverem antecedentes criminais. Não facilita, porém, o combate à "lavagem de dinheiro", por exigir que os bancos reportem apenas transações envolvendo quantias acima de US$ 90 mil. Abriu, contudo, caminho para que muitos "soldados" do crime organizado, reconhecíveis por seus corpos cobertos de tatuagem e pelos dedos anulares decepados, abandonassem a delinqüência e passassem a viver com base na programação de proteção a ex-criminosos arrependidos.

A derrota final das *boryokudan* parece, porém, ainda fora de alcance. Elas continuam sofisticando suas operações, fundindo-se com empresas legais, e aumentando seus lucros, tanto de fontes legítimas quanto de ilegítimas. Críticos das ações das autoridades observam que até agora poucos líderes do crime organizado foram presos em decorrência da repressão às *boryokudan*.[36]

3.5 As tríades chinesas

As máfias chinesas, conhecidas como "tríades" (a palavra evoca um triângulo que reúne céu, terra e homem), envoltas numa aura de mistério, com seus membros tatuados como os *yakuzas* japoneses, também têm origem remota. Vinculam-se, num passado remoto que atinge mais de dois mil anos, a antigas sociedades secretas que uniam grupos de chineses, às vezes ligados por dialetos comuns, outras por interesses localizados.

A moderna versão das "tríades" surge por volta do século XVII como um movimento de resistência aos conquistadores Manchu – num processo que traz semelhanças com os que deram origem à Máfia siciliana ou às *boryokudan* japonesas. No século XX, apoiaram a revolução republicana de 1911 e passaram a controlar a corrupção governamental. Quando Mao Tsé-Tung assumiu o poder em 1949, com a vitória dos comunistas sobre os nacionalistas (que se refugiaram em Taiwan, até hoje vista pelo governo chinês como uma província rebelde), as "tríades" passaram a ser perseguidas, particularmente em razão do apoio que as gangues baseadas em Xangai haviam dado ao regime derrotado de Chiang Kai-shek. A perseguição não acabou com suas atividades na China continental, mas levou muitos de seus membros para Hong-Kong – colônia britânica encravada em território chinês, que será devolvida à China Popular em 1997 e cujo governo havia oficialmente banido as "tríades" desde 1845 – e Taiwan, de onde expandiram mais tarde suas ações a nível global.

Mais de cem mil homens participam das principais organizações criminosas chinesas: a *Sun Yee-On* (a maior e mais hierarquizada das "tríades", estabelecida em Hong Kong), a *14-K* (baseada em Hong Kong e chefiada por um ex-general nacionalista), o Grupo *Wo* (igualmente sediado em Hong Kong e subdividido em 10 subgrupos), a *Gangue Unida do Bambu Círculo* (fundada por ex-guardas vermelhos que fugiram para Hong Kong durante a Revolução Cultural chinesa e

(36) Dados sobre o crime organizado japonês obtidos na edição do dia 28.02.1993 do jornal *O Estado de S. Paulo*, na p. 8 do caderno "Máfia – O Poder Paralelo", e na anteriormente citada "World Encyclopedia of Organized Crime", p. 729 a 732.

hoje baseada na China Popular), os *Dragões Voadores* (formada em Nova York por imigrantes chineses e hoje com forte militância de vietnamitas) e as *Sombras de Fantasmas* (igualmente baseada em Nova York e constituída por imigrantes chineses, de Hong Kong fundamentalmente).

Cada uma das "tríades" é liderada por um "cabeça de dragão", freqüentemente um respeitável homem de negócios, e tem escalões com nomes exóticos como "varas vermelhas" e "leques brancos de papel". A partir de suas bases, expandem suas ações pelo mundo, em particular por meio das colônias chinesas na diáspora.

As "tríades" chinesas, como outras máfias, dedicam-se a um amplo espectro de crimes. Seus maiores rendimentos provêm, contudo, do tráfico de drogas (dominam o mercado internacional de heroína, a partir de seu controle sobre o maior centro mundial de produção da droga, o chamado Triângulo Dourado no Sudeste Asiático), agiotagem, prostituição, fraudes e imigração ilegal, contrabandeando pessoas em especial para os Estados Unidos.

A próxima incorporação de Hong Kong à China Popular, ao causar temores de mudanças políticas, tem favorecido esse processo de movimentação ilegal de pessoas e o crescimento das comunidades chinesas no exterior, em particular em países como África do Sul, Austrália, Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia. Fez também com que muitas "tríades" deslocassem parte de suas bases para essas nações.

O Canadá, país que mais tem recebido legalmente imigrantes chineses, está se tornando uma das principais bases das "tríades" internacionalizadas. Nesse país, cujo crime organizado era tradicionalmente dominado pela *Cosa Nostra*, cresce hoje a importância das "tríades chinesas" que, como outras máfias, vêm direcionando também seus lucros para empreendimentos legais, ao mesmo tempo em que mantêm as atividades criminosas.[37]

3.6 Os cartéis colombianos

A criminalidade organizada da Colômbia, estruturada nos cartéis de Cali (hoje, o mais importante) e de Medellín (cujo poder está sensivelmente reduzido desde a morte de Pablo Escobar no dia 03.12.1993, vive praticamente em função de um único negócio: o tráfico internacional de cocaína. Outros crimes praticados pelos cartéis, como subornos e assassinatos seguidos, decorrem basicamente de sua multibilionária fonte de rendas.

A criminalidade colombiana tem características únicas por envolver vínculos entre criminosos comuns e guerrilheiros políticos, como salientou o deputado Elói Pietá em recente trabalho publicado pela Assembléia Legislativa de São Paulo, após visita à Colômbia.[38] Segundo o deputado, observadores da área dos direitos humanos atribuem à guerrilha colombiana "quatro tipos de ações que lhe teriam tirado muito a sustentação ideológica e política: 1) extorsão para obter dinheiro com a ameaça de morte; 2) seqüestro de pessoas para obter resgate; 3) uso de armas que matam indistintamente, como minas; 4) pressão sobre a população civil em alguns locais para aderir à guerrilha". O estudo do deputado salienta ainda que, "com motivação política cada vez menos clara, muitas delas (organizações guerrilheiras) derivaram para o banditismo. Daí para se associar às mais variadas formas de delinqüência era apenas um passo". E adiante: "Entre as formas de associação com a delinqüência há a associação com o narcotráfico. A ofensiva do governo sobre os

(37) Dados sobre as "tríades" chinesas são da revista *Time*, edição de 1.º.02.1993, p. 30 a 35.

(38) *Colômbia: Lições a Tirar de um País em Guerra*, de Elói Pietá.

narcotraficantes levou vários deles a rever suas relações com os guerrilheiros, para quem havia muitos atrativos nos recursos do narcotráfico. Assim estavam lançadas as bases objetivas para uma aliança entre setores das guerrilhas e o narcotráfico."

Os narcotraficantes colombianos também sempre mantiveram relacionamentos com as várias instâncias do poder em seu país, tendo contatos íntimos com políticos. Somente a partir da pressão dos Estados Unidos – principal mercado consumidor da cocaína colombiana –, o governo de Bogotá decidiu enfrentar os cartéis. Estes, por sua vez, reagiram com extrema violência: três candidatos à Presidência, um ministro da Justiça, mais de mil policiais, um procurador-geral e mais de duzentos juízes foram mortos por ordens dos traficantes, principalmente dos do Cartel de Medellín, o mais violento, então liderado por Pablo Escobar.

A prisão de Escobar, no início da década de 90, representou o primeiro golpe firme contra o grupo de Medellín. Escobar fugiu de sua prisão – uma cadeia de luxo, onde ele tinha uma suíte dotada de hidromassagem – em julho de 1992, mas sua organização já estava ferida de morte. Sua morte em 1993 consumou o desmantelamento de um império que vinha sendo construído desde a década de 70. Não significou, no entanto, a morte do sistema de tráfico de drogas baseado em Medellín, nem muito menos o término das exportações de cocaína a partir da Colômbia (usando várias rotas, que incluem passagens pelo território brasileiro). A morte de Escobar abriu caminho para o crescimento do Cartel de Cali, dominado pelas famílias de José Santacruz Londoño e de Gilberto Rodrigues Orejuela.

Esse cartel é responsável hoje pela venda de 70% da cocaína que chega ao mercado americano e está penetrando ainda nos mercados da Europa – continente que, antes, era apenas usado para operações de "lavagem de dinheiro" – e do Japão. Alguns de seus principais líderes foram presos a partir do ano passado pelas autoridades colombianas, mas a fuga de um deles, José Santacruz Londoño, em janeiro passado, de uma prisão de segurança máxima em Bogotá, serviu como demonstração clara do poderio que a organização continua a ter.

Parte desse poder está vinculado a ligações políticas. No ano passado, Fernando Botero Zea, chefe da campanha que conduziu Ernesto Samper à Presidência da Colômbia, renunciou a seu cargo de ministro da Defesa. Foi logo em seguida preso, sob a acusação de haver financiado em parte a campanha de seu chefe com doações do Cartel de Cali. As acusações tisnaram a imagem de Samper, que acabou sendo delas inocentado pelo Parlamento de seu país.[39]

O fato é que o negócio criminoso da cocaína continua extremamente lucrativo. O quilo da droga vale no mercado consumidor americano quase vinte vezes mais que seu preço na Colômbia – pula de US$ 4.300 para US$ 70 mil contra um preço de US$ 1.500 nas regiões produtoras na Bolívia e no Peru. Os colombianos dominam 98% do tráfico mundial da droga, que envolve faturamento de aproximadamente US$ 100 bilhões de dólares. Associam-se às vezes com traficantes baseados no México e estão começando a penetrar no mercado internacional de heroína, que movimenta cerca de US$ 150 bilhões por ano.[40]

(39) Informações sobre os cartéis colombianos baseiam-se em reportagens publicadas pela revista *Time* nas edições de 1.º.04.1991, 1.º.07.1991, 1.º.03.1993, 13.12.1993, 07.11.1994, 22.01.1996 e 05.02.1996, e em reportagem editada pela *Folha de S. Paulo*, no caderno Mundo, edição do dia 03.12.1993, p. 10.

(40) Relatório d ONU citado pela revista *Isto É*, edição do dia 26.06.1996, p. 44 e 45.

3.7 Outras máfias

A criminalidade contemporânea tem assistido ao crescimento de outras máfias que, de uma ação inicialmente localizada, passam também a globalizar suas atividades.

Uma dessas máfias é a nigeriana, na realidade não um grupo organizado, como os grupos italianos ou americanos. De acordo com relatório da DEA, citado pela revista "Veja", esta é a organização criminosa que mais cresceu em 1995. Ela é constituída por grupos independentes, que fazem uma espécie de divisão do trabalho baseada nas várias etnias da Nigéria. O povo hausa, o mais rico do país, financia as operações; os iorubás, envolvidos na administração pública, garantem facilidades para o contrabando da droga; e os ibos, tidos como comerciantes eficientes, cuidam do escoamento da cocaína.

Os traficantes nigerianos basicamente usam o Brasil como base de operações para vendas anuais de cerca de dez toneladas de cocaína, destinadas a mercados europeus e africanos.[41]

Outra das máfias emergentes é a chamada máfia russa, na realidade uma congregação de organizações criminosas baseadas em repúblicas que constituíam a antiga União Soviética. Seu surgimento está diretamente vinculado ao colapso dos regimes comunistas na União Soviética e em outros países da Europa Oriental. O fim da antiga estabilidade com o surgimento de uma nova ordem que pretende ser capitalista, mas que ainda está num estágio de busca de lucros predatórios, criou desordem institucional, a par da crise econômica, exatamente o pano de fundo que serve como nascedouro para as máfias.

É ilusão, no entanto, se acreditar que as máfias nasceram com o fim do comunismo. Na realidade, elas já existiam, cuidando do tráfico de drogas (especialmente heroína) interno e do antigo mercado negro que havia nas nações comunistas. O fim do regime levou apenas ao seu crescimento e à sua internacionalização. Como toda organização criminosa em processo de crescimento, essas novas máfias usam da violência para se impor e praticam extorsões como principal meio de obtenção de recursos para financiar outras atividades delinqüenciais. Estão ainda numa fase de estruturação, havendo em conseqüência guerras para controle de territórios. Envolvem-se marcadamente em processos de corrupção de autoridades e de substituição dessas, por muitas vezes inexistentes, como meio de imposição de uma ordem de ética distorcida, que beneficia seus patrocinadores.

A mão-de-obra dessas máfias é constituída por veteranos da guerra do Afeganistão, por ex-agentes do KGB (o serviço de espionagem e de polícia política do antigo regime) e por membros de minorias, como judeus e caucasianos, chechenos em particular.

As máfias estão envolvidas em extorsão, falsificação de documentos, roubos e num amplo processo de corrupção. Tráfico de drogas e armas – há rumores, não confirmados, de que os mafiosos russos chegaram a negociar materiais nucleares – são outras de suas fontes de rendimentos.

A fraca estrutura do atual Estado russo vem facilitando o desenvolvimento dessas máfias, cujo combate foi um dos temas da recente campanha eleitoral, na qual os comunistas basearam sua luta por votos na promessa de restabelecer a antiga ordem que marcava a sociedade soviética. O presidente Boris Yeltsin, preocupado, já resolveu usar também essa carta, trazendo para seu lado um candidato que obteve o terceiro lugar no primeiro turno eleitoral, o general Alexander Lebed, herói da guerra do Afeganistão e que baseara sua campanha

(41) *Revista Veja*, edição de 26.06.1996, p. 96 e 97.

na promessa de restauração da ordem, mas não mais num regime comunista.

As máfias russas estão ampliando sua ação para fora das fronteiras de seu país, especialmente para os Estados Unidos e Israel, nações de preferência em seu processo emigratório. Um dos maiores chefes do crime organizado russo, Vyacheslav Ivankov, estabeleceu-se no Brooklyn, em Nova York, um dos principais centros judaicos da cidade. Outros criminosos russos, os irmãos Michael e David Smushkevich, foram presos na Califórnia depois de promoverem um amplo esquema de fraude com seguros médicos.

Serviços ocidentais de inteligência temem que os criminosos das máfias russas assumam com o tempo o papel de "bicho papão" que antes era reservado para o governo soviético. E dizem que, em vista do despreparo da polícia russa para enfrentar o crime organizado e da longa experiência que esses malfeitores obtiveram em lograr as autoridades no regime comunista, a Rússia deve se preparar para uma longa luta contra a delinqüência.[42]

Outras máfias menos significativas incluem grupos criminosos organizados de outros ex-países comunistas europeus, grupos de delinqüentes da Turquia e sindicatos do crime do México (vinculados aos traficantes colombianos) e da França.

4. Crime organizado no Brasil

A discussão sobre a existência ou não de crime organizado no Brasil, e particularmente em São Paulo, costuma desembocar em conclusões contraditórias. Há quem afirme a existência dessa modalidade de delinqüência no País, sem, no entanto, muitas vezes, esclarecer a que conceito de crime organizado se refere. No pólo contrário, há quem negue categoricamente sua existência. No fundo, há um embate conceitual sobre o tema. A questão ganhou tanta importância nos últimos tempos que a Assembléia Legislativa de São Paulo instalou, no dia 10.04.1995, uma Comissão Parlamentar de Inquérito, constituída por treze deputados, para investigar a situação relativa ao crime organizado no Estado.

A preocupação não se resume aos parlamentares. O Governador Mário Covas, em seu plano de governo, afirmou, no tocante à segurança pública, que "a meta número um será fortalecer um sistema competente de prevenção ao crime e à desordem, aumentando e melhorando o policiamento ostensivo da PM e a atuação dos setores especializados da Polícia Civil, *sem descuidar do combate ao crime organizado* (grifo nosso).[43]

A promessa de campanha foi cumprida com a edição do Decreto 39.928, de 26.01.1995, que criou a Divisão de Proteção Comunitária – DIPROCOM, subordinada ao Departamento de Investigações sobre Crimes Patrimoniais – DEPATRI. O art. 3.º desse decreto determinou que a "Divisão de Proteção Comunitária tem por atribuições básicas planejar e coordenar as ações táticas e estratégicas visando à *prevenção e repressão ao crime organizado*" (grifo nosso).

A criação dessa unidade representa, acima de tudo, medida preventiva. Do mesmo modo devem ser interpretadas outras duas medidas adotadas pela Administração paulista. Uma delas foi a criação pelo Decreto 39.917, de 13.01.1995, de uma delegacia na Divisão de Proteção à Pessoa, do Departamento de Homicídios e Proteção à

(42) Informações sobre as máfias russas basearam-se em reportagens publicadas pelo jornal *O Estado de S. Paulo* nos dias 28.02.1993, caderno "Máfia – O Poder Paralelo", p. 3, e 19.12.1993, p. A20.

(43) "Um Governo para São Paulo – Propostas Setoriais, p. 26.

Pessoa, destinada à preservação da integridade de testemunhas, acusados e vítimas supérstites, "ameaçados em virtude de depoimentos ou informações que levem a prevenir ou reprimir atos criminosos, desbaratar quadrilhas ou facultar a produção de provas em processos penais". Trata-se de medida inspirada na experiência internacional que demonstra a necessidade de serem protegidas as pessoas que dêem informações que permitam o desbaratamento de quadrilhas, pertençam elas ou não ao crime organizado. Outra foi a criação, por meio do Decreto 39.918, também de 13.01.1995, da Divisão de Inteligência e Apoio Policial, no Departamento Estadual de Investigações sobre Narcóticos, cuja missão envolve a colaboração com unidades do interior do Estado e órgãos policiais ou não, sejam estes municipais, estaduais ou federais, para o combate ao uso e tráfico de entorpecentes, crimes nos quais o Brasil enfrenta, como se exporá adiante, a ação do crime organizado internacional.

A criação dessas unidades não implica, no entanto, o reconhecimento da existência de crime organizado no Estado de São Paulo. Admite, no entanto, que são necessárias atitudes policiais para se impedir que essa modalidade delinqüencial se instale no território paulista.

Na realidade, levando-se em consideração o modelo mafioso de crime organizado, com as características que foram anteriormente expostas, não há em São Paulo evidências de sua existência. O que há, no Estado, deixando de lado num primeiro momento a contravenção do "jogo do bicho", é, conforme se analisará adiante, a presença de quadrilhas mais ou menos estruturadas, algumas delas com envolvimento de policiais, modalidades delinqüenciais que buscam avançar para um modelo de organização (ainda distinto da estrutura mafiosa) e crimes que podem se transformar, se não fossem alvo – como já vêm sendo – de combate específico, em embriões de máfias no futuro. Constata-se, ainda, no Estado, a presença eventual de criminosos de outros países, em particular da Itália, e o uso de seu território como rota de venda de drogas por traficantes nigerianos.

A situação em outros pontos do território brasileiro apresenta conotações diferentes, conforme se exporá neste trabalho.

A Comissão Parlamentar de Inquérito do Crime Organizado, que ainda não concluiu seus trabalhos, pretende abordar, em seu relatório, entre outros temas, a polêmica em torno da existência do crime organizado no Estado, posicionando-se a respeito sua estrutura atual, as tendências e medidas para seu combate. Não se sabe, contudo, ainda, com base em seu relatório preliminar,[44] qual conceito dará a essa modalidade de prática continuada de delitos. O relatório preliminar, no entanto, resolve em parte a questão, ao afirmar que, "em face da amplitude do tema sob sua investigação, a CPI optou por se concentrar em três modalidades importantes de crimes: o furto e roubo de veículos, o roubo de cargas, o tráfico de entorpecentes. A CPI escolheu diminuir a extensão de seu objeto para aumentar o grau de certeza e a profundidade de suas conclusões".

O relatório preliminar acrescenta que "a quase totalidade das autoridades e especialistas ouvidos concorda com a denominação de crime organizado para as atividades relacionadas com o roubo e furto de veículos, roubo de cargas e tráfico de entorpecentes. Todos concordam, porém, que o estágio em que se encontra o crime organizado em São Paulo tem sua especificidade, que o distingue do estágio alcançado em vários outros países, ou até, dentro do País, das características do tráfico de entorpecentes no Rio de Janeiro. Discordou do emprego desta denominação para São Paulo apenas o Delegado Geral da Polí-

(44) Apresentado no dia 28.02.1996 por seu relator, Deputado Elói Pietá.

cia Civil (Antonio Carlos de Castro Machado), que, usando o conceito de crime organizado tirado do modelo da máfia, com líderes consolidados, hierarquia rígida, influência nos três poderes de governo, afirmou não existir crime organizado em São Paulo, existindo apenas quadrilhas".

Data maxima venia, essa posição coincide com as dos especialistas citados neste trabalho e, ainda, com a dos legisladores italianos, que – como salientou o magistrado Walter Fanganiello Maierovitch, em trabalho anteriormente mencionado – diferenciaram os conceitos de quadrilha e de organização criminosa.

Com efeito, não há máfias, com seu poder de penetração na sociedade ou sua capacidade organizativa, em ação em São Paulo. Há quadrilhas, algumas delas estruturadas e que, como bem colocou a Comissão Parlamentar de Inquérito, dirigem suas atividades para alguns delitos. A própria especificidade do suposto crime organizado paulista, argüida por deponentes na CPI, afasta o conceito internacional dessa modalidade de ação criminosa, apontando na realidade para ações de quadrilhas estruturadas, mas cuja atividade ainda não dá demonstrações de que poderão se perpetuar no tempo e adquirir a importância negativa que as máfias têm nas sociedades modernas.

As três modalidades delituosas analisadas pela CPI juntam-se aos roubos a bancos como as que maior potencial têm para o eventual desenvolvimento do crime organizado no Estado. Ao lado dessas, devem ser analisados os homicídios múltiplos, às vezes vinculados ao tráfico de entorpecentes e outras à ação dos chamados "justiceiros".

No tocante aos homicídios, eles se concentram na Zona Sul da Capital, envolvem na ampla maioria dos casos armas de fogo (87%) e têm como vítimas preferenciais indivíduos do sexo masculino (91%). A presença de casos, ainda que sejam minoria, de delitos praticados por justiceiros, envolve um perigo que esteve sempre presente nas origens das máfias: o emprego de "justiça" própria como meio de punição a supostos delinqüentes que, por uma razão ou outra, não foram alcançados pelos mecanismos legais.

Muitas máfias originaram-se de processos semelhantes, com a substituição das autoridades por grupos que se atribuíam uma distorcida visão de justiça, mas que ganhavam aceitação de coletividades que, de uma forma ou outra, se sentiam desprotegidas. Esse processo só será evitado por ações conjuntas do sistema legal de prevenção e repressão de crimes. De um lado, como a Polícia Civil paulista já vem fazendo, é necessária a concentração de esforços no combate à violência, seja por meio de intensificação da investigação de crimes nos pontos em que mais ocorrem, seja ainda pela busca do desarmamento da população. De outra parte, é essencial que o sistema, como um todo, reaja a essas ações, dando satisfações à sociedade por meio de uma eficiente repressão aos criminosos, de modo a se evitar que os chamados "justiceiros", na verdade matadores de aluguel com potencial de intimidação mafiosa, sejam, de uma maneira ou outra, aceitos pelas comunidades.

No que diz respeito aos roubos a bancos, há uma perigosa tendência ascendente, no período analisado que vai de abril de 1994 a abril de 1996. O crescimento dessa modalidade criminosa indica a estruturação de quadrilhas cuja ação deve ser combatida com eficiência pelo sistema legal como um todo em vista do potencial que embute para o surgimento de criminalidade organizada.

Os delitos enfocados pela Comissão Parlamentar de Inquérito também envolvem o perigo de evolução para formas de crime organizado, nos moldes dos

grupos internacionais anteriormente analisados.

Com efeito, o primeiro deles dissecado pela CPI, o roubo de cargas, pela estruturação que o envolve, por necessitar de um esquema de receptação para concretização de lucros, traz o potencial de evolução para o patamar de crime organizado. O relatório preliminar da CPI afirmou que o roubo de cargas "é considerado o crime que mais cresceu na década de 90, em especial no Estado de São Paulo", e apontou alarmante envolvimento de policiais em casos investigados.

O relatório preliminar asseverou, ademais, que "o roubo de cargas também é considerado a atividade ilícita mais estruturada, depois do jogo do bicho. Na chefia de cada grupo organizado está normalmente um receptador, que mantém galpões para armazenagem da mercadoria roubada, recruta informantes, ladrões e distribuidores, mantém advogado e contador, comanda a corrupção de agentes públicos". O trabalho parlamentar assegurou ainda que "normalmente o grupo criminoso se divide em três setores: o setor de armazenagem e distribuição – os receptadores; o setor operacional – os assaltantes (normalmente delinqüentes profissionais, mas às vezes integrantes ou ex-integrantes da polícia); o setor de segurança – onde é notória a participação de policiais".

Estatística do Sindicato das Empresas Transportadoras de Cargas do Estado de São Paulo, mencionada no trabalho parlamentar, indica queda de 1994 para 1995 no número absoluto do roubo de cargas – de 975 para 838 –, mas aumento no valor das mercadorias roubadas – de US$ 85 milhões, no que foi interpretado como indicativo de maior profissionalização dos ladrões, "que estariam selecionando melhor as cargas roubadas". Nos cinco primeiros meses de 1996, conforme notícia divulgada no dia 27 de junho do corrente ano pelo jornal "O Estado de S. Paulo",[45] a Polícia Civil registrou 638 casos de roubo de cargas, numa média de quatro assaltos por dia. A mesma notícia informou que a Secretaria da Segurança Pública prometeu a implantação de um sistema integrado de informações com o Departamento de Polícia Federal para o combate aos assaltantes.

