ciências criminais

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ano 4 - n. 15 - julho-setembro - 1995

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

Trimestral — ANO 4. número 15 jul.-set./96

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

© 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

Diretor: ROBERTO GALVANE
Gerente de Marketing: MELISSA CHIBANE
Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

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

Impressão: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.
Impresso no Brasil

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

APRESENTAÇÃO

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais promove, nos dias 22, 23 e 24 de agosto, o seu II Seminário Internacional que versa sobre "Temas Atuais de Direito Penal e Processo Penal". O sucesso alcançado pelo Seminário anterior recomendava a realização de novo evento no qual as questões penais e processuais penais de maior relevo e atualidade fossem explanadas por doutrinadores nacionais e internacionais altamente qualificados e debatidas com os operadores de Direito dessas áreas.

O décimo quinto volume da Revista Brasileira de Ciências Criminais vem a lume no exato momento em que se dá a abertura do II Seminário Internacional do IBCCrim e objetiva consagrar esse acontecimento. Por tal motivo, demos especial ênfase à montagem do referido volume, selecionando artigos instigantes e de elevado nível doutrinário.

Abrindo a seção de Doutrina Internacional, o Prof. Alfonso Serrano Maíllo, da U.N.E.D. de Madri, analisa o tratamento dado ao problema da escuta telefônica no sistema espanhol, matéria que também interessa a nós brasileiros, em vista da polêmica que a questão da prova obtida ilegalmente tem suscitado em nosso meio. O prof. Enrique García Vitor, da Universidade Nacional do Litoral, de Santa Fé (Argentina), trata de um assunto que tem recebido pouca atenção dos doutrinadores: a influência da mestiçagem na América Latina, com o embate de culturas e etnias diferentes. A respeito da conceituação de um ilícito próprio, na participação em delito alheio, e da possibilidade de autonomia do delito, escreve o Prof. Dr. Marcelo A. Sancinetti, da Universidade de Buenos Aires. Estamos certos de que essas contribuições doutrinárias, além de servirem para estudo e reflexão por nossos assinantes do estrangeiro, serão de inegável utilidade a todos os que se debruçam sobre a Ciência Penal em nosso País.

Na seção do Doutrina Nacional, já é uma tônica da Revista a preocupação com os princípios fundamentais do Direito Penal, objeto de artigo de nossos conhecidos Professores Luiz Régis Prado e Cézar Roberto Bitencourt, que defendem um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos e embasado num Direito Penal da culpabilidade, mínimo e garantista; e do trabalho do Prof. Lycurgo de Castro Santos, sobre o princípio da legalidade no moderno Direito Penal. A matéria eleitoral vem neste número abordada por artigo do Dr. Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr., sobre a suspensão dos direitos políticos em face dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. J.A. Lindgren Alves faz um *interessante estudo sobre o fanatismo messiânico*, intolerante e brutal, entre os fenômenos que caracterizam nosso tempo, no contexto da Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing. O prof. Juarez Tavares faz uma análise da estrutura dos crimes omissivos, chamando a atenção para a necessidade de uma indagação mais detalhada e aprofundada de alguns tipos penais, que a doutrina vem *admitindo que comportam a forma omissiva*, sem

maiores indagações. O prof. Luiz Flávio Gomes contribui com um enfoque crítico sobre a presunção de violência nos crimes sexuais, questão que mereceu acesa polêmica, recentemente, em julgamento do Supremo Tribunal Federal. Fechando a seção, a Professora Nádia de Araújo e Ricardo R. Almeida apresentam suas observações sobre o funcionamento do Júri nos Estados Unidos da América, fazendo uma comparação com o sistema brasileiro.

Na seção de Direito Penal Econômico o leitor encontrará valiosos estudos de Arnaldo Malheiros Filho e Hugo de Brito Machado versando questões controvertidas: a omissão de rendimentos presumidos e o prévio esgotamento da via administrativa na *ação penal por crimes contra a ordem tributária.*

A seção de Direito de Trânsito continua trazendo informações importantes, com artigo do especialista Dr. Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, sobre a velocidade dos veículos automotores, e de João José Caldeira Bastos, Professor da Universidade Federal de Santa Catarina, a respeito da prevenção de acidentes de trânsito.

Interessantes estudos pela psicóloga Cláudia Amaral Mello Suannes e pelo Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul, Vílson Farias, na análise de um caso de maus tratos e do exame criminológico na aplicação da pena, estão na seção de Criminologia e Medicina Legal.

A seção de Polícia e Direito está enriquecida com artigos de Carlos Alberto Marchi de Queiroz, sobre o inquérito policial simplificado, e de Newton Fernandes, sobre as relações da polícia e da imprensa na profilaxia do crime.

Outra das disciplinas que tem recebido apoio do IBCCrim na ampliação dos horizontes da ciência penal, que ficava muito circunscrita aos problemas penais e processuais penais, é a Sociologia Jurídica. Este número da Revista contém trabalhos importantes nesse campo, de Célia Soibelmann Melhem, sobre a delinqüência juvenil, de Maria Inês Caetano Ferreira, a propósito da violência contra a criança, em sua abordagem pela imprensa, e de Marian Albuquerque de Macedo Soares, a respeito das vida dos meninos de rua em São Paulo.

Na seção de Pareceres e Trabalhos Forenses estão sentenças do Juiz Mariano Cassavia Neto, de São Paulo, e do Juiz Ricardo Felipe R. Macieira, do Maranhão.

A seção de Antiguidades de Direito Criminal continua com interessantes recordações pelo prof. René Ariel Dotti.

Das demais seções, desincumbiram-se os *colaboradores habituais da Revista*: nosso Presidente Alberto Zacharias Toron, Márcio Lauria Filho, Márcio Orlando Bártoli, Roberto Delmanto Jr., Alberto Silva Franco, Luiz Carlos Betanho e Luiz Flávio Gomes.

Assim, a Revista procura cumprir seu compromisso de colocar à disposição de seus assinantes e leitores — e também dos participantes do II Seminário Internacional do IBCCrim — material de qualidade sobre as modernas e democratizantes tendências das ciências penais.

Conselho Diretivo

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

SUMÁRIO

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

Valor de las Escuchas Telefónicas como Prueba en el Sistema Español. Nulidad de la Prueba obtenida Ilegalmente — ALFONSO SERRANO MAÍLLO 13
Diversidad Cultural y Derecho Penal — Aproximación al Tema — ENRIQUE GARCÍA VITOR 22
Nuevas Tendencias Político-Criminales y Actividad Jurisprudencial del Tribunal Supremo Español — JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ 39
El Ilícito Propio de Participar en el Hecho Ajeno. Sobre la Posibilidad de la Autonomía Interna y Externa de la Participación — MARCELO A. SANCINETTI 51
"Referente Comunitario" como Base de una Lucha Eficaz contra la Delincuencia Organizada — RAÚL CERVINI 68

2. DOUTRINA NACIONAL

Princípios Fundamentais do Direito Penal — CEZAR ROBERTO BITENCOURT E LUIZ RÉGIS PRADO 81
A Suspensão dos Direitos Políticos em face dos Princípios da Individualização da Pena e da Proporcionalidade — DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR 89
A Reforma do Código Penal Brasileiro — FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO 97
A Conferência de Beijing e os Fundamentalismos — JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES 104
Alguns Aspectos da Estrutura dos Crimes Omissivos — JUAREZ TAVARES 125
A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais — Enfoque Crítico — 1.ª parte — LUIZ FLÁVIO GOMES 158
O Princípio de Legalidade no Moderno Direito Penal — LYCURGO DE CASTRO SANTOS 182
O Tribunal do Júri nos Estados Unidos — Sua Evolução Histórica e algumas Reflexões sobre seu Estado Atual — NÁDIA DE ARAÚJO E RICARDO R. ALMEIDA . 200

3. DIREITO PENAL ECONÔMICO

Omissão de Rendimentos Presumidos — ARNALDO MALHEIROS FILHO 217
Prévio Esgotamento da Via Administrativa e Ação Penal nos Crimes contra a Ordem Tributária — HUGO DE BRITO MACHADO 231

4. DIREITO DE TRÂNSITO

Algumas Notas sobre a Velocidade dos Veículos Automotores — GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO 240
Prevenção de Acidentes de Trânsito — JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS 253

5. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

Parecer — Aspectos Psicológicos de um Caso de Maus-Tratos — CLÁUDIA AMARAL MELLO SUANNES 260
O Exame Criminológico na Aplicação da Pena — VILSON FARIAS 269

6. POLÍCIA E DIREITO

Inquérito Policial Simplificado: Uma Transição Democrática para a Polícia Brasileira do Terceiro Milênio — CARLOS ALBERTO MARCHI DE QUEIROZ 299
A Polícia e a Imprensa na Profilaxia do Crime — NEWTON FERNANDES 304

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

Tribunal de Justiça: Um Olhar sobre a Delinqüência Juvenil — CELIA SOIBELMANN MELHEM 316
Violência contra Criança na Família e fora da Família abordada pela Imprensa — MARIA INÊS CAETANO FERREIRA 325
Convivendo com Meninos de Rua em São Paulo: Violência e Viração — MARINA ALBUQUERQUE DE MACEDO SOARES 340

8. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

Livramento Condicional Cautelar — MARIANO CASSAVIA NETO 352
Princípio da Insignificância — RICARDO FELIPE R. MACIEIRA 357

9. ANTIGUIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O Processo Aída Cury (2.ª parte) — RENÉ ARIEL DOTTI 360

10. JURISPRUDÊNCIA

10.1 Jurisprudência Comentada

Recurso Especial e Extraordinário em Matéria Penal: É possível o Condenado aguardá-los em Liberdade? — ALBERTO ZACHARIAS TORON 377
Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, Direito de Recorrer em Liberdade e o Art. 594 do CPP — MÁRCIO LAURIA FILHO 385
Antecedentes Criminais e Presunção de Inocência — MÁRCIO O. BÁRTOLI 388

10.2 Jurisprudência Recente

Art. 32 da LCP. Infração de Perigo Abstrato — Rel. CORRÊA DE MORAES 393
Pronúncia. Persistência dos Motivos da Prisão Preventiva. Ausência de Fundamentação. *Habeas Corpus* — Rel. VICENTE LEAL 395
Regime de Cumprimento de Pena: Fundamentação. Nulidade. Art. 33, § 2.º, "c", § 3.º e Art. 59 do C. Penal — Rel. SYDNEY SANCHES 398

10.3 Ementário de Jurisprudência

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR 401

10.4 Jurisprudência Organizada

Habeas Corpus — Atualização — ALBERTO SILVA FRANCO E LUIZ CARLOS BETANHO 427

11. LEGISLAÇÃO

Lei 9.268, 01.04.96 442
Lei 9.269, 02.04.96 442

Lei 9.271, 17.04.96 443
Decreto 1.860, 11.04.96 443

12. RESENHAS

Indenização da Prisão Indevida — Luiz Antonio Soares Hentz, por LUIZ FLÁVIO GOMES 446

13. NOTICIÁRIO

II Seminário Internacional sobre a Independência Judicial na América Latina — CLÁUDIA MARIA SONCINI BERNASCONI e RENATA RAMOS RODRIGUES 449
Juizados Especiais Criminais — TADEU A. DIX SILVA 454

14. ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 461

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

COLABORADORES

ALBERTO SILVA FRANCO

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

ALBERTO ZACHARIAS TORON

Presidente do IBCCrim. Professor de Direito Penal da PUC - São Paulo. Advogado.

ALFONSO SERRANO MAÍLLO

Doutor em Direito. Professor de Direito Penal na U.N.E.D. - Madrid.

ARNALDO MALHEIROS FILHO

Advogado Criminal em São Paulo.

CARLOS ALBERTO MARCHI DE QUEIROZ

Delegado de Polícia em São Paulo.

CÉLIA SOIBELMANN MELHEM

Doutoranda em Ciência Política pela USP.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Procurador de Justiça no Rio Grande do Sul.

CLÁUDIA AMARAL MELLO SUANNES

Psicóloga.

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JÚNIOR

Juiz Criminal em São Paulo. Membro Fundador da Associação Juízes para a Democracia.

ENRIQUE GARCÍA VITOR

Professor de Direito Penal da Universidade Nacional do Litoral - Santa Fé - Argentina.

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

HUGO DE BRITO MACHADO

Juiz do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região. Professor Titular de Direito Tributário da UFC.

JÉSUS-MARIA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra - Barcelona.

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS

Professor de Direito Penal da Universidade Federal de Santa Catarina.

JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES

Diplomata. Membro da Comissão Nacional de População e Desenvolvimento e da Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Proteção às Minorias das Nações Unidas.

JUAREZ TAVARES

Professor Titular de Direito Penal. Procurador Regional da República no Estado do Rio de Janeiro.

LUIZ CARLOS BETANHO

Juiz Aposentado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Juiz de Direito em São Paulo. Mestre em Direito Penal pela USP. Professor de Direito Penal e Processo Penal.

LUIZ RÉGIS PRADO

Professor Titular de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá. Professor Convidado da Universidade de Estrasburgo. Promotor de Justiça do Paraná.

LYCURGO DE CASTRO SANTOS

Promotor de Justiça em São Paulo. Professor de Direito Penal na FMU. Doutorando em Direito Penal na Universidade Complutense de Madrid.

MARCELO A. SANCINETTI

Professor da Universidade de Buenos Aires.

MÁRCIO LAURIA FILHO

Promotor de Justiça em São Paulo.

MÁRCIO ORLANDO BÁRTOLI

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

MARIA INÊS CAETANO FERREIRA

Pós-Graduanda do Departamento de Sociologia da USP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência.

MARIANO CASSAVIA NETO

Juiz de Direito em São Paulo.

MARINA ALBUQUERQUE DE MACEDO SOARES

Mestre em Antropologia pela USP. Doutoranda em Sociologia.

NÁDIA DE ARAÚJO

Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação de Direito da PUC - Rio de Janeiro. Mestre em Direito Comparado pela George Washington University. Promotora de Justiça no Rio de Janeiro.

NEWTON FERNANDES

Delegado de Polícia. Professor da Faculdade de Direito da UNIB.

RAÚL CERVINI

Professor de Direito Penal nas Faculdades de Direito da Universidade da República e Católica do Uruguai.

RICARDO FELIPE R. MACIEIRA

Juiz de Direito no Maranhão.

RICARDO R. ALMEIDA

Estudante de Direito na PUC - Rio de Janeiro. Bacharel em Relações Internacionais pela UNESA.

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR

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

TADEU A. DIX SILVA

Advogado em São João da Boa Vista - SP.

VILSON FARIAS

Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

1 - DOUTRINA INTERNACIONAL

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

VALOR DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS COMO PRUEBA EN EL SISTEMA ESPANÕL. NULIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA ILEGALMENTE*

ALFONSO SERRANO MAÍLLO

Sumário: 1. Requisitos que exige la Ley — 2. Valor real de la prueba obtenida mediante intervenciones telefónicas — 3. Los Tribunales condenam en base a otras pruebas y no sólo por las escuchas telefónicas — 4. Nulidad de las pruebas obtenidas ilícitamente mediante escuchas telefónicas; 4.1 Nulidad por falta de motivación del auto que las autoriza; 4.2 Nulidad por irregularidades en la intervención policial; 4.3 Nulidad de pruebas conseguidas por investigación de delito distinto al autorizado por el Juez Instructor — 5. Conclusión — 6. Consideración final.

El control judicial de escuchas telefónicas en España como medio de prueba se encuentra recogido en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se incorpora este control a partir de la Lay Orgánica 4/1988, de 25 de Mayo que da nueva redacción al referido art. 579, y dispone:

"2. El Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por um plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comuniciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos".

Se hace referencia en el texto anterior a "intervención" y "observación". A los efectos que aquí nos interesan entiendo que los dos términos tienem el mismo valor.[1]

Con anterioridad a la reforma de 1998 los Jueces habían autorizado en alguma ocasión control de escuchas telefónicas, lo que era legal, por lo que como prueba eran nulas. Cuando se denunciaba nulidad por este motivo los Jueces o Tribunales no solían entrar en el tema,[2]

(*) Ponencia presentada en *The First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence*, celebrado en La Haya los días 30 de noviembre a 5 de diciembre de 1995.

(1) En el mismo sentido Gonzáles-Cuellar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, 94. López-Fragoso Alvarez, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1991, p. 46 y s.

(2) La sent. de 23.11.1994 declara nulas las pruebas obtenidas mediante control

resolviendo em base a otras pruebas. Con posterioridad hay disparidad de criterios en los Tribunales, viniendo a poner orden un Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1992.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1988 viene a cumplir el mandato de la Constitución española de 1978 que en su art. 18.3 dice que: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

1. Requisitos que exige la Ley

a) *Indicios*. — Tanto en el n.º 2 como en el 3 del art. 579 se exige para acordar el Juez la intervención de comunicaciones telefónicas que existan "indicios de obtner por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa", o "indicios de responsabilidad criminal".

El Auto de 18.06.1992 dice que: "la palabra indicio... supone existencia de una primera plataforma en la investigación criminal...".[3] La doctrina se mantiene en esta línea. Hurtado Adrían dice que "el término indicio ha de entenderse en el sentido más vulgar de sospecha, con mayor o menor fundamento, a la que se infiera racionalmente la posibilidad de que una o más personas sean autoras de un delito determinado, con soporte en algún dato objetivo conocido, que debe valorar el instructor a la hora de emitir su decisión".[4] Velasco Núñez escribe: "es necesario que el Juez las funde sobre indicios, es decir, sobre algo que va más allá de la simple corazonada, sospecha o conjetura". No obstante insiste en que no es fácil distinguir a veces un indicio serio de una simple intuición o suposición.[5]

La jurisprudencia se mantiene en la línea de exigir al existencia de "indicios" para que el Juez pueda decretar el control telefónico. Es frecuente que las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo hagan referencia al Auto de la misma Sala de 18.06.1992, que

telefónico autorizado con anterioridad a la Ley de 25.05.1988.

(3) Continúa diciendo el Auto en el Segundo de sus Fundamentos de Derecho: "Los indicios racionales de criminalidad, y a ello equivale la palabra 'indicio' del art. 579, son indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a las normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación a través de la intercepción telefónica. Y el Juez, dentro por supuesto del secreto, debe exteriorizar cuál es el indicio o los indicios, porque, se no lo hace, si aquéllos permanecen en el arcano de su intimidad, de nada valdría la exigencia legal de su existencia, que ha de producirse antes de la decisión — es causa de la misma — y no después. Ello quiere decir que sólo el Juez, pero no a su libre albedrío, sino siempre de acuerdo con la Ley y conforme a sus principios, es el único que puede acordar una intervención telefónica. No es ni puede, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro o de algunos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad."

(4) Hurtado Adrián, A. L., *El teléfono como medio de investigación en el proceso penal*, en *Actualidad penal*, n.º 9, 1994, p. 168.

(5) Velas Nunez, E., *Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema*, en *Actualidad penal*, n.º 18, p. 253.

tuvo en cuenta no sólo el derecho español sino también el derecho de aplicación internacional,[6] así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[7]

Para autorizar una intervención telefónica es necesario que exista una investigación penal en marcha o que la misma se abra como consecuencia de los indicios.[8]

b) *Resolución "motivada".* — El Auto del Tribunal Supremo dice que: "La motivación significa la exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión judicial. Es decir, la exigencia de motivación se satisface cuando, implícita o explícitamente, se puede conocer el razonamiento, esto es, el conjunto de reflexiones que condujeron al Juez a tomar la decisión que tomó, incluidos los supuestos de conceptos jurídicos indeterminados".

La falta de motivación llevará consigo la nulidad de la prueba obtenida. La doctrina se pronuncia en el mismo sentido.[9]

La jurisprudencia del Tribunal Supremo absuelve en los supuestos en que revisa una sentencia condenatoria del Tribunal inferior si no hubo motivación suficiente en el Auto del Juez que autorizó las escuchas telefónicas.[10] La Sentencia de 12.12.1994 absolvió a la persona que fue condenada por un delito contra la salud pública como consecuencia de falta de motivación en el Auto que autorizó las escuchas.

Proporcionalidad. Dentro de la motivación hay que valorar la proporcionalidad de la medida en función del delito que se pretende perseguir, pues sería absurdo la ingerencia en la intimidad de una persona por infracciones penales de escasa trascendencia. En este sentido el referido Auto de 16.06.1992 recoge respecto a la proporcionalidad: "que exista un correlato entre la medida, su duración y su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social (...). A mayor trascendencia de la decisión, mayor exigencia, si cabe, respecto de la motivación".

En la misma línea se pronuncia la doctrina y la jurisprudencia. Rodriguez

(6) En el Auto se tiene en cuenta: "2) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y Libertades Funbdamentales, de 04.11.1950, especialmente el art. 8, ratificado por España en Instrumento de 29.09.1979; 3) La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10.12.1948, especialmente el art. 12; 4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16.12.1966".

(7) El Auto de 18.06.1992 en su Fundamento de Derecho Cuarto cita los casos Golder, Silver, Capbell, Fell, Boyle y Rice, Schönenberger y Durmaz, Huvig, Kruslin, Klass y Malone

(8) El Auto de 18.06.1992 en el Segundo de sus Fundamentos de Derecho recoge: "y, de alguna manera, ha de existir una investigación penal en curso, incluido el supuesto de que ésta se abra, sobre la existencia de tales indicios, precisamente con la intervención telefónica, inmediatamente después de la incoación. Sólo cabe la intervención/observación telefónica abierto un proceso penal y dentro de él;"

(9) Cobo del Rosal, M., *Un supuesto de intervenciones telefónicas como prueba ilícitamente obtenida*, en *Política Criminal y reforma pena*, libro Homenaje al Profesor Juan del Rosal, Madrid, 1993, p. 260 y s. Hurtado Adrián, op. cit., p. 168 y s. Rodríguez Ramos, L., *Intervenciones Telefónicas*, en *La prueba en el proceso penal*, Madrid, 1992, p. 455.

(10) La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 en su art. 248.2 en todo caso exige que "los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten (...)".

Ramos dice que el principio de proporcionalidad no debe utilizarse "para investigar hechos que constituyan infracciones de escasa entidad, debiendo reservase la intervención telefónica para los delitos muy graves".[11]

En España casi todas las intervenciones autorizadas por el Juez de Instrucción son referentes relativos a estupefacientes, que tienen penas graves en casi todos los casos, por lo que no se viola el principio de proporcionalidad.[12]

Control judicial. Se exige un control judicial de todo el proceso con las correspondientes garantías. El Juez ha de dirigir la intervención u observación telefónica, con fijación de plazos breves — si es posible —, ordenar la entrega de los soportes originales e íntegros, no de copias parciales en los que consten las conversaciones intervenidas. Ha de ser el receptor de las transcripciones mecanográficas, no siendo válidas copias ni parte de las transcripciones. El cotejo y comprobación de las cintas transcritas ha de hacerse en presencia del Secretrario Judicial.

Desarrolllo de la prueba durante el juicio oral. En la vista del juicio es donde la prueba adquiere especial relevancia, pues las cintas que contienen las grabaciones operan como prueba documental.[13]

2. Valor real de la prueba obtenida mediante intervenciones telefónicas

Las cintas que sirven de soporte a las escuchas telefónicas no suelen recoger con mucha fidelidad la voz de los presuntos inculpados. Por esta razón es prácticamente imposible determinar científicamente que la voz de la persona investigada corresponde a la que aparece en la cinto grabada.[14] Las pruebas periciales técnicas que en algunos casos se han realizado confirman lo anterior. Ante este escaso éxito[15] con demasiada frecuencia los tribunales optan por no hacer las pruebas técnicas, utilizando el contenido de las cintas como una prueba más, que será válida si el investigado

(11) Rodríguez Ramos, op. cit., p. 455

(12) La sent. dc 27.10.1993 absuelve a los condcnados por la Audiencia Provincial y con respecto dc la proporcionalidad recogc: "Si el Jucz ha dc autorizar, es claro que sólo podrá hacerlo cuando sc tratc de investigación de un delito importante. No existe en Derecho Español una lista de dclitos para cuya investigación se permita esta medida, tan grave en cuanto a su incidcncia en la intimidad dc las personas, pero cvidentcmente ello no permite que cualquier delito pueda servir para justificar una actuación tal lesiva para un derecho fundamental. El Juez debe pondcrar la clasc de infracción que se persigue para autorizar csta clase de investigación sólo cuando la gravedad del delito así lo aconseje. Entcndemos que en estos casos de tráfico dc drogas, por la evidcnte gravedad de estos hechos dclictivos, cabe adoptar esta medida quc tan gravemcnte incide cn el ámbito reservado a la vida privada de las personas". Sobre este tema se pronuncia la scnt. del Tribunal Constitucional de 14.03.1994.

(13) Recoge la sent. de 23.12.1994: "Siendo el juicio oral el acto donde la prueba alcanza su vcrdadero significado porque es el ccntro nuclear del proceso mismo y donde el sistema de garantías cobra especial relevancia, teniendo en cuenta que nada llega probado a dicho acto, en dicho momento se debe llevar a cabo la reprodución — bajo el juego de los principios (entre otros) de inmediación, contradicción y dcfensa — de las grabaciones correspondientes".

(14) Vid. sent. 30.12.1993 sobrc falta de medios adecuados.

(15) La Sentcncia de 07.12.1993 de la Audiencia Provincial de La Coruña recogc un supuesto de peritaje que ratifica en el Juicio oral que la prueba pericial realizada determina que las voces recogidas en las cintas corresponden a la dc los procesados. Sin embargo, no parece fiable el perito que realizó las pruebas.

reconoce su voz y el contenido de las conversaciones[16] o reconoce parte del contenido aunque no reconozca la voz.

3. Los Tribunales condenam en base a otras pruebas y no sólo por las escuchas telefónicas

Aunque se de validez al contenido de las intervenciones telefónicas, los Jueces o Tribunales no condenan si no hay otras pruebas. En la Sentencia de 17.11.1994 pese a existir un informe favorable emitido por el perito respecto del contenido de las escuchas telefónicas[17] la Sentencia dice: "con independencia de los datos suministrados por medio de la intervención telefónica discutida, el Tribunal de instancia ha dispuesto de otros medios probatorios para formar su convicción sobre el relato de hechos que declara expresamente probados".[18]

(16) La Sentencia de 21.02.1994 da validez al contenido de las cintas como consecuencia de que los procesados reconocieron su voz en presencia del Juez Instructor asistidos de su abogado.

(17) En el informe pericial se dice: "Los peritos estiman que se da un alto nivel de probabilidad de que ambas voces (la auténtica y las dubitadas) hayan sido producidas por la misma persona". El peritaje se llevó a cabo en el Centro de Investigación y Criminologia de la Guardia Civil.

(18) La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 07.12.1993 pese a tener un informe pericial que identificaba las voces de los presuntos culpables recoge: "Aunque no se tuvieren en cuenta las intervenciones judiciales de referencia, la responsabilidad del E.P.C., no ofrecería duda — en este caso las mismas refuerzan, sin embargo los restantes medios —, ya que, no sólo fue sorprendido por la Guardia Civil, portando en el automóvil que conducía, la cocaína, escondida en el muñeco; sino que reconoció en todo momento — ante la Guardia Civil, el Instructor y en el acto del juicio oral —, que la había comprado, en Cam, en el precio de 1.400 000 pesetas, y que pensaba venderla en C. Real".

En diversas Sentencias los Tribunales basan su resolución en pruebas ajenas a las obtenidas mediante escuchas telefónicas. En este sentido cabe citar entre otras las de 16.09.1993,[19] 04,[20] 05,[21] y 29.04.1994,[22] 12.09,[23] y 25.10.1994.[24]

4. Nulidad de Las Pruebas obtenidas ilícitamente mediante Escuchas Telefónicas

El art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que: "No surtirán

(19) La sent. de 16.09.1993 recoge: "Existe, pues, prueba incriminatoria distinta de la consistente en las grabaciones de las conversaciones telefónicas interceptadas, que es la que sirve de fundamento al fallo condenatorio".

(20) Dice la sent. de 04.04.1994: "Lo que sucede es que, prescindiendo de la prueba de escuchas telefónicas (...) existen otras pruebas autónomas, no contaminadas, que han sido valorados por el juzgador de instancia y que son suficientes para destruir la presunción provisional de inocencia".

(21) La sent. 05.04.1994 recoge: "Se hace preciso examinar si, fuera de los datos de cargo contenidos en tales conversaciones o inmediatamente derivados de las mismas, hubo en el proceso otras pruebas válidas sobre la participación del recurrente en el hecho por el que ha sido condenado; respuesta que ha de ser positiva".

(22) Según la sent. 29.04.1994: "Fuera de los elementos de prueba contenidos en dichas conversaciones telefónicas o inmediatamente derivadas de las mismas, hubo en el proceso otras pruebas válidas de su participación en los hechos por los que han sido condenados".

(23) Se dice en la sent. de 12.09.1994: "Resulta que no se ha condenado a nadie por el contenido de esas cintas sino por otras pruebas".

(24) Se recoge en la sent. de 25.10.1994: "Se hace preciso además examinar si fuera de los elementos de prueba contenidos en

efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".[25] El secreto de la comunicaciones, garantizado en el art. 18.3 de la Constitución española se encuentra dentro de la sección que se ocupa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

El sistema de control de escuchas telefónicas autorizadas por el Juez de Instrucción competente es objeto de frecuentes irregularidades en el procedimiento procesal penal español, lo que lleva consigo que con frecuencia se declaren nulas en el proceso las pruebas obtenidas mediante escuchas telefónicas.

4.1. Nulidad por falta de motivación del auto que las autoriza

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12.12.1994 absolvió por um delito contra la salud pública a quien habiá sido condenado por el Tribunal inferior (Audiencia Provincial). La razón fue que el Auto del Juez se hizo mediante um impreso existente para estos casos sin fundamentación alguna y lo mismo en las prórrogas sucesivas. Tampoco la Policía observó sus obligaciones de transcripción y dar cuenta al Juez instructor.[26]

Los Tribunales inferiores, bien las Audiencias Provinciales (que dictan sentencias por delitos con penas privativas de libertad superiores a seis años), o los Juzgados de lo Penal, (que dictan sentencias entre un mes y un día y seis años), también se pronuncian sobre escuchas telefónicas autorizadas por los Jueces de Instrucción. La Audiencia Provincial de Almería en Auto de 10.12.1992 declara nulas las escuchas telefónicas autorizadas por el Juez por falta de motivación al Auto, recoge: "No puede entenderse de ninguna

dichas conversaciones telefónicas hubo en el proceso otras pruebas válidas de su participación en los hechos por los que ha sido condenado. En este caso la Sala fundamenta su convicción inculpatoria en prueba testifical y el hecho material y objetivo de la ocupación, en diligencia de registro judicialmente autorizada y cuya validez no impugna el recurrente, del paquete a él dirigido y contenido e juego de dominó en el interior de cuyas fichas se escondía la droga intervenida, abierto también previa autorización judicial, lo que está debidamente documentado en autos, incluso con un prolijo y expresivo reportaje fotográfico en orden a tal contenido".

(25) Vid. López Barja de Quiroga, J. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989, p. 193. Fernández Entralgo, *Prueba ilegítimamente obtenida*, en *La Ley*, 23.03.1990. Giménez Pericás, A., *Sobre la prueba ilícitamente obtenida*, en *La prueba en el proceso penal* cit., p. 280 y s.

(26) Recoge la Sentencia absolutoria del Tribunal Supremo de 12.12.1994: "El Juez por medio de un auto impreso en el que se rellenan los espacios en blanco autoriza la interceptación telefónica por el plazo de treinta días, prorrogables por otros períodos iguales por causa justificada y, según el texto estampillado, advierte a la Policía de la obligación de dar cuenta del resultado de la intervención acordada, autorizando a los funcionarios policiales para que realicen la transcripción de las conversaciones intervenidas para su unión a las diligencias junto con las cintas grabadas (...). Transcurre un mes sin que conste en las actuaciones la transcripción del resultado de la observación telefónica y los mismos funcionarios policiales presentan una nueva petición, esta vez acompañada de un resumen de las conversaciones obtenidas por la intervención. El Juzgado por medio de una simple providencia de cinco líneas y media, accede a la prórroga solicitada, se supone que por otro período de treinta días ya que nada se dice en esta nueva decisión judicial. Al cumplirse un nuevo mes, aproximadamente, la Policía solicita una nueva prórroga de treinta días, esta vez sin acompañar ni siquiera el resultado resumido de la intervención, y el Juzgado por nueva providencia, en este caso de dos líneas y media (...)".

manera que el auto autorizando la intervención, obrante al folio 30, cumpla los requisitos mínimos de motivación y detalle de datos recordados por el Tribunal Supremo y exigibles por razón de la gravedad de la medida que se adopta (...). En definitiva, la motivación se reduce a la cita del precepto constitucional, la apoyatura en esta legislación cuya inoperación en las escuchas judiciales ha sido puesta de manifiesto, y el aserto abstracto de que se accede a la intervención 'por ser necesario y útil', lo cual resulta de todo punto insuficiente." [27]

4.2 Nulidad por irregularidades en la intervención policial

Se consideran igualmente ilícitas y nulas las pruebas telefónicas obtenidas cuando la Polícia entrega copias de las cintas grabadas, y no los originales, o presenta sólo parte de las conversaciones obtenidas o resúmenes, o cuando no hay previa audicíon judicial o el contenido de las cintas no se avalan por el Secretario Judicial. La sentencia del Tribunal Supremo de 16.03.1994 declaró nulas las pruebas obtenidas mediante escuchas telefónicas por faltar la intervención del Secretario Judicial, y recoge: "y en cuanto a práctica de la prueba en el juicio oral sólo la hubo a través de las declaraciones de los agentes policiales que la llevaron a cabo. Lo cierto es que no hubo constancia directa de la prueba para la Sala, lo que unido a dicha ausencia de fedatario en fase de instrucción, permite al *a quo* declarar que no es posible dar a tales escuchas valor probatorio autónomo y todo lo más el complementario de otras".[28]

4.3 Nulidad de pruebas conseguidas por investigación de delito distinto al autorizado por el Juez Instructor

Las pruebas cuando a través de las escuchas autorizadas se investiga un delito o delitos concretos especificados en el Auto del Juez Instructor. Son nulas las pruebas que se consiguen cuando durante las conversaciones se desprende la comisión de un delito distinto. En estos casos habrá que pedir al Juez

(27) Continúa el Auto diciendo lo que sigue: "No puede entenderse de ninguna que el auto autorizando la intervención, obrante al folio 30, cumpla los requisitos mínimos de motivación y detalle los datos recordados por el Tribunal Supremo y exigibles por razón de la gravedad de la medida que se adopta. Comenzando por esto último, es decir, el detalle de datos, no se expresa la identidad de la persona o personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, ni los períodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución, ni se indica correctamente quién ha de practicar la escucha (en el auto se alude a la Comisaría de la Capital, cuando lo cierto es que la investigación está a cargo de la Guardia Civil), ni tampoco se especifica en qué período concreto va a tener lugar la escucha, ya que se establece simplesmente que ésta se producirá durante el plazo de 30 días 'a contar del día de la conexión', fecha cuya concreción se deja así a la voluntad de la fuerza investigadora, debiendo insistirse en que todos esos requisitos son expresamente recordados por el Tribunal Supremo en el auto citado y concretamente en el Fundamento de Derecho 2.º".

(28) La Audiencia Provincial de Granada (Sección 1.ª) en Sentencia 09.11.1993, absolvió a los condenados por el Juzgado de lo Penal correspondiente, declarando la nulidad de las intervenciones telefónicas en base a lo que sigue: "el hecho de que parte, al menos, de las cintas grabadas entregadas, sean copias obtenidas sin la previa audición judicial y sin la presencia del Secretario, son claras vulneraciones que inexorablemente conducen a la conclusión de ser, las grabaciones efectuadas, totalmente inoperantes en orden a su virtualidad probatoria, ya que lo han sido con infracción de las previsiones constitucionales y lagales que contempla nuestro Ordinamiento Jurídico".

autorización para investigar el nuevo delito. El Auto varias veces citado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18.06.1992 declaró nulas las pruebas obtenidas respecto de um delito de cohecho cuando la intervención telefónica sólo se habiá autorizado para un presunto delito de narcotráfico. En este sentido se ha pronunciado posteriormente la jurisprudencia en otras resoluciones. La Sentencia de 18.06.1993 absolvió por un delito de violación de secretos y prevaricación por el que había sido condenado el sujeto cuyo teléfono fue intervenido por no dar cuenta al Juez Instructor al observar que en las conversaciones intervenidas aparecen datos sobre un nuevo delito.[29] La Audiencia Provincial de Granada en Sentencia de 9.11.1993 declaró nulas las pruebas obtenidas por escuchas telefónicas, entre otras razones porque en el trascurso del poeríodo de las escuchas "aparecieron o surgieron posibles hechos delictivos distintos de aquel que motivó la interceptación, sin que ello se pusiese en conocimiento del Juez Instructor.

(29) Dice la Sentencia de 18.06.1993: "El propio auto de esta Sala ya aludido resalta, en hipótesis semejante a la analizada, que tan pronto aparecen en las conversaciones expresiones que hacen pensar en un delito distinto al que motivó la intervención, debió ponerse inmediatamente tal dato en conocimiento del Juez porque con tal 'novación' del objeto de la autorización hubiera tenido que considerar su decisión, cualqueira que hubiera sido su signo. Insistiéndose en referido deber de la policía de dar cuenta inmediata, sin solución de continuidad, al Juez de Instruccción de la aparición de un posible o posibles nuevos delitos, a los efectos conseguientes, entre ellos el de examinar su propia competencia y la exigencia de proporcionalidad, pues en otro caso la autorización, de hecho, se transforma en una especie de prospección del comportamiento genérico de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo que no es aceptable".

5. Conclusión

De lo expuesto se desprende que todas las pruebas conseguidas ilegalmente directa o indirectamente, sobre el delito autorizado en investigación u otro, son nulas,[30] en base a ellas no puede fundamentar-se ninguma condena. Las cintas declaradas nulas han de ser destruidas.[31] Como última garantía hay que comunicar la intervención telefónica a la persona controlada.[32]

(30) Recoge la sent del Tribunal Constitucional de 06.06.1995 en el Tercero de sus Fundamentos Jurídicos: "En consecuencia, no existe duda de que en el caso de autos la prohibición probatoria se extiende no sólo al resultado de la observación telefónica, sino también a la ocupación de la droga y, consiguientemente, ninguno de los indicios debió ser considerado para establecer la culpabilidad de los recurrentes".

(31) Dispone el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18.06.1992 en su Fundamento de Derecho noveno con respecto de la conversaciones declaradas nulas: "Otros de los efectos de esta declaración será la destrución inmediata de todas las cintas y de sus transcripciones mecanográficas, en presencia si lo desean, de las parte y con intervención, por supuesto, del Secretario Judicial que dará fe de su destrucción, quedando mientras tanto bajo su custodia".

(32) Recoge la sent. del tribunal Supremo de 03.06.1991: "El auto por el que se acordó la intervención y observación de las comunicaciones telefónicas, como cualquier resolución judicial (máxime como cuando en el supuesto, acto del poder público afecta a derechos subjetivos y constitucionales del ciudadano) debe comunicarse al interesado, deparándosele de la contrario, indefensión. Sin embrago, el sentido mismo de la medida puede, requerir el que tal notificación al afectado no sea inmediata, no pena de frustrar su finalidad propia, llevándose a cabo una vez lavantada la interceptación de la comunicación, dependiendo de la misma la posibilidad para el interesado de alzaerse, mediante los oportunos recursos, frente a las irregularidades en que se haya podido incurrir. Notifi-

6. Consideración final

Del debate abierto tras la exposición del trabajo cabe hacer dos observaciones: que el sistema español se encuentra entre los más garantistas, mientras que otros países prefieren dar más facilidad a su sistema policial en cuanto al control telefónico, siendo los órganos judiciales los que finalmente decidirán el valor que dan a la prueba obtenida. De otra parte se criticó nuestro sistema en cuanto plantea serias dificultades para el control telefónico en supuestos de urgencia, pues la lentitud del procedimiento para conseguir la autorización judicial impedirá en no pocas ocasiones conseguir pruebas que permitan condenar a delincuentes o evitar la comisión de delitos.

cación, por otra parte, superflua cuando el interesado y afectado por la intervención se encuentre personado en la causa y tome conocimiento de las diligencias relativas al extremo".

Las Memorias de la Fiscalía General del Estado de 1994 p. 1.198 y s.) y la de 1995 (p. 1.263 y s.) se ocupan ampliamente del tema de las intervenciones telefónicas.

1 — DOUTRINA INTERNACIONAL

DIVERSIDAD CULTURAL Y DERECHO PENAL (APROXIMACIÓN AL TEMA)

ENRIQUE GARCÍA VITOR

ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS; POLÍTICO-CRIMINALES Y DOGMÁTICOS

Sumário: 1. Palabras preliminares — 2. La diversidad Cultural y el Derecho Penal — 3. Los limites del problema — 4. Aspecto criminológico — 5. Aspecto político criminal — 6. Aspecto dogmático; 6.1 El injusto; 6.1.1 La tesis de la conducta socialmente adecuada; 6.1.2 Las causas de justificación; 6.2 La culpabilidad; 6.2.1 La imputabilidad; 6.2.2 Las causas de inculpabilidad y de exclusión de la culpabilidad; 6.2.2.1 El error de comprensión; 6.2.2.2 Estado de necesidad exculpante, coacción y miedo insuperable; 6.2.2.3 La culpabilidad material; 6.3 La diversidad cultural y su consideración en la medición de la pena — 7. Conclusiones.

1. Palabras preliminares

La investigación contenida en el presente trabajo se corresponde básicamente con una realizada con anterioridad y que ha sido publicada por revistas especializadas de España, Chile y Argentina bajo el título de *Los regionalismos culturales y la ley penal.*

Esta publicación, como las anteriores, sigue reuniendo ideas provisorias sobre un tema que me ha atrapado, a punto tal que estoy cada vez màs convencido de que no será ésta la última oportunidad en que me ocupe de él.

Constituyen en general las pautas que me he ido trazando para elaborar una tésis que tenga como eje central la temática de la diversidad cultural de América Latina, cuestión largamente olvidada, fundamentalmente por los dogmáticos de éste margen, que reconoce, por supuesto, valiosos excepciones.

El apresuramiento por dar a conocer estos anticipos tiene la simple explicaciòn de seguir reuniendo críticas sobre algunos de mis posicionamientos, puesto que debemos reconocer que la diversidad cultural, como asimismo su pariente temàtico la libertad de conciencia, al enfrentarse con el orden jurídico prevalente, constituyen interesantes y conflictivos puntos de anàlisis tanto para la filosofía jurídica, como para la criminología la política criminal y la dogmática penal, en que los absolutismos conceptuales — tan ilógicos como innecesarios —, se advierten con frecuencia indeseada.

Quiero agradecer a mis amigos el debate constante y enriquecedor, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Litoral,

en las personas del Sr. Decano Dr. D. Juan Carlos Gemignani y del Sr. Secretario de Posgrado y Servicios a Terceros Dr. D. Miguel A. Piedecasas el constante apoyo editorial, posibilitador de la divulgación de estas ideas.

Paraná, diciembre de 1994

E.G.V.

2. La Diversidad Cultural y el Derecho Penal

¿Puede una cultura dominante políticamente en un Estado — por tanto hegemónica —, imponerse a otra que coexiste en su territorio?. ¿Cuando y en que medida?

¿Es relevante considerar que la cultura no hegemónica, como en el caso de Latinoamérica, es preexistente a ésta, la Eurocéntrica?

¿Que solución jurídica nos puede requerir la preeminencia de una "cultura del Estado" en orden a los individuos que pertenecen a la "cultura de minoría"?

3. Los Limites del Problema

El tema que nos convoca, ha recebido tratamiento tanto por la criminología como por el derecho penal, siendo el presente enfoque limitado a las cuestiones que se presentan con las culturas nativas de Latinoamérica y sus influencias en la mestización, sin soslayar, empero, referencias a su vinculación inescindible con planteos más amplios, que en principio puedan parecer ajenos a la cuestión.[1]

4. Aspecto Criminológico

Se parte de aceptar la existencia de una composición social que difiere, culturalmente, en orden a las pautas que se consideran éticamente valiosas en la comunidad jurídica en que su existencia trascurre.

Se ha afirmado que la temática no difiere, al menos en sus consecuencias, de las subculturas en general, entendidas estas como la relación existente entre una cultura con otra matríz, con un sistema social mayor en el cual se inserta. Nuestra propia cultura puede ser considerda regional o subcultural en orden a una comunidad más amplia constituida por las naciones occidentales de las que será una variante.[2]

Baratta[3] ha puesto de resalto la falacia en que descansa el sistema jurídico penal en cuanto a la ficción de que parte el jurista, a saber: "a) el sistema de valores y de modelos de comportamiento acogido por el sistema penal corresponde a valores y normas sociales que el legislador encuentra preconstituidas y que son aceptadas por la mayoría de los coasociados; b) el sistema penal varía de conformidad con el sistema de los valores y reglas sociales.". Tales premisas, constitutivas del paradigma del consenso, recibe refutación en la indagación sociológica que, como sostiene el autor citado, demuestra que: a) en el seno de una sociedad moderna, en correspondencia con su estructura pluralista y conflictiva, hay, junto a los valores y reglas sociales comunes, valo-

(1) Tamarit, Josep Mª; analizando la problemática de la obediencia al Derecho — compatibilización entre orden jurídico y ética individual —, cuestión cuya vinculación al tema objeto del presentes es consustancial, sostiene que no es contemporánea (la filosofia jurídica se ocupó ya de ello), aunque si lo és la búsqueda de fórmulas legales que ofrezcan una solución a la misma. (*La Libertad ideológica en el Derecho Penal*, Ed. PPU, p. 334 y s.)

(2) David, Pedro R., *Sociología Criminal Juvenil*, Depalma, p. 53 y s.

(3) Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al Derecho Penal*, Siglo XXI, (p. 71 y s.)

res y reglas específicas de grupos diversos o antagónicos; b) los valores y reglas seleccionadas por el derecho penal no son en consecuencia aceptados unánimemente por la sociedad, siendo seleccionados aquellos aceptados por el o los grupos de mayor peso, lo cual es demonstrativo de la relatividad consecuente de los valores tutelados por las normas penales.[4]

En relación com ello Baratta estima fundamentales los aportes de la teoría funcionalista de la anomia (Merton) y de las subculturas criminales (Cohen), demonstrando la primera la normalidad de la desvación (caráter no patológico de la misma) siendo útil a la estructuta social. Por su parte la teoría de las subculturas demuestra que el mecanismo de socialización de los comportamientos normales no diferen sustancialmente del aprendizaje e interiorzación criminales; señalando algo fundamental para el entendimiento de la problemática que nos ocupa: que, frente a la influencia de estos mecanismos de socialización, el peso de la elección individual o de la determinación de la voluntad, como también el de los caracteres de la personalidad, es sobremanera relativo (sobre esto volveremos al tratar las soluciones en el ámbito de la dogmática).

En indudable que en las actuales democracias-materiales, no formales —, caracterizadas por el privilegio al principio de igualdad — entendido como trato desigual a los desiguales —, el que se consustancia con el respeto a la diversidad, se impone un redimencionamiento de la teoría del contrato para adecuarlo a los mismos. Ello, como pauta programática y sustento en las enunciadas premisas, importa reconocer una distinta valoración de los derechos individuales de los coasociados, de tal manera de permitir también un trato diferente de los que disienten con la concepción del poder hegemónico,[5] sobre todo cuando en ocasiones es fácil advertir, no ya presumir, de que ciertos individuos, o grupos de ellos, más aun los etnicamente diferenciados, no han accedido en pie de igualdad a la celebración del contrato. En otros términos a los que gráficamente Neuman nomina caídos del contrato.[6]

En este aspecto Tamarit, tomando en cuenta las aportaciones de la doctrina del conflicto, señala que"(...) hay que tener presente que el Estado democrático de derecho no es una realidad en su plenitud, sino todavía un proyecto hacia el que debemos avanzar; la democracia es un proceso no acabado, de forma que, aunque las normas jurídicas sean fruto de un comprimiso entre diferentes grupos sociales, no existe una participación igual de todos esos grupos en dicho compromisso.[7]

(4) Larrauri, Elena; *La herencia de la criminología crítica*, Ed. Siglo XXI, sostiene que: "... En realidad más que dc consenso hay que hablar de la imposición de una cultura a otras (sub) culturas y, más que de representar intereses de toda la sociedad, hay que analizar qué intereses concretos se están protegiendo (p.79)

(5) Resulta obvio que tal concepción del contrato practicamente reduce a la insignificancia el problema del disidente, que en la actualidad se encuentra sobredimensionado.

(6) Neuman , Elías; *El abuso en La Argentina y otros países latinoamerianos.* Ed. Espasa Hoy, p. 140

(7) Tamarit, Josep Mª, op. cit. p. 347. Autor que agrega:"... El orden jurídico, que tiene por objeto conjugar el bien individual con el comunitario en una sociedad pluralista y tolerante, y que aparece vinculado por los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad, deberá facilitar la participación de los sujetos que mantienen valoraciones distinta de la mayoritaria, o simplemente a la que quedado plasmada en el "compromiso de los diferentes grupos sociales" (...).

En esta recomposición — visión distinta — del contrato, las culturas minoritarias tienen una valoración igualitaria con respecto a la preponderante, por más que en su operatividad la tensión entre las mismas se resuelva en favor de la hegemónica, por ser la que detenta el poder. Ello, no obstante, no invalida el esfuerzo constructivo, pues a la hora de resolver los particulares conflictos que se sisciten, aquella relación igualitaria será, sin dudas, de suma utilidad, alejándo las visiones maniqueas del problema.

El consenso, en una sociedad cambiante y en conflicto — en permanente tensión —, implicara siempre un acuerdo que tendrá como perfil caracterizante a la provisoriedad, nunca a la permanencia *ad infinitum*.

Cervini,[8] basándose en la Teoría Normativa de la Cultura, señala algunos aspectos que identifican a la subcultura como aquel fenómeno que permite que en un sistema social de valores amplios, existan otros que cristalizan al margen del mismo, causando en ocasiones conflictos abiertos o encubiertos. "(...) Como resultado del aislamiento normativo de la subcultura y a su propia solidariedad, surgen valores compartidos que sus miembros aprenden, adoptan e inclusive exhiben con trascedencia simbólica, que difieren en cantidad y calidad de los de la cultura dominante (...)". Importa sobremanera la observación que hace respecto de que la subcultura puede tolerar valores de otro sistema siempre y cuando no se vea amenazada su propia existencia.

La cuestión se entrelaza además con las posibles conciencias disidentes que pueden existir dentro de cada cultura o subcultura, cuyo tratamiento difiere, no aceptándose, en princípio, que puedan poner en jaque el propio orden jurídico. Zaffaroni,[9] así lo afirma, aunque refiriendose a la conciencia individual; autor que rescata el problema subcultural como propio de toda sociedad pluralista y como un emergente natural del derecho a la diferencia,[10] debiendo analizarse cuales son las soluciones que se pueden extraer del propio sistema.

5. Aspecto Politico Criminal

En un sistema penal de un Estado democrático, que acoja los principios garantizadores mínimos del Derecho Penal liberal, es indudable que se impone el respeto a las autonomías culturales, que se traduce en la imposibilidad de criminalizar conductas aceptadas socialmente en culturas monoritarias.[11] He ahí una limitación trascendente.

En ese contexto ideológico se impone el estudio de la problemática Latino-Americana, que abarca el estudio de un sin número de cuestiones como consecuencia de la prolongada vigencia de una legislación penal nacida al margen de la que debía operar.[12]

(8) Cervini, Raúl; *Los procesos de descriminalización*, Ed. Universidad Ltda, Montevideo, p. 108

(9) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral. Tomo IV, p. 88 y s.

(10) Zaffaroni, Eugenio Raúl; op. cit., p. 205/206. En igual sentido Elena Larrauri, expresa que: "... no existe un solo orden de valores en base al cual podamos enjuiciar todos los actos, sino una multiplicidad de órdenes de valores y (sub) culturas que coexisten en la sociedad actual ..."(op. cit., p. 78).

(11) Baratta, Alessandro; "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", *Revista de Criminología y Derecho*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 11.

(12) Peña Cabrera, Raúl, sostiene que el problema en América viene desde 1532, pues el español nego, por su visión eurocentrica, la cultura precolombina, bastante evolucionada, resquebrajando la autonomía

En las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Penal celebradas en Tucumán (Argentina), Irurzun[13] afirmaba la necesidad de señalar los efectos de la legislación penal elaborada en centros alejados geográficamente de la realidad en que se enclavan en nuestro País los regionalismo culturales. Ejemplificaba con conductas tales como el duelo, el "visteo", la venganza privada, el curanderismo, el "coqueo" o la existencia de creencias arraigadas que podían motivar un infanticidio de los hijos con mala formación (Tobas) por considerarlos concebidos por el espíritu maléfico, interrogándose si la norma penal debía aplicarse en estos supuestos, y si podía, en su caso, ser eficaz para corregir conductas raigales que recebían generalizada adhesión.

Un interrogante similar había formulado Zaffaroni,[14] pero vinculado a la génesis de los sistemas penales de América latina preguntándose que tiene que ver Paraguay con el Imperio Alemán para tener su código; Perú con el proyecto Suizo; Vezuela con la Italia de la unidad para tener el Código Zanardelli; y, la Argentina con el reino de Baviera para tener el Código de Feurbach?

Cervini,[15] aserta que desde siempre dimos la espalda a nuestra realidad cultural, asiéndonos a ordenamientos asentados ideológicamente en parámetros socio-culturales distintos a los nuestros.

La imposición no se fundamentaba en una inadvertencia, muy por el contrario, en una conciente actitud de nuestras élites del siglo pasado, adversas a la democracia por considerar a nuestras razas indígenas inferiores.[16]

En "Política Criminal Latinoamericana" dice Zaffarono que constituye un genocidio cultural por parte del grupo dominante tipificar una conducta compartida por todo un grupo, puesto que sólo tiene por objeto señalar la preponderancia cultural del grupo.[17]

Afirma Cervini[18] que el cambio aculturativo a que tienden los códigos latinoamericanos, avasallando tradiciones, buscando borrar los patrones de identificación a fin de facilitar la asimilación de comunidades minoritarias — no tan minoritarias, como sin poder (Bustos[19]) —, representa una forma de agresión contra la especificidad cultural de esas etnias aborígenes, claramente violatorias de los derechos humanos; circunstancia que también se dá con respecto a grupos culturalmente aislados, dentro del ámbito rural como urbano, por distintas causas.

La recurrencia al casuismo puede ser útil para ejemplificar la variedad de constumbres que pueden contradecir normas penales vigentes que van desde las más simples como las que se vinculan a tipos de protección del ecosistema

cultural de las comunidades indígenas, destruyendo sus ídolos, mitos y su organización colectiva. ("El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los art. 14 (2 §) y 15 del Código Penal Peruano, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 3, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1993, p. 603 y s.).

(13) Irurzun, Vítor José; "Los regionalismos culturales y la ley penal", *Revista del Instituto de Derecho Penal y Criminología*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNNE, n.º 9, Corrientes (Arg.), p. 67 y s.

(14) Zaffaroni, Eugenio Raúl; "Problemas de política criminal latinoamericana", *Revista de Derecho Penal*, n.º 6, Ed. Fundación de Cultura Universitária, p. 28, citado por Cervini.

(15) Cervini, Raúl; op. cit. p. 109.

(16) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (informa final)*, Depalma, p. 55 y s.

(17) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Política Criminal Latinoamericana*, Ed. Hammurabi, p. 50 y s.

(18) Cervini, Raúl; op. cit., p. 111.

(19) Bustos Ramirez, Juan; *Control Social y Sistema Penal*, Ed. PPU, p. 281 y s.

(caza de especies animales en vía de extinción, para la subsistencia del grupo,[20] pasando por las que pueden afectar a la renta del Estado (contrabando) o la honestidad de las personas (ciertas constumbres sexuales),[21] hasta las más graves como las que se relacionan con el bien jurídico vida (sacrificios humanos, como el realizado en Chile, después del terremoto de 1960, por un grupo indígena — perteneciente a la cultura precolombina, que había vivido por generaciones con la cultura colombina —, que dió muerte a una niña, nieta del jefe, para calmar a los dioses.[22]

La diversidad cultural de Latinoamérica ha recibido tratamiento dispar por la legislación desde la que se ha construido sin consideración alguna a su respecto, hasta la que, menospreciándolas, reprime practicas como el vudú — Haití — por estimarla supersticiosa; o, constitucionalmente prohibe "los cultos contrarios a la moral cristiana"— Colombia.[23]

El Código Penal del Perú de 1924 — vigente hasta 1991 —, (arts. 44 y 45) dividía a los peruanos en: "hombres civilizados"e "indígenas semicivilizados" (asimilados a los que están degradados por la servidumbre y el alcoholismo) y "salvajes". El Código de Bolivia de 1973 (arts. 17 y 18) declara inimputable al "indio selvático" y semi-inimputable al "inadaptado cultural". El Código Penal de Colombia (art. 96) califica al indígena como inimputable por "inmadurez psicológica".

Las medidas a la que se somete al indígena tienen como finalidad el incorporarlos culturalmente, "*elevándolos*" a la cultura dominante que se considera, obvio, superior. [24]

En nuestro país el último debate vinculado a una cultural se dió en la discusión de la ley de represión del narcotráfico 23.737, respecto del "coqueo", costumbre profundamente arraigada en las comunidades del noroeste argentino, concluyendo con el triunfo de la postura desincriminante que quedó consagrada en el art. 15.[25] Se respetó de esta manera la costumbre, pese al compromiso internacional asumido por Argentina al ratificar la Convención Unica de Estupefacientes de 1961, con sustento además en que la constumbre no importaba la lesión demostrada a bien jurídico alguno.

Otra solución político-criminal para no interferir con las culturas indígenas ha sido el de crear verdaderas reservas legales o excepeciones a la vigencia de la ley penal. Así se proyectaba por Livingston para Louisiana y lo consagraba el Código Nicaraguense de 1837, limitando la excepción el primero a los delitos que se cometieren entre indígenas y especificándola el segundo para los ejecutados en el confinamiento territorial. [26]

Esta última solución era la que se proponia en la disidencia que al despacho de mayoría se hizo con respecto a la tenencia de hojas de coca, que en el caso consideramos inadecuada por la migración de quienes "coquean" a zonas del territorio no alcanzadas por la excepción, y para los que no desaparecía el inconveniente de la incriminación.

(20) García Vitor, Enrique; "Los regionalismos culturales y la ley penal", *en Revista de Derecho Penal y Criminoligía*, n.° 2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1992.
(21) Cervini, Raúl; op. cit., p. 112.
(22) Bustos Ramirez, Juan; iop. cit., p. 285
(23) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (informe final)*, Depalma, p. 56.
(24) Cervini, Raúl, op. cit., p. 115/116.
(25) García Vitor, Enrique; op. cit., p. 277 y s.
(26) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral. Tomo IV., Ediar, p. 204.

El criterio del Código de Nicaragua es adecuado cuando se puede circunscribir territorialmente la cultura, permitiendo que dentro de esos límites rija su propio sistema de reproches. Es lo que proponen Zaffaroni y Maier cuando analizando el problema que se plantea con los Jíbaros, nos dicen que el Derecho Penal no puede apropiarse de conflictos que no le pertenecen y que encuentran adecuada solución en otros ámbitos (el de la propia cultura).[27]

Así, respetando el mandato de tolerancia,[28] ínsito en los modernos textos constitucionales, se evita a su vez la *doble punición*, que sin duda implica la imposición de pena estatal.

6. Aspecto Dogmático

En este ámbito nos proponemos encontrar soluciones alternativas a la problemática que surge de la contradicción de una norma en que se expresan los valores de la culturas hegemónica, con otra que valorativamente se encuentra sustentada en la cultura minoritaria o diversa, revisando para ello las estructuras jurídicas, donde se advertirá en que casos y con cuales alcances la obligatoriedad de la norma puede excepcionarse.

61. El Injusto

6.1.1. La tesis de la conducta socialmente adecuada

La teoría ha sido estudiada dentro de loa esquemas de la acción-conducta (Schmidt) así como dentro del plano de la tipicidad (Welzel, luego de emplazarla en el nivel de la antijuridicidad). Resulta evidente que, en órden a la proyección pauta valorativa a la que habrá de acudir el intérprete para examinar la "tipicidad" o "ilicitud" de un comportamiento formalmente descrito como vedado, las acciones "socialmente adecuadas" no diferan de las "*materialmente justificadas*" que los sostenedores de la antijuricidad sustancial propusieran — piénsese en los esquemas de Listz sobre la "dañosidad social"—. Inversamente, una conducta "socialmente inadecuada" no habrá de contar con un permiso supralegalmente concedido.