No concernente ao furto e roubo de veículos, a CPI diz, em seu relatório preliminar, que "há quantidade bastante grande de quadrilhas", o que afasta a existência de uma estrutura típica de crime organizado – dentro do enfoque adotado neste trabalho – na prática dessa modalidade delituosa. Denuncia, ademais, o envolvimento eventual de funcionários públicos, que facilitariam a emissão de documentos falsos usados na comercialização de veículos subtraídos. Deduz também que irregularidades apuradas em lojas de auto-peças usadas, popularizadas como "desmanches", trazem indícios que esses estabelecimentos poderiam ser usados para a comercialização de carros furtados ou roubados.

Os dados estatísticos apontados pela CPI indicam que, em 1995, houve uma média de 10.000 furtos e roubos de veículos por mês, numa diminuição de cerca de 15% em relação ao ano anterior. No período, como é notório, houve crescimento na frota de veículos no Estado de São Paulo, que se aproxima de 11 milhões de unidades. A recuperação, conforme dados apurados na Divisão de Investigações sobre Furtos e Roubos de Veículos e Cargas (DIVECAR), do DEPATRI, oscila nas proximidades de 50%.

Dados obtidos na DIVECAR apontam ainda que 67% dos casos de subtração de veículos são resultado de furto; 37%, de roubos. Indicam ainda que, em média, 60% dos casos ocorrem na Capital do Estado; 21%, na Grande São Paulo; e

(45) "Sindicato pede mais rigor contra roubos de cargas", p. C5, do caderno *Cidades*.

19%, no interior paulista. Deve-se lembrar que 52% da frota do Estado estão registrados no Interior e na Grande São Paulo, e 48%, na Capital.

O relatório preliminar da CPI afirma ainda que "não há estatísticas sobre o destino dos não-recuperados, dividindo-se normalmente entre o desmanche deles para a venda em peças ou a sua comercialização com documentos de outro veículo". Policiais especializados na investigação dessa prática delituosa apontam, no entanto, um terceiro destino já constatado para veículos furtados e roubados: a comercialização em outros Estados e mesmo em países vizinhos, como Paraguai e Bolívia. Essa prática, o o fato de a Polícia Civil já haver identificado receptadores contumazes de veículos furtados e roubados e os demais destinos dados a esses bens após sua subtração, demonstram que as quadrilhas que atuam nessa área também podem desenvolver-se perigosamente em direção ao crime organizado, embora, pela fragmentação de quadrilhas, ainda não tenham alcançado esse estágio.

Por derradeiro, no que diz respeito ao tráfico de entorpecentes, a Comissão Parlamentar de Inquérito constatou a "incidência generalizada" desse crime em todas as partes do Estado. "Os grandes traficantes trabalham nas rotas internacionais, são de difícil identificação e normalmente estão localizados em outros Estados, na fronteira com os países produtores e exportadores da cocaína. Os micros, pequenos e médios traficantes não precisam se organizar muito para seu comércio. Atuam normalmente separados em inúmeras quadrilhas", diz o relatório da CPI, antes de denunciar eventual envolvimento de policiais na libertação irregular de traficantes e no comando de quadrilhas.

O relatório salienta que o tráfico é constatável em bairros pobres e de classe média, e levanta a possibilidade de conexões entre esse delito e o furto/roubo de autos, ao constatar que ambos os crimes aparecem em destaque na região de Pinheiros, em São Paulo. E observa: "Isso talvez seja um indício da tão propalada necessidade de os usuários de entorpecentes cometerem outros crimes para pagar a droga." Poder-se-ia aduzir o relacionamento entre tráfico de drogas e homicídios.

Os dados coletados pela CPI salientam a presença de pequenos e médios traficantes em São Paulo, divididos em inúmeras quadrilhas. Uma delas, cujas atividades foram divulgadas pela reportagem intitulada: "Onde policiais são bandidos",[46] envolve a participação de policiais militares que, a par de traficarem drogas, praticavam outros delitos, como furtos, roubos e corrupção, mas não agiam de forma organizada, de acordo com as informações do ex-cabo Junior José Pinheiro, que denunciou suas atividades.

O envolvimento de quadrilhas isoladas evidentemente afasta o conceito de crime organizado das atividades dos traficantes paulistas. No entanto, deve-se observar que o tráfico de entorpecentes – principalmente no que diz respeito à cocaína – tem implicações internacionais, uma vez que essa droga provém de nações estrangeiras, majoritariamente da Colômbia, maior centro mundial de refino e venda dessa substância.

Fora de São Paulo, não se levando em conta ações de traficantes internacionais que usam seu território apenas para a passagem de drogas com destinos externos e não se encontram baseados aqui, o tráfico embute indicativos de que seja uma modalidade delituosa em vias de organização no Brasil.

No Rio de Janeiro, o chamado Comando Vermelho, criado nos anos 70 no presídio de Ilha Grande, onde se encon-

(46) De autoria de Marinês Campos, publicada no *Jornal da Tarde*, edição do dia 23.06.1996, p. 16A.

travam presos políticos e delinqüentes comuns, é vinculado ao tráfico de drogas, centralizado em várias favelas. O grupo, do qual não se tem provas de estruturação (muitas vezes, ao que se sabe, seu nome é usado por integrantes de quadrilhas isoladas para dar a idéia de um poderio na verdade inexistente), é também ligado a seguidos seqüestros (crime que a Polícia Civil paulista tem combatido com notável êxito, a ponto de haver esclarecido cinco dos apenas nove casos ocorridos este ano no Estado, numa ação desestimulante à prática dessa modalidade delituosa que, bem sucedida, pode ser terreno fértil para o surgimento da criminalidade organizada) e tráfico de armas, outra atividade criminosa que tende à organização.

Os traficantes cariocas já descobertos, mesmo que ligados ao chamado Comando Vermelho, atuam apenas no varejo, do mesmo modo que ocorre com os vendedores de drogas em São Paulo. Nos atacadistas, ainda não identificados, podem surgir os vínculos do tráfico de drogas doméstico com a criminalidade organizada, provavelmente a nível internacional. Há indícios de que traficantes internacionais estão usando o amplo território brasileiro como base para seus negócios ilegais. O senador Romeu Tuma, na qualidade de vice-presidente da Interpol para as Américas,[47] afirmou que "os mafiosos italianos, que antes escolhiam a Venezuela, Argentina, Uruguai e o Peru, transferiram para o Brasil suas base de envio de cocaína para a Europa. Os colombianos e bolivianos também chegaram com tudo". O senador acrescentou que essa escolha deveu-se às facilidades de comunicação do Brasil, à sua grande rede hoteleira e a seus inúmeros portos e aeroportos, oficiais e clandestinos.

Um relatório do Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de Drogas, divulgado no mesmo texto jornalístico que publicou os comentários do senador Romeu Tuma, observou as falhas da estrutura brasileira para enfrentar o grande tráfico. O relatório aponta despreparo dos policiais brasileiros (bem como número reduzido de homens dedicados a essa atividade), facilidade de abertura de contas bancárias com nomes falsos, lentidão do Poder Judiciário acarretando impunidade de criminosos e falta de vagas suficientes no sistema carcerário. A mesma reportagem afirma que traficantes colombianos e bolivianos, do mesmo modo que mafiosos italianos, escolheram o Rio de Janeiro como central de "lavagem de dinheiro", numa operação que teria sido descoberta por policiais americanos, ingleses, canadenses e italianos.

A presença de traficantes atacadistas no mercado brasileiro é demonstrada pela análise do movimento bancário de duas pequenas cidades, Xapuri, no Acre, e Cacoal, em Rondônia, feita a partir de dados do Banco Central por pesquisadores do Departamento de Geografia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.[48] O trabalho demonstra que o movimento bancário nessas duas cidades – situadas em áreas por onde se escoa parte da produção sul-americana de cocaína, segundo dados do DEA – é incompatível com o tamanho de suas economias formais.

Conjecturou-se ainda sobre possíveis vínculos entre o tráfico de drogas e o "jogo do bicho". Não existem provas concretas desses vínculos, a não ser a nível individual. No entanto, o "jogo do

(47) "Brasil é a maior rota internacional da cocaína" reportagem de Renato Lombardi, publicada pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, em caderno especial intitulado "Drogas – O Avanço das Superpotências Criminosas", no dia 24.10.1993, p. H6.

(48) Divulgada na reportagem "Narcodólares movimentam cidade falida", publicada pela *Folha de S. Paulo*, no dia 09.06.1996, 1.º caderno.

bicho", embora tecnicamente uma contravenção – "crime anão", no velho dizer –, demonstra ser a modalidade de delinqüência com maior organização no território brasileiro, onde conta com certo grau de conivência da sociedade.

De fato, o "jogo do bicho" mostra características organizacionais inexistentes em outras práticas delituosas no País. Há os apontadores de jogos nas ruas,[49] locais destinados à apuração e centrais para sorteios, além de uma ampla rede que divulga os resultados desses por todo o território nacional.

Apesar de a discussão envolver polêmicas políticas, já houve em caso no Brasil cujo desenvolvimento de ações lembra, no cerne, o dos grupos de crime organizado. Trata-se do grupo que brevemente ocupou o poder no Brasil, sob a liderança do Presidente Fernando Collor de Mello, até o processo de *impeachment* de 1992, no qual foram demonstradas cabalmente práticas criminosas nos moldes das desencadeadas pelo crime organizado. O grupo, conforme se comprovou, criou uma ampla rede de corrupção a partir da tomada do poder político, e elaborou um sofisticado sistema de "lavagem de dinheiro", mediante depósitos em contas criadas em nomes imaginários (os chamados "fantasmas") e movimentadas por componentes do grupo e seus cúmplices, num esquema criminoso que envolveu grandes proveitos, cujo valor total nunca foi, aliás, descoberto. A Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou as ações do grupo analisou, em três meses de trabalho, mais de 40.000 cheques e outros documentos, "que comprovam a movimentação de milhões de dólares em transações ilícitas".[50] Na busca de explicar a origem de parte do dinheiro, o grupo chegou a criar uma suposta "Operação Uruguai", com o auxílio do "doleiro" Najun Azario Flato Turner, cuja misteriosa vida financeira traz indícios de participação em operações de "lavagem de dinheiro".[51]

Até recentemente não havia indícios de que a violência, outra característica do crime organizado, fizesse parte das atividades do grupo, embora, já em 1992, houvesse informação de que o principal dirigente das finanças "colloridas", Paulo César Farias, o PC, temesse ser assassinado, em vista das informações que possuía[52] sobre o emaranhado de empresas no exterior, algumas delas em paraísos fiscais, como Aruba e Bahamas,[53] usadas para complexas operações de "lavagem de dinheiro".

O recente assassinato de PC pode ser o indicador que faltava para a caracterização do grupo como representante nativo do crime organizado...

(49) O contraventor carioca Castor de Andrade, atualmente preso, empregava seis mil pessoas no bairro de Bangu, consoante reportagem de Roberta Jansen, publicada pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, edição do dia 10.04.1994, caderno "Crime Organizado S.A", p. X8.

(50) Edição especial de *Veja* sobre a queda do Governo de Fernando Collor de Mello, intitulada "Caiu! – A Revolução que derrubou Collor – O estouro da quadrilha que tomou o Planalto – O que muda no Brasil de Itamar Franco", p. 31.

(51) *Veja*, edição do dia 05.08.1992, p. 22, 23 e 26.

(52) *Veja*, edição do dia 26.08.1992, p. 28 e 29, e edição especial do dia 30.09.1992, já citada, p. 31.

(53) *Veja*, edição do dia 13.05.1991, p. 16 a 19.

6. POLÍCIA E DIREITO

PROPOSTA PARA UMA NOVA POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA

MARIA EUGÊNIA RAPOSO DA SILVA TELLES *
(Coordenação)

SUMÁRIO: 1. Princípios éticos e democráticos para uma nova política de segurança pública – 2. Desmilitarização da polícia preventivo-ostensiva – 3. Municipalização da polícia preventivo-ostensiva – 4. Controle externo da atividade policial – 5. Emenda à Constituição Federal; 5.1 Segurança Pública; 5.2 Competência Legislativa; 5.3 Competência Municipal; 5.4 Servidores Públicos Militares; 5.5 Tribunais e Juízes dos Estados; 5.6 Disposições Constitucionais Transitórias.

1. Princípios éticos e democráticos para uma nova política de segurança pública

O serviço de segurança pública, pela sua relevância, complexidade e propensão ao abuso, é um indicador eficiente do grau de aperfeiçoamento democrático das sociedades.

É que a esse setor incumbe, diretamente, a aplicação da força para o controle das infrações penais. Os princípios éticos que fundamentam os valores republicanos, os valores democráticos e o reconhecimento da dignidade dos direitos humanos são, todos eles, alcançados quando se trata da organização da atividade policial.

O princípio fundamental da República (*res publica*), como se sabe, é o de que o que é público é comum a todos, e não pode ser apropriado por particulares ou por grupos. O princípio iluminador da democracia é o de que a todo governo incumbe o desempenho de funções e não o exercício de dominações – a palavra *dominação* vem de *dominus*, que significa dono, senhor.

Por conseguinte, não se poderá falar em república democrática onde não houver soberania popular e igualdade de direitos. Na república democrática, todo poder emana do povo, e os delegados do poder devem responder por seus atos perante o povo. Esse princípio majoritário, todavia, deve ter sua aplicação limitada pela necessidade do respeito aos direitos humanos.

O que se observa, entre nós, em matéria de segurança pública, é o completo afastamento destes princípios. De acordo com a descrição insuspeita do Departamento de Estado norte-americano, publicada no último relatório anual sobre "Práticas de Direitos Humanos", a atuação do governo paulista na área da segurança traduz-se por uma "política de assassinar pessoas suspeitas de crimes ao invés de prendê-las".

A conclusão estarrecedora do relatório dá conta de que em 1990 a polícia matou

(*) Grupo de Trabalho da Segurança Pública: Bismael de Moraes, Eunice Fagundes Stort, Flávio Bierrenbach, Flávio Strauss, Francisco Leme Franco, Ten. Francisco Jesus da Paz, Guaracy Mingardi, José Menezes Cabral, Marcia Jaime, Marcos Gama, Maurício H. Guimarães Pereira, Roberto Maurício Genofre, Sandra Faria, Sérgio Amadeu. Colaboração: Maria Victoria de Mesquita Benevides.

585 pessoas. Em 1992, o número de mortes causadas por policiais subiu para 1.470. Depois da tragédia do massacre no presídio do Carandiru, no mesmo ano, o número de assassinatos caiu muito – 409 em 1993 – devido à repercussão negativa do episódio, o que leva a crer que os assassinatos por parte de policiais são controláveis.

O direito à segurança, embora integre o núcleo de direitos fundamentais da pessoa – que, de resto, são condição para o exercício dos demais direitos – ao lado do direito à vida, à liberdade e à igualdade (CF, art. 5.º, *caput*), tem sido violado sistematicamente pelo poder público, por ação ou omissão. A falta de segurança, ninguém desconhece, atenta gravemente contra a ordem institucional, desembocando na ação sinistra de justiceiros, linchadores e esquadrões da morte.

A existência de uma *polícia militar*, imune a mecanismos de controle social, representa, de um lado, a negação de todo o ideal republicano e democrático e, de outro, uma ameaça permanente aos direitos humanos.

É com fundamento nesse feixe de princípios, e na observação das realidades brasileira e estrangeira, que o grupo de trabalho da segurança pública, da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo, vem apresentar, nesta XV Conferência Nacional da OAB, uma proposta de emenda à Constituição Federal para a realização de uma nova política de segurança pública, a partir de três reformas centrais: a desmilitarização e a descentralização da polícia preventivo-ostensiva, e a criação de um mecanismo de controle externo da atividade policial por parte da sociedade.

2. Desmilitarização da polícia preventivo-ostensiva

Ninguém mais parece duvidar de que a prática da violência faz parte do cotidiano da Polícia Militar no Brasil.

As razões de tal circunstância remontam à história da corporação que, desde a década de 30 é considerada força auxiliar e reserva do Exército. É sabido que, durante a ditadura (1964-1985), a Polícia Militar atuou na repressão política e assimilou, radicalmente, a ideologia da segurança nacional.

Por conseguinte, o conceito de guerra interna foi transferido para a atividade policial. A repressão à criminalidade comum se contaminou da filosofia de combate ao inimigo, em detrimento do exercício regular da função policial. Desde o início da formação dos policiais, o treinamento volta-se para a criação de um sentimento de culpa-e-castigo, que serve para reforçar a metáfora bélica da destruição do inimigo.

O resultado é o despreparo da Polícia Militar para atuar ao lado da população como um serviço social equiparado aos serviços de saúde e educação, e destinado à proteção da vida e do patrimônio.

De fato, a natureza do serviço policial é essencialmente civil, devendo obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, os quais, de resto, obrigam todos os ramos de atuação da administração pública.

Nenhum motivo existe, com efeito, que justifique a manutenção de uma polícia militarizada para a prestação do serviço de segurança pública.

A questão de saber se a militarização da polícia preventivo-ostensiva confere "força" ou "autoridade" à repressão do chamado crime organizado está há muito superada. Em primeiro lugar, porque a persecução penal, uma vez praticada a infração, cabe à polícia judiciária. Depois, porque é a chamada criminalidade de massas, e não o crime organizado, que constitui o grande motivo de insegurança para a população.

Segundo um dos mais respeitados penalistas da atualidade, Winfried Hasse-

ner,[1] o crime organizado só se verifica quando está presente, além da habitualidade e do profissionalismo, a capacidade de corromper as estruturas policial, judiciária e penitenciária do Estado.

Ora, a maior parte dos crimes que oprime a população brasileira não se enquadra neste perfil. São homicídios cometidos por cidadãos comuns, depois de brigas em casa, nos bares ou no trânsito. São assaltos e furtos cometidos por delinqüentes que, no mais das vezes, estão "na vida" desde a menoridade e que agem por conta própria, ao sabor do momento. Tal "criminalidade de massas" não se evita por meio de uma investigação competente, mas por meio da presença preventiva.

Quanto à uniformização, à disciplina e à hierarquia, é fato já muitas vezes sublinhado que não são prerrogativas exclusivamente militares. Nada impede que uma polícia civil incumbida do policiamento preventivo-ostensivo seja uniformizada e organizada hierarquicamente. Apenas, reserve-se a natureza militar aos membros das Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica.

Nem se alegue, ademais, para manter as PMs, que os Estados precisam de uma força de dissuasão. Já estão amplamente difundidas, no mundo de hoje, as técnicas de *riot control* (controle de tumulto) e de *crowd control* (controle de multidão), utilizadas pelas polícias uniformizadas do Japão, da Alemanha, da Inglaterra e dos Estados Unidos, emboras tais polícias não sejam militares.

As Polícias Militares, além disso, são corporações excessivamente onerosas para os cofres públicos. A longa escala hierárquica – soldado, cabo, 3.º e 2.º e 1.º sargentos, subtenente, 2.º e 1.º tenentes, capitão, major, tenente-coronel e coronel – e a cadeia de comandos, em que a máxima de que o subalterno não pode agir sem ordem superior é levada ao extremo, contribuem para tornar lento e ineficiente o serviço policial. Aos quartéis – que são *repartições públicas* – só pessoas autorizadas têm acesso. É inadmissível *órgão público* que consuma tantos recursos para cuidar de seus próprios interesses. Se o governo democrático é de funções e não de dominações, a finalidade dos serviços públicos só pode ser a satisfação do interesse público, respeitados os direitos humanos.

3. Municipalização da polícia preventivo-ostensiva

À exceção talvez dos crimes passionais, é sabido que a forma mais eficaz de evitar a ação criminosa é assegurar a presença da polícia. Assim, o policiamento preventivo-ostensivo deve ser exercido por meio da presença dos policiais, se não em todos os lugares e em todas as horas, como seria ideal, ao menos onde e quando a incidência de criminalidade for maior.

Trata-se, portanto, de uma atividade localizada, fato que permite a divisão em setores do território em que se realiza. Nada impede, por conseguinte, que essa divisão se dê de acordo com a divisão natural das comunidades destinatárias do serviço.

Ocorre que, em matéria de segurança pública, a afirmação de que é no Município que o cidadão vive, ganha força de norma superior. Das dificuldades inerentes à própria natureza do serviço – ser protetivo sem ser intimidativo, ser acessível ao povo e não privilégio de poucos, ser capaz de exercer a necessária coação dentro dos limites da lei e do respeito aos direitos e garantias individuais – decorre que o serviço policial precisa ser mantido sob controle permanente, por parte de seus usuários. Esse controle, todavia, para ser profícuo, depende do acesso que

[1] HASSEMER, Winfried, in *Segurança Pública no Estado de Direito*, Porto Alegre, 1993, Publicações Escola Superior do Ministério Público.

os usuários tenham à esfera de poder a que o serviço se subordina. Tal acesso, nunca é demais lembrar, só é direito na órbita municipal.

É por essa razão que o dispositivo constitucional que atribui aos Municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inc. I) não pode deixar de aplicar-se também à segurança pública.

Os governos dos Municípios, com efeito, são mais próximos, mais chegados, mais íntimos, enfim da vida cotidiana de seus governados do que os governos das outras esferas do poder. O contato muito mais direto do povo com prefeitos e vereadores – mesmo porque a área dos Municípios é menor – é condição para a pressão política necessária ao controle eficaz de um serviço com as peculiaridades da segurança pública.

Não bastasse isso, descentralizar a polícia preventivo-ostensiva é medida fundamental para combater a burocracia e o gigantismo que põem a perder a administração do serviço policial, hoje marcada pelo autoritarismo, pelo desperdício e pela ineficiência. Os imensos contigentes policiais, administrados em âmbito estadual, com uma cadeia interminável de atividades-meio, oneram o orçamento e dificultam o combate à corrupção.

A experiência demonstra que a verdadeira polícia comunitária é a polícia municipal. Pela escala e pela abrangência, pode ser mais transparente e mais sensível à fiscalização direta pela sociedade local organizada.

É o que se pôde observar durante a atuação, em São Paulo, da Guarda Civil, criada em 1926. Uniformizada e sujeita à disciplina e à hierarquia, mas sem quartéis, nos moldes da polícia inglesa, a Guarda Civil desempenhava as funções próprias da polícia preventivo-ostensiva – patrulhamento das ruas, das escolas, do trânsito etc.

O modelo, sempre lembrado, foi bem-sucedido, a ponto de ser copiado em outros Estados e até mesmo em outros países da América do Sul. Em 1969, todavia, por obra do regime militar (governo Médici), foi editado o Decreto-lei 1.072, de 30.12.1969, extinguindo as corporações policiais civis locais e transformando seus integrantes em policiais militares, sujeitos a instrução militar, regulamento militar e justiça militar.

O risco do coronelismo e da transformação das polícias municipais em "guardas pretorianas" dos prefeitos pode perfeitamente ser afastado por meio da atuação das entidades de defesa da cidadania e dos mecanismos de controle externo. Aliás, as Polícias Militares, por sua estrutura e por falta de um controle assim, transformaram-se, em muitos Estados do Brasil, em guardas pretorianas dos governadores, a ponto de ter de intervir o governo federal.

Também não é argumento oponível à proposta de municipalização do policiamento preventivo-ostensivo a afirmação de que o crime não tem fronteiras. A investigação criminal é atribuição da Polícia Civil e da Polícia Federal, e não da Polícia Militar que hoje realiza o policiamento preventivo-ostensivo, o qual deve ser municipalizado.

Para viabilizar a idéia da municipalização, a proposta de Emenda prevê, ainda, que os recursos humanos e materiais para organização e manutenção das polícias preventivo-ostensivas sejam transferidos dos Estados aos Municípios. Além disso, no caso de pequenas cidades ou de Municípios que não tenham condições de organizar sua polícia, a Emenda prevê a organização em forma de consórcio de Municípios.

4. Controle externo da atividade policial

O objetivo supremo de todo trabalho de engenharia social é a auto-regulação das instituições. No campo da segurança pública, todavia, esse objetivo é elevado à condição de imperativo ético, seja pe-

las peculiaridades do serviço policial, seja pelos princípios que fundamentam a república democrática.

O serviço policial, por ter o monopólio da coação, é propenso a desvirtuamentos escandalosos. Nunca é demais lembrar, na história recente do país, os episódios de abusos policiais sinistros, que resultaram em massacres e em extermínio de adultos e de crianças. Por falta de mecanismos de controle da atividade policial, cresce a violência institucionalizada e impune.

Ao mesmo tempo, observa-se uma verdadeira privatização da polícia. Particulares como lojas e bancos, não raro, apropriam-se da atividade policial em seu proveito particular, violando gravemente o princípio da *res publica.*

De nada adiantam as alterações nos comandos das polícias e a elaboração de fórmulas publicitárias sofisticadas, no sentido de atenuar a desconfiança e o medo que a polícia infunde na população.

Na verdade, os anos passam e os policiais responsáveis pela chacinas, pelos massacres e pelos extermínios continuam impunes. Em alguns casos, até, são promovidos de posto. A população segue espremida entre a violência dos bandidos e a violência da polícia.

Para combater desvios de poder desse tipo é preciso que se consolide a idéia do controle externo da polícia preventivo-ostensiva. Tal controle deve ser exercido por Conselhos, compostos majoritariamente por representantes de entidades da sociedade civil organizada, com competência para decidir as questões relativas ao recrutamento, à seleção e à formação do pessoal, bem como para avaliar o desempenho dos policiais para efeito de punição e de prêmio.

Tais Conselhos – que teriam também a finalidade de definir políticas para aproximar a função policial das necessidades locais de segurança pública – estariam livres das interrupções decorrentes das eleições, o que garantiria a participação popular mesmo durante tais intervalos.

A experiência tem demonstrado que os Conselhos de representantes da comunidade significam a abertura de mais um canal de participação popular, no sentido do aperfeiçoamento do regime democrático de governo. A parceria entre governo e comunidade na gestão dos negócios públicos complementa e afina a atuação dos partidos políticos na tarefa de captar e equacionar as demandas populares.

Nem se alegue, a esse respeito, que a participação popular fragiliza a instituição da representação política. A criação de Conselhos desse tipo, antes, tempera a tentação oligárquica dos partidos políticos e aproxima os centros de decisão política das reais demandas da sociedade.