Si por diversidad cultural hemos de referir a la existencia — geográficamente circunscripta — de dados estatutarios (y por ende normativos) socialmente fundados, que obligan y posibilitan la realización de ciertos actos en función de una "cultura dada"— la cultura siempre rige en un marco social —, una posible solución estará otorgada por la recurrencia a la antijuricidad material.

Empero, mas allá del planteo sobre la naturaleza dogmática de la tesis de la adecuación social, que Mir Puig[29] hace depender de la teoría del tipo que se siga, es obvio que la misma sólo puede ser utilizada en un marco cultural determinado, no siendo, en principio, correcto que tenga valor — si tiene alguno —, para el tratamiento de la

(27) Peña Cabreral Raúl, (op. cit., p. 619), se pronuncia en igual sentido, afirmando que el reconocerles la facultad de administrar justicia conforme a sus valores culturales es la consolidación del espíritu del art. 15 del Código Penal peruano, que consagra el error culturalmente condicionado.

(28) Zipf, Heinz; *Introducción a la Política Criminal*, Editoriales de Derecho Reunidas, p. 94; quién sostiene que representa el principio fundamental de la sociedad pluralista, exigiendo del Estado, principalmente en materias discutidas en el aspecto religioso o ideológico prescindir de regulaciones jurídicas, en tanto la capacidad funcional de la convivencia social no haga inprescindible una intervención del legislador.

(29) Mir Puig, Santiago; *Derecho Penal*, Pte. Gral, Ed. PPU, p. 567 y s.

diversidad. Por ello, en ese contexto, puede estimarse apropriado lo sostenido por Zaffaroni,[30] de que sólo resultaría factible transitar por puentes que comuniquen con valores ético-sociales en cuanto aquéllos hayan sido tendidos por la ley, nunca por la doctrina o jurisprudencia. Vale decir que, siendo la ley un producto cultural (que ya encierra de suyo ponderaciones valorativas vinculadas a "lo social"), y representando aquella el centro neurálgico del sistema positivo, todo intento egresivo hacia fluentes axiológicas en procura aprehender la diversidad cultural, hará menester, inevitablemente, una expresa o implícita remisíon del tipo penal, con lo que, en definitiva, arribamos a la temática propia de la interpretación.

En otros término, no asoma sencillo el admitir que quién perpetra un acto descrito formalmente en la ley penal en un contexto cultural concreto pueda invocar un "permiso" del derecho socialmente fundado, si tenemos presente la coherencia, unidad y no contradición del órden jurídico, marco referencial en que tuvo su origen la tésis de las conductas socialmente adecudas, y que debe ser respetado al momento de la evaluación científica de cualquer instituto, en pos de una rigurosidad metodológica.

Otra solución equivaldría a erigir a regiones culturales en comunidades políticas diferenciadas, regidas por una no menos diferenciada juridicidad, idea que no hemos descartado desde el punto de vista político criminal, con sustento en el respeto a la identidad cultural, y que igualmente no rechazamos en la estructura jurídica, pero creemos que con un tratamiento alejado de la teoría que nos ocupa.

(30) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral., Tomo III, p. 491 y s.

6.1.2 Las causas de justificación

Sin perjuicio de que se pueda encontrar un límite a la punición de la conductas desplegadas por quién pertenece a una cultura diversa en el ámbito del error de tipo, como se apreciará al tratar la culpabilidad, donde se afirmará que no todo condicionamiento dará lugar a su exclusión, creemos que los esfuerzos deben dirigirse a vislumbrar esa posibilidad en el terreno de la justificación, donde el debate feraz, nos muestra hasta donde el poder hegemónico esta dispuesto a tolerar una tal excepcionalidad a la norma.

La construcción de una causa de justificación ha sido estudiada a partir de la autoría por motivos de conciencia y se articula desde dos vertientes, la constitucional — elaborada tradicionalmente a partir de la protección de la libertad de conciencia —, y otra que se sustenta en la causal de justificación del ejercicio del derecho o cumplimiento del deber. En ésta tiene incidencia fundamental el precepto constitucional involucrado.

En el tema que nos ocupa — a diversidad cultural latianoamericana —, será trascendente tener presente que a partir de la reciente reforma constitucional, la Ley fundamental no sólo protege la libertad de conciencia, sino, además, la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Por otra parte estimamos que si bien puede ser útil la discusión que se ha dado en relación a la libertad de conciencia, no se debe perder de vista que la problemática de las etnias no puede ser asimilado en su tratamiento y abordado como una cuestión de reparos al cumplimiento de la norma por parte de alguien que, en general, pertence a la cultura de donde la misma emana, sólo que respecto de ella encuentra objeciones, por más esenciales

y profundas que éstas sean.[31] En otros términos, no creo que el objetivismo de la norma se comprometa anárquicamente si se decide, por respeto a la diversidad cultural latinoamericana, entender justificada la conducta que confronta con la norma cuando ésta se sustenta en una costumbre raigal, ello así, además, porque la norma eurocéntrica se impuso al margen de toda consideración al ámbito de regencia.

Cuando no se puede circunscribir territorialmente a los miembros de una etnia, permitiendo que rija su propio sistema de castigos — a los que ya nos hemos referido en el tratamiento político criminal de la cuestión —, en la confrontación de las culturas nos podemos encontrar con una colisión de deberes, entendida ésta como una exigencia que se impone a un sujeto de cumplir, en una misma situación, a un mismo tiempo, con dos deberes, de tal manera que la satisfación de uno de ellos no puede sino realizarse en detrimento del otro.[32]

En estos casos dos son los interrogantes, cuyas respuestas en parte estan esbozadas en las reflexiones precendentes, que en un primer plano se nos presentan. El uno, si el deber que surge de la cultura diferente puede medirse jerárquicamente con el emanado del orden jurídico prevalente. El otro, si el deber incumplido constituye un injusto merecedor de pena, o, si se está en presencia de un actuar justificado.

Más allá de la complejidad que entraña, en la generalidad, el segundo de los aspectos, es sin duda, la cuestión de los deberes posibles de colidir el que debe ocupar prioritariamente nuestra atención.

La premisa en este sentido ha sido la de afirmar que la confrontación debe involucrar a deberes jurídicos, no quedando comprendidos los deberés morales, situación ésta que es calificada por Gallas como *colisión impropia*, simplificándose el problema cuando existe una norma que reconoce el deber moral, ético, religioso o cultural, puesto que en tales casos, aún manteniéndose el sustrado de su naturaleza, el mismo se juridiza.[33]

En este sentido, tal como se mencionara, la reciente reforma constitucional argentina ha incluido dentro de las atribuciones del Congreso (art. 75) una norma por la que dispone reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizados el respeto a su identidad.[34]

La disposición constitucional aporta a la discusión, en el ámbito nacional, un

(31) En este sentido puede coincidirse con Tamarit (op. cit., p. 391), cuando, refiriendose a la afirmación de que nadie puede ser obligado a adoptar una decisión que contradiga su conciencia, sostiene "... que en la actualidad no es concebible la libertad de conciencia como un derecho ilimitado, por lo que no es correcto concederle con caráter general un efecto justificante, pues la justificación será siempre una sitúción excepcional".

(32) Conf. Alvarez, Ricardo C. M.; *Colisión de Deberes*, Ed. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales, U.N.L..

(33) La C.S.J.N., en un caso de omisión de cumplimiento del Servicio Militar obligatorio por oponerse a convicciones religiosas, sostuvo que el deber impuesto por la conciencia o la religión *és jurídico*, como correlato del reconocimiento que la C.N. (art. 14) hace a todos los habitantes del derecho de profesar libremente su culto, el está imbricado a su vez en el postulado del Preámbulo de *asegurar los beneficios de la libertad.* (L.L. 1989-C, p. 401/412).

(34) Esta norma consagra una revisión de igualdad formal contenido en el art. 16 de la C.N., pues implica otorgar un trato desigual al diferente, que, por más que en principio esté circunscripto a las etnias, tiene posibilidades de expandirse en la elaboración de la dogmática constitucional.

importante elemento que nos permitiría solucionar el problema de la diversidad — cuando se sustenta en las culturas abarcadas —, construyendo una causa de justificación, marginada de su sólo asentamiento en la actuación por conciencia. Es indudable que en la disyuntiva de cumplir con un deber que surge de la propia cultura y otro impuesto por una norma de la cultura hegemónica, si se opta por el primero, el actuar que incumple el segundo, estará justificado.[35]

La extesión limitada de la presente investigación, no puede agotar el contenido de este aspecto, que realmente se advierte nuclear. Sin embargo parece que el disfrute de bienes jurídicos, garantizado también por la C.N., encuentra un límite importante en la reforma constitucional aludida, sin que se advierta con claridad, por el momento, sobre lo pertinente de resolver la cuestión a través de la ponderación de intereses contrapuestos. Es que en este sentido, sin pretender absolutizar la solución, la circunstancia de que las culturas étnicas sean preexistentes parecería aconsejar un retroceso de la norma hegemónica en el caso particular, que dentro de un adecuado respeto por la diversidad, parece ser el sino correcto.

6.2 La culpabilidad

De lo hasta aquí manifestado se advierte claramente que considero que el ámbito de la antijuridicidad resulta el más apropiado para resolver la cuestión que nos ocupa, correpondiendose con los principios que sustentan un auténtico orden político democrático.

Creo que cuando se buscan las soluciones en la culpabilidad, elípticamente se está aceptando la preeminencia de una cultura sobre otra, y no precisamente porque una tenga el poder — lo que sería una simple constatación empírica —, sino porque se le califica de superior, aún cuando no se reconozca tal finalidad en quienes preconizan tal temperamento, inbuídos, tal véz, de un cierto paternalismo.

No obstante, es tan importante la doctrina que se ha pronunciado por definir la problemàtica en los estratos subjetivos del delito, que es indispensable que nos ocupemos de su estudio suscinto. Ello así además porque el presente no es el desarrollo de una tésis sino más bien la aproximación a su planteamiento, y que por otra parte permitirá fijar posición respecto de algunas ideas sobre la culpabilidad, en este particular ámbito que constituyen las diversidades culturales.

6.2.1. La imputabilidad

En este sentido, se ha buscado a nivel de la teoría del delito el definir la cuestión en el ámbito de la imputabilidad, considerando a los indígenas como inimputables. Tal como los hemos señalado esta solución es la que se prodiga en buena parte de la legislación latinoamericana e informó al "Código Penal Tipo", tesitura que ha recibido no pocas críticas por parte de la doctrina.

La imputabilidad considerada como presupuesto o parte integrativa de la culpabilidad se apoya en dos rígidas columnas: capacidad de comprensión y de gobernar las acciones conforme a la misma.

Bustos,[36] ha señalado — más allá del exámen crítico que formula, con sustento en los aportes concretados por la teoría de las subculturas criminales y de

(35) Burski, citado por Tamarit (op. cit., p. 391/2), sostiene que" ... una actuación que pueda insertase en el contenido de un derecho constitucional, no puede surtir otro efecto jurídico-penal sino la exclusión de la antijuricidad (...)."

(36) Bustos Ramírez, Juan; op. cit., p. 281 y s.

la siquiatría alternativa —, que el concepto de imputabilidad es existencial, pues a los sujetos inimputables se les niega la libertad. Por ello se puede afirmar que trae inescindiblemente aparejada la idea de estigma o etiqueta de minusvalía, de desigualdad existencial; pues surgen dos ordenes diferenciados: el de los hombres libres y el del que no lo son. Hombres superiores e inferiores, estando estos "protegidos" por aquéllos.

La concepción crítica, no estigmatizante, de la imputabilidad a que se refere el autor citado,[37] sin dudas no es la que campea en la concepción de la doctrina y de la legislación; por el contrario ha tenido y tiene función discriminadora. En consecuencia la asignación de tal calidad a quienes operan en un contexto cultural dado, equivaldría atribuirles el triste rango de psicópatas, individuos que, en potencia, no pueden manejar su propia conducta, aunque la supiesen antijurídica.

El considerar inimputable al indígena nos parece una actitud reñida con el respeto a los derechos humanos que se ven conculcados si no entendemos a las respectivas culturas como diferentes y en un plano de igualdad. Bien destaca Zaffaroni, que tan sólo se explica si nos colocamos en el rol de conquistador y considerarmos a nuestra propia cultura como superior.

Así fundada nuestra oposición a la solución del problema que plantea la diversidad cultural a través del juicio de imputabilidad, no dejamos de observar con preocupación que quienes coinciden con tal temperamento y exculpando, mediante el error de compresión,[38] sostienen que cuando nos encontremos frente a un supuesto de extrema peligrosidad es procedente la aplicación de una medida de seguridad. Ello así por cuanto, además de la gravedad de éstas en cuanto a su duración y condiciones de cumplimiento — en ocasiones más graves que la propia pena de prisión —, entendemos, con la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, que las medidas de internación del art. 34, inc. 1, § 3 del Cód. Penal argentino, no son de aplicación en los supuestos de error,[39] aún cuando éste sea de comprensión.

Quedarán, sin duda, excluídos los casos en que se está en presencia de un inimputable que no lo es por su condición de indígena, sino que está atrapado por alguno de los específicos supuestos del art. 34, inc. 1 citado.

6.2.2 Las causas de inculpabilidad y de exclusión de la culpabilidad

Este es el ámbito que preferentemente ha escogido la doctrina para elaborar una solución al problema de la diversidad en relación a la pretensión hegemónica de la ley, entendiendo, en general, que con ello se resguarda, a la vez, la coherencia del orden jurídico.

6.2.2.1. El error de comprensión

Zaffaroni,[40] sostiene que en el caso del error culturalmente condicionado al autor del injusto no le es exigible la comprensión de la antijuridicidad que conoce, debido a que ha internalizado otras pautas en forma tal que el derecho se ve impedido de efectuar el reproche. La comprensión de la antijuridicidad, dice el Profesor de la UBA, supone conocimiento e internalización o introyección de la norma, y, cuando mayor sea el esfuerzo que deba hacer

(37) Bustos Ramírez, Juan; op. cit., p. 300/304.
(38) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral., Tomo IV, p. 202.
(39) Creus, Carlos; *Derecho Penal*, Pte. Gral., Astrea, p. 397.
(40) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral., Tomo IV, p. 191.

el sujeto para internalizar, tanto menor será el reproche que a su respeto se pueda efectuar. En igual orden de ideas Muñoz Conde.[41]

Esta forma de error de prohibición directo atrapa conceptualmente a la conciencia disidente y a la culturalmente condicionada.

Para la primera, cuando el autor comete el hecho porque convicciones éticas así se lo imponen, la doctrina sostiene que ellas son irrelevantes como causa de inculpabilidad por la pretensión que posee el derecho de regular supraindividualmente la actividad del hombre en sociedad;[42] más allá de si ello obedece al consenso o al poder de la cultura hegemónica.

Al comienzo de la exposición señalé la relación existente entre la diversidad cultural con las conciencias disidentes, indicando que en ambos casos nos encontrabamos con incumplimientos voluntarios del madato protector del bién jurídico, sin embargo la solución deberá diferir puesto que en el caso de los disidentes — autores por conciencia u objeción de conciencia (cuya menor culpabilidad propone Zaffaroni sea tenida en cuenta en la individualización de la pena) —, sólo podrán ser excluidos de la punibilidad por expressa disposición de la ley.[43] En las Jornadas Nacionales de Derecho Penal de Tucumán (Rca. Argentina), teniendo implícitamente en cuenta la experiencia latinoamericana de frustraciones reiteradas a su vida institucional democrática, sostuve que la delincuencia disidente por causas políticas no era, desde mi punto de vista, acreedora a una disminución del reproche. Cercano a ello Zaffaroni afirma que una cosa es la imposibilidad de comprensión derivada de la pertenencia a una cultura indígena y otra la no comprensión que se funda en la pertenencia a una "secta diabólica" para burgueses ociosos o a un grupo político de fanáticos racistas.[44] Categóricamente dice Tamarit[45] — analizando la delincuencia por conciencia —, que nos resulta admisible atenuación alguna cuando los fines perseguidos por el autor resulten manifiestamente incompatibles con el ordenamiento constitucional, como la lucha por la implantacióon de un régimen autoritario o dictatorial.

Para los segundo, Zaffaroni dice que la culpabilidad estará excluída cuando el esfuerzo que deba realizar el autor determine su no exigibilidad jurídica, lo que se dá cuando la dificultad de comprensión proviene de un condicionamiento cultural que ha impedido la internalización de la norma, pese a su conocimiento. Es una excepción a la regla de que es error de comprensión no excusa, por cuanto el derecho no exige la internalización de la norma, sino que asprira a ella éticamente, pudiendo valorarse la mayor dificultad a los fines de graduar la sanción.[46]

(41) Muñoz Conde, Francisco; *Teoría General del Delito*, Ed. Tirant lo blanch, p. 144., autor que revela que: "... En una sociedade en la que coexisten distintos sistemas de valores, hay que admitir que haya individuos que, aun pudiendo, teóricamente, conocer la ilicitud de su hacer, no se planteen siquiera este problema cuando ese hacer es normal en el grupo social concreto al que pertenecen (gitanos, quinquis, extrajeros, etc.); afirmando seguidamente que actúa en error de prohibición el que desconoce la antijuricidad de su hacer.

(42) Creus, Carlos; op. cit., p. 299.

(43) Creus, Carlos; op. y loc. cit.

(44) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral., Tomo IV, p. 205.

(45) Tamarit, Josep Mª.; op. cit, p. 441.

(46) Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral., Tomo IV, p. 200. En coincidencia Francisco Muñoz Conde (op. cit. p. 148), sostiene que la responsabilidad penal exige el conocimiento de la antijuricidad o de las normas que

Es necesario referir que no todo condicionamiento cultural conduce a un error de prohibición que excluye la culpabilidad, pudiendo constituir errores sobre la causalidad, errores de tipo y justificaciones putativas.

No creemos que existan mayores inconvenientes en aceptar las soluciones que propone Zaffaroni en los casos en que los errores culturalmente condicionados lleven a los miembros de una cultura a entender que se obra en defesa propia — justificación putativa —, como los miembros de la cultura Ahuca que están convencidos de que el hombre blanco siempre los matará en cuanto los vea, de modo que deben adelanatarse matándolos; o a incurrir en un error sobre la causalidad — error de tipo — como quienes someten al enfermo a una golpiza como tratamiento para curarlo "sacándole el diablo", causando la muerte del paciente.[47]

El mayor problema en orden a los condicionamientos culturales se vincula a la aceptación del erros de comprensión exculpante, puesto que el error de prohibición o de conocimiento — el que recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva, la falsa suposición de un permiso que la ley no otorga o la falsa sumisión a una situación de justificación que no está dada —, no plantea mayores incovenientes, debiendo remitirmos a los argumentos que en favor y en contra, con respeto a la ley argentina, se han desarrollado.

En lo personal afirmamos que si al autor, de acuerdo a sus pautas (personales, culturales, sociales) no se le podía exigir el conocimiento de la antijuricidad de su acción — tenía una creencia equivocada de que el hecho no está prohibido, porque no conoce la norma jurídica o la conoce mal —, no se le puede reprochar la misma. Nos apartamos así de la concepción sustentada tradicionalmente por la doctrina argentina que partiendo de la ficción de que la ley se presume conocida no aceptaba el error de prohibición — "*error juris nocet*" — como relevante a los fines de excluir el reproche. Precisamente, el carácter exculpante surge del principio de que "no hay pena sin culpa", que tiene raigambre constitucional,[48] implicando que si no se ha tenido conocimiento de que el actuar es contrario a la norma, no pudiendo motivarse en ella, rige el principio de libertad del art. 19 de la C.N. Es materia de prueba acreditar la invencibilidad del error en relación a la limitación cultural, cuestión ajena, por tanto, a estas consideraciones.

Para parte de la doctrina argentina la aceptación del error de comprensión en tanto el sujeto no se ha motivado en la norma, porque no ha internalizado a la misma, se enfrenta con el verdadero sentido del art. 34 del Cód. Penal, sosteniendo, en definitiva, que el criterio implica un sometimiento a un determinismo, en tanto niega al hombre la posibilidad de elegir entre lo bueno y lo malo.[49] Esta postura, con la que no concordamos, se fundamenta en la ficción de la existencia de valores absolutos, compartidos o aceptados por toda la sociedad, realidad que, con fundamentos varios, hemos rechazado; sin perjuicio, además, de los reparos que surgen de las actuales concepciones

la determinan, no el *reconocimiento* de ellas.

(47) Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal*, Pte. Gral., 4ta. ed. Ediar, p. 450 y s.

(48) Herrera, Lucio Eduardo, *El Error en Materia Penal,*, Abeledo-Perrot, p. 116. Alvarez, Ricardo C.M.; *Error y teoría del delito*, Ed. Secretaría de Postgrado y Servicios a Terceros, F.C.J.y S., U.N.L.

(49) Laje Anaya, Justo, Doctrina Penal 1979, Depalama, p. 942 y s.

de la culpabilidad, alejadas de la relación determinismo < > indeterminismo.

En este sentido entendemos que quién concreta una acción contraria a derecho condicionado culturalmente, no comprende que ella es mala, aún cuando conozca de prohibición. Son supuestos excepcionales en que sin caer en una causal de inimputabilidad — el que actúa es "normal" dentro de su propio espacio cultural —, no se le puede exigir que comprenda la criminalidad del acto, porque subjetivamente sus acciones son buenas o no son socialmente desvaloradas. Por el contrario si el autor compriendiese la dañosidad de su conducta de acuerdo a su esquema cultural, el error desaparece para quedar comprendido dentro de la conciencia disidente, en su caso, pudiendo tenerse en cuenta la mayor o menor dificultad en la internalización de la norma al momento de individualizar la sanción.

Por tanto el condicionamiento cultural puede tener una solución a través del error de compresión, reiterando, no obstante que, desde nuestra perpectiva, la vía más apropriada es el de la justificación.

El nuevo Código Peruano, promulgado por Decreto Legislativo 635 del 03.04.1991, inspirado político-criminalmente en la aceptación de la diversidad cultural y más allá del acierto de la fórmula consagrada en orden a la amplitud, recepta en su art. 15 al error de comprensión cultural como eximente completa, en caso de no comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinase de acuerdo a esa compresión. Igualmente consagra la atenuación de la pena cuando la posibilidad de comprensión se halle solamente disminuída.[50]

(50) Zuñiga Rodriguez, Laura, Separata Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIV, fasc. II, Ministerio de Justicia de España, p. 523

6.2.2.2 Estado de necesidad exculpante, coacción y miedo insuperable

Los casos en que la pertenencia a una cultura indígena no le hayan impedido al sujeto comprender la antijuridicidad de su conducta, podrán, al igual que los supuestos de cultura disidente, no ser exigidos.

Si, pese a comprender la dañosidad de la acción, deciden obrar por la amenaza de sufrir un mal grave, para ello — como puede ser la simple, pero no menos importante (existencial) para el sujeto, esclusión de la etnia o grupo de pertenencia —, es posible considerar la solución del problema en el ámbito de la inexigibilidad a través del estado de necesidad, la coacción o del miedo insuperable, según la recepción legislativa de los institutos, siempre y cuando se den los demás requisitos para la procedencia de los mismos.

Los límites que nos hemos propuesto en el tratamiento del tema, en el presente artículo, impide la profundización de los institutos mencionados, ricos tanto desde el plano de la discusión de su ubicación sistemática, como de los particulares requisitos que hacen posible su utilización en la atribuición de responsabilidad.

Ello no obstante no empece a que suscintamente refiramos que es nuestro criterio el de que en la apreciación de las cirscunstancias que hacen excusable el hecho deberá prevalecer un enfoque subjetiva — relacionado con las particulares vivencias del autor —, que se aleje lo más posible de criterio objetivo del *hombre medio*, para lo cual es indispensable considerar su pertenencia a una cultura diversa. En síntesis, el baremo del *hombre medio* debería estar llamado a cumplir un rol muy limitado, casi nulo, en esta cuestión, si queremos mantener un respeto por lo diverso.

6.2.2.3 La culpabilidad material

Los modernos criterios de necesidad de pena o de responsabilidad social pueden asumir un rol trascendente en la solución del problema de la diversidad cultural.

Estando persuadidos de la necesidad del mantenimiento de la culpabilidad[51] como categoría limitadora de las consecuencias jurídico-penales, de acuerdo a la teoría de los fines de la pena, despojada de la connotación ética que implica el juicio de reproche, podemos intentar visualizar cuales son los aportes que nos puede brindar en la búsqueda de alternativas a nuestra preocupación.

Respeto de la primera de las posiciones mencionadas, suponiendo que era posible exigir la realización de la conducta conforme a la norma, los criterios preventistas pueden aconsejar la no atribución de responsabilidad penal, lo cual sería posible merced a que la comunidad entendería inadecuada la imposición de pena en estos casos, por motivos preventivos generales o especiales, o, porque no se advertiria su utilidad a los fines de mantener a los miembros de la sociedad en fidelidad al ordenamiento jurídico, desde el punto de vista preventista general estricto.[52]

Roxin, al sostener que, por regla, la actuación por motivos de conciencia no puede dar lugar a la impunidad, con sustento en la merma esencial que sufriría el orden objetivo que es el Derecho, acepta que en algunos casos la pena, cuyos fines sustenta su categoría de la responsabilidad, no sea indispensable frente al autor por convicción, por motivos preventivos generales y especiales, para mantener el orden social.[53]

La otra visión supone que el problema de la responsabilidad es siempre una cuestión de exigibilidad, que se ha de tamizar a través del rol social del sujeto.[54] En esta perspectiva el bien jurídico apreciado desde la situación social que ocupa el autor tiene una enorme trascendencia, más aun en esta precisa y acotada temática.[55]

(51) Roxin, Claus; *Política Criminal y Estructura del Delito*, Ed. PPU, p. 140. Sostiene que el principio de culpabilidad no recarga al cuidadano sino que le protege de los fines preventistas del Estado, quien podría imponer penas al margen de toda consideración de la misma.

(52) Ello no implica tomar posición en favor de tales tésis, sino simplemente el poner de resalto la creencia de que, dentro del marco conceptual de las mismas, es posible el excluir la responsabilidad de los miembros pertenecientes a una cultura diversa a la hegemónica.

(53) Roxin, Claus; *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Ed. Reus, p. 89-92. Al pronunciarse sobre un fallo del Tribunal Constitucional Federal alemán que se había decidido por la impunidad del marido de una mujer — ambos pertenecientes a una religión que preconizaba la *oración* como medio curativo, estando en contra del tratamiento hospitalario —, y que al morir ésta había sido condenado por omisión de socorro, advierte que el mismo deja entrever con suficiente claridad que *no quiere admitir una causa de justificación, sino de inculpabilidad.*

(54) Fernandez, Gonzálo; *El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal*, Ed. Secretaría de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L. Coincidentemente Francisco Muñoz Conde (op. cit., p. 121), al señalar que la culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social, recalca esta postura, en rechazo de una posición individualista, afirmando que no hay culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás.

(55) El bien jurídico no sólo tiene importancia en la consideración de una visión distinta de la culpabilidad, igualmente puede ser relevante en la exclusión de la tipicidad. Por ejemplo el tipo de hurto (art. 162 C.P.), en que la acción consiste en el apoderamiento *ilegítimo* de la *cosa ajena*, es de imposible comprensión para las

La idea que al autor del hecho se le puede exigir una motivación en la norma sólo en la medida en que participe en la materia de prohibición,[56] tiene suma trascendencia, como podrá apreciarse, en el tratamiento de la diversidad toda vez que los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal por lo general carecerán de significación para la misma. Lo que puede ser trascendente y en consecuencia merecedor de tutela penal para la cultura Eurocéntrica, será, sin duda, de escaso o nulo valor para las etnias latinoamericanas.

6.3 La diversidad cultural y su consideración en la medición de la pena

Para quienes no compartan nuestra postura, el derecho pena reserva, en última instancia, la posibilidad de apreciar la diversidad en el momento de la determinación judicial de la pena y como una cuestión de menor culpabilidad frente al hecho, de conformidad a las pautas que proporcionan los arts. 40 y 41 del Cód. Penal argentino.

Vinculado al tema, Jescheck[57] dice: "(...) también la actitud interna del sujeto debe valorarse según las normas de la ética social (por ejemplo: actitud negativa respecto del bién jurídico protegido, etcétera). Todas estas valoraciones deben ser hechas conforme a la conciencia valorativa de la comunidad y no conforme a las ideas morales del juez o de una doctrina o tendencia filosófica determinada".

La atenuación de la pena como consecuencia de haber obrado en consecuencia con las valoraciones de la diversidad es, creemos, el último recurso, aunque reconozco que no el más atrayente desde la perspectiva de la posición que se viene defendiendo, y se impone como corolario de una mínima valoración positiva, democrática, de la cultura distinta, de la dignidad humana, que lleva a la disminución de las necesidades preventivas.

7. Conclusiones

Intentando contestar los interrogantes que nos formulamos al comienzo de la presente exposición y concientes de la amplitud del tema, podemos intentar algunas conclusiones, dejando perfectamente aclarado que las mismas están signadas por la provisoriedad.

I - La cultura hegemónica no puede imponerse sin más a las culturas minoritarias o a las diferentes, las cuales deben en un sistema democrático respetarse. Para ello, en Latinoamérica, es definitivamente trascendente tener en cuenda, además, que la cultura etnias aborígenes es anterior a la Eurocéntrica. Por tanto, no pueden incriminarse conductas que las minorías étnicas, o grupos sociales culturalmente delimitados, no pueden cumplir, en virtud de diferencias con sus pautas valorativas.

II - Consecuentemente debe reconocerse vigencia a los sistemas de castigos que cada grupo posee, mientras no se afecten bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, orden público), evitándo la doble punición.

III - Subsidiariamente, debe acudirse a la herramienta que nos proporciona la dogmática, a través de la justificación,

etnias en las que la valoración de la propiedad es diferente — esencialmente comunitaria, valorandose negativamente la acumulación de riquezas —, por lo que los elementos normativos del tipo en cuestión nada les dirán, pudiendo dar lugar a un error de tipo.

(56) Fernandez, Gonzálo D.; op. cit, quién cita a Muñoz Conde.

(57) Jescheck, Hans Heinrich; *Tratado de Derecho Penal*, Pte. Gral., Tomo II, Ed. Bosch, p. 1.209.

el error, el estado de necesidad, la coacción o el miedo insuperable, el concepto de culpabilidad material, para exculpar o disminuir la atribución de responsabilidad, determinando la pena conforme a la misma.

1 — DOUTRINA INTERNACIONAL

NUEVAS TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES Y ACTIVIDAD JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL*

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Sumário: 1. La evolución de las tendencias de la política criminal teórica — 2. La "praxis" político-criminal del Estado: rasgos generales de la evolución de la legislación penal — 3. La política criminal en la aplicación/obtención del Derecho por los Tribunales; 3.1 El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; 3.2 El principio de intervención mínima; 3.3 El principio de proporcionalidad; 3.4 El principio de culpabilidad; 3.5 El principio de resocialización; 3.6 Otras repercusiones de la orientación teleológica adoptada; — 4. Conclusión.

Estas páginas pretenden llevar a cabo un análisis global y sintético de la evolución de las modernas tendencias de la Política Criminal y de su incidencia en el Derecho penal, tanto en el plano legislativo como en el de la aplicación judicial. La tesis central que en ellas se contiene es la de que, mientras la evolución ideológica acontencida en el plano teórico merece, en términos generales, una valoración positiva, no ocurre en absoluto lo mismo con el desarrollo de la praxis legislativa de los diversos Estados. Así las cosas, debe subrayarse el esfuerzo, más que meritorio, de los jueces y tribunales — que aquí ejemplificaremos de la mano de algunas resoluciones del tribunal Supremo español — por hacer realidad, en su labor de interpretación y reconstrucción dogmática de una legislación a menudo defectuosa, buena parte de los más modernos principios político-criminales de garantía.

(*) El texto responde, en lo sustancial, a la conferencia pronunciada por el autor en Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona, La Universidad de la Laguna (Tenerife) y la Universidad Pública de Navarra. Se ha respetado básicamente el estilo, más directo, propio de aquella intervención oral, renunciándose a la inserción de notas bibliográficas.

1. La evolución de las tendencias de la política criminal teórica

La empresa apuntada requiere, en primer lugar, poner de relieve la importante cesura existente entre el clima ideológico de la Política criminal de los años sesenta y setenta y el que ha podido observase durante los años ochenta y permanece, más patente si cabe, en los años noventa. En efecto, la relativa estabilidad alcanzada, tras los difíciles años de la postguerra, en los últimos años de la década de los cicuenta y en los años sesenta vino marcada, en el plano de la ideología jurídico-penal, por dos frases emblemáticas: *"Adios a Kant y a Hegel"* y *"Retorno a Von Liszt"*.

Con la primera de ellas se pretendía expresar la general voluntad de abandono de las concepciones retributivas del Derecho penal, que asignaban a éste por añadidura una función ético-social, configuradora de las costumbres. En la práctica, la finalidad fundamental que se pretendía alcanzar era la de despenalización de ciertos ilícitos, como aconteció fundamentalmente en el ámbito del Derecho penal sexual. Con la segunda frase, en cambio, se trataba de poner de relieve la voluntad de orientar de modo prioritario los mecanismos jurídico-penales a la obtención de la resocialización del delincuente. Esta se mostraba así, en la práctica, como la finalidad más relevante del sistema del Derecho penal. Expresiones claras de esta vocación de "*intervencionismo positivo*"son el Proyecto Alternativo de Código penal alemán, elaborado por un grupo de professores en 1966, y el propio nuevo Código penal — en concreto, la Parte General — de aquel país (promulgado en 1969 y que entró en vigor en 1975). En España, donde todo este clima cultural se instaura, por razones obvias, con más de diez años de retraso, tanto el art. 25.2 de la Constitución como el contenido de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 dan cuenta de esta forma de ver las cosas. Más lejos se llegaría en aquellos países — como los escandinavos o los propios Estados Unidos de América — en los que el optimismo resocializador llevó a establecer figuras como la "*sentencia indeterminada*", hoy tan críticamente contempladas. Por lo demás, los años sesenta y setenta favorecieron la proliferación de corrientes abolicionistas, cuya tradicional base humanista se reforzó desde el marxismo, entonces en auge. En concreto, en el ámbito de las llamadas "ciencias penales", se asistió al desarrollo de la llamada "criminología crítica", que apuntaba en ese mismo sentido.

Prácticamente nada de lo anterior permaneció indemme durante los años ochenta. En estos tuvo lugar, de entrada, y siempre sin dejar el plano intelectual teórico en que nos estamos moviendo, un creciente abandono de la fe en la resocialización como finalidad ligitimadora básica de la intervención punitiva del Estado — no como finalidad relevante en sí misma, junto a otras (o tras ellas) para dicha intervención —. A la vez, las tesis, abolicionistas comenzaron a entrar en un período de crisis paradójicamente propiciado por segmentos sociales que, en principio, cabía estimar ideológicamente próximos a las mismas. Así, según podemos advertir desde la perspectiva actual, las posturas de amplios sectores de la izquierda política: los movimientos *feministas* y *ecologista*, así como los agrupados en la corriente conocida como *realismo de izquierda*, asestaron un duro golpe a las propuestas de abolición más o menos radical del llamado "control penal". Estas, basadas en buena medida en una identificación marxista entre la idea de delito y la de "reacción frente al poderoso en el marco de un conflicto de clases", pierden, en efecto, buena parte de su base teórica si se pone de relieve que son presisamente los débiles del sistema, las clases inferiores, las víctimas fundamentales del delito, de modo que la supresión del sistema de control jurídico-penal les perjudicaría a ellas en primera instancia. El descubrimiento de nuevos bienes supraindividuales, de los que es titular la colectividad, y que se estiman merecedores de protección penal, de la mano de doctrinas como la de los "*interessi diffussi*", contribuyó en medida relevante a sostener desde el punto de vista teórico tal cambio de perspectiva.

Como consecuencia natural de lo anterior, ha tenido lugar una "rehabilitación científica" del Derecho penal

liberal y de las garantías que aquél conllevaba. En otras palabras, por la vía de la crítica al intervencionismo radical con pretensiones resocializadoras y del rechazo del abolicionismo se ha retornado a *Kant* a *Hegel* a los principios de seguridad jurídica, igualdad formal y proporcionalidad inherentes a la teoría del Derecho penal de la Ilustración. Es el fenómeno que recibe la denominación de neoclasicismo (*just deserts theory*, en América); una apelación según algunos impropia, por cuanto las nuevas tesis no han implicado en modo alguno una renuncia a la finalidad de prevención general y, en esa medida, no son "clásicas", sino "modernas".

Sin embrago, conviene resaltar, a este respecto, que algunos de los autores del grupo penalista de Frankfurt, cuyo representante más significado es *W. Hassemer*, han puesto en cuestión incluso la propia legitimación preventivo-general de la intervención del Derecho penal.

Sea como fuere, en el caso español, por razones derivadas de nuestras peculiar evolución política, a la vez que se procedía a la reafirmación de la trascendencia de las garantías formales, se ha hecho hincapié en las garantías materiales resultantes de la idea normativa de estado social y democráctico de derecho. De este modo, junto a la seguridad jurídica, la legalidad formal y la taxatividad, que constituyen de nuevo "signos de los tiempos" en la Política criminal, se ha tratado de subrayar de modo muy notable el significado de los principios de culpabilidad, humanidad, igualdad, proporcionalidad o resocialización. Además, tal vocación no ha obstado al mantenimiento de un marco preventivo asentado en los principios de necesidad y subsidiariedad de la intervención penal. Muy significativa en este terreno ha sido la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 150/ 1991, de 4 de julio, en particular en su Fundamento Jurídico 4º. Así las cosas, puede concluirse indicando que las palabras clave de este momento cultural parecen contenerse en las expressiones "garantismo"o "Derecho penal mínimo". En ellas se percibe la influencia, que cabe calificar como muy notable en nuestro país, de las tesis de *Luigi Ferrajoli*, cuya obra capital — "*Diritto e regione*" — ha sido recientemente traducida al español.

De todos modos, este panorama general, elementalmente esbozado, se ve parcialmente modificado por la irrupción de dos fenómenos que, probablemente, si bien ya existian de modo previo a la década de los ochenta, han alcanzado en ésta una considerable pujanza, hasta el punto de hallarse en el núcleo de la discusión político-criminal actual. Me refiero, por un lado, al auge de la prevención general positiva, o prevención de integración, como teoría general de legitimación de la intervención punitiva del Estado. Por otro lado, a la creciente difusión de las tesis desformalizadoras, o de solución extrajudicial de "conflictos jurídico-penales", en las que confluyen ideas muy diversas — algunas de ellas no distantes de la propia noción de "prevención de integración" —. Si subrayo estas dos corrientes es porque una y otra, por vías desde luego no coincidentes, alteran el ilídico panorama del garantismo ya en su propia vertiente teórica. En efecto, la primera nos aboca a la "*vexata quaestio*" de cuál es el método de determinación del contenido material de determinados principios de garantía: así, los de culpabilidad, proporcionalidad, etc; pues parece claro que, en la medida en que dicho contenido venga dado por un puro proceso de definición social y pierda connotaciones valorativas, su virtualidad limitadora puede verse considerablemente reducida. La segunda, por su parte, al extraer el problema del delito del único ámbito (el

jurídico-dogmático y el del proceso formal) en el que tiene sentido plantear la vigencia de tales garantías, insertándolo en un contexto de transacción (la llamada conciliación) al que éstas son ajenas, las priva de todas virtualidad — piénsese tan sólo en principios como los de culpabilidad o igualdad —. Y sin duda es cierto que con ello la víctima del delito adquiere un mayor protagonismo. No en vano, esta tendencia, que algunos gustan de caracterizar como una "*devolución del conflicto*"por parte del estado a la sociedad, se ha visto enormemente favorecida por las tesis victimológicas, que propugnan mayores facultades para el sujeto pasivo del delito en el Derecho y en el proceso penal, así como por las tesis que tratan de hallar nuevas vías de "resocialización" para el autor al margen del sistema penal-penitenciario convencional. Sin embargo, es lo cierto — y lo que aquí en definitiva interesa — que un Derecho penal pretendidamente garantista al que cupiera sustraerle de modo creciente supuestos delictivos de cierta relevancia, o que se viera sometido a una reconstrucción en clave social-estática de sus garantías, lo sería tan sólo en el plano nominal. De ahí que el futuro de estas dos construcciones doctrinales, con cuya caracterización concluyo esta primera parte de mi exposición, haya de marcar, según entiendo, la evolución del conjunto de la Política Criminal teórica de los próximos años.

2. La "praxis" político-criminal del Estado: rasgos generales de la evolución de la legislación penal

Si la evolución de las concepciones teóricas sobre la Política criminal ha conducido a una situación en la que puede formularse, con algunos, matices, un juicio globalmente positivo, no sucede lo mismo con la Política criminal "real", que se manifiesta en la legislación positiva. En efecto, dicha Política criminal puede — sin exceso — calificarse de efectista, ineficaz, caótica y tendencialmente antigarantista. Así, de entrada puede afirmase que estamos asistiendo al *ocaso de las garantías formales*, representadas por el princípio de legalidad y, muy en particular, por su manifestación en el principio de taxatividad o mandato de determinación. Nuestro tiempo se caracteriza, ciertamente, por la proliferación de preceptos penales con términos vagos y porosos, con claúsulas generales o de intenso contenido valorativo. De modo no infrecuente se obtiene la impresión de que, más que de mecanismos de garantía de las libertades individuales ("*Magna Charta libertatis*"), se trata de instrumentos políticos flexibles de la acción del estado. Y todo ello sucede con el beneplácito de los correspondientes tribunales constitucionales. Así se advierte, por ejemplo, en la STC 62 / 1982, de 15 de octubre, en su Fundamento Jurídico 7.º; pero consideraciones similares se contienen en la doctrina de la "*Corte Costituzionale*" italiana o del "*Bundesverfassungsgericht*" alemán.

El principio de legalidad sufre asimismo menoscabo, pero ahora junto con los principios de igualdad y de culpabilidad — éstos ya con un evidente contenido de garantía material — en las legislaciones penales que, acogiendo un postulado teórico aludido críticamente más arriba, introducen modelos de mediación o conciliación, esto es, sistemas extrajudiciales de respuesta al delito. Desde luego, son abundantes — y no despreciables — los argumentos que se esgrimen en favor de esta línea. Así, los que apelan a la necesidad de descongestionar los Tribunales penales. O bien los que aducen la mayor eficacia de estos modelos en orden a obtener una resocialización del autor, precisamente al afrontar éste su responsabilidad moral

frente a la víctima, procediendo a reparar el hecho de modo material o simbólico. O, en fin, los que alegan que a través de estos mecanismos se logra una mayor satisfacción de la víctima, que, por contra, se vería, tras el delito, nuevamente victimizada por un proceso penal y un sistema de sanciones que insolventan al autor y lo enfrentan de modo renovado a la víctima. Se trataría, pues, en suma, de alcanzar una solución más global y profunda al conflicto humano que representa el delito, algo imposible por las vías clásicas, formalizadas y judicializadas. Sin negar fuerza retórica a estos y otros argumentos, los mismos difícilmente pueden compensar la vulneración de garantías que conlleva un sistema como el caracterizado. De este modo, en efecto, resulta dañado de modo irreparable el principio de igualdad entre las partes, así como entre unos casos y otros del mismo delito. Se impone la ley del más fuerte, que apenas podrá ser morigerada por la labor de un mediador. Y ello, además, haciendo abstracción de si la transacción reparatoria recae sobre un sujeto verdaderamente responsable del hecho, con flagrante vulneración del principio de culpabilidad. A lo que cabría añadir el riesgo evidente de injerencias en la esfera interna del autor, o de prescindir de la verdad material, que se sustituye por un consenso entre las partes acerca de la misma. Ciertamente, son muchas las tendencias de la modernidad (?) que convergen en esta línea, o en otras próximas. Sin embargo, cabe dudar con fundamento del progreso que las mismas puedan representar.

Tan importante como la decadencia de las garantías formales, es el *ocaso, también perceptible, de las garantías materiales* del Derecho penal (así, la proporcionalidad, la culpabilidad, la humanidad, la resocialización). A título de ejemplo, convendría aludir aquí al deslizamiento autoritario que en Estados Unidos sufre la doctrina, antes aludida, de la "*just deserts theory*". La moderna Política criminal norteamericana ha ido así intensificando progresivamente sus rasgos represivos, en forma que nos reflejan fielmente algunas expresiones reproducidas en los medios de comunicación: máximas como la de "*three strikes, you are out*", denotadora de la actitud ante la reincidencia, o la de "*lock them up, throw the key away*", sobre el sentido del tratamiento penitenciario, eximen de ulteriores comentarios. Todo ello, sin embargo, no es exclusivo de la Política criminal de allende el Atlántico. También en Europa, y concretamente en España, venimos asistiendo a un creciente intervencionismo que se manifiesta en la progresiva agravación de las penas, en la ampliación del tenor de los tipos, en la continua inclusión de nuevos delitos, sobre todo en materia socio-económica, aunque no sólo en ésta. Los preceptos en materia de terrorismo y narcotráfico constituyen un recurso fácil para ilustrar lo anterior: no en vano el art. 344 del Código penal todavía vigente cuando se escriben estas páginas, sin entrar ahora en la desproporcionada gravedad de sus penas, trata de disolver toda diferencia entre autoría y participación, entre ejecución delictiva y actos preparatorios. Sin embargo, ambos grupos de preceptos deben calificarse realmente como una mera punta de "*iceberg*" si se contempla el conjunto de la legislación penal presente y futura.

Especialmente notable, junto a todo lo anterior, es la constatación de que asistimos también al *ocaso del principio de utilidad* de la intervención penal, si es que éste se entiende correctamente. En este sentido, es ya un lugar común aludir a la proliferación de preceptos que, habiendo perdido — si es que alguna vez la tuvieron — toda aptitud para el cumplimiento de *funciones instrumentales* de protección de bienes

jurídico-penales, se limitan a desenpeñar un mero *papel simbólico*, con exclusiva incidencia sobre la opnión pública y sus sentimientos de inseguridad.

El conjunto de problemas sucintamente caracterizado tiene tanbién una palabra clave: la expresión "*huída al Derecho penal*". En este punto nos encontramos, sin perspectiva alguna de que el futuro haya de depararmos una inversión de la tendencia.

3. La política criminal en la aplicación/ obtención del Derecho por los Tribunales

Mientras todo lo anterior sucede en el panorama teórico-doctrinal y legal ¿qué ocurre en la "*Política criminal en lo pequeño*", por usar la expresión con la que *Hassemer* caracteriza a la aplicación judicial del derecho?

Si nos centramos en el caso español, que es el que aquí interessa fundamentalmente, lo primero que puede afirmase es que en la Jurisprudencia se advierte una tendencia cada vez más clara hacia la superación del positivismo legalista, que concibe la aplicación de la ley como una operación meramente lógica, como una pura subsunción que seguiría la forma de un silogismo. Ciertamente, a ello puede haber contribuido en alguna medida la exigencia que se contiene en el art. 5.1 de la ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto a la "interpretación de las normas legales de modo conforme a la Constitución". Pero ello probablemente no daría razón suficiente de la evolución claramente detectable. En ésta parece ponerse de manifiesto que los jueces y tribunales, el Tribunal Supremo en lo que aquí especialmente interesa, son conscientes de la necesidad de adoptar una determinada perspectiva valorativa a la hora de proceder a interpretar la ley positiva, de modo tal que el proceso de aplicación de la ley caracterizarse correctamente como un "proceso de obtención del Derecho" (*Rechtsfindung, Rechtsgewinnung.*) En el caso de nuestro Alto Tribunal, parece que esa perspectiva valorativa adquiere significativos *rasgos teleológicos*, de modo que la interpretación de los tipos se sujeta a los *fines político-criminales materiales* del Derecho penal, conduciendo a una aplicación garantista de la Ley.

Ciertamente, constituye una paradoja que, en uno de los momentos de nuestra historia en el que mayores críticas reciben las actuaciones de los integrantes del Poder Judicial, pueda decirse que es de éstos de quienes proceden, en mucha mayor medida que del legislador, los esfuerzos por introducir decididamente los principios de la Política criminal moderna en la realidad del Derecho aplicado.

En lo que sigue, trataremos de ponerlo de relieve de la mano de algunos de los más relevantes de tales principios.

3.1 El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Partiendo de modo expreso o tácito de la distinción doctrinal entre "realización aparente" y "realización efectiva" del tipo, el Tribunal Supremo introduce en su labor interpretativa el principio político-criminal de exclusiva protección de bienes jurídicos. Así, se inclina por una solución de atipicidad en casos en los que, aunque gramaticalmente la conducta del sujeto activo resulta perfectamente subsumible en los términos legales, parece claro, a la luz del bien jurídico protegido en el precepto de que se trate, que dicho bien jurídico no ha sido puesto en peligro. Un "*leading case*" es el relativo a la sustracción de menores por su propio padre. Así, por ejemplo, en el supuesto examinado por la STS de 15.03.1983. En él se trataba de un padre que se había apoderado de los hijos, cuya custodia, en el marco de un proceso de separación matrimonial,

había sido asignada a la madre. Pues bien, pese a que gramaticalmente podría hablarse de la concurrencia del tipo de sustracción de menores del art. 484 CP (art. 486, para menores de edad superior a la de siete años), se concluye la impunidad. Y ello porque, en las circunstancias del caso, no podía hablarse de que se diera una afectación del bien jurídico protegido en el delito, que, según se entiende de modo general, es la "seguridad" del menor, bien. Esta no había sufrido menoscabo alguno por pasar de la custodia "legal" de la madre a la "fáctica" del padre. Podría haber, por tanto un delito de desobediencia a una resolución judicial, pero no uno de sustracción de menores. En sentido idéntico se manifiesta la STS de 5.07.1993, ponente García Miguel,[1] indicando que "cuando la menor no ha corrido el menor peligro por el hecho de apoderarse de ella su padre sin otro fin que el de tenerla en su compañia, en modo alguno puede constituir el supuesto típico del delito de sustracción de menores".

Idénticas líneas argumentales se siguen a propósito de las falsedades personales del art. 324 en la STS de 13.03.1993, ponente García Ancos;[2] de falsedades documentales, en la STS de 18.06.1992, ponente Moyna Ménguez;[3] o del delito de impago de pensiones, por ejemplo en la SAP de la Coruña (Secc. 1.ª) de 18.11.1993, ponente Seoane Pesquera.[4] Entre otras muchas.

Un segundo grupo de casos es el que se refiere al delito de tráfico de estupefacientes. Se trata aquí de uno de los diversos intentos jurisprudenciales de restringir el alcance punitivo del art. 344 CP, un precepto que, como ya se ha indicado, extendido a todo lo que permiten sus términos gramaticales, apenas establece límites a la punibilidad. En sentencias como, por ejemplo, la STS de 09.02.1994, ponente Martín Pallín,[5] o de 27.05.1994, ponente Bacigalupo Zapater, se sigue la línea argumental relativa al bien jurídico protegido para excluir la tipicidad de los casos de consumo compartido en un grupo reducido de personas, un criterio que ya puede considerarse plenamente asentado en nuestra jurisprudencia. Taxativamente, señala al respecto la segunda de las sentencias citadas que

"... la Sala no puede compartir los reparos teóricos del Ministerio Fiscal respecto de la interpretación teleológica, dado que en el fondo tiende a convertir los delitos de peligro abstracto en delitos de pura desobediencia o, dicho en una antigua terminología, en 'delitos formales'. Si el legislador ha considerado que los delitos de tráfico o favorecimento de la difusión de drogas son hechos punibles 'contra la salud pública', es indudable que su voluntad sólo será respetada en la medida en que la rúbrica de la ley no sea soslayada..."

"...el método teleológico — propugnado por todos los grandes juristas de este siglo — no apareja inseguridad jurídica alguna, o por lo menos, no más el método gramatical que propugna el Fiscal. Más aún, cuando en la ciencia jurídica se admite que el leguaje en que se expresan las normas legales es, por esencia, ambiguo ..."

Por fin, y ya fuera del estricto ámbito del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, para entrar en el más amplio del *tellos* de los precepto penales, esto es de los *fundamentos materiales* de la incriminación o, en concreto, de la *punición agravada*, es notable el grupo de sentencias que se han sido ido dictando en torno al delito de parricidio del art. 405 CP, en concreto para los

(1) Rep. Aranzadi 5.871.
(2) Rep. La Ley 13.053.
(3) Rep. La Ley 12.584.
(4) Rep. Actualidad Penal (Audiencias) 38.
(5) Rep. La Ley 16.042-R

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

supuestos de muerte de un cónyuge a manos del otro. Así, tras una sentencia como la STS de 09.12.1993, ponente Hernandéz Hernández,[6] que seguía el clásico criterio formalista y hubo de afrontar el voto particular de los Magistrados Montero Fernández-Cid y Bacigalupo Zapater, tuvo lugar la trascendental STS Pleno de 18.02.1994. En su virtud se decidió por el Alto Tribunal la exclusión del ámbito típico del art. 405 de los casos en que la relación matrimonial, aun formalmente subsistente, se encontrara en tal grado de deterioro que "ya no pudiera ser fundamento suficiente para justificar un mayor reproche del autor". Expresión de la nueva tesis material y atenta al significado político-criminal de los tipos penales son sentencias como la STS de 28.03.1994, ponente Hernández Hernández,[7] la STS de 10.05.1994, ponente Bacigalupo Zapater,[8] y la STS de 31.10.1994, ponente Martín Canivell.[9] La segunda de las sentencias citadas describe la cuestión en sus justos términos al señalar que lo decisivo en la punibilidad agravada propia del parricidio respecto al homicidio es la "mutua confianza en no ser objeto de agresiones mortales por parte del otro". Sólo cuando, además de la vida del cónyuge, se haya lesionado tal confianza, por continuar ésta existiendo en alguna medida, tendrá razón de ser, desde perspectivas materiales (político-criminales), la sanción a título de parricidio.

3.2. El principio de intervención mínima

En algunas sentencias se observa que la interpretación del tipo se construye partiendo de nociones inequívocamente político-criminales como las que aluden al caráter subsidiario de la intervención penal. Ello, de nuevo, conduce a que, en supuestos en que se ha realizado gramaticalmente el tenor del tipo, se excluya la tipicidad material, apelando al carácter de "*última ratio*" del Derecho penal, que ciertamente aparece combinado con referencias a la "interpretación de las normas conforme a la realidad social" (art. 3.1. del Código civil)[10] y el propio — antes mencionado — de exclusiva protección de bienes jurídicos. En este sentido — y a título puramente ejemplificativo, permítaseme mencionar la STS de 4.04.1990, ponente Puerta Luis,[11] así como la STS de 10.12.1991, ponente Bacigalupo Zapater,[12] ambas relativas al delito de abandono de familia del art. 487 CP.

La primera de ellas rechaza la aplicación del tipo en un caso en que quien abandonó a su esposa era un ciudadano sirio, que había contraído matrimonio tan sólo para adquirir la nacionalidad española, lo que, a juicio del tribunal, diseña "una situación o hecho sociológico más propio del ámbito civil que del penal". En la segunda, tambien se excluye la tipicidad en el caso de una mujer que abandonó a sus hijos, deficientes psíquicos, a la puerta del domicilio de su hermana, por enterdese — lo que guarda estrecha conexión con el grupo anterior, aunque se apele a la subsidiariedad e intervención mínima del Derecho penal — "que los menores no se encontraban necesitados (...), pues se encontraban con su hermana y concurrían a un colegio especial. Asimismo su seguridad tampoco se veía afectada, pues estaban al cuidado de una hermana mayor de

(6) Rep. Actualidad Penal 231.
(7) Rep. Aranzadi 2.663.
(8) Rep. La Ley 13.887
(9) Rep. La Ley 14.151.
(10) Otras alusiones a este criterio interpretativo en las STS de 10.12.1992, ponente Martínez Pereda Rodríguez, y de 1.04.1993, ponente Ruiz Vadillo.
(11) Rep. La Ley 10.910.
(12) Rep. La Ley 12.247.

edad y de las personas encargadas de ello en el referido colegio al que asistían".

3.3 El principio de proporcionalidad

Si bien es cierto que, como pusiera de relieve la citada STC de 4.07.1991, "el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal", resulta evidente que, sin desbordar el marco determinado por el principio de legalidad, los tribunales pueden practicar restricciones de los tipos sobre la base de consideraciones de proporcionalidad. Pues bine, el Tribunal Supremo también ha recurrido a este género de argumentación en diversas sentencias, de las que mencionamos algunas, a modo de ejemplo.

De nuevo son aquí significativas las resoluciones que tratan de restringir el art. 344 CP, fundamentando la atipicidad en casos de consumo compartido de drogas. En este sentido puede citarse, entre otras muchas, por sus numerosas referencias, la STS de 3.03.1994, ponente Delgado García,[13] significativa por aludir expresamente al "*principio de insignificancia*", criterio dogmático cuya vinculación con la idea político-criminal de proporcionalidad resulta evidente. En este mismo contexto, es muy importante, por introducir de modo directo el principio de proporcionalidad como criterio interpretativo del art. 344 bis e) — sobre comiso de instrumentos del delito de tráfico de estupefacientes — la STS de 28 de febrero de 1994, ponente Conde-Pumpido Ferreiro.[14]

Se trataba del comiso de un vehículo en un caso en que el valor éste resultaba abiertamente desproporcionado en relación con la cantidad e importancia de la droga aprehendida. Tal posibilidad se desestima porque "ese comiso no cumpliría las exigencias del principio de proporcionalidad, dada la disparidad del valor del bien de lícito comercio a decomisar y la gravedad del delito en que tal pena accesoria se ha impuesto".

Sin embargo, también en otros ámbitos se está produciendo el esfuerzo por introducir consideraciones de proporcionalidad. Así, por ejemplo, en la interpretación del delito de robo con fuerza en las cosas y, en particular, del concepto de "escalamiento" (art, 504 CP), tradicionalmente aplicado mecánicamente a los casos de mera "entrada por lugar no destinado al efecto". Aunque ello todavía despierte dudas más que fundadas desde el punto de vista del principio de legalidad, este concepto se ha restringido modernamente a los supuestos en que tal entrada "irregular" requiera una destreza o esfuerzo importante, que fundamente la agravación (por existir de algún modo "fuerza") respecto al delito de hurto. Puede confrontarse en esta línea la STS de 25.03.1993, ponente Moyna Ménguez.[15]

En fin, cuando no le parece posible obtener por vía interpretativa la vigencia del principio de proporcionalidad, el Alto Tribunal recurre, de modo en absoluto inusual, a lo dispuesto en el art. 2. 2 CP, proponiendo el indulto parcial, con la consiguiente reducción de la pena. Así, para uno de los casos más significativos (la malversación impropia del art. 399 CP), entre otras, la STS de 25.01.1993, ponente Carrero Ramos,[16] por entender que la pena que resulta de la doble ficción (de funcionario público y de caudal público) que introduce el

(13) Rep. Actualidad Penal 405.
(14) Rep. Actualidad Penal 385.
(15) Rep. La Ley 13.129.
(16) Rep. La Ley 15.220-R

precepto "resulta excesiva y desproporcionada con la culpabilidad del autor".

3.4 El principio de culpabilidad

En relación con este principio, de cuyo reconocimiento constitucional da rázon la STC de 04.07.1991, puede también mencionarse alguna sentencia que lo esgrime en orden a la restricción del art. 344: así, por ejemplo, la STS de 12.09.1994, ponente García Miguel.[17] Sin embargo, evidentemente han sido dos los temas que han centrado su posible incidencia interpretativa; concretamente, el de la agravante de *reincidencia* (art. 10.15.ª CP) y el de las *dilaciones indebidas* en el proceso. Así, en cuanto a la primera, una corriente jurisprudencial — ciertamente no exenta de contestación — ha sostenido que la agravación de la pena en virtud de la reincidencia sólo se podrá producir en el marco de la *culpabilidad por el hecho "del autor concreto"*, con lo que, eventualmente, podría tener lugar únicamente en el seno del grado mínimo de la pena. Pueden citarse en esta línea las STS de 6.03.1990 y de 5.07.1991, ponente Bacigalupo Zapater.[18] Por lo que respecta a las dilaciones indebidas, lla STS de 14.12.1991, ponente Bacigalupo Zapater,[19] sostuvo la aplicación de la atenuante analógica del art. 9.10.ª CP, por entender que, en tal caso, la culpabilidade del sujeto se ha visto de algún modo "compensada"por la sación fáctica derivada del retraso en el enjuiciamiento.

"El fundamento de esta compensación, como es claro, es consecuencia del principio de culpabilidad, según el cual las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y, por tanto, si el acusado ha sufrido ya un mal con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena." [20]

Esta línea, con todo, no ha tenido acogida general todavía, como pone de relieve la STS de 5 de junio de 1995, ponente Hernández Hernández,[21] que expone el estado de la cuestión sobre las posibles formas de tratar los retrasos injustificados en el procedimiento.

Una gran importancia, en estrecha relación con la anterior, es el progresivo asentamiento de la tesis según la cual la *atenuante de "análoga significación"* (art. 9, 10.ª CP) constituye una cláusula general de individualización general de la pena que persigue la mejor adecuación de ésta a la concreta culpabilidad del autor. Así, se estima que lo decisivo no es la similitud formal o externa con las restantes atenuantes, sino precisamente con la idea general informadora de las mismas. Pueden examinarse, en esta línea las STS de 04.03.1994, ponente Hernández Hernández,[22] y de 3.02.1995, ponente De Vega Ruiz.[23] En particular, para casos de *reparación del daño tras la apertura del procedimiento judicial*, las STS de 26.09.1994, ponente Bacigalupo Zapater,[24] y de 05.10.1994, ponente Montero Fernández-Cid.[25]

3.5 El principio de resocialización

Referencias a este principio aparecen, por ejemplo, en relácion con *la regla del art. 70.2 CP, en materia de acumulación de condenas*, en la STS de 04.11.1994, ponente Soto Nieto,[26] indicándose expresamente que "todo acuerdo judicial que se desvíe o con-

(17) Rep. Actualidad penal 679.
(18) Rep. La Ley 12.888-R y 11.850, respectivamente.
(19) Rep. La Ley 12.231.
(20) Crf. también la STS de 10.05.1994, ponente Ruiz Vadillo, con voto particular de Bacigalupo Zapater. Rep. Actualidad Penal 530.
(21) Rep. La Ley 14.542.
(22) Rep. Actualidad Penal 343.
(23) Rep. La Ley 16.669-R.
(24) Rep. Actualidad Penal 766.
(25) Rep. Actualidad Penal 784.
(26) Rep. La Ley 16.515-R.

tradiga tan elevados y humanitarios principios (*scil.* los de reeducación y reinserción social) se sitúa al margen del impulso y sentir constitucional". Ello conduce de hecho a una aplicación analógica de la mencionada regla: STS de 20.10.1994, ponente Soto Nieto.[27] Asimismo, se argumenta con el principio de resocialización para sostener la necesidad de rebaja de pena en dos grados — y no sólo en uno — en casos de *minoría de edad de dieciocho años* (art. 65 CP) en la STS de 11.05.1994, ponente Hernández Hernández.[28] En fin, y a propósito de las *dilaciones en el proceso* (aunque éstas no fueren indebidas), en la medida en que pueden "afectar a la función rehabilitadora y resocializadora de la pena privativa de liberdad", la STS de 26.01.1993, ponnete Moyna Ménguez,[29] propone un recurso a medidas de gracia sobre la base directa del referido principio de resocialización. Pero, como en los demás grupos de casos, no resultaría difícil hallar otros ejemplos.

3.6 Otras repercusiones de la orientación teleológica adoptada

Hasta aquí hemos aludido a sentencias en las que una orientación teleológica conducía directamente a la restricción de la responsabilidad del autor, en atención a alguno de los fines político-criminales reseñados. Sin embargo, esta exposición quedaría incompleta si no se mencionaran también otras sentencias en las que el método reseñado conduce en la práctica a una ampliación de la responsabilidad del sujeto activo, en virtud de la restricción de las eximentes.

O de la negativa a restringir el ámbito de condutas típicas, precisamente por razones teleológicas: así, la STS de 03.11.1993, ponente Puerta Luis.[30] Con todo, aunque la solución que se da en el caso resulta satisfactoria, la argumentación teórica no me parece aquí convincente cuando se señala que, a partir del reconocimiento de la libertad sexual como bien jurídico protegido en el tipo, una interpretación teleológica de la ley penal que tenga en cuenta estas consideraciones no debe introducir elementos nos expresos en la ley para reducir el ámbito de la protección penal del bien jurídico. Consecuentemente, el concepto de intimidación en el delito de violación no tiene por qué ser diferente del que se acepta en el delito de robo".

La interpretación restrictiva de eximentes y atenuantes desde perspectivas teleológicas, sin embargo, no debe producir ni excesiva extrañeza ni, desde luego, oposición. Ciertamente, el Derecho penal debe hallar la adecuada síntesis entre los intereses del autor y los de la víctima, pues en realidad ha de ser *Magna Charta* tanto de uno como de otra. De modo que una interpretación maximalista de las eximentes no es siempre la solución político-criminal más adecuada, como, por otra parte, la doctrina ha puesto de manifiesto, aunque el tema no esté exento de polémica.

Representativas de esta línea., que constituye, desde luego, la "otra cara" de una Jurisprudencia que afronta la tarea interpretativa desde perspectivas no formalistas-gramaticales, sino materialles y político-criminales, son diversas sentencias. Así, las que acogen la tesis de las "restricciones ético-sociales de la legítima defensa"; por ejemplo, la STS de 16.12.1993, ponente Bacigalupo Zapater:[31]

"...la legítima defensa debe reconocer también límites que, en ocasiones, han sido calificados de éticos. En este sentido, se ha condicionado el derecho de

(27) Rep. Aranzadi 8.350.
(28) Rep. Actualidad Penal 517.
(29) Rep. Actualidad Penal 216.
(30) Rep. La Ley 13.561.
(31) Rep. Actualidad Penal 237.

defensa a la inexistencia de una desproporción exagerada entre el daño que se quiere evitar mediante la defensa y el que es necesario para ella".

De modo relativamente próximo, las que proceden a restringir desde perspectivas funcionalistas (¿de prevención general positiva?) la eximente de estado de necesidad. Por ejemplo, la STS de 9.06.1992, ponente Moner Muñoz:[32]

"Para la apreciación de la eximente del art. 8.7 CP en los delitos contra la propiedad, la jurisprudencia viene siendo restrictiva por los *riesgos que implicaría para la política penal y de seguridad ciudadana...*".

Asimismo, las que restringen la apreciación de la atenuante de arrebato u obcecación y otros estados pasionales (art. 9., 8.ª CP), excluyéndola, por un lado, sobre la base del ejemplo del régimen del transtorno mental transitorio, cuando los estímulos de su excitación los provocó el propio autor; o, por el otro, desde perspectivas victimodogmáticas, cuando tales estímulos no fueron provocados por la víctima. Puede confrontarse sobre todo ello la STS de 14.03.1994, ponente Conde-Pumpido Ferreiro;[33] sobre lo primero, además, la STS de 11.07.1995, ponente Bacigalupo Zapater.[34]

En fin, las que excluyen la apreciación de la excusa absolutoria de parentesco del art. 564 CP en casos en que ha desaparecido, no ya la "*affectio maritalis*", sino incluso la propia convivencia familiar, aunque persista el vínculo matrimonial. En esta línea, para un delito de alzamiento de bienes, se expresa la STS de 22.06.1992, ponente García Ancos,[35] por entender que la finalidad político-criminal de tal excusa es

"... preservar, en lo posible, las relaciones matrimoniales, que se verían deterioradas (...) si al delito cometido se le aplicare la correspondiente pena con todas sus consecuencias"

de modo que no procede tomarla en consideración cuando tal "*telos*" resulta ya lamentablemente inalcanzable.

4. Conclusión

Asistimos a un momento histórico en que la praxis político-criminal de las diversas legislaciones — incluída, por supuesto, la española — a menudo aparece alejada de los paradigmas de uma auténtica Política criminal regida por la síntesis coherente de fines preventivos y aspiraciones garantísticas. Con todo, existen motivos para un moderado optimismo si atendemos al devenir de la "*Política criminal en lo pequeño*". En efecto, la Jurisprudencia de Tribunal Supremo, en su interpretación de los diversos preceptos, es expresión del esfuerzo por la integración de los principios político-criminales que definen la compleja teleología de un Derecho penal correctamente entendido como "*Magna Charta*". Podemos, pues, concluir como lo hiciera aquel menestral alemán ante su *káiser*: afirmando que, pese a todo, "todavía hay jueces en Berlín".

(32) Rep. La Ley 14.818-R.

(33) Rep. La Ley 13.781. Como justo complemento de esta doctrina, también se estima que no cabe apreciar la agravante de parentesco (art. 11 CP) si en el caso medió provocación por parte de la víctima: así, en la STS de 13.10.1993, ponente De Vega Ruiz. Rep. La Ley 13.468.

(34) Rep. La Ley 16.998-R.

(35) Rep. Aranzadi 5.805. También como complemento de esta doctrina puede citarse la misma STS de 13.10.1993, ponente De Vega Ruiz. Rep. La Ley 13.468, que rechaza la agravante de parentesco si, aunque subsista el vínculo, ha desaparecido la afectividad.

EL ILÍCITO PROPIO DE PARTICIPAR EN EL HECHO AJENO* SOBRE LA POSIBILIDAD DE LA AUTONOMÍA INTERNA Y EXTERNA DE LA PARTICIPACIÓN

MARCELO A. SANCINETTI

Sumário: 1. La cuestión — 2. Las llamadas "accesoriedad externa" e "interna" de la participación — 3. Autonomía interna de la participación; 3.1 La renuncia al presupuesto del dolo del autor principal e incluso al de su imprudencia; 3.2 Partícipe que reconoce la inocuo del hecho intentado por el autor; 3.3 La independencia de los presupuestos objetivos de justificación — 4. Autonomía externa de la participación; 4.1 ¿Como reza la norma referida a la participación?; 4.2 El riesgo de un exagerado adelantamiento de la punición; 4.3 La gradación del ilícito de la participación; 4.3.1 El agotamiento de ilícito por omisión; 4.3.2 El comienzo del ilícito de la participación; 4.4 Consecuencias prácticas; 4.5 La defensa de Jakobs de la accesoriedad externa — 5. Autonomía de la participación y prohibición de regreso — 6. Conclusiones — 7. Observaciones sobre la bibliografía.

1. La cuestión

Quien haya seguido mi exposición anterior acerca del fundamente del ilícito penal,[1] es decir, acerca de si el contenido de la antijuridicidad consiste en la lesión a un objeto de bien jurídico

(*) Conferencia pronunciada por el autor en el VI Congresso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, el 26.08.1994, en San Miguel de Tucumán (Argentina). Publicada por primera vez en Bogotá, Universidad Externado de Colombia (Cuadernos de Conferencias y Artículos).

(1) Me refiero en el texto a la conferencia que pronuncié el 25.08.1994 en el encuento mencionado en la llamada anterior. La disertación previa se titulaba: *Fundamento del ilícito penal: ¿lesión del bien jurídico o quebrantamiento de la norma? A la vez, una refundamentación de la punibilidad de la tentativa*, pero vio la luz posteriormente bajo el título: ¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados? En cualquier caso, ambos trabajos son la síntesis de dos investigaciones de cierta extensión. La primera de ellas hubo de ser parcialmente realizada durante una estadía de investigación en el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, gracias a la generosidade de una beca del Instituto de Cooperación Iberoamericana (1985-1986), posteriormente presentada ante la Universidade de Buenos Aires como trabajo de tesis doctoral (1990). El segundo trabajo fue redactado durante una estadía de investigación en el Instituto de Filosofia del Derecho de la Universidad de Bonn, esta vez gracias al estipendio concedido por la Fundación Alexander von Humbodlt (1991-1993), posteriormente presentado ante la Universidad Complutense de Madrid también como trabajo de tesis doctoral (1994). Ambas obras fueron publicadas, respectivamente, bajo el título: *Teoría del delito y disvalor de acción — una*

o en el quebrantamiento de una norma de conducta, podrá entender el hilo de las siguientes reflexiones como una continuación de la problemática: ¿en qué consiste aquello por lo que se hace responsable al partícipe de la conducta desviada que desarrolla *otra* persona?

Vuélvase a nuestro ejemplo de la niñez:[2]

Ahora es un hermano *perverso* el que ha persuadido al niño *travieso* de que arroje la piedra contra el parabrisas del automóvil del padre, en tanto la piedra del peso adecuado ha sido escogida por el hermano *timorato*. El niño *reflexivo* presencia la situación al igual que en el caso anterior: el travieso acierta justo en uno de los ángulos superiores de los parantes, y no quedan huellas de la travesura, pero el padre, que ha visto todo, reprende también aquí, muy ofuscado, a todos los infractores, y los amenaza con sanciones más graves para el caso de que, reiterado un hecho similar, se produzcan daños al vehículo.

Nuestro crítico intelectual queda otra vez atrapado en sus reflexiones:

- ¿Qué fue lo perverso de que mi hermano mayor convenciera al menor de que tirara la piedra? ¿Y qué lo malo de que el otro colaborara con el proyectil apropriado? ¿Lo malo fue para los tres que el tavieso se animara a tirar la piedra? No puedo creer en esto — se contesta — . Más bien cada uno tiene que haber cometido su propia travesura, una que ha de ser juzgada según lo hecho por sí mismo.. ¿O es que un padre podría prohibir, con algún sentido, no incitar a Fulano a dañar a Mengano, o no ayudarlo a hacerlo, sólo para el caso de que en definitiva, Fulano intente *efectivamente* el hecho? ¿Cómo sabría entonces de antemano, cada interviniente, que su aporte está prohibido, si la acción de Fulano podría ser siempre exitosa o frustrada justamente recién *después* del aporte del interviniente? Nada de esto puede ser correcto — se dice nuevamente a sí mismo —.

Pero los problemas son ahora mucho más complejos. Si el perverso estuvo mal ya al convencer al hermano, ¿en qué momento habría comenzado a actuar mal? ¿Al iniciar la conversación? ¿Podría ser esto tan malo como el ponerse a arrojar *uno mismo* la piedra? ¿Y qué debería decirse del timorato? Porque buscó la piedra justa, ¿ha hecho algo tan grave como si la hubiera arrojado?

Nuestro niño es demasiado reflexivo y su monólogo no termina aquí. Pronto ve que, cualquiera que fuesen las respuestas a tales preguntas, podrían interferir en cada hipótesis variantes

investigación sobre las concecuencias prácticas de un concepto de ilícito circunscripto al disvalor de acción (Hammurabi, Buenos Aires, 1991) y Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa - A la vez, uma investigación sobre la teoría del ilícito de Jakobs (Temis, Bogotá, 1995).

(2) Mi ejemplo anterior comenzaba con esta situación: Un niño travieso arroja una piedra contra el parabrisas del automóvil de su padre que observa desde lejos con atención. La piedra da en la parte cromada de uno de los ángulos superiores de los parantes, y, sólo por ello, ni los cristales ni la carrocería resultan afectados. Ni siquiera se distingue el sitio del impacto de la piedra. El padre sanciona al niño levemente, amenazándolo con saciones más severas para el caso de que una reiteración futura del hecho tuviera consecuencias dañosas. Un hermano del niño travieso, el mesmo que aparece enseguida en escena en el ejemplo del texto, consideraaba la enseñanza del padre poco feliz: el niño travieso no podría internalizar una norma de conducta para el futuro, porque la evaluación según las consecuencias del hecho permite orientarse antes de realizar la acción.

incómodas. ¿Qué pasaría, por ejemplo, si el travieso tirase la piedra creyendo que ésta no tiene la potencia suficiente para romper los cristales y sólo quisiera intentar dar justo en el parante del automovil, mientras los otros saben bien de la superioridad del peso de la piedra y del riesgo efectivo?

2. Las llamadas "accesoriedad externa" e "interna" de la participación

Más o menos de este modo se reflejan en la teroría de la participación las alternativas entre ver el sentido del ilícito penal en la lesión de un objeto físico de bien jurídico, o en el quebrantamiento social de una norma de conducta, entre ver al hecho punible como un suceso exterior que perturba — algo se rompe, hace ruido, sangra —, o verlo como la decisión de una conducta desviada.

Es obvio que habré de fundar también en este ámbito la segunda posibilidad, pero el camino de la argumentación no es sencillo.

Ante todo, hay que distinguir dos grupos de problemas que la doctrina argentina prácticamente siempre confundió en uno solo, el llamado principio de "accesoriedad de la participación". "Accesoriedad"se puede entender en dos dimensiones distintas: accesoriedad *externa* (o cuantitativa), y accesoriedad *interna* (o cualitativa).

Lo primero supone que el ilícito de un partícipe sólo es punible si al menos hay comienzo de ejecución del autor principal; lo segundo supone que las modalidades de la ejecución del hecho principal — dolo del autor principal, justificación del autor principal, o incluso su culpabilidad, etc — afectan necesariamente la responsabilidad del partícipe. Estas dos nociones de la accesoriedad están relacionadas, pero no se identifican. Por un lado, se podría aceptar un principio de accesoriedad interna — exigir, por tanto, el dolo del autor principal —, y renunciar a una accesoriedad externa; por ejemplo, se podría hacer responsable a quien alcanzó la piedra con independencia de si el autor principal realmente la arrojó, pero siempre que éste al menos la haya aceptado con dolo de arrojarla después. Por otro lado, a la inversa, bien se podría renunciar a la accesoriedad interna, y exigir la accesoriedad externa, como, por ejemplo, no prestarle atención al dolo personal del ejecutor para penar al partícipe como cómplice, pero sí esperar al acto externo de ese autor principal.

El objeto de este trabajo es el de proponer un criterio que prescinda de ambas formas de accesoriedad, formular, por tanto, límites autónomos de responsabilidad por participación, lo que he tratado de fundamentar con más extensión en mi primer trabajo de tesis doctoral ante la Universidad de Buenos Aires (1990) y tocado también tangencialmente en la investigación que desarrollé en la Universidad de Bonn sobre ilícito subjetivo y desistimiento de la tentativa, posteriormente defendida como segunda tesis doctoral ante la Universidad Complutense de Madrid (1994).[3]

La accesoriedad interna o cualitativa de la participación ha sido puesta en cuestión por diversos autores en los últimos años de dogmática alemana, y, a mi juicio, no existe un argumento mucho más fuerte en favor de la accesoriedad interna, que el hecho de que el Código Penal alemán, en su versión de 1975 (§§ 26, 27, StGB), haya receptado la llamada teoría de la accesoriedad limitada, es decir, que la tipicidad (dolosa) y la antijuridicidad del hecho del autor principal, se trasladan al partícipe como

(3) Respecto de estos dos trabajos, cf. las referencias de nota 1.

presupuesto de su propio ilícito. Para un texto como el del Código Penal argentino, que no dice *nada* sobre la accesoriedad desde el punto de vista interno, no hay ninguna razón para atenerse a un principio que no conduce a soluciones razonables. Pero de este aspecto he de ocuparme apenas brevemente y enseguida, para concentrarme luego en el ataque a la accesoriedad externa, la cual, en general, sigue siendo no controvertida, está recibida en el Código Penal argentino (arg. arts. 42-47 *in fine*, C.P. arg.),[4] y, a pesar de esto, también constituye, en mi opinión, un principio equivocado.

3. Autonomía interna de la participación

La accesoriedad interna (cualitativa) de la participación podría estar justificada, si se hallara un sentido material en que la norma sólo dirija su prohibición o mandato al partícipe, según cómo sea el hecho individual del autor, y requerir así, por ejemplo, un hecho principal doloso típico y antijurídico, como lo hace el Código Penal alemán (§§ 26, 27, StGB). El legislador es libre de formular la norma — también la del partícipe — con los elementos que le parezcan adecuados a su finalidad. Sin embargo, *de lege ferenda* — o *de lege lata*, para los países que carecen de una disposición explícita sobre la accesoriedad *interna*, como el Código Penal argentino —, la teoría de la participación puede llegar a mejores consecuencias elaborando una norma *autónoma* que determine *qué* es típico y antijurídico para un partícipe, lo cual puede ser, en *cierta* medida, independiente de *qué* lo sea para el autor.

Esta opinión se vuelve cada vez más frecuente en la dogmática alemana, como lo demuestra la tesis doctoral de Stein,[5] el último discípulo de Rudolphi. Incluso en Jakobs — que dice mantener la accesoriedad interna — se puede demostrar fácilmente que ella — en *su* sistema — no juega ningún papel. Sean traídos a colación sólo tres constelaciones de casos.

3.1 La renuncia al presupuesto del dolo del autor principal e incluso al de su imprudencia

En primer lugar, Jakobs reconoce que la transformación de todo "hombre de atrás" en autor mediato, por el solo hecho de que al "hombre de adelante" le falte el dolo, no halla justificación. Una idea criticada desde siempre por Schmidhäuser.[6] El requerir un hecho principal doloso para hablar de participación, y, si no, automáticamente autoría mediata, *agrava* la situación de quien bien puede ser un mero partícipe:[7]

(4) Por cierto, la solución no se deriva de modo claro o textual. Al respecto, cf. Sancinetti, *Teoría del delito*, p. 743 y ss. Incluso a partir de una interpretación a contrario del mismo art. 47, primera parte, del Código Penal argentino, que declara que el exceso del autor principal no es trasladable al cómplice, se podría formular la tesis de que no hay accesoriedad externa, porque la no realización del comienzo de ejecución por parte del autor, es un exceso invertido de parte de este ejecutor, respecto de lo pactado con el cómplice. Contra esto habría a lo sumo sólo el peso de la tradición, más que el del texto.

(5) Ulrich Stein, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlín, 1988.

(6) Sobre uma crítica general contra la accesoriedad, cf. Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch* (con la colaboración de Heiner Alwart), 10/21, 10/26, 10/184, 10/122, entre otros.

(7) Jakobs, *Lehrbuch*, 21/68 y ss., esp. 21/72; v. también 22/12 y ss., esp. 22/14; cf. también Sancinetti, *Teoría del delito*, p. 773 y ss. Zielinski (*Handlungs - und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973, p. 302 y ss. [*Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de*

"Por tanto, *de lege ferenda* [dice Jakobs] debería ser reconocida la posibilidad de una participación en un hecho no doloso".[8] Brevemente: "el dolo no es accesorio".[9] "Incluso en el caso límite de que el error del ejecutor sea inevitable, se podría llegar a reconocer una participación *sin acción típica* del autor principal".[10]

Esto ya constituye una fractura con el principio de la accesoriedad interna: la cualidad que reviste el ilícito del autor principal *no* constituye un presupuesto razonable para determinar el quebrantamiento de la norma cometido por el partícipe.

3.2 Partícipe que reconoce lo inocuo del hecho intentado por el autor

Un segundo ejemplo lo constituye el problema, en cierto modo inverso al anterior, del partícipe que actúa reconociendo que la realización del tipo no es posible, es decir, "*sin* dolo"; él *no* responde como partícipe, aun cuando reconozca que el autor actúa *con* dolo. Ahora, si la participación recibiera su tipicidad y antijuridicidad de la circunstancia de que cada uno "es competente para responder por *todo el* ilícito"[11] — en términos tradicionales: de la circunstancia de que sea favorecido *un* hecho principal típico y antijurídico —, habría que afirmar que el partícipe actúa él mismo *con dolo*, ya cuando conoce que el autor principal cometerá un ilícito, por ejemplo, una tentativa inidónea (¡el fantasma de *un* hecho, *en conjunto*!). Análogo a esto es el caso del cómplice que reconoce la situación de justificación que el autor principal no alcanza a ver. Jakobs se vale de este ejemplo para argumentar en contra de quienes sostienen la pena del delito consumado para el autor que desconoce la situación de justificación, objetivamente existente. Él piensa que esa solución obligaría al castigo del agente provocador,[12] cuando, en verdad, es el principio de accesoriedad interna (cualitativa) el que — tomado estrictamente — debería *obligar* a esa consecuencia, porque el agente provocador, tanto en este caso como en el caso simple de falta de dolo sobre la realización del tipo, de todos modos sería consciente de su participación en (al menos) una tentativa *antijurídica y punible*. "Pero [acota Jakobs] una perturbación social de esa clase no está abarcada por el tipo de la norma infringida".[13] Eso es plenamente correcto: pero, ¿de qué tipo y de qué norma infringida se habla aquí?: justamente, ¡de los referidos *al partícipe*!; no de los que se refieren a *un* hecho llevado a cabo en definitiva *por el ejecutor*.

3.3 La independencia de los presupuestos objetivos de justificación

El tercer ámbito de problemas está configurado por los presupuestos *objetivos* de justificación, que tampoco se trasladan sin más de autor a partícipe. El *extraneus* que coacciona con amenazas de muerte, a quien sí está calificado, a cometer un delito especial, sigue siendo responsable, dado que la justificación alcanza personalmente sólo al *intraneus*.[14] Y esto es así, porque, ya *en general*, "la requeribilidad [del medio empleado, en la legítima defensa o en

ilícito, Buenos Aires, 1990, p. 358 y ss.) advirtió la necesidad de restringir el principio de accesoriedad (interna) de la participación, pero no llegó a renunciar al requisito de un hecho principal *doloso*.

(8) Jakobs, *Lehrbuch*, 21/72 in fine.

(9) Jakobs, *Lehrbuch*, 23/16; cf. también Sancinetti, *Teoría del delito*, p. 779 y ss.

(10) Jakobs, *Lehrbuch*, 21/72 (subrayado en el original).

(11) Acoto: "por todo el ilícito *del autor*".

(12) Jakobs, *Lehrbuch*, 11/22.

(13) Jakobs, *Lehrbuch*, 23/17.

(14) Jakobs, *Lehrbuch*, 21/84 in fine.

el estado de necesidad] se orienta según las capacidades *individuales*".[15]

Por consiguiente, que estén cumplidos los presupuestos objetivos de justificación en el hecho del autor no prejuzga sobre el ilícito (o exclusión del ilícito) del partícipe. Y esta es una conclusión que el Código Penal argentino establece con toda clarida y expresamente, al señalar que la provocación suficiente por parte de quien se defiende en una legítima defensa no perjudica a la defensa ejercida por un tercero, en tanto él no haya tomado parte en la provocación. Y si el tercero puede intervenir en este caso como autor, naturalmente, tambien puede hacerlo como cómplice (justificado) del hecho ajeno (no justificado). También aquí, por tanto, los presupuestos objetivos de la causa de justificación corren por separado.

Todo esto habla en favor de que *siempre* es posible construir una norma que se dirija *individualmente* a cada interviniente. El hecho de que esta norma estará infringida, generalmente, cuando *a su vez* esté infringida la norma referida al autor, es algo obvio, pero, también, sólo estadístico. De ello no se debe derivar un *principio* de accesoriedad, cruzado de excepciones.

4. Autonomía externa de la participación

Parece mucho más resistido por la doctrina tradicional el poder llegar a una autonomía externa de la participación, es decir, el prescindir del presupuesto del comienzo de ejecución del autor principal, para poder penar al instigador o al cómplice. La cuestión se extiende también al campo de la coautoría, donde se enfrentan las llamadas "solución total" y "solución individual". La solución total pretende que incluso en caso de coautoría — con más razón entonces en caso de simple participación — hay *un* solo comienzo de ejecución, es decir, hay que tratar a los coautores como si realizaran el hecho en una *sola* persona, y establecer un solo comienzo de la tentativa válido para todos; la solución individual atiende, en cambio, a la acción de cada coautor, él realiza su propia tentativa con (co-) dominio del hecho. Esta misma disparidad se puede plantear en la instigación y en la complicidad. Es lo que paso a considerar.

4.1 ¿Como reza la norma referida a la participación?

Toda reflexión sobre la teoría de la participación tiene que partir del dato indudable, pero raramente hecho consciente, de que si el partícipe realiza un hecho punible, es porque también él infringe una norma. Ahora, ¿cuál es la norma que infringe el partícipe? Hagamos un esfuerzo por construir la prohibición que se podría dirigir, por ejemplo, al cómplice de um homicidio, cuyo aporte consistiera en proveer al autor del arma indicada.

Si uno quisiera integrar esta norma con el comienzo de ejecución del autor, tendría serias dificultades para concretar um imperativo dirigido al cómplice. La norma tendría que rezar más o menos así:

— No des un arma a quien está dando comienzo a la ejecución.

Para que esta prohibición tuviera sentido, habría que imaginarse un autor principal que pudiera empezar la ejecución de un homicidio con armas de fuego, sin tener todavía el arma. Uno podría esforzarse por formular un caso com esta peculiaridad. No sin deficiencias, el ejemplo rezaría: el autor toma a la víctima del cuello y le grita

(15) Jakobs, *Lehrbuch*, 11/60 (subrayado en el original); v. también 12/30 y ss., 13/16 y ss.; otros ejemplos en Sancinetti, *Teoría del delito*, p. 770 y ss.

"voy a matarte de un tiro", tras lo cual el cómplice le alcanza el arma. En el supuesto de que se admitiera que el tomar del cuello fuera ya comienzo de ejecución, éste sería un caso por demás artificial en comparación con el caso normal de un cómplice, que justamente da el arma *antes* del comienzo de ejecución. Si la norma prohibiera ser cómplice sólo en hechos ya iniciados, prácticamente desaparecería la punibilidad de la participación cotidiana.[16] Esto es más claro aun en el caso de instigación, dado que el instigador participa necesariamente antes del comienzo de ejecución.

Si nos tomamos la cuestión en serio, para que un imperativo dirigido personalmente al instigador o al cómplice tuviese sentido, él tendría que ser formulado con los elementos propios de la conducta del partícipe, es decir, para el *instigador*, prohibirá *crear en otro la voluntad de realizar un hecho que a juicio del partícipe sea capaz de lesionar*; para el cómplice, *contribuir de cualquier otro modo a la realización de esa misma acción*. ¿Cómo rezan, entonces, estos imperativos? Adelanto una formulación que habré de completar y afinar después:

— te prohíbo *crear en otro la voluntad* de realizar un hecho que consideres idóneo para afectar un objeto de bien jurídico (instigador);

— te prohíbo *colaborar* en un hecho que realizará otro, que consideres idóneo para afectar un objeto de bien jurídico (cómplice).

Esto parece mucho más razonable, pero no puede resolver el problema por sí solo. Una visión del ilícito de la participación tan autónoma, ¿no produciría un adelantamiento exagerado de la punibilidad?

4.2 El riesgo de un exagerado adelantamiento de la punición

Las opciones parecen odiosas.

Por una lado, admitir el carácter constitutivo del comienzo de ejecución del autor principal, para definir el ilícito del partícipe, convertiría al autor en una suerte de mandatario del partícipe en materia penal: el principio visto hoy como tan "natural", de que la responsabilidad penal *es personal*, de que nadie puede ser incriminado por el hecho de *otro*, no podría ser tomado realmente en serio si el autor tuviera el poder no sólo de volverse él mismo punible, sino también de incriminar a sus partícipes; fuera de ello — como se vio —, si la orden normativa sólo pudiera ser infringida realmente por el autor, sería imposible construir un imperativo inteligible dirigido al partícipe.

Pero esto es *un* aspecto del problema; del *otro* lado de la medalla, nos hallamos ante infracciones a la norma que estarían muy alejadas de la afectación del objeto de bien jurídico. Es decir, la norma prohibiría algo que no está próximo al quebrantamiento de la norma del hecho final. Si suprimimos mentalmente la pluridad de participantes y reunimos en una sola persona — el autor — los pasos de acción que dan instigador y cómplice *antes* del hecho, es decir, si pensamos en el *auto*convencimiento del autor que se dice a sí mismo "tengo que hacerlo" (instigador), o en la adquisición del arma lograda por él mismo (cómplice), nadie dudaría de que estaríamos allí ante actos impunes (*ideación y preparación* de un autor principal). ¿Por qué podría modificarse esta condición de ámbito *libre* de prohibiciones y mandatos, cuando son *otros* los que intervienen en la ideación y preparación?

(16) Por tratarse de un problema secundario a los fines de lo que aquí se discute, en el texto queda de lado la cuestión de si *toda* intervención posterior al comienzo de ejecución del hecho principal ya constituye coautoría, en lugar de simple participación.

En pocas palabras: una solución transforma en constitutiva del ilícito de "A", la decisión de acción que toma "B"; la otra, que respeta estrictamente la decisión de "A", parece extender la punibilidad más allá de lo deseado. La pregunta es si este dilema tiene solución.

4.3 La gradación del ilícito de la participación

4.3.1 El agotamiento del ilícito por omisión

Si lo cercana o lejana que sea la decisión de acción respecto de la afectación del objeto de bien jurídico tiene que reflejarse en el juicio de disvalor sobre la conducta, sólo la última decisión, la que asume definitivamente la posible lesión del bien jurídico, está identificada con la infracción a la "norma máxima"; entonces, la decisión de convencer a otro de que afecte el objeto de bien jurídico, o la de darle un instrumento para que lo haga, no podría revestir el mismo grado de disvalor que aquella decisión definitiva, porque esta decisión de instigar presupone que necesariamente *falta* algo, todavía, para la afectación del bien jurídico: la acción del autor. Esta lejanía no podría ser nunca indiferente, y ello, precisamente, ya por razones teórico — normativas; esdecir, una decisión más *próxima* a la lesión del objeto de bien jurídico tiene que ser — *ceteris paribus* — necesariamente más grave que una más *alejada.*

Se podría decir, sin embargo, que la parte que le falta al partícipe es tan ajena a él como lo es un curso causal dejado en manos de la naturaleza por el autor del hecho principal. Si esto es así, tendría que ser indiferente que todavía falten días para que el hecho suceda, porque hay casos en que también un autor (mediato o directo) puede terminar el plan de acción y sentarse a esperar el desenlace lesivo para el objeto de bien jurídico. Pero en los casos en que el curso causal que subsigue a la acción acabada como tal es totalmente controlable por el sujeto actuante — porque él puede interrumpir con facilidad el curso causal generado por su propia conducta anterior (ej., se sienta a ver cómo explota la bomba ya accionada, pero manteniendo un percutor anulante, alcostado de su refresco) —, la acción debería ser tratada como *in*acabada, al menos hasta el momento en que el autor asumiera, por omisión, la posibilidad de perder ese control, es decir, de que el curso causal se independizara de él a tal punto que aparezcan ya posibilidades no totalmente controlables de que se produzca el resultado.

Del mismo modo, cuando el instigador intenta convencer a otro de cometer después el hecho principal, de ninguna manera realiza ya un ilícito *tan* grave como el autor de una tentativa acabada, porque todavía puede controlar el suceso y evitar que su propósito se concrete en riesgo real, en peligro concreto.

Así, una parte del secreto está en que el disvalor propio de la participación no sólo se integra con el paso *activo* de crear en otro la voluntad de realizar el hecho o prestarle una colaboración, sino también con el disvalor *omisivo* de permanecer inactivo después, por ejemplo, quedando indiferente al desarrollo ulterior del suceso. Cuando el partícipe perda todo contacto con el ejecutor, perderá también — generalmente — la posibilidad de revocar la influencia de su aporte; por tanto, su ilícito acabará en ese punto. Entonces, no es difícil hallar el punto final del ilícito de la participación: cuando el partícipe haya perdido el control de la posibilidad de frustrar el hecho del autor principal, habrá acabado *todo su ilícito.* Por consiguiente: el disvalor completo de una instigación y de una cooperación necesaria, para que puedan

ser legítimamente equiparados al del disvalor de acción del autor, presuponen la inacción de esos partícipes aun en aquel momento en que, según las representaciones de cada partícipe, fuera ya no más revocable con seguridad, para ellos, que el autor menoscabe el objeto de bien jurídico. Lo mismo rige para el cooperador no necesario: su disvalor disminuido proviene de la menor relevancia valorativa de su aporte al hecho (dar un revólver, por ejemplo); ahora, incluso para *el máximo* de esta escala *reducida*, sería preciso que él haya permanecido indiferente a la posibilidad de *perder el control sobre la realización del hecho*.

Con esto, sin embargo, se aclara sólo lo más fácil, es decir, cuándo se *agota* el disvalor del comportamiento de cada partícipe. La pregunta más difícil de responder es realmente cuándo *comienza* el ilícito de la participación.

4.3.2 El comienzo del ilícito de la participación

Cuando un interviniente se dispone a apuntar él mismo contra la víctima — es decir, como autor —, realiza una acción sobre cuyo control de retractación tiene un señorío absoluto. En cambio, cuando uno deja inmiscuírse a *otro* en un proyecto de acción completo, y entrega a su dominio las decisiones finales — como por definición le sucede a un partícipe — hace nacer el riesgo de que cada vez sea más difícil, después, precisamente la interrupción de su injerencia independiente (la del autor). Es decir, mucho antes de que haya comienzo de ejecución del hecho principal, puede suceder que el instigador o cómplice, al dejar entrar al autor principal en la cadena de intervenciones, debiesen invertir un esfuerzo cada vez mayor para evitar el comienzo de ejecución.

Eso no quiere decir que el comienzo del ilícito del partícipe deba ser ya el inicio de su aporte activo: empezar a proponer el plan (instigación), sacar el arma del cajón para dársela al autor (complicidad). Con muy poca frecuencia un intigador ya haría nacer el riego de que el autor tome injerencia propia por el mero hecho de que aquél empiece a decirle, por ejemplo: "¿qué tal si matas marido de Rosita?" Sería poco concebible que ya con esto el curso de los hechos se le vuelva al instigador de difícil dominio. Mientras lo razonable sea juzgar que el instigador tiene *tanto* dominio *como antes* de hablar, no se podrá decir que haya comenzado *ningún* ilícito, porque el fin de la norma no está en evitar las malas proposiciones por sí mismas, sino en la medida en que se haga cada vez más difícil revocar el peligro que nazca de ellas.

Esta dificultad aparece, por ejemplo, si el proponente sugiere el hecho ante una posibilidad relativamente próxima de ejecución. Ejemplo: "A" hace un paseo de caza con "B", y al ver a un enemigo común a cierta distancia, le sugiere a "B" que lo mate él, porque su arma es más precisa. Dado que aquí las posibilidades de retractación por parte de "A" nacen disminuidas, su intento de persuadir a "B" inicia la infracción a la norma de la participación, con independencia de lo que "B" haga efectivamente. Si, tras esto, el instigador permanece indiferente hasta el momento en que el autor está apuntando con posibilidades de gatillar, el ilícito de "A"estará acabado, aunque "B" desista y no tire.

En síntesis, la norma de la participación se funda en el mismo valor del bien jurídico en que se funda la norma principal, referida al autor. Pero el juicio de disvalor sobre la conducta (la norma en sí), se adelanta a un momento anterior al del comienzo de ejecución del autor; por un lado, este quebrantamiento de la norma refleja un menor contenido de disvalor — el *minus* de ilícito de la participación —, en razón

de la lejanía del menoscabo al objeto de bien jurídico, pero, por otro lado, ese minus se compensa con la circunstancia de que el aporte del instigador o cómplice queda en manos de otra voluntad ya no siempre dominable por el partícipe: aquí reside el *plus* de ilícito de la participación.

4.4 Consecuencias prácticas

El ilícito propio de participar en el hecho conducido por otro aparece cuando el instigador o cómplice da el paso que, según su representación, podría determinar un aumento de esfuerzos ulteriores para poder retroceder; es decir, cuando da el paso tras el cual disminuirá su capacidad de señorío sobre la influencia de su inducción o de su aporte.

En los casos concretos, esta regla sólo podría ofrecer dificultades entre el momento en que empiece el primer acto de instigar o colaborar, y el momento en que, a juicio del partícipe, *pudiera* volverse inevitable para él el comienzo de ejecución del autor principal. Siempre antes de este momento tiene que estar el *inicio del ilícito de la participación.*

En principio, prácticamente nunca debieran ser punibles la pura instigación o complicidad frustradas *sin más*. Porque la mera propuesta de cometer el hecho o de recibir el aporte difícilmente pudieran ocurrir al mismo tiempo en que ya hubiera chances del nacimiento de una injerencia propia del autor principal.

Por ello, las formas de participación autónomas para *toda* tentativa (aun "inacabada") de instigación y para diversas clases de conspiración o proposiciones de hechos futuros que prevén los códigos alemán y español (§ 30 StGB, y art. 4, C.P.esp.), constituyen formas de delitos de peligro demasiado alejadas del ámbito de protección de un ilícito que pudiera ser razonablemente equiparado a la tentativa (inacabada) de un hecho principal; en este sentido, pues, son poco aconsejables desde el punto de vista político-criminal. A su vez, el sistema el Código Penal argentino, que sólo convierte en punible una participación cuando el hecho principal ha llegado al menos al principio de ejecución, pone una barrera clara desde el punto de vista de dónde comienza el castigo, a la manera de una auténtica *condición objetiva de punibilidad*; esta seguridad podrá parecer plausible, pero será injusta en todos os casos en que el partícipe permanezca indiferente ante la posibilidad de injerencia propia del autor.

Lo ideal sería un criterio intermedio, quizá menos *preciso* para el observador poco avezado, pero apto para resolver adecuadamente cada caso. Instigación y complicidad deberían ser punibles con total independencia de la concreción "objetiva" del comienzo de ejecución, dependiendo sólo de si el momento activo de la participación, o el posterior omisivo, existieron aun cuando el autor, según la representación del partícipe respectivo, hubiera podido tomar injerencia propia.

Si nos representamos, por ejemplo, un caso en el que "A" debe disparar sobre el presidente en el momento en que atraviese lentamente la bocacalle indicada, y agregamos mentalmente la participación de "B" — que hubiera propuesto el plan e indicado los detalles de realización —, y del utilero "C" — que hubiera proporcionado los instrumentos del delito —, estos "B" y "C" — que, por ejemplo, esperan la ejecución mirando el hecho por televisión —, tendrían que volverse culpables y punibles mucho antes que el autor. Y si el conductor frustra todo el plan — con consciencia o sin ella — llevándose a su casa al presidente, antes de que el tirador apostado haya comenzado su ejecución, este autor sería impune, en tanto que los partícipes tendrían que ser

plenamente punibles, por haber perdido toda posibilidad segura de revocación del hecho en el que admitieron colaborar.

Así se demuestra que, desde el punto de vista de una teoría del ilícito personal, la accesoriedad externa carece de razón de ser, y la doctrina del disvalor *propio* de la participación puede dar al problema una solución valorativamente *acertada* y teórico-normativamente *consecuente*. Sólo hace falta establecer qué será, propiamente, lo ilícito de ser partícipe.

Los imperativos referidos a la participación rezan, por tanto, de un modo algo complejo:

— te prohíbo crear en otro la voluntad de cometer un hecho que consideres idóneo para afectar un objeto de bien jurídico, en tanto — según tu representación — exista el peligro de queel autor pueda tomar injerencia propia en la configuración del hecho;

— bajo las mismas condiciones, te prohíbo también colaborar en el hecho ajeno.

4.5 La defensa de Jakobs de la accesoriedad externa

Me interesa controvertir ahora las opiniones de Jakobs a este respecto, pues él mantiene decididamente la accesoriedad externa o cuantativa de la participación. Según él, dado que sólo habría *una* conducta típica, constitutiva del ilícito, la actuación en el "campo previo" al comienzo de ejecución no sería uma perturbación social, por falta de externalización; la actuación en común configuraría "sólo el fundamento para imputar la conducta ejecutiva a cada participante".[17]

Esta defensa en favor de que la suerte del partícipe — e incluso la del coautor[18] — dependa de lo que haga el ejecutor que "se pone a cometer el hecho directamente", quiere ser apoyada invocando el estado de libertad, contraponiendo el derecho penal del ciudadano, al derecho penal del enemigo: "En un estado libre, un ponerse de acuerdo entre varias personas, que no tiene efectos exteriores sin un actuar ulterior, debería estar exento de controles; pero, si se renuncia a la accesoriedad, sólo queda el camino de caracterizar como pertubación social a (...) [una] conducta *interna*; el principio del hecho, por tanto, se deja de lado".[19]

Estos argumentos de legitimación política del derecho penal vienen seguidos de consideraciones dogmáticas. Por un lado, para el problema del comienzo del ilícito en caso de coautoría, Jakobs apoya la "solución total"de un único comienzo de la tentativa, porque, con la llamada "solución individual",[20] "la tentativa comienza para cada uno, a veces *antes*, a veces a *después*, según el entrelazamiento de los actos de organización".[21] Por otro lado, él argumenta sobre la base de que, si se renuncia a la accesoriedad externa, las conductas que se hallan en el "campo previo", que seríam actos preparatorios impunes si todo el hecho fuera realizado por una sola persona, se convertirían en un hecho punible sólo porque actúan varias, con división del trabajo.[22]

Contra las argumentaciones de legitimación política vale en resumen lo siguiente: el Estado de Derecho no impide incriminar autónomamente actos que, desde el punto de vista material, son *preparatorios*; especialmente el principio del hecho no dice nada en contra

(17) Jakobs, *Lehrbuch*, 21/3, 22/19 y s.
(18) Jakobs, *Lehrbuch*, 21/59 y ss.
(19) Jakobs, *Lehrbuch*, 21/8a (subrayado por mí).
(20) Así, Georg Schilling, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, Köln (y otras), 1975, p. 100 y ss.
(21) Jakobs, *Lehrbuch*, 21/61 (subrayado por mí).
(22) Jakobs, *Lehrbuch*, 21/6.

de esto. Pero, para el tema que ahora nos ocupa en particular, el punto de vista de Jakobs tiene de extraño lo siguiente: El partícipe (o el "primer" coautor) no haría nada, él, que sea "externo". Por ende, sus entendimientos con el autor final (como también sus aportes) valdrían tanto como sus pensamientos. Pero la mano ejecutora del autor "definitivo" tendría el poder de expropiarle al partícipe (o coautor anterior) sus "cogitaciones" (o "alguna otra conducta interna"), transformándolas en una acción pública. Ahora, si los actos previos al comienzo de la tentativa debieran corresponder realmente — conforme al principio del hecho — a la esfera privada de los individuos, carecería de todo sentido que un comportamiento a ser realizado por otro que el partícipe ya *no controla* pudiera convertir al aporte, antes *privado*, en una pertubación *socia exterior*, santificando la injerencia del Estado, antes proscripta. Lo que es realmente interno, nadie puede expropiarlo.[23]

Con la solución del "hecho único", el mensaje de la norma al partícipe se daría más o menos en estos términos:

— corresponde a tu esfera privada el prestar un arma de precisión para matar a otro; esto, por tanto, puedes hacerlo, dado que tampoco puedo prohibírtelo; pero *a tí* puedo prohibirte, y así lo hago, que *el autor* mate con tu arma o intente hacerlo.

Sobre esta base, es difícil que el partícipe pueda tomar una posición racional ante la norma, ni ajustarse a ella, ni infringirla; de un mensaje de esa índole, él podría inferir, en efecto, tanto la conclusión de que, entonces, tiene la libertad de prestar el arma, como también la de que no la tiene.

Los argumentos dogmáticos de Jakobs son quinzá de mayor interés. El aferrarse a la accesoriedad externa cuando él deja de lado — aunque no lo reconozca expresamente — la accesoriedad interna — especialmente, cuando la imputación al particípe ha sido liberada de la rémora del dolo en el autor principal — le presenta diversas dificultades. Porque, dado que el comienzo de ejecución sí depende del dolo del ejecutor, de su "imagen del decurso del hecho",[24] la condición que supuestamente *externaliza* el acto *privado* del cómplice, contiene un ingrediente que, en verdad, ha sido ya declarado como innecesario por Jakobs: el dolo del autor principal. Aquí se echa de menos un criterio que permita identificar un elemento en el que la ejecución de un autor no doloso pudiera representar un "comienzo de ejecución", para lo cual siempre sería relevante algún proyecto de acción; y ¿cuál, ¿el del autor o del partícipe? Es verdad que se podría construir un comienzo de ejecución que prescinda del dolo del ejecutor, al solo efecto de hacer regir la accesoriedad externa, individualizando aquel acto del autor que, a juicio del partícipe, configure el cuadro de un comienzo de ejecución. Pero todo esto demuestra que si el "dolo no es accesorio", tampoco se podrá evitar la criticada *multiplicidad* posible de "comienzos del ilícito" que Jakobs le reprocha a la llamada "solución individual": ello así, porque la imagen del hecho de cada interveniente podría *no* coincidir incluso en el caso de que *todos* actuasen *con* dolo. Si autor y cómplice tienen una imagen diferente respecto

(23) En contra del carácter "interno" de los comportamientos producidos antes del comienzo de la tentativa, también habla el hecho de que Jakobs afirme que "no hay una diferencia cualitativa entre autoría y participación" (*Lehrbuch*, 21/n. 1.ª). Entre una conducta "externa" y una "interna" tendría que haber necesariamente una diferencia de cualidad.

(24) Jakobs, *Lehrbuch*, 25/59.

del momento en que existe un ponerse a realizar el tipo directamente (por ejemplo, mientras que uno cree que las primeras tabletas de "veneno" fortalecerán el organismo [preparación], el otro piensa que ya serán nocivas para la salud [ejecución]), habría que reconocer *dos* momentos distintos de externalización de la conducta privada de cada interviniente. Si éstos son *varios*, y cada uno tiene una imagen *diferente* del hecho, habría *tantos* comienzos de la tentativa *como divergencias* hubiera entre los dolos respectivos. Pero, en razón de que los partícipes podrían perder *todo control* acerca de cuándo realizará el ejecutor aquel acto que — según la respectiva imagen del hecho — dará comienzo a la tentativa. El ejecutor tendría la facultad de dar comienzo a tantas ejecuciones como dolos distintos hubiera, aunque ninguno de los intervinientes estuviese ya observando el hecho, ni formulándose nunguna imagen de la realización definitiva del tipo. El desplazar la responsabilidad penal al "comienzo de ejecución"— salvo que se admita la accesoriedad interna — no garantiza, entonces, una "solución uniforme".

Ahora, ¿es, en cambio, atinado, el argumento de que la punición autónoma de los actos de participación conduciría a penar actos preparatorios, que serían impunes si los realizara una sola persona? Aquí reside realmente el núcleo del problema como se ha señalado también aquí.[25] Pero la solución se halla en el propio Jakobs, y curiosamente en su artículo más objetivista: "*Con el final del dominio del sujeto termina la libertad ciudadana, porque, si no, padecería la imputación (...) La punibilidad de lo no más dominable es la contrapartida de la libertad de la organización sólo interna*".[26] Si este principio es tomado en serio, resulta evidente que los aportes prestados por varios participantes pueden tener ya el significado de un ilícito, a pesar de que esos mismos comportamientos tendrían un carácter distinto si todo el hecho estuviera gobernado por el mismo centro de imputación. Porque el autor único que se convence a sí mismo de cometer el hecho (instigador), o que se procura el arma (cómplice), mantiene aún un dominio pleno sobre la evitabilidad de la realización del tipo, un dominio que precisamente se pierde en momentos distintos, en caso de división del trabajo. Si la imputación no ha de *padecer*, con el final del dominio debería estar ya firme la responsabilidad del partícipe.

Esto podría comprenderse mejor con una inversión de las reglas válidas para lo que Jakobs llama "tentativa acabada con posibilidad de revocación". Así como, en ésta, lo que sería un acabamiento del ilícito si el autor careciera de la posibilidad de revocación, es, en el mejor de los casos, una tentativa inacaba — que acabará por omisión —, así también, a la inversa, un acto preparatorio configura ya *todo* el ilícito posible (acabamiento del ilícito), si el preparador pierde la posibilidad segura de frustrar la realización del tipo, por ejemplo, poniendo el instrumento riesgoso en manos de quien seguirá adelante: sólo para *esta* persona el aporte del partícipe es un acto "preparatorio"; para el partícipe, es un acto ejecutivo (acto preparatorio *sin* posibilidad segura de revocación = acto ejecutivo).

Ciertamente Jakobs ha percibido con toda claridad — aunque en un lugar apenas divisable en toda su obra — que su conversión de la *pérdida de control*

(25) Cf. supra, IV-B; la respuesta en IV-C, y 2.

(26) Jakobs, *Kriminalisierung*, p. 766 y s. (subrayado por mí); cf. también *Täter-vorstellung*, p. 283.

en el centro neurálgico de la teoría del ilícito y las restricciones al desistimiento derivadas de esto, no se corresponden con sus soluciones a la teoría de la parti-cipación. Así lo puede notar el lector atento en su reticente traslado de de los estrictos límites dados por él al desistimiento de un autor único — que sólo vale como tal, liberando de pena, si el autor tiene todos los riesgos de consumación bajo su control, por ende, sólo durante la tentativa inacabada — , al desistimiento del partícipe: "No del todo sencillo es el traslado de las reglas desarrolladas por lo aquí explicado, a los partícipes que producen su aporte en el estadio previo de la realización del tipo. Como ejemplo podría servir el cómplice que da al autor un medio, mucho tiempo antes del hecho, y que, con la finalización de esta conducta, pierde a la vez, según su juicio, la influencia sobre el acontecer ulterior, después la recupera, ciertamente en forma sorpresiva, y la utiliza con éxito, tras el comienzo de ejecución, para la evitación del hecho".[27]

Lamentablemente, él resuelve la contradición, inclinándose por refirmar la accesoriedad cuantitativa de la participación, en lugar de hacerlo en favor de un principio rector de su teoría de la imputación: la pérdida de control. "Recién cuando el ejecutante ha terminado su conducta, y ha perdido la posibilidad de una reversión segura, está completamente externalizado, a la vez, también el aporte de todos los demás participantes. Hasta aquí basta con la mera evitación del hecho, sin considerar cuándo le apareció al evitante el poder de evitación, ni cuán grande era la chance de resultado (...)".[28] Un indicio de que, entre los dos principios en pugna, Jakobs se inclinó por el equivocado, lo da el hecho de que tilda de "naturalista" el posible argumento — evidentemente correcto — de quien dijera que, "en definitiva, es la suerte del cómplice y no una consecuencia de su planeamiento, el que todavía haya podido evitar la realización del tipo, por tanto, su conducta habría terminado ya antes, y la evitación del hecho sería una conducta posterior al hecho".[29] El recurso al adjetivo "natutalista"sugiere que no había algo terminante para decir. Pero, en todo caso, ¿por qué sería esto una "falacia naturalista", si el principio de que *"con el final del dominio del sujeto termina la libertad ciudadana, porque, si no, padecería la imputación"*, es justamente un principio *normativo* (!).

La situación no mejora si, en lugar de a las *palabras*, se atiende a la *solución del problema*, lo cual ilustra Jakobs con este ejemplo: "El cómplice se arrepiente de su aporte, y, después del comienzo de la tentativa, logra alcanzar al ejecutante, con escasa dificultad, y disuardilo — desistimiento, no conducta posterior al hecho, dado que la tentativa era, *incluso para el cómplice*, una tentativa aún inacabada y la chance de reversión del ejecutante todavía era segura —".[30] La palabras claves son aquí: "incluso para el cómplice". ¿Qué sucedería si el autor ya considera suficientemente condicionado el resultado (acabamiento de la tentativa), mientras que el cómplice se ha reservado una posibilidad segura de revocación? La respuesta razonable sería: el cómplice *puede* desistir, aun cuando el desistimiento ya esté vedado para el autor principal; pero, entonces, *nos* es verdad que "cuando el ejecutante ha terminado su conducta, y ha perdido la posibilidad de una reversión segura, está completamente externalizado, a la

(27) Jakobs, *Rücktritt*, p. 94.
(28) Jakobs, *Rücktritt*, p. 95. (subrayado por mí).
(29) Jakobs, *Rücktritt*, p. 94.
(30) Jakobs, *Rücktritt*, p. 95

vez, también el aporte de todos los demás participantes". Si, como aquí se propone, se concede que el cómplice que se reserva la posibilidad segura de desistir — desconocida por el autor — , puede hacerlo, es porque tanto el desistimiento (revocación del dolo), como el dolo, *no son accesorios en ningún caso*, tampoco cuando, a la inversa, el cómplice ha considerado *perdida* la posibilidad de revocación que el autor, por su parte, considera *segura*. No interesa cuál de los dos participantes tenga razón en esta divergencia sobre la imagen del hecho — que quizá sea, de todos modos, una tentativa no peligrosa —. Para todos los casos debe regir: el principio de accesoriedad externo (cuantitativo) es equivocado. Sólo erradicándolo de la teoría de la imputación se puede refirmar el principio normativo (*no* naturalista): "*La punibilidad de lo no más dominable es la contrapartida de la libertad de la organización sólo interna*".

5. Autonomía de la participación y prohibición de regreso

La *autonomía* del ilícito de la participación, tanto en su dimensión interna como en la externa, podría ser derivada ya como consecuencia lógica de algunos principios de la teoría de la *imputación objetiva*.

En efecto, es una verdad recurrente, y especialmente en el sistema de Jakobs, que la "prohibición de regreso" (un principio *capital* de su formulación de la teoría de la imputación objetiva) es la contrapartida de la responsabilidad de un "partícipe accesorio". Esto significa que un aporte al hecho *no* constituye participación criminal — cualquiera que sea su modalidad — si la conducta realizada por el partícipe está amparada por la "prohibición de regreso", es decir, por el hecho de que *él* ha realizado un comportamiento que, según *su rol*, se mantiene dentro del riesgo permitido: "El participante [dice Jakobs] ha creado una situación que, si bien otras personas podrían continuar hacia la realización del tipo, ha obtenido por él mismo un sentido que precisamente no realiza el tipo, y que no puede ser teñido retroactivamente por la realización del tipo. La argumentación es la misma que para el riesgo permitido y para la injerencia: el 'participante' no ha pretendido un riesgo especial".[31]

Pero esta posibilidad de cualquier colaborador de quedar *personalmente distanciado* de la ejecución que lleva a cabo "el resto del grupo" por el hecho de que su aporte — al menos respecto de quien lo rinde dentro del rol que él tiene — *no* puede configurar una realización *típica* — es decir, infringir *ninguna norma* — sólo puede ser entendido en un sistema que proceda de modo individualizador no sólo para *impedir* la fundamentación del ilícito del partícipe, sino también para *fundamentar positivamente* su ilícito, es decir: distinguiendo el ilícito *propio de cada "participante"*. En pocas palabras, también para el partícipe que *sí* responde, su responsabilidad proviene de su propio hecho; de otro modo, si su hecho no constituyera de por sí un ilícito, "no podría ser teñido de ilícito retroactivamente por la realización del tipo". No hay, pues, una "obra en común" que fundamente la responsabilidad de cada uno; la obra en común es sólo el *producto* de la reunión de los aportes individuales. La medida en que *cada uno* es responsable de este "reunión" es justamente la medida de su *contribución*;

(31) Jakobs, *Lehrbuch*, 24/15, cf. también 7/50 y s., 29/105a; para una exposición particular de la relación entre "prohibición de regreso y accesoriedad" en Jakobs, cf. esp. su trabajo, publicado solamente en lengua castellana hasta hoy: La imputación objetiva en derecho penal, trad. de Manuel Cancio Meliá, p. 61 y ss.

pero para juzgar la medida de su contribución sólo hace falta evaluar lo ilícito del aporte propio, cualquiera que haya sido el disvalor propio del hecho de cada uno de los demás participantes — entre los cuales puede haber, justamente por el principio de la prohibición de regreso, un sujeto no responsable — ; y esa evaluación debe quedar firme cualquiera que haya sido el éxito final de la empresa en común.

El principio de la prohibición de regreso, por consiguiente, no tiene por qué ser entendido como el mero *reverso de la accesoriedad* de la participación, sino más bien como su *negación*, también para el caso de que el partícipe *sí* sea responsable. La llamada "prohibición de regreso" es más bien, por ende, una "prohibición de traslación". El principio reza:

— !Prohibido trasladar *sin más*[32] el ilícito de "A" al ilícito de "B"!

Presisamente *por eso* un mismo aporte *físico* puede ser típico o no serlo, según la posición de quien lo rinde. Entonces, la prohibición de *regreso* (*traslación*) tiene una capacidad de rendimiento mucho mayor a la que se le atribuye: ella demuestra justamente la *autonomía* del ilícito de la participación, tanto en su dimensión interna como externa. La infracción de cada uno es propia, es — como lo es siempre — una "toma de posición [personal] frente a la norma".[33]

6. Conclusiones

El derecho positivo argentino condiciona la punición del partícipe al comienzo de ejecución de un hecho principal, por tanto, impone la accesoriedad externa; no contiene, en cambio, una regla sobre la accesoriedad interna.