Ademais, a idéia de que as instituições de um Estado democrático devem ser controladas externamente pelos cidadãos é recorrente entre os teóricos da política e do governo.

Madison,[2] a esse respeito, afirmava que o direito à autodeterminação dos homens, entendido como a proteção das liberdades individuais e coletivas, constitui o objetivo primordial dos governos. Semelhante escopo, segundo ele, exige a criação de contrafreios à expansão dos poderes do Estado. Fora daí, a tendência é de que um poder prevaleça a ponto de subjugar a sociedade, as organizações e os indivíduos.

Jurgen Habermas,[3] recentemente, acrescentou novos elementos teóricos a essa discussão. Para ele, nas democracias, todos devem ter acesso ao espaço público. Como a predominância do espaço público é do mercado e do Estado – relacionados, respectivamente, com o dinheiro e com o poder – surge a necessidade de se criar um contrapoder, localizado fora do Estado e do mercado.

(2) MADISON, James. Citado por LIMONGI, Fernando Papaterra in *Os Clássicos da Política*, 2.ª ed., São Paulo, Ática, 1991, p. 252.

(3) HABERMAS, Jurgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública.* Rio de Janeiro: Empo, 1984.

Nesse sentido, ele propõe a criação de esferas públicas autônomas para servir de contrapeso ao Estado e ao mercado. Esse autêntico "contrapoder" é o poder da organização autônoma dos homens livres, ou seja, dos cidadãos.

Osborne & Gaebler[4] chamam a atenção para o fato de que a função do Estado não é vender serviços para gerar lucros, como ocorre no setor privado. A função do Estado é gerar bem-estar para todos, independentemente do dinheiro que cada um possua.

É por esta razão que os serviços públicos são custeados por meio de tributos de pagamento obrigatório, ao contrário dos serviços prestados pelo setor privado, que só são pagos e usufruídos por quem assim o desejar. A falta de opções para o usuário na esfera pública reforça a tese da necessidade do controle externo do serviço. O controle passa a funcionar como um mecanismo que substitui a concorrência, para garantir serviços de boa qualidade.

Todos os motivos levam o controle externo dos serviços públicos a ser uma tendência mundial, no sentido do aperfeiçoamento da democracia. No campo da segurança pública, assume feições de instrumento de combate à violência e ao autoritarismo.

5. Emenda à Constituição Federal

5.1 Segurança Pública

O art. 144 passa a ter a seguinte redação:

Art. 144. A segurança pública, dever exclusivo e indelegável do Estado, direito de todos, e pela qual todos são responsáveis, é exercida para velar pela incolumidade das pessoas e pela preservação de seus direitos fundamentais.

§ 1.º. A polícia preventivo-ostensiva e o corpo de bombeiros, ambos de caráter civil, serão organizados pelos Municípios, isolados ou em consórcio, em carreiras únicas, sob controle de conselhos constituídos majoritariamente por representantes de entidades da sociedade civil, na forma da lei. Cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal fazer tal controle, na defesa dos próprios públicos e interesses correspondentes.

§ 2.º. A polícia judiciária, dirigida por delegados de carreira, bacharéis em direito, será estruturada, em âmbito federal e estadual, por lei orgânica própria, permanecendo incumbida da apuração de autorias e responsabilidades, nos casos de infrações penais.

5.2 Competência Legislativa

O art. 22, que fixa as matérias sobre as quais a União tem competência para legislar privativamente, ganha um § 2.º:

§ 2.º. A legislação penal militar e processual penal militar se aplica, exclusivamente, aos integrantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

O art. 23, que fixa as atribuições comuns à União, aos Estados e aos Municípios ganha um inc. XIII:

XIII – Legislar sobre a estrutura e funcionamento das polícias preventivo-ostensivas e dos corpos de bombeiros, ambos de caráter civil.

O art. 24, que fixa as matérias sobre as quais a União, os Estados e o Distrito Federal têm competência para legislar concorrentemente, é alterado em seu inc. XVI, que passa a ter a seguinte redação:

XVI – Organização, garantias, direitos e deveres das polícias judiciárias.

(4) OSBORNE, David, GAEBLER, Ted. *Reinventing Government.* New York: Addison-Wesley Inc., 1991.

5.3 Competência Municipal

O art. 30, que fixa a competência dos municípios, ganha um inc. X:

X – Manter, com a cooperação técnica e financeira do Estado, a polícia preventivo-ostensiva e o corpo de bombeiros.

5.4 Servidores Públicos Militares

O art. 42, que define e rege os servidores públicos militares, passa a ter a seguinte redação:

Art. 42 – São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas.

§ 1.º. As patentes, com as prerrogativas, os direitos e os deveres a elas inerentes, ficam asseguradas, em sua plenitude, aos oficiais da ativa e da reserva das Forças Armadas, assim como aos oficiais reformados dessas Forças. Pertencem-lhes, privativamente, títulos, postos e uniformes militares.

§ 2.º. As patentes dos oficiais das Forças Armadas são conferidas pelo Presidente da República.

5.5 Tribunais e Juízes dos Estados

O art. 125, que rege a organização da Justiça estadual, tem seus parágrafos 3.º e 4.º suprimidos.

5.6 Disposições Constitucionais Transitórias

Devem ser acrescentados à Constituição, onde melhor couber, os seguintes dispositivos:

Art. (...) – Para organização e manutenção das polícias preventivo-ostensivas e dos corpos de bombeiros, os Estados transferirão aos Municípios, nos termos da Lei Federal Complementar, propriedades, equipamentos e verbas.

Parágrafo Único – A transferência, a que se refere este artigo, deverá efetivar-se dentro do prazo máximo de dois anos, a contar da promulgação desta Emenda.

Art. (...) – Durante o prazo fixado no artigo anterior, poderão as Prefeituras, devidamente autorizadas pelas respectivas Câmaras de Vereadores, optar por assumir, desde logo, a organização de suas polícias preventivo-ostensivas e de seus corpos de bombeiros.

Art. (...) Os atuais integrantes das polícias militares dos Estados poderão optar por sua transferência para as polícias preventivo-ostensivas civis, estaduais ou municipais, na forma da lei.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

MALANDRO: O PERSONAGEM PRINCIPAL DO CRIME

GESSÉ MARQUES JÚNIOR

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Vagabundo – 3. Estuprador – 4. "Cagüeta" – 5. Bandido e malandro – 6. O malandro marginal e o bandido – 7. Malandro e bandido no albergue – 8. Bibliografia.

1. Introdução

Em qualquer situação da vida, em qualquer grupo social, as relações entre as pessoas são delimitadas por regras conscientes e inconscientes de comportamento que possibilitem que atos e atitudes sejam aceitos, permitidos ou proibidos. Os comportamentos socialmente reprovados podem ser passíveis de vários tipos de sanções, desde uma simples reprovação, até a cadeia ou morte.

A sociedade, apesar de sua aparente desordem, delimita Leis e *ordens*. Aqueles que fogem das normas, que são conhecidos como marginais, que vivem "fora da lei", são rotulados como pertencentes à *desordem*. Pertencer à desordem ou violar algumas leis pode implicar julgamento, prisão ou morte.

É dentre a população julgada, presa e caracterizada como na desordem, que veremos um modo singular de organização: *o mundo do crime*. Veremos que o mundo do crime comporta uma série de normas e regras que classificam as pessoas conforme seus comportamentos, permitindo assim que os presos também julguem as atitudes dos seus companheiros de ilegalidade,[1] ou seja; da *desordem* surge uma outra *ordem*.

(1) Ver Ramalho, 1983.

Segundo Georges Bataille (1987), a transgressão institui uma "desordem organizada". Neste artigo veremos como o Mundo do Crime – aparente desordem – mantém uma ordem rígida, classificadora, mutante e autoritária. Como em qualquer contexto de relações sociais, as delimitações entre ordem e desordem se fazem presentes. Queremos mostrar como essa presença simultânea e classificadora se realiza no mundo do crime.

Os personagens que mais se destacam no Mundo do Crime são os que possuem os atributos de *malandro* ou *bandido*. Veremos como eles costumam separar, classificar e oprimir aqueles que, embora sejam criminosos julgados e presos, não pertencem ao mundo mais restrito da *malandragem*.

Este trabalho se baseia numa pesquisa de campo [2] realizada na "Casa de Presos Albergados", em Campinas. O fato de a pesquisa ter sido feita com presos em liberdade condicional permitiu conhecer as suas experiências da vida na cadeia, na rua, e na volta de alguns deles ao crime. Esse contexto empírico permitiu ver que, apesar dos *vagabundos*, dos

(2) A pesquisa e as análises realizadas se encontram, de modo mais completo, na dissertação de mestrado em Antropologia intitulada "A Vida no Rio: Crime e Criminalidade num Albergue", novembro de 1991 – Unicamp.

estupradores e dos *cagüetas* (alcagüetes) estarem dentro da cadeia e do albergue, não eram considerados nem *malandros* nem *bandidos*. Os seus comportamentos, ou crimes, eram inaceitáveis do ponto de vista das regras morais da população carcerária. Ou seja, eles partilhavam um espaço comum, mas não pertenciam à malandragem. Portanto, a malandragem é o mundo dos malandros e bandidos, que restringe assim o Mundo do Crime.

2. Vagabundo

Dentro de um dos quartos da Casa,[3] numa roda que começava a se formar, ficamos ouvindo o *Robozinho*[4] falar sobre as qualidades e variedades de remédios que podem ser usados como psicotrópicos. O seu conhecimento permitiu descrever uma lista de *psico*: os nomes dos remédios, suas fórmulas, qual pararam de fabricar, qual veio para substituir...

Logo depois chegou o *Maestro* com laranjas, e o *Sidnei* com doces para a gente comer...

O *Sidnei* disse que no fim de semana tinha ido a São Paulo fazer uma *transa* (negócio) de pó (*cocaína, farinha, brizola*) e tinha *tomado* muita *coca* e *crack*.[5] Ele gastara mais ou menos 50 dólares [6] só no fim-de-semana.

Os albergados sempre falavam de pó como sendo um *problema*. É uma droga muito cara, e quando começa cheirar ou tomar, não pára enquanto não se vê o fim, passa mal ou tem uma *overdose*.

Depois de um tempo chegou o *Niquinho* (Japonês). Ele tinha sido preso no 1.º Distrito Policial no dia anterior. Disse que tinha apanhado da polícia – mas não mostrou as marcas – porque estava fazendo bagunça na cidade. Chegou sujo e bêbado.

As pessoas do albergue estavam desconfiadas dele. Já fazia um certo tempo que ele tinha saído da cadeia, e ainda não tinha arrumado seus documentos. Não arranjara um emprego, andava sempre sujo, bêbado e tinha sido visto conversando com policiais.

No albergue era tratado como empregado de todos: fazia qualquer *correria* (favor, ação, ato de "correr" por alguma coisa) por qualquer trocado, e ao mesmo tempo se aproveitava dos albergados recém-chegados.

O quarto estava cheio. Havia 15 albergados aproximadamente, e ele no centro do espaço, das atenções e das questões. Girando sobre si mesmo e tentando se justificar. Tonto pelo torpor da bebida, pela pressão dos presos, envolvido pela fumaça dos *baseados* e cigarros.

Seu comportamento foi questionado e fizeram-lhe acusações: falaram que ele estava vendendo marmitex;[7] que queria passar um abaixo-assinado para o albergue abrir aos sábados e domingos; e que o pessoal de uma Vila queria *catá ele* porque ele pegara uma *grana* da turma para comprar uns *goró* (bebida), e sumira com o dinheiro.

As pessoas diziam: "O que é isso, Japonês?... Roubando de ladrão?... *Não trabalha?...*"[8]

(3) A "Casa dos Albergados" ficava num bairro próximo ao centro de Campinas. Com 8 quartos e 8 camas em cada um. Os presos tinham que ir lá dormir todas as noites, exceto aos sábados, domingos e feriados. Havia um livro – controlava as presenças – e um guarda. O guarda dormia na casa, cuidava do livro e do comportamento interno. A Casa foi desativada em 1988.

(4) Os nomes dos presos que aparecem neste artigo não são seus nomes verdadeiros.

(5) A cocaína pode ser tanto inalada (*cheirar pó*), como injetada na veia (*tomar nos canos, tomar um baque, jogar*). O *crack* é fumado.

(6) Foi feita a conversão para dólares devido à alta inflação do período.

(7) Aos albergados eram oferecidas gratuitamente as refeições em embalagem marmitex. O Niquinho aproveitava o desconhecimento dos presos recém-chegados e aplicava esse golpe.

(8) O trabalho, nesse momento, refere-se ao trabalho de carteira profissional assinada, legal; ou trabalho no Mundo do Crime, ilegal.

Ele não tinha dinheiro, vivia de favores, desses pequenos golpes, ou de "esmolas" os próprios presos lhe davam.

Ao procurar a família, quando saiu da cadeia, seu irmão expulsou-o de casa e lhe disse que nunca mais queria vê-lo. Ele não tinha casa-família; por isso, queria o albergue aberto aos sábados e domingos.

"Qual é o seu artigo?",[9] alguém perguntou.

Ele respondeu sério e com orgulho: "57, falô!..."

Os presos riram e imitaram o seu jeito de falar. Ninguém acreditou. Um preso contou que o vira conversando com policiais perto do Mercado Municipal. Ele se justificou dizendo que estava mostrando o *gibi* (carteira profissional) para os *gambé*. Como falamos acima, ele não tinha documentos. A insinuação levantava a suspeita, comum no albergue, de que ele estava passando à polícia informações sobre a malandragem. Além de ser visto como vagabundo, as pessoas achavam que ele era *soviético* (espião, trabalha como cagüeta, faz intrigas).

Perguntaram *se ele o que "daria"* (se teria relações sexuais). Respondeu: "Estamos aí..."

Ele não trabalhava no crime, ou fora do crime; bebia muito; *robava* de ladrão; *se ferrava* com os policiais, pois ficava fazendo *zueira* na cidade, e tinha uma relação suspeita com a polícia. No albergue ficava andando pra lá e pra cá, e transava se alguém quisesse, querendo dinheiro.

Juntando esses vetores, o clima de tensão, gozação e "inquérito", sobreveio num crescendo de desconfiança e ameaça.

O *Gordo* e o *Bolacha* agarraram o *Niquinho* pelo braço e o jogaram no chão. Outros dois presos se juntaram e pegaram suas pernas. Ele ficou com o corpo no chão e com os braços e as pernas levantados.

O *Gordo* e o *Bolacha* puseram um pé sobre o peito do *Niquinho* e começaram a entoar um "canto fúnebre" ritmado pelo movimento dos pés sobre o peito pressionado: "Vai morrer... vai morrer... vai morrer vai morrer... vai morrer vai morrer vai morrer... vai morrer vai morrer vai morrer..."

Os movimentos sobre o peito e o "canto" foram crescendo e se tornando cada vez mais velozes. A intensidade do momento e a velocidade dos movimentos, chegaram ao seu ápice, seu apogeu, seu gozo; o Gordo bateu no peito do Niquinho com a mão.

Parou o canto, parou o movimento... Niquinho ficou estendido e paralisado no chão, sangrando pelas feridas de um punhal simbólico.[10]

Levantaram-no do chão, fizeram mais gozações e perguntaram por que ele não lutava caratê ou judô, como todos os japonesinhos do Ceasa.

Ele deu uma gargalhada alta, forte, e sem graça. Bateu duas vezes na perna, tão forte que parecia estar agredindo a si mesmo. Fizeram-no tirar a camisa, a calça, tomar banho e lavar a roupa.

Niquinho estava deslocado do mundo. Sem família, não era ladrão nem trabalhador. Não era aceito pela malandragem e tinha problemas com a polícia. Nessa situação ambígua, ele poderia ser morto pela polícia ou pela malandragem, pois não era de confiança para ninguém.

Depois de dois meses, morreu. Arranjou uma briga num bar, saiu correndo e foi atropelado.

(9) Um dos meios que os bandidos-malandros usam para ter um conhecimento inicial da personalidade de um indivíduo no Mundo do Crime é através da análise do artigo penal de condenação de cada um. A pergunta é sempre esta: "Qual é o seu artigo?...". Os artigos que mais apareceram no albergue foram os seguintes: 171 – estelionato; 155 – furto; 157 – furto com violência; 281 – tráfico; 129 – agressão; 121 – homicídio.

(10) Essa situação dramática, *strictu-sensu*, permitiu perceber que esse "ritual" era uma "representação" do crescendo de tensão que leva a uma morte real na cadeia.

"A moto deu uma porrada que abriu o peito do Niquinho" (*Queixada*).

3. Estuprador

A pessoa que se torna conhecida como vagabunda sofre pressões dos presos por não estar correspondendo ao esquema da malandragem. Por um lado, essas pressões podem ser amenizadas conforme o vagabundo, ou seja, se ele tiver *jogo de cintura*, se souber *trocar-idéia*.[11]

Por outro lado, o crime de estupro revela uma ordem rígida e inflexível, que deve ser aplicada àqueles que entram com esse crime na cadeia. Essa ordem rígida pode ser amenizada, quebrada, se o malandro – mesmo tendo estuprado alguma vez – não for condenado por esse artigo penal.

"Entrou com estupro, é estuprado."

Não tem chance. Qualquer pessoa que entre na cadeia com o crime de estupro é, obrigatoriamente, estuprada. A menos que tenha muito dinheiro para pagar o seu não-estupro, situação rara devido à classe social das pessoas presas e à rigidez da regra.

Ouvi falar sobre essa "lei" em diversos momentos do trabalho de campo, e por mais que me parecesse consensual, tinha dúvidas se era realmente aplicada. Um dia perguntei numa *roda*, num quarto, se quem entrava com estupro era estuprado. Alguns presos que não me conheciam, que pensavam que eu era mais um preso no albergue, logo me olharam com desconfiança e disseram que eu não era do crime, e que nunca tinha passado pela cadeia.

Quando uma pessoa entra na cadeia, os presos geralmente sabem qual é o seu *artigo*. Ficam sabendo pelos jornais, pelos guardas, ou pela apresentação do preso no "X" (cela). A chegada no "X" é o momento em que o estuprador recebe a sua condenação:

"A cadeia é como um juiz. Estupro ladrão não gosta, se o nego entra com estupro, vai ser estuprado. Vai chupar o pau de uns 50 nego" (*Moreno*).

O estupro é avaliado como uma atitude *perversa*, e o estuprador é alguém que, por não ser bandido-malandro *decente* é um *anormal*.

Um malandro falou sobre a diversidade de pessoas e personalidades que estão cadeia:

"Na cadeia você conhece todo mundo, lá tem estuprador, tem de tudo. Essas pessoas nem entra no meu cardápio. Conheço tudo gente boa... Família, filha..." (*Páscoa*).

Perguntei a um albergado se ele tinha medo de ser preso novamente. Ele falou:

"Eu tenho medo mesmo. Aquilo ali é feito pra uns tipos de pessoa que não é da minha qualidade e nem de muitas que tá lá dentro. É um tipo de lugar que é pra... todo mundo erra, todo mundo tem o seu erro, mas estuprador... esses caras... é um lugar ideal pra deixar esses caras... Estuprador é estuprado... corre várias barracas, às vezes já morre também de estalo, ou fica apanhando por resto da vida, apanha de polícia, apanha de ladrão, até ele parar num lugar que ninguém mexe... esse lugar é a cela forte. Quando chega... e se pá... fica direto... o cara pula de *jega* (cama) em *jega*..." (*Bali*).

A punição ao estuprador é uma ordem estável e inflexível, e sua aplicação deve ser feita com rigor. Coloca-se de tudo no seu ânus, desde o pênis até ferros em brasa. Pune-se o estupro com uma intensificação do estupro: esperma, sangue e hospital.

"... muitas vezes, nesses casos, acontece de cara inocente morrer, sai de lá arrombado, 50 come... Às vezes o cara é inocente, chega lá o rádio já divulgou, a televisão... a neganha sabe até a fotografia do cara... Chega na gaiola já sabe que

[11] A indefinição desta frase faz parte do próprio *imperativo* que a vida no crime comporta.

é ele... o cara já veio com essa função. Quem faz?... A imprensa, o delegado e o próprio juiz que condenou e aí... já era. Se ele agüentar passa de X pra X, se não agüentar, morre... Só um X que ele passar é suficiente. Num X todo mundo vai, só quem é contra que não. Se você não for afim, tem direito, mas se for considerado, se não for é obrigado a fingir que comeu" (*Russo*).

Mas o fato do estupro ser tão recriminado e punido não quer dizer que não seja praticado por aqueles que o condenam. Acredito que muitos malandros e bandidos cometem ou cometeram estupro quando estavam na Rua. Essa suspeita se baseia nos estupros que ocorrem dentro da cadeia, com pessoas que não são conhecidas dentro do Mundo do Crime, pessoas que não têm um *conhecimento* da malandragem.

O irmão do *Bali* [12] foi preso e ficou impressionado com a sua experiência dentro da cadeia:

"... um moleque, ladrãozinho de bicicleta... – pode um negócio desse? – foi estuprado. Puseram a faca nele... ficou com medo e acabou dando... Apanhou para dar e, depois, porque deu..."

A regra aplicada ao estuprador nem sempre é seguida pelo malandro ou bandido. Mesmo que tenha estuprado alguma vez, ou várias vezes, isso não pode ser admitido. Não faz parte do universo do malandro. Como diz o *Moreno*:

"Tem ladrão que estupra... só que lá (na cadeia) não admite... porque na linhagem da malandragem, o ladrão de linha[13] não é admitido. Ele fala que nunca fez aquilo lá dentro, mas quando entra um estuprador da hora, ele é o julgador."

O vagabundo e o estuprador não são considerados integrantes da malandragem, são discriminados e colocados fora do mundo da malandragem. O vagabundo tem um espaço de flexibilidade que, conforme a pessoa, pode ser manipulado a seu favor, e assim não ser tão hostilizado pelos malandros e bandidos. Já o estuprador, como foi visto, *não tem chance*, é um *perverso* que deve ser punido, deve ser estuprado perversamente.

4. "Cagüeta"

As regras, os *mandamentos* da malandragem, além de serem rígidos, são difíceis de definir. Eles dependem da situação em que serão aplicados, sobre quem, em que momento, em relação a qual *fita*. A variabilidade e o caráter subjetivo das regras tornam-se claros quando falam sobre a proibição de *jogar conversa fora*:

"Na malandragem você não pode mentir, jogar conversa fora, e principalmente não pode *cagüetar*. Tem certos tipos de crime que ladrão não gosta, como estupro e crimes que não são para se defender" (*Bonito*).

"Tem os mandamentos da malandragem: não pode mentir, jogar conversa fora, *cagüetar* etc." (*Fepasa*).

Mas além das regras subjetivas, de difícil definição, existem as normas bem claras. Segundo Ramalho, dentre as regras da malandragem, do *proceder*, a principal é *não cagüetar* (1983: 66).

Wieder (1974: 145) define "the code [14] as an explicity verbalized moral order", e analisa esse código como um esquema em processo:

Since the use-of-code-as-a-schema was the procedure, the code was self-and setting-elaborative. In this sense, it is much more appropriate to think of the

(12) O irmão foi preso porque morava na mesma casa de Bali. Apesar de ser um "trabalhador", com ficha limpa, sem ligações com o crime, ficou de cana durante um mês até provar que não tinha nada a ver com os negócios do irmão.

(13) Ladrão de linha é o ladrão considerado, que conhece as regras do proceder, o malandro.

(14) O código, que podemos traduzir como regras do proceder.

code as a continuous, ongoing process, rather than as a set of stable elements of culture which endure through time (ibidem: 161).

É importante termos em mente esse caráter de mudança, formação e aplicação contextual das regras do proceder.

Voltando à *cagüetagem*, ela é uma proibição rígida que, na descrição que Wieder, faz sobre presos em liberdade condicional, também aparece como a primeira a ser respeitada:

1. Above all else, do not snitch. Informing was regarded as an act directed not simply against an individual, but against the whole collection of deviant colleagues (ibidem: 145; ênfase do autor).

A *cagüetagem* deve ser punida com a morte. A punição e a promessa de matar o *cagüeta* permanecem como uma insistência e ameaça sobre o comportamento presente ou futuro dos integrantes do mundo do crime. Mas, como toda ordem, essa também comporta nuances.

– "O *cagüeta* é o primeiro que entra.[15] Ele chega e tem que fazer a cabeça. Quando os outros chegam, o cara já tá com a cabeça feita... e pra desmentir o cara, como faz?"

– Sempre tem um cara que *cagüeta*?

– "Sempre!"

– O *cagüeta* entra primeiro... mas você entra lá e ele tá lá... como é que faz?

– "De repente ele faz você virar o *cagüeta* e você se dana. Se ele for mais conhecido que você, quem se dana é você... ele tem mais conhecido que você... ele tem 2 irmãos, 1 primo, 3, 4 que roubou com ele na rua. Ele inverte a história e aí você que vira o cagüeta: o Grego é *cagüeta*... De repente até morre... se não morrer um dia você se vinga do cara, inverte a história..." (Grego).

O *cagüeta* pode inverter a situação e se transformar em vítima. Mas, apesar da possibilidade de existir uma acusação "real" de *cagüetagem* que, como vimos, pode ser punida ou não, todos os albergados tinham uma explicação para o infortúnio da prisão: foi *cagüetagem*.

Explicando melhor, podemos usar como *intróito* um texto de E. E. Evans-Pritchard (1955; traduzido em Laraia, 1988):

"Considerada como um sistema da filosofia natural, ela (a feitiçaria) implica uma teoria de causa: a infelicidade resulta da feitiçaria, que trabalha em combinação com as forças naturais. Caso um homem receba uma chifrada de búfalo, caso lhe caia na cabeça um celeiro cujos suportes tenham sido minados pelas térmites, ou contraia uma meningite cérebro-espinhal, os Azande afirmarão que o búfalo, o celeiro ou a doença são causas que se conjugaram com a feitiçaria para matar o homem. Pelo búfalo, pelo celeiro, pela doença, a feitiçaria não é responsável, pois existem por si mesmos; mas o é pela circunstância particular que os põe em relação destruidora com um certo indivíduo. O celeiro teria caído de qualquer maneira, mas foi pela feitiçaria que caiu em um dado momento, e quando o indivíduo repousava embaixo" (p. 94).