Desde el punto de vista de una teoría de la responsabilidad que se base en el quebrantamiento de una norma de conducta que sirve de modelo del contacto social, ni una ni otra forma de accesoriedad tiene razón de ser. Construida que sea la norma dirigida personalmente al partícipe, él infringe el precepto por su comportamiento *individual*.

Al menos cuando él asume la posibilidad, ya no revocable con seguridad, de que el hecho en el que colabora pueda llegar a lesionar el bien jurídico, ya habrá infringido la "norma *máxima*", cualquiera que sea el contexto objetivo real y los hechos o representaciones del autor principal. A partir de aquí, el partícipe no puede desistir.

La prohibición de regreso es un principio central de la teoría de la "imputación objetiva" actual, un principio que, sin embargo — en contra de la opinión corriente —, sólo puede demonstrar la *autonomía* del ilícito de cada participante en el hecho conjunto.

7. Observaciones sobre la bibliografía

El discurso se ha reducido en este trabajo a la reproducción parcial de formulaciones desarrolladas por el autor en otros trabajos. La bibliografía está reducida, por ello, prácticamente, a la obra de Jakobs, con quien el expositor compartió dos años y medio de investigaciones, con vivas discusiones en sus seminarios; algo por lo que le estará siempre agradecido. En las notas, los trabajos de Jakobs están citados de modo abreviado según una palabra clave de cada título.

Las referencias completas son las siguientes:

(32) "Sin más" significa aquí que el ilícito del autor puede teñir, por cierto, el ilícito del partícipe; pero esto sólo puede justificarse en tanto haya razones para que la norma referida *autónomamente* al partícipe tome elementos del hecho ajeno.

(33) Jakobs, *Handlungsbegriff*, p. 34.

Jakobs, Günther: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Berlín - Nueva York, 1983 (1.ª ed.), 1991 (2.ª ed.).

——. *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*. En: "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 97 (1985), p. 751 y ss.

——. *Tätervorstellung und objektive Zurechnung*. En: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln (entre otras), 1989, p. 271 y ss.

——. *Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten*. En: "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 104 (1992), p. 82 y ss.

——. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Munich, 1992.

1 — DOUTRINA INTERNACIONAL

"REFERENTE COMUNITARIO" COMO BASE DE UNA LUCHA EFICAZ CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

RAÚL CERVINI

Sumário: 1. Planteo general — 2. El segmento policial — 3. Modelos "Comunicativos" de función policial — 4. Sugerencias finales.

1. Planteo General

1. Hoy día existe en el mundo cierta tendencia a ensayar un Modelo de Derecho "intervencionista" o "activo" a través del cual se pretende solucionar por vía exclusivamente legislativa situaciones conflictivas muy complejas, que tienen raíz y naturaleza estructural. Normalmente esta postura conlleva una fuerte hipocresía, ya que estas iniciativas legislativas, más o menos inducidas, priorizan modificar la "imagen" o "sensación térmica" de la realidad por sobre la realidad misma. Surgen así, sin la debida prudencia política y racionalidad jurídica cambios legislativos, como es el caso de la Ley brasileña 9.034/95 de Combate a la Criminalidad Organizada, que terminan como simple letra muerta no siendo aplicadas.

En un reciente trabajo sobre esta última normativa hemos expresado que un estudio criminológico-estratégico del funcionamiento real de la criminalidad organizada debe necesariamente encararse en forma global y dinámica, en el contexto de la estructura del sistema y de la sociedad.[1]

Las organizaciones criminales se encuentran continuamente en un estado de formación y descomposición. Según el respectivo desarrollo del proceso social habrá formas de organizaciones criminales en estado larvario, en estado inicial, en plena expansión y otras formas que van expirando. La industria del crimen se va adaptando a la estructura, a las necesidades y condicionamientos de la respectiva sociedad que, a su vez, está determinada por la estructura económica y legal. Por ello, independientemente de la existencia de ciertas configuraciones organizativas transnacionales, el delito organizado tendrá una apariencia y realidad diferentes en cada sociedad.

Si compartimos la idea de que la criminalidad en su conjunto, ya sea en sus manifestaciones convencionales, como no convencionales (caso de la delincuencia organizada), representa un *subproducto estructural*, se hace evidente la necesidad de que las estrategias de lucha contra estas manifestaciones desviadas tengan un mínimo "*referente comunitario*" basado en el consenso grupal, que viabilice ciertos niveles de

(1) Gomes, Luis Flavio y Cervini, Raúl: "Crime Organizado-Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) y político-criminal", Ed. RT, São Pablo, 1995, p. 197.

eficacia.[2] En este trabajo procuraremos realizar una aproximación a sus aristas sociológicas y criminológicas más significativas.

2. Esa necesidad de un mínimo consenso parte de la división entre el concepto de realidad social como una cosa ontológicamente dada, y exterior a la subjetividad, y la realidad social como el resultado de acciones sociales intersubjetivas.[3] La realidad no puede ser completamente distinta del modo como los actores la interpretan, la interiorizan, la reelaboran y la definen histórica y culturalmente. La objetividad como cosa autónoma ha entrado en crisis y a pasado a ser concebida como un producto social intersubjetivo.[4]

Dicho lo anterior, es evidente que el grado en que los integrantes de un colectivo determinado, individualmente motivados, son capaces de coordinar sus actitudes respectivas, ante los diferentes segmentos del control social, e incluso frente a la delincuencia, depende del grado de consenso existente "entre ellos", "con" y "respecto de" los segmentos objeto de valoración. El consenso se refiere a cierto género de comprensión mutua, a una participación en perspectivas comunes. No obstante, el acuerdo no es absoluto ni estático. No es absoluto en cuanto resulta improbable que aún los asociados más íntimos de la comunidad involucrada puedan compartir todas sus experiencias internas, y no puede ser estático en cuanto la orientación hacia el mundo que cada una de las personas tiene está sufriendo constantemente alguna transformación. Por cierto que la posibilidad de esta transformación será significativamente menor en los ambientes marginalizados.[5]

Antes de que pueda darse una adaptación mutua, cada participante debe saber lo suficiente de los otros como para poder anticipar, dentro de límites razonables, lo que probablemente harán. En las sociedades bien organizadas los hombres pueden actuar en conjunto con cierta facilidad porque comparten una comprensión común de lo que se supone que cada una de las personas hará. La cooperación entre las diferentes personas y sectores se ve facilitada cuando los

(2) Sobre el tema: Cervini, Raúl: "Organized Crime a Latinamerican Perspective" en Federal Lawyer's Magazine, n. 31, Jacksonville, Flo. 1993, p. 42 y ss.

(3) Grossi, G.: "Rappresentanza e rappresentazione", Fr. Angeli, Milán, 1990, p. 378.

(4) Adoni, H. y Mane, S.: "Media and the Social Construction of Reality", Communication Research, v. 11, n. 3, Nueva York, julio 1984, p. 46, Los autores trabajan sobre el proceso de formación de la realidad intersubjetiva y los niveles de consenso, expresando que existen tres tipos de realidad: 1. la realidad social objetiva, que es experimentada como el mundo objetivo que existe fuera del individuo y es aprehendida por los individuos como algo que no necesita verificación; 2. la realidad social simbólica, que son las distintas formas de expresión simbólica de la realidad objetiva; y finalmente 3. la realidad social subjetiva. Esta última tendría como "inputs" a las otras dos. Es decir, el mundo objetivo y las representaciones simbólicas se funden en la realidad social subjetiva. La realidad subjetiva individual está organizada en términos de "zonas de relevancia" que difieren del aquí y ahora de la esfera individual inmediata de actividad. La realidad social se percibe a través de un "continuum" basado en la distancia de estos elementos. Los elementos sociales con los que el individuo interactúa frecuentemente cara a cara son la parte "cercana" de las zonas de relevancia. Lo "remoto" de las zonas de relevancia está compuesto, en general, por elementos sociales más abstractos, que no son accesibles a la experiencia directa. Este "continuum" cercano-remoto presupone diversos niveles de consenso social.

(5) Sobre el tema de los condicionamientos estructurales: Cervini, Raúl: "Organized Crime. A Latinamerican.." op. cit. ut supra, p. 49.

integrantes del colectivo dan por sentadas las mismas cosas.

Expresa con claridad Shibutani[6] que donde hay consenso, los participantes no sólo pueden desempeñar sus propios roles, sino comprender también los que desempeñan los demás, y esto es lo que hace posible las adaptaciones más complejas entre las cuales se encuentra la referente al control social. Le es mucho más fácil a un hombre cooperar con la autoridad policial o judicial cuando tiene cierta comprensión de los roles sociales que desempeñan sus funcionarios. Sólo cuando aprecia en cierto grado la finalidad institucional y las intenciones personales de los portadores del control, puede tener una imagen clara de cómo podrían reaccionar a lo que él está haciendo o por hacer. La apreciación de las relaciones existentes entre los diversos roles surge del hecho de que cada partícipe social se proyecta imaginativamente en los puntos de vista de los otros.

Los roles convencionales se aprenden mediante la participación en los grupos organizados. Naturalmente los modelos de conducta apropiada difieren de un grupo a otro, no puede ser igual la apreciación de la realidad de un policía a la de un ciudadano medio, y menos aún a la de un marginal. Por ello, la coordinación constante depende del grado en que los participantes sociales compartan mutua y dinámicamente las concepciones de sus roles. Cuando esto no ocurre, necesariamente hay malentendidos y conflictos, ya que, naturalmente, las personas que tienen antecedentes culturales distintos, tienen grandes dificultades para cooperar entre sí.[7]

(6) Shibutani, Tamotsu: "Sociedad y Personalidad. Una aproximación interaccionista a la psicología social", Ed. Paidós, Buenos Aires, 1961, p. 54.

(7) Conf.: Banton, Michel: "El rol en la vida social", Editorial Troquel, Buenos Aires, 1971, p. 11 y ss.

3. Se trata, por lo tanto, de lograr en el entramado social, principalmente en el ámbito comunitario — donde se procesan y actúan las diversas instancias de la lucha contra la delincuencia — un substrato de valores compartidos que debe proyectarse en varios sentidos y niveles de interacción personal e intrasistémica.

Creemos que en un *nivel de interacción personal*, de proyección extrasistémica, resulta imprescindible la existencia de ciertos consensos básicos que hacen a la necesaria legitimidad operativa y eficacia de la lucha contra toda forma de delincuencia, a saber:

— una apreciación básicamente internalizada por el grupo respecto de que las conductas de estos sectores organizados constituyen un disvalor con relación a pautas de convivencia aceptadas en lo interno por el mismo colectivo;

— igual consenso respecto a los instrumentos legales y materiales empleados por las autoridades al momento de implementar la lucha contra esa delincuencia;

— no menos imprescindible resulta también la existencia de una apreciación positiva sobre los mismos portadores del control social. La gente tiene que sentir que los jueces, los fiscales, la policía y otros segmentos operativos del control formal están realmente identificados con los mencionados valores o intereses de la comunidad. Lógicamente esta apreciación suele estar condicionada a la modalidad de actuación de los funcionarios. Su existencia resulta crítica tratándose del sector policial y eso resulta explicable por varios motivos, debido al generalizado descrédito del segmento e incluso por la mayor visibilidad social de los procedimientos materiales que se emplean para combatir el delito.

Por otro lado, a *nivel de interacción intrasistémica*, resulta imprescindible, a su vez, que los diferentes segmentos del control social formal (jueces, fiscales, policías, agentes penitenciarios) desarrollen una confianza mutua que los vincule íntimamente a través del cumplimiento de la ley. No se trata de la falsa solidaridad que deriva de la simple "cobertura operativa" o de "una mano del sistema lava la otra" sino que estamos pensando en el funcionamiento integrado de una estructura de control que responde a normas sustanciales y procesales que cuentan con un mínimo fundamento antropológico legitimante.

El profesor Zaffaroni, en su fermental estudio sobre las estructuras judiciales enseña que esas instituciones, principalmente en nuestra región, tienen funciones "manifiestas" (que se anuncian en el discurso oficial) y "latentes" o "reales" (las que realmente se cumplen en la sociedad) y que la natural distancia entre unas y otras, o sea entre lo que "se dice" y lo que "se hace" muchas veces llega a ser paradojal. A medida que se amplía la distancia entre la función "latente" o "real" y las demandas del colectivo social se irá progresivamente desnaturalizando el sentido de la función del segmento judicial y aumentará el peligro de desestabilización de todo el sistema democrático. Estas demandas de rol formuladas a la justicia, este aspirado acercamiento del sistema judicial a las necesidades del colectivo, no debe alentar ciertas escaramuzas políticas tendientes a desplazar al sistema judicial conflictos sin ninguna posible solución dentro de su área. Con esa salvedad pensamos que la redefinición de los límites de la función "manifiesta" del segmento judicial permitirá revertir el proceso de progresivo distanciamiento de éste con otros sectores operativos del control social formal (fiscales, policía) y fundamentalmente con la sociedad.[8]

Todos estos complejos aspectos merecen de futuro un tratamiento pormenorizado. Por el momento esbozaremos alguna líneas de trabajo y reflexiones, particularmente referidas al crítico segmento policial.

2. El Segmento Policial

1. Las manifestaciones de criminalidad organizada constituyen un problema "de la comunidad" que surge "en la comunidad" y debe encontrar fórmulas de solución en el seno de ella. El integrante de una organización criminal al igual que un delincuente convencional no es un "extraño" sino un "miembro activo" de la comunidad, en el sentido de que interacciona en ella condicionando el comportamiento de otros integrantes del colectivo.[9]

Concebido el crimen como "problema social" y, más específicamente según nuestro criterio, como sub-producto estructural del sistema, todo modelo de aproximación al problema meramente "reactivo" está destinado al fracaso. La propia naturaleza estructural del fenómeno social a estudio impone la necesidad de un diferente modelo de control del delito. Un nuevo modelo que no encomiende el problema criminal exclusivamente a la ley y a los portadores del control formal, desvinculándolo de su referente natural que es la sociedad.

(8) Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Estructuras Judiciales", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 14 y ss. En idioma portugués: "Poder Judiciario. Crise, Acertos e Desacertos", Traducción Juárez Tavares, Ed. Dos Tribunais, p. 21 y ss.

(9) Conf. Schrag, Clarence: "Criminal Tipology", West Publishing, St. Paul, Minessota, 1976, p. 25.

2. En este modelo de control del crimen que Garcia Pablos denomina "crítico-integrado"[10] y que nosotros acentuando su faceta comunicativa preferimos llamar "*modelo de referente comunitario*"[11] la tarea policial cobra nuevas dimensiones y perfiles. Desde esta perspectiva la función policial debe entenderse perfecta, ineludible y regularmente inserta en el conjunto de instancias que integran el control social formal, y así debe ser percibida, también, por el ciudadano.

Es imprescindible conjurar el riesgo de que este segmento funcione como un incontrolable "poder autónomo", con los lamentablemente conocidos síndromes que en tales casos experimentan sus miembros y padece la sociedad. Mucho se ha trabajado sobre los alcances y connotaciones del llamado "trabajo sucio".[12] Lo indiscutible es que, como afirma Miles, todas estas desviaciones funcionales están vinculadas a un acentuado descontrol institucional operativo (vinculado al accionamiento policial concreto) y a una sensación de impunidad "en el campo" que desnaturaliza gradualmente la función policial de su "deber ser" social.[13] Es por ello también imperioso que los integrantes del sector policial sintonicen con las valoraciones generales del colectivo, único medio de obtener el refrendo y apoyo ciudadano que necesitan para desarrollar positivamente, con una mínima eficiencia, el rol asignado legalmente.

Como bien expresa el señalado Garcia Pablos, este modelo de función policial debe ser, por fuerza, más autocrítico y relativizador. Autocrítico, porque implica asumir con realismo — para corregirlo y controlarlo — el defectuoso y discriminatorio funcionamiento de todas las instancias del control social formal. Y relativizador porque no apela — sin más — a su legitimidad intrínseca, sino que impone revalidar día a día ésta frente al conjunto de la comunidad, mediante el eficaz cumplimiento de las funciones que la ley le asigna.[14] Esta perspectiva es fruto de un largo debate ideológico sobre el sentido y alcance del rol de la policía en la sociedad.

3. Desde un punto de vista histórico, se han señalado diversas etapas en la evolución conceptual del instituto policial, las que, en buena medida, reflejan muy distintos modelos o roles policiales según las exigencias, expectativas y concepciones del momento.

3.1. En una primera instancia de elemental pragmatismo, propia del paradigma consensual que constituía su sustracto ideológico,[15] se priorizaron las ideas de *profesionalidad* y equipamiento tomando como parámetro e indicador la institución militar.

3.2. Una segunda etapa — fruto del paradigma del conflicto — fue signada por el *debate ideológico o político sobre la propia naturaleza y función de la*

(10) Garcia Pablos de Molina, Antonio: "Policía y Criminalidad en el Estado de Derecho" en Revista Doctrina Penal, n. 53-54, Ed. Depalma, Buenos Aires, enero-junio 91, p. 40 y ss.

(11) Cervini, Raúl: "Organized Crime. A Latinamerican Perspective", op. cit. ut supra.

(12) Conf. Lautmann, Johannes Feest Rüdiger: "Politische Herrschaft und polizeilicher Zwang", especialmente "Die Polizei", Opladen, 1971, p. 11 a 30, J.F.R. Lautmann Ed.

(13) Miles Edward: "Police in the Technology Society", Botier Editors, Boston University Press, 1993, p. 74.

(14) Garcia Pablos de Molina, Antonio: "Policía y Criminalidad ...", op. cit. ut supra, p. 41.

(15) Garrido Genoves: "Relaciones entre la Sociedad y el Sistema Legal", en Psicología Social y Sistema Penal (Comp. de Jiménez Burillo y Clemente), Alianza Universidad Textos, p. 45 y ss.

policía. Es la fase caracterizada por la denuncia y la crítica al abuso del "poder policial" y por la reiterada exigencia de un efectivo control de la misma.[16]

3.3. Un tercer momento de la evolución, que coincide con el pragmatismo "superior" del llamado "nuevo realismo americano" polarizó todas las preocupaciones en torno de la *efectividad y rendimiento de la función policial*. Sus indicadores básicos son criterios de evaluación, costo-beneficio, por ejemplo la relación entre intensidad policial (número de policías por cien mil habitantes) y tasas de delitos.[17]

3.4. Finalmente, aparece la mencionada cuarta y fundamental fase que responde a claves psicosociales y a una definición estructural del delito. Esta etapa se caracteriza por una *progresiva aproximación e interacción de la policía y la sociedad*. Interesa saber cómo percibe y valora la sociedad — y sus diferentes grupos o colectivos — la acción policial: cuál es la imagen de la policía, las actitudes hacia ella y cómo pueden mejorarse unas y otras. En esta instancia, sin desinteresarse por la eficiencia, se pretende fundamentalmente orientar el modelo policial a las demandas del colectivo, entroncar la función policial con su referente comunitario, entrenar y adiestrar a sus agentes en base a esa ineludible sensibilización y trasmitir a la sociedad la imagen de una policía asentada en sus valores (los comunitarios) y eficaz defensora de los intereses generales.

4. Numerosos trabajos y proyectos científicos se insertan en este modelo de función policial. Durante la década de los años '70, las escalas de "actitudes" y "cuestionarios" fueron los instrumentos metodológicos escogidos para pulsar las percepciones y valoraciones sociales (ej.: escalas de actitudes de Brodsky y Smitherman, Cherlif etc.). En los '80 se puso énfasis en la observación directa (Piliavin y Briar, Fournier o del mejicano Rueda) y las tendencias actuales apuntan prioritariamente hacia los programas de interacción comunitaria, formación profesional en la comunidad y diseño social de roles.[18]

A través de estos procedimientos se busca facilitar una comunicación fluida entre la policía y la comunidad, cooperar con otras agencias sociales comprometidas en la solución de problemas comunitarios, ensayar y articular mecanismos comunitarios de participación y control de la acción policial, enfatizar las prestaciones sociales de la policía y potenciar habilidades de relación de sus funcionarios que minimicen la frecuente incomunicación y desconocimiento mutuo — policía y sociedad — que genera peligrosos estereotipos y priva a la policía de un apoyo comunitario imprescindible.

3. Modelos "Comunicativos" de función policial

1. En forma consistente con lo anterior Garcia Pablos ha señalado que un modelo de función policial válido para un Estado Social de Derecho se debe construir en base a tres paradigmas:[19]

(16) Sobre el tema, Jimenez Burillo, F.: "Aspectos Psicosociológicos ...", op. cit. ut supra, p. 91 y ss.

(17) Op. cit. ut supra, p. 92.

(18) Ver Miles, Edward: "Police in the Technology (...)", op. cit. ut supra, p. 86; Gibbons, Don C.: "Society, Crime and Police Control", Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1991, p. 82.

(19) Garcia Pablos de Molina, Antonio: "Policía y Criminalidad (...)", op. cit. ut supra, p. 49. Del mismo autor: "Manual de Criminología", Introducción y Teorías de la Criminalidad, Espasa Calpe, Madrid, 1980, p. 634 y ss.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

1.1. *Policía al servicio de los intereses generales.* La legitimación última de la función policial en un Estado Social de Derecho no puede ser otra que la defensa de los intereses comunitarios. La policía no tiene ni puede tener intereses propios, autónomos y específicos, distintos de los generales.

Los "valores" e "intereses" de la policía deben ser los "valores e "intereses" de la sociedad, de la sociedad plural y democrática: con ellos se debe identificar inequívocamente y a ellos servir. La sociedad debe tenerlo también presente y a todos corresponde la responsabilidad de neutralizar estereotipos y toda tendencia de desviada autojustificación corporativa.

Para un sector doctrinal[20] la policía responde en todo lados y en mayor o menor medida a las características sociológicas de una subcultura ocupacional: es una organización burocrática — se dice — con singularidades muy específicas, peculiares mecanismos de socialización, facultades discrecionales, rasgos y habilidades potencialmente críticos propios de sus miembros, aislamiento y hermetismo, actitud de suspicacia respecto al público y resistencia al cambio. Sus individuos, inevitablemente socializados desde una perspectiva de "eficacia a cualquier costo", terminan respondiendo a unos perfiles muy definidos e inevitablemente ajenos al deseo de los ciudadanos.[21]

Es muy discutible que desde el punto de vista de las ciencias sociales pueda hablarse lisa y llanamente de una subcultura policial, pues rara vez resulta comprobada la existencia de la estructura monolítica y uniforme que ésta requiere. No obstante ello, a nuestro juicio es evidente que el aislamiento, la incomunicación, la soledad funcional y social de la policía, no sólo dificultan seriamente el cumplimiento eficaz de sus tareas, sino que tienden a distanciarla de los intereses generales. Es más, en determinados conflictos y situaciones, dicho aislamiento resulta realimentado y no es más que un objetivo estratégico de la delincuencia u otros sectores con intereses convergentes y menor visibilidad.

1.2. *La efectividad policial.* La función policial debe ser contemplada, no sólo desde la perspectiva de su legitimidad, sino también desde la de su efectividad, pero ésta no es admisible ni menos aún exigible a cualquier precio. En ese marco un primer problema, conceptual y de gran carga ideológica, estriba en la delimitación de la propia idea de efectividad: de sus presupuestos, límites, etc. Un segundo, de naturaleza técnica estriba en determinar sus indicadores, métodos de evaluación, para diagnosticar después, con tales instrumentos, el grado de efectividad o rendimiento de un sistema concreto.

Este paradigma merece también ciertas salvedades desde la perspectiva criminológica, pues si la noción de efectividad se entiende en relación con el delito (prevención y castigo) — y en su sentido "real" no "simbólico" — no se

(20) Jimenez Burillo: "Aspectos Psicosociológicos de (...)", op. cit. ut supra, p. 92 y ss.; Schneider: "Kriminologie", p. 56. Sobre el problema, ver: Jeffery, R.: "Crime Prevention through Environmental Design", Sage, London, 1977; del mismo autor: "Punishment and Deterrence — A Psychological Statement (biology and crime), 1979, Sage; también de Jeffery: "Criminal Behavior and the Physical Environment", en American Behavior Scientist, 1976, p. 149 a 174.

(21) Sobre estos temas, ver: Lundman, R.: "Police and Policing", Holt, Rinehart and Winston, New York, 1980; Skolnick, J.: "Justice without Trial", New York, Wiley, 1960; Rockeach, M., Miller M. y Snyder, J.: "The Value Gabetween Police and Policed, en Journal of Social Issues, 1971, p. 155 a 171; Miles, Edward: "Police in the ...", op. cit. ut supra, p. 102 y ss.

puede exigir, entonces, ni del sistema legal ni de la policía un éxito absoluto, no cabe esperarlo, ni sería deseable. La meta última político-criminal no está en extirpar o aniquilar por completo la delincuencia, a toda costa y a cualquier precio, sino en controlarla dentro de márgenes socialmente tolerables. Pero eso no es todo. El sistema legal tiene limitaciones estructurales, intrínsecas, que circunscriben su virtualidad y capacidad de respuesta, por eso tampoco es concebible aspirar a un control social eficaz del delito sólo por medio de la acción policial o del sistema legal.

Precisamente por los citados condicionamientos internos y funcionales del sistema, carece de sentido la pretensión ingenua de mejorar sucesiva e indefinidamente los resultados de la "cruzada" contra el delito, incrementando de forma progresiva y sin límites el rendimiento del sistema.

También cualquier elucubración teórica o academicista sobre la eficacia del sistema legal y sus agencias, chocará frontalmente con la realidad cotidiana de su funcionamiento. Sólo un porcentaje insignificante y simbólico, de los delitos cometidos caen, de hecho, en las redes de la justicia, y ésta, termina sistemáticamente descargando sus iras sobre los estigmatizados de siempre, ya que como ha demostrado Zaffaroni, en nuestros países la construcción social del delincuente está subordinada a una valoración de clase. Hablar, pues, de la efectividad de las diferentes instancias del control social formal es hablar de efectividad relativa y simbólica, o, mejor aún, de sus intolerables grados de impunidad.

1.3. *Sentido comunitario de la acción policial:* La legitimidad y efectividad son notas fundamentales de la función policial, pero no suficientes.

La comunidad tiene, además, que percibir y valorar de modo positivo las actitudes de su policía. La confianza que ese juicio de valor genera debe ser refrendada día a día y constituye una condición necesaria para el normal funcionamiento del instituto. De no ocurrir así, policía y sociedad se distanciarán, con las negativas consecuencias que el aislamiento y la incomunicación comportan: autonomía y descontrol de la policía, síndrome de soledad en ésta, actitudes de recelo y desconfianza recíprocas, consolidación de peligrosos estereotipos, no colaboración del ciudadano con el sistema y sus diversas instancias etc.

Es imprescindible, por tanto, que la policía sepa internalizar los auténticos valores sociales y trasladar al ciudadano su imagen de servicio a los mismos. Es decir de que comparte y actúa esos mismos valores, como institución plenamente integrada en el sistema legal de la sociedad a la cual pertenece, necesariamente comprometida e identificada con la tutela de los intereses generales.[22]

(22) La "Encuesta Sacramento" (University of California Memo Press C26/84) relativa al rol del control policial en la lucha contra el narcotráfico realizada en California a fines de la década del '80 puso en evidencia un conjunto de significativas apreciaciones de la comunidad hispana de ese Estado. No podemos dejar de pensar de esas conclusiones se vinculan a nuestra preocupante realidad. La inmensa mayoría de los encuestados consideró que la policía opera en función de sus propios intereses sectoriales, absolutamente desconectada de la realidad. También opinó que no puede reclamarse un mayor compromiso o participación ciudadana en la lucha contra la criminalidad si no media un cambio sustancial en la actitud de los portadores más visibles del control.
Garcia Pablos de Molina, en la obra "Policía y Criminalidad (...)" recoge el resultado de otras investigaciones igualmente concluyentes: la sociedad no legitima ni concibe a la policía como grupo autónomo y aislado, sino como parte o pieza de un engranaje

2. Desde la perspectiva latinoamericana, el aporte más clarificador sin duda lo ha dado el brasilero Nilo Batista.[23] Este publicista pone un certero acento en que no existe una "solución policial" para el grave problema de la criminalidad, cualquiera sea la forma en que ésta se manifieste. A partir de esta manifestación reconoce que ciertos niveles de violencia pueden disminuir si la función policial se reformula enfatizando su carácter comunicativo.

Un enfoque comunicativo — expresa Batista — no implica cualquier tipo de "asistencialismo" y mucho menos cualquier interés en estimular el surgimiento de una horda de "delatores" o "alcahuetes". El carácter comunitario tiene un contenido mucho mas elevado y complejo, el que a su juicio se traduce en cinco líneas de acción.

2.1. En primer lugar, implica la necesidad de un *permanente diálogo con la sociedad organizada*, es decir, con los grupos de moradores, sindicatos, prensa, clubes etc. Este diálogo viabiliza constantes correcciones en los programas de acción como efecto de oportunas advertencias e informaciones. La transparencia administrativa es la condición necesaria para ese diálogo. Sin ella no existe posibilidad de que opere fluidamente.

2.2. En un segundo lugar, el servicio policial debe tener *carácter preventivo*. Esto significa, por un lado, involucrar las cuestiones de seguridad pública en las instancias de planeamiento (iluminación, comunicaciones etc.). Por otro lado, un compromiso preventivo conlleva una toma de conciencia de las limitaciones del servicio policial en el tratamiento de la cuestión criminal, de su necesaria articulación con otros planes administrativos, como ser, educación, trabajo, asentamientos urbanos etc. Resulta claro que la policía de una gran ciudad moderna no enfrenta a un enemigo de afuera, extraño a la organización social, lejos de ello trata de controlar reacciones agresivas provocadas dentro del mismo conglobado social, las que por cierto no están desvinculadas de sus características organizacionales.

El servicio policial preventivo debe interesarse directamente por las variables generales del cambio social y dentro de ellas, en aquellos proyectos que directamente representen una considerable disminución en el numero de posibles desviantes. Con crudeza ejemplifica sus conceptos el citado profesor carioca expresando: "Los criminólogos del Siglo XIX decían que construir escuelas era economizar en penitenciarías. En el Río de Janeiro de finales del Siglo XX, los menores constituyen una especie de "ejército de reserva" de las formas organizadas del crimen (por ejemplo, del tráfico de drogas) y probablemente, para quien insista en una solución represiva, faltará cemento para construir reformatorios antes de que falten menores al servicio del crimen."

2.3. En tercer término el servicio policial debe ser *eficaz*. Eficacia en los términos racionales y éticos que un comportamiento profesional debe ofrecer y la comunidad exigir.

2.4. En cuarto lugar, el servicio policial debe *implementarse en forma legal*. Combatir el crimen con los métodos del

(legal), cuyo funcionamiento condiciona su propia imagen, y que la percepción de la actividad y función policial por los diversos grupos sociales depende más del contenido y características de dicha actividad (represora, asistencial etc.) que del status socioeconómico de los destinatarios de ella.

(23) Batista, Nilo: "Punidos e Mal Pagos, Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje", Ed. Revan Ltda., Rio de Janeiro, 1990, p. 172 y ss.

crimen constituye una espiral sin salida. Este aspecto será tratado in extenso en el Cap. V de este trabajo.

2.5. Finalmente, el servicio policial debe ser *socializado*. Esta línea de acción coincide sustancialmente con lo que Jeffery al estudiar la criminalidad en los barrios marginales de las grandes urbes norteamericanas reclama como impostergable "proyección social de la función policial".[24]

Señala asimismo Batista que cuanto más carente y marginalizado se encuentra un grupo social, tanto mayores son sus dificultades para lograr acceso y atención de parte de los servicios policiales. Por cierto, aclara, que esta constatación es fácilmente trasplantable también al área de los servicios de salud o transporte. Resultan innegables los efectos criminógenos que produce esa lamentable ausencia del Estado. Tanto en las "favelas" de Río de Janeiro como en los "barrios jóvenes" de la ciudad de México o las "villas miseria" de Buenos Aires, las funciones básicas que el Estado no cumple son asumidas — con mayor o menor despliegue — por grupos delincuentes.

3. Sobre la trascendencia del fenómeno de la "ausencia del Estado" en la realidad brasileña resultan muy ilustrativos los trabajos de campo de la antropóloga Alba Zaluar. El vacío dejado por el Estado en áreas de salud, educación, transporte, comunicaciones, seguridad pública, asistencia en caso de cataclismos e inundaciones y hasta cometidos básicos de justicia,[25] resulta progresivamente ocupado por grupos delictivos, organizados preferentemente en torno a la explotación del comercio de las drogas ilícitas. Estos grupos terminan controlando esas comunidades ausentes de todo control oficial, pues en su seno se dan las condiciones propicias para el desarrollo del "asistencialismo" (versión privada del "clientelismo") que conduce a un reconocimiento comunitario cuyo contenido puede variar desde una cierta admiración a un acatamiento silencioso, en consonancia a la "generosidad" o "terror" que se ejerza prevalentemente sobre la comunidad.

Lamentablemente estas constataciones también se pueden hacer en otros países de nuestra región. Ello obedece a las mencionadas connotaciones estructurales del fenómeno de la delincuencia organizada, las que se proyectan en el mismo diseño de estos grupos delictivos.

A diferencia de lo que ocurre con la mayoría de las organizaciones delictivas europeas contemporáneas se estructuran de modo "focal" o "concentrado" contando con un número selecto de "obreros" relativamente especializados en funciones asignadas, la observación de fenómeno en Latinoamérica, especialmente en los casos de Colombia, Perú, Venezuela, Paraguay al igual que en Brasil muestra que los grupos delictivos en diferente grado organizados operan con una base amplia de apoyos directos, complicidades veladas y silencio impuesto o solidario en torno a sus actividades. Su diseño funcional de "base abierta" se prevalece directa o indirectamente de las facilidades estructurales que otorga un potencial "ejército de miseria" nos recuerda Sandra Laskin.[26]

(24) Jeffery, C. Ray: "Criminal Justice. Practice" en Law and Criminology Review, V. 6, n. 5, September-October, 1988, p. 34 y ss.

(25) Batista, Nilo: "Punidos e ..." op. cit. ut supra menciona que años atrás el sociólogo Boaventura de Souza Santos puso de manifiesto el ejercicio de actos de jurisdicción civil por parte de asociaciones de moradores de una favela y en reciente pesquisa José Augusto de Souza Rodrigues encontró que una "boca de fumo" administraba justicia de carácter penal.

(26) Laskin, Sandra: "Estructura y función en las sociedades criminales" en Revista So-

En el caso puntual de Colombia, Ramirez Sorondo ha destacado la profunda consustanciación social de amplios sectores de la actividad rural y urbana (formal e informal) con los carteles de la droga. "En extensas regiones éstos constituyen la única o preponderante fuente estable de ingresos y esto no ocurre solamente respecto de los sectores más pauperizados de la población sino que directa o indirectamente alcanza a una más amplia gama de servicios y actividades de la economía regular (...)." "Donde no se constata esa subordinación económica individual manifiesta o velada surge siempre con mayor o menor evidencia o dimensión la apoyatura social de tipo material, asistencial, e incluso alfabetizadora de los carteles respecto de esas comunidades." Toda esta connivencia laboral-asistencial termina condicionando la representación social de la realidad dentro del colectivo y también tarde o temprano la capacidad de respuesta y voluntad de actuar de los órganos encargados del control social.[27]

Dentro de una realidad relativamente diferente, como puede ser la de Uruguay, en el año 1985, durante el curso dirigido por la Prof. Ofelia Grezzi, se realizó una muy interesante experiencia de campo con equipos integrados por estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Uno de los grupos encargados de la investigación realizó una serie de entrevistas sobre la base de cuestionarios abiertos en un barrio marginal de Montevideo. Las entrevistas fueron filmadas en video y la evaluación de este material permitió sacar importantes conclusiones.

Concretamente, trabajando sobre el tópico explotación de la prostitución por parte de personas o grupos organizados que sacaban a jóvenes del país para que desarrollaran ese triste oficio en ciudades de Italia y España, una significativa mayoría de las personas consultadas (69%) expresaron su complacencia con la situación, su reconocimiento hacia los "empresarios" que llevaban las chicas al exterior, posibilitándoles mejorar la situación económica personal y familiar, la educación de sus hermanos etc. Para esas personas ésta era la única forma que tenían una chica marginal y su familia para cambiar su situación, ya que la sociedad "distante y ajena" no le ofrecía otras opciones. Sólo una minoría de los encuestados (en general, se trataba de gente con trabajo estable fuera del barrio) apreciaba el disvalor de estos hechos. En ese contexto, existía una natural predisposición a cooperar con estos grupos delictivos organizados. Es más, la misma encuesta puso de manifiesto que uno de los hechos más desaprobados por ese colectivo era la delación. "Dortiba", como se le conoce en el lunfardo rioplatense al delator, es en ese ambiente sinónimo de lo peor. Lo expresado pone en evidencia la necesidad de un enfoque estructural de estos temas.

4. Sugerencias finales

1. Como hemos visto no hay forma de control que pueda penetrar la malla de estas apreciaciones sociales si no media una reformulación consensual de los roles de todos los individuos e instituciones involucradas en estos problemas (los marginales, los agentes del control formal y, fundamentalmente, la clase política).

Este enfoque "comunicativo" es la orientación de nuestros tiempos. Se trata

cial Cristiana, V. II, n. 3, Ed. Realidad, México, junio '92, p. 76 y ss.

(27) Ramirez Sorondo, Amilcar: "Droga y Sociedad", Revista Nueva Realidad, n. 6, Edit. Atenas, Bogotá, 1991, p. 15. Sobre el mismo tema: Comision Andina de Juristas: "Coca, Cocaína y Narcotráfico. Laberinto en los Andes", Ed. Diego García-Sayan, Lima, 1989.

de establecer mecanismos que hagan posible una relación fluida y positiva entre todos los segmentos del control y la sociedad que genere actitudes favorables, el imprescindible clima de recíproca confianza y comprensión, colaboración mutua, mejor sincronización etc., ponderando con sensibilidad el modo en que los diversos grupos y subgrupos sociales perciben y valoran la actuación de las instituciones.

La conformación funcional de los grupos delictivos enquistados en el entramado social, prevaleciéndose de un estado de generalizada necesidad y asistencialismo redimensiona la utilidad de una estrategia comunitaria en la lucha contra esas formas desviadas con arraigo comunitario. Sólo con la coparticipación de grandes sectores de las comunidades involucradas con el problema puede disminuirse esa connivencia desviada y permanente fuente de alimentación y recambio de los cuadros del delito. Esto se percibe con palmaria claridad en el caso del segmento policial. En el estado actual de cosas el "villero" de Buenos Aires o el "favelado" de Río visualizan socialmente a la policía como un enemigo natural, como la fase visible de un *orden injusto y ajeno.*

2. Esa actitud francamente hostil o de negativa desconfianza solo podrá revertirse a través de un trabajoso proceso interactivo de conocimiento y apreciación de las necesidades mutuas, el que puede facilitarse por diferentes medios, entre otros:

— programas de psico-pedagogía comunitaria sobre los diversos núcleos de constatada incomunicación: el deber ser y límites de la función policial, sobre la complejidad de realizar en los hechos su cometido en un marco de garantías y vocación social etc. En tal sentido la responsabilidad de las instituciones educativas es enorme ya que deben abrir el camino al entendimiento entre sociedad-policía desde la más tierna edad. Pero también la institución policial debe abrirse al conocimiento de la comunidad para que ésta pueda conocer su grado de compromiso y transparencia.

— políticas de trasparencia informativa sobre la naturaleza de la función policial, los auténticos problemas que enfrenta esa institución y la propia sociedad. Los periodistas deben informar con responsabilidad sobre esos temas a fin de viabilizar esa comunicación. No se trata de censurar la crítica a las disfunciones policiales sino de fomentar la comunicación seria sobre la realidad del delito y su necesario control dentro del marco de la ley.

— implementando servicios profesionales socialmente integrados en el sentido de "en" y "para" la comunidad (ej.: ubicando delegados de la policía como miembros permanentes en las diferentes comisiones o asociaciones de moradores, e involucrando a sectores especializados del instituto en tareas de mediación en conflictos acotados e instancias de resolución alternativa preadministrativa etc.).

— como contracara de lo anterior: absteniéndose de emplear a la policía como fuerza exclusivamente represora en conflictos de naturaleza gremial o vinculados a la sensibilidad popular, los que pueden ser tutoriados a partir de la referida acción mediadora o composicional del instituto, desde otros sectores institucionales o aún desde el interior del mismo colectivo con prescindencia de toda autoridad.

— finalmente a través de otros programas de apoyatura que denuncien un compromiso cierto del sector policial con los intereses generales (servicios de prevención educativa, sanitaria, familiar, colaboración con iniciativas comunitarias de tipo social y recreativo; estímulo y apoyo a las actividades

deportivas etc.). Mecanismos lo suficientemente explícito como para provocar un mínimo de comprensión y respeto mutuo.

3. Se trata, en definitiva, de procesar un cambio de raíz "vivencial". Los integrantes del colectivo reformularán su imagen de la policía, así como de otros sectores involucrados en el control formal, en la medida en que perciban directamente, también de su parte, un cambio en la actitud profesional. Bien señala Garcia Pablos "En vano tratará de cumplir su cometido, si la comunidad-con razón o sin ella — ven en la policía un poder autónomo e incontrolado, ajeno y distante de las reales exigencias sociales. La incomunicación produce aislamiento, soledad, incomprensión y rechazo".[28]

No estamos sugiriendo de un mero emprendimiento de "marketing" del sistema, sino algo mucho más profundo: redefinir el rol de los diferentes segmentos del control social en el contexto de una sociedad plural y democrática y simultáneamente facilitar su comprensión dentro del colectivo en el cual éstos actúan, incorporando una perspectiva "comunicacional" de base estructural al análisis científico de los mecanismos idóneos para viabilizar un incremento racional en la eficiencia del combate a las formas más gravosas de delincuencia.

(28) Garcia Pablos de Molina, Antonio: "Policía y Criminalidad" op. cit. ut supra.

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL

CEZAR ROBERTO BITENCOURT E
LUIZ RÉGIS PRADO

Sumário: 1. Introdução — 2. Princípio da legalidade ou da reserva legal — 3. Princípio da intervenção mínima — 4. Princípio da fragmentariedade — 5. Princípio da culpabilidade — 6. Princípio de humanidade — 7. Irretroatividade da lei penal — 8. Princípio da adequação social — 9. Princípio de insignificância.

1. Introdução

Poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de "Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito".

Todos estes princípios são de garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988.

As idéias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses "princípios limitadores" passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5.º), têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista.

2. Princípio da legalidade ou da reserva legal

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.[1]

O princípio de legalidade ou da reserva legal constitui uma "efetiva" limitação ao poder punitivo estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples "fachada formal" de determinados Estados.[2] Feuerbach, no

(1) Francisco Muñoz Conde & Mercedes Garcia Arán, *Lecciones de Derecho Penal.* Sevilha, 1991, p. 74.

(2) Muñoz Conde & Garcia Arán. *Lecciones de Derecho Penal.* Sevilha, 1991, p. 75.

início do século XIX, consagrou o princípio da reserva legal através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado.[3]

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que pelo princípio da legalidade a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

Assim, seguindo a orientação moderna, a Constituição Brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5.º, inc. XXXIX, determina que "Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

3. Princípio da intervenção mínima

O princípio de legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede que o Estado — observada a reserva legal — crie tipos penais inócuos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador.

O princípio da "intervenção mínima", também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelaram-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos de direito revelam-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Como preconizava Maurach, "Na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica".[4] Assim, o Direito Penal assume uma feição subsidiária e a sua intervenção se justifica quando — no dizer de Muñoz Conde — "fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito".[5] A razão deste princípio — afirma Roxin — "radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social".[6]

Resumindo, antes de se recorrer ao Direito Penal devem-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social.

Apesar de o princípio da "intervenção mínima" ter sido consagrado pelo

(3) Milton Cairoli Martinez. *Curso de Derecho Penal Uruguayo*. Tomo I, 2.ª ed., 2.ª reimpressão, Montevidéu, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1990, p. 99.

(4) Reinhart Maurach. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, p. 31.

(5) Muñoz Conde. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona, Ed. Bosch, 1975, p. 60. Ver especialmente sobre o princípio da subsidiariedade.

(6) Claus Roxin et alii. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 1989, p. 23.

Iluminismo, a partir da Revolução Francesa, "a verdade é que a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente, ao ponto de alarmar os penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais".[7]

Os legisladores contemporâneos — tanto de primeiro como de terceiro mundo — têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal mas a sanção criminal que acaba perdendo sua força intimidativa diante da "inflação legislativa" reinante nos ordenamentos positivos.

Hassemer falando sobre um Direito Penal Funcional, particularmente sobre a moderna criminalidade, reflexiona: "*Nessas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da 'ultima ratio' do Direito Penal é simplesmente cancelado para dar lugar a um Direito Penal visto como 'sola ratio' ou 'prima ratio' na solução social de conflitos: a resposta surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas*".[8]

4. Princípio da fragmentariedade

A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal.

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, posto que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.

O Direito Penal — já afirmava Binding — não constitui um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, de sorte a abranger todos os bens que constituem o universo de bens do indivíduo, mas representa um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídico-penal.[9]

O caráter fragmentário do Direito Penal — segundo Muñoz Conde,[10] apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do direito consideram antijurídicas e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como a homossexualidade ou a mentira.

Resumindo, "caráter fragmentário" do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.

(7) Luis Luisi. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed., 1991, p. 27.

(8) Winfried Hassemer. *Três Temas de Direito Penal*. Porto Alegre, Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

(9) Jescheck. *Tratado de Derecho Penal*. Vol I, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, p. 73.

(10) Muñoz Conde. *Introducción al Derecho Penal*, p. 72.

5. Princípio da culpabilidade

Segundo o princípio de culpabilidade, em sua configuração mais elementar, "não há crime sem culpabilidade". No entanto, o Direito Penal primitivo caracterizou-se pela responsabilidade objetiva, isto é, pela simples produção do resultado. Porém, essa forma de responsabilidade objetiva está praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo, vigindo o princípio *nullum crimen sine culpa*.

Atribui-se em Direito Penal, um triplo sentido ao conceito de culpabilidade, que precisa ser liminarmente esclarecido.

Em primeiro lugar, a culpabilidade — como fundamento da pena — refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos: — "capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta" — que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer destes elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal.

Em segundo lugar, a culpabilidade — como elemento da determinação ou medição da pena —. Nesta acepção a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios como importância do bem jurídico, fins preventivos etc.

E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nesta acepção o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo ou culpa.

Resumindo, pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três conseqüências materiais: a. não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b. a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c. culpabilidade é a medida da pena.

6. Princípio de humanidade

O Princípio de Humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Este princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.[11]

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do Princípio de Humanidade. Segundo Zaffaroni, este princípio determina "*a inconstitucionalidade de qualquer pena ou conseqüência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc), como também qualquer conseqüência jurídica inapagável do delito*".[12]

O princípio de humanidade — afirma Bustos Ramirez — recomenda que seja reinterpretado o que se pretende com

(11) Victor Roberto Prado Saldarriaga. *Comentarios al Código Penal de 1991.* Lima, Ed. Alternativas, 1993, p. 33. José Miguel Zulgadia Espinar. *Fundamentos de Derecho Penal.* Granada, Universidad de Granada, 1990, p. 196.

(12) Eugenio Raúl Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal — Parte general.* Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 139.

"reeducação e reinserção social", posto que se forem determinados coativamente implicarão em atentado contra a pessoa como ser social.[13]

Contudo, não se pode olvidar que o Direito Penal não é necessariamente assistencial e visa primeiramente à Justiça distributiva, responsabilizando o delinqüente pela violação da ordem jurídica. E isso, na lição da Jescheck, "*não pode ser conseguido sem dano e sem dor especialmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais e utilizar a prática delituosa como oportunidade para premiar, o que conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal, devem ser presididas pelo princípio de humanidade*".[14]

Concluindo, nesse sentido, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social.

7. Irretroatividade da lei penal

Há uma regra dominante em termos de conflito de leis penais no tempo. É a da irretroatividade da lei penal, sem a qual não haveria nem segurança e nem liberdade na sociedade, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei, consagrado no art. 1.º do Código Penal e no art. 5.º, inc. XXXIX da Constituição Federal.[15]

A irretroatividade, como princípio geral do Direito Penal moderno, embora de origem mais antiga, é conseqüência das idéias consagradas pelo Iluminismo, insculpida na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Embora conceitualmente distinto, o princípio da irretroatividade ficou desde então incluído no princípio de legalidade, constante também da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.[16]

Desde que uma lei entra em vigor até que cesse a sua vigência rege todos os atos abrangidos pela sua destinação. "*Entre estes dois limites — entrada em vigor e cessação de sua vigência — situa-se a sua eficácia. Não alcança, assim, os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage e nem tem ultra-atividade. É o princípio tempus regit actum*".[17]

No entanto, uma infração penal pode iniciar-se sob a vigência de uma lei e consumar-se sob a vigência de outra; a conduta criminosa pode ser praticada sob a vigência de uma lei, e a sentença condenatória ser prolatada sob a vigência de outra; ou ainda, durante a execução da pena pode surgir lei nova regulando o mesmo fato e determinando uma sanção mais suave. Como solucionar o problema? Qual a lei a ser aplicada, a do tempo da prática do fato ou a posterior?

Contudo, a despeito do acima afirmado, o princípio da irretroatividade vige somente em relação à lei mais severa. Admite-se, no direito intertemporal, a aplicação retroativa da lei mais favorável (art. 5.º, inc. XL, CF). Assim, pode-se resumir a questão no seguinte princípio: o da retroatividade da lei penal mais benigna. A lei nova que for mais favorável ao réu sempre retroage.

(13) Juan Bustos Ramirez. *Manual de Derecho Penal.* 3.ª ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1989, p. 386.

(14) Jescheck. *Tratado de Derecho Penal.* V. 1, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, p. 36.

(15) Cezar Roberto Bitencourt. *Lições de Direito Penal.* 2.ª ed., Porto Alegre, Livraria Ed. Acadêmica, 1993, p. 209.

(16) José Cerezo Mir. *Curso de Derecho Penal Espanhol.* 3.ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1990, p. 178.

(17) Damásio de Jesus. *Direito Penal.* 16.ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1992, p. 60.

Mas o que deve ser entendido por lei mais favorável? Surge, então, o problema de apurar-se a maior benignidade da lei. De acordo com a lição de Jiménez de Asúa, são inúteis regras casuísticas e abstratas sobre a lei mais benigna, pois o problema tem que ser decidido em cada caso concreto, comparando-se em cada fato real o resultado da aplicação das várias leis.[18] Somente o exame acurado de cada caso concreto poderá nos dar a solução, pois uma disposição aparentemente mas favorável ao agente pode ser, na realidade, mais severa.

Finalmente, cumpre lembrar que as leis temporárias ou excepcionais constituem exceções ao princípio da irretroatividade da lei penal, e são ultra-ativas. Mesmo esgotado seu período de vigência terão aplicação aos fatos ocorridos durante a sua vigência. São leis de vida curta e cujos processos, de regra, estendem-se para além do período de sua vigência. Retirar-lhes a ultra-atividade afastar-lhes-ia sua força intimidativa.

8. Princípio da adequação social

Segundo Welzel, o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social, caso contrário não poderiam ser delitos; deduz-se conseqüentemente que há condutas que por sua "adequação social" não podem ser consideradas como tais.[19]

Em outros termos, segundo esta teoria, as condutas que se consideram "socialmente adequadas" não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade. O tipo penal implica uma seleção de comportamento e, ao mesmo tempo, uma valoração (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.

A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Conclui-se que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica. Como afirma Jescheck, "*só se pode falar de exclusão da tipicidade de uma ação por razão de adequação social se falta o conteúdo 'típico' do injusto*".[20]

As conseqüências da chamada "adequação social" não encontraram ainda o seu porto seguro. Discute-se se afastaria a tipicidade ou simplesmente eliminaria a antijuridicidade de determinadas condutas típicas.[21] O próprio Welzel, seu mais destacado defensor, vacilou sobre seus efeitos, admitindo inicialmente como excludente da tipicidade, depois como causa de justificação e, finalmente, outra vez como excludente da tipicidade.[22] Por último, conforme anota Jescheck, Welzel acabou aceitando o princípio da "adequação social" somen-

(18) Jimenez de Asúa. *La ley y el delito.* Buenos Aires, Sudamericana, 1967, p. 154.

(19) Welzel. *Derecho Penal Alemán.* 12.ª ed. chilena, Santiago do Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1987, p. 83.

(20) Jescheck. *Tratado de Derecho Penal.* V. 1, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, p. 343.

(21) Gonzalo Rodrigues Mourullo. *Derecho Penal — parte general.* Madrid, Ed. Civitas, 1978, p. 262.

(22) Cerezo Mir. Nota em El nuevo sistema del Derecho Penal de Welzel, nota n.º 11, p. 53. Rodrigues Mourullo. *Derecho Penal — parte general.* Madrid, Ed. Civitas, 1978, p. 263.

te como "princípio geral de interpretação",[23] entendimento até hoje seguido por respeitáveis penalistas.[24]

O certo é que a imprecisão do critério da "adequação social" — diante das mais variadas possibilidades de sua ocorrência — que, na melhor das hipóteses, não passa de um princípio sempre inseguro e relativo, explica por que os mais autorizados penalistas internacionais[25] não o aceitam nem como excludente da tipicidade nem como causa de justificação.

9. Princípio de insignificância

O princípio de insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, partindo do velho adagio latino *minima nom curat praetor*.[26]

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo este princípio, que Klaus Tiedemann chamou de "princípio de bagatela", é imperativo uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade de intervenção estatal. A miúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal por que em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

Deve-se ter presente que a seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem função do Poder Legislativo, sendo vedada aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder Institucional. O fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de "menor potencial ofensivo" (art. 98, I, CF.) não quer dizer que tal conduta configure o princípio de insignificância. Os delitos de lesão corporal leve, de ameaça, injúria, por exemplo, já sofreram a valoração do legislador que, atendendo as necessidades sociais e morais dominantes, determinou as conseqüências jurídico-penais de sua violação. Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valorados pelo legislador. As ações que lesaram tais bens, embora menos importantes se comparados a outros bens como a vida e a liberdade sexual, são social e penalmente relevantes.

Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente pela intensidade, isto é, pelo grau da lesão produzida, como, por exemplo, nas palavras de Roxin, "mau-trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; igualmente de-

(23) Jescheck. *Tratado de Derecho Penal*. V. 1, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, p. 343, nota n.º 30.

(24) José Manuel Gomez Benitez. *Teoria Jurídica del Delito — Derecho Penal*. Madrid, Ed. Civitas, 1988, p. 165; Muñoz Conde. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 1988, p. 46; Hans Welzel. *Derecho Penal Alemán*. 12.ª ed. chelena, Santiago do Chile, Ed. Jurídica de Chile. 1987, p. 86.

(25) Muñoz Conde. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 1988, p. 46; Jescheck. *Tratado de Derecho Penal*. V. 1, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, p. 343; Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal — parte general*. Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 476; Rodriguez Mourullo. *Derecho Penal — parte general*. Madrid, Ed. Civitas, 1978, p. 263.

(26) Claus Roxin. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Barcelona, Ed. Bosch, 1972, p. 53.

sonesta no sentido do Código Penal é só a ação sexual de certa importância, uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como "força" deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser "sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade".[27]

Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, "*a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma, em particular, é que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada*".[28]

(27) Claus Roxin. *Política criminal y sistema del Derecho Penal.* Barcelona, Ed. Bosch, 1972, p. 53.

(28) Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal — parte general.* Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 475.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR

Sumário: 1. Introdução — 2. Eficácia imediata — 3. Abrangência do comando constitucional; 3.1 A jurisprudência; 3.2 A doutrina; 3.3 Apreciação crítica; 3.4 Os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade — 4. Conclusão

1. Introdução

Os direitos políticos, veículo da soberania popular, são exercidos de conformidade com o que dispõe o art. 14 da Constituição da República.

Trata-se de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, que exprimem, basicamente, a participação do povo no governo, por seus representantes, como desdobramento do princípio democrático constante do art. 1.º, parágrafo único, da Constituição Federal: o de que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente".

Segundo José Afonso da Silva, no estrito âmbito em que a Constituição Federal empregou a expressão *direitos políticos*, como conjunto de regras que regula os problemas eleitorais, aqueles "consistem na disciplina dos meios necessários à soberania popular", que têm como núcleo fundamental "o direito eleitoral de votar e ser votado".[1]

Tal necessidade de participação do povo nos negócios do Estado, cerne da democracia — governo do povo, para o povo —, vem expressa, como direito fundamental, no art. 21, 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948: "Toda pessoa tem direito de participar do Governo de seu país, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos".

Os direitos políticos, ou de cidadania, são adquiridos pelo alistamento eleitoral, que é obrigatório para os brasileiros alfabetizados entre dezoito e setenta anos.[2]

A Constituição Federal, além de disciplinar minuciosamente a aquisição daqueles direitos — cujo gozo pleno se dá por etapas, mediante preenchimento gradativo de algumas condições —, prevê, também, no art. 15, os casos em que poderão ser perdidos ou suspensos.

A perda ocorre nos casos de: a) cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; b) recusa do cumprimento da obrigação a todos imposta — como o serviço militar obrigatório — ou prestação alternativa.

(1) *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1990, Ed. Saraiva, p. 300/301.

(2) Daí dizer José Afonso da Silva que "a cidadania se adquire com a obtenção da qualidade de eleitor, que documentalmente se manifesta na posse do *título de eleitor* válido" (*Obra citada*, p. 302).

Por outro lado, a suspensão, ou privação temporária dos direitos políticos, se dá em razão de: a) incapacidade civil absoluta; b) condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos; c) improbidade administrativa.

Interessa-nos, no âmbito deste trabalho, a segunda causa de suspensão: *a condenação criminal definitiva,* da qual destacaremos a expressão "*enquanto durarem seus efeitos*" com a finalidade de perquirir sua extensão ou seu conteúdo.

Para tanto, diversos acórdãos, do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, do Superior Tribunal Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, sobretudo pela diversidade de entendimentos sobre o assunto, manifestada nos votos que os integram, servirão de fio condutor para a reflexão que se pretende fazer.

2. Eficácia imediata

Questão que se põe de início é a da auto-aplicabilidade do preceito do art. 15, inc. III, da Constituição Federal.

Pelo acórdão n. 112.985, de 02.06.1992, do Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, *leading case* que deu base à Circular TRE/SP n. 166/92 — o qual prevê a remessa automática das certidões condenatórias aos juízes eleitorais para fins de suspensão de direitos políticos do eleitor condenado —, ficou assentado ser auto-aplicável e regra em exame.

Naquele julgamento ficara vencido o desembargador Carlos Alberto Ortiz, que, em voto anterior,[3] já havia externado entendimento de que o dispositivo constitucional não é por si só aplicável, cuidando-se de "regra genérica de estrutura, que se há de interpretar em confronto com as demais proposições constitucionais, por isto não prescindindo da especificação de lei ordinária".

Apesar de sólida argumentação utilizada no voto vencido, tem prevalecido a tese contrária, sustentada há tempos por diversos ministros do Egrégio Superior Tribunal Eleitoral.[4]

O Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo tem iterativamente afirmado a incidência automática do dispositivo.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 179.502-6, de São Paulo, de 31.05.1995, com base em voto do ministro Moreira Alves, seguido, neste particular por oito outros integrantes daquela Corte, também perfilhou idêntico entendimento, contra o voto de dois outros ministros.[5]

O ministro Sepúlveda Pertence concluiu, no dito julgamento, não ser auto-aplicável o artigo em exame com base em sua interpretação conjunta com o art. 55, inc. IV e VI, e seus §§ 2.º e 3.º, da Constituição Federal, tal como já o fizera ao julgar o mesmo caso, no Superior Tribunal Eleitoral.

O argumento foi de que haveria um conflito antinômico entre os ditos preceitos, se considerada a aplicabilidade automática do primeiro. É que o art. 55 distingue as causas de perda de mandado parlamentar entre a perda ou suspensão de direitos políticos (IV) e a con-

(3) Acórdão n. 114.428 do TRE de São Paulo, de 06.08.1992.

(4) Recurso n. 11.589-SP, julgado em 05.04.1994; Recurso n. 12.044, julgado em 08.08.1994; Recurso n. 11.706-SP, julgado em 20.09.1994.

(5) Votaram pela auto-aplicabilidade do preceito, além do ministro Moreira Alves, os ministros Sydney Sanches, Néri da Silveira, Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Celso de Mello e Francisco Rezek (todos acompanhando o relator na íntegra de seu voto), além dos ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio (estes dando outra interpretação quanto à abrangência do preceito). Votaram contra, entendendo depender a norma de regulamentação, os ministros Octavio Gallotti e Sepúlveda Pertence.

denação criminal trânsita em julgado (VI), vinculando a perda do mandato, no segundo caso (VI), a uma decisão constitutiva da Casa Legislativa a que pertence o parlamentar (§ 3.º), o mesmo não ocorrendo com as outras formas de suspensão de direitos políticos (IV), para as quais prevê simples declaração da Mesa (§ 2.º). A perda dos direitos políticos, como do mandato parlamentar, então, não poderia ser decorrência imediata da condenação criminal, sob pena de se proclamar a inutilidade da regra do art. 55. Seria admissível, nesta linha, que a lei federal "possa prever hipóteses, conforme a natureza e a gravidade da infração penal e da pena aplicada, em que a condenação criminal não acarretará a suspensão de direitos, nem conseqüentemente a perda automática do mandato eletivo".[6] Esta, a solução preconizada para compatibilizar os dois preceitos constitucionais, dando-lhes razoabilidade.

Entretanto, a análise da questão sob a ótica de que se deve dar a máxima eficácia possível às normas constitucionais levou o ministro Moreira Alves, ainda no referido julgamento, a rebater a tese mencionada, proclamando a aplicabilidade imediata. Haveria, apenas, um conflito aparente de normas, resolvido pelo princípio da especialidade: o art. 15, inc. II, da Constituição Federal exprime a regra geral, da qual se excepcionam os parlamentares. Para estes, a suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação só ocorre se a Casa decretar a perda do mandato. Resolve-se com isto, o choque aparente, sem retirar eficácia de qualquer das normas.

O argumento foi acompanhado, com expressivas observações, pelo ministro Celso de Mello.[7]

Esta, a melhor posição sobre o assunto eis que, tratando-se, não de uma pena acessória, que, aliás, já não existe em nosso sistema penal, mas de simples efeito da condenação, claramente previsto na Constituição Federal, a influir nos direitos de cidadania, não há porque entender-se que sua aplicação fique na dependência de legislação infraconstitucional regulamentadora.

3. Abrangência do comando constitucional

Bem fixada a auto-aplicabilidade do comando constitucional, é de se verificar se o dispositivo em exame se aplica a toda e qualquer condenação, se é válida a assertiva de que cabe apenas nos casos de condenação por crime doloso, ou se são válidas outras interpretações restritivas sobre o assunto.

Ressalte-se, primeiro, não possa ser feita qualquer distinção entre este ou aquele delito para a suspensão dos direitos políticos do condenado, seja entre o apenado com reclusão e o apenado com detenção, entre o doloso e o culposo ou entre o mais severamente punido e o de punição mais tênue. É que a

(6) Do voto do ministro Sepúlveda Pertence no TSE.

(7) Para o ministro Celso de Mello, "a norma inscrita no art. 55, § 2.º, da Carta Federal, enquanto preceito de direito singular, encerra uma importante garantia constitucional destinada a preservar, salvo deliberação em contrário a própria instituição parlamentar, a intangibilidade do mandato titularizado pelo membro do Congresso Nacional, impedindo, desse modo, que uma decisão emanada de outro Poder (O Poder Judiciário) implique, como conseqüência virtual dela emergente, a suspensão dos direitos políticos e a própria perda do mandato parlamentar. (...) Esta é, portanto, a *ratio* subjacente ao preceito consubstanciado no art. 55, 2.º, da Carta Política, que subtrai, por efeito de sua própria autoridade normativa, a nota de imediatidade que, tratando-se de cidadãos comuns, deriva, exclusivamente, da condenação penal transitada em julgado".

Constituição de República englobou na expressão "condenação criminal" todas as situações, indistintamente.

Por isto, a diferenciação feita pelo juiz relator Mathias Coltro, no voto a que se refere o acórdão que tem servido de paradigma para as comunicações feitas pelo TRE/SP, entre o delito doloso — que implicaria a perda dos direitos políticos — e o delito culposo — em que não haveria aqueles reflexos —, não pode ser aceita. A propósito, aliás, observou posteriormente o ministro Sepúlveda Pertence que "nem sempre será a existência do dolo ou de culpa o melhor critério para aferir da gravidade do ilícito, nem mesmo sob o prisma dos valores do Direito Eleitoral".[8]

3.1 A jurisprudência

Segundo a corrente jurisprudencial majoritária, aplica-se o preceito a qualquer condenação, não importando o *quantum* nem o fato de ter sido eventualmente concedida a suspensão condicional da pena.[9]

Haveria neste último caso justificativa para que o condenado fosse tratado mais severamente e perdesse seu direito de votar e ser votado?

Esta indagação, que emerge do senso comum de justiça, acabou orientando posições diversas a respeito do assunto, assumidas por vários dos integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, uns entendendo não ser auto-aplicável o preceito,[10] outros entendendo-o de abrangência menor que a decorrente de sua literalidade.[11]

A propósito, confira-se um trecho do voto do ministro Marco Aurélio no julgamento do Recurso n. 11.589-SP:

"Não consigo (...) assentar que a simples condenação de alguém transitada em julgado é suficiente, por si só, independentemente do sentido que se dê à parte final do inc. III do art. 15, a conduzir à suspensão abrangente dos direitos políticos, como se esta fosse uma pena acessória. Creio que não podemos conferir ao preceito esse alcance; não podemos dissociar a primeira parte do preceito da final, no que sinaliza quanto à possibilidade de vir à balha obstáculo intransponível, ou seja, um fato que provoque, por si mesmo, como conseqüência, a suspensão dos direitos políticos — e, aqui, refiro-me ao recolhimento do condenado criminalmente".

Daí sua conclusão, no mencionado voto e também naquele proferido no Recurso n. 11.706-SP:

"A condenação criminal transitada em julgado, de que cogita o inc. III do art. 15, é aquela que inviabiliza, pelo recolhimento do condenado, o exercício dos direitos políticos".

No mesmo sentido se manifestou o ministro Diniz de Andrada:

"Inexistindo lei reguladora a respeito, e tendo havido a suspensão da pena, mantido o *status libertatis*, que é o principal, que é o maior, tenho para mim que não se produz o efeito de supressão do direito de votar ou ser votado".

Ambos concluíram, em suma, que a suspensão dos direitos políticos a que se refere o art. 15, inc. III, da Constituição Federal, como efeito necessário e automático da condenação, tem a ver, exclusivamente, com a perda do *status*

(8) TSE, Recurso n. 11.589-SP, julgado em 05.04.1994.

(9) No Supremo Tribunal Federal, assim votaram os ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Celso de Mello e Francisco Rezek (RE 179.502/6-SP).

(10) Ministro Flaquer Scartezzini e Antonio Pádua Ribeiro em votos no Recurso n. 12.043-MG.

(11) Ministros Marco Aurélio e Diniz de Andrada em votos no Recurso n. 11.589-SP.

libertatis. Em outras palavras: estando preso, cumprindo pena, não pode o sentenciado exercer o direito de cidadania, devendo, aí sim, ser anotada a suspensão dos direitos políticos.

O ministro Marco Aurélio voltou a se pronunciar, mais recentemente, agora no Supremo Tribunal Federal, sustentando sua posição anterior, no que foi seguido pelo ministro Maurício Corrêa.[12]

3.2 A doutrina

É verdade que a maior parte da doutrina tem entendido que o dispositivo do art. 15, inc. III, da Constituição Federal tem conteúdo sancionador.

Já no sistema da Constituição Federal de 1946, que continha a mesma regra, Pontes de Miranda assinalava que a condenação criminal "suspende, qualquer que ela seja, enquanto eficaz a sentença, os direitos políticos. Não só se a pena é restritiva da liberdade", ressaltando que "o criminoso não é idôneo para participar dos negócios públicos". O entendimento foi reiterado quando da análise de dispositivo semelhante da Constituição Federal de 1967.[13]

Na mesma linha, diz Pedro Henrique Távora Niess que se trata de uma "conseqüência ética, inafastável, da condenação".[14]

Fávila Ribeiro entende que "não importa a natureza da pena imposta, terá, por conseqüência, a suspensão de seus direitos políticos, enquanto durarem seus efeitos. Para tanto, não é de mister se refira a condenação à pena privativa de liberdade, no lapso de tempo em que permanecer a provação imposta. Nem se reconhece a necessidade de que a sentença, já com trânsito em julgado, faça explicitação da suspensão como elemento acessório. A linguagem constitucional é fiadora de uma atitude ética, escoimando temporariamente da vida pública todo aquele que se não tenha revelado ajustado a uma vida lícita, descambando para o campo da criminalidade, enquanto não quitar-se com a sociedade pelo malefício que lhe infringiu".[15]

Dentre outros, são de mesma opinião José Frederico Marques, José Cretela Júnior, José Afonso da Silva, Joel José Cândido e Antonio Carlos Mendes.[16]

3.3 Apreciação crítica

Teria, porém, o legislador constitucional pretendido impor a todos os condenados, indistintamente, com aquele conteúdo ético, de reprovação, a limitação da cidadania?

Teria a Constituição da República querido englobar na expressão de seu

(12) No Recurso Extraordinário n. 179.502-6 - SP, deixou o ministro Maurício Corrêa consignado seu inconformismo com a aplicação mais abrangente da suspensão, para atingir caso de réus beneficiados com o *sursis*, com base, inclusive, na natureza penal deste instituto: "Na hipótese, o recorrido foi condenado a pouquíssimos meses de detenção (4) e com direito a *sursis*, e sobre ele recai a cassação de sua cidadania. Não, não posso entender" (do voto).

(13) *Comentários à Constituição de 1946*, t. IV, p. 576; *Comentários à Constituição de 1967*, RT, v. IV, p. 569).

(14) *Direitos Políticos — Condições de Elegibilidade e Inelegibilidade*, Ed. Saraiva, 1994, p. 18.

(15) *Comentários à Constituição*, p. 265.

(16) José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, III, Ed. Saraiva, 1966, p. 161/162; José Cretela Júnior, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Forense Universitária, v. II, p. 1.122; José Afonso da Silva, *Obra citada*, p. 332; Joel José Cândido *Os direitos políticos, a condenação criminal irrecorrível e o papel do Ministério Público Eleitoral na nova Constituição, em fascículos de Ciências Penais*, v. 5, n. 2, 1992, p. 27; Antonio Carlos Mendes, *Da suspensão dos direitos políticos por efeito de condenação criminal, em fascículos de Ciências Penais*, v. 5, n. 2, 192, p. 35.

art. 15, inc. III, todos os efeitos da condenação, seja os primários seja os secundários, para prever a suspensão dos direitos políticos enquanto não declarada extinta a pena ou, ainda mais gravemente, enquanto não reabilitado o agente?

Não parece seja assim. Sendo o direito de votar e ser votado uma das mais caras expressões da cidadania, não se pode entender que o cidadão o tenha suspenso, sempre que condenado criminalmente — ainda que beneficiado com a suspensão condicional da pena ou punido com multa —, experimentando, por força do artigo 15, III, da Constituição da República, outra pena. Isto significaria impor a todos, igualmente, uma sanção, que pode, dependendo do caso, ter efeitos mais severos que a cominada na legislação penal, que é a própria do delito.[17]

Indisfarçável a impressão de iniqüidade, por exemplo, na aplicação da suspensão dos direitos políticos a um condenado por uma lesão corporal leve decorrente de uma briga singela ou de uma colisão de veículos.

É permitido ao aplicador da lei interpretar a expressão "enquanto durarem seus efeitos" — ou seja, os efeitos da condenação — empregada pelo legislador constitucional, sem esvaziar a aplicabilidade de tão importante preceito.

Restringe-se, com a interpretação restritiva, a incidência do dispositivo, mas sem necessidade de se ter em conta a natureza e a gravidade da infração penal, do que não cogitou o legislador constituinte, ou de esperar que venha lei que diga "se determinada prática criminal é grave ou não o suficiente para acarretar também a suspensão dos direitos políticos".[18]

Por isto, a solução dada pelos eminentes ministros Diniz de Andrada e Marco Aurélio, aquele no Superior Tribunal de Justiça e este no Superior Tribunal de Justiça e também no Supremo Tribunal Federal, acompanhado pelo voto do ministro Maurício Corrêa, é que melhor interpreta o dispositivo constitucional, fixando-lhe adequadamente o âmbito de incidência.

3.4 Os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade

A já referida sensação de injustiça em aplicar a suspensão de direitos políticos tanto a um grave violador da lei penal condenado a cumprir efetivamente a pena em regime fechado quanto a alguém que cometa, por exemplo, uma lesão corporal, e receba pena branda, com *sursis*, tem uma razão de ordem constitucional.

É que tal posicionamento implica, sob a ótica do direito punitivo do Estado, considerar a suspensão de direitos políticos *uma outra pena,* por mais que se queira dar-lhe a feição de mera decorrência da condenação.

E a interpretação mais severa e abrangente do preceito em exame, feita pelos mencionados constitucionalistas, produz, nesta linha, um grave descompasso pela quebra do *princípio da individualização da pena* (art. 5.º, inc. XLVI, da Constituição Federal), que

(17) O incômodo gerado pela aparente amplitude do dispositivo constitucional em exame, aliás, foi que gerou a distinção entre crime doloso e culposo no acórdão do TRE/SP. O entendimento — então compartilhado pelo douto Procurador Eleitoral Antonio Carlos Mendes — foi de que, no caso deste último, não estariam presentes as razões éticas que inviabilizam o criminoso de participar dos negócios públicos.

(18) Voto do ministro Flaquer Scartezzini, do TSE, no julgamento do Recurso n. 12.043-MG, defendendo a tese, vencedora naquele caso, da não auto-aplicabilidade da regra constitucional do art. 15, inc. III.

orienta não apenas o legislador, mas, também, o aplicador da lei penal.

Abre-se, outrossim, caminho para o rompimento com o *princípio da proporcionalidade*, pelo qual a parte especial do Código Penal e as leis extravagantes que definem tipos penais, devem ser encaradas como *um sistema* de tipos e penas que se relacionam uns com os outros.

Em situação diversa já observou o respeitado Alberto Silva Franco, destacando a eficácia imediata da garantia fundamental de que a pena seja individualizada: "se a Constituição Federal (...) consagrou o princípio da individualização da pena, não terá o legislador ordinário possibilidade de tangenciá-lo, estruturando uma lei que não deixa ao juiz nenhum espaço para o processo individualizador da pena".[19]

De outra parte, no dizer dos penalistas espanhóis Muñoz Conde e Garcia Aran: "El principio de proporcionalidad es una idea de Justicia inmanente a todo el Derecho. Con él se quiere decir, ni más, ni menos, que a cada uno debe dársele según sus merecimientos y que los desiguales debem ser tratados desigualmente. Transladado al campo del Derecho penal, este principio quiere decir que las penas debem ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no puedem ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito. El primer criterio que se debe utilizar para determinar la gravedad de la pena que se debe imponer a determinado delito es, desde luego, la importancia del bien jurídico, dado que este es el principal fundamento de la intervención del Derecho Penal".[20]

A fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal, que reclamam a intervenção mínima deste no Estado Democrático de Direito, ou seja, que preencha exclusivamente a um critério de necessidade da intervenção, obriga que o legislador realize "*um juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal, comparación que ha de atender, em primer termino, a la gravedad del delito cometido, esto es, al contenido de injusto, al mal causado y a la mayor o menor reprochabilidad de su autor.* La proporcionalidad en sentido estricto, situada dentro del marco más restringido del poder punitivo del Estado reclama por tanto, la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la necesidad de adecuación de la pena al fin que ésta deba cumplir".[21]

No mesmo sentido, Cobo y Vives falam nos princípios da idoneidade — que exige a adequação da medida ao fim a que se destina —, da necessidade — ligada ao princípio da intervenção mínima — e da proporcionalidade, com o dito conteúdo.[22]

A exigência de que as sanções obedeçam a proporcionalidade — para o crime mais grave sanção maior que para o crime mais leve — decorre, entre nós, do próprio princípio da igualdade expresso no art. 5.º da Constituição Federal. E se desdobra na exigência de individualização da pena, prevista no inc. XLVI do referido artigo.

Como expõe João Gualberto Garcez Ramos, "nada mais injusto do que tratar os diferentes de maneira equivalente. Também não é justo tratar diferentemente os diferentes sem uma medida justa de proporção. É nisto, precisamen-

(19) *Crimes Hediondos*, Ed. RT, 3.ª ed., p. 344.
(20) *Derecho Penal — Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 79.
(21) Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad e Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, p. 29.
(22) *Derecho penal — Parte General*, Valencia, 1987, p. 63.

te, que se constitui o princípio da proporcionalidade das penas no Direito Penal, verdadeira manifestação do princípio da isonomia, que é a base do ordenamento jurídico".[23]

Nesta linha, não poderia o próprio legislador constitucional, após proclamar solenemente os princípios da igualdade e da individualização da pena, romper com as proclamações poucos artigos à frente.

Assim sendo, e afastada por completo a idéia de sanção que possa à primeira vista emergir do comando constitucional, nada mais adequado que restringir a suspensão dos direitos políticos a casos em que *por efeito da condenação*, ou, em outras palavras, *por causa dela*, veja-se o sentenciado materialmente impossibilitado do exercício pleno de seus direitos de cidadania, de votar e ser votado. E isto se dá, exclusivamente, quando esteja preso, cumprindo efetivamente pena privativa de liberdade, situação que torna inviável, na prática, o exercício dos direitos políticos.

O preceito analisado não pode ter o conteúdo de censurabilidade que a doutrina e a maioria da jurisprudência lhe têm emprestado. Tanto que convive com outras hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos que não veiculam tal idéia: o cancelamento da naturalização e a incapacidade civil absoluta.

(23) *A inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror"*, Ed. Juruá, 1991, p. 86/87.

4. Conclusões

a) A Constituição Federal disciplinou no art. 15 a suspensão do exercício dos direitos políticos, não como sanção, mas tão somente pela incompatibilidade com as situações ali elencadas.

b) No caso da condenação criminal transitada em julgado tal incompatibilidade só se dá quanto o cumprimento da pena em estabelecimento penal torne inviável o exercício dos direitos políticos.

c) Por isto o preceito prevê que a suspensão será aplicável automaticamente apenas enquanto durarem os efeitos mais primários da condenação a pena privativa de liberdade: os decorrentes do encarceramento. Se o condenado estiver no gozo de seu *status libertatis*, por ter sido beneficiado com o *sursis* ou por estar em liberdade condicional, por exemplo, sem limitações que impliquem horários de recolhimento a cárcere — ao contrário do que ocorre com a prisão aberta em que há apenas autorizações de saída para o trabalho —, não poderá ter seus direitos políticos suspensos.

2 — DOUTRINA NACIONAL

A REFORMA DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO

Sumário: 1. O Código Penal de 1940 — 2. A Reforma Penal de 1984 — 3. A Reforma da Parte Especial; 3.1 O Perfil da Modernização da Legislação Penal; 3.2 A Orientação de Política Criminal.

1. O Código Penal de 1940

1. O Código Penal vigente no Brasil é, ainda, o estatuto penal de 1940, com importantes modificações na Parte Geral e quase nenhuma alteração na Parte Especial.

Em sua versão original, antes da edição da nova Parte Geral, pela Lei 7.209, de 11.06.1994, ostentava o código brasileiro acentuada influência do código italiano de 1930 e do código suiço de 1937. Não adotou, porém, a pena de morte nem a de "ergastolo" (prisão perpétua) do modelo italiano.

2. A pena privativa da liberdade (pena de prisão), com variações de tempo de duração entre limites rígidos, era a regra geral. Atenuava um pouco essa rigidez a possibilidade de suspensão condicional da pena inferior a dois anos e de livramento condicional, após cumprimento de parte da pena, satisfeitas certas condições. Adotava o Código a medida de segurança, autônoma ou como complemento da pena, atribuindo-lhe o caráter de medida de *prevenção* e *assistência* relativamente ao "estado perigoso" daqueles que, "sejam ou não *penalmente responsáveis*, praticam ações previstas na lei como crime".[1]

Era um estatuto de caráter nitidamente repressivo, construído sobre a crença da necessidade e suficiência da privação da liberdade, por meio da pena ou da medida de segurança, para o controle do fenômeno do crime. Mereceu elogios do 2.º Congresso Latino-Americano de Criminologia, realizado em Santiago, Chile, no ano de 1941. E, de início, parecia cumprir seus objetivos, atendendo às exigências de uma sociedade em transição, já em nítido processo de ingresso na fase de industrialização, a qual iria trazer como conseqüência, nas décadas seguintes, as correntes migratórias do campo e o surgimento das grandes concentrações urbanas.

3. Nesse período inicial — em plena guerra mundial — tudo impulsionava, no Brasil, poderosos fatores de transformação social. São palavras textuais de Fernando de Azevedo: "A industrialização (refere-se ao Brasil), que ao abrigo das tarifas alfandegárias, e em conseqüência da última guerra mundial, tomou extraordinário impulso; o crescimento quantitativo de volume e densidade e as mudanças na composição

(1) Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 33.

biotipológica e social da população tinham, de fato, aberto o campo a consideráveis modificações de estrutura social".[2]

Assim, o Código de 1940 que, no começo de sua vigência, apresentava-se aos olhos de juristas, juízes e advogados um primor de técnica, simplicidade e de fácil manejo, aplicado, mais tarde, em uma sociedade predominantemente urbana, industrial, mas ainda pouco organizada, com aumento populacional explosivo, com concentrações humanas recém-formadas, vivendo em espaços físicos insuficientes, em bom número de casos em favelas, nas encostas inseguras e deslizantes de montanhas, dentro desse novo quadro, esse Código Penal — repita-se — aplicado em um completamente novo ambiente social, começa a produzir resultados imprevisíveis. O principal deles é o aumento assustador do número de presos e condenados, tornando insuficientes os estabelecimentos penais existentes. Instala-se a crise do sistema penitenciário brasileiro.

Celas de presídios construídas para abrigar três ou, no máximo, quatro ou cinco presos, passam a receber o dobro ou até mais que isso, muito além do que permitia sua capacidade. Dezenas de milhares de ordens de prisão, expedidas por juízes e tribunais, vão se acumulando nas repartições policiais, aguardando cumprimento.

Além disso, as cifras crescentes da criminalidade põem cada vez mais à mostra a pouca eficácia do Código, provocando o aparecimento de leis esparsas, paralelas, em número e extensão significativos, muitas vezes sem observância de um sistema ou de uma política criminal coerente, e até, em certos casos, com defeitos ou contradições insuperáveis.

(2) A Cultura Brasileira, p. 197.

4. Esse inesperado quadro, que se acentuou de modo quase insuportável, a partir de 1980, levou o Governo brasileiro, através do Ministério da Justiça, na gestão do Ministro Ibrahim Abi-Ackel, a decidir-se pela reforma do Código de 1940.[3]

Os trabalhos realizados entre 1981 a 1984 deram como resultado três importantes projetos de reforma: o primeiro, uma inteiramente nova Parte Geral do Código Penal; o segundo, um novo Código de Processo Penal; e o terceiro, a Lei de Execução Penal.

O primeiro e o último mereceram aprovação e sanção transformando-se nas Leis 7.209 e 7.210, de 1984, ambas atualmente em vigor. O projeto de Código de Processo Penal não vingou, tendo sido retirado do Congresso Nacional e arquivado, sem maiores explicações.

Dessa reforma penal parcial, de 1984, destacamos dois aspectos a seguir resumidos.

2. A Reforma Penal de 1984

5. A nova Parte Geral do Código Penal começa por extinguir a medida de segurança para os imputáveis, mantendo-a apenas para os agentes considerados inimputáveis.

Com isso, reformulou-se o sistema de penas e o modo de sua execução, fazendo-se como que a pena, além de retributiva, adquirisse também — e a um só tempo — a função de prevenção e assistência, antes reservada à medida de segurança. Manteve-se, assim, o elevado limite máximo de trinta anos de reclusão, para os crimes mais graves (homicídio qualificado, latrocínio etc.) e para os multi-reincidentes, mas introdu-

(3) Durante o regime militar, foi editado, em 1969, um novo código penal que, todavia, jamais entrou em vigor, tendo sido finalmente revogado em 1978, sob o peso das críticas que se lhe fizeram.

ziu-se a progressividade na execução da pena (início em regime fechado, depois em regime semi-aberto, passando, em seguida, para o regime aberto e, finalmente, ao livramento condicional). Permite-se, com esse sistema progressivo, que o condenado, por seu próprio esforço, mérito e adaptação aos processos de reeducação, possa encurtar o tempo de permanência no regime fechado de cumprimento de pena, no qual a privação da liberdade é total.

6. O condenado pode receber uma pena severa, todavia dependerá dele próprio empreender, dentro do estabelecimento penal, a caminhada em direção à liberdade. Não será, evidentemente, uma caminhada fácil mas restar-lhe-á sempre essa possibilidade concreta, isto é, a esperança na liberdade, pedra fundamental sobre a qual se apoiará a disciplina interna dos presídios.

7. Ao lado dessa importante inovação, introduziu-se no Código um rol de penas restritivas de direito, substitutivas da pena privativa da liberdade, tais como: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos (proibição do exercício de cargo ou função públicos, de profissão ou ofício dependente de licença, suspensão de licença para conduzir veículo) e limitação de fim de semana (obrigação de comparecer e permanecer, por certo tempo, aos sábados e domingos, em local previamente determinado).

8. A aplicação prática dessas inovações encontrou e ainda encontra resistências bastante significativas em certos setores da vida brasileira, identificados com a ideologia de um direito penal do talião, puramente retributivo, sem concessões a concepções de outra natureza. Como os próprios juízes e ocupantes de cargos públicos não estão imunizados contra essas idéias clássicas, as dificuldades de implementação daqueles novos institutos têm sido muitas.

9. Nossa rede de estabelecimentos penais (penitenciárias, casas de detenção, cadeias etc.) ainda não se adaptou ao novo sistema. As penas substitutivas têm sido aplicadas com muita parcimônia. E, com certa freqüência, surgem projetos de caráter retrógrado, objetivando o agravamento das penas, a revogação de benefícios aos condenados, baseados na falsa idéia de que a lei penal mais severa é mais eficiente no combate ao crime. Não faz muito editou-se no Brasil a denominada "lei de crimes hediondos", exemplo de retrocesso em relação à reforma de 1984.

10. Com isso, a situação dos presídios, no Brasil, permanece bastante complicada.

O censo penitenciário de 1994[4] (o deste ano não está concluído) acusa dados pouco auspiciosos, a saber:

— Número total de vagas existentes nos estabelecimentos penais — 59.954
— Número total de presos — 129.169
— Déficit de vagas — 69.215
— Número de presos por vaga — 2
— Número de estabelecimentos penais — 511
— Necessidade atual de estabelecimentos a serem construídos, com previsão de 500 vagas por presídio, ao custo unitário de 8 milhões de dólares — 130
— Mandados de prisão expedidos pela Justiça e ainda não cumpridos — 275.000[5]

(4) Fornecido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

(5) As razões do não cumprimento são muitas (mortos, foragidos, desaparecidos etc.), sendo possível que, em alguns casos, já tenha ocorrido a prescrição da pena.

11. Outras modificações introduzidas pela nova Parte Geral não poderiam aqui ser examinadas por falta de espaço e tempo.

Acrescente-se, porém, o registro de importantes inovações trazidas pela Lei 9.099 de 26.09.1995, que instituiu os juizados especiais, dentre as quais salientam-se: a) a notável simplificação do procedimento, nas infrações penais de menor potencial ofensivo; b) a introdução da transação no processo penal; c) a ampliação das hipóteses de ação penal condicionada; d) a suspensão do processo com submissão do acusado a período de prova, nos crimes com pena igual ou inferior a um ano.

3. A Reforma da Parte Especial

12. Na Exposição de Motivos do Projeto de Lei que altera dispositivos do Código Penal o Ministro da Justiça Nelson Jobim fez algumas afirmações importantes e apresentou em traços muito gerais o roteiro do que ele próprio denominou a "modernização da legislação penal brasileira", neste termos:

"O Código Penal Brasileiro sofreu profundas modificações em sua Parte Geral com a reforma penal de 1984. Permaneceu contudo inalterado e envelhecido em sua Parte Especial na qual são previstos os crimes e as penas respectivas.

2. Tentativas de elaboração de uma inteiramente nova Parte Especial foram empreendidas em gestões anteriores, no âmbito do Ministério da Justiça, sem que se chegasse a bom termo, seja pela extensão desse trabalho, seja pelas dificuldades de se chegar a consenso sobre questões extremamente polêmicas. No entanto, esse esforço, de que participaram eminentes juristas brasileiros, não resultou de todo infrutífero visto que dele surgiram estudos, pesquisas e dois esboços de reforma da Parte Especial, que se constituem hoje em preciosos subsídios de consulta obrigatória.

3. Os fatos sociais, entretanto, não esperam. Precipitam-se. Novas formas de criminalidade manifestam-se trazendo intranqüilidade aos habitantes das cidades, especialmente das grandes concentrações urbanas já de si mesmas sobrecarregadas de problemas. A isso acrescente-se a superveniência de uma vasta gama de normas penais constantes de leis esparsas ou complementares ao Código estabelecendo incongruências no interior do sistema penal, em prejuízo de fácil compreensão e aplicação de preceitos, e, portanto, estimulando debates intermináveis, em prejuízo de um eficiente e mais ágil julgamento dos feitos criminais.

4. Essa ordem de considerações levou-nos a optar por uma inadiável reformulação, por etapas, da legislação penal brasileira, dentro de prioridades previamente estabelecidas. Será a modernização da legislação penal brasileira feita de modo paulatino, começando pelos temas mais prementes e menos polêmicos".

Nessa mesma Exposição indicaram-se alguns aspectos de política criminal, entre os quais destaco o seguinte:

"O Projeto, em resumo, estabelece como nítida orientação de Política Criminal tratamento penal mais severo para os crimes nele referidos mas permite, por outro lado, que esse tratamento se ajuste ao sistema progressivo de cumprimento de pena, instituído pela reforma de 1984, sem o qual torna-se impossível pensar-se em um razoável 'sistema penitenciário'. Se retirarmos do condenado a esperança de antecipar a liberdade pelo seu próprio mérito, pela conduta disciplinada, pelo trabalho produtivo durante a execução da pena, estaremos seguramente acenando-lhe, como única saída, a revolta, as rebeliões, a fuga, a corrupção".

13. Desses tópicos significativos da Exposição de Motivos ministerial, poderemos extrair o perfil da reforma penal ora em desenvolvimento bem como a linha de Política Criminal que, segundo se espera, deverá orientá-la.

3.1 O Perfil da Modernização da Legislação Penal

14 — A partir da reforma da Parte Geral do Código Penal e da edição da Lei de Execução Penal, em 1984, as tentativas que se seguiram de revisão da Parte Especial desse mesmo Código e de sua legislação complementar, pela extensão e complexidade da matéria, têm encontrado obstáculos e dificuldades que não puderam ser superados. Acrescente-se a isso a atual absorção de grande parte do esforço e da concentração dos membros do Congresso Nacional pelos trabalhos de reforma constitucional.

Assim, a possibilidade de elaboração e de aprovação de uma nova e completa Parte Especial do Código Penal apresenta hoje perspectiva bastante remota, seja pela sua extensão, seja pelos temas extremamente polêmicos que oferecerá a debate.

Por outro lado, já não é possível adiar-se por mais tempo a reformulação, em alguns aspectos da atual legislação penal brasileira. As críticas que se fazem a essa legislação, de algum tempo para cá, prendem a atenção da imprensa, de organizações várias e de políticos influentes que, na ausência de propostas legislativas governamentais, ocupam o espaço vazio e passam a influenciar na apresentação de projetos que se transformam em leis isoladas, aumentando penas, enrijecendo os regimes de sua execução, tudo sem observância de qualquer sistema e muitas vezes criando conflitos no interior de uma legislação que já possui seus próprios complicadores.

Exemplo expressivo disso está na denominada lei de crimes hediondos e no Estatuto da Criança e do Adolescente que, conjugados, produziram a atual redação dos arts. 213 e 214, com seus parágrafos, do Código Penal, estabelecendo pena mais benéfica para os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor quando cometidos contra crianças menor de 14 anos de idade. Enorme contradição!

15. Esse quadro, a meu ver, explica e justifica a correta e inadiável opção ministerial pela "*modernização da legislação penal brasileira*" a ser feita "*de modo paulatino, começando pelos temas mais prementes e menos polêmicos*".

Trata-se, portanto, de uma reformulação de nossa legislação penal a ser elaborada, não de uma só vez, através de um projeto de código novo, mas por meio de leis sucessivas, cuidando cada qual de matérias específicas. Não serão, porém, leis isoladas, complementares ao Código, mas leis que, paulatinamente, irão introduzindo, segundo ordem de prioridade, as alterações necessárias no próprio Código Penal, através de acréscimos, cortes e nova redação de artigos e parágrafos.

Dentro dessa diretriz, já foram encaminhados ao Congresso Nacional os primeiros projetos de lei, destacando-se o que define os *crimes de especial gravidade* e dá outras providências e os que alteram dispositivos do atual Código, criando novas figuras penais e modificando a cominação de penas em alguns casos.

3.2 A Orientação de Política Criminal

16. O primeiro Projeto, que sinaliza o início da reforma, cria uma nova categoria de crimes — "*crimes de especial gravidade*" — que trazem como característica a violência real ou potencial. Nessa nova categoria incluem-

se: algumas formas do homicídio qualificado, roubo e extorsão qualificados por lesão grave ou morte, extorsão mediante seqüestro, estupro e atentado violento ao pudor com violência real ou grave ameaça, tortura, genocídio, terrorismo, narcotráfico, contrabando de armas, quadrilha ou bando armados.

São crimes de grande ou de freqüente incidência, surgindo aos nossos olhos como importante fator de deterioração da qualidade de vida nas grandes concentrações urbanas.

Os agentes desses crimes possuem características de personalidade com marcada tendência para a prática de atos anti-sociais; e, na execução do crime, freqüentemente o fazem com emprego de meios cruéis, revelando pouca ou nenhuma sensibilidade frente ao sofrimento alheio. Além disso, a maioria apresenta-se com expressivo índice de recidiva em práticas delituosas, mesmo quando não reincidentes segundo o restrito conceito legal de reincidência.

Isso leva-nos a concluir que, em relação a tais delinqüentes, a segregação do meio social por meio da pena privativa da liberdade, é a solução de que se dispõe nos dias atuais. Não conhecemos outra melhor, no âmbito de um direito penal de cunho democrático e humano, sem penas cruéis ou infamantes.

17. O destaque dado na Parte Geral do Código Penal à nova categoria de crimes permitirá dispensar-se a essa classe de delinqüentes tratamento penal também especial, mais severo, seja na cominação e aplicação da pena, seja na execução desta, com início obrigatório em regime fechado e com maiores prazos e exigências para a progressão no regime e para a concessão de outros benefícios.

Note-se que tudo isso se fez sem cair-se na radicalização equivocada da denominada "*lei de crimes hediondos*" que, no § 1.º, prescreveu o regime fechado para cumprimento integral da pena dos crimes nela referidos. Como bem salientou a Exposição de Motivos inicialmente transcrita:

"*Se retirarmos do condenado a esperança de antecipar a liberdade pelo seu próprio mérito, pela conduta disciplinada, pelo trabalho produtivo durante a execução da pena, estaremos seguramente acenando-lhe, como única saída, a revolta, as rebeliões, a fuga, a corrupção*".

Não era, pois, de todo imprevisível o aumento das fugas e rebeliões nos presídios brasileiros, após a vigência da draconiana lei de crimes hediondos.

Mas, ao lado dos crimes de especial gravidade, restará no Código e na Legislação penal paralela um grande número de delitos praticados por meio de artimanhas, fraudes, engodo, falsificações, esperteza, destreza, deslealdade, abuso de confiança etc. etc.

São crimes configuradores de uma nova categoria que poderíamos agrupar sob a denominação de "*crimes de ação astuciosa*". Nessa criminalidade astuciosa estão incluídos delitos financeiros e econômicos, crimes de colarinho branco, ao lado de furto, estelionato, apropriação indébita, dos crimes contra a Administração Pública etc.

Os danos patrimoniais causados por essa forma de criminalidade são imensos, incalculáveis, fato que não pode ser desprezado pelo legislador penal. Entretanto, as medidas da Política Criminal para enfrentá-la é que não podem ser exatamente as mesmas utilizadas para conter a criminalidade violenta. Há distinções básicas entre ambas as categorias em exame, sugerindo providências diferenciadas.

18. Considere-se, inicialmente, que, na criminalidade violenta, estão em questão bens de hierarquia superior como a vida ou a integridade física do indivíduo. Na criminalidade astuciosa, o bem

jurídico tutelado é predominantemente o patrimônio de pessoas físicas ou jurídicas. Além disso, na criminalidade violenta, a vítima pouco ou nada pode fazer para evitá-la. Na maioria das vezes está inteiramente subjugada. Daí a imprescindibilidade da intervenção mais efetiva do Estado na prevenção e repressão de crimes que ameaçam a própria sobrevivência do indivíduo em sociedade e põem em risco e paz pública. Na criminalidade astuciosa, o fenômeno da vitimização depende quase sempre do comportamento da vítima. Se esta conseguir conter a própria ambição, vencer a ingenuidade, exercitar a faculdade de ser cautelosa, não lhe será difícil, em bom número de casos, evitar a vitimização ou reduzi-la a hipóteses mais sofisticadas, porém menos freqüentes. Aqui a intervenção do Estado se explica pela necessidade de manutenção da paz pública e de um mínimo de segurança aos indivíduos que estão sob sua jurisdição.

19. Uma estratégia correta de prevenção e repressão da criminalidade astuciosa deve, segundo pensamos, reservar a pena privativa da liberdade para aqueles casos mais graves e para aqueles em que outras formas de sanção ou de medidas se apresentem ou já se revelaram insuficientes.

A prisão — cadeia na linguagem comum — não deve ser a regra, o samba monótono de uma nota só, como freqüentemente se propala pela opinião leiga e por certa facção da imprensa falada e escrita, mal esclarecida, ou até através de "campanhas levianas", para usar expressão empregada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.[6]

Por outro lado, nesta área, há sanções ou penas alternativas ou substitutivas aptas a produzir resultados razoáveis para a reprovação e prevenção de um bom número de crimes. Não usá-las não parece ser uma solução inteligente. Cito, exemplificativamente: o confisco de bens, a multa, a interdição de direitos, a perda do cargo ou emprego públicos etc.

Se tudo isso falhar, então sim, será o momento de pensar-se na utilização da pena de prisão como último argumento suasório do Estado.

20. Por fim, é certo que a legislação penal brasileira contém excessos, contradições, falhas. Exemplos de excesso e de contradição foram dados quando nos referimos ao regime integralmente fechado da lei de crimes hediondos e da pena mais branda para crimes sexuais contra crianças. Falhas e omissões existem nessa legislação em relação às novas formas de agressão a bens jurídicos, próprias da sociedade industrial e tecnológica contemporânea, ainda não consideradas devidamente por essa mesma legislação. Cito, como exemplo, a lavagem de dinheiro, produto de crimes, só agora objeto de estudos para elaboração de lei específica a respeito.

A reforma deverá, pois, cuidar dessas questões e até já começou a fazê-lo nos primeiros projetos encaminhados ao Congresso Nacional.

A tarefa, entretanto, é imensa e cheia de problemas cuja solução exigirá estudo, prudência e colaboração de todos quantos queiram, de alguma forma, contribuir para que possamos atingir o objetivo perseguido.

21. Essa, em síntese certamente lacunosa, a experiência que o Brasil pode oferecer para o intercâmbio de idéias e de resultados práticos com outros países do mundo ocidental.

(6) O Estado de São Paulo, de 03.04.1996, Cidades, C1.

A CONFERÊNCIA DE BEIJING E OS FUNDAMENTALISMOS*

JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES

Sumário: 1. O contexto da Conferência — 2. A Conferência Intergovernamental da Beijing — 3. Os documentos de Beijing — 4. A plataforma de ação de Beijing — 5. A Declaração de Beijing — 6. A preparação e a participação do Brasil — 7. Conclusão.

1. O Contexto da Conferência

Das fogueiras medievais expiatórias da "bruxaria" aos estupros coletivos como instrumento de faxina étnica na Bósnia de nossos dias, a mulher tem sido, numérica, concreta e simbolicamente, o alvo preferencial de todos os fundamentalismos que sempre infestaram o mundo.

Como que para confirmar essa trágica verdade em nosso próprio território, a imagem vilipendiada por determinado "bispo" brasileiro, em 12.10.1995, com chutes e pancadas destinadas a comprovar sua ineficácia milagreira, não foi a de Jesus, histórico ou divino. Nem a de um São Benedito de devoção especial entre os negros, muito menos a de um São Jorge guerreiro, viril vencedor do dragão, ambos igualmente reverenciados pela população do Brasil. Foi, sim, debaixo do manto místico de Nossa Senhora, a de Maria, mulher, mãe e pobre no registro dos evangelhos, e, incidentalmente, no caso, negra, na concreção da matéria oxidada com que se tornou Aparecida.

Ainda que, ao agredir a imagem da santa no programa televisionado do Dia da Padroeira, Von Helde desejasse apenas justificar a rejeição protestante à "idolatria" católica por estatuetas, femininas ou masculinas, o episódio — cuja grosseria banal, reiterada pelas retransmissões insistentes da cena, reacendeu no Brasil chamas da intolerância religiosa tão inflamada alhures — é significativo das circunstâncias planetárias em que se realizou a IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Com simbologia clara e interligações evidentes, ele conota o turbilhão de fenômenos e tendências que caracterizam a contemporaneidade pós-Guerra Fria: a revalorização do sagrado em detrimento da razão secular; o fanatismo messiânico sempre intolerante e brutal; a televisão como principal meio de comunicação e veículo cultural da globalização; a violência difusa; o comunitarismo religioso como alternativa à atomização individual moderna; o racismo agressivo — nesse caso meramente acidental — tão exacerbado na maior parte do mundo; a supervalorização do sucesso individual e do dinheiro na ideologia do neoliberalismo, habilmente utilizada nas práticas da Igreja Universal do Reino de Deus; os fundamentalismos em geral

(*) O presente artigo apresenta opiniões e interpretações do Autor, não refletindo necessariamente posições do Governo brasileiro.

como substitutivos para as utopias perdidas da modernidade.

Quinto grande conclave da Agenda Social das Nações Unidas da década de 90, na seqüência da Rio-92, sobre o meio ambiente e o desenvolvimento, da Conferência de Viena de 1993 sobre os direitos humanos, da Conferência do Cairo de 1994 sobre população e desenvolvimento e da Cúpula de Copenhague de março de 1995 sobre o desenvolvimento social, a Conferência de Beijing refletiu, no processo preparatório e no próprio momento de sua realização, tanto as conquistas conceituais gradativamente obtidas pelas mulheres nos encontros internacionais que a precederam imediatamente, quanto a crescente desrazão da época contemporânea.

No ativo das conquistas acumuladas nas conferências da década poder-se-iam listar, conforme documento preparado pelo *Women's Caucus* durante a Cúpula de Copenhague,[1] simplificadamente:

a. a abertura global propiciada pela Rio-92 ao reconhecer a perspectiva de gênero nas questões de meio ambiente, assim como o papel importante das ONGs de mulheres no processo internacional;

b. o avanço representado pela atenção atribuída na Conferência de Viena sobre Direitos Humanos de 1993 aos direitos da mulher — cujo impulso incentivou, no mesmo ano, a proclamação pela Assembléia Geral da ONU da Declaração sobre a Violência contra a Mulher e o estabelecimento, em 1994, pela Comissão dos Direitos Humanos de um relatora especial para monitorar esse tipo de violência em todo o mundo;

c. o reconhecimento pela Conferência do Cairo de 94 de que o fortalecimento dos direitos — que desde então incluem os direitos reprodutivos — e a capacitação (*empowerment*)[2] das mulheres em todas as esferas, inclusive e particularmente no controle de sua própria fecundidade, são cruciais para o êxito de qualquer política populacional.

Se até a Conferência do Cairo os avanços obtidos para a causa da mulher na Agenda Social da ONU foram nítidos e linearmente ascendentes, a Cúpula de Copenhague sobre Desenvolvimento Social representou uma espécie de freio. Retrocessos não chegaram a haver. Mas as dificuldades para evitá-los em Copenhague foram sensíveis, evidenciando que, para muitos governos, particularmente os de orientação religiosa fundamentalista, os documentos das conferências anteriores, arduamente negociados, permaneciam e tendiam a continuar letras-mortas. Até porque, verdade se diga, tais governos haviam registrado reservas ao Programa de Ação do Cairo, não se sentindo obrigados, portanto, a aceitar referências aos trechos contenciosos.

Apesar dos percalços, concentrados essencialmente na repetição das posições fundamentalistas islâmicas e católicas com relação à esfera da saúde reprodutiva, já apresentadas no Cairo, e na ênfase particularista dos países muçulmanos e outros do Grupo dos 77

(1) *Stepping Stones From Copenhagen to Beijing'95*, texto datilografado, Copenhague, 08.03.95.

(2) A palavra *empowerment*, de denotação e conotação fortes, sem tradução para o português, tem sido traduzida pela ONU para o espanhol seja por *capacitación*, seja por *potenciación*, ambas insuficientes para veicular seu abrangente significado — que envolve tudo isso, mais a idéia de participação no *poder político*, econômico etc. O movimento de mulheres vem utilizando o neologismo simplificado *empoderamento*. Utilizarei no texto, daqui em diante, a palavra inglesa em itálico.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

para a implementação do Programa de Ação,[3] a Cúpula de Copenhague foi positiva para a luta das mulheres. Ela estabeleceu, entre os dez compromissos assumidos pelos Chefes de Estado e de governo, o de "promover o pleno respeito pela dignidade humana e alcançar a igualdade e a eqüidade entre homens e mulheres através do aumento da participação e das liderança da mulher na vida política, civil, econômica, social, cultural e no desenvolvimento".[4]

Com base nesses resultados, não haveria razão para se temer o insucesso da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Entretanto, as dificuldades enfrentadas nas sessões do Comitê Preparatório, particularmente a segunda e última, realizada em Nova York em março/abril de 95 — logo após a Cúpula de Copenhague sobre o Desenvolvimento Social — e a profusão de colchetes, significando falta de consenso, a envolver a maior parte dos parágrafos do projeto de Plataforma de Ação dela resultante, para aprovação em Beijing, justificavam amplamente o receio de retrocessos face às conquistas de Viena e do Cairo.

A razão pela qual a Cúpula de Copenhague e a última sessão do Comitê Preparatório da IV Conferência Mundial sobre a Mulher se apresentaram tão ameaçadoras não pode ser buscada apenas naqueles foros de negociação multilateral, mas sim na aceleração de tendências negativas da realidade contemporânea.

Se até a Conferência do Cairo, em setembro de 1994, o fundamentalismo religioso, em suas manifestações mais agressivas, era circunscrito à situação interna de alguns poucos países muçulmanos, ele se tornou muito mais ativo e geograficamente amplificado desde então. Foi em dezembro de 1994 que os fanáticos argelinos seqüestraram um Airbus da Air France, prenunciando a onda de atentados terroristas que se acentuou ao longo de 1995 em território francês. E foi durante a Cúpula de Copenhague, enquanto as ONGs de mulheres lançavam campanha de mobilização permanente para a IV Conferência Mundial com o título de "180 dias para Beijing", que, na Argélia, os integrantes do braço armado do FIS (*Front Islamique du Salut*), em "resposta" às celebrações do Dia Internacional da Mulher (8 de março) decidiram incrementar suas ações contra as argelinas, orientando-as preferencialmente para os símbolos da liberação feminina. Assassinaram, pois, somente nas primeiras investidas, entre 8 e 20 de março de 95, doze vítimas não-portadoras de véu — deliberadamente uma por dia — começando por apresentadora de televisão famosa e incluindo uma estudante arrancada da sala de aula para ser subseqüentemente degolada.[5]

Seriam incontáveis os episódios que demonstram a ampliação do movimento fundamentalista muçulmano desde a Conferência do Cairo de 1994. À guisa de ilustração adicional, basta lembrar o atentado perpetrado na Etiópia por integrantes da Irmandade Muçulmana contra a vida do Presidente Hosni Moubarak, do Egito, em junho de 95, ao desembarcar em Adis-Abeba para participar de reunião da Organização da Unidade Africana. Ou as ações sanguinárias do Jihad Islâmico palestino, contrário a Yasser Arafat e às negociações de paz com Israel, ações estas igualadas em brutalidade pelas dos fundamentalistas judaicos contra o Governo de Yitzhak Rabin, que cul-

(3) Sobre o assunto v. Alves, J. A. Lindgren, 1995: "Os Direitos Humanos em *sursis*", *Lua Nova* n. 35. Cedec, São Paulo, 1995, p. 160-161.

(4) Documento das Nações Unidas A/Conf. 166/9, p. 17.

(5) Alves, J. A. Lindgren, *op. cit.*, p. 158-160.

minaram com seu assassinato em novembro de 95.

Nessas condições, e tendo em conta que todos os países muçulmanos, ainda que de governos não-fundamentalistas, usam o Islã como referência para o ordenamento societário — já que esta religião não admite a separação entre o civil e o sagrado —, era de esperar que todos eles, inclusive os moderados, se apresentassem mais "integristas" nos foros internacionais, como forma de preempção e esvaziamento das bandeiras dos opositores fanáticos.

No Ocidente, por sua vez, o cristianismo, em suas diversas denominações, também acentuou o movimento de reversão aos dogmas, seja nas vertentes carismáticas do catolicismo e pentecostais do protestantismo, seja no âmbito da própria ortodoxia romana. É sintomático, nesse sentido, que a Encíclica *Evangelium Vitae,* com radical condenação doutrinária à contracepção e ao aborto em qualquer circunstância ("crime que nenhuma lei humana pode pretender legitimar"), tenha sido divulgada em 30 de março, durante a realização, em Nova York, da última sessão do Comitê Preparatório da Conferência de Beijing.

Uma vez que o feminismo, assim como os direitos humanos, teve seu nascedouro no Ocidente, e este ainda se caracteriza pelo secularismo dos respectivos Estados, o crescente integrismo de suas religiões principais não tem chegado a impor-se nas posições dos respectivos governos. As exceções, que sempre existem, ficam por conta de alguns países católicos da América Latina, em que a separação entre Igreja e Estado não está clara no ordenamento constitucional, e poucos outros, que já no Cairo se haviam alinhado estreitamente com as posições da Santa Sé.

Os países ocidentais desenvolvidos mantêm, contudo, e vêm aprofundando um outro tipo de "fundamentalismo" cujos efeitos não têm sido menos prejudiciais a grandes parcelas da população mundial, particularmente a segmentos femininos: o radicalismo neoliberal, excludente e insensível à pobreza. Esse tipo de postura "integrista", já evidenciado na Cúpula de Copenhague, onde os belos compromissos de lutar pela eliminação da pobreza e de promover a integração social não se fizeram acompanhar de qualquer gesto ou medida de caráter redistributivo, só pode gerar, entre os países em desenvolvimento de culturas não-ocidentais, reações de rejeição a tudo que o Ocidente postula universalmente em nome da ética, geralmente de forma arrogante. Reforçam, por isso, tais países, de maneira ainda mais veemente, suas posições particularistas na defesa das culturas próprias, inclusive no que elas possam ter de mais retrógrado.

A inconsistência da atitude ocidental, que prolonga num mundo economicamente globalizado o egocentrismo das antigas metrópoles coloniais, num momento em que tanto se luta por direitos, acaba fatalmente por ser encarada como uma nova forma de imperialismo cultural. E as principais vítimas disso tudo, direta e indiretamente, acabam sendo, como sempre, as mulheres. Diretamente, porque o culto exagerado do mercado tem produzido em toda parte o fenômeno da feminização da pobreza: 70% dos 1,25 bilhão de pobres e miseráveis de todo o mundo hoje são mulheres. Indiretamente, porque os aspectos mais repressivos das culturas tradicionais sempre incidem nos direitos da população feminina. É de um francês, em livro não propriamente "de esquerda", a interpretação de que aqueles que se abrigam atrás do mercado para legitimar seus privilégios "assemelham-se aos barbudos fundamentalistas que brandem o Corão para encobrir a

opressão de suas mulheres. *A intégrisme, intégrisme et demi*".[6]

Foi, portanto, num misto de euforia e ansiedade que se iniciou a maior conferência jamais realizada sob os auspícios das Nações Unidas: a IV Conferência Mundial sobre a Mulher.

2. A Conferência Intergovernamental de Beijing

Segundo dados anunciados dois dias antes do encerramento da Conferência pela porta-voz Thérèse Gastaut,[7] até aquela data o número de pessoas inscritas no evento intergovernamental — realizado de 4 a 15 de setembro — ascendia a 16.829, sendo 4.969 delegadas e delegados governamentais de 189 Estados-membros e observadores da ONU, 4.020 integrantes de ONGs e 3.235 jornalistas (*media people*). Se a esse total forem acrescentadas as cerca de 35.000 participantes do fórum não-governamental de Huairou, a Conferência de Beijing terá tido, no conjunto, uma afluência mais de duas vezes e meia maior do que a Cúpula de Copenhague ou a Conferência do Cairo e mais de cinco vezes superior à Conferência de Viena sobre direitos humanos.

Não obstante, para quem procurou acompanhar a Conferência de Beijing apenas pela imprensa, o evento, com toda essa mobilização, não terá passado de uma grande quermesse.

Salvo raríssimas exceções, algumas das quais brasileiras, os *media* parecem ter sido atraídos apenas pelo colorido alegre, nem por isso despiciendo, do Fórum de ONGs, em Huairou, com interessante cobertura das festas e manifestações, bem como amplas descrições e interpretações das disputas EUA *versus* China sobre matérias pouco atinentes à Conferência,[8] mas nenhuma informação sobre as deliberações. E se isso ocorreu com relação a Huairou, menos ainda se soube do que se passou em Beijing, no Centro de Convenções: da seriedade das discussões, do calor das disputas, das dificuldades das negociações do extraordinário interesse das mulheres e homens presentes à conferência intergovernamental, em sessões que se prolongavam noite adentro, na obtenção de documentos normativos efetivamente úteis à luta da mulher pela afirmação do papel que lhe é devido em cada sociedade.

Eximo-me de falar de Huariou porque lá não estive. E porque outros(as) o podem fazer com efetivo conhecimento de causa. Limito-me, pois, à conferência intergovernamental, cuja multiplicidade de comitês, grupos e subgrupos de trabalho, além do Plenário, já torna temerária qualquer tentativa de avaliação adequada e justa.

Para elaborar a Declaração de Beijing — a partir de um pequeno esboço da autoria do Grupo dos 77 e algumas idéias a ele contraditórias dos EUA e Canadá — e para encontrar linguagem consensual para os densos trechos entre colchetes do longo projeto de Plataforma de Ação — 370 colchetes num conjunto total de 362 parágrafos — foram constituídos um Comitê Principal, dois Grupos de Trabalho, dois Grupos de Contacto e um Grupo de Amigos da Presidente do Comitê Principal. Para conseguirem funcionar, os Grupos de Contacto foram muitas vezes subdivididos em grupos informais de negociação. Apenas para o tema da

(6) Guillebaud, Jean-Claude, *La Trahison des Lumières*, Paris, Seuil, 1995, p. 64.

(7) *The Earth Times*, Beijing, 14.09.1995, p. 4.

(8) Particularmente o episódio da prisão, julgamento e posterior expulsão do ex-chinês naturalizado norte-americano Harry Wu e os exercícios bélicos da China nas proximidades de Taiwan.

saúde chegaram a funcionar simultaneamente seis desses grupos informais. E tudo isso se reunia e deliberava em paralelo às sessões do Plenário, no qual se proferiam, como em todas as conferências, os discursos políticos mais formais — quase totalmente ignorados pelas instâncias de negociação.

Em vista da multiplicidade de foros de discussão simultâneos, das conseqüentes dificuldades práticas para se acompanhar o desenvolvimento de cada questão, da exaustão das equipes negociadoras de todas as delegações nos últimos momentos[9] e, sobretudo, da intransigência de certos países e grupos de países em alguns dos temas mais delicados, chega a ser surpreendente que a Conferência tenha logrado adotar documentos tão significativos. Afinal, qualquer que venha a ser o seu efeito concreto no mundo real, a Declaração de Beijing e a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher são hoje os marcos fundamentais em que se baseará, nos próximos anos, a luta das mulheres pela concretização de seus direitos.

3. Os Documentos de Beijing

O principal documento oriundo da IV Conferência Mundial sobre a Mulher é a Plataforma de Ação, cujo escopo cobre virtualmente todos os campos de interesse para a situação da mulher no mundo e nas respectivas sociedades. Por sua abrangência e volume, constitui o mais completo diagnóstico internacional sobre a matéria e o mais pormenorizado guia para as ações a serem tomadas por Estados, organizações governamentais e não-governamentais, meios de comunicação, famílias e indivíduos, para a superação das discriminações de gênero.

Mais concisa, de mais fácil leitura, mas nem por isso menos importante, a Declaração de Beijing é o documento de caráter político pelo qual os Governos se comprometem a implementar a Plataforma de Ação. E precisamente por sua natureza política, no formato de compromissos estatais, sua negociação foi particularmente difícil.

4. A Plataforma de Ação de Beijing

Com 123 páginas e 361 parágrafos, a Plataforma de Ação de Beijing divide-se em seis capítulos.[10] O primeiro, intitulado "Declaração de Objetivos", define o documento como uma agenda para o *empowerment* das mulheres, destinada a acelerar a implementação das Estratégias de Nairóbi, oriundas da III Conferência Mundial, de 1985, e a remover os obstáculos à participação da mulher na vida pública e privada, mediante a observância do princípio da repartição de poder e responsabilidades com o homem. Para esse fim, a Plataforma reafirma a asserção da Conferência de Viena de 1993 de que "os direitos humanos da mulher e da menina são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais".[11]

O segundo capítulo, denominado "Contexto Mundial", adianta que a Plataforma visa a "estabelecer um grupo básico de ações prioritárias" a serem desenvolvidas nos próximos cinco anos.

(9) Rendo aqui homenagem à Embaixadora Thereza Quintella, Subchefe e coordenadora da Delegação do Brasil, que se encarregou de praticamente todas as sessões, muitas vezes sozinha, em alta madrugada, do Comitê Principal.

(10) Todas as citações, paráfrases e resumos aqui feitos são extraídos do Relatório da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher à 50.ª Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, documento A/Conf. 177/20, versões em inglês e em espanhol.

(11) Art. 18 da parte declaratória da Declaração e Programa de Ação de Viena, documento da Nações Unidas A/Conf. 157/23.

Antes de fazê-lo, porém, a Plataforma dá no Capítulo II várias orientações sobre os mais diversos campos por ela cobertos, reiterando alguns conceitos e princípios definidos em outros instrumentos internacionais, às vezes modificando-os, e estabelecendo sua forma de aplicação. Nele se reafirma, por exemplo, com linguagem da Declaração de Viena, que a natureza universal dos direitos humanos e liberdades fundamentais "não admite dúvidas".[12] Mencionam-se, pela ótica da mulher, as graves violações de direitos humanos observadas, especialmente em tempos de conflito armado, relacionando entre estas "o estupro sistemático, a gravidez e o aborto forçados, em particular dentro de políticas de faxina étnica". Assinala-se que mais de 1 bilhão de pessoas, a maioria das quais mulheres, estão vivendo em pobreza abjeta. Descreve-se o fenômeno da feminização da pobreza como decorrência das políticas e programas de ajuste estrutural, tanto pelo crescente desemprego, quanto pela transferência para a mulher das responsabilidades pelos serviços sociais básicos abandonados pelo Estado. Recorda-se, ainda, que 1/4 de todos os lares do mundo são mantidos por mulheres.

O Capítulo II aborda muitos outros aspectos da realidade internacional contemporânea, entre os quais as comunicações globalizadas e sua responsabilidade pela disseminação de imagens estereotipadas e inferiorizantes da mulher. Assinala o importante papel da religião nas vidas de milhões de mulheres e homens, sublinha o direito universal à liberdade de pensamento, consciência e religião, mas reconhece que "qualquer forma de extremismo pode ter impacto negativo sobre as mulheres e levar à violência e à discriminação".