Já fazia 15 anos que o *Páscoa* traficava quando foi preso. Ele disse que foi *cagüetagem*: "Um cara encomendou 3,5 kg. de maconha, e no outro dia quem foi buscar foi a polícia."

Na terceira vez que foi preso, ele estava bum bar tomando cerveja quando chegou a polícia e deu uma *blitz*. Ele estava com sua mulher, e os dois foram presos porque ele estava com *papelotes* (pequenas porções de cocaína). No albergue disseram: "O Páscoa não conseguiu se livrar do bagulho, muito louco de coca; o cara fica atrapalhado.".

Na sua primeira prisão, a *cagüetagem* foi real, e ele sabia quem era o *cagüeta*. Na segunda, apesar das condições de prisão se deverem mais a um acaso, a

[15] Geralmente o *cagüeta* entra primeiro na cadeia porque fez algum tipo de acordo com a polícia, em troca da delação.

causa continuou sendo a *cagüetagem*. Num outro momento ele disse: "Todas as vezes que eu fui preso, foi *cagüetagem*".

A justificativa para ser preso, a causa do infortúnio é sempre a *cagüetagem*. Não importa se as condições "reais" indiquem que foi um acaso, ou um *vacilo*. A causa do infortúnio é sempre externa ao sujeito, e tramada por um *cagüeta* real ou imaginário.

Apesar de ser repetida enfaticamente, a promessa de vingança fica na dependência de um *cagüeta* real. Se souber quem é o *cagüeta*, e se houver um momento adequado, a promessa de morte pode ser cumprida. Ao não saber quem *cagüetou*, a certeza de ter sido *cagüetado* permanece. Em suma, o *cagüeta* é a "bruxa" do Mundo do Crime. Um personagem imaginário com existência concreta, no mundo particular que prisioneiros montam para lidar com o bem e o mal a eles feito.

5. Bandido e malandro

Até aqui falei de alguns personagens do crime e da cadeia. Mas quando falo da malandragem, e eles sempre se autodenominam como pertencentes à malandragem, é com o objetivo de delimitar os personagens principais e mais poderosos do "mundo do crime".

Os diferentes personagens como vagabundo, estuprador, *cagüeta*, bandido e malandro poderiam ser analisados como diferentes identidades dentro do contexto do mundo do crime. Neste sentido, o trabalho de Manuela Carneiro da Cunha (1985: 206) nos permite esclarecer a noção de identidade:

"... a identidade é construída de forma situacional e contrastiva, ou seja (...), ela constitui resposta política a uma conjuntura, resposta *articulada* com as outras identidades em jogo, com a quais forma um sistema. É uma estratégia de diferenças".

Dentro desse contexto cabe a questão: como é construída a identidade do malandro ou bandido na situação de albergado que passou pela cadeia? Como são delimitadas as diferenças desses dois conceitos no Mundo do Crime?

Para fazer tal análise, é necessário que verifiquemos como a literatura especializada os caracteriza.

Bandido e malandro são dois personagens paradigmáticos no estudo do crime. Cada um traz uma série de especificidades quanto ao modo de vida, à postura frente ao crime, e ao poder exercido dentro da cadeia. Para nos aprofundarmos nos diversos significados que constituem cada um – e como se distinguem do vagabundo e do estuprador – faremos um resumo de algumas teorias.

Antônio Cândido (1970), define a figura do malandro na sociedade brasileira do século XIX, através do personagem *Leonardo,* do livro "Memórias de um Sargento de Milícias", de Manuel Antônio de Almeida.

Cândido afirma que *Tutto nel mondo è burla,* pois as ações e situações enfrentadas pelos personagens do livro funcionam como uma gangorra entre os pólos positivo e negativo. Assim, *Memórias* não é um romance documentário, mas sim representativo da sociedade brasileira do século XIX, que consistiria "em certa ausência de juízo moral e na aceitação risonha do homem como ele é, mistura de cinismo e bonomia que mostra ao leitor uma relativa equivalência entre o universo da ordem e da desordem, entre o que se poderia chamar convencionalmente o bem e o mal" (ibidem: 78-79).[16]

(16) Roberto Schwarz (1987) faz algumas observações sobre "Dialética da Malandragem" que convém ressaltar: "A oposição de ordem e desordem não faz parte de um quadro universalista; pelo contrário, ela é esclarecida à luz do movimento e do momento sociais, onde os termos encontram a sua dialética (...) a partir da situação dos homens livres e pobres no interior da or-

Na análise de Antônio Cândido, Leonardo aparece como um malandro ideal, e a malandragem como uma característica da sociedade brasileira. Esse malandro está numa constante oscilação entre os pólos da ordem e da desordem. Mas a desordem que Leonardo freqüenta é transgressão, e nunca crime; uma desordem amena pois não entra num circuito marginal.

"O livro exprime a vasta acomodação geral que dissolve extremos, tira o significado da lei e da ordem, manifesta a penetração recíproca dos grupos, das idéias, das atitudes mais díspares, criando uma espécie de terra-de-ninguém moral, onde a transgressão é apenas um matiz na gama que vem da norma e vai ao crime" (ibidem: 87).

Apesar do movimento entre ordem e desordem e das várias transgressões, Leonardo chega a um final feliz, casado, com herança e bom emprego. O seu movimento de transgressão está fora do circuito marginal-criminoso; ele é o malandro polido, esperto, que não usa arma, não rouba e, principalmente, não é violento.

Saindo dos tempos do Rei, e partindo para uma análise mais contemporânea da sociedade brasileira, Roberto da Matta (1983: 202) – na busca de personagens que possam iluminar certos padrões de comportamento social e, a partir daí, uma "definição de nossa identidade social enquanto brasileiros" – escolheu *Pedro Malasartes*[17] como o paradigma da malandragem.

O malandro analisado por Da Matta pode ser resumido com os seguintes atributos: "deslocado das regras formais da estrutura social, excluído do mercado de trabalho, avesso ao trabalho, e altamente individualizado, pelo modo de andar, falar e vestir-se: características pessoais e sociais que são complementadas por uma forte representação estética... camisa listrada, anel com efígie de São Jorge e sapato de duas cores", pertencente a um "universo marcado pela criatividade musical e gestual" (ibidem: 204). Muito próximo a Leonardo, Malasartes não renuncia completamente à ordem, mas também não fica na plena marginalidade, isto é ambas as representações do malandro estão no ponto certo, na oscilação, no movimento, entre a ordem e a desordem.

"O campo do malandro, assim, vai numa gradação da malandragem socialmente aprovada e vista entre nós como esperteza e vivacidade, ao ponto mais pesado do gesto francamente desonesto.

dem escravista. (...) a dialética de ordem e desordem é construída inicialmente enquanto experiência e perspectiva de um setor social, num quadro de antagonismo de classes historicamente determinado. (...) Antônio Cândido identifica a dialética de ordem e desordem como um modo de ser popular" (p. 148-150).

(17) Roberto da Matta afirma que Pedro Malasartes é um dos heróis brasileiros, definindo-o como "padrão de todas as espertezas de que um homem é capaz" (op. cit.: 201). "Nas histórias de Pedro Malasartes, chama a atenção o estilo narrativo marcadamente solto, sublinhado por inúmeros episódios livres (...) Tais relatos... vão de situações nas quais Pedro engana pessoas em posições sociais de poder e prestígio, até a venda de fezes a um ricaço, passando por situações muito mais ambíguas, quando a distância entre a sagacidade e a ofensa social se confunde, como a indução de um poderoso fazendeiro ao assassinato, o uso de um cadáver para obter lucro, incluindo ainda a destruição consciente e programada de bens de consumo e produção alheios, propriedade particular de um grande patrão. (...) estamos diante de um 'herói sem nenhum caráter'... um personagem cuja marca é saber inverter todas as desvantagens em vantagens, sinal de todo bom malandro e de toda e qualquer boa malandragem" (p. 212).

É quando o malandro corre o risco de deixar de viver do jeito e do expediente para viver dos golpes, virando um autêntico marginal ou bandido" (ibidem: 209).

Da Matta separa o malandro socialmente aceito, esperto, do bandido; um pertence ao universo de equilíbrio entre ordem e desordem, e o outro, marginal pleno, à desordem.

Rubem Oliven (1982) faz uma análise do malandro dentro do contexto da música popular brasileira. Ele salienta que a malandragem precisa ser compreendida como rejeição ao trabalho e como estratégia de sobrevivência.

"A malandragem, na época do seu apogeu na MPB (década de 30), se constitui simultaneamente em estratégia de sobrevivência e concepção de mundo através das quais alguns segmentos das classes subalternas se recusam a aceitar a disciplina e a monotonia associadas ao universo do trabalho assalariado" (p. 34).

Para Oliven, a malandragem tem as seguintes características: horror ao trabalho, tido como fonte de sofrimento, e exaltação da malandragem enquanto estilo de vida (ibidem: 35); constante escassez de dinheiro (p. 36); valentia – "o malandro é cabra macho e sabe impor respeito na base da força" (p. 37) – associada à esperteza, "atributo que se constitui na capacidade da lábia e do jogo de cintura" (p. 37-38); e a sorte, o "se dar bem", o "ideal de salvação pela sorte grande" (p. 41).

Apesar de a valentia (enquanto força física pessoal) aparecer como característica do malandro na análise de Oliven, o determinante é a sua esperteza e a sua capacidade de aplicar golpes em otários" (ibidem: 38). Usando das características de Da Matta e Cândido, podemos dizer que esse malandro também não pertence a um universo marcadamente marginal, mas ele se mantém como malandro, o equilíbrio entre ordem e desordem, e não como bandido.

6. O malandro marginal e o bandido

Para podermos formar um conhecimento mais "real" da figura do malandro e do bandido – dentro do nosso objetivo de analisar como essa figura se constrói no mundo do crime, e particularmente na situação do albergue/cadeia – convém vermos como seus comportamentos são avaliados dentro do crime e pela população em contato mais freqüente com essas pessoas.

Podemos começar com as representações feitas pelos trabalhadores no bairro *Cidade de Deus*, no Rio de Janeiro, analisadas por Alba Zaluar (1985):

"Bandido é o termo usado hoje para quem tem arma de fogo e utiliza na defesa deste rendoso comércio que é o tráfico de drogas ou nos assaltos. Ao contrário do malandro, ele não sobrevive por não ter a malícia, a lábia, a habilidade como armas para vencer" (p. 149).

Zaluar (1989),[18] revela as relações entre trabalhadores e "bandidos" – vistos como categorias sociais distintas – e as representações que cada um tem do outro:

"Quem vive cotidianamente com os 'bandidos'... sabe que há uma diferenciação interna muito grande entre eles, que os coloca em novas divisões de categorias, avaliadas moralmente em termos do mal que causam às suas vítimas" (p. 4). "A categoria bandido é usada pelos trabalhadores apenas para designar os que usam arma na cintura e são criminosos permanentes, o que é apresentado como características externas, visíveis portanto, desses personagens. Entre os envolvidos no mundo do crime 'bandidos' corresponde a uma identidade social construída em torno de característica pessoal e interna: a disposição para matar" (p. 6).

(18) Pesquisa realizada entre 1980-1983 e 1986-1987 num conjunto habitacional da CEHAB no Rio de Janeiro (Zaluar, 1989; 3).

José Ricardo Ramalho (1983), ao pesquisar a Penitenciária do Estado de São Paulo, opõe o 171, que usa a cabeça, é inteligente, não usa arma ou violência, ao 157, que é violento. Assim, ele afirma que há uma superioridade, no mundo do crime, do 171 sobre o 157 (p. 103-105).

"O malandro se define por cumprir as regras do 'proceder', ter experiência na massa ou prática no crime e saber lidar com a polícia."

O bandido se refere ao nato (ibidem: 106), isto é, o bandido por natureza, ou melhor dizendo, o delinqüente.[19]

Bandido e malandro foram representados de diferentes formas, com diferentes olhares, perspectivas teóricas e profissionais. Dentre essa variedade, podemos declinar os traços em comum: o malandro pode ser definido como atuando no equilíbrio entre ordem e desordem, com malícia, habilidade, lábia, *cabeça*, inteligência e, principalmente, não-violência. A transgressão que o malandro comete não o leva a um circuito marginal nas definições de Cândido, Da Matta e Oliven. Já em Zaluar e Ramalho, o malandro está dentro do circuito marginal, freqüenta o crime, mas sua posição se caracteriza principalmente não pela violência e sim pelo uso da inteligência e habilidade.

A característica principal nas definições de bandido, de Zaluar e Ramalho, é que em vez de usar a lábia, a esperteza, usa a violência. Na definição de Zaluar, essa característica é acentuada pela *disposição de matar* e *pelo uso de arma de fogo*.

(19) Vemos aqui uma concepção de bandido permeada pela idéia de criminoso como herança genética ou biológica. Podemos usar a distinção que Foucault (1986), na análise do nascimento da prisão, faz entre delinqüente e infrator: "O delinqüente se distingue do infrator pelo fato de não ser tanto seu ato quanto sua vida (no sentido social, não biológico) o que mais o caracteriza" (p. 223).

7. Malandro e bandido no albergue

Um esboço do malandro "ideal", no contexto do albergue,[20] pode ser traçado pelas seguintes características: tem um emprego com um salário fixo, livrando-se da dependência exclusiva dos "frutos" do crime; além disso, o emprego lhe garante Carteira de Trabalho assinada – uma grande vantagem, pois não é preso por vadiagem, e no caso de *blitz* tem maior possibilidade de sair ileso. Uma boa apresentação visual, roupas limpas e toma banho. Não usa armas nem violência com as vítimas, de preferência ganha dinheiro por meio de papéis, no uso da *caneta* e da *idéia*. Usa a lábia e a malícia como "armas", e se possível não tem contato com as vítimas. O dinheiro ganho nos *cambalachos* deve ser bem usado, não *joga dinheiro fora*, mas aplica-o para um dia não necessitar mais roubar. Tem relação familiar e por sua esperteza não é preso. O criminoso que mais dele se aproxima é o estelionatário, o "171".

Os presos albergados analisados pela pesquisa sempre se autodenominavam como pertencentes à *malandragem*. Bandidos eram os "outros". Isso nos leva ao outro extremo: os bandidos.

O bandido é alguém que está muito envolvido na vida do crime. Totalmente marginal, não se preocupa com a aparência. Por ser *perverso*, usa arma de fogo e violência, pois não tem *idéia* e não sabe conversar. Não se preocupa em poupar, não guarda dinheiro, mas gasta com drogas e noitadas. Levado por um processo de consumo desenfreado, sempre

(20) Quando falamos em albergue, estamos envolvendo também a cadeia de onde viriam. Nesse sentido, é impossível separar as regras de um e de outro. Na cadeia, a "ética" da malandragem e as conseqüentes punições são mais rígidas; no albergue, como os encontros são mais esparsos, não há uma imposição moral tão demarcada.

está roubando ou traficando para ter dinheiro. Por falta de controle e habilidade é constantemente preso, e se torna *residente*.[21]

– Malandro: "se esquiva de tudo, roba, conta uma história...; só mata se tiver pra morrer...; vai para roubar, não vai para matar...; a base é ganhar dinheiro".

– Bandido: "cara que nasceu para roubar...; instinto de matador., dá tiro de barato...; cara sádico, perverso desde criança...; a base é matar".

Para efeito de análise, fiz a distinção bandido/malandro, mas essa separação é fictícia. Os termos são relacionados, o conteúdo dos termos é flutuante e mutável, e as pessoas a quem eles se referem não se fixam nos termos.[22]

Em uma entrevista, *Bali* disse que não havia diferença entre bandido e malandro: para ele era tudo a mesma coisa. O *Grego* disse que a "diferença entre malandro e bandido é pela antiga".

O contexto do albergue nos permite concluir que um malandro pode ser ao mesmo tempo bandido. Se num momento ele usa as características do malandro, num outro pode usar as do bandido. Esta divisão, colocando-os como opostos, não corresponde à realidade das práticas dos presos, mas nos apresenta um imaginário dos envolvidos no mundo do crime e a construção de um comportamento ideal. Por um lado, o malandro é a figura idealizada e desejada; por outro lado, na prática dos crimes relatados, a figura que se destaca é a do bandido.

Um caso: *Bali:* – "... eu tinha dado um pó pro cara vender. O f.d.p. não vendeu nada e cheirou um bocado. Quando eu fui cobrar, ele quis devolver a farinha cheia de mistura. Eu já tirei o cano e falei pro *Sidnei*: 'eu vou matar esse cara agora'. O *Sidnei* entrou na frente do cara e falou: 'fica calmo, vamos trocar uma idéia e a gente resolve'. Eu disse: 'Sai da frente que vou queimar esse cara'. O *Sidnei* ficou falando e foi me acalmando até que eu deixei pra lá... O *Sidnei* é um cara bom de trabalhar, o cara tem a cabeça no lugar..."

Dentro do esquema que montamos, *Bali* pode ser classificado como bandido: não deu espaço para *trocar-idéia* e foi logo sacando a arma. *Sidnei*, como malandro, conversou, acalmando o *Bali* e procurou um consenso. O importante é que as atitudes de Bali e Sidnei fizeram com que o "cara" pagasse no dia seguinte. Cabe destacar nesse exemplo que, mais que uma separação entre bandido e ladrão, há uma conexão onde tanto a violência como a idéia trazem os resultados desejados.

Qualquer crime dentro da malandragem passa por uma avaliação (julgamento) que toca os extremos da *perversidade* com o *considerado*. Uma pessoa é *considerada* se o crime cometido não teve violência mas astúcia ou, se teve violência foi por motivos de autodefesa. O *perverso* é o típico bandido que *dá tiro de barato*, mata sem motivo e não por defesa. Se o crime foi muito perverso, o "cara" pode ser morto quando chegar na cadeia. Ao contrário de um estelionatário

(21) Assim como na nossa pesquisa, Ramalho (1983: 142) também encontrou a palavra "residente" – em vez de "reincidente" – na Casa de Detenção de São Paulo: "'residente' se refere à pessoa que já faz parte do mundo do crime e está passando mais um período na cadeia (...). Este preso faz da cadeia uma "residência" com suas idas e vindas.

(22) Para esses diferentes termos podemos usar as conclusões de Manuela Carneiro da Cunha (1985: 209) sobre a identidade: "a identidade, tanto a pessoal quanto a de um grupo, são pressupostos metodológicos, são *a priori*, sem os quais seria impossível classificar e entender os dados históricos". Citando Levi-Strauss (1977: 332): "um tipo de foco virtual, ao qual é indispensável que nos refiramos para explicar um certo número de coisas, mas sem que tenha jamais uma existência real".

que, por princípio, é *considerado* na malandragem.

Segundo Caso:

Um chacareiro, defendendo o pomar de seu patrão, matou duas crianças que roubavam frutas. Quando chegou na cadeia, os presos pediram ao carcereiro que o tirasse do *seguro* e o mandasse para o pátio. Se fosse para o pátio seria morto, provavelmente com requintes de "perversidade". Este exemplo mostra o caso de uma pessoa que não é malandro nem bandido, mas é classificado como perverso. Essa perversão merece, segundo os albergados, a morte.

"Roubou uma bicicleta, um banco, uma velhinha, mercearia, açougue, roubou um cara andando na rua de marmita... Tem variação, tem diferença entre a malandragem, tem essa diferença. Depende... é lógico, que eu entrar (na cadeia) com assalto de banco vou ter muito mais moral... moralmente falando. Na cadeia moralmente eu supero. Do xadrez para dentro é diferente. Depois que entra do xadrez pra dentro é que é o problema porque depende muito da maneira como você vai se portar lá dentro... na convivência, na idéia" (*Grego*).

O exemplo do *chacareiro* mostra mais uma vez que existe uma ordem dentro da cadeia que pune os criminosos classificados como perversos. Nesse caso, a punição é certa porque ele não possui nenhum conhecimento na malandragem. É lógico que alguém que matou crianças nas condições acima, vai ser jurado de morte pela malandragem.

Todo matador tem um julgamento dentro da cadeia que analisa as condições da *fita* (do acontecimento, do momento). Mas, de qualquer modo, a "disposição de matar", que Alba Zaluar encontrou nos criminosos do Rio de Janeiro, também é uma característica determinante para o malandro ser considerado na malandragem.

– Tem o considerado e o não, qual a diferença?

– O cara que é conhecido como matador, ele é considerado.

– E o matador perverso?

– O perverso pode ser aqui fora e lá dentro ele dá o cu... O matador, o que dá tiro de barato, depende da situação. Um cara, por mais que ele seja, se ele matar um policial, lá dentro ele é considerado. Se matar um policial, ele é bem-vindo... aí se ele não souber se portar perante um ladrão, ele pode ser des-bem-vindo... agora se matar dois... o matador ele sempre tem lugar...

Por exemplo: eu mato um cara que deu um murro na cara de meu filho, eu meto a faca nele, aí corro. Aí vem neguinho, me segura, policial, meto a faca no policial, mato também. Mato três, aí os cara me cata. Vou pra cadeia, eu sou bem-vindo [23] (entrevista com *Grego*).

O malandro não é somente o sujeito polido, hábil e não-violento; ao contrário, todos são malandros e a maioria é violenta. Colocando o bandido como o "outro", os malandros criam um universo ideal onde a principal característica é resolver os conflitos pela *idéia*. Intrínseca à *idéia* está a possibilidade de um dia deixar o crime, não ser violento, não ser preso, e não ser colocado como marginal na sociedade. Usar os recursos do crime para "subir na vida", e não morrer nem de "facada nem de tiro, morrer de velho" (*Moreno*).

Sendo violento ou perverso, o malandro entra numa relação mais estreita com a morte, que pode acontecer por vingança de outros malandros, por reações das vítimas, ou por não saber lidar com a polícia. A citação que fizemos acima nos mostra uma relação constitutiva para todos que entram no mundo do crime, ou

(23) Ser "bem-vindo" pode ser analisado como a importância que o matador tem para a malandragem e como um modo de tirar o matador do convívio social. A segunda afirmação jamais seria admitida por um malandro.

seja, junto com a *disposição para matar*, para ser malandro é necessário ter *disposição para morrer.*

Apesar de o matador ser *considerado* conforme a *fita*, a figura "antiga" do malandro continua a ser uma referência de comportamento. Essa referência fica mais clara quando falam sobre políticos.

Para os presos, a figura do político, apesar de inacessível, aparece idealizada. O político é "quem pode roubar à vontade e nunca vai preso". Além de não ser preso, nunca se sabe quando está roubando ou quem está roubando: futuro garantido, impessoalidade e impunidade. O malandro vê no político a expressão máxima da malandragem. A possibilidade de enriquecer, sair ileso e "se dar bem".[24]

O malandro, como o *Flâneur*,[25] encontra na multidão um espaço privilegiado de locomoção e ocultamento. Ele se faz na *rua*; aprende o movimento das pessoas, da polícia e da malandragem. Nesse movimento, usando a idéia e sendo *perverso*, aprende a se locomover. Na procura por *se dar bem* e um dia poder parar,[26] o malandro entra num movimento marginal que faz com que use arma-de-fogo. Sendo um instrumento – uma *ferramenta* – necessário, seu uso leva-o a uma violência maior com as vítimas, a um confronto mais sangrento com a polícia, a um turbilhão "suicida" que o leva à morte.

A vontade de *se dar bem*, de ser político, de ser malandro *pela antiga*, faz com que acabe com "a boca cheia de formigas".

8. Bibliografia

BATAILLE, Georges. (1987) *O Erotismo.* Porto Alegre, L&PM.

BENJAMIN, Walter. (1983) "Sobre alguns temas em Baudelaire", in *Textos escolhidos*, Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Jürgen Habermas, 2.ª ed., Abril Cultural, S. Paulo.

CÂNDIDO, Antônio. "Dialética da Malandragem", in *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, n. 8, Universidade de S. Paulo, 1970, S. Paulo.

CUNHA, Manuela Carneiro. *Negros, estrangeiros: os escravos libertos e sua volta à África.* Brasiliense, S. Paulo, 1985.

DA MATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, 4.ª ed., Zahar, Rio, 1983.

EVANS-PRITCHARD, E.E. "Witchcraft", in *Africa*, 4(8), Londres, 1955.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, Vozes, Petrópolis, 1986.

LARAIA, Roque B. *Cultura: um conceito antropológico*, Zahar, Rio, 1988.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *L'Identité* (Seminário dirigido por Claude Lévi-Strauss), Grasset, Paris, 1977.

OLIVEN, Ruben G. *Violência e cultura no Brasil*, Vozes, Petrópolis, 1982.

RAMALHO, José Ricardo. *O mundo do crime: a ordem pelo avesso*, Graal, Rio, 1983.

SCHWARZ, Roberto. *Que horas são?: ensaios*, Companhia das Letras, S. Paulo, 1987.

WIEDER, D. Lawrence. "Telling the code", in *Ethnomethodology*, Roy Turner (ed), New York, Penguin Books, 1974.

ZALUAR, Alba. *A máquina e a revolta: as organizações populares e o significado da pobreza*, Brasiliense, S. Paulo, 1985.

———. *Crime, justiça e moral: a versão das classes populares.* Relatório de pesquisa FINEP, S. Paulo, *mimeo*, 1988.

———. "Nem líderes nem heróis: a verdade da história oral" in *Revista Presença*, Rio, 1989.

(24) Ver também em Zaluar, 1989.

(25) Ver Benjamin 1983.

(26) O desejo é fazer um grande assalto, um grande banco, e deixar o crime.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

O ELDORADO É AQUI, O ELDORADO NÃO É AQUI [1]

HELENA SINGER E ANAMARIA CRISTINA SCHINDLER

SUMÁRIO: 1. Uma história violenta – 2. Um país violento – 3. Região Nordeste: Maranhão – 4. Região Sudeste: São Paulo – 5. Região Sul: Rio Grande do Sul – 6. Paraná – 7. Amazônia Legal – 8. Bico do Papagaio – 9. Acre – 10. Mato Grosso do Sul – 11. Conclusão – 12. Bibliografia.

Em abril último, mais uma vez a mídia brasileira teve que abrir espaço para a questão agrária no país, ao noticiar mais uma chacina no nosso campo. O assassinato de 19 trabalhadores rurais por policiais militares durante manifestação organizada pelo MTRST, em Eldorado do Carajás, deixou patente para a opinião pública tudo o que envolve os conflitos de terra no Brasil – os trabalhadores organizados em sua luta, as instituições de controle social agindo em benefício dos grandes proprietários de terra, a impunidade garantida aos policiais pela Justiça Militar e a incapacidade do Poder Executivo de evitar esses confrontos, resultantes de um problema definitivamente estrutural de nosso país. Aliás, esses elementos estão de alguma forma presentes em todos os casos de violações aos direitos humanos no Brasil.

O Brasil é um país com proporções continentais – 8.511.996,3 km^2 – e densidade demográfica relativamente baixa – cerca de 17 habitantes por km^2. Dos 141.282.535 de brasileiros, 104.099.814 residem na faixa urbana e 37.282.721 na rural. (*Anuário Estatístico do Brasil*, 1990).

A desigualdade é a grande marca desta realidade. A despeito do fato de apenas um terço das terras brasileiras serem cultivadas, é forte a presença do setor agrícola no Produto Interno Bruto do Brasil – próxima dos 30%. A distribuição da renda e da terra, no entanto, dá-se de maneira bastante desigual: os 50% mais pobres não chegam a 20% da renda, e os 10% mais ricos possuem cerca de metade dela. De toda a área rural, 23,08% são constituídos por imóveis com mais de 10.000 hectares (1 ha = 2,47 acres), enquanto 3 milhões de minifúndios (estabelecimentos agropecuários com menos de 3,6 ha) não ocupam nem 3% das terras cultivadas. Os rendimentos acentuam a situação de pobreza, uma vez que 49% da população recebem de um a três salários mínimos.

A maior dificuldade em descrever a situação social da população rural está na quantificação da população sem-terra, devido ao seu caráter itinerante. Faz parte da vida deste trabalhador a migração temporária, tanto para a cidade quanto para outras regiões rurais. Mesmo os pequenos proprietários costumam deixar suas terras por períodos curtos para participar de derrubadas nas matas, da construção de hidrelétricas, ou da garimpa-

[1] Este artigo faz parte dos resultados obtidos com a pesquisa "Continuidade Autoritária e Construção da Democracia", realizada no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, entre 1991 e 1995.

gem durante a entressafra. (Martins, 1986a).

A produção agrícola divide-se basicamente em três setores. O primeiro, voltado para a exportação (sendo soja, suco de laranja, frango e café os principais produtos), é o setor mais modernizado, que foi incentivado nos anos 70, como forma de superação da crise da dívida externa. O segundo é o setor das fazendas de tipo tradicional, voltadas preferencialmente para o mercado interno.[2] Por fim, temos as culturas de subsistência, formadas sobretudo pelos minifúndios, localizados nas terras menos férteis, que não se beneficiam praticamente de qualquer rédito.

1. Uma história violenta

Inúmeras violações de direitos humanos têm ocorrido nos últimos anos no Brasil. Alguns setores da população são as principais vítimas destas violações e, dentre eles, destacam-se os trabalhadores rurais. A violência no campo manifesta-se de várias maneiras, como assassinatos, trabalho forçado ou expulsões da terra, entre outras. Mas uma característica comum a todas essas formas de violência é a impunidade dos agressores. A estrutura fundiária brasileira e a ausência de uma efetiva reforma agrária, somadas à omissão e ao mau funcionamento dos órgãos do Estado agravam os conflitos no campo.

Os principais atores envolvidos na violência rural são, de um lado, os fazendeiros, grandes e médios proprietários de terra e seus pistoleiros; e, de outro, trabalhadores rurais, posseiros, índios, agentes eclesiais, líderes sindicais e advogados. A violência desencadeada pelos proprietários de terra tem como contrapartida a maior organização dos trabalhadores rurais no sentido de viabilizar uma resistência, que vem agravando os conflitos.

Esta situação de conflito e de violência está enraizada na história do país. O cenário dos conflitos no campo no século XIX compunha-se de uma forte religiosidade, que permeava relações solidárias em uma cultura carregada de extrema violência. Podemos lembrar alguns momentos de explosão desses conflitos citando movimentos regionais, de origem popular e camponesa, que foram contidos à força bruta: Balaiada, Sabinada, Cabanos e Praieira, no Nordeste (1830-1850); Farrapos, no Rio Grande do Sul (1840-1850); Quebra Quilos e revoltas em Salvador (1847-1877); Mukers, também no Rio Grande do Sul (1875); Revolta do Vintém, no Rio de Janeiro (1879); além das rebeliões escravas dispersas por todo o país entre 1871 e 1880. (Adorno, 1988: 45-54).

Maria Sílvia Carvalho Franco retrata a violência que ocorria nas áreas de cultivo de café no século XIX, salientando as distinções com a violência rural contemporânea. Segundo a autora, contemporaneamente, a violência no campo não se dá mais em contextos pessoais, ou de vizinhança, ou de parentesco, como naquele tempo. Carvalho Franco retrata a violência rural no século passado em dois recortes: a *violência costumeira* (incorporada como regularidade) e a *violência institucionalizada* (aparece como padrão de comportamento).

Ao analisar as formas e representações da violência no período, Carvalho Franco descreve uma vida camponesa baseada em relações comunitárias onde prevalece uma escassez de recursos de sobrevivência. Isto não significa dizer que sejam comunidades tradicionais, centradas em uma única região. Ao contrário, o povoamento de áreas rurais fez-se pela disseminação de grupos esparsos, cujo modo de vida era seminômade, baseado em agricultura itinerante. Tal mobilidade

(2) Parte dessas fazendas revela um baixo nível de mecanização e funciona à base de relações arcaicas de trabalho (Americas Watch, 1991).

apareceu, historicamente, como único recurso contra condições adversas de existência: problemas com patrões, salário baixo, trabalho insalubre, desavenças e desgostos que continuaram a ser resolvidos com a transferência de domicílio (Franco, 1983: 30). Os ajustes e enfrentamentos violentos podem envolver questões ligadas à sobrevivência (em termos de exploração de recursos, por exemplo), ao mesmo tempo em que se constituem numa forma rotineira de resolução de conflitos pessoais, ajustamento de relações de vizinhança e questões de dominação pessoal.

Trata-se de uma cultura de violência, onde entram em jogo valores como a manutenção da honra pessoal ou a constante necessidade de afirmar-se ou defender-se como pessoa – sistema de valores no qual são prezadas a bravura e a ousadia. A ação violenta é não só uma ação legítima, mas imperativa.

O advento da República passou longe de conseguir apaziguar esta situação. A violência permaneceu enraizada como modo institucionalizado de solução de conflitos. A ampliação da cidadania não garantiu a consolidação da democracia e o espetáculo autoritário teve continuidade através de sucessivos golpes de Estado, que acionavam as forças repressivas para a manutenção de regimes ditatoriais. José de Souza Martins caracteriza a história republicana do Brasil como um pêndulo entre governos ditatoriais e civis. Nos períodos de abertura política, este movimento pendular deixa patente a contradição entre uma ideologia liberal e o exercício oligárquico do poder, garantido por alianças familiares e acordos de tipo clientelístico e corporativo. (Martins, 1993: 83-105). No caso específico da realidade agrária, essas contradições foram ainda mais explicitadas se considerarmos, por exemplo, a consolidação do código do trabalho por Getúlio Vargas em 1942, que se voltava somente para os trabalhadores urbanos, deixando intactas as relações baseadas na dependência pessoal que caracterizavam o campo.

Ainda segundo este autor, um momento importante da luta no campo durante o período Republicano ocorreu em 1946, quando um novo componente passou a integrar este cenário, o Partido Comunista. O PC envolveu-se nos conflitos dos trabalhadores rurais e colocou em jogo uma nova luta, que explicitou sua dimensão política, diferentemente dos movimentos do século XIX, nos quais esta dimensão estava submersa no forte sentimento religioso.

Essa politização da luta camponesa levou à organização da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura, em 1963. No ano seguinte, com o país já vivendo sob o regime militar, foi elaborado o Estatuto da Terra, um projeto de distribuição da terra, usado de fato para segurar a luta popular no campo.

Os problemas decorrentes da má distribuição de terras e de renda agravaram-se a partir de 1966, quando o governo militar implementou um projeto para o desenvolvimento da Amazônia Legal. Inicialmente, a estratégia consistia em colonizar a Amazônia com pessoas provenientes do Nordeste mas, posteriormente, o governo optou por fornecer incentivos diretos a grandes empresas para que desenvolvessem a região, através da Superintendência para o Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM). Por falta de fiscalização, essas grandes empresas passaram a especular com a terra.

Além disso, a construção de barragens para hidrelétricas no Nordeste e no Sudeste deixaram milhares de trabalhadores sem terra, levando muitos deles a migrar para o Norte. Ali, deflagrou-se uma acirrada disputa pela terra. Os grandes proprietários armaram-se para expulsar os posseiros e impedir a ação das lideranças locais, intensificando a violação de direitos humanos no campo.

Mais recentemente, um momento de agravamento das tensões no campo ocor-

reu após 1985, quando o governo de José Sarney elaborou um projeto de reforma agrária, demarcando áreas em litígio. Esse projeto jamais chegou a ser implantado, mas durante o período de sua discussão, os trabalhadores rurais intensificaram as ocupações e os grandes proprietários acirraram a violência dos conflitos.

Retomando a análise de Carvalho Franco sobre a violência em resoluções de conflitos pessoais (característica diversa da que estamos tratando neste artigo – no qual ficará claro o envolvimento de instituições sociais em conflitos), podemos perceber que a impunidade e a valoração da violência enquanto código de conduta são aspectos comuns a ambas as situações desde os tempos do Brasil colônia até os dias de hoje. O fato de as notícias sobre os crimes continuarem circulando desimpedidas de juízos restritivos indica que a violência é incorporada não apenas como um comportamento regular, mas positivamente valorado (Franco, 1983:50). O retrato contemporâneo desta realidade são as ameaças consecutivas que muitas vezes precedem um assassinato ou tentativa, sendo do conhecimento de toda a comunidade, inclusive das autoridades locais.

Contemporaneamente, o conflito se dá entre atores desiguais, envolvendo instituições sociais – Estado, organizações da sociedade civil – sindicatos e partidos, proprietários de terra e trabalhadores rurais.

2. Um país violento

Os relatórios das Organizações Não-Governamentais apontam para uma concentração dos casos de violência rural, sobretudo nas regiões Norte e Nordeste do país. Os Estados com maior incidência de conflitos são os que compõem a região denominada Bico do Papagaio – Pará (53,3%), Goiás (3,6%) e Tocantins (1,7%) – os Estados do Maranhão (6,8%), Pernambuco (5,5), Bahia (4,5%) e Mato Grosso (3,6%).

Mas é possível apreender um pouco da diversidade da violência rural no Brasil, observando-se mais detidamente alguns Estados espalhados pelas macroregiões do país, onde diferentes realidades sócio-econômicas suscitam diferentes tipos de conflitos e de violações aos direitos. Um breve retrato dos conflitos, de seu histórico, dos atores envolvidos e dos números desta violência podem dar uma noção da sua heterogeneidade.

3. Região Nordeste: Maranhão

O Maranhão é um Estado de vastas terras, com um grande número de camponeses sem-terra, seca crônica e crise agrícola, responsáveis por grande desarticulação social. Nos anos 50, milhares de famílias de trabalhadores mudaram-se para o oeste do Estado, onde começa a Amazônia, deslocados de suas terras pelas grandes fazendas. Quando se iniciou o programa do governo para o assentamento de trabalhadores sem-terra nessa área, cerca de 50.000 pessoas já estavam no local. Como resultado, entre as décadas de 50 e 80, as terras foram sendo subdivididas em pequenas unidades, cada vez menos viáveis economicamente.

Grande parte da região era constituída de terras devolutas estaduais (área de floresta não desenvolvida), nas quais os colonos foram se instalando. Se a princípio as ocupações eram feitas isoladamente, com a organização do movimento dos trabalhadores sem-terra, nos anos 80,tornaram-se atos coletivos, o que acirrou os conflitos. (*Americas Watch*, 1991: 63-82).

A violência que caracteriza estes conflitos vitimiza principalmente os líderes do Sindicato dos Trabalhadores Rurais. Os assassinatos ocorrem sobretudo após alguma ocupação de terra. Os agressores são, na maior parte dos casos, pistoleiros a mando de algum proprietário de terra. Também aqui, a justiça está ausente, a não ser em casos de grande repercussão

como o assassinato do padre Jósimo, presidente da CPT em Imperatriz.

O Maranhão é o terceiro Estado em que mais ocorreram mortes em conflitos de terra em 1990. Já a ocorrência de tortura nesses mesmos conflitos, o Maranhão tem um índice muito superior ao de todos os outros Estados: foram registrados 186 casos entre 1989 e 1990.Também em relação às denúncias de lesões corporais nos conflitos de terra, o Maranhão apresenta um número elevado de ocorrências: 19 entre 1987 e 1990. Mas não são só as violências contra a pessoa que preocupam naquele Estado. Em 1990, 2.899 famílias foram vítimas de crimes contra o patrimônio, como expulsões, destruição de casas e roças, tentativas e ameaças de expulsão, e roubos – índice muito superior aos dos outros Estados (*CPT, Relatórios Anuais, 1985 a 1990*).

4. Região Sudeste: São Paulo

O Estado de São Paulo é o mais rico e industrializado do Brasil. Mesmo assim, as condições de vida dos trabalhadores rurais são precárias nesse Estado. A maioria deles é composta por trabalhadores volantes (bóias-frias) e está sujeita a acidentes no transporte diário devido à má conservação e superlotação dos caminhões.

Em algumas fazendas do interior do Estado, o trabalho não é remunerado e os trabalhadores não têm liberdade para ir e vir. Há denúncias de trabalho forçado em carvoarias no oeste do Estado. Muitas famílias foram retiradas de suas terras devido à construção de barragens e hidrelétricas.

Quanto aos conflitos de terra, estes não são muito relevantes em São Paulo. Em 1990, tanto a CPT quanto o MTRST registraram somente um assassinato decorrente de conflito deste tipo. O único caso de lesão corporal em conflito de terra, nos últimos anos da década de 80, foi registrado em 1989. Já em relação às violações contra a propriedade, o índice não é tão baixo, tendo ocorrido 36 ameaças de expulsão em 1990 (*CPT, 1990 e MTRST, 1990*).

5. Região Sul: Rio Grande do Sul

O Rio Grande do Sul é um Estado de clima temperado, com 282.184 km^2 e uma população de 9,2 milhões de habitantes. Esta população é basicamente constituída por descendentes de italianos e alemães imigrados no século XIX, como resultado de uma política governamental de incentivo da imigração européia, através da distribuição de pequenos lotes de terras. Com o passar das gerações, essas pequenas propriedades foram se convertendo em minifúndios até que os que não tinham mais o que herdar tiveram que começar um movimento migratório para o oeste e o norte do país.

Esse processo foi em parte decorrente do próprio desenvolvimento da agricultura nesse Estado, que valorizou as terras e incentivou a mecanização. Como conseqüência, por uma lado, os preços elevados dos terrenos tornaram-se proibitivos para os pequenos produtores; por outro lado, a mecanização gerou grande número de desempregados. Os pequenos produtores, organizados no Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, tentam, desde o início dos anos 80, chamar a atenção para a necessidade de uma reforma agrária. Através de atos de ocupação de terras e de órgãos públicos, os trabalhadores Sem-Terra buscam negociar com as autoridades algumas de suas reivindicações. A opinião pública em geral é favorável ao Movimento, mas a polícia e as milícias privadas, muitas vezes, reprimem de forma extremamente violenta os atos de desobediência civil (*Americas Watch*, 1991: 126-136).

A organização dos trabalhadores, no entanto, tem conseguido controlar a truculência dos proprietários. Desta forma, em 1990, o MTRST não registrou nenhum assassinato decorrente do conflito de terra no Estado.

6. Paraná

Os colonos do Paraná, descendentes dos imigrantes europeus que possuíam pequenas propriedades nesse Estado, a partir de 1960 passaram dificuldades que acabaram expulsando-os de suas propriedades. Esse processo foi decorrente da valorização das terras, devido ao estímulo governamental à agricultura de exportação. Esses colonos também participaram da organização, na década de 1980, do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, que reivindica do governo a reforma agrária e a ocupação de terras improdutivas.

A partir de 1989, os despejos judiciais e as expulsões extrajudiciais aumentaram devido às iniciativas dos "sem-terra" em ocupar áreas mantidas para a especulação. Os grandes proprietários, por sua vez, fundaram a União Democrática Ruralista (UDR), uma associação contrária à reforma agrária, que mobilizava-se para evitar novas ocupações de terra. Mas, muitas vezes, os proprietários e a própria polícia valeram-se do uso da força.

A CPT e o MTRST vêm denunciando a formação de milícias privadas para expulsar e assassinar os "sem-terra", e a falência do aparelho do Estado para apurar as denúncias e punir os culpados. Assim, em 1990, eles denunciaram dois casos de assassinato e seis de tortura decorrentes do conflito de terra no Paraná. Entre 1987 e 1990, foram 112 casos de lesões corporais neste Estado, o segundo maior índice do País. Quanto à violência contra a propriedade, os números também são elevados, tendo havido 100 casos de ameaças de expulsão em 1990.

7. Amazônia Legal

Em 1996, por iniciativa do governo, uma vasta área chamada Amazônia Legal foi reservada para desenvolvimento. Esta área inclui Estados, em parte ou totalmente, das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste: Pará, Acre, Amazonas, Rondônia, Roraima, Amapá, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Tocantins. A Amazônia Legal ocupa 5 milhões de hectares, correspondendo a 59,1% do território nacional, mas apenas 9% da população ali residem. (CPT, 1988:47).

A estratégia inicial do governo era ocupar a área com colonos provenientes do Nordeste, ao longo da Rodovia Transamazônica. Com o fracasso do programa, voltou-se para o plano de "pólo de crescimento", coordenado pela Superintendência para o Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), que oferecia incentivos diretos a grandes empresas, para que ocupassem a área com o cultivo mecanizado em larga escala, destinado à exportação. Essa superposição de planos aliada à falta de fiscalização adequada acabou atraindo para a região especuladores da terra que entraram em confronto com os trabalhadores expulsos de outras regiões do País – principalmente devido à construção de hidrelétricas no Nordeste e no Sul – que partiram para a Amazônia em busca da garantia de sua subsistência. Essa região, muito pouco abastecida de instituições que garantam o respeito às leis, tornou-se então a mais violenta em relação aos conflitos agrários do Brasil. (Martins, 1986a).

Além dos conflitos por terra, outro problema social da região amazônica é o trabalho forçado utilizado pelos fazendeiros para desmatamentos e queimadas em terrenos imensos, visando transformá-los em pasto. Tais desmatamentos se fazem a fim de evitar a desapropriação e receber os benefícios fiscais disponíveis para os proprietários de terras aproveitadas.

8. Bico do Papagaio

O Bico do Papagaio é uma região que, como já foi visto, abrange área do Estado

do Tocantins, ao norte de Goiás e sudeste do Pará, entre os rios Araguaia e Tocantins. É formado por terras férteis e ricas em madeira que, por isso mesmo, são muito disputadas. A base de sua economia está na criação de gado, na exploração da madeira e no cultivo de subsistência.

O plano inicial do governo de ocupar a Amazônia com colonos do Nordeste, embora tenha fracassado, acabou levando cerca de vinte mil camponeses para essa região, na primeira metade dos anos 70. Com a estratégia implementada no final da década, de incentivos do governo para as grandes empresas, esses trabalhadores passaram a ser expulsos à medida que as terras se valorizavam (Martins, 1986b).

Entre 1975 e 1976, cerca de 400 famílias foram expulsas, deflagrando-se então um conflito entre posseiros e grandes proprietários, protegidos por milícias particulares, os chamados grupos de pistolagem (CPT, 1993).

O mais recente fator de acirramento dos conflitos no Bico do Papagaio se deu em 1986, com a construção de uma estrada às margens do Rio Araguaia, que estimulou verdadeira concentração demográfica, com a chegada de garimpeiros, de trabalhadores para as várias serrarias que foram se abrindo e para a gigantesca reserva de minérios que é o Complexo de Carajás.

Um caso exemplar do grau de violência que os conflitos por terra atingem nessa região foi o assassinato do presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais João Canuto, em 1985, e de seus filhos José e Paulo, em 1990. Dias antes de sua morte, João Canuto havia pedido proteção às autoridades federais e estaduais, quando cinco homens armados apareceram frente ao sindicato num carro da fazenda Canaã ,ameaçando-o. Na época, parte dessa fazenda estava ocupada por trabalhadores sem-terra ligados ao sindicato. As autoridades, entretanto, não fizeram nenhuma investigação nem forneceram a proteção necessária. Canuto foi morto quatro dias depois com 14 tiros disparados por pistoleiros. O crime teve muita repercussão nos jornais e, diferentemente do que acontece na maioria dos casos, os acusados (dois pistoleiros e um proprietário de terras) acabaram sendo presos, pouco tempo depois. Entretanto, quando o proprietário foi solto por força de *habeas corpus* concedido pela autoridade judiciária, liberaram inexplicavelmente, na mesma ocasião, os pistoleiros. No decorrer do processo, apenas um dos pistoleiros foi preso novamente, em setembro de 1987. Em abril de 1990, os filhos de Canuto, Orlando (presidente do PC do B de Rio Maria e tesoureiro do Sindicato dos Trabalhadores Rurais), José (garimpeiro), e Paulo (pedreiro) foram seqüestrados. José e Paulo foram assassinados e Orlando conseguiu fugir para outro Estado. Seus assassinos foram condenados no primeiro julgamento deste tipo da história do Brasil, em 1994. Referências ao caso da família Canuto foram feitas recentemente no filme "Genipapo".

9. Acre

O Estado do Acre fica na região Norte do País e possui uma população de 1.095,6 milhão de habitantes (*Anuário Estatístico do Brasil, 1990*). Ele já conheceu sua época de prosperidade econômica nos anos de 1870, quando se iniciou a exploração da borracha para fins comerciais, o que provocou o crescimento da Amazônia. Nessa época, o Acre pertencia à Bolívia, e somente em 1903 o Brasil comprou-o. Na década de 1920, a Ásia passou a dominar a exportação da borracha e a riqueza desse Estado começou a declinar.

Nos anos 60 e 70, com a política do governo brasileiro de colonização da Amazônia pelas grandes empresas, milhares de seringueiros foram expulsos para a capital do Estado, Rio Branco, e

para a Bolívia. Os que ficaram iniciaram uma ação de resistência, marcada pela tática do *empate*, que consistia em ocupar as terras a serem queimadas e destruir o equipamento das equipes de desmatamento. Como resultado, 97% do Estado permanecem hoje ainda sob a floresta.

Muitos dos madeireiros, entretanto, reagem matando as lideranças sindicais e ameaçando os trabalhadores. Por se tratar da luta pela preservação da mata, os seringueiros obtiveram o apoio dos grupos ambientalistas internacionais, o que ajuda na pressão para que as autoridades locais apurem os casos de violência.

Em março de 1990, esses trabalhadores conseguiram uma grande vitória, que foi a criação de uma reserva extrativista de 970.570 hectares. No entanto, esse feito promoveu a volta de muitos seringueiros que haviam emigrado, o que acirrou os conflitos com os madeireiros.

Um caso exemplar da violência na luta entre madeireiros e seringueiros foi o assassinato do presidente do Sindicato dos Seringueiros de Xapuri, Chico Mendes, em 22 de dezembro de 1988. Chico Mendes já havia sobrevivido a cinco atentados e, sabendo quem eram seus agressores, tentou em vão garantir que eles fossem punidos com prisão. As autoridades designaram quatro policiais militares para a sua proteção. Entretanto, no dia de seu assassinato, por razões inexplicáveis, as metralhadoras desses homens foram substituídas por pistolas defeituosas. Ao ouvirem os tiros, os policiais se esconderam.

Por causa da proeminência de Chico Mendes no movimento ambientalista internacional, o seu assassinato recebeu enorme repercussão no Exterior. Como resultado, a polícia passou a investigar intensivamente o crime, e poucos dias depois prendeu os seus autores: o fazendeiro Darli Alves e seu filho Darci Alves. Foram condenados a 19 anos de prisão mas, em 1992, fugiram da cadeia e recentemente foram encontrados. Há fortes evidências de que altas autoridades de municípios vizinhos e grandes proprietários estivessem envolvidos no crime, mas estas evidências ainda não foram investigadas. O assassinato de Chico Mendes também já foi contado em filme.

10. Mato Grosso do Sul

O Estado do Mato Grosso do Sul fica na região Centro-Oeste do País, ocupando uma área de 1.604.852,3 km^2. Sua população é de 1,797 milhão de habitantes, o que significa 10.331,6 por km^2 (*Anuário Estatístico do Brasil, 1990*).

Os conflitos nesse Estado se dão basicamente em duas áreas: nas usinas de açúcar e nas carvoarias. Nas usinas de açúcar, a origem dos conflitos também remete ao final dos anos 60 e início dos 70, quando os engenhos foram substituídos pelas modernas usinas, como resultado do incentivo do governo visando à produção de cana-de-açúcar para exportação.