Seu parágrafo de negociação mais difícil foi, de longe, o de número 9, por tratar das soberanias e, sobretudo, do papel das diferentes culturas na implementação da Plataforma de Ação.

Embora a questão do respeito aos valores culturais ante a universialidade dos direitos humanos já tivesse sido equacionada — não sem dificuldades — na Conferência de Viena, o assunto se tornou mais passional em Beijing porque, desde a Conferência do Cairo, o rol dos direitos fundamentais reconhecidos internacionalmente havia passado a incluir os direitos reprodutivos.[13] Mais ainda, porque o projeto da Plataforma recebido do Comitê Preparatório procurava assegurar o reconhecimento de outros direitos, na esfera da sexualidade. Se para o fundamentalismo religioso os direitos reprodutivos já eram problemáticos, "direitos sexuais" pareciam anátema.

A solução finalmente encontrada, um tanto ambígua como não poderia deixar de ser, consistiu numa colagem de textos previamente acordados nas conferências de Viena e do Cairo, encabeçados pela ressalva de que tudo, na Plataforma de Ação, está conforme com os propósitos e princípios (leia-se o princípio da não-intervenção em assuntos internos dos Estados) da Carta das Nações Unidas. Com redação canhestra e de leitura difícil, o § 9.º da Plataforma de Ação de Beijing diz:

"o objetivo da Plataforma de Ação, em plena conformidade com os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e o direito internacional, é o *empowerment* de todas as mulheres. A plena realização de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as mulheres é essencial para o *empowerment* das mulheres. Ao mesmo tempo em que a importância das particularidades nacionais e regionais e os diversos contextos históricos, culturais e

(12) Art. 1.º da Declaração de Viena.

(13) §§ 7.2 e 7.3 do Programa de Ação do Cairo, Doc. A/Conf. 171/13, p. 41.

religiosos devem ser levados em consideração, é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. A implementação desta Plataforma, inclusive através das legislações nacionais e da formulação de estratégias, políticas, programas e prioridades, é de responsabilidade soberana de cada Estado, em conformidade com todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, e a importância e o pleno respeito pelos diversos valores éticos, contextos culturais e convicções filosóficas dos indivíduos e suas comunidades devem contribuir para o pleno gozo pelas mulheres de seus direitos humanos, com vistas a alcançarem igualdade, desenvolvimento e paz".

Por mais pesado e desajeitado que se apresente, o § 9.º é exemplo de resultado bem-sucedido de negociação diplomática na busca de convergência entre posições conflitantes. Ele é positivo para todos: para os governos de orientação particularista, porque protege as soberanias e valoriza o papel das culturas específicas; para os governos e militantes universalistas, porque as culturas não podem violar os direitos humanos universais, devendo, ao contrário, contribuir para o *empowerment* e a não-discriminação das mulheres.

O Capítulo III da Plataforma de Ação define suas "áreas críticas de preocupação", a saber:

• a carga persistente e crescente da pobreza sobre a mulher;

• as desigualdades e inadequações no acesso à educação e ao treinamento;

• as desigualdades e inadequações no acesso aos serviços de saúde e conexos;

• a violência contra a mulher;

• os efeitos de conflitos armados e de outros tipos sobre as mulheres, inclusive aquelas que vivem sob ocupação estrangeira;

• a desigualdade nas estruturas e políticas econômicas, em todas as formas de atividades produtivas e no acesso a recursos;

• a desigualdade entre homens e mulheres no exercício do poder e na tomada de decisões em todos os níveis;

• a insuficiência de mecanismos em todos os níveis para promover o avanço da mulher;

• a falta de respeito e de promoção e proteção adequada aos direitos humanos da mulher;

• os estereótipos sobre a mulher e a desigualdade no acesso e na participação da mulher em todos os sistemas de comunicação, especialmente nos *media*;

• as desigualdades de gênero na gestão dos recursos naturais e na proteção ambiental;

• a persistência da discriminação contra a menina e a violação de seus direitos.

A partir dessas áreas críticas, a Plataforma, no Capítulo IV, o mais longo de todos, faz para cada uma o diagnóstico dos problemas e propõe as ações concretas a serem seguidas pelos mais diversos atores influentes nas sociedades nacionais e na esfera internacional, a fim de alcançar as metas, todas elas interdependentes, das Estratégias de Nairóbi, através da igualdade, do desenvolvimento e da paz.

Estendendo-se por 100 páginas, densas e minuciosas, às vezes repetitivas e confusas, o Capítulo IV é o mais substantivo de toda a Plataforma, dele ressaltando, do início ao fim, a perspectiva de gênero — conceito de conteúdo sociológico — sobre a diferenciação por sexo — de conotação meramente biológica —, conforme era desejo do movimento de mulheres em todo o mundo.

A própria supremacia da noção de gênero sobre a de sexo no documento foi objeto de dificuldades, desde as

discussões do Comitê Preparatório, pois, para algumas delegações, a idéia era vista com desconfiança, como algo que pudesse avultar permissividade ou "legitimação" do homossexualismo.

A questão da discriminação contra homossexuais era, sim, matéria de preocupação para muitos governos participantes da Conferência e referida, ostensivamente, no projeto da Plataforma de Ação, pela expressão "orientação sexual", que aparecia entre colchetes em quatro diferentes parágrafos, na relação de fatores que constituem "barreiras à plena igualdade e ao progresso das mulheres" — assim como o são a raça, a idade, a língua, a etnicidade, a cultura, a religião ou a deficiência. A expressão terminou suprimida, do § 46 e dos demais, na madrugada do dia 14 — última sessão, muito tensa, do Comitê Principal e, portanto, último momento para a resolução dos assuntos pendentes —, com a justificativa, formulada pela Presidente do Comitê, de que, sendo a listagem meramente exemplificativa, introduzida pelo locução "tais como", o conceito estaria implicitamente contemplado.

De todas as áreas críticas, tratadas no Capítulo IV, aquela referente à saúde e ao acesso aos serviços correlatos era a que gerava maiores temores de retrocesso com relação às conquistas do Cairo, pois nela se inseriam as referências aos direitos reprodutivos, à contracepção, ao aborto, à proteção contra o vírus HIV, assim como a noção de "direitos sexuais". Quase que surpreendentemente, as negociações realizadas no Grupo de Contexto dedicado ao tema foram mais construtivas do que se esperava, tendo sido possível não somente evitar retrocessos, mas também avançar na consideração da matéria. Os resultados dessas negociações encerradas já no dia 11 — muito antes da conclusão de outros grupos —, influíra significativamente no andamento de toda a Conferência, incutindo um otimismo que se fazia cada dia mais necessário às delegações estafadas.

Coberta pelos 89 a 111 da Plataforma de Ação, a área crítica da saúde é também, compreensivelmente, a mais comentada, favorável ou desfavoravelmente, conforme os respectivos pontos de vista, ao se abordarem os resultados da Conferência de Beijing. Sobre ela incidiu a maior parte das reservas formuladas por países muçulmanos e católicos, tendo a Santa Sé registrado reserva a toda a seção.

Ao diagnosticar os problemas enfrentados nessa esfera, o § 92 já aponta a direção de todas as recomendações, ao observar que:

"(...) o controle limitado que muitas mulheres exercem sobre sua vida sexual e reprodutiva e sua falta de influência na adoção de decisões são realidades sociais que têm efeitos prejudiciais a sua saúde. A falta de alimento para meninas e mulheres e a distribuição desigual dos alimentos no lar, o acesso insuficiente à água potável, ao saneamento e ao combustível, sobretudo em zonas rurais e em zonas urbanas pobres, assim como as condições deficientes de moradia pesam excessivamente sobre a mulher e sua família, repercutindo negativamente sobre sua saúde. A boa saúde é indispensável para viver de forma produtiva e satisfatória, e o direito de todas as mulheres de controlar todos os aspectos de sua saúde, em particular sua própria fecundidade, é fundamental para sua emancipação".

O parágrafo é ilustrativo da multiplicidade de preocupações relacionadas com a saúde da mulher e reflete as prioridades distintas dos mais diversos países como decorrência não apenas de tradições e comportamentos nocivos às mulheres, mas também do grau de desenvolvimento de cada um. Ele é importante até para descartar percepções errôneas de que a Conferência de Beijing tenha seguido pauta ditada pelo

Ocidente rico, de interesse apenas para mulheres de zonas urbanas ou de sociedades economicamente desenvolvidas. A IV Conferência sobre a Mulher, como as demais conferências da ONU, foi inegavelmente mundial, em termos de participação, e pluridimensional, em termos de abordagem. De qualquer forma, para as apreensões quanto a possíveis retrocessos com relação ao Cairo, o § 92, ao mencionar a necessidade de as mulheres controlarem "todos os aspectos de sua saúde, em particular sua própria fecundidade", como elementos indispensáveis à boa saúde e para a emancipação feminina, já adianta que não ocorrerão tais retrocessos.

De fato, o § 93 vai reiterar várias das preocupações expressas nos Programas de Ação do Cairo com referência a práticas — como a da mutilação genital feminina — e hábitos tradicionais — como a preferência por filhos varões, os casamentos prematuros por decisão de terceiros, a prioridade para os filhos homens na distribuição de comida em situações de escassez — mais incidentes em sociedades específicas, sobretudo africanas e asiáticas. Reafirma, igualmente, preocupações com a desinformação dos jovens, e em particular da meninas, sobre problemas de saúde relacionados à vida sexual, inclusive sobre gravidez e doenças sexualmente transmissíveis, entre as quais a infecção pelo HIV, para abrir caminho às recomendações pertinentes, na espera da educação e dos serviços de saúde, indicadas a partir do § 106, nas "medidas que devem ser adotadas". E os §§ 94 e 95 reproduzem, *ipsis litteris,* as definições da saúde reprodutiva e dos direitos reprodutivos adotadas na Conferência do Cairo.

As grandes novidades introduzidas nessas questões pela Conferência de Beijing dizem respeito a dois tópicos bem definidos: os direitos sexuais e o tratamento das mulheres que tenham recorrido ao aborto.

Ainda que não tenha sido possível manter no texto da Plataforma de Ação a expressão "direitos sexuais", já rejeitada pelos países muçulmanos e outros asiáticos no Cairo, eles se acham claramente definidos no § 96 da Plataforma de Ação, que afirma:

"Os direitos humanos da mulher incluem seu direito a ter controle e decidir de forma livre e responsável sobre as questões atinentes a sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual, sem coerção, discriminação e violência. Relações igualitárias entre a mulher e o homem em matéria de relações sexuais e reprodução, incluído o pleno respeito pela integridade da pessoa, requerem respeito mútuo, consentimento e responsabilidade compartilhada pelo comportamento sexual e suas conseqüências".

Levando-se em conta que todo o parágrafo respectivo do projeto de documento em discussão encontrava-se entre colchetes, sua aprovação, com reservas de muitas delegações, constitui, de qualquer forma, avanço considerável na luta pela igualdade nesse campo tão sensível. Até porque as palavras originais "os direitos sexuais incluem" aparecem substituídas por "os direitos humanos da mulher incluem", o que torna o conceito mais cogente.

Quanto ao segundo tópico assinalado, conseguiu-se em Beijing, de forma satisfatória, aquilo que se tentara no Cairo, com êxito apenas relativo: tratar o aborto não como um método de planejamento familiar, mas sim como um problema real e amplamente recorrente de saúde pública, a ser encarado de frente.[14]

(14) Sobre o tratamento do assunto no Cairo, v. Alves, J. A. Lindgren, "A Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento e suas implicações para as relações intemacionais", *Política Externa* v. 3 n. 3, dez.jan.fev. 1994-95, Paz e Terra, p. 138-9.

Conforme explicita o § 97, no contexto dos riscos a que são expostas as mulheres em função da inadequação ou da falta de serviços para atender às necessidades relacionadas à sexualidade e à reprodução:

"(...) O aborto inseguro ameaça a vida de um grande número de mulheres, representando um grave problema de saúde pública, na medida em que são em primeiro lugar as mais pobres e as mais jovens que correm o mais alto risco".

Com base nesse diagnóstico, dentro do objetivo estratégico de "aumentar o acesso da mulher durante todo seu ciclo de vida a serviços adequados da saúde, informação e conexos, a baixo custo e de qualidade", o § 106 recomenda aos governos:

• Na alínea (j) — "Reconhecer e enfrentar as conseqüências que têm para a saúde os abortos perigosos, por se tratar de questão de grande importância para a saúde pública, tal como acordado no § 8.25 do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento".

• Na alínea (k), após nova referência ao § 8.25 do Programa de Ação do Cairo, e sua reprodução integral — "considerar a possibilidade de rever as leis que prevêem medidas punitivas contra as mulheres que se tenham submetido a abortos ilegais".

A notícia da aprovação, em Grupo de Contacto, desta última recomendação circulou rapidamente entre as delegações, provocando surpresas e influenciando as demais negociações. Naquelas concernentes à Declaração de Beijing — a serem abordadas mais adiante — logo se compreendeu que o acordo sobre a matéria era ilusório: a recomendação fora aceita por seus opositores apenas porque passível de reservas em Plenário.

Muitos outros pontos atinentes à saúde da mulher e a outras áreas críticas do Capítulo IV, com graus de disputa e consenso variados, receberam tratamento atento e recomendações importantes. Uma das mais surpreendentes, dentro da área crítica da pobreza, foi a inclusão do direito à herança entre os assuntos a serem objeto de reformas legislativas, com vistas a assegurar às mulheres acesso pleno e igualitário aos recursos econômicos e à propriedade da terra e de outros tipos (§ 61, alínea b). Surpreendente porque, de acordo com a legislação islâmica, baseada no Corão e na doutrina da *sharia,* os direitos sucessórios da mulher, em todos os países muçulmanos, correspondem apenas a uma fração daqueles correspondentes ao homem. Por esse motivo, no Cairo havia sido necessário substituir a expressão "direitos sucessórios igualitários", nas medidas contra a discriminação contra as meninas, por "direitos sucessórios eqüitativos".[15] E em Beijing as negociações iniciais sobre a questão não ofereciam qualquer vislumbre de consenso.

Menos contenciosa e igualmente significativa foi a seção dedicada à violência contra a mulher, foco de atenção particular e crescente na área dos direitos humanos — até porque foi esse tema que introduziu um enfoque novo na abordagem daqueles direitos, nas esferas nacional e internacional; o da responsabilidade dos Estados para coibir a violência privada, muitas vezes no recesso do lar.

Interpretada no § 118 como "uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que levaram à dominação do homem sobre a mulher, à discriminação contra as mulheres e à prevenção do avanço pleno da mulher", esse tipo específico de violência é encarado como resultado de padrões culturais, cabendo às imagens divulgadas pelos meios de

[15] § 4.17 do Programa de Ação do Cairo.

comunicação, particularmente àquelas que retratam estupros, escravidão sexual e o uso de meninas e mulheres como objetos sexuais, responsabilidade especial na perpetuação de tais padrões. Na luta pela eliminação desse fenômeno, conforme as palavras do § 120, "os grupos de homens que se mobilizam contra a violência de gênero são aliados necessários".

Entre as diversas medidas recomendadas aos governos nessa esfera, pelo § 124, a primeira adquire relevância particular num período de fundamentalismos em expansão:

"(a) Condenar a violência contra a mulher e abster-se de invocar qualquer costume, tradição ou consideração religiosa para eludir as obrigações com respeito a sua eliminação que figuram na Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher".

Outras, igualmente importantes, dizem respeito à adoção e ao reforço de leis que punam a violência contra a mulher, seja ela perpetrada pelo Estado ou por pessoas privadas, em casa, no local de trabalho, na comunidade ou na sociedade. A alínea (g) fala da necessidade de estratégias para evitar a revitimação das mulheres vítimas de violência como decorrência de leis, práticas policiais ou procedimentos judiciais insensíveis às questões de gênero.

Encerradas as recomendações substantivas do Capítulo IV, dentro dos diversos objetivos estratégicos — o último dos quais é o de eliminar todas as formas de discriminação contra a menina —, o Capítulo V, denominado "Disposições Institucionais", faz grande número de recomendações aos Governos, à ONU, seus órgãos, suas comissões regionais e suas agências especializadas, para que implementem, promovam a disseminem a Plataforma de Ação. No nível nacional, em que se ressalta o papel primordial dos Governos na coordenação de ações e no próprio monitoramento do progresso alcançado, sublinha-se a necessidade de participação das mais variadas instituições, organizações governamentais e não-governamentais, das associações de base (*grass-roots organizations*) do setor privado e das próprias mulheres. Em todos os níveis, o que se propugna é, resumidamente, "uma política ativa e visível de incorporação da perspectiva de gênero, *inte alia* no monitoramento e na avaliação de todos os programas e políticas" (§ 292).

Se essas recomendações se justificam plenamente pelas disposições precedentes da Plataforma e pelo fato de todas as conferências da década haverem promovido o compromisso com o *empowerment* das mulheres, outras demonstram forte dose de irrealismo. É o caso, por exemplo, de recomendação ao Secretário Geral da ONU de alocação de fundos suficientes, dentro dos recursos do orçamento regular, a todas as áreas relevantes do Secretariado — num momento em que, sabidamente, a ONU como um todo está em regime quase falimentar. E a própria atribuição à Assembléia Geral, como instância política máxima da Organização, da tarefa de incluir a perspectiva de gênero "em todos os seus trabalhos", além de praticamente impossível do ponto de vista de muitas das matérias tratadas — como o desarmamento, o controle do narcotráfico, as disputas de soberanias, a regulamentação do espaço exterior e o direito do mar —, ela imagina que o órgão disponha de uma infra-estrutura técnico-administrativa e uma capacidade de articulação política e meticulosidade muito além da realidade.[16]

(16) A 50.ª Sessão da Assembléia Geral, iniciada imediatamente após o encerramento da Conferência de Beijing, pouca atenção pôde dedicar às recomendações da Plataforma de Ação, tanto pela massa avassaladora de assuntos constantes de sua agenda, como porque o próprio relatório

O Capítulo VI, último do documento, trata das disposições financeiras necessárias os objetivos da Plataforma. É, de longe, o capítulo menos criativo de todo o documento, o que evidencia, a exemplo do que já se vira na Cúpula de Copenhague, a pouca disposição dos mais abastados, seja em nível internacional, seja no âmbito interno dos Estados, para traduzir em medidas redistributivas capazes de viabilizá-los os compromissos assumidos em documentos multilaterais de conteúdo ético.[17]

Assinalando, mais uma vez, que a responsabilidade principal para a implementação dos objetivos estratégicos é dos Governos, o Capítulo VI recomenda que estes aloquem "recursos suficientes, inclusive recursos para a realização de análises sobre os impactos de gênero", à concretização da Plataforma de Ação na esfera nacional. Para a obtenção desses recursos, o máximo que se recomenda é a redução, "quando, apropriada, das despesas militares excessivas e dos investimentos para a produção e aquisição de armas, em consistência com as exigências da segurança nacional" (§ 349). No mais, é proposta "a criação de um ambiente favorável à mobilização de recursos pelas organizações não-governamentais, particularmente as organizações de mulheres, redes e grupos feministas, o setor privado e outros atores da sociedade civil" (§ 350). Na esfera internacional, tal como ocorrido em Copenhague,[18] o máximo que se recomenda de concreto são esforços para a aplicação de meta — há muito acordada e pouco seguida — de contribuição, pelos países desenvolvidos, de 0,7% de seu produto nacional bruto à assistência internacional para o desenvolvimento, nesse caso "incrementando a parcela de financiamento a atividades destinadas a implementar a Plataforma de Ação" (§ 353). E uma adaptação da já muito conhecida e amplamente desconsiderada "fórmula 20/20" — pela qual 20% da ajuda externa oficial ao desenvolvimento e 20% do orçamento nacional dos países recipientes deveriam ser destinados a programas sociais básicos —, recomendado aos parceiros *interessados*, desenvolvidos e em desenvolvimento, quando observarem tal fórmula, que levem em consideração a perspectiva de gênero (§ 357).

5. A Declaração de Beijing

Enquanto a Plataforma de Ação é analítica e pormenorizada, a Declaração de Beijing, desde quando originalmente contemplada, propunha-se sintética e breve, para ser facilmente divulgável pelos meios de comunicação. E politicamente expressiva, de modo a simbolizar a determinação de uma comunidade internacional unida em torno da causa da mulher. Para assegurar a ela tal simbologia, a Declaração não poderia ser adotada com reservas, e sim por consenso efetivo. Esta foi a razão pela qual sua negociação revelou-se tão problemática, não tendo sido possível fazê-la refletir apropriadamente alguns dos avanços alcançados nas partes mais delicadas da Plataforma de Ação.

A Declaração é um texto de 4 páginas e 38 artigos, quase todos curtos e incisivos. Dizem os primeiros artigos:

da Conferência, com os documentos dela emergentes, somente ficou pronto no momento em que se iniciavam os debates, na III Comissão, sobre o tema do "avanço da mulher".

(17) Sobre o assunto v. Alves, J. A. Lindgren Alves, "A Cúpula de Copenhague sobre o Desenvolvimento Social e a 'Pós-Modernidade'", Prefácio ao *Relatório da ONU sobre a Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social,* série Traduções, n. 8, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 1995, p. 1-17.

(18) Ibid., p. 7 e 9.

"1. Nós, os Governos participantes da IV Conferência Mundial sobre a Mulher,

2. Reunidos em Beijing em setembro de 1995, ano do 50.º aniversário da fundação das Nações Unidas, (...).

5. Reconhecemos que a situação da mulher avançou em alguns importantes aspectos ao longo da década passada, mas o progresso não tem sido homogêneo, persistem as desigualdades entre mulheres e homens e continua a haver grandes obstáculos, com graves conseqüências para o bem-estar de todos (...)".

A partir daí são reafirmados os compromissos dos Governos com os "direitos iguais e a dignidade de mulheres e homens"; com a implementação dos "direitos humanos da mulher e da menina, que constituem parte inalienável, integral e indivisível de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais"; com o "consenso e o progresso obtidos nas conferências e cúpulas anteriores das Nações Unidas";[19] com as Estratégias de Nairóbi; com o "*empowerment* e o avanço da mulher". Em seguida os Governos se afirmam convictos de que o *empowerment* da mulher é fundamental para alcançar a igualdade, o desenvolvimento e a paz; de que "os direitos da mulher são direitos humanos" (art. 14); e, entre muitos outros conceitos já fixados na Plataforma de Ação, de que:

"o reconhecimento explícito e a reafirmação do direito de todas as mulheres de controlar todos os aspectos de sua saúde, em particular sua própria fertilidade, é essencial a seu *empowerment*" (art. 17).

Tanto a inclusão desse artigo, que reflete corretamente os acordos do Cairo e o § 92 da Plataforma de Ação, como a do art. 14, que reconhece os direitos da mulher como direitos humanos, foram objeto de acirrados debates. Sobre o art. 14, para cuja adoção a atuação da delegação do Brasil foi decisiva,[20] fizeram reservas no Grupo de Contacto pertinente — já que a Declaração não poderia sofrer reservas em Plenário — as delegações da Santa Sé, do Benin e da Argentina. As indecisões e reservas se prendiam, obviamente, ao fato de os direitos da mulher incluírem, desde a Conferência do Cairo, os direitos reprodutivos e, agora, conforme o art. 96 da Plataforma de Ação de Beijing, os direitos sexuais.

O artigo de mais difícil negociação foi o 23, concernente a garantias de plena observância dos direitos da mulher e da menina, objeto de várias versões, todas rejeitadas, que mencionavam os direitos sexuais, fosse citando-os expressamente, fosse repetindo a linguagem conceitual do § 96, já então aprovado no respectivo grupo negociador. Menção a esses direitos era reputada imprescindível pela União Européia e outros países ocidentais, que ameaçavam rejeitar o conjunto da Declaração caso fossem omitidos, e radicalmente objetada pelos países islâmicos e católicos de orientação fundamentalista, que assim tornaram claro só haverem aceito a conceituação de tais direitos na Plataforma porque sobre ela poderiam registrar reservas. A intransigência de

(19) Note-se que o compromisso é com o "*consenso* e o progresso", não com a integralidade dos documentos oriundos das conferências.

(20) Sobre o assunto v. Correa, Sonia, "Beijing — Histórias e Geografias — Um primeiro balanço", na revista *Fêmea* Ano III n. 32, setembro de 95, Brasília, CFEMEA, p. 4, e *Jornal da Abong* 13, dezembro de 95, p. 3. Para ser mais preciso, o que eu disse, ao ouvir do porta-voz do Grupo dos 77 a declaração de que "o Grupo" ainda tinha problemas com o art. 14, foi que ele poderia estar falando em nome de "alguns membros do Grupo", mas não em nome do Grupo dos 77, pois somente se meu país tivesse enlouquecido teria problemas com a afirmação de que os direitos da mulher são direitos humanos.

ambos os lados foi grave e ameaçadora para a Declaração e para o conjunto dos esforços da Conferência. As negociações sobre esse ponto, longe de levarem a um esboço de convergência, tornavam crescentemente passionais as delegações mais atuantes. Venceram, nesse caso, no final, os fundamentalistas, uma vez que o parágrafo adotado na Declaração fala apenas da determinação de:

"23. Assegurar o pleno gozo pelas mulheres e meninas de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e adotar medidas efetivas contra as violações desses direitos e liberdades".[21]

A ele se segue parágrafo sobre a adoção de todas as medidas necessárias à eliminação das discriminações contra a mulher e a menina e à remoção de obstáculos à igualdade de gênero e ao *empowerment* da mulher. Já o § 25 fala da determinação de:

"25. Encorajar os homens a participarem de forma plena em todas as ações em direção à igualdade".[22]

Outra área de conflito nas negociações da Declaração era a concernente ao acesso aos recursos econômicos, objeto do art. 35. O Grupo dos 77 pretendia salientar, nessa esfera, a necessidade da cooperação internacional e a importância do apoio aos Estados para poderem promover o avanço da mulher. Os países desenvolvidos ocidentais, por seu lado, privilegiavam o avanço da mulher como meio para fortalecer as sociedades. A fórmula finalmente encontrada é de nítido compromisso:

"35. Assegurar o acesso igualitário das mulheres aos recursos econômicos, entre os quais a terra, crédito, ciência e tecnologia, treinamento vocacional, informação, comunicação e mercados, como meio para desenvolver o avanço e o *empowerment* da mulher e da menina, inclusive através do aprimoramento de suas capacidades para usufruir dos benefícios do acesso igualitário a esses recursos, *inter alia,* por meio da cooperação internacional".

Foi problemático, por outras razões, o art. 28, concernente à paz para o progresso da mulher e ao papel da mulher no movimento pacifista, por apelar para o desarmamento, em particular para a negociação e conclusão urgente de um tratado de proscrição aos testes nucleares. Sugerido pelo Chile, e de interesse mais próximo para delegações como as da Nova Zelândia e Austrália, em função da retomada dos testes nucleares franceses no Pacífico, o artigo da Declaração não chegou a ser objetado pela França. Esta fez, contudo, reserva em Plenário, não a ele, mas a seu correspondente dentro da Plataforma de Ação: o § 247, dentro da área crítica "mulher e meio ambiente".

Também teve problemas o longo § 36, relativo à mobilização de recursos e às interligações entre direitos igualitários, desenvolvimento sustentável e justiça social. A solução encontrada foi a reprodução de textos previamente aprovados na Cúpula sobre o Desenvolvimento Social.

(21) Uma leitura atenta da Declaração mostra que a omissão desses direitos da mulher não chega a causar qualquer problema, pois eles estão estabelecidos na Plataforma e a Declaração afirma a que os direitos da mulher são direitos humanos. A insistência dos ocidentais, para marcar posição, adquiriu muitas vezes feições arrogantes, que pouco auxiliariam a causa das mulheres. O Brasil ofereceu diversas alternativas de linguagem conciliatória, mas, dada a passionalidade com que o assunto passou a ser tratado no grupo de trabalho informal, presidido por dedicada delegada canadense, elas não chegaram a ser consideradas.

(22) Embora o § 25 não tenha sido objeto de qualquer discórdia na Conferência de Beijing, cito-o aqui em função de estereótipos ainda existentes no público em geral sobre o feminismo como um movimento antimasculino, com o qual o homem não se pudesse solidarizar, ou nada tivesse a ver.

O art. 32, que, a exemplo do § 46 da Plataforma, relaciona exemplificadamente as barreiras enfrentadas pelas mulheres, também foi objeto de alguma controvérsia. Delegações africanas, particularmente de Ruanda, país onde a exacerbação da "etnicidade" acabara de provocar verdadeiro genocídio — passível de repetição e extravasão para o Burundi —, desejavam excluir a palavra da lista,[23] enquanto outras delegações, de países com conflitos de ordem diversa, ameaçavam incluir na listagem conceitos como "ocupação estrangeira" e outros temas polêmicos. O Canadá, por sua vez, insistia em menção aos indígenas. O texto finalmente adotado acomodou, como no § 46, a preocupação canadense — com o acréscimo, ao final da relação, de "(...) e porque são indígenas" —, ficando as demais postulações abandonadas ou esquecidas na evolução dos trabalhos.

Embora com essas dificuldades e omissões, a Declaração de Beijing atende largamente aos interesses e preocupações do movimento de mulheres de todo o mundo. E sua brevidade e expressividade têm, efetivamente, facilitado sua divulgação e utilização.

6. A Preparação e a Participação do Brasil

Todo o processo preparatório e a própria participação do Brasil na Conferência de Beijing deram-se em estreito diálogo entre o Governo e a sociedade civil — mais particularmente entre o Executivo federal e o movimento de mulheres, deputadas, senadoras e Conselhos estaduais e municipais da condição feminina, ouvidos também segmentos mais específicos da sociedade, como o movimento de mulheres negras, representantes de mulheres rurais e associações femininas de diversas categorias. Para isso beneficiou-se o Governo federal das experiências similares que já vinha realizando, na década de 90, na preparação de outras conferências, particularmente a do Cairo, de 1994. A diferença do caso de Beijing com relação aos demais terá sido na *intensidade* desse diálogo, dada a extraordinária mobilização das mulheres brasileiras para o evento — extraordinária mas não surpreendente, à luz de sua já decisiva atuação por ocasião da elaboração da Constituição federal de 1988.

Coordenadas por uma eficaz Articulação, que congregava grande número de organizações femininas e feministas, ou em outras formas de atividades participativas, as mulheres brasileiras, além de atuarem incisivamente no processo preparatório oficial, promoveram vários eventos paralelos não-governamentais, estabeleceram as bases das posições do Governo, compareceram em número expressivo ao fórum de Huairou e asseguraram ao Brasil uma das presenças mais numerosas e ativas no Centro de Convenções de Beijing. Puderam, assim, nas reuniões diárias mantidas pela delegação à Conferência oficial, opinar, legítima e substantivamente, sobre o processo negociador do Programa de Ação e da Declaração adotados.

Tal como ocorrera com relação à Conferência de População, o processo preparatório oficial ficou a cargo de um Comitê Nacional constituído por decreto presidencial.[24] O Comitê, sempre por

(23) Contrariando, com isso, as representantes do movimento de mulheres negras que integravam a delegação do Brasil.

(24) Conforme estabelecido pelo Decreto de 08.12.1993, o Comitê Nacional foi presidido pelo Ministério das Relações Exteriores e integrado pelos seguintes órgãos: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (representando o Ministério da Justiça), Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária, Ministério da Educação e do Desporto, Ministério do Trabalho, Ministério da Previdência Social,

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

meio de decisões consensuais, muitas vezes tomadas após longos e acalorados debates, escolheu relatoras e consultoras para suas tarefas e definiu um programa de seminários abertos à participação de todos os interessados.[25] Tais seminários iriam fornecer os insumos para o relatório nacional previsto para encaminhamento às Nações Unidas, conforme as resoluções internacionais pertinentes, uma vez que o Programa de Ação a ser discutido em Beijing deveria refletir os problemas, as conquistas e as aspirações de todos os Estados participantes da conferência.

O *Relatório Geral sobre a Mulher na Sociedade Brasileira*,[26] examinado parágrafo por parágrafo no âmbito do Comitê Nacional e por ele adotado também consensualmente, ao refletir de maneira franca e realista as conquistas e problemas da mulher em nossa sociedade, além de oferecer importante diagnóstico da situação brasileira, é documento de características inéditas. Tanto por ser fruto de um diálogo amplo e democrático, quanto por haver logrado conciliar as posições variadas e muitas vezes divergentes — como é natural em qualquer grande movimento social — existentes no seio do movimento de mulheres do Brasil. Culminação de um processo delicado, às vezes controvertido, mas finalmente bem-sucedido, de harmonização de posições, o relatório foi louvado por quase todos(as) que dele tiveram vista, a começar pela agência competente da Nações Unidas — o UNIFEM[27] — por sua qualidade e abrangência. Mais do que isso, porém, ele simboliza uma interação cooperativa entre autoridades governamentais e representantes do movimento de mulheres sem precedentes no Brasil, pelo menos nesse tipo de atividade. Se tal interação, que prosseguiu durante as negociações em Beijing, foi possível para a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, nada deve impedir que ela prossiga para a implementação de suas recomendações.

A partir do diagnóstico do relatório oficial, levando em conta as aspirações maciçamente majoritárias de sua população feminina, com o respaldo firme do movimento de mulheres, mas sem negligenciar qualquer aspecto da legislação nacional, pôde a delegação do Brasil atuar positiva, consistente e, algumas vezes, decisivamente em Beijing, sem arrogância ou qualquer tipo de "fundamentalismo".[28]

Ministério da Saúde, Ministério do Bem-Estar Social, Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal, Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República, Procuradoria-Geral da República, a Coordenadora do Fórum Nacional de Presidentas dos Conselhos Estaduais da Condição Feminina e uma representante do Poder Judiciário. A Agência Brasileira de Cooperação funcionou como núcleo da articulação técnica.

(25) Foram realizados cinco seminários, sobre as seguintes temáticas: 1) "Gênero e relações de poder", em Salvador; 2) "Políticas econômicas, pobreza e trabalho", no Rio de Janeiro; 3) "Violência contra a mulher", em São Paulo; 4) "Mulher: educação e cultura" e "Saúde da mulher", em Porto Alegre; e 5) "Cooperação técnica internacional", em Brasília.

(26) Publicado pelo Ministério das Relações Exteriores em 1994 e amplamente divulgado. A relatoria geral foi realizada pela Promotora de Justiça do Estado de São Paulo Luiza Nagib Eluf.

(27) O Fundo das Nações Unidas para a Mulher — UNIFEM — liderou o conjunto de agências das Nações Unidas que, juntamente com a OEA, financiou e prestou assessoria consultiva ao seminários, consultorias e relatorias.

(28) A delegação do Brasil, que contou com mais de 80 integrantes — governamentais, dos três Poderes e dos três níveis da Federação, e não-governamentais —, foi chefiada pela Doutora Ruth Cardoso, Presidente do programa Comunidade Solidária, tendo como Subchefes a Embai-

Em seus discurso em Plenário, no início da Conferência, assinalava a Doutora Ruth Cardoso:

"Os progressos alcançados até aqui (...) e consolidados nas Conferências do Rio de Janeiro, de Viena, do Cairo e de Copenhague — e que aqui devemos reiterar, sem recuos e hesitações — proporcionam, neste momento, as bases para a construção de uma nova agenda na luta pela emancipação das mulheres".[29]

A preocupação com o respeito às decisões das conferências anteriores foi, portanto, uma constante para a delegação do Brasil, mas não foi a única fonte de inspiração nas negociações. A necessidade de progresso através da cooperação, do entendimento e da tolerância também o foi, como o foram, em especial, a universalidade dos direitos humanos, em suas diversas categorias — civis, políticas, econômicas, sociais e culturais —, inclusive, e naturalmente com ainda maior atenção, os direitos humanos específicos das mulheres.

7. Conclusão

Em sua célebre resposta à indagação do pároco berlinense Zölner sobre o que era a Ilustração, Kant a definia como "a saída do homem de sua autoculpável minoridade". Esta significaria "a incapacidade de servir-se de seu próprio entendimento sem ser guiado por outro". Cada um seria culpado de sua própria minoridade quando a causa desta não decorresse de carência de entendimento, mas sim da falta de decisão e coragem para dele servir-se sem guia alheio. "*Sapere aude*! Ousa servir-te de tua própria razão! Eis aqui o lema da Ilustração".[30]

Seja pelo desenvolvimento de sua situação em grande parte do mundo, seja nos documentos oriundos de cada uma das quatro grandes conferências da ONU a ela dedicadas nas três últimas décadas, o caminho percorrido pela mulher no Século XX, mais do que um processo bem-sucedido de auto-ilustração no sentido Kantiano — da qual a mulher efetivamente equiparada ao homem prescindiria e a mulher biológica *per se* não necessitaria —, evidencia uma capacidade de auto-afirmação, luta e conquista de posições inigualáveis na História. O fato é o tão evidente que sua reiteração soa lugar-comum. Mais interessante parece o exame dos fundamentos de tal evolução.

Na descrição de Miriam Abramovay, o desenvolvimento conceitual subjacente à *praxis* do feminismo passou, nas últimas duas décadas, dos enfoques reducionistas que encaravam a mulher como ente biológico, ao tratamento de sua situação como ser social, "ou seja, incorporou-se a perspectiva de gênero para compreender a posição da mulher na sociedade". As conferências da ONU, por sua vez, sempre tendo como temas "Igualdade, Desenvolvimento e Paz", foram expandindo os campos prioritários de atuação. A partir dos subtemas do trabalho, da educação e da saúde, na Conferência do México, em 1975, passaram a incluir a violência, conflitos armados, ajustes econômicos, poder de decisão e direitos humanos em Nairóbi, em 1985, e, agora, abrangem os novos temas globais do meio ambiente e dos meios de comunicação, além da situação particular das meninas. As estraté-

xadora Thereza Quintella, Embaixadora do Brasil em Moscou, e a Doutora Rosiska Darcy de Oliveira, Presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.

(29) Texto datilografado, Pequim, 05.09.1995, p. 2 e 5.

(30) Kant, Immanuel, "Respuesta a la pregunta: Qué es la Ilustración?", *in: Maestre*, Agapito (org.), *Qué es Ilustración?*, trad. espanhola Agapito Maestre e José Romagosa, Madri, Tecnos, 1993, p. 17-18.

gias, que privilegiavam originalmente a integração da mulher no processo de desenvolvimento, em Nairóbi já afirmavam que "o papel da mulher no processo de desenvolvimento tem relação com o desenvolvimento de toda a sociedade". Faziam-no, porém, sem um exame mais detido das relações históricas assimétricas homem-mulher, que incorporam relações de poder.[31] Em Beijing as relações de gênero, com seu substrato de poder, passaram a constituir o cerne das preocupações e dos documentos adotados, tendo como asserção fundamental a reafirmação dos direitos da mulher como direitos humanos. E nestes se acham, hoje, naturalmente, incluídos seus direitos e necessidades específicos, particularmente os reprodutivos, os sexuais e os referentes à violência de que são vítimas, por indivíduos e sociedades, tradições, legislações e crenças.

Não cabe aqui falar em particularismo anti-iluminista por se tratar de direitos específicos. Sua especificidade, inerente à natureza biológica e humana de mais de metade da humanidade, longe de enfraquecer, fortalece o universalismo da Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Conforme assinalava a Chefe da delegação do Brasil imediatamente após o parágrafo supracitado:

"Nesta agenda, as mulheres hão de ser não somente beneficiárias, mas, sobretudo, promotoras do desenvolvimento sustentado e com eqüidade. (...) Teremos como horizonte uma democracia que, reconhecendo a existência de diferenças entre os sexos, seja capaz de garantir-lhes a igualdade de direitos. Assim, entendida a luta das mulheres pela igualdade não é apenas uma luta em seu próprio benefício. É uma luta em benefício de todos e se confunde, por isso mesmo, como o fortalecimento da própria democracia. (...)

Um dos maiores desafios exigidos por esse momento reside na necessidade de nos unirmos para mobilizarmos recursos, de modo que esta Plataforma de Ação aqui aprovada se transforme em realidade, beneficiando não só as mulheres, mas toda a Humanidade".

Nesse sentido, nitidamente iluminista, a Conferência de Beijing poderia ser interpretada como o veículo de uma verdadeira universalização dos direitos humanos da Ilustração, atualizando em dois séculos *os Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789,* numa revanche póstuma de Olympe de Gouges, guilhotinada em 1793, revanche esta consubstanciada na *vindication* ampliada dos direitos defendidos por Mary Wallstonecraft no mesmo século XVIII. O problema novo para que os ideais de ambas as precursoras se universalizem, a par das dificuldades já existentes desde sempre para sua materialização, é que nestes tempos atuais, ditos "pos-modernos" — na verdade apenas contra-iluministas — o universalismo voltou a ser questionado de maneira veemente no próprio campo da epistemologia e das ciências sociais, enquanto os direitos humanos se vêem ameaçados por todos os tipos de fundamentalismos.

Num período de equilíbrio de terror nuclear, ainda assim mais "otimista" do que o atual, quando a campanha contra o *apartheid* e as discriminações amalgamava a maior parte dos Estados, a I Conferência Mundial sobre a Mulher, de 1975, propiciou a adoção, em 1979, pela Assembléia Geral da ONU, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, principal instrumento jurídico internacional para a Defesa dos direitos da parcela feminina das populações nacionais, coletiva e individualmente.

(31) Abramovay, Miriam, "Uma conferência entre colchetes", *Estudos Feministas* v. 3 n. 1/95, IFCS/UFRJ-PPCIS/UERJ, p. 213-214.

Em 1980, em Copenhague, em meio a compromissos assumidos pelos Estados para a ratificação dessa Convenção, o foco da II Conferência deslocou-se para o tema do desenvolvimento. Na III Conferência em Nairóbi, enquanto os temas prioritários se expandiam consideravelmente, o número de ratificações à Convenção ainda permanecia limitado. Hoje, embora o número de adesões tenha crescido bastante — 140 signatários em 30 de junho de 1995[32] —, a Convenção para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher ainda é o documento jurídico internacional de proteção aos direitos humanos que conta com o maior número de reservas.

Reservas são, evidentemente, demonstrações de seletividade no nível de adesão de cada Estado aos documentos internacionais de cuja adoção participam. É em função das reservas a ela registradas que a universalidade da Plataforma de Ação de Beijing poderá ser contestada.

Em contraposição aos 18 Estados que haviam formulado reservas ao Programa de Ação do Cairo um ano antes, os 28 que o fizeram à Plataforma de Beijing[33] confirmam a tendência preocupante de expansão e aprofundamento de fundamentalismos já apontada anteriormente.

A maioria das reservas incide, conforme esperado, sobre os textos atinentes a direitos específicos da mulher. Algumas, por outro lado, de países ricos, reiteram posições sobre assistência econômica internacional muito pouco cooperativas com os objetivos da Plataforma de Ação.

Ante as reservas deste segundo tipo e a falta de ânimo construtivo para uma melhor distribuição nacional e internacional de recursos ostentada no Capítulo VI do documento, não deixa de soar pertinente o seguinte trecho do discurso introdutório a suas reservas, feito em Plenário pela Chefe da delegação da Santa Sé, ao criticar o "individualismo exclusivista" dos direitos específicos consagrados na Plataforma de Ação:

"... Esta seletividade marca assim um passo a mais na colonização do amplo e rico discurso sobre os direitos universais por um dialeto empobrecido de direitos libertários. Seguramente, este encontro internacional poderia ter feito mais pelas mulheres e meninas do que deixá-las sozinhas com seus direitos!".[34]

Às reservas do primeiro tipo se aplicam ainda, com dolorosa adequação, as palavras iluminadas de Kant, na continuação do texto supracitado em que definia a Ilustração:

"... Aqueles tutores que tão bondosamente tomaram a si a tarefa da supervisão se encarregam de que o passo para a maioridade, além de difícil, seja considerado perigoso pela grande maioria dos homens (e entre estes todo o belo sexo)".

Na verdade o que está ultrapassado é tão-somente a generalização do trecho entre parênteses. A maior parte da metade feminina da humanidade já demonstrou e segue demonstrando so-

(32) Nações Unidas, *Human Rights — International Instruments — Chart of Ratifications as at 30 de June 1995*, p. 10. Dos 140 signatários, 6 não haviam ratificado a Convenção.

(33) É importante assinalar que o número de reservas efetivamente formuladas à Plataforma de Ação, conforme registrado no relatório oficial da Conferência à Assembléia Geral da ONU (Doc. A/Conf. 177/20), foi substancialmente menor do que parecia aos presentes à sessão de encerramento em Beijing. Isto porque, quando da submissão do texto à aprovação do Plenário, mais de 40 delegações solicitaram a palavra, muitas das quais, como agora se confirma, para expressar mais claramente seu apoio à integralidade do documento. Este foi o caso, inclusive, do Brasil.

(34) Doc. A/Conf. 177/20, p. 162 da versão inglesa.

bejamente a determinação com que põe em prática o lema *Sapere aude!* da Ilustração. Muitas individualidades do "belo sexo" continuam a ser "guilhotinadas", de formas diversas, por tal determinação. Outras permanecem na "minoridade" a que se refere o filósofo, menos, sem dúvida, por vontade própria do que pela ação de seus "bondosos tutores".

Quaisquer que sejam as reservas alheias aos documentos internacionais sobre os direitos da mulher, para o Brasil, inspirado desde a Inconfidência Mineira nos ideais universalistas da Ilustração (ainda que de maneira parcial e distorcida, como, de resto, todos os modernos Estados do Ocidente), detentor da nona maior economia do mundo, parte integral da Convenção da Mulher de 1979, sobre a qual já não mantém qualquer reserva,[35] e aderente sem seletividades à Plataforma e à Declaração de Beijing, o dado essencial a ser levado em conta é que os documentos oriundos da IV Conferência Mundial sobre a Mulher são agora parte integrante do conjunto de instrumentos internacionais de promoção e proteção aos direitos humanos. Como tal, precisam ser observados.

(35) O Brasil ratificou, com reservas, a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 1984. As reservas foram retiradas pelo Governo brasileiro em novembro de 1994, uma vez obtida necessária autorização do Congresso Nacional.

2 — DOUTRINA NACIONAL

ALGUNS ASPECTOS DA ESTRUTURA DOS CRIMES OMISSIVOS*

JUAREZ TAVARES

Sumário: 1. Introdução — 2. Ação e omissão — 3. Valoração da omissão — 4. Diferenças: crimes omissivos e comissivos — 5. Ação e omissão na estrutura normativa — 6. Critérios de diferenciação; 6.1 Critério da Energia; 6.2 Critério da Causalidade; 6.3 Critério do ponto de gravidade da conduta; 6.4 Crítica e opção doutrinária — 7. A reabilitação da causalidade — 8. A teoria da condição — 9. Aplicação do princípio da causalidade à omissão — 10. Causalidade e incremento do risco — 11. Crimes omissivos próprios e impróprios — 12. Crimes omissivos próprios — 13. Crimes omissivos impróprios — 14. A posição de garantidor — 15. O critério normativo — 16. O tipo dos delitos omissivos — 17. A cláusula da equivalência — 18. A solução dos casos — 19. Concurso de pessoas e tentativa nos crimes omissivos; 19.1 Concurso de pessoas; 19.2 Tentativa — 20. Dolo e erro.

1. Introdução

1. O Código Penal brasileiro prevê no art. 318 o crime de *facilitação de contrabando ou descaminho,* cuja ação está assim descrita: *"Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho".*

Embora seja um antigo delito funcional, a análise do respectivo tipo pode gerar, entretanto, alguma perplexidade, sugerindo, como primeira assertiva, aquilo que a doutrina brasileira, desde Nelson Hungria, e sem qualquer outra preocupação, vem admitindo, que o delito possa ser praticado por ação ou por omissão.[1] Mas esta simples afirmativa, ainda que correta, não esgota o âmbito da investigação típica. Se praticado por omissão, podemos, por exemplo, em seguida perguntar: trata-se de crime omissivo próprio ou impróprio? Dadas as características do tipo legal, essa é uma pergunta para a qual não encontramos resposta à primeira vista. Se concluirmos que é omissivo próprio, imediatamente poderemos ser contestados para indicar *onde a lei se refere à omissão,* isto é, onde se diz que o crime consiste em omitir-se de taxar ou de investigar a mercadoria que entra no país. Se dissermos que se trata de crime omissivo impróprio, devemos também esclarecer acerca dos fundamentos do dever de garantidor. Por outro lado, a sua identificação, como crime omissivo próprio ou impróprio, não é produto de mera especulação doutrinária. Conforme se trate de um ou de outro caso, devem variar os pressupostos de sua punibilidade. Daí que essa classificação

(*) Conferência proferida na Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte, 1995.

(1) Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal,* 1959, v. IX, p. 374.

merece um tratamento mais específico do que poderia aparentar.

2. Além de questões dessa ordem, que são comuns no trato judiciário, a vida cotidiana é extremamente rica de exemplos e de casos, aos quais a teoria jurídica muitas vezes não pode dar uma resposta satisfatória, porque ainda insuficientemente desenvolvida.

Situemos alguns deles.

3. Um guia alpinista convida umas pessoas para fazerem uma excursão ao Pico da Bandeira. Nessa excursão, alguns morrem porque o alpinista não lhes dá a devida atenção, deixando de indicar o caminho mais adequado de subida. Uma vez iniciado o procedimento criminal contra o alpinista, afirma este que, na realidade, não era ele um verdadeiro guia, já que não havia acordado com os demais de que os levaria sãos e salvos até o cume do morro, mas apenas os havia convidado para tal aventura.

Fato semelhante ocorre com a pessoa que vai à praia com seu filho menor e, desejando refrescar-se nas águas do mar, pede a alguém que está ao lado para *dar uma olhada na criança*, recebendo desse um rápido assentimento. Pois bem, enquanto a mãe dá seu mergulho, a criança corre, entra na água e morre afogada, porque a pessoa que deveria vigiá-la resolve dormir ao sol.

4. Dois irmãos, sem qualquer acordo prévio, estão nadando em águas profundas. Um deles, de repente, é acometido de cãibras e começa a afogar-se. O outro nada faz para ajudá-lo.

5. Em determinado edifício, observa-se defeito contínuo nos elevadores, a ponto de o ascensorista alertar o síndico para o problema, enfatizando que *alguém ali ainda ficaria preso,* obtendo, no entanto, como resposta de que tudo não passava de mera fantasia e que nada disso iria acontecer. Certo dia, um profissional liberal, que possuía consultório no prédio, precisou trabalhar até mais tarde, vindo a deixar o serviço após 22:00 horas, quando no local apenas permanecia um vigia. Toma o elevador e este pára no meio do andares. Imediatamente, aciona o alarme e desperta o vigia. Este, contudo, apesar de sua boa vontade, não sabe como mover o elevador, nem como abrir suas portas. O profissional liberal pede-lhe, então, que se comunique com o síndico pelo telefone da portaria, o que é feito. O síndico lhe diz, porém, que nada poderia fazer, que esperasse até o outro dia, de manhã, quando chegasse o ascensorista. Ademais, não poderia ir até o local, porque estaria de saída para uma festa.

6. Esses exemplos são simples e corriqueiros, mas sua análise sugere a prévia investigação acerca da estrutura dos delitos omissivos, cujo complexo de fundamentos distintos tem sido de certa forma relegado pela doutrina.

O tema dos delitos omissivos, na verdade, só passou a alcançar maior repercussão, quando, no art. 13, § 2.º do Código Penal, o legislador brasileiro encampou uma parte da elaboração doutrinária, inserindo nesse dispositivo as fontes do dever de garantidor, ou melhor, as fontes que fundamentam a posição de garantidor. Desde então os juristas têm aguçado sua percepção na busca de soluções adequadas, ainda que não definitivas, às questões que daí decorrem, principalmente acerca da parte omissiva dos crimes comissivos e do perfeito equacionamento dos limites do dever de impedir o resultado, que expressam em certa medida os pontos centrais da investigação.

2. Ação e Omissão

7. Mas, a primeira grande tarefa dos juristas, ao tratarem dos *crimes omissivos,* não se situa imediatamente na delimitação do dever de impedir o resultado, senão em determinar como se procede à diferenciação entre *ação e omissão*. Essa é a tarefa inicial e decisiva. Afinal de contas, essa foi a preocupação de toda a doutrina do Direito Penal, desde que se formaram os sistemas da *teoria do delito.*

8. Na evolução do conceito analítico de delito e tendo em vista a sua escassa incidência prática, a omissão não passava, inicialmente, de modalidade secundária de ação. Na realidade, o delito omissivo, como tal, só muito lentamente é que veio a despertar maior curiosidade de análise. O importante era a identificação da ação positiva, da qual deveria resultar a omissão. Ainda que concebido como delito autônomo, os crimes omissivos só começaram a engendrar um regulamento próprio a partir do século XIX, quando se desperta a atenção à necessidáde de uma regra geral da omissão. Antes disso, o problema se achava limitado ao exame de casos concretos, relativos ao delitos de homicídio, infanticídio, omissão de socorro ou omissão de comunicação de crime.[2]

A adoção de uma regra geral de omissão não decorre, entretanto, de uma imposição legislativa, mas é fruto da evolução que se processa na teoria do delito, notadamente com a introdução do conceito de conduta, por parte de Berner em 1857, que possibilitou a separação entre ação e punição, como conseqüência tardia da concepção hegeliana sustentada na culpabilidade de vontade.[3] O ponto crucial dessa evolução foi traçado, porém, com o conceito de tipo, formulado por Beling, o qual, superando as proposições de doutrina anterior, que se mostrava incapaz de diferenciá-lo da noção de conduta, possibilitou, ademais de outro efeitos, a consecução de um conceito geral de ação, baseado no dogma causal.[4]

9. Vê-se, portanto, que uma vez superada a questão da possibilidade de um conceito geral de ação, era natural que daí decorresse para a *teoria causal* uma dificuldade ainda maior, que era a de estender o seu conceito de ação, tomada como causa de um resultado, à modalidade da omissão.

É cediço que a *teoria causal* não formulou, a princípio, um conceito de ação no sentido de que, diretamente, se pudesse dizer que a *ação fosse causa de um resultado.* Há outros modos de expressar esse conceito, de maneira indireta, mais literária, mas que no fundo signifiquem a mesma coisa. O nosso saudoso Aníbal Bruno dizia que a ação constitui "*um comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior*".[5] Igualmente, Von Liszt, um dos mais criativos penalistas de todos os tempos, conceituava ação como "*a produção de uma modificação no mundo exterior, referenciada à vontade humana*".[6] Embora os enunciados se apresentem distintos, isto nada mais é do que a retratação de um procedimento causal que se desdobra, que se desenrola no mundo exterior

(2) Mezger, Tratado de Derecho Penal, tradução de Rodriguez Muñoz, 1955, v. I, p. 19, nota 1.

(3) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª, ed., 1994, p. 180.

(4) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1994, p. 181.

(5) Aníbal Bruno, Direito Penal, Parte Geral, 1959, v. I, p. 282.

(6) Von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1891, p. 128.

e produz um acontecimento perceptível, que é o seu resultado. Se o que importa é o processo de produção do resultado, a ação, que se identifica com esse processo, deve ser concebida como causa desse resultado. Como o conceito de ação serve de elemento primário de ligação entre todos os elementos do delito, deve englobar também a omissão, a qual, é claro, deveria da mesma forma ser vista nesse contexto como "*causa de um resultado*".

Entretanto, a transposição da causalidade da ação à omissão não pode ser feita sem maiores problemas. Como conceber, como causa de um resultado, uma inatividade que não tem no mundo exterior qualquer expressão de procedimento causal? A discussão já começa a agravar-se quando se busca equacionar o que se deva entender por *causa de um resultado*.

10. Não é de hoje que a causalidade tem suscitado os mais acalorados debates, tanto no âmbito das ciências naturais quanto no Direito. Enquanto no Direito, pela necessidade de justificação da responsabilidade, a causalidade é sempre tomada no sentido lógico de certeza, na teoria científica moderna, chegou-se à conclusão de que não há causalidade exata, precisa, inequívoca. A causalidade só pode ser aferida depois que o processo já se desenvolvera e se sabe o que o teria impulsionado ou se tem, então, uma idéia intuitiva de que existe um responsável por aquele resultado. Mas, antes disso, não há como elaborar hipoteticamente o que poderá constituir a *causa* de um resultado.

Parece que, dado o grau de incerteza de suas variadas fórmulas, nenhuma teoria que se ocupe do conceito de causa pode elucidar essa matéria. No campo das ciências empíricas, essa incerteza quanto à identificação da causalidade tomou maior significado, por exemplo, com as investigações procedidas no setor do átomo e sua evolução. O cientista alemão Heisenberg,[7] da Universidade de Munique e Prêmio Nobel de Física, ao proceder à elaboração dos princípios informadores da teoria quântica, enuncia na década de trinta *o princípio da indeterminação*, pelo qual a impossibilidade de serem obtidas medidas corretas de uma determinada magnitude, sem desconsideração de outra magnitude com ela relacionada, conduz à conclusão de que, no mundo dos corpúsculos nucleares, a causalidade não é certa, mas meramente provável. Mas antes disso, a causalidade já era posta em questão com a antiga teoria de Maxwell, que foi enunciada para explicar um dos *princípios da termodinâmica*. Segundo este princípio, um corpo quente, que se vincule a um corpo frio, produz a passagem de seu calor para este corpo frio e não vice-versa. Quer dizer, quando dois corpos entram em contacto, um quente e o outro frio, o primeiro, que está quente, transfere ao segundo, que está frio uma parte de seu calor, no sentido de um equilíbrio térmico. Segundo Maxwell, essa constatação empírica, entretanto, não é certa, é meramente provável, assim como tudo na investigação científica. Essa formulação da termodinâmica, embora do século passado e o princípio da indeterminação marcaram no campo da causalidade uma perspectiva completamente diferente do que a *ciência* até então havia indicado, pois a desvinculavam dos enunciados da mecânica, até então dominantes e que sempre exerceram enorme e significativa influência no âmbito do Direito, e ainda alteravam o pressuposto empírico de sua configuração lógica.

Na esteira dessas modernas concepções, podemos dizer que a causalidade não pode ser equacionada através de

[7] Heisenberg, Die physikalischen Prinzipien der Quantumtheorie, 1930, IV § 3.º.

uma teoria única, segundo a qual sempre, e da mesma forma, ela deverá verificar-se. Daí a tentativa de superar a velha teoria da condição, mediante uma individualização da causalidade, primeiramente no plano naturalístico, com a teoria da adequação proposta por Von Kries, e depois no plano normativo, com a teoria da relevância jurídica, elaborada por Mezger.

De acordo com a proposição de Von Kries, a causalidade seria unicamente aferida com base na experiência, segundo um juízo de previsibilidade, o qual, conforme o complemento trazido por Traeger, deveria ter em conta todas as condições existentes ao tempo da ação, conhecidas ou cognoscíveis por um homem prudente.[8] Por sua vez, Mezger entende que a causalidade, tomada no sentido da teoria da condição, não é suficiente para fundar o nexo da responsabilidade, senão em atenção à relevância jurídica da condição, que só poderá ser reconhecida no processo da interpretação teleológica da norma.[9]

Mas como a causalidade é meramente provável, está claro que toda teoria causal é falha, porque está trabalhando sobre juízos e critérios de probabilidade e não de certeza. Se a incerteza torna-se a regra, fica, assim, mais difícil ajustar-se o conceito de omissão, como inatividade, ao conceito de causa, que fundamenta o conceito de ação.

11. Dentro da evolução percorrida pela teoria do delito, os primeiros critérios estabelecidos para justificar a causalidade na omissão, até pelas suas dificuldades, buscaram fundamentá-la em algo positivo, como na prática de ação diversa. Assim, por exemplo, são as soluções apresentadas por Luden, com sua *teoria da ação contemporânea*, pela qual o que efetivamente causa o resultado proibido é a prática de uma ação positiva contemporânea à omissão, diversa daquela que deveria ter sido executada,[10] e por Krug, Glaser e Merkel, com a *teoria da ação precedente*, que tomava como referência não a ação contemporânea, mas a ação realizada momentos antes.[11]

Beling,[12] que foi o grande teórico da teoria causal, ciente dos transtornos lógicos provocados por uma concepção puramente causal do delito, chegou à conclusão de que para fundamentar a causalidade na omissão só dispunha de um recurso, que era partir da investigação sobre o organismo da pessoa do omitente. Segundo ele, isto se daria de seguinte forma: na ação, a pessoa conduz um movimento corpóreo e, portanto, desencadeia perceptivelmente a casualidade; na omissão, ao contrário, a pessoa não produz movimento corpóreo algum, mas, para não fazê-lo, deve retrair sua capacidade muscular de movimentar-se. Justamente nessa retratação subsistiria a causa do resultado. Esta concepção, entretanto, não era nova. Nada mais é, aliás, do que uma reformulação sistematizada na teoria do delito das *teorias da interferência,* mencionadas por Landsberg e sustentadas por diversos autores, dentre os quais Binding, que, contestando as antigas teorias da *ação precedente* e da *ação contemporânea*, tentavam demonstrar que a *omissão* teria uma eficácia ativa, de modo que o omitente, ao não agir, passaria a expressar uma força interferente sobre o impulso que normalmente

(8) Traeger, Der Kausalbegriff im Straf-und Zivilrecht, 1927, p. 159.

(9) Mezger, Tratado de Derecho Penal, tradução de Rodriguez Muñoz, 1955, v. I, p. 243.

(10) Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht, 1840, v. I, p. 467.

(11) Adolfo Merkel, Kriminalistiche Abhandlungen, 1867, p. 76.

(12) Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, p. 17.

o compelia a fazê-lo.[13] Não será preciso socorrer-se de maiores indagações, para perceber a artificialidade dessas construções, que novamente deslocam o tema da causalidade do setor lógico para o biológico ou mecânico, tornando ainda mais obscura sua perfeita dimensão.

Procurando superar os percalços da concepção causal originária, Mezger, com base nos postulados assentados pelo *neokantismo* da Escola de Baden, principalmente por Rickert, enfatiza que "*o problema da causalidade nos delitos de comissão por omissão aparece situado exatamente da mesma maneira e exatamente da mesma forma do que no fazer ativo, só que não em referência à omissão como tal, senão à ação positiva esperada e a seu resultado*". A pergunta decisiva, será, portanto a seguinte: "*o resultado juridicamente desaprovado teria sido evitado pela ação esperada*"? Se a resposta for afirmativa, a omissão será considerada causa do resultado.[14] Contudo, a referência à ação esperada, que só pode ser vista em face da exigência da ordem jurídica, está em contradição com a concepção causal primitiva, porque desloca a questão do plano natural da causalidade para o mundo dos valores e só pode viger sob o enfoque da teoria da relevância jurídica, que deixa de ser uma verdadeira teoria da causalidade para transformar-se em teoria de imputação do resultado.

A omissão sempre representou, na verdade, um ponto nebuloso na *teoria do delito,* que não foi elucidado nem pela teoria causal e suas variantes e nem pelas teorias que se sucedem, por exemplo, a *teoria finalista*, as quais continuaram a defrontar-se com dificuldades para equacioná-la.

12. Afinal de contas, o que constitui a omissão? É uma inatividade? Mas, sendo uma inatividade, é modalidade de ação? Será outra categoria de comportamento, que, juntamente com a ação, integra, em seu todo, a conduta humana?

A própria *teoria finalista da ação* parte do conceito de que a ação, antes de ser valorada juridicamente, tem um fundamento natural, isto é, pertence à categoria ontológica do ser. Como a ação é conceito genérico e natural, assim também a omissão teria fundamento naturalístico, como *inação*. Seria a omissão, portanto, modalidade de conduta, como *inação,* que se contrapõe à ação, como modalidade de conduta positiva.[15] A relação entre ação e omissão se situaria logicamente como os indicativos A e Não-A, objetos independentes do mundo do ser, cada qual com suas propriedades. Ainda que se reconheça a engenhosidade desta tese, talvez a única que poderia ser compatível ao esquema das categorias ônticas, ainda assim não abrange a questão em todas as suas particularidades e em toda a sua extensão.

A deficiência da *teoria finalista* reside na sua base, de conceber a omissão dentro da categoria do ser, quando esta só pode ser verdadeiramente retratada se vinculada a um dever de agir. E quando associamos uma ação, ou uma inatividade, a um dever de agir, já estaremos descartando a hipótese de que esta atividade ou inatividade possa ser vista, exclusivamente, sob o enfoque naturalístico. É que o dever de agir não e qualquer coisa pertencente à categoria ôntica, isto é, não possui substrato

(13) Binding, Die Normen, II, p. 546; Von Hippel, Deutsches Strafrecht, 1930, v. II, p. 158.

(14) Mezger, Tratado de Derecho Penal, v. I, p. 299.

(15) Welzel, Derecho Penal Alemán, tradução de Bustos Ramirez e Yañez Pérez, 1970, p. 276.

natural, mas possui, isto sim, um substrato axiológico. Quando impomos uma atividade à alguém, dizemos que essa atividade é imposta em face de um dever a que está vinculada determinada pessoa. Se a pessoa não estiver vinculada ao dever de agir, a sua inatividade é um *nada,* absolutamente irrelevante.

13. Seguindo uma variante subjetiva da teoria finalista, com base no desdobramento do princípio da finalidade potencial, Khars e Herzberg, primeiramente, e depois Behrendt e de certa forma Jakobs criam um conceito diverso de ação, com base no princípio da evitabilidade, a que se denomina de *conceito negativo de ação.* Ação seria, então, "*a evitável não evitação de um resultado em posição de garantia*",[16] ou "*a realização do resultado evitável*".[17] Com isso se quer significar que *comissão e omissão* se constituem de uma não evitação de alguma coisa, pois também nos delitos comissivos subsistiria a responsabilidade de evitar o resultado decorrente do movimento corporal do agente, atualizado como foco potencial de perigo.[18]

Este conceito negativo de ação, ainda que, para se constituir, tome como modelo um critério que poderia fundamentar um ato omissivo, que seria a evitabilidade do resultado, é incapaz de solucionar os problemas do enquadramento lógico e dogmático da omissão em um conceito superior de ação. Primeiramente, porque o próprio Herzberg não vê necessidade de utilizar um tal conceito na caracterização dos delitos omissivos em espécie. Em segundo lugar, porque se para os fatos comissivos o que basta é a não-realização do resultado, a qual é identificada com a sua evitação, para os fatos omissivos, onde o que ocorre é a não-realização da ação, o critério estaria baseado na *não realização do resultado*, o que soa um absurdo.

Por sua vez, não socorre tal conceito a posição crítica de Jakobs, que primeiramente nega um conceito negativo e chega a taxá-lo de equivocado,[19] mas, partindo do mesmo critério da evitabilidade, como elemento identificador da ação, desemboca uma posição mais equivocada ainda, quando, por exemplo, nega a qualidade de ação à realização inevitável da morte de outrem, porque não estaria juridicamente configurado o plano do autor e, por conseguinte, inexistiria uma lesão à norma.[20]

Mais criticável ainda se mostra a tese psicanalítica de Behrendt, para o que o conceito de ação não se ocupa do agir humano em geral, senão como expressão da por ele denominada *destrutividade humana.*[21] Assim, a ação praticada em legítima defesa deixaria de constituir uma modalidade de causa de justificação, com a conseqüente exclusão da antijuridicidade, para se transformar em uma hipótese de ausência de ação, porque sendo tal fato inevitável conduziria à conclusão de que igualmente não caracterizaria uma expressão da destrutividade humana.[22] A omissão não seria, portanto, entendida como a não execução de uma ação possível ou de uma ação esperada ou mandada, senão a omissão da direção contrária à tendên-

(16) Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, p. 174.
(17) Jakobs, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, in Festschrift für Welzel, 1974, p. 309.
(18) Herzberg, ob. cit., p. 173.
(19) Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1993, p. 143.
(20) Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1993, p. 144.
(21) Behrendt, Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlugsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage, 1979, p. 96.
(22) Behrendt, ob. cit., p. 106.

cia destrutiva da própria psique, tomada por base na sua esfera interior, existente antes mesmo da resolução volitiva.[23]

Embora se possa reconhecer à condição da *evitabilidade* um significativo papel na teoria do delito, em especial na teoria da imputação objetiva, sua inserção no conceito de ação só faz perturbar a sistematização desse conceito, trazendo como conseqüência uma transformação radical e confusa nos demais elementos do delito. Por outro lado, como o critério da evitabilidade não é tomado exclusivamente no sentido objetivo, até porque seria difícil concebê-lo como elemento representado *a priori*, mas assentado na esfera interior do homem, sua adoção sob estes supostos induz a retratar todo o sistema do delito dentro de uma lógica subjetiva, onde o importante não será propriamente a defesa objetiva dos bens jurídicos, mas a conformidade interna do sujeito aos comandos normativos. Esta postura é própria de Jakobs, que vê a função do Direito Penal e da incriminação em geral referenciada como um instrumento de manutenção da ordem jurídica, como ordem normativa.[24]

14. Percebendo a impropriedade de uma concepção ontológico-real da omissão, bem como das tendências mais recentes no sentido de uma subjetivação do conceito de delito, Roxin, propõe, em seu recente Tratado, um conceito personalista de ação, segundo o qual a ação deve ser entendida como *expressão da personalidade,* isto é, "*ação é tudo aquilo que o homem congrega como centro de sua manifestação anímico-espiritual*".[25] O próprio autor afirma que sua concepção não é nova, mas o resultado de uma evolução procedida sobre os conceitos precursores de ação enunciados por Rudolphi e Arthur Kaufmann, que na década de sessenta já haviam esboçado tal entendimento do agir como *objetivação da pessoa.*

Tomando a ação, portanto, como manifestação da personalidade, pretende Roxin poder superar os defeitos das concepções anteriores, que se reduziam a particularidades naturalístico-mecânicas (teoria causal), a formas especiais de aparecimento (finalidade), à sobreposição de valores sociais (teoria social) ou à esfera interior (teoria da evitabilidade).[26]

Embora se assente, como ponto de partida, em um dado natural (a personalidade humana), Roxin não pode deixar de reconhecer que o conceito de ação, muitas vezes, dadas as características reais de sua manifestação, está vinculado também a juízos de valor, de ordem social ou pronunciados pela ordem jurídica, através dos respectivos tipos de delito. Esse inclusive é o caso da omissão, que tomada dentro do conceitos de ação como *manifestação da personalidade* está praticamente imbricada nos graus de valoração, que fundamentam o injusto. A omissão só será considerada como manifestação da personalidade se tomada em referência à *ação esperada*, a qual, normalmente, vem fundamentada socialmente, antes de sua configuração jurídica, em face de deveres sociais que são impostos ao sujeito.[27] A ação esperada, assim, não é a ação que se poderia evitar, ou a ação simplesmente que não se realizou por interferência mecânica ou muscular, nem a não-ação referente a uma ação final determinada, inserida no âmbito das categorias reais, mas, sim, a ação que a comunidade social ou a ordem jurídica aguardava como instrumento de proteção do bem jurídico.

(23) Behrendt, ob. cit., p. 130.
(24) Jakobs, Strafrecht, AT, 1993, p. 10.
(25) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, 1994, p. 196 e s.
(26) Roxin, ob. cit., p. 197.
(27) Roxin, Strafrecht, AT, I, p. 200.

Em face dessa abordagem acerca da omissão, a recente concepção personalista de Roxin, portanto, não pode ser caracterizada como uma pura teoria naturalista de ação, mas simplesmente uma teoria de fundo naturalístico. Quer dizer, a ação não se compõe necessariamente de elementos puramente naturais, como condição de sua categoria ôntica, mas toma essa condição natural, de expressão da personalidade humana, como seu ponto de referência, evitando, com isso, uma concepção puramente normativista, própria do positivismo.

15. A relevância da omissão, como violação do dever de agir, é que assinala, assim, a sua própria existência. Pertence ela àquela categoria dos *objetos dependentes*, de que fala Husserl. Não possui existência real, por si mesma, senão quando associada a outro elemento, representado por um dever. Quando nos referimos à omissão, portanto, estamos no âmbito de um mundo axiológico, de um mundo onde valoramos as diversas modalidades de comportamento e não apenas de um mundo puramente naturalístico, onde o importante é unicamente assinalar suas características reais. Por isso, é que, na tarefa de diferenciação entre ação e omissão, para não cairmos nos mesmos erros causais, temos que descartar, desde logo, neste setor a posição meramente naturalística.

Analisando a forma e as deficiências do tratamento do comportamento omissivo dentro da *teoria do delito*, que conduzem a posturas insolúveis, chegamos à conclusão de que a *teoria finalista* é basicamente uma teoria da ação, que foi concebida de modo funcionalmente correto no tocante aos *crimes comissivos*, mas que é claudicante quando procura tratar da omissão. E, embora quando trate da ação, em geral, supere, sem a menor dúvida, os enunciados da *teoria causal*, também como ocorre com essa *teoria causal* não consegue superar suas contradições na omissão, justamente porque incorre no mesmo erro, de considerá-la como um dado do ser (categoria ôntica) e não como um dado de valor (categoria axiológica).

3. Valoração da Omissão

16. Ao buscar diferenciar a ação da omissão, temos que nos situar, portanto, em plano axiológico: a omissão não é modalidade de conduta que se reduza a elementos puramente naturais: A omissão é modalidade de conduta valorada. E justamente em razão dessa valoração, é que adquire relevância social.[28]

Por isso, o melhor modelo será aquele que situe o conceito de conduta dentro da ordem social e não exclusivamente na ordem natural. Quer dizer, a conduta como comportamento humano socialmente relevante, onde se considere o seu momento axiológico e se descarte toda fundamentação naturalística no tocante à omissão. A omissão passa, assim, a se enquadrar dentro de um campo valorativo e não num campo ontológico real.

17. Mas, surge um outro aspecto. Se a omissão tem fundamento axiológico, isto significa que ela passa a ser objeto de um juízo, pelo qual tem assegurada sua existência. E como objeto de um juízo, deve submeter-se à consideração de se depende também de um norma jurídica ou possui relevância fora do Direito. Esta é uma questão que decorre do seu significado axiológico, como dado social ou normativo.

Se reconhecemos nos valores um substrato social e não exclusivamente

(28) Assim também, em linhas gerais, Roxin, Strafrecht, AT, I, p. 201.

normativo, como aliás deve ser, podemos assumir a postura inicial de que a omissão tem relevância e existência fora do Direito. A omissão, como modalidade de comportamento valorado, não pode afastar-se de seu conteúdo social, que lhe assinala a relevância independentemente de seu reconhecimento normativo. E pode, quando valorada juridicamente, gerar efeitos nas mais variadas disciplinas jurídicas, dentre as quais o Direito Penal.

Há ações, aliás, que presenciamos na coletividade, que constituem comportamentos, às vezes, considerados antiéticos, desleais, estranhos, irregulares, desviantes, mas que não configuram em qualquer hipótese, comportamentos juridicamente enquadráveis. Quantas vezes, por exemplo, cruzamos com alguns colegas nossos e não recebemos o devido cumprimento? Essa ausência de cumprimento configura uma omissão dessas pessoas, que nos atinge na nossa relação de cordialidade entre colegas. Mas, isto não constitui nada em termos jurídicos, nem no âmbito do Direito Penal, nem no âmbito de outros ramos do Direito e nem tem assinalada sua existência porque referenciada a uma norma. É uma omissão que sentimos socialmente e que, inclusive, produz efeitos mais amplos do que se poderia supor na ordem social, porque a pessoa que não cumprimenta um colega, em determinado momento ficará antipatizada. E as demais pessoas que sentem a ausência dessa atitude de cordialidade poderão dizer: "*Bem, esse sujeito é um antipático; conseqüentemente, não vamos convidá-lo para as nossas festividades, nem para nossas programações etc.*"

Há, portanto, uma reação das pessoas a esse tipo de comportamento omissivo, ainda que fora do Direito. Mas sua relevância não deriva da reação que poderá engendrar. Independentemente ou não dessa reação, que indicaria que a omissão, antes de sofrer a incidência das respostas do Direito, produziria efeitos sociais, deve-se considerar que, ao lado das imposições decorrentes da norma jurídica, subsistem deveres sociais de convivência, que integram o substrato das categorias axiológicas. Justamente esse fundamento social é que assinala o conteúdo extrajurídico da omissão. Não podemos, assim, partir do princípio de que a omissão só tem relevância para o campo do Direito, porque então estaremos emprestando à norma jurídica, além do seu objetivo regulamentador, o efeito exclusivo de criadora de deveres sociais, como propunha nesse passo a orientação neokantista. Ao invés, devemos admitir que a não execução de uma ação esperada apresenta relevância na ordem social, antes de se constituir em objeto jurídico. A ação esperada de Mezger não é exclusividade jurídica, mas a expressão de exigências sociais de convivência.

Esta referência social da omissão representa um passo adiante na elaboração do conceito de conduta, que, tomado como conceito geral, deve ser suficientemente flexível e abrangente para englobar todas as modalidades concretas do comportamento.

Pode acontecer, ademais, que a omissão não apresente qualquer fundamento valorativo na ordem social, ainda que resulte relevante juridicamente. Isto, todavia, não desnatura seu conteúdo social extrajurídico, apenas reflete um estado de instabilidade normativa, pelo qual a norma vale durante certo tempo, ainda que carente de substrato, mas cujo estado tenderá, a longo prazo, à sua ineficácia porque isenta de conteúdo. Mas, então temos que vê-la de outra maneira, não só no seu aspecto de existência, quanto no sentido que ela assume com vistas à proteção de bem jurídico, porque pode acontecer que a própria norma, em face do sentido protetivo que passa a desempenhar,

venha a induzir a criação de deveres sociais de convivência, que lhe irão depois preencher seus fundamentos.

4. Diferenças: Crimes Omissivos e Comissivos

18. A proteção de bem jurídico, como sabemos, em face da multiplicidade de variantes sociais, muitas vezes não é desempenhada diretamente através de proibições de modalidades de ações juridicamente indesejáveis, que pela experiência possam pô-lo em perigo ou lesá-lo, senão mediante a imposição de deveres concretos que pretendem evitar esses resultados. Na omissão, a proteção pode ser exercida de duas espécies, ou mediante a imposição de ações possíveis, que devem ser executadas por todos injustamente para impedir a concretização dessa lesão, ou por quem tenha, em face da assunção de posturas pessoais, um dever de impedir tal resultado. Com isso, surge a necessidade inicial de distinguir essas duas modalidades da atuação estatal, como *crimes omissivos próprios e impróprios.*

Aqui, devemos, observar o seguinte: quando diferenciamos *crimes omissivos e crimes comissivos,* não devemos fazê-lo através da modalidade de conduta.

A diferença entre esses crimes deve residir na estrutura da norma que impõe ou que proíbe a atividade. Sempre aprendemos, por exemplo, que o Direito Penal tem duas espécies de normas: proibitivas e mandamentais. E sempre aprendemos que são normas opostas, isto é, ou proibitivas ou mandamentais. Mas, a teoria mais recente considera que não existe norma puramente proibitiva, como não existe norma puramente mandamental.[29] É que, se não considerarmos que a norma é proibitiva e mandamental ao mesmo tempo, não poderemos proteger suficientemente o bem jurídico. Porque no momento em que dissermos que a norma mandamental é aquela que impõe uma atividade, contentamo-nos em dizer que aquele que se encontre em inatividade viola a norma mandamental. Mas aquele que se encontre em inatividade, embora viole a norma mandamental, não é o único a fazê-lo. Também viola a norma mandamental aquele que realiza outra atividade que não a que a norma determina. Portanto, a norma mandamental, ao mesmo tempo que impõe uma atividade, proíbe outra. Da mesma forma, a norma proibitiva. Ao mesmo tempo em que proíbe uma atividade, por exemplo, a atividade de matar, impõe, também, uma atividade de respeito à vida humana. Isto está implícito na norma proibitiva. E nem teria sentido a proteção de bem jurídico através exclusivamente da proibição, pois seria absolutamente inócua. Isto não quer dizer, porém, que nos *crimes comissivos* subsista, ao lado da proibição, um dever geral de obediência. A atividade positiva que resulta da proibição será aquela necessária à proteção do bem jurídico, na medida em que o sujeito se tenha decidido a empreendê-la.

19. Essas considerações, ainda que extensíveis a todos os delitos, adquirem maior relevância no âmbito dos *delitos culposos.*

Por exemplo, há pessoas que dirigem em excesso de velocidade, algumas vezes ultrapassando todos os limites imagináveis. Contudo, o excesso de velocidade, por si só, não caracteriza delito algum, apenas demonstra que há violação de um dever de cuidado. A norma jurídica que impõe uma atividade cuidadosa é a mesma que proíbe uma atividade descuidada. À pessoa que dirige em excesso de velocidade, em determinado local, a norma jurídica diz é

[29] Bacigalupo, Delitos Improprios de Omisión, 1970, p. 98.

proibido violar o dever de cuidado, porque, violando o dever de cuidado, se pode ocasionar um resultado penalmente proibido. Mas, ao mesmo tempo em que proíbe o excesso de velocidade, diz que *aquele que quiser dirigir, é obrigado a dirigir em velocidade adequada.* Portanto, a norma jurídica compõe um conjunto de proibições e comandos, num mesmo contexto, como forma de ampliar os limites da proteção do bem jurídico.

5. Ação e Omissão na Estrutura Normativa

20. É importante salientar esse entendimento acerca da estrutura complexa da norma penal, porque com isto se podem assinalar com precisão as diferenças entre os *crimes omissivos* e os *crimes comissivos*.

Partindo desse aspecto, podemos, desde logo, estabelecer os critérios de diferenciação entre a *ação* e a *omissão* dentro da estrutura normativa do Direito Penal.

Alguns exemplos, podem demonstrar, aliás, que às vezes é penoso estabelecer-se uma linha divisória absolutamente nítida entre *ação* e *omissão* e cuja solução, de caracterizar o fato como *crime comissivo* ou *crime omissivo*, não se limita a mera exigência classificatória. Se optarmos pela omissão e tivermos um *crime omissivo*, teremos que definir ademais se o sujeito tinha ou não o dever de agir, exatamente nos termos em que lei o determina.

21. O primeiro exemplo é muito simples. Um sujeito, à noite e em meio à neblina, dirige seu caminhão sem as luzes traseiras de advertência acesas, as chamadas luzes de estacionamento e acaba, com isso, ocasionando um acidente, porque o motorista de um automóvel que trafega em excesso de velocidade, não o vê e vem com ele a chocar-se. Em conseqüência do acidente, o motorista do automóvel vem a morrer.

A pergunta é a seguinte: haverá *crime omissivo* ou *crime comissivo*?

A resposta pode variar conforme a identificação da modalidade da conduta, se se trata de uma ação, ou de uma omissão.

Poderíamos dizer, por um lado, que haveria, nesse caso, um *crime omissivo culposo,* porque o caminhão não tinha as luzes traseiras acesas, quando o motorista o dirigia, ou seja, omitiu-se esse motorista de verificar se as luzes traseiras estavam em condições de tráfego. Mas também poderemos concluir que haverá um *crime comissivo culposo*, se entendermos que o sujeito trafegou sem as luzes traseiras. A diferença é sútil, mas é importante.

22. O segundo exemplo é um pouco mais complexo. O médico está cuidando de certo paciente internado em estado grave num hospital. Apesar de todo cuidado e do tratamento intensivo que recebe, de repente apresenta parada cardíaca. O médico resolve socorrê-lo através de massagens e reanimação, que são executadas sem qualquer proveito. Após algum tempo, é aconselhado por um seu colega que diz: "*não adianta, ele não tem mais chance*". O médico pára de reanimar o paciente. Evidentemente, todos irão afirmar que se trata de *crime omissivo.*

Mas imaginemos que o médico não pare de reanimar o paciente e faça com que essa modalidade de reanimação tenha seqüência através de um aparelho automático, que se encarrega da estimulação do coração enfermo e permanece em funcionamento durante alguns dias. Após certo tempo, vem outro assistente e diz: "*não adianta insistir, porque esse aparelho não poderá reani-*

mar o paciente. O melhor será desligá-lo". Se ambos desligam o aparelho e, em seguida, o paciente morre, a indagação acerca da natureza do comportamento não será tão evidente. Haverá *crime omissivo* ou *comissivo*?

23. Um sujeito está para salvar outra pessoa, que se está afogando na praia de Copacabana. Quando está prestes a salvá-la, é impedido de fazê-lo por seu vizinho, porque este reconhecera no afogado um seu inimigo. Haverá *crime omissivo* ou *crime comissivo*?

Ainda sobre o mesmo quadro, o sujeito quer salvar uma pessoa que cai da barca Rio-Niterói e está se afogando. Para isso lança-lhe um salva-vidas e, uma vez agarrado pelo acidentado, passa a recolhê-lo. No meio do ato de salvamento, contudo, reconhece no afogado seu inimigo e refletindo acerca da fortuna do acidente resolve abandoná-lo à própria sorte. Incontinenti solta a corda e deixa que a vítima se afogue. Haverá *crime omissivo* ou *comissivo*?

24. Um caso da jurisprudência alemã. Um fabricante importa da Pérsia algumas peles de carneiro para a confecção de cobertores, mas não manda desinfetá-las previamente como deveria. As peles vêm impregnadas de um vírus que acaba matando os operários que as manipulavam para fazer o preenchimento desses cobertores. Haverá *crime omissivo* ou *comissivo*?

25. Note-se que em todos esses exemplos a afirmação acerca da modalidade da conduta não pode por si mesma elucidar acerca da natureza do delito, pondo em destaque a complexidade da diferenciação entre ação e omissão. Se enfocarmos de uma ou de outra maneira, podemos entender que são *crimes omissivos* ou *comissivos*. Mas as conseqüências da diferenciação são importantes, porque se em todos esses casos dissermos que se trata de *crimes comissivos*, as exigências de punibilidade serão menores, bastando demonstrar normalmente, além dos demais elementos que compõem o tipo legal, que o resultado pode ser imputado objetivamente ao sujeito. Mas, se dissermos que haverá *crimes omissivos*, teremos, então, que também demonstrar a violação do *dever de agir*, com todos os consentâneos, o que altera os fundamentos da punibilidade.

O *dever de agir* pode ser visto como um dever geral imposto pela ordem jurídica, diante de certo caso concreto que esta própria ordem jurídica legalmente prevê (o chamado *dever geral de assistência*), ou como dever que decorre de vinculação especial entre sujeito e vítima, ou entre esse e a fonte produtora de perigo, de modo que se constitua em garantidor da proteção do bem jurídico com relação àquela pessoa determinada ou àquelas pessoas afetadas pela fonte de perigo (o chamado *dever de impedir o resultado*).

6. Critérios de diferenciação

Dada a complexidade da distinção entre ação e omissão, que não pode ser tomada por simples opção, a doutrina sugere três critérios para torná-la possível.

6.1 Critério da Energia

26. O primeiro critério, e o mais antigo, é o chamado *critério da energia,* que, inclusive, é sustentado por vários autores de renome, dentre os quais Engisch.[30] De acordo com este critério, a diferença entre delitos comissivos e omissivos reside em que nos *crimes comissivos* o agente desprende uma

(30) Engisch, Tun und Unterlassen, in Festschrift für W. Gallas, 1973, p. 163; Otto — Grundkurs Strafrecht, AT, 1982, p. 127.

certa energia na realização da ação. Desde que o sujeito não tenha impulsionado qualquer energia, haverá *crime omissivo.*

Assim, no caso do motorista que trafega com seu caminhão sem as luzes traseiras de advertência acesas, haverá *crime comissivo* e não *omissivo*, porque ele mesmo estava dirigindo o veículo e, pois, desprendendo energia para realizar tal atividade, vindo com essa atividade a produzir um resultado antijurídico.

Este critério, entretanto, é praticamente insustentável, porque em muitos casos não há comprovação efetiva de manifestação de energia, no momento em que o fato lesivo ocorre, porque mesmo no exemplo do caminhão a energia era no sentido da direção do veículo, mas não no sentido de manter apagadas as luzes de advertência. Ademais, no momento do acidente, este caminhão poderia estar parado na pista, encontrando-se o motorista em plena inatividade, sem desprender qualquer energia, a qual, então, deveria estar referida ao momento em que a atividade se havia iniciado e não ao momento em que se produzira o resultado, o que faria reeditar, para esse setor, a velha *teoria da actio libera in causa.*

6.2 Critério da Causalidade

27. Em oposição a esse critério, Jescheck, Rudolphi e Samson[31] propõem que a análise se faça exclusivamente em termos de causalidade. É a posição assumida também por Welzel.[32] Haverá, portanto, *comissão* todas as vezes em que o sujeito desenvolver um processo causal material, que produza dolosa ou culposamente o resultado proibido.

(31) Jescheck, *Tratado,* p. 548; Rudolphi, *StGB, Systematischer Kommentar,* 1977, v. I, p. 74; Samson, Begehung und Unterlassung, in *Festschrift für H. Welzel,* 1974, p. 579.

(32) Welzel, *Derecho Penal Alemán,* p. 280.

Assim, no caso do caminhão, haveria *crime comissivo* porque o motorista estava dirigindo o veículo. No caso do fabricante de cobertores, que não desinfetou suficientemente as peles de carneiro, haveria *crime comissivo*, porque fora ele quem entregara as peles aos seus funcionários e, conseqüentemente, houvera provocado a infestação do vírus. Este critério sofre as mesmas críticas ofertadas ao critério da energia, embora possa ser visto sob o plano lógico e não mecânico. As deficiências permanecem ainda que se adote qualquer outra teoria da causalidade, diversa da teoria da condição, por exemplo, a teoria da causalidade adequada ou da relevância jurídica. É que com essas duas outras teorias, que se assentam, respectivamente, nos supostos de previsibilidade (adequação) ou da ação esperada, mais difícil se torna firmar, desde logo, uma nítida diferenciação entre fazer positivo e omissão, no plano exclusivo da causalidade.

28. Sieber,[33] por sua vez, associa os dois critérios, da *energia* e da *causalidade*, para concluir que a solução correta só pode advir dessa combinação, porque nem sempre o desprendimento de energia coincide com a interferência no processo causal, podendo acontecer ou não. Trata-se da conjugação de critério mecânico e de outro critério lógico, desde que evidentemente se tenha em vista que a causalidade não se limita a exprimir um dado puramente naturalístico.

6.3 Critério do Ponto de Gravidade da Conduta

29. Tendo em conta as dificuldades resultantes da adoção de critérios puramente materiais, a doutrina postula por

(33) Sieber, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen, in *Juristenzeitung,* 1983, p. 431.

uma solução na órbita normativa, atendendo ao que se denomina de *ponto de gravidade da conduta penalmente relevante.*[34]

Na verdade, os critérios da *energia* e da *causalidade* não podem explicar suficientemente, por exemplo, a solução para o caso do médico que desliga os aparelhos para evitar um prolongamento insatisfatório e até mesmo ineficaz da vida humana vegetativa. Porque, neste aspecto, quando o médico mantém a vida do paciente através do emprego dos aparelhos automáticos de reanimação e quando os desliga, na realidade, causou ele a sua morte, manifestando ainda energia para fazê-lo. Por outro lado, se ele não tivesse desligado os aparelhos, a vida humana se manteria, o que caracteriza a conduta do médico como condição *sine qua non* do resultado. Mesmo para a teoria da adequação, o fato de desligar os aparelhos pode ser tido como causal para a morte do paciente, o que também se dá com a teoria da relevância jurídica, independentemente do socorro à ação esperada.

Portanto, os dois primeiros critérios (da energia e da causalidade) não apreendem a questão em seus pontos fundamentais, pois a vida humana já era em si mesma insustentável. Pelo contexto social, ao contrário, a atividade do médico que desliga os aparelhos está vinculada a um preceito mandamental (de manter ligados os aparelhos) e não a um preceito de proibição (de não desligá-los), o que implica a considerar esse comportamento como *omissão* e não como *comissão.*

A caracterização do comportamento como *ação* ou *omissão*, no entanto, só pode ser inferida pelo sentido imprimido pela ordem social, jamais por critérios objetivos materiais. Justamente neste sentido de ordem social é que reside o fundamento do critério do *ponto de gravidade da conduta penalmente relevante.* No exemplo dado, só haveria *comissão* se o desligamento dos aparelhos fosse efetuado por terceiros, que não tivessem qualquer relação para com a manutenção da vida do paciente, porque, então, estariam violando uma norma proibitiva, mas não uma norma mandamental, que não lhes seria aplicável. Mas, se os aparelhos fossem desligados pelo próprio médico, tratar-se-ia de *omissão* e não de *comissão*. O delito a ser analisado, portanto, seria um delito omissivo e não delito comissivo.

30. O critério do *ponto de gravidade*, como critério normativo, deve ademais ser complementado pela orientação com vistas à *proteção do bem jurídico.* Isto quer dizer que a análise deve recair também na *forma* e no *modo* da conduta que viola o bem jurídico. Na *comissão,* a *forma* e o *modo* contrastam com a proibição inserida na norma. Há, portanto, uma afronta à modalidade de *conduta permitida*, através da execução de uma modalidade de *conduta proibida.* Isto deixa de ser relevante nos *delitos dolosos*, quando o contraste entre o *proibido* e o *permitido* é direto e pode ser constatado desde logo através da comparação entre a conduta concreta e a conduta típica abstrata. Mas nos *delitos culposos*, em que a contradição entre a conduta do agente e a proibição se faz indiretamente, mediante a execução de uma conduta descuidada, o que se verifica é um contraste entre a conduta permitida e a modalidade de conduta concreta que o agente executou, de modo que se possa dizer que o agente executou uma conduta proibida, justamente porque deixou de atender aos cuidados que a ordem jurídica lhe impunha para praticar uma conduta permitida.

(34) Wessels, *Strafrecht*, AT, 1992, p. 224; Schönke-Schröder-Stree, *StGB Kommentar,* 1991, p. 185.

Na *omissão*, como a violação do bem jurídico não resulta de um contraste direto entre o *proibido* e o *permitido*, mas da não execução daquilo que era determinado ao sujeito, a contradição entre o comportamento do sujeito e a norma radica em outro suposto, que é a vinculação de proteção entre o sujeito e o bem jurídico. Assim, desde que se identifique no caso concreto uma situação em que a proteção do bem jurídico não está situada na *forma* e no *modo* da conduta, mas na relação de dever para com o sujeito, estaremos diante de um quadro de omissão. Esta relação para com o sujeito é que assinala o conteúdo axiológico da omissão e a diferencia da comissão.

Como o critério do *ponto de gravidade* se orienta pelo sentido do comportamento, pode-se explicar o porquê da caracterização do desligamento dos aparelhos como *omissão* e não como *comissão*, consoante o sentido de proteção do bem jurídico indicado pela norma. Se tratássemos, além disso, esse caso como *crime comissivo* o médico deveria responder por homicídio, já que havia efetivamente produzido de modo causal a morte do paciente. Entretanto, acolhida a hipótese de *crime omissivo* poderemos verificar, depois, se efetivamente a ação que deixou de ser realizada teria um sentido para o médico com vistas à proteção do bem jurídico, o que não se daria na hipótese de delito comissivo.

6.4 Crítica e Opção Doutrinária

31. Os três critérios vêm sendo modernamente criticados. Não só os dois primeiros, mas também o último. E a maior crítica que a ele se faz é que violaria o *princípio da legalidade*. Porque afirma que, para a identificação da *omissão* em face da *comissão*, o que vale não é o que está escrito na lei, como dado objetivo, senão exatamente o contrário, ou seja, uma valoração de ordem social, que é efetuada pelo julgador, sem qualquer parâmetro e, consequentemente, com possibilidades enormes de favorecer ou prejudicar o réu. Isso, evidentemente, configura um alto grau de insegurança nas relações jurídicas, especificamente na órbita do Direito Penal.

Os três critérios, portanto, apresentam falhas e não são suficientemente aptos a dirimir a questão, sem sacrificar alguns dos postulados do Direito Penal.

7. A reabilitação da causalidade

32. Por outro lado, independentemente da sua deficiência para firmar a diferenciação entre *ação* e *omissão*, que, como vimos, não pode ser obtida pelos critérios aventados, a doutrina tem procurado reabilitar o critério da causalidade, mediante uma reavaliação do conceito de causa com base em graus de probabilidade e não em parâmetros de certeza. Segundo essa postura, haverá *comissão* quando o processo de produção do resultado tenha aumentado consideravelmente o risco dessa produção. Já a *omissão*, que se baseia em outros parâmetros, isto é, na relação de proteção com vistas a um bem jurídico que efetivamente possa ser protegido em certo tempo e em certa medida, não pode ser aferida pelo critério do aumento do risco, que implicaria uma comissão. O parâmetro aqui seria o seu reverso, isto é, haveria *omissão* se com o comportamento do sujeito, ao não executar a ação possível, tivessem diminuído as chances de impedir o resultado.

No caso do desligamento dos aparelhos, a morte não pode ser evitada de imediato, nem através de qualquer outro processo terapêutico, senão única e exclusivamente pela continuação infini-

ta dessa reanimação mecânica, o que significa que o seu desligamento não pode ser visto como um aumento do risco do resultado, pois este risco já era absoluto, mas sim pelo aspecto de que, com isso, diminuiria a possibilidade de que continuasse o paciente a viver.

Desde que não se possa configurar uma situação em que a conduta represente um aumento positivo do risco, estar-se-á diante de fato omissivo. Caso contrário, haverá comissão. Este critério, porém, como veremos, é mais um critério de imputação do que de diferenciação. Além disso, a circunstância do aumento do risco ou da diminuição das chances de salvamento resulta ser a mesma, apenas sob duas facetas.

8. A teoria da condição

33. Em face do nosso Código Penal, qualquer reformulação da questão da causalidade enfrenta, entretanto, um sério obstáculo, pois, em seu art. 13, dispõe ele expressamente que se considera "*causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*". Acolhendo a *teoria da condição,* o Código estendeu-a também à *omissão.*

Neste ponto reside o problema. Não podemos imediatamente optar pelo critério puro da causalidade para estabelecer a diferença entre *omissão* e *comissão*, para dizer que na primeira não há causalidade, quando o Código assume a postura de que aquela é também causal para o resultado. Mas, apesar da regra do Código, a causalidade deve ser adaptada à estrutura da *omissão.*

34. Por exemplo, se estabelecermos, na *teoria da condição*, que, segundo o *princípio da eliminação hipotética*, haverá causalidade quando eliminada mentalmente a ação (causa) será eliminado automaticamente o resultado, isto vale, é claro, para os *crimes comissivos.* Mas, para os *crimes omissivos*, o problema é mais complexo: eliminada mentalmente a causa — que seria a omissão — seria eliminado automaticamente o resultado? Não se sabe. Isto é mera hipótese.

35. Vejamos exemplo interessante. Em edifício em chamas, encontra-se um sujeito com seus dois filhos menores, confinado em seu apartamento, situado em andar alto. No solo estão seus vizinhos, que, com gestos e acenos, gritam-lhe: "*jogue as crianças, que nós as apanharemos aqui embaixo, sem qualquer problema*". O pai, acossado diante da situação de desespero, e ademais nervoso pela demora da chegada do corpo de bombeiros, está nesse dilema: ou jogar as crianças ou esperar o salvamento. Sobre isso, reflete, entretanto, que se jogasse as crianças, estas, apesar de toda a atenção dos vizinhos, poderiam morrer, por causa da altura; e se não as jogasse, poderiam morrer sufocadas pela fumaça ou queimadas pelo fogo. Diante desse dilema, o sujeito resolve que o melhor seria manter as crianças no apartamento, à espera do salvamento do corpo de bombeiros. Mas, resolve também jogar-se ele mesmo pela janela para ser aparado pelos vizinhos. Joga-se, quebra as pernas, mas não morre. As crianças, ao contrário, que permaneceram no apartamento, perecem sufocadas pela fumaça. Aqui, independentemente da questão da colisão de deveres ou do estado de necessidade, que se situam no âmbito do injusto, o problema está em se saber se houver ou não uma relação de causalidade.

Verifiquemos como isso se passa. Eliminada a omissão (de jogar as crianças para serem apanhadas pelos vizinhos), que seria, afinal do resultado? Se o sujeito tivesse efetivamente jogado as

crianças, o resultado desapareceria? Não se sabe, é hipotético, poderia ou não desaparecer. A fórmula é incapaz de dirimir essa dúvida.

Vê-se, pois, que a *teoria da condição*, que adotamos no Código Penal, quando aplicada à omissão não funciona de maneira escorreita. Baseia-se em mera hipótese, não em certeza, assim como qualquer outra teoria da causalidade.

9. Aplicação do princípio da causalidade à omissão

36. Como, então, poderemos aplicar o *critério de causalidade* à omissão, diante da norma do Código Penal?

De acordo com a teoria da condição, considera-se que a omissão é causa do resultado, quando, eliminada mentalmente, eliminado restaria o resultado. Essa formulação, entretanto, é inválida. Não se pode eliminar a omissão, pois seria um contra-senso lógico que se eliminasse aquilo que não existiu. Para adaptar-se à natureza da omissão, a teoria da condição deve considerar a eliminação da ação que hipoteticamente o agente deveria praticar. Se, eliminada essa ação hipotética, restasse também eliminado o resultado hipotético, poderíamos dizer, então que a *omissão* foi causa desse resultado. Mas a causalidade, aqui, é hipotética, não uma causalidade real, até porque o resultado igualmente não é certo.

O exemplo das crianças, que morrem no incêndio, assinala de maneira bastante nítida essa incerteza da causalidade na omissão. Não há possibilidade de se dizer: "*se ele jogasse as crianças, elas teriam sido salvas*". Ninguém pode afirmar isso. Será que lançadas, por exemplo, do 10.º andar, elas se salvariam? Ninguém sabe. Fica em situação crítica, nesse caso, a teoria da condição, que é, porém, a teoria adotada no Código Penal.

10. Causalidade e incremento do risco

37. Além da *teoria da condição*, tem tomado corpo, mais recentemente, um outro princípio de imputação, que talvez possa superar esses obstáculos que se antepõem à causalidade na omissão. Trata-se da *teoria do incremento do risco*, que já foi antes rapidamente referida.

A *teoria do incremento do risco,* formulada e exposta com maestria por Roxin,[35] um dos mais notáveis penalistas da atualidade, primeiramente para os crimes culposos e depois estendida aos delitos dolosos, parte de que, na *omissão*, como no setor da imputação em geral, mais importante do que a causalidade é a determinação de se, com seu comportamento, o sujeito tenha diminuído as chances de se evitar o resultado. Como a causalidade na omissão só pode trabalhar com hipóteses, é indispensável que se corrija essa causalidade segundo o sentido da atividade. E esse novo critério, de se orientar pelos dados concretos acerca do aumento do risco da produção do resultado, não se subordina exclusivamente ao dogma causal, senão submete a apreciação do comportamento do sujeito a um juízo objetivo. No caso em discussão, o importante para identificar a imputação é o juízo acerca de se, deixando de jogar as crianças aos braços dos vizinhos, o sujeito diminuiu as chances de seu salvamento. Na realidade, o risco seria o mesmo, tanto se deixasse as crianças no apartamento, quando se as jogasse pela janela ao amparo dos vizinhos, o que exclui sua imputação.

(35) Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW, 1962, p. 411; Idem, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in Strefrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, p. 123 e s.; Idem, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª ed., 1994, p. 314 e s.

38. A teoria do incremento do risco desempenhou um papel relevante, como teoria complementar à causalidade, na questão surgida com o uso do medicamento *contergam* (talidomida). Esse medicamento, que produziu também no Brasil inúmeros efeitos desastrosos, foi lançado na Europa sob todos os encômios, porque era efetivamente um fantástico regulador dos casos de dismenorréia e demais indisposições decorrentes da gravidez, tais como dores, náuseas etc. Todos sabem, entretanto, os teratológicos resultados que provocou, gerando defeitos físicos irreversíveis nos fetos, que os acompanharam até o final de sua vida adulta. Na discussão da responsabilidade decorrente desses efeitos maléficos, argumentou-se, em defesa do laboratório, que não havia certeza de que, com a ingestão desse medicamento, se produzissem os defeitos físicos de que vieram a padecer os recém-nascidos. Na realidade, se fossemos entender a causalidade exclusivamente no sentido mecânico, mediante o uso da fórmula da *eliminação hipotética*, jamais poderíamos concluir que a ingestão do medicamento fosse *causa* do resultado. Mas a doutrina penal, que há muito trabalha com questões de causalidade, também há muito tem decidido que a fórmula da *eliminação hipotética* não vale em determinadas situações. Para determinar a responsabilidade dos fabricantes foi necessário que se afirmasse que, embora a ingestão do *contergam* não produzisse com certeza absoluta os defeitos físicos, aumentava, porém, o risco de que isso viesse a ocorrer, sendo, portanto, causal para com as relatadas deformações. A inserção do critério do aumento do risco no setor da causalidade deu-lhe efetivamente um vigor novo, ressuscitando sua natureza lógica e não simplesmente mecânica. Por este critério, em síntese, será causal a *omissão*, quando a não execução da atividade possível para evitar o resultado, tenha diminuído as chances de sua não verificação, ou dito de outro modo, tenha diminuído a possibilidade de que fosse impedido. Mas esta teoria não soluciona definitivamente a questão da diferença entre ação e omissão, apenas respalda o entendimento de que será possível conceber-se nova modalidade de causalidade na omissão, fora da teoria da condição.

11. Crimes omissivos próprios e impróprios

39. A separação entre *omissão* e *comissão* só pode ser feita, assim, mediante o emprego de critério axiológico. Haverá omissão toda vez em que a existência da conduta como tal se vincule a um dever de agir, que assinale sua relevância. Haverá comissão, quando sua existência como tal independa de qualquer dever de agir. Esse critério axiológico parece estar de acordo com a própria natureza da omissão, sem partir para as insolúveis demonstrações da subsistência da relação causal, que constituiu a deficiência tanto da teoria causal quanto da teoria finalista, bem como daquelas correntes, naturalistas ou normativistas, que visavam à sua superação.

Além disso, devemos estabelecer também a diferença entre *crimes omissivos próprios* e *crimes omissivos impróprios.*

Normalmente, essa diferenciação não oferece dificuldades, pois todos sabem identificar quando se trate de um ou de outro. Mas, às vezes, as complexidades afloram e os critérios de diferenciação falham. Em face da diversidade de critérios, alguns autores propõem a criação de três espécies e não de apenas duas. Assim, aventa-se a existência de um terceiro grupo de casos, de modo que se possam reconhecer, primeira-

mente os delitos de mera omissão (delitos omissivos próprios), os delitos de omissão e resultado e os delitos omissivos impróprios.[36] Ainda que se reconheça certa validade a esta classificação, é preferível a classificação bipartida, porque os delitos de omissão e resultado podem perfeitamente ser enfeixados ou como delitos omissivos próprios ou impróprios. Como veremos, o fundamento dessa classificação tripartida de evitar a polarização de apenas uma das perspectivas (político-criminais, axiológicas, jurídico-positivas ou estruturais) de identificação do desvalor do ato ou do resultado, não deve ser levado em conta, porque apenas confunde e mascara o verdadeiro núcleo do problema.

40. Acolhendo uma classificação bipartida, veremos que a diferenciação entre essas duas categorias de delitos omissivos torna-se até mesmo evidente em certos casos, por exemplo, quando analisamos superficialmente a omissão de socorro em contraste com o homicídio, para afirmar este último no caso da mãe que deixa de amamentar o filho recém-nascido. O primeiro será próprio, o outro impróprio. Mas, quando o tipo legal comporta, no seu mesmo âmbito e sem indicação expressa, ações e omissões, como ocorre com os delitos de *facilitação de contrabando ou descaminho* (art. 318) ou *fuga de pessoa presa* (art. 351), a sua correta diferenciação deve valer-se de outros critérios.

12. Crimes omissivos próprios

41. O primeiro critério de diferenciação é o mais elementar deles. Todos o conhecemos. É o critério do sujeito.[37] Os crimes omissivos próprios não individualizam o sujeito. Todos podem ser sujeitos do delito, porque o dever de assistência, como se dá, por exemplo, na omissão de socorro, é extensivo a toda a coletividade, uma vez presentes os seus pressupostos típicos. Esta é a posição, inclusive, adotada, *a contrario sensu*, pelo finalismo, ao atribuir aos delitos omissivos impróprios a qualidade de delitos especiais, justamente em face da delimitação de seu círculo de autores.[38]

42. O segundo critério é o da previsão legal, sustentado entre outros por Armin Kaufmann.[39] No crime omissivo próprio, a lei penal descreve a própria modalidade de omissão. Por exemplo, "*deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública*" (art. 135).

Mas esses dois critérios, que normalmente se conjugam, não são suficientes, porque ainda não respondem a questão do crime de facilitação de contrabando ou descaminho cometido por omissão, se é omissivo próprio ou impróprio.

13. Crimes omissivos impróprios

43. Antes de solucionarmos essa questão, vejamos quais são os critérios que identificam os crimes omissivos impróprios.

Modernamente, tem-se questionado, inclusive, essa denominação de *crimes omissivos impróprios*, afirmando-se que

(36) Assim, Rodríguez Mourullo, La cláusula general sobre la comisión por omisión, in Política Criminal y Reforma Penal, 1993, p. 907; Silva Sanchez, El delito de omisión. Concepto y sistema, 1986, p. 323.

(37) Bacigalupo, Delitos impropios de omisión, 1970, p. 110.

(38) Welzel, Derecho Penal Alemán, p. 287.

(39) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, p. 277.

ela não é adequada, sendo mais inadequada ainda a denominação de *crimes comissivos por omissão*, pois não se trata de crime comissivo, senão de crime omissivo. Igualmente será incorreta a denominação de *omissão imprópria. Imprópria* por quê? De onde vêm o *próprio* e o *impróprio*? Nosso antigo mestre, Jescheck,[40] sugere que se denominem os crimes omissivos impróprios de *crimes de omissão qualificada*, e os crimes omissivos próprios de *crimes de omissão simples*, tendo em vista as particularidades dos sujeitos em ambas as figuras.

Está claro que as denominações propostas por Jescheck são as mais corretas. Entretanto, como ele mesmo diz, a denominação tradicional está tão arraigada à prática doutrinária e jurisprudencial, que será melhor conservá-la, até mesmo em face da sua aceitação geral.

Diz-se, na verdade, que os crimes omissivos impróprios são crimes de omissão qualificada, porque os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral. O sujeito deve ter com a vítima uma vinculação de tal ordem, para a proteção de seus bens jurídicos, que o situe na qualidade de garantidor desses bens jurídicos. Portanto, a posição de garantidor é característica específica dos crimes omissivos impróprios, daí dizer-se que a omissão, no caso, é qualificada.

Além de constituir uma inação, que é de sua natureza, e com isso violar um dever de agir, a omissão qualificada pressupõe essa vinculação especial do sujeito para com a vítima, de modo a torná-lo *garantidor*. A omissão é qualificada, porque tem alguma coisa além da omissão requerida nos crimes omissivos próprios, como no delito de omissão de socorro, por exemplo.

A denominação proposta, de omissão qualificada, nada tem a ver com a gravidade do fato. A qualificação aqui não se refere à gravidade, mas às condições especiais do sujeito.

14. A posição de garantidor

44. A posição de garantidor, de acordo com nosso Código Penal (art. 13, § 2.º), está fundada no dever de impedir o resultado. Este, por sua vez, pode derivar da lei, do contrato ou da assunção fática de proteção do bem jurídico, ou da prática de conduta anterior que tenha criado o risco da ocorrência do resultado. Esta relação legal dos três grupos de casos que fundamentam o dever de impedir o resultado parece remontar a Mezger,[41] que, exatamente como faz o Código Penal, ao comentar as conseqüências dessa classificação, associa à existência da lei, por exemplo, a obrigação especial de cuidado, proteção ou vigilância, ou, ao contrato, a assunção da responsabilidade de impedir o resultado. A fórmula tripartida de Mezger, que é da década de trinta, foi adotada desde há muito pela doutrina e agora pelo Código Penal, mas não é satisfatória.

Senão, vejamos.

Costuma-se dizer que a mãe que deixa de amamentar o filho recém-nascido e, assim, causa-lhe a morte, responde por homicídio por omissão. Ainda antes de estar contida no Código Penal uma indicação precisa dessa responsabilidade, esta foi a orientação da doutrina. Mas esta conclusão sempre foi tomada arbitrariamente pela doutrina,

(40) Jescheck, Tratado de Derecho Penal, tradução de José Luiz Manzanares Samaniego, 1993, p. 551.

(41) Mezger, Tratado de Derecho Penal, tradução de Rodriguez Muñoz, 1995, v. II, p. 302 e s.

com base no costume, fazendo deste uma fonte de incriminação, o que violava o princípio da legalidade e toda a tradição liberal.

Quando se trata de equacionar legalmente essa responsabilidade, pode-se notar que nem mesmo as leis extrapenais, que disciplinam fatos específicos, o fazem de modo expresso. Nosso Código Civil, por exemplo, ao tratar do pátrio poder com relação à pessoa dos filhos, em seu art. 384, não contempla expressamente essa forma de responsabilidade, apenas obrigando os pais a dirigir-lhes a criação e a educação. Tão só com a atual Constituição (art. 229) é que se determinou que os pais têm não apenas o dever de criação e educação dos filhos menores, mas ainda o de assistência, o que inclui, evidentemente, o dever de alimentá-los e protegê-los fisicamente. Quanto aos filhos maiores, nada há na legislação brasileira, a não ser a própria norma constitucional (art. 229), que os obriga a ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

45. Vê-se, pois que a indicação formal das fontes do dever de agir às vezes deixa de contemplar casos relevantes, fazendo com que a doutrina venha cair paralelamente outras formas de incriminação. Diante disso, podemos desde logo perguntar se foi válido dispor acerca dessas fontes no Código Penal. A doutrina ainda não deu uma resposta definitiva a esta questão. A principal objeção à regra adotada no Código Penal é que ela se limita simplesmente a formalizar as fontes do dever de impedir o resultado, mas nada esclarece acerca de seu conteúdo.

Ao dispor sobre esses três supostos do dever de agir, que foram acolhidos no Código Penal, Mezger já havia salientado a necessidade de delimitar com segurança os fundamentos desse dever, para evitar que meros deveres morais viessem a justificar a responsabilidade criminal.[42] E agregava ainda que, em todos esses casos, deveria haver um inequívoco sentido de que a infração ao dever jurídico de agir devesse conduzir à responsabilidade criminal do sujeito.[43] Não chegou, entretanto, Mezger a conclusões definitivas acerca da previsão dessa responsabilidade criminal, justamente porque partia de premissas formais e se satisfazia em ajustá-las aos casos concretos.

46. Se quisermos, entretanto, buscar um conteúdo para os fundamentos da posição de garantidor, podemos encontrá-lo sob três aspectos:

1.º — Na vinculação especial entre o sujeito garantidor e a vítima em virtude de circunstâncias e condições sociais e familiares, de modo a obrigá-lo socialmente à proteção. Tal ocorre com relação aos pais, aos irmãos, ou dentro da comunidade familiar;

2.º — Nas relações de trabalho, nas quais uma pessoa se obriga profissionalmente à proteção de outras. É o que se dá com o médico com relação a seus pacientes; com os engenheiros para com os usuários das obras que realizam; o guia de uma expedição para com seus seguidores etc.

3.º — Na responsabilidade pelas fontes de produção de perigo. Quem detém as fontes produtoras de perigo, tem a obrigação de evitar resultados lesivos delas decorrentes. Isto acontece, por exemplo, com o dono do prédio para com os materiais ou acessórios nele utilizados; os pais para com os atos dos filhos; os delegados de polícia para com os atos dos carcereiros; as pessoas que detêm autoridade para com os atos daqueles que lhes são subordinados; aqueles que criaram com sua conduta o perigo para com os resultados lesivos

(42) Mezger, Tratado, p. 303.
(43) Mezger, Tratado, p. 305.

que dele derivam (a chamada *ingerência*) etc.

Ao investigarmos a fundo os deveres de agir, vemos que esses não se podem limitar apenas a fontes formais, o que demonstra que possuem um conteúdo muito mais abrangente, a indicar que a omissão não constitui matéria exclusivamente jurídica, mas encerra um componente pré-jurídico inafastável, que é o sentido social empreendido nas relações entre as pessoas, através das quais se exige de algumas proteção para com as outras.

Esses fundamentos do dever de impedir o resultado, que sustentam a posição de garantidor, todavia, por si sós ainda são insuficientes, não no sentido de caracterizar e explicar a situação geradora desse dever, ou indicar o conteúdo social da omissão, mas para assegurar uma inequívoca conformidade entre a sua violação e a previsão de sua punibilidade, nos termos do princípio da legalidade.

47. A solução mais coerente com a exigência do princípio da legalidade, embora não exaustiva e nem perfeita, seria a previsão, na Parte Especial do Código Penal dos delitos que comportassem a punição pela omissão. Só desta forma poderíamos satisfazer ao sentido do empreendimento de Mezger de afirmar que tal omissão de determinada ação deverá gerar a responsabilidade criminal do sujeito.

Como um empreendimento dessa ordem, porém, só pode ser admitido *de lege ferenda*, pois implicaria na criação de nova tipificação de condutas, devemos por ora combinar o conteúdo desses fundamentos que sustentam a posição de garantidor com as exigências formais inseridas no art. 13, § 2.º, no sentido de que só terão validade, se se encontrarem amparados na lei, na assunção fática ou jurídica da responsabilidade de impedir o resultado ou na ingerência.

Na combinação desses dois critérios, porém, deve-se ter presente que não basta, para caracterizar a posição de garantidor, a mera referência a um dos elementos daquela relação formal. Mais do que isso, será necessário demonstrar que o sujeito se encontrava em situação real de possibilidade de atender ao dever, ou ainda, quando da *ingerência*, que a conduta anterior, geradora do perigo para o bem jurídico, tenha ela mesma violado um dever de cuidado. Essa limitação da *ingerência*, sugerida por Rudolphi,[44] é necessária para restringir a amplitude do *atuar precedente*, evitando que a mera causação do perigo, sem qualquer outro respaldo legal, possa fundar uma posição de garantidor.

15. O critério normativo

48. Tendo em vista a especial importância dos supostos da posição do garantidor para com os delitos omissivos impróprios, podemos, num primeiro plano, dizer que este critério, como instrumento de diferenciação, é mais relevante do que o critério legal, porque faz destacar no tipo um componente não escrito, que não se encontra presente nem nos delitos omissivos próprios, nem nos puros delitos de comissão. Mas, apesar disso, não é o critério decisivo.

Pela própria natureza dos crimes omissivos impróprios, que não se constituem de simples omissão de deveres de assistência, mas do não impedimento de determinado resultado proibido, tem-se que sua identificação, mais do que com vistas ao sujeito e sua especial relação de proteção para com o bem

(44) Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, p. 154.

jurídico, depende de sua estrutura normativa. Esta não está alicerçada apenas na omissão de uma ação possível, como tal, mas fundamentalmente na violação de uma norma proibitiva mediante o desatendimento de uma norma mandamental. Daí exigir-se em algumas legislações que os crimes omissivos impróprios preencham a *cláusula da equivalência*, ou da *absoluta identidade*, isto é, que o não impedimento do resultado, como omissão, corresponda ou se identifique à produção do resultado, como ação.

Somente a análise, portanto, da estrutura normativa e da especial posição de garantidor, que integram conjuntamente o tipo dos delitos omissivos, é que pode traçar uma diferença correta entre delitos omissivos próprios e impróprios.

Haverá crime omisivo próprio, toda vez que, além da generalidade do sujeito, a não realização da ação possível implique por si mesma na violação de uma norma mandamental. Haverá, por outra parte, crime omissivo impróprio, toda vez que a não realização da ação possível, por parte de um sujeito na posição de garantidor, implique no não impedimento do resultado, na mesma medida de sua produção por ação.[45]

Voltando à hipótese do crime de facilitação de contrabando ou descaminho. Aqui, a conduta proibida se refere a uma ação, de *facilitar*, e, ao mesmo tempo, a vincula à infração de dever funcional, o que significa que sua estrutura está estratificada basicamente na proibição, mas identifica com esta o não impedimento do resultado, por omissão. Proíbe-se a ação de facilitar e, ao mesmo tempo, se determina a ação de impedir a realização do contrabando ou descaminho, que seria o resultado da facilitação. Como o sujeito está subordinado a um dever especial de proteção, decorrente de lei, é ele garantidor do bem jurídico protegido. Tendo em vista os dois critérios, podemos dizer que se trata, portanto, de crime omissivo impróprio de resultado, ou, se fôssemos adotar a classificação de Rodríguez Mourullo, delito de omissão e resultado. O resultado aqui não precisa traduzir-se em efeitos materiais, basta que a ação de descaminho ou de contrabando se tenha iniciado para que se integralize o tipo legal. O mesmo se dá no delito de *fuga de preso* (art. 351), cujo resultado pode estar configurado com o início da fuga ou evasão, não precisando que esta efetivamente se conclua.