Em 1973, a crise internacional do petróleo levou o governo a incentivar a produção do álcool a fim de produzir combustível de outra natureza. Essa política culminou no projeto Pró-Álcool, de 1977. A partir dessa época, 90% das usinas passaram a produzir somente álcool para combustível.

As usinas dependem de mão-de-obra sazonal, que trabalhe intensivamente de maio a novembro, que é a época da colheita. Nesse período, os mais de vinte mil *bóias-frias* realizam jornadas de 12 horas de trabalho. Esses trabalhadores são recrutados por "gatos" e empreiteiros no Nordeste e também entre a população indígena da nação Guarani, que habita o Estado. São levados em caminhões apinhados, sem nenhuma segurança, tornando-se vítimas freqüentes de acidentes nas estradas. Do mesmo modo que ocorre nas florestas a serem desmatadas, ao chegarem ali, esses trabalhadores têm as suas despesas de viagem cobradas e se

convertem então em trabalhadores forçados durante todo o período da colheita. Os que tentam fugir correm o risco de serem mortos.

O trabalho forçado é também o problema mais grave das carvoarias que se localizam nos municípios de Ribas do Rio Pardo, Águas Claras e Três Lagoas. A política de colonização do governo para essa região, nos anos 70, se deu através de incentivos fiscais a grandes empresas que se comprometessem a instalar ali fábricas de papel e celulose. Entretanto, a falta de fiscalização permitiu que os recursos fossem desviados para as carvoarias.

Chegou-se aos anos 90 sem que nenhuma fábrica fosse de fato construída. Diariamente retiram-se toneladas de carvão da mata, para alimentar as carvoarias. Os trabalhadores são recrutados por "gatos", com promessas, e ao chegarem ali transformam-se em escravos, não recebendo salário e cumprindo jornadas de 12 horas de trabalho, em fornos de 70 graus, sem nenhuma proteção. Mulheres e crianças também trabalham nestas mesmas condições.

11. Conclusão

Toda esta história de luta, violência e desigualdade deixa claro que os primeiros portugueses que aqui chegaram se enganaram ao pensarem que alcançavam o paraíso terrestre. Definitivamente, o eldorado não é aqui.

12. Bibliografia

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal na política brasileira.* Paz e Terra, S. Paulo, 1988.

AMERICAS WATCH COMMITEE, *Police abuse in Brazil. Summary executions and torture in São Paulo and Rio de Janeiro.* Washington, 1987.

———. *Violência rural no Brasil.* NEV&CTV, S. Paulo, 1991.

CPT (Comissão Pastoral da Terra), *Denúncia: caso Araguaia/Tocantins.* Rio, 1980.

———. *Denúncia: conflitos de terra nos Estados indicando os Municípios (1980-1981).*Rio, 1982.

———. *Relatório.* Rio, 1984.

———. *Conflitos no campo: Brasil 1985.* Loyola, Goiânia, 1986.

———. *Conflitos no campo: Brasil 1986.* Loyola, Goiânia, 1987.

———. *Conflitos no campo: Brasil 1987.* Loyola, Goiânia, 1988.

———. *Conflitos no campo: Brasil 1988.* Loyola, Goiânia, 1989.

———. *Rompendo o cerco e a cerca: conflitos no campo: Brasil, 1989.* Loyola, Goiânia, 1990.

———. Conquista de terra e cidadania. *Cadernos do CEAS* (135): 40-59. Salvador, setembro/outubro, 1991.

———. *Assassinatos no campo 1989-1990-1991.* 1992.

———. *Conflitos no Campo: Brasil, 1992,* Loyola, Goiânia, 1993.

———. CEPAL & Instituto Brasileiro de Análise Social e Econômica (IBASE), *O genocídio do Nordeste (1979-1983).* Hucitec, Rio: 1984.

FRANCO, Maria Sílvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata.* 1983.

MARTINS, José de Souza. *A reforma agrária e os limites da democracia na Nova República.* Hucitec. S. Paulo, 1986a.

———. *Não há terra para plantar neste verão: o cerco das terras indígenas e das terras de trabalho no renascimento político do campo.* Vozes, Rio, 1986b.

———. *A chegada do estranho.* Hucitec, S. Paulo, 1993.

MTRST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra). *Assassinatos no campo: crime e impunidade 1964-1985.* Global, S. Paulo, 1987.

———. *Dossiê sobre a violência no meio rural.* S. Paulo, 1990.

NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA. Relatório final da pesquisa: *Continuidade Autoritária e Construção da Democracia.* S. Paulo: Universidade São Paulo, 1996.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

DO NARCISISMO DAS ELITES AO NARCISISMO DAS MASSAS

MARIA RITA KHEL

1. O que se quer dizer quando se faz referência às elites brasileiras como sendo "narcisistas"? Em primeiro lugar, é bom não confundir narcisismo com egoísmo, uma característica tão generalizada entre os humanos que a sua contrapartida moral, o altruísmo, precisou ser imposta na forma de lei, a mando de Deus, para se constituir. Como ironizou Freud em *O Mal Estar na Civilização*: "se o altruísmo fizesse parte da natureza humana não teria sido necessário inventar um *mandamento* para nos convencer a amar o próximo...

Na teoria psicanalista, o termo "narcisismo" serve para designar antes um estado psíquico do que um valor moral. *Narcisismo primário* é, como chamamos, o estado de plenitude próprio dos recém-nascidos que levam algum tempo para se dar conta de que já estão separados de suas mães. "Nascer é muito comprido", já escreveu o poeta Murilo Mendes. A impressão de bem-estar que temos diante dos bebês muito pequenos, escreve Freud,[1] vem dessa auto-suficiência (totalmente alucinada, porque ninguém pode ser *menos* auto-suficiente que um bebê!), dessa sensação de completude em que eles ainda estão mergulhados até que se dão conta da separação. "Nascer" teria então dois momentos, para a psicanálise. O primeiro, a saída do ventre materno, não é tão importante para o sujeito psíquico quanto este segundo nascimento, quando percebemos que deixamos de fazer *um* com nossas mães, que elas já não estão à nossa total disposição. Dito em terminologia lacaniana: já não somos o objeto único de seu desejo, não somos o *falo* para nossas mães.

Esta separação, e a ferida narcísica que advém dela, podem ser dolorosas mas são também a condição de nossa humanidade. Separados da mãe não apenas física mas também psiquicamente, começa a longa jornada que nos faz sujeitos, o que em psicanálise significa sempre: sujeitos de um desejo inconsciente que para o resto da vida vai motivar nossas ações, nossos investimentos, nossas escolhas.

Aqui o termo *narcisismo primário* torna-se apenas a marca teórica de uma origem, cuja realidade Freud pôde deduzir *a posteriori* pela observação de algumas graves regressões na psicose. Para os "neuróticos comuns", o narcisismo se manifesta na sua forma *secundária*, que também pode ser considerada de dois pontos de vista. Secundário é o narcisismo que sustenta o *eu*, que lhe dá consistência imaginária – amor do eu por si mesmo, sem o qual o sujeito não desenvolve o mínimo de auto-estima necessário para desejar viver e ser feliz. Mas o narcisismo secundário também é o estado que se produz pelo mecanismo de retração ao *eu* do montante de libido que deveria estar investido nos objetos. Esta regressão é necessária, por exemplo, nas doenças – deixamos de investir

[1] S. Freud, "Introdução ao Narcisismo" (1914) em *Obras Completas*, vol. II, p. 2.017-2.032, Madri, Biblioteca Nueva, 1976.

libido no mundo externo, pois precisamos de toda a energia disponível para o trabalho de cura. No sono, a libido é quase totalmente retirada dos objetos para isolar o eu e possibilitar o repouso. Na cura dos sofrimentos amorosos, geralmente passamos por um período de desinteresse pelo mundo, que é o movimento oposto ao da paixão: nesta, o *eu* fica empobrecido, e o objeto, inflacionado de libido.

Portanto, as regressões narcísicas são mecanismos de reconstituição do *eu* diante das impossibilidades de obtenção de prazer ou sucesso (em que a libido seguiria naturalmente o seu curso. Para além dos movimentos de cura, o estancamento da libido no *eu*, por si só, constitui um adoecimento – é o caso, por exemplo, das hipocondrias. Por outro lado, toda evolução do sujeito constitui-se no distanciamento do estado de narcisismo primário e nas tentativas de recuperar o gozo perdido através dos investimentos nos objetos e da tentativa de identificação com os Ideais. Os ideais são herdeiros do complexo de Édipo incorporados ao supereu; representantes do que foi, para a criança, a perfeição das imagos parentais, têm um papel fundamental na manutenção narcísica do *eu* – no sentido que equivale ao da auto-estima. A relação é evidente: uma das formas "sublimadas" (i,é, não diretamente sexuais) de gratificação narcísica à disposição dos sujeitos é a conquista de alguns dos ideais que herdamos na passagem pelo Édipo, e que não correspondem àquilo que foram realmente nossos pais, mas ao que imaginamos sobre eles, ou mesmo ao que eles *gostariam* de ter sido.

A substituição das gratificações alucinatórias e instantâneas do narcisismo primário pela possibilidade de constituir um *valor narcísico* para o *eu* através das identificações e conquistas dos ideais exige um adiamento e um rodeio desde a origem da pulsão até a possibilidade de prazer. É o que chamamos de substituição do *princípio do prazer* pelo *princípio da realidade*[2] ou, como gostamos de chamá-lo, pelo princípio do prazer possível. Este adiamento exige uma renúncia quanto às formas de gratificação imediatas e fantasiosas, que apesar das aparências acabam por se revelar muito frustrantes ao longo da vida.[3]

2. De toda esta teoria, o importante para compreendermos o suposto "narcisismo das elites" é o seguinte: primeiro, que o ser humano nunca abre mão de seu gozo (por exemplo, a plenitude do narcisismo primário), a não ser que seja *expulso* do paraíso, ou que uma ameaça maior (a exemplo da castração, no Édipo) o force a renunciar. Em segundo lugar, é importante lembrar que passamos a vida às voltas com a tentativa de reconstituir o paraíso perdido. Ou fazemos isto com os recursos "evoluídos" do *eu* – o amor, a realização dos ideais – ou, na impossibilidade destes, nas formas infantis e regredidas do narcisismo secundário.

Sendo Narcisismo um conceito clínico, penso que sua aplicação em outro contexto – por exemplo, para nos ajudar na compreensão do comportamento das elites brasileiras – deve ter um sentido mais metafórico do que estritamente psicanalítico.[4] Mas afinal, não foi por metáforas que Freud construiu sua teoria? Metaforicamente então, ousaríamos dizer que as classes dominantes no Brasil – basicamente compostas dos mesmos grupos

(2) Ver em Freud, "Os dois Princípios do Funcionamento Mental", (1920), *OC* vol. II, p. 1.638-1.692.

(3) Trabalhamos mais a fundo esta questão no texto "O Desejo da Realidade", que se encontra na coletânea *O Desejo* (org. Adauto Novaes); S. Paulo, Cia das Letras, 1990.

(4) O tema foi brilhantemente tratado pelo psicanalista Jurandir Freire Costa no conhecido ensaio "Narcisismo em Tempos Sombrios", incluído na coletânea *Tempo do Desejo* (org. Heloísa Fernandes); S. Paulo, Brasiliense, 1988.

econômicos e familiares desde a colonização – ao longo da história, conseguiram afastar-se muito pouco do estágio do narcisismo primário. Independentemente do que foram *de fato* as lutas pela conquista desta terra e pela manutenção do poder, a História do Brasil sempre foi tida como uma sucessão de conquistas fáceis de uma terra que se entregou docemente, sem exigir grandes esforços, sem derramamentos de sangue. Desde as representações da terra farta e gentil, dos nativos dóceis, curiosos e pouco resistentes ao estrangeiro, até as passagens fundamentais da nossa História – a Independência, a Abolição da Escravatura, a Proclamação da República – que parecem ter se dado em função de acordos de conveniência entre as elites (o "jeitinho português" de dominar, tão bem caricaturizado no filme *Carlota Joaquina,* de Carla Camurati), forjou-se o imaginário de uma nação constituída não à força de luta e trabalho e sim num suave processo de desfrute dos bens que a natureza dava de mão beijada ao conquistador.

Desta "natureza", aliás, fazem parte os próprios oprimidos: os índios e os escravos, sobretudo, força "animal" explorada sem escrúpulos, até seu extermínio quase completo (no caso dos índios), ou até que já não fosse conveniente arcar com seu sustento (os escravos).

Tivemos sim muita violência, esforços desbravadores, luta de classes como em qualquer lugar, mas reclamamos o aspecto sofrido de nossa História. Os europeus que vieram para cá descobriram um grande colo de mãe complacente, e as elites, desde a carta da Caminha, criaram a fantasia de que a dominação se constituiu aqui pelas facilidades do desfrute, até mesmo do *abuso*, e não do trabalho (muito diferente da mitologia da origem norte-americana, por exemplo). Acrescente-se a isto o fato de que Portugal, nação que representaria neste imaginário uma função paterna, faliu como potência européia pouco tempo depois do ciclo das navegações, ficando o Brasil como que órfão de pai, ou filho de um pai desmoralizado –, daí a fraqueza da instância simbólica da lei em nossa sociedade, que estamos tentando reconstituir há muitas décadas já.

No Brasil, a Lei (não só no sentido do que está na letra da Constituição, mas no sentido das intermediações necessárias para sustentar o pacto civilizatório) parece existir para coibir somente os mais fracos. A Lei é para quem não tem poder. As elites, que seriam as primeiras interessadas na manutenção da Lei, já que são suas maiores beneficiárias, agem como se possuíssem o privilégio do arbítrio – sentem-se fora do alcance dos limites impostos pela Lei.[5]

Outra conseqüência da representação da terra brasileira como mãe que se ofereceu aos filhos, longe da interdição paterna, e tão generosa que os filhos teriam podido se fartar sem ter que dividir seus favores, é que não existe respeito à coisa pública, no Brasil. A elite se apropria do espaço público como se fosse seu quintal. Como se aqui não existisse demarcação entre o público e o privado, mas sim entre o *vantajoso* e o *custoso*. Do vantajoso, a elite se apropria (o que vale para pensarmos no modo como são conduzidas as privatizações, aqui). O custoso, o pouco vantajoso, fica por conta do Estado, suposto mantenedor dos interesses públicos. Mas como as elites vão se apropriando também do Estado como coisa sua, vemos neste momento dito neo-liberal, que o próprio Estado vai se desobrigando de garantir à população alguns direitos básicos – saúde, educação, transportes, moradia – cujo custo não corresponde à geração *imediata* de benefícios. O Estado brasileiro vem negligenciando responsabilidades em áreas em que o investimento deve forçosamen-

(5) A respeito da fragilidade da instância paterna na cultura brasileira, ver os ensaios do psicanalista Contardo Calligaris no livro *Hello, Brazil.* S. Paulo, Escuta, 1991.

te ser maior do que o retorno, pelo menos no sentido do retorno material, já que estes investimentos não oferecem vantagem do ponto de vista do capital.

Todas estas operações sustentam-se sobre uma base imaginária cuja manutenção nos causa uma boa dose de cinismo. O afrouxamento dos ideais – que apontariam para algumas possibilidades de gratificação legítima do narcisismo secundário – é evidente e alarmante. Se nossa origem "paterna" (Portugal) se enfraqueceu e hoje mais nos desmoraliza do que nos orgulha, recalcamos nossa filiação e com isto sentimos, sinceramente, que não devemos nada a ninguém. Ao mesmo tempo, a mera posse da mãe-pátria não resolve a ferida em nossa auto-estima (a desmoralização da instância paterna desvaloriza a representação materna também) e ficamos capturados pelo espelho alheio, tentando ser o que não somos – europeus? norte-americanos? – ou dito de outro modo, trocando facilmente o ser pelo parecer.

3. Por fim, queremos apontar algumas características psicológicas do comportamento das classes dominantes no Brasil, que nos parecem muito de acordo com a manutenção da estrutura infantil organizada em torno da conservação do narcisismo primário. Se acreditamos que tudo o que temos hoje nos foi dado de graça, que nunca tivemos de construir nada, nossa capacidade de investir em projetos custosos, de adiar gratificações, é mínima. Estamos sempre correndo atrás da idéia de grandes projetos de resultados rápidos, desde a abertura dos portos de D. João VI, passando pela fantasia de modernização galopante – 50 anos em 5! – prometida por Juscelino, pelos megainvestimentos dos governos militares, até a comédia Collor (cômica se não fosse trágica) de "matar" o atraso brasileiro com uma bala só – e quem sabe o neoliberalismo apressado de FHC não seja mais uma tentativa de começar de novo, do zero, e (re)fazer tudo depressinha? Como esperamos sempre soluções milagrosas (quem não se lembra do "milagre brasileiro"?), estamos sempre destruindo o pouco que foi feito em nome de uma nova solução mágica, megalômana. Não suportamos nos identificar com o pouco que fomos capazes de fazer, nossa imagem narcísica é sempre melhor e maior, não suportamos medir a distância que nos separa dessa perfeição imaginária e preenchê-la lentamente, custosamente, com as pequenas conquistas possíveis próprias aos chamados Ideais do Eu (em contraposição a um Eu Ideal, absoluto e inatingível).

O que não significa, por exemplo, que o brasileiro comum não trabalhe e passe a vida apostando na Sena. Ao contrário, trabalha loucamente, arduamente – mas pouco constrói, porque a base em que se apóia é frágil. A sociedade brasileira está sempre desprezando seus últimos feitos e recomeçando do zero. Quem já ouviu falar de um país tão pouco orgulhoso de si mesmo e, simultaneamente, tão ingenuamente otimista como o Brasil?

O terceiro ponto que queremos abordar, então, é a dialética entre o que estamos chamando de "narcisismo das elites" e o infantilismo das massas brasileiras. Na nossa particular "dialética do senhor e do escravo" – que, como se sabe, produz *sujeitos* nos dois pólos e não, como se poderia pensar, um sujeito em um pólo e um objeto em outro – a infantilidade narcisista das elites produziu, e foi alimentada, por um infantilismo proporcional por parte das massas.

Temos uma história de dominação em moldes paternalistas, quando não populistas, que corresponde, do lado dos dominados, a uma tradição de clientelismo ou submissão infantil – o "jeitinho brasileiro" de promover alienação nas duas pontas da pirâmide social. Nossa "modernização" fica sempre comprometida por estes vínculos arcaicos, promessas mirabolantes de um lado, esperanças messiânicas de outro. Se o compromisso das elites com o restan-

te da sociedade é frágil, devemos ver nisto uma parte de responsabilidade do próprio povo, que sempre preferiu apostar num paternalismo autoritário e sedutor, deixando com isto de desenvolver mecanismos de pressão eficientes e autônomos.

Neste sentido, vemos a crueza das políticas neoliberais do governo Fernando Henrique como uma perspectiva de avanço nas relações de dominação: pela primeira vez na história as elites brasileiras deixam claro que não estão preocupadas em proteger o povo das conseqüências de sua política de modernização tardia. A falta de demagogia de FHC, que nos choca e revolta continuamente, destrói uma série de falsas esperanças das massas em uma elite boazinha e protetora que algum dia, quando o "bolo" crescer, estará generosamente disposta a dividi-lo. Talvez assim, os chamados "brasileiros comuns" possam finalmente entender que vêm sendo abandonados pelo Estado e pelas elites, e quem sabe comecem a desenvolver algum projeto próprio no sentido de sua emancipação política.

No entanto, a primeira reação das massas no Brasil ao abandono das elites é uma *regressão*, nos moldes do narcisismo secundário. A submissão infantil ao paternalismo (suposto) das elites, com a grande dose de renúncia que ela exigia, deixa de apresentar qualquer perspectiva de compensação imaginária. O pacto *obediência-proteção* vem fracassando desde a era Collor, e os resultados são imediatos: se a lei não apresenta *nenhuma* vantagem para os que se sacrificam em nome dela, a sociedade inteira caminha para a delinqüência.[6] As massas, hoje, são tão bandidas quanto as elites vêm sendo desde o período de impunidade dos governos militares. Se investir trabalho a longo prazo nunca valeu muito a pena no Brasil, agora a submissão em troca de proteção também já não vale mais.

Mas não se trata de uma insurreição organizada, como nas primeiras grandes greves da década de 70, produto da organização de uma classe operária que ainda se acreditava herdeira da Revolução. O quadro que vemos hoje é de um banditismo geral, em que cada um tenta tirar, por si e para si, alguma vantagem da desmoralização do pacto que sustenta as instituições civis da sociedade. Pensamos que ainda vai demorar um pouco para que o país, massas e elites, entendam que a criminalidade crescente em nossa sociedade não é somente uma questão de política (embora seja *também*), mas é um retrato da falência de um pacto paternalista e da impossibilidade conjuntural de constituição de um outro, mais justo e menos atrasado, pelo menos nos termos em que a elite se acostumou até hoje, isto é: sem que ela tenha de ceder nada de seus privilégios.

Como sintomas evidentes do narcisismo/infantilismo *das massas*, aponto a despolitização e o desinteresse crescente de setores jovens da população – atitudes como "não adianta nada" ... "não há o que fazer" ... "políticos são todos ladrões, tanto faz em quem vou votar" etc. A difusão da droga como perspectiva escapista, de obtenção de um prazer rápido e garantido que funciona como arremedo de rebeldia; a prática generalizada de furtos, assaltos e crimes por parte dos que não suportam mais se ver excluídos dos padrões de consumo que se apresentam como sinônimo de cidadania, e ao mesmo tempo não acreditam em nenhuma perspectiva legal de ascensão social. Por fim, o *narcisismo das pequenas diferenças* analisado por Freud em *O*

(6) No início dos anos 80, o psicanalista Hélio Pellegrino previu este estado de delinqüência generalizada em conseqüência da falta de compromisso das elites brasileira com a Lei. Os artigos que Pellegrino escreveu a este respeito para os jornais, há mais de uma década, estão na coletânea *A Burrice do Demônio*, Rio de Janeiro, Rocco, 1988.

Mal Estar na Civilização [7] (1929/30) vem se revelando em várias formações intolerantes, desde as idiossincrasias religiosas até a violência de torcidas organizadas que revelam a falência do simbólico até mesmo nos campos onde ele deveria dominar.

Não adianta reclamar com as elites, partindo de uma posição vitimista, pedindo-lhes que sejam boazinhas conosco ("como antigamente"...?). No Brasil, as elites ainda não perceberam o que têm a perder, desrespeitando até mesmo os acordos que sustentam o modo burguês de dominação. Qualquer alteração importante neste estado de coisas tem que partir de quem se sente prejudicado, mas não necessariamente *vitimado*; a inveja e o ressentimento, aliados à falta de auto-estima de quem não valoriza o que já conquistou, têm sempre promovido um olhar fascinado e paralisado em direção a "eles", os privilegiados à custa de nossa passividade. A meu ver, a herança de nosso passado *pidão* e chorão às vezes parece sobreviver justamente entre alguns setores de esquerda, que acreditam na denúncia da "maldade" das elites como modo de mobilização de consciências.

Ora, sem a valorização daquilo que criamos com o nosso esforço – as nossas instituições democráticas, as nossas raras tradições políticas, as nossas formações culturais e sobretudo os frutos do nosso trabalho suado – estaremos sempre em posição de reivindicar e esperar soluções mágicas prometidas a cada nova troca de governo, sejam eles de centro-esquerda ou de direita. A decepção nestes casos é certa: pouco tempo depois de cada eleição em que se apostou tudo na onipotência governamental, passa-se a agir como adolescentes revoltados e decepcionados porque os pais não são tão poderosos como pareciam ser – o que só revela, aliás, quanto ainda desejaríamos estar submetidos a um grande poder redentor.

O narcisismo das elites, como toda formação narcisista, não é algo de que se abra mão voluntariamente, por força do desconforto produzido pela má consciência a que as esquerdas tentam inutilmente apelar. Como na teoria freudiana, sabemos que ninguém abre mão de gratificações narcísicas: se o bebê não fosse *expulso* de sua unidade primária com a mãe, jamais se tornaria sujeito, jamais substituiria as gratificações fáceis do *princípio do prazer* pelas renúncias e investimentos exigidos pelo *princípio de realidade*. Se as elites brasileiras ainda não "caíram na real" e ainda se imaginam no colo farto da mãe gentil, é porque de alguma forma nós estamos facilitando as coisas para elas.

O narcisismo das elites só vai ser destituído pela maioridade das massas.

[7] *OC* (cit.), vol. III, p. 3.041-3.060.

8. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O CRIME DO SACOPÃ (PRIMEIRA PARTE)

RENÉ ARIEL DOTTI

SUMÁRIO: 1. Um processo de repercussão nacional – 2. A decisão de pronúncia – 3. Os debates no Tribunal do Júri; 3.1 A prisão preventiva obrigatória; 3.2 A acusação de Emerson de Lima; 3.3 A acusação de Milton Sales; 3.4 A defesa de José Bonifácio; 3.5 A defesa de Romeiro Neto – 4. A sentença declaratória da condenação – 5. A apelação; 5.1 Os fundamentos; 5.2 A decisão.

1. Um processo de repercussão nacional

O chamado *crime do Sacopã* continha vários ingredientes para se tornar o mais notável episódio delituoso dos anos 40/50 no Rio de Janeiro, e com grande repercussão nacional. A vítima, o bancário Afrânio Arsênio de Lemos, foi encontrado morto no interior do automóvel *Citroen*, na manhã de 07.04.1952.

O crime teria ocorrido aproximadamente às 23 horas e 45 minutos da noite anterior, na Avenida Epitácio Pessoa, próximo ao Clube Caiçaras, e dele foi acusado o jovem 2.º Tenente-aviador, Alberto Jorge Franco Bandeira. O motivo passional, que teria determinado o homicídio, abasteceu o rádio e a imprensa durante dois anos, contados da descoberta do fato até o julgamento pelo Tribunal do Júri do antigo Distrito Federal, ocorrido em 26.03.1954. A televisão contava com suas primeiras emissões apenas em São Paulo e no Rio de Janeiro, daí porque o mundo da comunicação era muito restrito.

O Tenente Bandeira jamais admitiu a autoria do crime. Foi acusado por indícios e por eles condenado. Sua figura de galã de cinema, as estrelas do oficialato da Aeronáutica e a sua inclusão no triângulo amoroso – réu e vítima teriam ligações amorosas com a mesma mulher – produziram um romance com todos os lances alternando a realidade e a fantasia.

Aliás, em suas alegações proferidas perante o Júri, o exímio Promotor Público Emerson de Lima se refere às especulações em torno da autoria do crime: "A imprensa ventilava: foi o Coronel Clóvis Costa; a imprensa ventilava: foi o Senador Napoleão Alencastro Guimarães; a imprensa ventilava: foi o filho do Senador Napoleão Alencastro; a imprensa ventilava: foi o Min. Vaz de Melo; a imprensa ventilava: foi o Coronel Benjamin Vargas; a imprensa ventilava: foi o filho do Prefeito João Carlos Vital".[1]

A denúncia, redigida pelo mesmo agente do Ministério Público, afirma que o réu, após ter efetuado disparos de arma de fogo contra Afrânio, tomou a direção do veículo e o conduziu para a estrada do Sacopã, onde o abandonou, "tendo antes vibrado inúmeros golpes com a coronha da arma homicida na cabeça da vítima,

(1) Os debates no Tribunal do Júri foram gravados por Carlos de Araújo Lima e reproduzidos em seu valioso livro *Os grandes processos do Júri*, ed. Livraria Freitas Bastos S/A, RJ, 1957, p. 203 *et seq.* O trecho copiado está na p. 206.

executando, assim, o homicídio com requintes de crueldade." Segundo a mesma peça inicial, o delito foi qualificado pois o réu "executou fria e calculadamente o plano preconcebido, usando de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima, estando assim incurso no art. 121, § 2.º, incs. III e VI, do CP.

Por cinco votos contra dois os jurados afirmaram a autoria, e por quatro a três reconheceram as qualificativas. Condenado a quinze anos de reclusão, o Tenente Bandeira cumpriu a metade da pena [2] e, por intermédio de sua genitora, requereu e obteve o livramento condicional.

Quase vinte anos após a condenação, a segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* para declarar a nulidade do julgamento, mantendo, no entanto, a prisão decorrente da pronúncia, que era então obrigatória. Na época dessa decisão (11.12.1972), não existia a *Lei Fleury*,[3] que permite que o réu primário e de bons antecedentes possa comparecer solto ao julgamento. O advento da prescrição vintenária[4] extinguiu a punibilidade e impediu a realização do segundo Júri. O réu não teve, assim, possibilidade de recuperar muitos direitos que havia perdido em face da pronúncia. Não tendo sido absolvido, o Tenente Bandeira manteve-se no mesmo posto embora tivesse recebido os soldos atrasados.

(2) Dispunha o art. 60 do CP, em sua redação original, que o livramento condicional seria deferido: "ao condenado a pena de reclusão ou de detenção superior a três anos, desde que: I – cumprida mais da metade da pena, se o criminoso é primário, e mais de três quartos, se reincidente". A esta condição se juntavam outras: ausência ou cessação da periculosidade, prova de bom comportamento durante a vida carcerária, aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto e satisfação das obrigações civis resultantes do crime, salvo quando provada a insolvência.

(3) Lei 5.941, de 22.11.1973.

(4) A pronúncia é datada de 25.01.1953.

Alguns atos processuais estão sendo referidos pelo seu conteúdo enquanto outros são transcritos, parcial ou integralmente, para permitir ao leitor uma reconstituição mais fiel.

A primeira parte dessa pesquisa aborda o processo desde a denúncia até a decisão da Câmara Criminal do Tribunal do Rio de Janeiro que, negando provimento à apelação, confirmou a decisão do Júri. A segunda irá cuidar do processo e do julgamento do *habeas corpus*, no qual se destacou a figura do Advogado Souza Neto.

2. A decisão de pronúncia

A pronúncia lançada contra o réu constitui um modelo de adequação às exigências de *objetividade* quanto ao fato, de *precisão* quanto ao Direito e de *imparcialidade* quanto ao mérito da causa.

A propósito, um dos anteprojetos elaborados pelas comissões instituídas pela Escola Nacional da Magistratura [5] e pelo Ministério da Justiça,[6] visando à reforma setorial do Código de Processo Penal, dava nova redação aos art. 408 e 410, nos termos seguintes: "Art. 408. Se o juiz se convencer da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, pronunciará o acusado e o sujeitará a julgamento pelo Tribunal do Júri." "Art. 410. A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação dos requisitos estabelecidos no art. 408."[7]

A pronúncia exarada no processo do *crime do Sacopã* segue fielmente essa

(5) Portaria 3, de 10.06.1992, baixada pelo presidente da instituição, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

(6) Portaria 349, do Min. Maurício Correia, em *DOU*, de 17.09.1993.

(7) Os anteprojetos – inclusive o que modifica o capítulo do procedimento relativo aos processos de competência do Tribunal do Júri – foram publicados no *DOU* de 25.11.1994, seção I, p. 17.854 *et seq.*

orientação, já consagrada há muitos anos pela jurisprudência. Vale reproduzi-la, *ipsis literis*, em homenagem ao seu redator, o Magistrado Hamilton de Moraes e Barros:

"Vistos, etc. Alberto Jorge Franco Bandeira, nos autos já qualificado, foi denunciado a êste [8] Juízo como incurso nas penas do art. 121, § 2.º, incs. III e IV, do CP, pelo seguinte fato delituoso: Dia 06.04.1952, cêrca das 23 horas e 45 minutos, na Avenida Epitácio Pessôa, próximo ao Club Caiçaras, o denunciado, no interior do automóvel marca *Citroen*, licenciado pelo Distrito Federal sob o n. 117.402, de propriedade de Afrânio Arsênio de Lemos, fez contra êste vários disparos de arma de fôgo, produzindo-lhe lesões que lhe 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 Sacopãn, 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,[9] 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. O acusado, que teve sua prisão preventiva decretada, prestou declarações à autoridade policial, foi interrogado em Juízo, apresentou a defesa prévia por intermédio do advogado que constituiu, e ofereceu oito testemunhas e três informantes, das quais se ouviram nove, uma das quais substituída por outra do ról, tendo a defesa requerido a desistência das duas outras, o que lhe foi deferido. A f. se encontra o auto de exame cadavérico. Procedeu-se, também, ao exame do local do homicídio (f.). Em sumário ouviram-se as testemunhas da denúncia. Mandou o Juiz que fossem ouvidas, também, pessoas que devessem saber do fato. Isto pôsto: A materialidade do delito está provada pelo auto de exame cadavérico, fortalecido êste pelo auto de exame de local. Quanto à autoria, embora o acusado a negue, contêm êstes autos os indícios suficientes de que é sua. Há indícios, também, da existência das circunstâncias especiais qualificativas.

Por estas razões, julgo procedente a denuncia de f., para pronunciar, como pronuncio, o acusado Alberto Jorge Franco Bandeira como incurso nas penas do art. 121, § 2.º, incs. III e IV, do CP, sujeitando-o a julgamento pelo Tribunal do Júri. Lançado seu nome no ról dos culpados, seja recomendado na prisão em que já se acha. Custas a final. Publique-se, intime-se e registre-se.

Rio de Janeiro, 25 de Janeiro de 1953. HAMILTON DE MORAES E BARROS, Juiz Presidente, em exercício, do tribunal do Júri.[10]

3. Os debates no Tribunal do Júri

3.1 A prisão preventiva obrigatória

Cercado por intensa divulgação de todos os jornais e as rádios do Rio de Janeiro, o *Júri do Tenente Bandeira* atraiu as atenções de todo o Brasil. Um detalhe processual interferiu para esse grande interesse. Ao tempo do recebimento da denúncia , era vigente o texto original do art. 312 do CPP, assim redigido: "A prisão preventiva será decretada nos cri-

(8) A transcrição obedece à ortografia do texto original.

(9) Em mais de uma oportunidade, os autos registram as palavras assim como estão sendo publicadas: *Yatch* e *Club*. Nos dias correntes se utiliza a designação *Iate Clube*, sem o anglicismo.

(10) A decisão consta, por cópia, dos autos do *Habeas Corpus* 50.010, do Supremo Tribunal Federal (f.).

mes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos." A propósito, a exposição de motivos do Código justificava a obrigatoriedade da prisão antecipada nos termos seguintes: "Tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será *obrigatória*, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado."[11] Para o saudoso mestre Eduardo Espínola Filho, os termos do (revogado) art. 312 do CPP "são categóricos, retirando todo poder de apreciação do juiz, salvo quanto à verificação dessas duas condições. Provado haver infração da lei penal, apontada a autoria por indícios suficientes, se o crime fôr [12] punido, no grau máximo, com pena igual ou superior a dez anos de reclusão, cessa, para o juiz, todo o poder de considerar a conveniência, ou a necessidade, de tal medida; a decretação da prisão preventiva passa a constituir um dever do magistrado".[13]

3.2 A acusação de Emerson de Lima

Emerson Luiz de Lima destacou-se na tribuna do Ministério Público em memoráveis júris realizados nos anos 50, juntamente com notáveis colegas como Raul de Araújo Jorge e Newton Marques Cruz. Alguns daqueles julgamentos, pela condição dos envolvidos ou por outras circunstâncias, como o meio ou modo de execução, alcançaram grande repercussão popular.

No caso do Tenente Bandeira, o Promotor Público Emerson de Lima produziu uma vigorosa e muito bem ilustrada peça de acusação, demonstrando o zelo funcional e o empenho em acompanhar o caso desde as suas primeiras investigações. Merecem transcrição algumas passagens relevantes de suas alegações orais:[14]

"Senhores Jurados: Proponho-me a examinar convosco êste processo, levando à vossa convicção a minha opinião, sincera e desinteressada, formada através não só do estudo do processo, mas também por ter acompanhado as diligências, desde o início, para a apuração do fato delituoso que ides julgar. Tomei a meu encargo esta árdua tarefa porque tenho a convicção de que, para êste Tribunal, não vêm homens com o espírito preconcebido para absolver ou para condenar. Quase desde o início, êste processo teve a minha assistência e a minha fiscalização, e tenho a vos dizer que todo o mistério que se criou em tôrno dêste caso, todo o romance formulado pela imprensa mal orientada, em tôrno dêsse doloroso episódio, deve-se, sobretudo, ao excesso de liberalidade da polícia para com o acusado presente. Eu vos digo com tôda sinceridade, não tivesse êle o prestígio das estrêlas que ostenta no ombro, não pertencesse êle a uma classe poderosa e cônscia do seu poderio, com cuja solidariedade êle pensa contar, no dia seguinte êste crime estaria esclarecido. Mas, Srs. Jurados, os panos quentes, a diplomacia, os salamaleques e a liberalidade de um Delegado elegante de Copacabana não permitiram que isso acontecesse. Excessos de escrúpulos!... móço da sociedade!... Oficial da Aeronáutica ... tudo isso levou a que se criasse êsse mistério em tôrno do fato. (...) Não posso, Srs. Jurados, admitir ainda a hipótese já ventilada pela imprensa e esposada pelo próprio Advogado do Réu na defesa prévia, à f., de que a polícia, no afã de elucidar o crime e de dar uma satisfação à sociedade, trouxe para o processo um

(11) Item n. VIII. (Grifo do original).

(12) Cf. a ortografia do texto original.

(13) *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 4.ª ed., RJ, Borsoi, p. 371.

(14) Em Carlos de Araújo Lima, op. cit., p. 203 *et seq.*

'bode expiatório'. (...) Quanto à calma exagerada, quanto à preocupação do acusado em demonstrar que está tranqüilo, quando não está, convém citar um trecho do grande Altavilla, do qual tirareis as vossas conclusões: "O inocente esbraveja no vácuo, muitas vêzes sem saber, com precisão, do que é acusado: é um homem surpreendido de imprevisto, vítima de uma denúncia maldosa ou de coincidências fatais, de cruéis aparências de prova. O culpado, é freqüentemente, um lutador que espera pelo ataque; o inocente lembra um transeunte surpreendido por uma agressão súbita e imprevista; o primeiro, pelo seu conhecimento da acusação, pode ter aspectos de segurança; o segundo, pela sua ignorância total dos fatos, pode perder-se". E mais adiante: "O inocente, que até então confiara na sua inocência, compreende a gravidade da situação e é dominado por um terror louco, por uma necessidade desordenada e instintiva de defesa, na qual ou negará o fato, ou, embora admitindo-o, se mostra tão perturbado que impressionará desagradavelmente o instrutor." (*Psicologia judiciária* – Tradução do dr. Fernando de Miranda, 2.º vol., p. 25-26).

"Êste, Senhores Jurados, vê a avalanche de provas contra êle acumuladas, e entra no Tribunal, lampeiro, como se entrasse num Quartel da Aeronáutica, dominando o ambiente, seguro de si mesmo, sem pestanejar." (...) "Enquanto uma família se cobre de luta pela desgraça de perder um ente querido, êste homem, na prisão onde se acha recolhido – maravilhosa prisão! – tira retrato beijando cavalo, tira retrato jogando bilhar, tira retrato recebendo telefonemas de suas fãs, tira retrato em traje de banho, passeando de bicicleta e pescando siri. E o samba de sua autoria? O samba no qual foi traído pelo inconsciente. Ah! o grande Freud!

Eu não pequei, meu Senhor,
Por que sofrer tanta dor?
Quem tem pecado a pagar,
É que deve penar.

Não me vinguei
De quem judiou de mim.
Não matei, nem roubei,
Ai, ai, Senhor,
Não mereço padecer assim.

"Aliás, versos vagabundérrimos ... (risos). O motivo do crime, Srs. jurados, confessado no samba (...) Tira retratos plangendo o pinho ... Enquanto isso, a sociedade era ultrajada, vilipendiada, e vivia em sobressalto. Enquanto uma família chorava a perda de um ente querido, êsse homem tirava retratos tocando violão (...) Sua índole é competitiva, mas êle não compete porque é incapaz de o fazer pelo mérito e pela inteligência, para superar o competidor, por isso o elimina, como procedeu com o seu rival Afrânio Arsênio de Lemos. É, portanto, um instintivo. Nêle o instinto prepondera sôbre a inteligência, sobre a reflexão, sôbre a razão, sôbre a afetividade e o sentimento. Já vos demonstrei que êle é um insensível, calculista, álgido e vingativo. Depois do crime, dorme o sono dos indiferentes até as 10 horas da manhã, levanta-se, vai à praia e demonstra absoluta calma. Chamado pela polícia do Distrito Federal, nas vésperas de partir para Fortaleza, vai a uma "boite" e diverte-se com os amigos, bebendo à saúde do criminoso. Não se arrependeu, nem se arrependerá jamais, porque não tem alma, porque não tem coração. É êle, segundo as expressões de Cláudio de Araújo Lima, na consulta médico-legal à f., um esquizotímico, um introvertido – um esquizotímico clássico, despótico, dominador, calculador e frio. Em sua alma não há lugar para sentimentos finos e nobres, como o arrependimento, o remorso, o perdão, a indulgência e a bondade. Não se arrependerá porque o termômetro de sua alma não tem variações afetuosas, porque as cordas do seu coração não têm modulações afetivas. Sua afetividade e

seu sentimento são rígidos, inflexíveis, implacáveis e inclementes." (...) "Vamos agora, Srs. jurados, entrar na seára dos indícios. É preciso lembrar, como diz Enrico Ferri, que 'a grande segurança da consciência julgadora nos processos indiciários é esta: ter a prova de cada indício: que o indício não seja uma suposição, mas que seja uma circunstância provada, indubitável, relacionada com outras circunstâncias e com outros indícios provados.' Vejamos, então, Srs. jurados, o primeiro indício. O broche com o nome Marina, que Afrânio conservava sempre prêso ao para-sol e que foi encontrado pela Polícia no porta-luvas do carro. O auto de exame de local nô-lo revela. Por que Afrânio iria esconder êsse broche? Êsse broche que, durante a sua viagem de São Paulo para o Rio, naquele mesmo dia, estava bem à vista no pára-sol do automóvel? Porque não queria que Bandeira soubesse que as suas relações com Marina perduravam. Como saíra para encontrar-se com Bandeira, escondêra o broche que sempre ficava em lugar visível no automóvel. Em segundo lugar, examinemos os telefonemas para Afrânio no dia do crime. A pessoa telefonara várias vêzes, consecutivamente. São vários telefonemas com a mesma voz, "que parecia de uma pessoa educada", informa a irmã da vítima, à f. Afrânio, ante a insistência, vem ao telefone e pergunta: "Mas não poderia encontrar-me amanhã? Estou muito cansado..." e depois de um diálogo mais extenso, Afrânio dissera: Se é assim, eu vou." (...) "Assim, os indícios contra o acusado são inumeráveis, seria fastidioso enumerá-los todos ... A um dêles, entretanto, eu não posso deixar de me referir. Alberto Jorge volta do Ceará, requisitado pela Polícia, volta 40 dias depois de haver daqui partido, e, no dia seguinte encontra, como por uma dádiva do céu, um português – Domingos Figueiredo, motorista de um Chevrolet preto, modêlo 1939, que não fazia ponto nas proximidades de sua residência, nem naquelas redondezas, e que não tinha ponto certo para estacionar, segundo êle mesmo declara. Encontrara-o no Mourisco, por acaso, e dirigindo-se a êle, lhe diz: O Sr. se lembra que no dia 6 de abril conduziu um passageiro da rua Voluntários da Pátria, esquina da rua São João Batista, para a Urca? – Não. Não me lembro. – Faça um esfôrço de memória, isso é muito importante para mim. – Só se o Sr. der alguma indicação ...

– O Sr. não se lembra de um rapaz vestido como eu estou agora, com a mesma roupa, e que se sentou no banco da frente com o Sr., e que ao passar pelo túnel do Pasmado, lhe disse que aquele meio-fio que há no centro do túnel atrapalha o trânsito e que foi um êrro das autoridades a sua colocação, porque se não existisse haveria passagem para mais um carro?

– Ah! Eu me lembro, então era o Sr. ...

– O Sr. pode me levar à Urca, no mesmo local? Eu sou o Tenente Bandeira, sou acusado de um crime que não cometí. Na hora do crime eu estava na casa de minha avó, mas o depoimento dela não é muito valioso, só o Sr. poderá salvar-me.

– Não me lembro da hora ...

– Meia noite, não; se foi, foi à uma hora da manhã.

O fato é de relevante importância.

Eu vos pergunto: Estais lembrados do número do taxi que tomastes hoje, ou mesmo da côr, seu por ventura tomastes um taxi para vir ao Tribunal?[15]

Êste [16] homem de memória prodigiosa, 40 dias depois descobre um Chevrolet prêto, modêlo 1939, carro comuníssimo na praça, pois há milhares deles, descobre-o no

(15) Segundo os jornais que cobriram o julgamento, este foi um dos argumentos mais poderosos da acusação para desfazer o álibi.

(16) Cf. a ortografia da fonte.

dia seguinte em que chega ao Rio, sem antes nunca ter visto o motorista, a não ser na noite que o conduzíra, 40 dias antes.

Ah! Srs. jurados, êle tomou o número do carro. Era a preparação do álibi, era o cuidado que tinha de se cercar. Perguntado ao motorista Domingos quem iniciara a conversa do meio-fio, êle informa que fôra o acusado." (...)

"Eu vos falava a respeito do motorista Domingos Figueiredo, vos falava a respeito da preparação do álibi do acusado, a respeito da sua conversa sôbre o meio-fio do túnel do Pasmado como processo mnemônico, quando fui obrigado a interromper a minha exposição.

O Professor Enrico Altavilla, de cujos ensinamentos me socorro, falando sôbre os álibis preparados, em sua Psicologia Judiciária, tradução do Dr. Fernando de Miranda, salienta à p. 12 do 2.º vol.: 'Quando um acusado, para justificar a sua presença num lugar, para criar um álibi, para dar conta da maneira como passou um dia, abunda em detalhes minúsculos, normalmente não notados ou não recordados, devemos ter o maior cuidado, por duas razões. Em primeiro lugar, tôda a sua narração pode ser uma mentira: é freqüente o caso de acusados astutos, que para dar um maior sabor de verdade a uma narração inventada de ponta a ponta, descem a infinitos pormenores que sabem não poderem ser verificados, e afirmam, por exemplo, ter estado durante todo o dia do delito numa certa casa ou descreverem a maneira como gastaram o tempo, sabendo fixar a sucessão dos mais pequenos atos e a hora precisa em que os praticaram. Em segundo lugar, a narração pode mesmo corresponder à verdade, mas então, a não ser que o acusado tenha uma memória mitidrática e uma daquelas atenções difusas que desbaratam tôda a sua energia na observação de pequenas coisas, vê-se que existia um estado de espírito especial no momento da percepção, que não era o normal.'

Pois bem, êste homem, além de abundar em outros detalhes, lembra-se perfeitamente, 40 dias depois, do automóvel que o conduziu na noite do crime, lembra-se do seu motorista, lembra-se da conversa sôbre o Túnel do Pasmado."

(...) "Srs. jurados, haveis de proferir um *veredictum* consentâneo com a estupidez e a barbárie dêste crime, um *veredictum* que constitua um marco na história policial brasileira e na história processual penal de nossa terra. Haveis de, com êsse *veredictum*, dizer aos policiais truculentos que não é preciso violência para apontar um criminoso à Justiça e para que o Tribunal o condene. Haveis, Srs. jurados, de dar um *veredictum* que seja uma afirmação solene da intangibilidade da vida humana. Haveis de dar um *veredictum* que represente uma obra magnífica de justiça social. Haveis de dar um *veredictum* que represente uma vitória da inteligência contra a astúcia e contra a solércia do delinqüente. Lembrai-vos, Srs. jurados, de que o acusado não é um réu desprotegido, não é um réu que assumiu a responsabilidade do seu crime. É um réu que não merece, absolutamente, a nossa compaixão. Nós não podemos ter pena de quem não teve piedade da vítima."[17]

3.3 Acusação de Milton Sales

O Advogado Milton Sales atuou na assistência do Ministério Público e também produziu uma peça de grande sensibilidade na interpretação do enredo amoroso e de muita argúcia no manejo dos indícios. "Comecemos, pois, pelo amor. O amor essencialmente é união, e naturalmente a busca; para ali pesa, para ali caminha e só ali pára. Tudo são palavras de Platão, e de Santo Agostinho. Pois se a natureza do amor é unir, como poder ser efeito do amor apartar? Assim é, quando

[17] Em Carlos de Araújo Lima, op. cit., p. 243.

o amor não é excessivo e extremado. As causas excessivamente intensas produzem efeitos contrários. A luz faz ver; mas se é excessiva, cega. A dor faz gritar, mas se é excessiva, emudece. A alegria alenta e vivifica; mas se é excessiva, mata. Assim o amor: naturalmente une; mas se é excessivo, divide...

Direi agora, Srs. jurados, tudo são palavras de Vieira: amor que une, amor que desune, amor que divide. E foi da divisão do amor de uma jovem estroina, inconseqüênte e leviana, a repartir os seus afetos, os seus carinhos, entre dois jovens igualmente apaixonados e ardorosos, que gerou essa tragédia, arrastando até diante de vós, ainda com a mão e o peito ensangüentados, o assassino de Afrânio Arsênio de Lemos." (...)

"Para a culpabilidade, as provas diretas são duas: o flagrante delito e a confissão. Para a inocência, a prova direta é o álibi, que se dá quando o acusado demonstra que, no dia e hora em que foi cometido o crime que lhe é atribuído, estava noutro lugar, distante e diferente." (...)

"Logo, todos, ou melhor, quase todos os processos são indiciários.

O próprio flagrante delito é insuficiente para condenar, porque quem é encontrado na flagrância do crime, como por exemplo, a matar, bem pode tê-lo feito em estado de legítima defesa. Por isso, são necessários outros indícios; de poderosos indícios, não basta para absolver. Por isso, Srs. jurados, eu vos digo: agarrai-vos aos fatos certos. (...)

Como se a mentira pudesse suplantar a verdade! A verdade, que é como as gemas preciosas que ficam escondidas durante milênios no seio da terra, para surgirem um dia, claras e cintilantes. A verdade é tão poderosa que até nos lábios do acusado ela consegue transparecer. (...)

Atentai bem na significação dêste ato e na tenebrosidade daquela consciência. Qual o homem que numa situação como esta, ainda que inocente, teria coragem ou espírito para cantar samba? Enquanto uma família fazia preces pelo seu morto querido, o acusado cantava samba! A mão que acionou o gatilho está percutindo o tamborim das batucadas; a mesma garganta que na hora do crime teve um regougo de cólera, está entoando melodias banais, nas quais mais uma vez pretende negar o seu delito. Mas acontece que Deus escreve certo por linhas tortas. Agora, desta vez, quando o acusado se propõe a mentir, o seu inconsciente o trai fatalìsticamente. É quando êle diz no seu samba: Não matei, *não me vinguei de quem judiou de mim.* Não matei, não me vinguei *de quem judiou de mim.* De fato, senhores, na primeira proposição êle diz que não foi êle quem matou. Na segunda afirma que alguém judiou dêle, confessando, portanto, que tinha um rival e um competidor, que o molestava e o fazia sofrer. – Quem era êste rival? – O morto. – Quem era o morto? – Afrânio. – Quem era Afrânio? – O grande apaixonado de Marina. Logo, a sua negativa equivale a uma confissão. É o que, em psicologia, se chama uma ato falhado, um lapso do inconsciente. Desta vez, rompeu-a a barreira da censura. É como se êle dissesse: Não me vinguei do meu inimigo, não matei o meu adversário".[18]

3.4 A defesa de José Bonifácio

José Bonifácio Diniz de Andrada é, atualmente, membro do Tribunal Superior Eleitoral, preenchendo uma das duas vagas reservadas a "advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal" (Constituição, art. 119, inc. II). Em 1983, por designação do Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, o ilustre cri-

(18) Em Carlos de Araújo Lima, op. cit., p. 245 *et seq.*

minalista participou da comissão elaboradora do anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, coordenada inicialmente por Francisco de Assis Toledo e, na fase de conclusão (out. 1984), por Luiz Vicente Cernichiaro.[19]

Sua exposição para o Júri também foi gravada e publicada por Carlos de Araújo Lima, [20] e dela extraímos as partes adiante: (...) "Srs. Jurados. Ouvidos surdos aos cantos enganadores, olhos vendados às tentações sedutoras, espíritos infensos às arbitrariedades, consciências e inteligências prevenidas contra as armadilhas, tudo isto constitui o escudo protetor com o que se devem lançar à pesquisa da verdade aquêles que se acham incumbidos da sacrossanta missão de decidir do destino de um semelhante." (...) Três pessoas se achavam nas proximidades dos Caiçaras, na noite de 06.04.1952, nos seus derradeiros instantes, quando ali parou um automóvel marca *Citroen*; três pessoas nos descrevem, nos contam, nos informam o que ali passou. Três pessoas temos, por conseguinte, como ponto de partida, e o Júri há de convir em que elas nenhum motivo de amizade ou inimizade para com o acusado ou a vítima, nenhum interêsse por um lado ou outro, poderiam ter. São essas três pessoas, pois, os elementos basilares em que tôda argumentação séria, para convencer um Júri digno, deve alicerçar-se. Uma, o engenheiro Taunay; outra, o motorista Francisco Gomes; a terceira, a doméstica – que por ser doméstica, foi tão recriminada pelo Ministério Público, – Gilda Peccini."

(...) "Srs. juízes, encerramos a nossa acusação de cabeça erguida e permitindo-nos recordar-vos apenas dois versos de um célebre poeta norte-americano, que na tradução são os seguintes: 'dois homens olharam através das grades de uma prisão; um viu a lama, o outro as estrêlas'. O Tenente Franco Bandeira, aguardando êste julgamento, sempre olhou para o alto, sempre divisou as estrêlas. Pode ele estar certo de que os seus julgadores, de que os representantes da sociedade carioca saberão devolver-lhe a liberdade, para que continue a sua carreira e prossiga nas suas atividades, com o mesmo brio e a mesma honestidade. O Júri no Distrito Federal – disto estamos convictos inabalàvelmente – há de mais uma vez realçar as nobilíssimas tradições que tanto o engalanam. Na sala secreta, a vossa resposta, repelindo tudo quanto vistes, protestando contra os processos empregados, há de ser uma só, uníssona e sincera; não foi o Tenente Alberto Jorge Franco Bandeira o autor do homicídio. Tenho dito."[21]

3.5 A defesa de Romeiro Neto

João Romeiro Neto foi um extraordinário e vigoroso advogado criminal que ajudou a fazer a história dos *anos de ouro* do Tribunal do Júri da antiga capital da República, ao lado de Evaristo de Moraes, Evandro Lins e Silva, Adaucto Lúcio Cardoso, Sobral Pinto, Jorge Severiano e Carlos de Araújo Lima. Infelizmente, porém, são raros os trabalhos publicados e desconhecida a imensa quantidade de alegações finais e razões de recurso, sepultadas em autos já arquivados. Existem, no entanto, alguns registros que sobreviveram à devastação do esquecimento e à perda da memória. Entre eles, podem ser referidos o texto com o qual agradeceu a homenagem que lhe prestou o Instituto de Criminologia em 23.05.1963, [22] e a conferência feita na

(19) O *disegno di legge* foi mandado publicar no DOU, conforme a Portaria 790, de 27.10.1987, do Ministro da Justiça, Paulo Brossard.

(20) Op. cit., p. 255-266.

(21) Em Carlos de Araújo Lima, op. cit., p. 255 *et seq.*

(22) "O advogado criminal, êsse injustiçado", em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 2, jul.-set. de 1963, p. 157 *et seq.*

Faculdade Nacional de Direito, também sobre o tema que empolgou a sua existência: "A missão do Advogado Criminal".[23]

Nos anos 60, Romeiro Neto exerceu dignamente as funções de Procurador-Geral e, em seguida, honrou a toga de Ministro do Superior Tribunal Militar. Com extraordinária coragem cívica, talento de espírito, amor ao direito e devoção à justiça, o provecto criminalista deu lições de liberdade durante os anos de chumbo do regime militar. Entre os muitos precedentes de jurisprudência, merece destaque o julgamento do Recurso-Criminal 4.053, do Paraná, em que foi recorrente o Ministério Público da Auditoria da 5.ª Região Militar, contra a decisão que rejeitou a denúncia apresentada contra diversos jornalistas da Última Hora, processados como autores de crimes contra a segurança nacional. Vale transcrever a ementa de seu voto, acompanhado à unanimidade pelos demais ministros do STM, na sessão de 05.04.1965: "A denúncia deve consistir em uma narração clara do fato criminoso com suas circunstâncias, indicando o dispositivo legal que o define como crime, tal como determina a lei (CJM [24] art. 188). Sendo confusa a denúncia, limitando-se a transcrever o relatório do IPM em que se fundamenta, não deve ser recebida." A frase final do acórdão – que mereceu lúcidos comentários de Heleno Cláudio Fragoso – vale como petição de princípio ditada pela experiência e pela responsabilidade. Censurando o agente do Ministério Público Militar que rotineiramente transcrevia os relatórios dos inquéritos policiais militares para basear suas denúncias, o imortal causídico e bravo magistrado disse: "Assim, fica advertido de que deverá redigir as denúncias que oferecer, na conformidade do disposto no art. 188 do CJM."[25]

O Tenente Bandeira teve um grande e intimorato patrono. Vale a pena reproduzir alguns trechos do discurso de defesa:[26]

"Senhores Jurados.

Exma. Sra. cidadã Jurada.

Esta nossa profissão, tão exaustiva, tão difícil e tão nobre – ainda que tão mal julgada – não poderá nunca constituir-se em um hábito, porque não automatiza nunca. Ao invés, é como se fôra uma chama viva que apura a nossa sensibilidade e consome quotidianamente as nossas energias físicas, como podeis hoje testemunhar. Pouco importa o tempo de seu exercício – para mim três décadas, que às vêzes pesam como uma cruz – as apreensões e as emoções da estréia continuam as mesmas, intensificadas até pelo senso da responsabilidade que aumenta progressivamente com os anos." (...)

"Podeis ouvir-me sem prevenções de espírito, porque eu vos falarei hoje a mesma linguagem simples da lealdade, do raciocínio e da lógica, que é a linguagem que aprendi a falar nesta tribunal, desde quando, pela primeira vez, aos dezenove anos, eu nela me erguí para defender um constituinte." (...)

"Para a condenação é indispensável o concurso de circunstâncias que conduzem necessàriamente à conclusão de que o réu foi autor do crime – circunstâncias que só possam ter explicação desfavorá-

(23) Em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 9, abr.-jun. de 1965, p. 139 *et seq.*

(24) O Código de Justiça Militar, instituído pelo Decreto-lei 925, de 02.12.1938, sofreu diversas alterações, principalmente para se adaptar aos novos textos constitucionais, como ocorreu em relação à Carta Política de 18.09.1946. O antigo CJM foi revogado pelo Decreto-lei 1.002, de 21.10.1969, que entrou em vigor a partir de 01.01.1970.

(25) Em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 14, jul.-set. de 1966, p. 234. (Grifos meus).

(26) Em Carlos de Araújo Lima, op. cit., p. 267-295.

vel ao réu e que excluam qualquer hipótese favorável a êle." (...)

"Senhores Jurados, reiniciando a defesa que a fadiga me obrigou a interromper, quero mostrar-vos outro exagero da acusação, apresentando-vos como prova da insensibilidade moral do acusado, as suas fotografias exibidas pelos jornais e revistas: acariciando cavalos, falando para as fans, tocando violão, jogando bilhar.

É preciso, e bem o sabe o Dr. Promotor Público, que se compreenda a situação dêste moço, prêso, então, num quartel de cavalaria, à Avenida Pedro Ivo." (...)

"O hábito é uma segunda natureza. O escrivão, com o hábito de lançar no cabeçalho dos depoimentos que são êles tomados na delegacia, lançou, no caso, que êles haviam sido, de fato, colhidos na delegacia." (...)

"Senhores Jurados, eu vos peço a absolvição.

Não em nome da dúvida, porque a dúvida é a porta larga por onde saem confundidos, dos processos criminais, inocentes e culpados.

Estou convencido de que êste moço é uma vítima da fatalidade; do inescrúpulo de uns, da pusilanimidade de outros de da vaidade de muitos.

Senhores jurados, mas se a condenação fôr um doloroso dever; se no momento de proferi-la não sentirdes perplexidade; se os escrúpulos das vossas consciências não se manifestarem diante da prova; se sentirdes o ânimo seguro e o coração firme, em razão da certeza inabalável da autoria, fixada em vossos espíritos; se as vossas mãos não tremerem no momento de depositardes na urna que já de recolher o segrêdo das vossas consciências o monossílabo condenatório, então, tereis condenado Alberto Jorge Franco Bandeira, tereis sacrificado, em holocausto ao romance, à fabulação e à indignidade humana o futuro dêste moço, já desgraçado pelo seu destino.

Tereis destruído uma pequenina família, mas tereis decidido honestamente, de acôrdo com a vossa convicção.

E eu não poderei insurgir-me contra vós porque os êrros dos homens de bem hão de ser respeitados.

Senhores jurados, está encerrada a minha tarefa, muito mais árdua, aparentemente, que a vossa.

Entretanto, a vossa é muito mais pesada que a minha, porque a vossa é a tremenda tarefa de julgar.

Eu vos auguro que hoje a tenhais cumprido serenamente, que ao sairdes dêste Tribunal em busca do repouso a que tendes direito em vossos lares, depois de tanto sacrifício pela Justiça, não vos acompanhe o remorso de haverdes desgraçado um moço inocente.

É o que, sinceramente, eu desejo, ao despedir-me de vós."

4. A sentença declaratória da condenação

Um importante detalhe do julgamento consistiu na estratégia do Promotor Público em não requerer a palavra para o exercício da réplica (CPP, art. 473). Segundo os comentários da época, a defesa havia reservado os seus melhores argumentos para o momento da tréplica e foi surpreendida com a atitude da acusação.

"Vistos etc.

De conformidade com a decisão do Conselho de Jurados, julgo procedente a acusação e, assim, incurso o réu Alberto Jorge Franco Bandeira nas sanções do art. 121, § 2.º, incs. III e IV do CP. Isto posto, atendendo aos antecedentes e à personalidade do réu, à intensidade do dolo, aos motivos, conseqüências e circunstâncias do crime; atendendo a que o réu é primário; atendendo que não foram reconhecidas atenuantes ou agravantes; atendendo a que o Conselho de Sentença reconheceu a configuração de duas circunstâncias qualificativas; atendendo a tudo o mais, que dos autos consta, con-

deno o réu Alberto Jorge Franco Bandeira, qualificado nos autos, ao cumprimento da pena de 15 (quinze) anos de reclusão, ao pagamento da taxa penitenciária de duzentos cruzeiros e às custas do processo. Seja o réu recomendado na prisão onde se acha. Sejam feitas as devidas anotações e comunicações e cumpridas todas as exigências da lei.

Sala das Sessões, 27 de março de 1954.

Ass. "João Claudino de Oliveira, Juiz Presidente em exercício".[27]

5. A apelação

5.1. Os fundamentos

A defesa manifestou recurso de apelação, sustentando a ocorrência de nulidades posteriores à pronúncia e que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos.

As nulidades seriam as seguintes: a) redação defeituosa e obscura do quarto quesito, formulado em desconformidade com a lei; b) dispensa de um jurado sorteado para integrar o conselho de sentença, sem que houvesse sido recusado pelas partes; c) dispensa de uma testemunha, sem que fosse a defesa consultada; d) as testemunhas que compareceram ao julgamento foram recolhidas a lugar de onde ouviam os debates e os depoimentos prestados em plenário.

5.2 A decisão

Em 11.10.1954 (menos de sete meses após a realização do Júri), a 3.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos negou provimento à apelação.

As nulidades foram rejeitadas uma a uma conforme a exposição minuciosa do Relator, o Desembargador Eurico Paixão. O acórdão foi lavrado nos termos adiante.

Vistos, relatados e discutidos êstes[28] autos de Apelação Criminal n. 18.551, em que é apelante Alberto Jorge Franco Bandeira e é apelada a Justiça:

Acordam os Juízes da 3.ª Câmara do Tribunal de Justiça, unanimemente, desprezadas as preliminares de nulidade, negar provimento à apelação para confirmar a sentença apelada, que se ajusta à lei e às provas dos autos, integrado neste o relatório de f.

As nulidades argüídas, em número de quatro, não merecem acolhida, como se passa a demonstrar.

Primeira nulidade.

Redação defeituosa e obscura do quarto quesito, formulado em desconformidade com a lei.

O quarto quesito assim se redigiu: O réu, na prática do crime usou de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima?

Êsse 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 transcreveu a denúncia para com ela argumentar, e no libelo-crime acusatório (...).

Consta da ata de julgamento que êsse impugnado quesito, como os demais, foi lido às partes e explicado o seu significado, "nada tendo as partes requerido, quando consultadas sôbre os mesmos". (Ata, f., últimas linhas).

Houve, pois, inteira concordância na formulação dêsse quesito, como já houvera por parte da defesa, que se não

(27) A decisão consta, por cópia, dos autos do *Habeas Corpus* 50.010, do Supremo Tribunal Federal (f.).

(28) Cf. ortografia do texto original. (Apelação-criminal 18.851, em que é apelante Alberto Jorge Franco Bandeira).

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 êsse crime, para êle 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 juízo na hipótese de ser afirmado o primeiro quesito, ou seja, no caso do júri reconhecer ter sido êle o matador da vítima.

A lei processual exigia êsse 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. do CPP).

O egrégio Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 25.11.1952, citado no parecer de f., subordina as nulidades decorrentes de falhas do questionário ao inc. IV do citado art. 564 e ensinou que se atinham elas entre as que se consideram sanadas quando não argüidas 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, o 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 êsse 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 jurídico-processual penal da defesa não encontra eco quer na jurisprudência, quer na doutrina. E acresce que êsse 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 obedeceu 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 (*Comentário ao Código Penal*, RF, 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; tôda a gama dêsses 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 tôda essa espécie de recursos e motivos, bastando que questione os jurados sôbre os que informam os autos.

No caso concreto houve debates, inquirição de testemunhas em plenário e os quesitos foram debatidos, de modo 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 confirmou na negativa da autoria e concordou integralmente com a redação que ao impugnado quesito deu o juiz.

Segunda nulidade

Dispensa de um jurado sorteado para integrar o conselho de sentença.

Não houve a apregoada dispensa. O jurado, parente de um dos advogados, do advogado auxiliar da acusação, deu-se por impedido, *ex-vi legis*, para funcionar no conselho de sentença. Parente em grau proibido. Aconteceu, porém, que, antes de declinar o impedimento, já fôra recusado pela defesa.

A certidão de f. dá notícia exata dêsse episódio.

O jurado em questão, em carta que se encontra nos autos, f., por sua vez historia o incidente processual, afirmando que mal se apregoou o seu nome o advogado do acusado, *Dr. Romeiro Neto*, disse: recuso; contudo, continua o jurado, levantei-me e disse ao Sr. Juiz que estava impedido de funcionar por ser parente do advogado auxiliar da acusação, conforme documento junto às f.

Êsse procedimento do jurado valeu-lhe um elogio do honrado Dr. Advogado da defesa, que o taxou de homem digno, e devolveu ao defensor uma recusa peremptória, que poderia ser aproveitada em relação a qualquer outro juiz de fato que viesse a ser sorteado e não conviesse à defesa. Como se vê, não ocorreu tal nulidade no julgamento do apelante.

Terceira nulidade

Dispensa de uma testemunha durante o julgamento, sem que fosse a defesa consultada.

A testemunha dispensada foi o Delegado Hermes Cardoso Machado, arrolada pelo Dr. Promotor, no libelo crime acusatório; f.

Houve requerimento escrito nesse sentido, com a devida fundamentação: doença da testemunha, certificada pelo seu médico, Dr. Hélio Silva, f. O requerimento foi apresentado ao juízo em meio ao relatório do processo, f.

Os jurados, consultados, assentiram na dispensa, f.; a defesa emudeceu nesse momento; não fez qualquer requerimento. Acresce que o Dr. Promotor, no seu requerimento de f., esclareceu que a testemunha estaria à disposição do júri em sua residência, no caso de algum jurado necessitar de seu depoimento. Não cogitou de aludir à defesa, viesse seu petitório, por motivos óbvios. Essa testemunha foi o autor do relatório de f., em que se lê, em certo trecho, que a prova dos autos não deixa a menor dúvida de que o apelante foi o autor da morte da vítima Afrânio, f.

Conviesse ao apelante o depoimento dessa testemunha e êle a teria arrolado na contrariedade ao libelo, ou teria requerido em plenário a sua inquirição na residência dela, testemunha.

Longe vão os tempos em que a simples omissão de uma formalidade, de uma norma processual, muitas vezes inócua às partes interessadas, em determinado caso concreto acarretava a nulidade do processo. Essa noção já se encontra varrida dos códigos de todas as nações, que

exigem, para a inutilização de um processo, a prova iniludível de que uma das partes sofrem prejuízo com a pretenção de norma processual. *Pas de nulité sans grief.*

Êste é, do mesmo passo, o princípio que impera sobranceiro em todo o nosso corpo de leis processuais.

E que repetido, em todas as oportunas ocasiões, já se tornou monótono, já se impôs como axioma dominador em todas as províncias da Justiça. E fez a defesa a prova do prejuízo? Não fez e nem isso alegou e nem protestou contra o fato na audiência de julgamento, a fim de que o protesto figurasse na ata. E constitui outro cânone processual que 'se a parte interessada não argúe a irregularidade, ou com esta implicitamente se conforma, aceitando-lhe os efeitos, nada mais natural que se entenda haver renunciado do direito de argüi-la' (Código de Processo Penal. Exposição de motivos, p. 221).

Quarta nulidade

As testemunhas que compareceram ao julgamento foram recolhidas a lugar onde ouviam os debates e os depoimentos prestados em plenário.

É uma alegação sem prova e que não pode prevalecer sôbre a certidão de f., assinada pelo oficial de justiça que funcionou no júri.

Está escrito nessa certidão que as testemunhas presentes foram recolhidas, incomunicáveis, às respectivas salas, separadas umas das outras e em lugar de onde não pudessem ouvir os debates, nem as respostas umas das outras.

Essa certidão tem fé pública, enquanto não ilidida pelos meios legais.

Não há de ser com cartas fornecidas por pessoas, embora de idoneidade moral comprovada, que assistiram ao julgamento, em contraposição a outras cartas, também de pessoas idôneas, presentes ao tribunal, que se já de inutilizar aquela certidão, abalar a fé pública que ela merece.

E não se requereu perícia técnica para a demonstração de que a irradiação dos debates por 'possantes' alto-falantes, tivesse levado ao conhecimento das testemunhas os depoimentos de umas e outras e os discursos da acusação e defesa, em violação do que dispõe os arts. 210 e 454, do CPP.

O documento de f., da Rádio Globo S.A., é incisivo na afirmação de que rigorosa vigilância cercou as testemunhas, inacessíveis antes, durante e depois à aproximação do microfone daquela sociedade, o que não deixou dúvida de que a 'escuta' através do serviço de alto-falantes só poderia aproveitar aos que se encontrassem *tecnicamente* dispostos a tal serviço. A não ser, continua o documento, aos que estiveram de fone ao ouvido, a amplificação do som não poderia aproveitar a mais ninguém.

E o documento de f., assinado por representante da Emissora Continental, Rádio Cruzeiro do Sul, atesta que o alto-falante daquela emissora só permaneceu no local definitivo após duas outras experiências em que se procurou testar a impossibilidade de ser ouvido das salas em que se encontravam as testemunhas.

Como seria possível, diante de tais documentos, fazer prevalecerem os que a defesa juntou, em sentido contrário, se em prol dos primeiros existe a certidão do oficial de justiça afirmando o cumprimento do disposto no art. 454 do CPP?

Está-se a ver que só exame pericial, exame que não se fez, poderia demonstrar a exatidão dos argumentos da defesa nesse particular.

Segundo se sustenta nas razões do recurso, a resposta afirmativa ao quarto quesito contrariou de forma manifesta a prova dos autos, em que também se alicerçou a resposta afirmativa ao primeiro quesito, reconhecendo a autoria do apelante.

A decisão do júri, quer em relação ao ponto principal da imputação da autoria do crime ao apelante, quer em relação às circunstâncias agravantes que cercaram

êsse crime, reflete de maneira positiva, irrefutável, as provas colhidas no processo. Não há quem manuseie as suas peças que para logo não se convença que o homicídio da vítima, em circunstâncias trágicas, foi perpetrado pelo apelante, levado pelo seu desígnio de afastar aquele concorrente, fosse por que meio fosse, da criatura de seus amores. Assim, dizer-se que essa decisão é manifestamente contrária à prova dos autos raia pelo absurdo, e só se admite como recurso desesperado da defesa, manejada, no caso concreto, por um dos mais hábeis e dignos advogados do nosso foro.

O processo em exame é todo um edifício harmônico de acusação macissa (*sic*), indiscutível, que muito honra a argúcia, o desvêlo, a consciência de responsabilidade das autoridades que nele intervieram.

A prova pode ser criticada, analisada por êste ou aquele ângulo de deficiência, por esta ou aquela teoria a que se apegam a polícia para explicar o crime e desvendá-lo em todos os seus meandros, mas essa prova não pode ser negada, não pode ser falseada, que tôda ela jorra brilhante, persuasiva na afirmação de que foi o apelante o autor do crime.

Para cimentar a convicção de que a prova do processo autorizava a decisão condenatória, contra a qual o apelante se rebela, bastaria a leitura do depoimento de uma testemunha, prestado na instrução criminal, perante o respectivo juiz, testemunha que afirmou com segurança que viu o apelante matar a vítima, contra ela disparando três tiros de arma de fogo, no caso um revólver, justo no momento em que a mesma vítima se encontrava no volante de seu automóvel, e em meio à discussão que se travara entre os dois homens.

Essa testemunha não foi inutilizada pela defesa; seu depoimento não contradiz qualquer outro elemento de prova colhido no processo, pelo contrário, afina com todos êsses elementos, de molde a fazer jorrar claridade meridiana sôbre todos os episódios que antecederam e sucederam ao crime e os que lhe foram concomitantes.

Êsse depoimento de vista, prestado pela testemunha Walton Avancini, a f., está corroborado, em certa parte, ou seja na parte mais importante, pelo depoimento da testemunha de defesa Jeovam Ferreira dos Santos, f., que asseverou, perante o juiz, que no dia 06.04.1952, entre às 23:15 e 23:30 horas (poucos minutos antes do crime), a vítima passou no seu automóvel, no posto de gasolina, na esquina da Avenida Epitácio Pessoa com a Avenida Vieira Souto (imediações do local do crime), e que Avancini, nesse momento, estava ao lado de Afrânio, e o réu atrás, f.

Mas, argumenta a defesa, basearam-se os jurados, para afirmar o quarto quesito, no depoimento da testemunha de vista, Avancini, e, pelo que esta testemunha afirmou, não se pode deduzir que o apelante tivesse usado, na prática do crime, de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima.

Para se responder a êsse argumento, basta a explicação que o processo fornece, sem qualquer contestação, de que a vítima reconheceu os tiros fatais dentro do seu automóvel, junto ao volante do veículo, confinada em espaço estreito, sem se poder movimentar e sem atinar que a discussão com o seu antagonista pudesse assumir aquela forma de agressão, que lhe roubou a vida.

Os jurados ouviram os debates travados, ouviram que o apelante sacou de uma arma de fogo, que a vítima estava desarmada, engaiolada no seu veículo, e então não tiveram dúvida de que a matéria concernente ao quarto quesito se mostrava provada, inquestionàvelmente. Bastava para a formação dessa convicção a questão da superioridade em armas, para muitos incluída entre os recursos insidiosos usados pelos criminosos para levarem a êxito afortunado os seus propósitos de destruição de seus semelhantes. (Ver f. – Razões do Assistente).

Ora, se juristas notáveis, se a jurisprudência dos tribunais sustentam que a matéria do art. 44, inc. II, *d*, do CP, reproduzida, letra a letra, no art. 121, § 2.º, inc. IV, do mesmo Código e no quesito malsinado, inclui a agravante da superioridade em armas, muito não é se admitir que jurados não afeitos aos estudos de direito também afinem nessa interpretação do nosso direito penal.

Ademais, a insídia na preparação e execução do crime exsurge das peças dos autos.

Não há afirmar-se, pois, que essa agravante foi reconhecida contrariando manifestamente a prova dos autos.

Nesta conformidade, tendo o julgamento do apelante obedecido às formalidades legais e o veredicto do tribunal popular se ajustado às provas colhidas no processo, não merece provimento a presente apelação.

Custas *ex-lege*.

Rio, 11 de outubro de 1954 – (Ilegível) Presidente – EURICO PAIXÃO, relator.

Ernesto Stampa Berg".[29]

[29] O acórdão e o relatório, ambos manuscritos pelo Desembargador-relator, constam por cópia, nos autos do *Habeas Corpus* 50.010, do Supremo Tribunal Federal (f.).