16. O tipo dos delitos omissivos

49. Embora ainda sem previsão na Parte Especial, salvo para os crimes omissivos próprios, será possível equacionar os elementos caracterizadores do tipo legal de um delito omissivo.

Inicialmente podemos dizer que nos delitos omissivos próprios ou impróprios, há uma *inação* que corresponde a uma infração à norma de comando. Em conseqüência da *inação*, haverá ou não um resultado, dependendo da estrutura do tipo. No crime de omissão de socorro, por exemplo, a consumação se dá desde que o sujeito não tenha prestado o socorro, ainda que outro o tenha feito e, assim, impedido a morte do acidentado. Nos delitos impróprios, como no caso da mãe que deixa de socorrer o filho menor, que se está afogando, a consumação só acontece com a ocorrência do resultado morte.

50. Integra também o tipo dos delitos omissivos, a *real possibilidade de atuar*, que é, por sua vez, condição da posição de garantidor. Não se pode obrigar ninguém a agir sem que tenha a possibilidade pessoal de fazê-lo. A norma não pode simplesmente obrigar a todos,

(45) Wessels, Strafrecht, AT, 1992, p. 228.

incondicionalmente, traçando, por exemplo, a seguinte sentença: "*Jogue-se na água para salvar quem se está afogando*". Bem, se a pessoa não sabe nadar, como irá se atirar na água para salvar quem se está afogando? Essa exigência incondicional é absolutamente absurda e deve ser considerada como inexistente, ou incompatível com os fundamentos da ordem jurídica. Convém ressaltar que a *real possibilidade de atuar* está condicionada à modalidade de conduta típica a que se refere, simplesmente porque inexiste uma omissão em si, senão *omissão de ação determinada*.[46] Isto quer dizer que, dependendo da configuração do tipo de injusto, essa *real possibilidade* pode expressar-se de várias formas, associando-se a certas características da norma mandamental. Assim, por exemplo, nas hipóteses de delitos vinculados exclusivamente a infrações de deveres, nos quais o legislador negligenciou acerca da identificação do *desvalor do resultado*, contentando-se com a mera *inatividade*, como ocorre na sonegação fiscal, a *real possibilidade* deve também englobar a *capacidade individual* de realizar aquela específica conduta determinada pela norma, ou seja, a *capacidade de pagar*, a *capacidade de fazer pessoalmente*, a *capacidade de prestar informações* etc. Evidentemente, se o sujeito não possui dinheiro, não se omite de pagar o débito; se não sabe realizar certa atividade, em face de seu desconhecimento ou deficiência de formação, não pode ser obrigado a assumi-la pessoalmente; se não detém a informação, porque esta se encontra inacessível, ou na posse de terceiro desconhecido ou de alguém que se recusa a fornecê-la, não se omite de prestá-la.

Note-se que a impossibilidade física de cumprimento de dever não é, porém, apenas questão penal. O próprio Código Civil, ao disciplinar acerca das modalidades dos atos jurídicos, considera inexistentes as condições fisicamente impossíveis (art. 116). A pessoa, portanto, que não pode pessoalmente atuar não pode pessoalmente ser responsabilizada por sua omissão. Esta condição constitui elemento do tipo dos *crimes omissivos*, tanto próprios quanto impróprios.

51. Há ainda outro elemento nos tipos de delitos omissivos. O tipo desses delitos não está constituído, como se pensava, apenas por aquelas duas características, da *inação* e da *real possibilidade física de atuar*, mas contempla também a chamada *situação típica omissiva*, que são aquelas características que fundamentam a omissão constante do tipo, como expressão do conflito social que o Direito quer regular, através da determinação de condutas.

A *situação típica omissiva* engloba todos aqueles elementos ou supostos que se associam à *inação* e fundamentam o dever de agir e o conteúdo de injusto do fato, de modo a justificar sua punibilidade. Assim, por exemplo, no crime de omissão de socorro, constitui essa situação a descrição acerca da criança abandonada ou extraviada e da pessoa inválida ou ferida, que se encontrem ao desamparo ou em grave e iminente perigo. Portanto, o tipo do crime de omissão de socorro não é preenchido simplesmente porque o sujeito não atua, isto é, não presta socorro. Mais do que isto, há uma situação típica que fundamenta o dever de atuar. Se a vítima não se encontrar ao desamparo ou em grave e iminente perigo, não há omissão relevante. Poderá haver uma simples *inação*, mas não o tipo de delito omissivo. É que a *conduta ordenada*, objeto da norma mandamental, não se esgota no simples não-agir, senão tam-

[46] Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1994, p. 564 e s.

bém é assinalada, como seu conteúdo de injusto, naquelas circunstâncias típicas que a fundamentam. Aqui se passa da mesma forma como nos delitos comissivos, cuja *ação proibida*, não se esgota na mera causalidade, mas na realização de todos os demais elementos típicos que a caracterizam como tal. Ao legislador igualmente não importa a mera *inação*, mas esta naquelas circunstâncias tipicamente descritas.

No crime de omissão de notificação de doença (art. 269), que constitui um exemplo clássico de norma penal em branco, onde o mandamento é complementado através de ato administrativo dos órgãos do Ministério da Saúde, a situação típica está expressada na natureza da doença (de notificação compulsória) e na circunstância de haver sido ela identificada por médico no exercício profissional.

Portanto, não é a mera omissão ou inação que configura o tipo dos delitos omissivos, mas também uma situação típica que fundamenta seu injusto, porque essenciais à sua configuração.

52. Nos delitos omissivos impróprios, além da omissão, da real possibilidade física e da situação típica, agrega-se ainda o dever de impedir o resultado, com base na posição de garantidor.

A posição de garantidor, que justifica a assunção do dever de impedir o resultado, como já se disse e deriva daquelas fontes mencionadas no art. 13, § 2.º do Código Penal, interpretadas com base nas circunstâncias que constituem seu conteúdo (as relações familiares e profissionais, e a responsabilidade pelas fontes de perigo), constitui um elemento do tipo desses crimes omissivos impróprios, especializando o círculo dos seus sujeitos.

Tendo em vista, ademais, a natureza da norma mandamental, que se insere como pressuposto do delito, na mesma medida da norma proibitiva, faz parte do tipo a afirmação da *identidade* entre a não execução da ação possível para impedir o resultado e o *conteúdo social de sentido* da ação típica do delito comissivo correspondente. Como conseqüência do princípio da legalidade, não será admissível aqui a afirmação da mera *equivalência*, como pensam alguns autores, mas sim de absoluta *identidade* de injusto entre a omissão e a comissão.

17. A cláusula da equivalência

53. A cláusula da equivalência, imaginada como um meio de legalizar a punibilidade da omissão não prevista em lei, apresenta seus antecedentes legislativos no Código Penal alemão (§ 13) e tem suscitado acesos debates, em parte pela sua indeterminação, em parte pela redação que tem recebido.[47]

A redação original do Código alemão é a seguinte:

"§ *13 O cometer por omissão*

"Quem se omite de impedir um resultado pertencente ao tipo legal de uma lei penal, só é punível quando tenha o dever jurídico de evitar tal resultado e a omissão equivale à sua produção por ação".

A um setor da doutrina, esta cláusula da equivalência teria a finalidade restrita de também incluir no âmbito dos delitos omissivos impróprios aqueles casos em que o resultado típico venha condicionado a uma determinada e específica forma de realização da ação, os chamados *delitos de atividade vinculada a um resultado*,[48] delitos esses que se contrapõem aos puros *delitos de resultado*, que, para a sua ocorrência, não pressupõem uma ação especial.

(47) Crítico, Rodríguez Mourullo, La cláusula general sobre la comisión por omisión, in Política Criminal y Reforma Penal, 1993, p. 909 e s.

(48) Lackner, StGB, 1993, p. 94.

Outros entendem que a cláusula da equivalência significa a forma de atender ao princípio da legalidade, fundamentando a punibilidade da omissão, sem qualquer consideração à modalidade de ação delituosa. Para estes, todos os delitos comissivos, portanto, podem ser, sem mais, cometidos por omissão.[49]

A inserção de uma cláusula da equivalência entre ação e omissão nada mais faz do que admitir na interpretação integrativa dos tipos legais o argumento analógico, vindo a ampliar indevidamente as possibilidades da punição por omissão. Uma tal cláusula é evidentemente inconstitucional porque viola os fundamentos e os corolários do princípio da legalidade, que exigem a descrição precisa de uma conduta estrita. Não basta para fundamentar a punibilidade que se afirme uma semelhança entre ação e comissão. Será preciso que o legislador indique, com absoluta precisão, os elementos que compõem essa punibilidade.

Como no Código brasileiro não consta essa cláusula, a relação entre delito comissivo e omissivo não pode ser efetivada através do critério da *equivalência*, mas exclusivamente pelo critério da *identidade*. Isto quer dizer que, para configurar um delito omissivo impróprio, não previsto na lei, será indispensável que a redação do tipo legal, combinada com as situações legalmente expressas que fundamentam o dever de impedir o resultado pela constituição do sujeito garantidor, possa implicar o mesmo conteúdo de injusto do seu cometimento por ação. Assim, conforme, aliás, uma proposta de Silva Sanchez,[50] na ausência de uma tipificação expressa dos delitos omissivos impróprios na Parte Especial, só seria admissível a sua punição, mas com pena atenuada (por aplicação do art. 66 do CP), num restrito número de casos, onde não haja dúvida de que o ato que descumpre a norma mandamental se identifique materialmente com o ato violador da norma proibitiva, em razão da especial conformação do injusto com vistas à direta proteção do bem jurídico. Tal evidentemente, afora os casos expressos, só se dá nos delitos contra a vida, a integridade corporal e a liberdade, cujos objetos jurídicos, pela sua natureza e pelas conseqüências, necessitam de uma imediata e oportuna intervenção protetiva, que não pode ser postergada para não se tornar inócua.

18. A solução dos casos

54. Na hipótese do alpinista, embora inexista um acordo formal, capaz de caracterizar um contrato profissional, o fato de o alpinista haver convidado pessoas inexperientes para realizar uma tarefa para a qual era o único treinando, configura a assunção fática de responsabilidade de proteção a seus convidados. Tem, portanto, o dever de impedir que resultados lesivos provenham do seu empreendimento, visto estar em posição de garantidor da integridade do bem jurídico alheio. O mesmo se dá na hipótese da mãe que leva o filho à praia e o deixa aos cuidados de terceiro. Trata-se, como no exemplo do alpinista, da assunção fática de responsabilidade de proteção do bem jurídico, vindo caracterizar sua omissão o delito de homicídio e não simplesmente omissão de socorro.

(49) Maurach-Gössel-Zipf, Derecho Penal, Parte General, tradução argentina de Jorge Bofill Genzsch, 1995, tomo II, p. 244.

(50) Silva Sanchez — El delito de omisión. Concepto y Sistema, 1986, p. 369; da mesma forma, Mourullo — La cláusula general sobre la comisión por omisión, in Política Criminal y Reforma Penal, 1993, p. 911 e s.

55. Embora a relação de parentesco gere socialmente uma vinculação maior entre as pessoas, no tocante à proteção mútua, o irmão omitente deve responder somente por omissão de socorro, visto que, no âmbito das exigências formais contidas no art. 13, § 2.º, não está contida simplesmente a relação de parentesco, mas apenas a prévia existência de dispositivo legal que a torne fonte da posição de garantidor. Como a legislação brasileira carece de tal dispositivo, a relação entre irmãos não constitui, por si só, fundamento para o dever de impedir o resultado, mas apenas um dever geral de assistência, que integra o tipo dos delitos omissivos próprios, como a omissão de socorro. Parece injusta essa solução, mas será a solução geral.

56. Na hipótese do condômino, o síndico, como administrador do prédio, tem a responsabilidade pelas fontes de perigo nele existentes e, portanto, o dever de impedir os resultados que advierem de seu uso, como forma de *ingerência*. Não se cogita aqui do atuar precedente, desde logo contrário ao dever, porque a execução da ação possível, que caracteriza o momento omissivo, é gerada justamente com o fato lesivo à liberdade do condômino, produzida pelo defeito no elevador e levada ao conhecimento daquele que estava obrigado a saná-lo. Não o fazendo, cometeu, portanto, o crime de seqüestro por omissão.

57. Nos dois exemplos do salvamento, em que terceiro intervém no processo de sua realização ou quando o próprio omitente desiste de continuar com sua ação já iniciada, trata-se de delito comissivo, porque, independentemente da análise do tipo legal ou da espécie de norma que compõe seu substrato, com as respectivas ações incrementaram o risco da produção do resultado. A circunstância do incremento do risco, por sua vez, assinala a característica precipuamente proibitiva da norma que passa a regular o fato.

58. No exemplo do pai que deixa as crianças à espera do corpo de bombeiros, em vez de lançá-las aos braços dos vizinhos, haverá apenas omissão e não ação, podendo, porém, excluir-se a imputação objetiva, em face da inexistência de um aumento do risco da produção do resultado ou da indiferença quanto à diminuição das chances de salvamento.

19. Concurso de pessoas e tentativa nos crimes omissivos

Há ademais dois outros aspectos dos crimes omissivos que constituem questões polêmicas, ainda sem soluções definitivas. São os aspectos relativos ao concurso de pessoas e à tentativa. Aqui, a doutrina tem tomado caminhos absolutamente contraditórios, sendo melhor que se adotem regras especiais, direcionadas à respectiva modalidade de delito.

19.1 Concurso de Pessoas

59. Como os crimes omissivos são *delitos de dever*, para usarmos a terminologia proposta por Roxin,[51] há uma certa especialização dos sujeitos, quer porque se encontrem concretamente diante da situação de perigo e, assim, estejam obrigados a atuar em face de um dever geral de assistência, quer porque apresentem uma especial vinculação para com a proteção do bem jurídico.

Embora a norma mandamental possa se destinar a todos, como na omissão

(51) Roxin, Täterschaft und Tatherschaft, 6.ª edição, 1994, p. 459 e s.

de socorro, o preenchimento do dever é pessoal, de modo que não é qualquer pessoa que pode ser colocada na posição do omitente. Somente podem ser sujeitos ativos dos delitos omissivos, primeiramente, aqueles que se encontrem aptos a agir e se situem diante da chamada situação típica; depois, aqueles que, estando em condições reais de impedir a concretização do perigo, tenham uma vinculação especial para com a vítima ou para com a fonte produtora do perigo, de forma que se vejam submetidos a um dever especial de impedir o resultado.

Consoante esse dado, podemos afirmar que nos crimes omissivos não há concurso de pessoas, isto é, não há co-autoria nem participação.[52] Cada qual responde pela omissão individualmente, com base no dever que lhe é imposto, diante da situação típica de perigo ou diante de sua posição garantidor. Trata-se, na verdade, como expõe Armin Kaufmann, de uma forma especial de autoria colateral. São estas suas palavras: "*Se 50 nadadores assistem impassíveis ao afogamento de uma criança, todos terão se omitido de prestar-lhe salvamento, mas não comunitariamente. Cada um será autor do fato omissivo, ou melhor, autor colateral de omissão*".[53]

60. Um exemplo poderá demonstrar com maior clareza o acerto dessa posição. Alguém está na companhia de outra pessoa e vê terceiro afogar-se. Quem se está afogando é filho de uma das pessoas que observam o afogamento. Os dois não só o observam, mas comentam entre si quem irá salvá-lo, ressaltando as incertezas desse empreendimento. Afinal decidem em conjunto que não irão proceder ao salvamento. Embora um tenha aconselhado o outro acerca do que devesse fazer ou não fazer, inexiste no caso participação, porque um deles responderá por crime de omissão de socorro e o outro por homicídio por omissão. Cada um, portanto, responde individualmente pela omissão e seus efeitos, na medida de sua posição em face da proteção do bem jurídico. O pai viola o dever de impedir o resultado, porque era garantidor da vida do filho. O outro viola o dever geral de assistência, porque, como cidadão presente na situação de perigo, tinha que lhe prestar socorro.

Note-se, assim, que o comportamento de cada um, que pode coincidir como comportamento do outro, não é decisivo para determinar a participação. O que importa é a posição de cada sujeito diante da proteção de bem jurídico. Como a realização do tipo dos delitos omissivos está associada a violações de deveres, desde que qualquer pessoa tenha violado o dever que lhe é imposto já estará dando início à execução do fato, que, dependendo da configuração legal, pode exigir a verificação do resultado para a sua consumação. Este raciocínio não muda, quando o dever que é imposto aos vários agentes pertença à mesma fonte. Se os que se omitirem do salvamento forem ambos pais de quem se está afogando, assim mesmo sua comum resolução não implica participação ou co-autoria. Já que, como vimos, o comportamento de ambos não interfere na realização do tipo de delito que lhe seja atribuível, a participação, pelos seus fundamentos, não pode exclusivamente derivar da fonte do dever de agir. Quer dizer, mesmo que os deveres remontem à mesma origem, o omitente não deve ser visto na qualidade de portador de um dever solidário, mas, sim, como pessoa individual, sobre quem recai o mandato normativo de realizar determinada ação para afastar a ocorrência do resultado.

(52) Welzel, Derecho Penal Alemán, p. 284.
(53) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, p. 189.

Resta examinar a posição de terceiro, que através de conduta comissiva, contribui para a omissão de quem tinha o dever de impedir o resultado. Da mesma forma que inexiste participação ou co-autoria nos delitos omissivos, quando os sujeitos se omitirem em face da mesma situação de perigo, aqui também será impossível admitir-se a relevância dessa outra modalidade de participação. Deve-se seguir neste contexto a ponderação de Roxin, ao estipular como pressuposto de qualquer concurso de agentes que todos os participantes estejam subordinados aos mesmos critérios de imputação,[54] o que não se dá quando se trata de delitos comissivos e omissivos, em face da própria estrutura da norma. Cada qual — agente e omitente — serão igualmente autores do fato, o primeiro de crime comissivo e o outro de crime omissivo.

19.2 Tentativa

61. No tocante à tentativa, as coisas são um pouco mais complexas. Podemos aqui afirmar, se bem que teoricamente se pudesse pensar ao contrário, que nos crimes omissivos próprios não se admite tentativa, porque, uma vez que a omissão esteja tipificada na lei como tal, se o sujeito se omite, o crime já se consuma; se o sujeito não se omite, realiza ele o que lhe foi mandado.

62. Nos crimes omissivos impróprios, entretanto, a doutrina tem admitido a tentativa, mas alterando as suas bases tradicionais.

No campo da diferenciação entre atos preparatórios e executivos do delito, a doutrina brasileira adota, em sua maioria, sendo isto tradicional em nosso país, a *teoria formal-objetiva,* segundo a qual haverá tentativa toda vez que, iniciada a realização estrita da ação típica, não é alcançada a consumação do delito por circunstâncias alheias à vontade do agente. Esta fórmula, que adveio do direito liberal burguês, é conseqüência de uma interpretação formal e restritiva dos dispositivos legais que regulamentam a tentativa, com base no início da execução. E é de se notar que a definição legal da tentativa inserida no art. 14, inc. II do Código Penal brasileiro é igualmente da tradição dos países da América Latina, como, por exemplo, dos códigos da Argentina (art. 42), Chile (art. 7.º) e Uruguai (art. 5).

A questão principal da tentativa reside justamente na determinação do que constitua esse *início de execução.* A *teoria formal-objetiva*, fiel ao enunciado da teoria causal-naturalista, só poderia considerar como *início da execução* aquilo que, objetivamente, desse impulso ao desenrolar da ação típica, tomada no contexto da causalidade. No crime de homicídio, por exemplo, a tentativa só teria lugar no instante em que o agente iniciasse a ação de matar, isto é, começasse a disparar contra a vítima, ou a esfaqueá-la, ou a ministrar-lhe veneno etc.

Esta teoria, entretanto, embora tenha seus méritos incontestáveis principalmente no sentido de buscar uma precisa delimitação da zona que separa a conduta proibida da permitida, não é suficientemente apta a, diante de alguns casos controvertidos, proteger *oportuno tempore* o bem jurídico.

Como a *teoria formal-objetiva* parte do início da realização estrita da ação típica, está claro que enfrentará enormes dificuldades quando aplicada aos crimes omissivos, que não podem ser retratados materialmente.

63. Como complemento a esta teoria puramente formal, a doutrina tem desenvolvido outros critérios, como os da

(54) Roxin, Täterschaft und Tatherschaft, p. 470.

teoria material-objetiva ou da *teoria subjetivo-objetiva*, agregando-se-lhes ainda o critério do *perigo para o bem jurídico*. Mas, todas essas orientações são igualmente defeituosas, não havendo até agora, uma solução definitiva e escorreita na determinação precisa do que se deva entender por *início da execução*.

64. Imaginemos um exemplo no âmbito dos crimes comissivos: dois ladrões pretendem arrombar uma casa, que é guardada por ferozes cães, além de possuir grades e alarmes em portas e janelas. Para realizarem o furto, necessitam, previamente, contornar esses obstáculos. Primeiramente, matam os cachorros; depois colocam ácido nas grades e fechaduras e, finalmente, provocam um curto-circuito para desativar o sistema de alarme. Pela *teoria formal-objetiva*, esses atos, que não podem ser identificados com a ação de subtrair, constituem meros atos preparatórios, impuníveis. Pela *teoria material-objetiva*, constituiriam já início da execução do delito de furto, porque estariam integrados em plano natural à própria ação típica de subtrair, como seus sucedâneos, e teriam colocado em perigo o bem jurídico. A mesma solução seria dada pela *teoria subjetivo-objetiva*, com base no plano dos agentes.

A questão da aplicação dessas teorias alternativas reside, porém, na insegurança jurídica que podem gerar, porque, desvinculadas da exata configuração da ação típica, começam a interpor na análise do tipo critérios nem sempre inequívocos, como os do *sucedâneo natural da ação típica*. A superação desses problemas de segurança só pode ser alcançada no caso concreto.

No exemplo dado, os atos praticados pelos ladrões estão descritos no Código Penal como modalidade qualificada de execução do delito de furto (art. 155, 4º, inc. I), o que os caracteriza como atos de execução da própria ação típica, desde que, entretanto, a subtração deva ser praticada imediatamente após aqueles atos. Se entre tais atos, embora referidos como formas qualificadas do agir, e a ação típica de subtrair houver uma solução de continuidade, porque, por exemplo, os ladrões pretendiam entrar na casa somente no dia seguinte, o fato de matarem o cachorro, despejarem ácido nas grades ou provocarem um curto-circuito ainda não constitui início da execução de furto.

Independentemente da teoria que se adote, se um determinado ato vier referido na lei como elemento de qualificação, ou forma agravada, o que deve valer é a relação direta entre esse ato e a imediata realização da ação típica. Aqui, praticamente, o próprio legislador descreve o ato, que poderá ou não ser ato de execução, dependendo de sua relação para com a realização da ação típica. Se o ato, previsto como forma qualificada, for praticado dentro do plano de imediatamente após ser realizada a ação típica, tal ato já constitui início de execução do delito. Esta é a posição majoritária da doutrina,[55] quando se trata de crimes comissivos.

65. Nos crimes omissivos impróprios, o início da execução se dá com a violação do dever de impedir o resultado, que faz parte do tipo de injusto. Mas essa violação deve manifestar-se concretamente, único modo de colocar em perigo o bem jurídico.

A doutrina tem-se orientado aqui em três sentidos: a) ou no sentido de tomar como decisiva a não utilização da primeira possibilidade de salvamento;[56] b)

(55) Jescheck, Tratado, p. 471; Roxin, Tatentschluß und Anfang der Ausführung, in Juristische Schulung, 1979, p. 1; Wessels — Strafrecht, AT, 1992, p. 182.

(56) Herzberg, Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, in Monatsschrift für Deutsches Recht, 1971, p. 881.

da última chance de fazê-lo,[57] ou c) ainda do perigo concreto para o bem jurídico, produzido pelo atraso na prática da ação apta a impedir a lesão.[58]

Parece que a melhor solução será dada por uma variante objetiva da proposta seguida por Wessels:[59] se o perigo para o bem jurídico só ocorrerá mais tarde, o início da execução não pode se dar com a não utilização da primeira chance de salvamento, mas, sim, com a não utilização da última, quando o perigo entrar em sua fase aguda. Assim, se o filho cai nos trilhos, mas o trem só passará por ali dentro de uma hora, a omissão do salvamento imediato não configura ainda um início de execução. Este só se verificará quando o trem já estiver efetivamente prestes a passar.

Por outro lado, há de se distinguir aqui entre *tentativa acabada* e *tentativa inacabada*. Só esta última é que deve submeter-se a tal raciocínio, pois o desdobramento posterior do fato dependa da omissão do próprio sujeito. Na *tentativa acabada*, na qual a seqüência do fato está à própria sorte dos acontecimentos, a execução terá início a partir do momento em que o sujeito não se vale da primeira chance, deixando que a causalidade siga normalmente seu curso. Por exemplo, se mãe deixa de alimentar seu filho recém-nascido, o início da execução ocorrerá quando a falta de alimentação já tenha provocado danos à sua saúde, de modo que deva ela imediatamente realimentá-lo, mas deixe passar essa chance. Antes disso, não haveria início da execução, porque o perigo da realização do resultado ainda não se havia manifestado.

(57) Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 210; Welzel, *Derecho Penal Alemán*, tradução de Bustos Ramirez e Yañez, 1970, p. 305.

(58) Jescheck, *Tratado*, p. 581.

(59) Wessels, *Strafrecht*, AT, p. 238.

Ao invés, se a mãe abandona na rua o recém-nascido, deixando-o à sua própria sorte, com este ato de abandono já se inicia a execução, pois, a partir daí, passa ela a não ter qualquer domínio sobre a causalidade, estando desde logo presente o perigo da ocorrência do resultado. Estamos aqui analisando aspectos da execução do delito doloso de homicídio, praticado por omissão e não o crime de exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134), que só se configura com o preenchimento, além do dolo de perigo, de um elemento subjetivo especial, que é a finalidade de *ocultar desonra própria*. Neste último caso, tendo em vista justamente essa finalidade especial, o legislador considerou o ato de abandono como delito autônomo de perigo, isto, entretanto, sem descartar a hipótese de que esse mesmo ato por si mesmo já constitua início de execução do homicídio, dependendo do dolo do sujeito.

20. Dolo e erro

66. Os crimes omissivos apresentam ainda uma particularidade no tocante ao dolo. Diferentemente dos crimes comissivos, onde o dolo deve orientar-se à realização da ação típica, nos crimes omissivos o dolo se expressa como a decisão acerca da inação, com a consciência de que o sujeito poderia agir para evitar o resultado. Não basta, por conseguinte, para reconhecer-se o dolo a mera consciência da situação fundamentadora do dever de agir, ou o conhecimento do seu poder de fato para realizar a ação omitida, como queria Welzel.[60] Mais do que isto, será necessário demonstrar-se que o sujeito inclua na sua decisão a não execução da ação possível. Esta é uma exigência, inclusive, que deflui dos próprios termos do

(60) Welzel, *Derecho Penal Alemán*, p. 282.

art. 18, inc. I do Código Penal, que não prescinde do *elemento volitivo* na configuração do dolo e que deve ser tomado em conta igualmente nos delitos omissivos.

"Por outra parte, o erro sobre o dever de garantidor, como tal, é *erro de mandato*, que exclui a culpabilidade, se inevitável, subordinando-se aos ditames contidos no art. 21. Aqui, o que pouco importa é a terminologia, se *erro de mandato* ou *erro de proibição*, senão sua incidência sobre a antijuridicidade da conduta. Em alguns casos, não será fácil distinguir entre erro de tipo e erro de mandato, principalmente quando, como se verifica no chamado Direito Penal Econômico, o sujeito não pode conhecer a ação que lhe é imposta e que, portanto, deve praticar, sem conhecer previamente o dever de realizá-la. Neste particular, a jurisprudência alemã, por exemplo, vem acentuando tratar-se de erro de tipo, excludente do dolo, o desconhecimento dos deveres de prestar declaração ou informação ao fisco, ou de registrar estoque, ou da obrigatoriedade de informar ao censo etc.[61] Esta matéria não é nova no Brasil, onde a partir de 1990 começaram a brotar desordenadamente tipos penais omissivos em matéria tributária e previdenciária, nos quais a omissão está vinculada necessariamente ao conhecimento prévio do dever de agir, por ser este mesmo constitutivo da própria incriminação. Nesses casos, o desconhecimento do dever de prestar informações ao fisco, ou de recolher contribuições, por exemplo, não será erro de mandato, mas erro de tipo, que exclui o dolo".

(61) Cramer, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.ª ed., 1991, p. 246.

A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS (ENFOQUE CRÍTICO) — 1.ª PARTE*

LUIZ FLÁVIO GOMES

"A mitologia grega consagrou uma figura cujo hábito singular passou à História como um modelo negativo de conduta, o que não obsta o constante surgimento de seguidores. Falo de Procusto e seu famoso leito. Procusto dava abrigo aos passantes em sua morada, mediante uma condição — a de que deitassem no seu leito. Se o infeliz hóspede medisse mais do que ele, cortava-lhe as pernas. Se medisse menos que o anfitrião, era colocado em uma máquina, que o espichava até o tamanho exato de Procusto" (Lênio L. Streck, jornal Zero Hora, Porto Alegre, 19.07.95).

Sumário: 1.ª parte — Natureza jurídica da presunção legal de violência: 1. É presunção de natureza absoluta — *"iuris et de iure"*: 1.1 A doutrina dos que aceitam irrestritamente o leito de Procusto; 1.2 A tese da ficção jurídica da incapacidade de consentir. Particular enfoque da vítima menor; 1.3 Irrelevância do comportamento anterior (*vida anteacta*) reprovável da vítima; 1.4 O questionamento, desde a perspectiva das constantes mutações sociais e culturais, das bases empíricas (criminológicas) da ficção jurídica fundada na incapacidade de consentir da vítima menor; 1.5 Críticas à doutrina da presunção absoluta de violência — 2. É presunção de natureza relativa — *"iuris tantum"*: 2.1 A doutrina dos que aceitam restritamente o leito de Procusto; 2.2 Relatividade da presunção em relação à vítima menor; 2.2.1 Erro (de tipo) sobre a idade da vítima; 2.2.2 A restrição judicial, baseada em concepções moralistas, do âmbito aparente de incidência do tipo penal (art. 224, "a", do CP); 2.2.2.1 Afasta-se a presunção de violência no caso extremo de "prostituta de porta aberta"; 2.2.2.2 Afasta-se a presunção de violência no caso de vítima com comportamento reprovável; 2.2.2.3 A restrição da presunção legal e a criação do requisito típico pelo juiz: violação ao princípio da legalidade ou reserva leval; 2.2.2.4 A lamentável confusão entre Direito Penal e Moral Social; 2.2.2.5 A liberdade sexual como bem jurídico tutelado (renegação do princípio *"meretrices nulli sese copiam denegare possunt"*); 2.3 Relatividade da presunção em relação à vítima enferma mental; 2.4 Relatividade da presunção em relação à vítima incapaz de resistir; 2.5 Críticas à doutrina da presunção relativa de violência.

1.ª parte — Natureza jurídica da presunção legal de violência

1. É presunção de natureza absoluta — "*iuris et de iure*"

* O presente artigo terá sua 2.ª parte publicada na edição seguinte.

1.1 A doutrina dos que aceitam irrestritamente o leito de Procusto

a) Se a Exposição de Motivos que acompanhou o Código Penal de 1940 fosse concebida como interpretação

autêntica,[1,2] muito provavelmente a presunção de violência contida no art. 224 do CPC seria enfocada (pela doutrina e jurisprudência majoritárias) como de natureza absoluta, isto é, *iuris et de iure*, sem nenhuma possibilidade de prova em sentido contrário.

b) No número 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do CP, com efeito, ficou proclamado que "na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (art. 224) quando a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, conhecendo o agente esta circunstância; ou c) acha-se em estado de inconsciência (provocado, ou não pelo agente), ou, por doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de dezesseis anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem".

c) Especialmente no que concerne à debilidade mental e à incapacidade de resistência da vítima, assim dispõe referida Exposição de Motivos: "Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*. Por outro lado, se a incapacidade de consentimento faz presumir a violência, com maioria de razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou a incapacidade de resistência, seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidade, grande debilidade orgânica, paralisia etc.), ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos)".

1.2 A tese da ficção jurídica da incapacidade de consentir. Particular enfoque da vítima menor.

a) A presunção de violência, ao menos no que tange às hipóteses de menoridade e debilidade mental, funda-se numa ficção jurídica (*fictio iuris*), consistente em que a vítima, só por ser menor ou débil mental, não tem capacidade de consentir ou não pode fazê-lo validamente. Como bem salienta o inolvidável penalista pátrio Nélson Hungria,[3] "fiel a

(1) Diz-se autêntica a interpretação, consoante Damásio de Jesus (*Direito Penal — Parte Geral*, Ed. Saraiva, SP, 1979, 4.ª ed., p. 30), quando procede do próprio órgão de quem emana. É a interpretação que parte do próprio sujeito que elaborou o preceito interpretado.

(2) A Exposição de Motivos, no entanto, não é interpretação autêntica porque não é lei, não tem força obrigatória e pode estar em dissintonia com o texto legal (v. Damásio de Jesus, *Direito Penal — Parte Geral* cit., p. 30).

(3) V. seus *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, 5.ª ed., p. 225.

um tradicional critério jurídico-penal, que remonta a Carpsovio, o Código *presume* ou *finge* a violência, nos crimes sexuais, quando a vítima, por sua tenra idade ou morbidez mental, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido".

b) De se observar que nas hipóteses que estamos enfocando (menoridade e debilidade mental), assim como quando a vítima não possui capacidade de resistência (por razões permanentes ou temporárias), não existe efetivamente violência *real*, natural, seja na forma de *vis corpori illata* (violência física), seja na modalidade *vis animo illata* (violência moral). Só se pode falar em violência verdadeira, mesmo que enfocada nesse duplo sentido, quando há resistência da vítima (efetiva, ainda que não heróica), que deve ser vencida ou quebrada. A *resistência* (concreta, real), destarte, para além de configurar a expressão notória do dissenso ou a "dinamização da vontade contrária da vítima",[4] é requisito típico de todos os crimes sexuais violentos[5] que atentam contra o bem jurídico liberdade sexual.

c) Sempre que a vítima oferece resistência (que é a dinamização do dissenso) ao ato sexual desencadeado contra sua vontade, não existe a menor dúvida de que, ao ser quebrada, a conduta (típica) do agente enquadra-se no respectivo dispositivo legal diretamente. Surge dificuldade, do ponto de vista da tipicidade da conduta, entretanto, quando a vítima não tem capacidade (passageira ou permanente) de oferecer resistência. Pois uma coisa é empregar a violência ou a grave ameaça para aniquilar a resistência da vítima, outra bem diferente consistente em abusar da impossibilidade de resistência (por causa da idade, de debilidade mental duradoura ou passageira, estado de inconsciência etc.). Uma coisa, portanto, é a *agressão* sexual (aqui há dissenso expresso, claro inequívoco), outra bem diferente é o *abuso* da incapacidade de resistência.[6]

d) Constatada a efetiva agressão, a adequação típica da conduta não oferece nenhum problema. Ausente tal agressão real, em princípio, a conduta do agente não se enquadra no tipo legal *violento*. Tomemos como exemplo o estupro (CP, art. 213): verificando-se ter havido violência corporal (*vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*), como condutas intermediárias da *conjunção carnal*, configurado está o tipo penal mencionado. Nele não se encaixa diretamente, no entanto, a conduta de quem *abusa* da vítima que está impossibilitada de oferecer resistência. É para assegurar a tipicidade penal dessa última conduta que foi imaginado o art. 224 do CP que, assim, configura hipótese de "adequação típica de subordinação mediata".[7]

e) Em tese, para se promover a tutela penal nos casos de abuso e para evitar o *vácuo de tipicidade* (e, em conseqüência, de tutela do bem jurídico), existem dois sistemas: um primeiro vale-se para um tanto da *presunção* de violência (este foi acolhido pelo *ius positum*) e há

(4) Essa é a doutrina de João Mestieri (*Do delito de estupro*, RT, SP, 1982, p. 84), que se refere, no entanto, exclusivamente à vontade da mulher, porque seu enfoque estava voltado para o delito de estupro, que serviu de objeto para sua valorizada monografia.

(5) A expressão refere-se aos crimes de estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214) e rapto violento (art. 219).

(6) V. nesse sentido Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, cit., p. 227) que, no entanto, por ser adepto da teoria da presunção, acaba por concluir que só formalmente se diferem "quebrar uma resistência" ou "abusar da impossibilidade de resistência".

(7) A propósito, v. Damásio de Jesus, *Direito Penal — Parte Geral*, cit., p. 255.

um segundo (aceito na Alemanha, Itália etc.) que equipara ou assimila à violência a falta de consentimento válido (ou impossibilidade de resistência). Aquele mereceu a prioridade do legislador, assim como de Nélson Hungria que, a respeito, dissertava:[8] "não há despropósito algum em que se *presuma* a violência (não obstante o sofisma do *velle non potuit, ergo noluit*) quando falte, na vítima, a capacidade de manifestação da vontade, ou, pelo menos, de consentir validamente".

f) O insuperável defeito do sistema acolhido pelo Código Penal brasileiro reside em que o Direito Penal da culpa não se concilia com presunções fáticas. Violência é fato e fato não pode ser presumido pelo legislador, principalmente quando vem em prejuízo do seu autor[9] que, aliás, é presumido inocente. Nosso *ius positum* teria seguido melhor caminho se tivesse aderido ao sistema que permite o exame dos requisitos típicos do crime sexual em cada caso concreto, conforme haja ou não lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

g) Apesar da flagrante aporia (presunção de fato pelo legislador *versus* Direito Penal da culpa), apenas esboçada por enquanto, na jurisprudência brasileira não é tão raro o entendimento de que a tal presunção legal é de natureza *absoluta*, nada podendo removê-la. Assim, *ad exemplum*, o entendimento adotado no v. acórdão relatado pelo Ministro da Corte Suprema Octávio Gallotti,[10] em cuja ementa se lê: "Estupro — Violência presumida — Vítima menor de 14 anos de idade — Incapacidade de consentimento — Presunção que não cede em face da consideração da experiência sexual da ofendida — Inteligência dos arts. 213 e 224 "a" do CP. Ementa Oficial: Estupro cometido contra vítima que não é maior de 14 anos (arts. 213 e 224, "a", do CP). Presunção legal de violência, que não cede em face da consideração da experiência sexual da ofendida. Recurso provido para condenar-se o réu. RE 116.649-5-PR — 1.ª T. — j. 09.09.1988 — Rel. Min. Octávio Gallotti — DJU 14.10.1988".

h) Embora (hoje) minoritários, não são poucos os julgados, como veremos em seguida, que secundam a natureza absoluta da presunção legal de violência, impedindo-se, com isso, qualquer valoração do magistrado sobre eventual capacidade concreta de consentir da vítima. Em voto proferido no RE 108.267-4-PR,[11] o Min. Sydney Sanches, ancorado em vários precedentes, invocou em sua fundamentação que "O consentimento da ofendida e sua experiência anterior não desconstituem a tipicidade de tal fato criminoso" (STF, Rel. Min. Antonio Neder, RTJ 68/735); "O consentimento da menor de catorze anos não ilide a configuração do crime de estupro, desde que, juridicamente irrelevante, absolutamente nulo; "A defloração não é requisito indispensável no crime de estupro" (TJSC, Rel. Des. Miranda Ramos, RT 397/353); "Inadmissível a impunidade do indivíduo lascivo que mantenha coito carnal com menor de 14 anos, sob a alegação de ter sido por ela provocado e incitado para o ato. Mesmo que leviana, ainda que apresente liberdade de costumes, a menor merece toda a proteção legal"

(8) V. seus *Comentários ao Código Penal*, cit., p. 227.

(9) Essa postura crítica, que será amplamente retomada mais adiante, faz parte do REsp 46.424-2/RO, relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (DJU 08.08.1994, p. 19.576).

(10) V. RT 636, p. 384.

(11) V. RT 646, p. 364 e especialmente p. 375.

(TJSP, Rel. Des. Carlos Ortiz, RT 444/296).[12]

i) Mesmo na eventualidade de existir consentimento dos genitores, além da anuência da vítima, ainda assim, não fica afastada, diz parte da jurisprudência, a presunção legal. É o que ficou assentado neste acórdão: "Estupro — Violência presumida — Vítima menor de 14 anos de idade — Consentimento dela e dos genitores à realização da cópula com o acusado — Irrelevância — Condenação mantida — Inteligência dos arts. 213 e 224, "a", do Código Penal. Ap. Crim. 13.798 — Campos Novos — TJSC — Rel. Ivo Sell" (v. RT 494, p. 386).

j) Pouco importa, de outra parte, que tenha o ato sexual partido de iniciativa da vítima. É o que se reconheceu na Apelação Criminal 130.544 (TJSP), nestes termos: "Estupro — Violência presumida — Vítima menor de 14 anos de idade, virgem e honesta — Réu, seu parente, que sustenta ter partido dela a iniciativa do ato sexual — Irrelevância — Condenação mantida — Voto vencido — Inteligência dos arts. 213 e 224, "a", do Código Penal. Tratando-se de estupro cometido com presunção de violência, em face da idade da vítima, circunstância conhecida do acusado, seu parente, irrelevante é o fato de ter dela partido a iniciativa do ato sexual, pois nenhuma é a sua capacidade de consentir. Ap. 130.544 — Itanhaém — Apel.: Ernesto Santana — Apelada: Justiça Pública — Rel. Carvalho Filho" (v. RT 494, p. 305).

1.3 Irrelevância do comportamento anterior (vida anteacta) *reprovável da vítima.*

a) Mais por razões moralistas (estas serão melhor enfocadas quando da consideração da presunção relativa) que sistemáticas (o crime considerado como efetiva violação a um bem jurídico), parte da jurisprudência brasileira procura atenuar o questionável caráter absoluto da presunção, possibilitando entendimento contrário no caso de vítima com vida anterior (*anteacta*) reprovável. A corrente mais próxima do positivismo-legalista, é dizer, a que assume a função de porta-voz das *secas* palavras da lei (*bouche de la loi*), no entanto, dissente dessa "abertura" e sua irresignação é inexorável.

b) Bem retrata essa postura crítica (mas consentânea com a *letra da lei*) o acórdão em cuja ementa se lê: "Estupro — Violência presumida — Vítima menor de 14 anos de idade — Irrelevância de ser leviana e de ter concordado com a conjunção carnal — Incapacidade de consentir ante a biológica falta de maturidade — Condenação decretada. Mesmo que se admita a presunção *juris tantum* de violência no estupro ficto, deve-se concluir que o crime subsiste ainda com o consentimento da menor, que não tem maturidade em termos de consciência crítica. O que caracteriza o crime de estupro é a ausência ou incapacidade do consentimento, não sendo elementos do crime a inocência, a honestidade e a virgindade da vítima. Ementa oficial: Estupro. Presunção de violência, por ser a vítima menor de 14 anos de idade (arts. 213 e 224, "a", do CP). O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro (arts. 213 e 224, "a" do CP). Recurso Extraordinário conhecido e provido, em parte, para que, afastada a tese em contrário do acórdão recorrido, prossiga o Tribunal na apreciação das demais questões da apelação,

(12) No sentido da doutrina que acaba de ser exposta v. ainda: RT 510/435, 536/307, 577/353, 651/312, RJTJESP, Lex, 60/360, 82/374 e JTJ, Lex, 165/323.

incluída aquela relativa "ao erro quanto à idade da vítima". RE 108.267-4-PR — 1.ª T. — j. 21.03.1989 — Rel. Min. Sydney Sanches — DJU 05.05.1989 (v. RT 646, p. 364).[13]

1.4 O questionamento, desde a perspectiva das constantes mutações sociais e culturais, das bases empíricas (criminológicas) da ficção jurídica fundada na incapacidade de consentir da vítima menor.

a) Nos últimos tempos, entre nós, quem mais profundamente e melhor questionou, partindo de perspectivas sociais e culturais irrefutáveis, as bases empíricas da ficção jurídica fundada na incapacidade (irrestrita) de consentimento da vítima menor foi o eminente Magistrado Márcio Bártoli[14] que, a propósito, assinalou: "A realidade demonstra que, no campo da liberdade sexual, muita coisa se transformou, muitos preconceitos foram extirpados, pois o mundo e a sociedade mudaram. Entre os anos de 1940 (publicação do Código Penal) e 1991 (primeiro da década final do século), vários acontecimentos modificaram o mundo. Guerras e conflitos. Mísseis, satélites, computadores de alta definição etc. No campo das ciências humanas, a medicina avançou, célere, dos transplantes até a investigação da fecundação *in vitro*. A psicanálise vem desvendando, com muita nitidez, os caminhos do desconhecido, que guiaram muitas das decisões do homem. Mutações espantosas atingiram a vida social, política e familiar. Apenas esses exemplos servem para indicar que diante de tantas e importantes transformações que afetaram a sociedade, o tema *sexo*, evidentemente, não poderia continuar sendo tratado da mesma forma de antes: *um assunto proibido*, porque, evidentemente, também a mulher mudou, às duras penas, é verdade, crescendo, impondo-se, dimensionando seu espaço, igualando-se ao homem, em muitas vezes. Mas, o assunto *sexo*, que, para alguns ainda continua sendo um verdadeiro tabu, é uma realidade presente na sociedade; presente na vida das pessoas, assunto que de um tempo para cá passou a ser tratado com a maior e a mais ampla liberdade, porque, é claro, se tudo mudou, a visão das pessoas sobre tal tema também se modernizou. Afastadas idiossincrasias banais e o conservadorismo hipócrita".

b) Hoje — continua o articulista —, "a família trata do tema sem tanto receio, com mais liberdade. Na mídia, é objeto de amplas discussões. Em algumas escolas, passou à condição de matéria curricular. A ciência médica, por si, e através de seus ramos da psiquiatria e psicologia, passou a estudar, cogitar da sexualidade infantil e juvenil, como sendo o início do processo de formação da capacidade de autodeterminação sexual. Retornando ao campo penal, nota-se que, nesse mundo e sociedade transformados, *aplica-se ainda o mesmo direito penal de 50 anos atrás,* sob o pretexto de proteger a liberdade sexual das pessoas, desprezando-se a advertência de Heleno Fragoso no sentido de que: "Vivemos um período de intensa revolução em matéria de moral pública sexual, com o desaparecimento de certos preconceitos, conseqüência de uma nova posição que a mulher vai adquirindo na sociedade. Passa a ser duvidosa a conveniência de proteger penalmente a moral pública sexual, numa sociedade pluralística, em que o interesse social em torno da sexualidade passa a se orientar por outros valores" (*Lições de*

(13) No mesmo sentido v. RT 613/371 e 693/383.

(14) V. seu artigo "A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência", *in* RT 678, p. 410 e s.

Direito Penal, Parte Especial, 3.ª ed., RF, 1981, p. 1)".

c) Mas muitos que atuam com o direito — nos alerta o Magistrado citado — "ou não deram conta de que as coisas mudaram ou fazem de conta que tudo continua como antes, não acolhendo a lição do Prof. Eduardo Novoa Monreal, em artigo publicado na RDP, Ed. Borsói, n.º 2, abr-jun-71, à p. 10, de que: "As alterações sociais, com sua surpreendente mobilidade, vão sobrepassando amplamente os esquemas jurídicos e terminam por deixá-los de lado como coisa inútil e perturbadora do progresso de uma humanidade que parece haver alcançado um dos seus pontos culminantes em seu esforço pelo domínio da natureza. Se quisermos que o direito continue firme norma de conduta nas sociedades modernas, capaz de assegurar a todos os homens a livre possibilidade de desenvolvimento integral, os juristas temos de convencermo-nos de que não temos outra saída senão de modernizar o direito e reestruturá-lo sobre bases que o permitam ir-se adaptando, com a flexibilidade necessária, às novas e seguramente mais aceleradas alterações que haveremos de ver na vida futura dos povos".

d) O critério etário para fixar a autodeterminação sexual mereceu do referido Magistrado esta censura: "Determinar o conceito do que seja liberdade sexual das pessoas não constitui tarefa gravosa. A dificuldade apresenta-se, em verdade, no momento de fixar a época em que a autodeterminação sexual pode ser exercitada livremente. É comum vincular-se tal ocasião a uma determinada faixa etária. Mas, o que se tem é que tal critério é de manifesta impropriedade, porque significa que a pessoa adquire a capacidade para decidir, com liberdade, sua vida sexual ao atingir uma idade, legalmente prefixada, mas está proibida de fazê-lo, até a véspera de completar tal idade. Essa postura de rigidez atrita contra a lógica e o bom senso, porque não pode existir uma passagem brusca da privação da liberdade sexual para o exercício pleno dessa liberdade. A conquista da liberdade sexual é um processo dinâmico que pode, sem dúvida, perfazer-se bem antes do limiar etário estabelecido pelo legislador. As leis brasileiras filiaram-se à corrente que relaciona a capacidade de autodeterminação sexual à verificação de um determinado marco etário. Superado o limite da idade, a pessoa tem possibilidade de, livremente, exercer a sua sexualidade. Antes de tal faixa, mesmo tendo conhecimento a respeito da sua sexualidade, a vítima não tem disponibilidade alguma sobre o próprio corpo, nem condições pessoais para repetir propostas ou agressões que lhe são endereçadas nessa esfera. Nesse caso, seu consentimento para a prática sexual é inválido, e se presume, por lei, que o agente atuou com violência".

e) Historicamente, bem demonstrou o juiz Márcio Bártoli, nosso *ius positum* já experimentou evolução nessa matéria. Vejamos sua argumentação: "O Código Penal de 1890, em seu art. 272, presumiu, em relação ao crime de natureza sexual, o cometimento com violência, "sempre que a pessoa ofendida for menor de dezesseis anos". Cinqüenta anos depois, o Código Penal de 1940, reduziu esse limite etário, estatuindo que a presunção de violência só teria cabimento, nos crimes sexuais, se a vítima, tivesse idade inferior a catorze anos (art. 224, *a*). É caso de se indagar sobre o que teria considerado o legislador de 1940 para efetivar a redução desse limite etário da ofendida, passando a fixá-lo em 14 anos de idade, para a partir daí considerar que ela poderia dispor livremente de seu corpo para exercer a sua capacidade sexual? A resposta é encontrada na Exposição de Motivos ao

Projeto de 1940 (item 70), de forma explícita: "Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato sexual contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes é a *inocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de catorze anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem".

f) E agora — pergunta o autor aqui considerado —, "passados outros 50 anos, pode o intérprete continuar a considerar esse limite de 14 anos de idade ideal e adequado para o efeito de autodeterminação sexual? Transformações, alterações dos padrões sócio-culturais do mundo atual, não poderiam determinar uma novaleitura daquele preceito legal? É mais do que evidente que nos dias atuais, não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período de vida correspondente à adolescência, continue, como em 1940, a ser uma insciente das coisas do sexo. Como antes mencionado, sexo, na atualidade, deixou de ser tema preconceituoso e até "imoral" de antigamente, para situar-se numa posição de grande destaque: na família, onde é discutido livremente, até por questão de sobrevivência, em virtude do surgimento e disseminação de moléstia letal; nas escolas, onde adquiriu o *status* de matéria curricular, e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto quase que corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema "*sexo*" flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas até com menos de 14 anos de idade, uma visão teórica da vida sexual possibilitando-a a "rechaçar" as propostas e agressões que nessa área se produzem e uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo".

g) Ancorado uma vez mais no ensinamento de Novoa Monreal, o ínclito Magistrado conclui sua extensa e lúcida argumentação rejeitando a ficção jurídica de que o menor (sempre) não tem nenhuma capacidade de consentir validamente. Assim expressou: "Tem sido principalmente o rechaço de velhos valores, realizado com decisão pela juventude moderna, com maior acerto umas vezes e com menor outras, o que mais tem contribuído para deitar por terra uma errônea conceituação ética, que centralizava sua preocupação no corpo humano e nas funções genésicas, para reprovar quase tudo o que a eles se refere. Trata-se dessa antiga moral "da cintura para baixo" — dedicada a impor um hipócrito silêncio sobre tudo o que é concernente ao sexo e à vida sexual, o que dava origem a muitos males, que poderiam ter sido corrigidos e que deixava no esquecimento aspectos morais muito mais importantes, preteridos em favor dessa exagerada deformação sexual. Os passos que a humanidade tem dado a respeito nos anos mais recentes têm sido rápidos e de grande alcance. Essa tomada de posição diversa frente ao sexo traz muitas conseqüências, no âmbito penal. As noções de moralidade pública, obscenidade, pornografia, bons costumes e escândalos, experimentam indubitável alteração, acrescenta Eduardo Novoa Monreal, ob. cit., p. 25." Então, sob pena de conflitarem, lei e realidade social, não se pode mais afirmar que se exclui completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida, de seu consentimento, sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente

de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética.

h) Como que fazendo eco a esses lúcidos reclamos de desatualização, o Poder Legislativo brasileiro, por via indireta, em 1990, de acordo com nosso ponto de vista, acabou por corrigir muita coisa neste âmbito da capacidade de consentir do menor. Simples comparação entre a imagem do legislador penal de 1940 a respeito do menor de catorze anos com a do Estauto da Criança e do Adolescente, cinqüenta anos mais tarde (Lei 8.069/90), nos revela, de pronto, a total inconciliação entre tais textos legislativos. Mudou o legislador brasileiro, radicalmente, sua "convicção" a respeito da incapacidade absoluta do menor (de entender e de consentir). Presumia-se no tempo do Código Penal (princípio da década de 40) que o menor, com até catorze anos, não tinha maturidade alguma, muito menos sexual (*inocentia consilii*). Seu consentimento a esse ato, por isso mesmo, era, por ficção legal, de nenhum valor. Cinco décadas mais tarde, a suposição do legislador é bem diversa. Cria-se clara distinção entre criança (pessoa até doze anos incompletos) e adolescente (pessoa entre doze e dezoito anos de idade) e fica esclarecido que ambos podem praticar **ato infracional** (art. 105 da Lei 8.069/90), que é a conduta descrita como crime ou contravenção na lei.

i) Já não existe a menor dúvida, como se percebe, que o inimputável no Brasil (assim considerados os menores de dezoito anos, conforme o art. 104 da mesma lei) pode praticar crime ou contravenção. O que se modifica (e cuida-se de mudança puramente formal, eufemística) é o nome: legalmente tal infração chama-se **ato infracional**. A culpabilidade, por isso mesmo, que tem como pressuposto a imputabilidade, no direito brasileiro, está fora do conceito formal de delito.[15] A diferença essencial entre o ato infracional do menor comparado com o do adolescente reside nas conseqüências: ao primeiro são aplicáveis as medidas de proteção do art. 101; ao segundo as medidas sócio-educativas do art. 112 e s. Pode-se até criticar o critério do legislador,[16] mas é inegável o seu valor jurídico, assim como sua importância para a interpretação de todo o ordenamento. Mesmo porque, como se sabe, *lex non est textus sed contextus.*

j) O reconhecimento legal de que o adolescente (entre doze anos e dezoito anos) está sujeito a medidas sócio-educativas (só *formalmente* diferentes das sanções penais), inconfundíveis com as aplicadas ao menor (medidas de proteção), é prova mais que suficiente de que o legislador agora nele entreviu *certa* capacidade de discernimento, de compreensão. Mesmo porque, cuidando-se de adolescente *doente* ou *deficiente mental* (art. 112, § 3.º), que não conta com *nenhuma* capacidade de entendimento, seu recolhimento dar-se-á em local adequado às suas condições, para tratamento individual e especializado. A lei distingue, portanto, o adolescente com capacidade de entender e de querer (própria da sua idade) do deficiente mental. Cada qual merece resposta estatal específica. Em suma, é conforme a capacidade de motivação (compreensão) de cada um que o legislador procurou estabelecer a conseqüência jurídica mais adequada.

l) Se o adolescente conta então com capacidade de decisão e de sujeitar-se

(15) É exatamente essa a postura doutrinária, entre nós, de Damásio de Jesus (*Direito Penal — Parte Geral,* cit., p. 412, que se ampara no magistério de René Dotti, Maggiori etc.

(16) Tal como fizeram, acertadamente, Alberto Silva Franco e outros, em *Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial*, RT, SP, 1995, p. 311.

a medidas sócio-educativas por ato infracional, emerge inconciliavelmente aporética, nos dias atuais, a presunção legal do art. 224, "a", do CP, no sentido de que o menor de catorze anos não tem capacidade ética de entender o ato sexual ou não tem capacidade de manifestar validamente sua vontade. Para se sujeitar a medidas punitivas do ECA a vontade do adolescente é válida. Para anuir a um ato sexual não seria? Que diferença fundamental existiria entre compreender o caráter ilícito do fato criminoso (dentro de certas limitações, é verdade) e compreender o caráter sexual de certos comportamentos, ainda mais quando se considera que esta última, em geral, surge antes daqueloutra? Que sentido tem, destarte, depois do ECA, a presunção legal do art. 224? Se se pretende conceber que o ordenamento jurídico, como um todo, é algo coerente e sistemático e que as proposições jurídicas (particulares) devem ser compatibilizadas para se alcançar o maior nível de concatenação, lógica e segurança possíveis, nos parece muito evidente que a contradição estabelecida deva merecer consideração especial do intérprete hodierno. Se um adolescente de treze anos pratica uma relação sexual com uma adolescente da mesma idade, aquele é punido em primeiro lugar porque entende o caráter ilícito do fato, é dizer, o sentido ético da atividade sexual e, ao mesmo, absurdamente, é punido também porque a vítima, da mesma idade, (presumidamente) não entende o sentido ético do ato. Dois adolescentes da mesma idade: há punição porque um deles tem consciência (embora restritivamente) do que faz; a punição, ademais, tem por fundamento a presunção de que o outro não sabe o que faz. Que paradoxo gritante! Nenhum ordenamento jurídico que se preza pode conviver com tamanha anomalia aporética!

m) Se o adolescente tem capacidade ética para compreender o ilícito e, desse modo, subordinar-se à advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e até mesmo internação (que no fundo é prisão) — art. 112 —, lógica alguma existe atualmente na teoria da ficção jurídica que prega a imaturidade do menor para compreender o caráter sexual do ato. Quem tem capacidade para o mais, tem para o menos. Base lógica alguma teriam os preceitos dos arts. 171 e ss. do ECA (que disciplinam o procedimento da apuração do ato infracional, a sujeição do adolescente a processo, as garantias processuais etc.) se se lhe negasse capacidade de compreensão (embora típica da sua faixa etária). O art. 190 chega a prever a possibilidade de intimação da sentença na pessoa do adolescente. Ora, se tem legitimidade passiva *ad causam* para o procedimento infracional, capacidade para a intimação da sentença, para ser "interrogado" etc., *a fortiori*, nos dias que correm, é evidente que tem capacidade também para compreender o caráter sexual de alguns atos humanos. Negá-la hoje ao adolescente é fazer *tabula rasa* ao ECA e, sobretudo, praticar a política do avestruz frente à realidade. Que o menor e o adolescente carecem de tutela jurídica não se discute.[17] Outra coisa bem distinta é negar a incompatibilidade flagrante entre as representações do legislador de 1940 e o atual. Se o ordenamento jurídico, para expressar segurança, necessita ser organicamente coerente, urge a busca de uma interpretação que dê lógica e harmonia aos preceitos legais até aqui invocados.

(17) V., a propósito, o art. 227, § 4.°, da Constituição Federal, que diz: "A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".

1.5 Críticas à doutrina da presunção absoluta de violência

a) Muitas são as críticas que podem ser endereçadas à doutrina dos que aceitam irrestritamente a natureza absoluta da presunção legal da violência, é dizer, dos que se sujeitam incondicionalmente às medidas de Procusto. Nélson Hungria, a propósito, enfatizava:[18] "A vida é variedade infinita e nunca lhe assentam com irrepreensível justeza as "roupas feitas" da lei e os figurinos da doutrina. Se o juiz não dá de si para dizer o direito em face da diversidade de cada caso, a sua justeza será a do leito de Procusto: ao invés de medir-se com os fatos, estes é que terão de medir-se com ela". Para fazer justiça, não basta "aplicar necessariamente a lei (Maggiore), mas a lei deve aplicar-se segundo a justiça". Essa é a lição do inolvidável Alípio Silveira, lembrado pelo Des. Gonçalves Sobrinho,[19] que acrescenta: "Daí porque pode e deve o juiz penal recorrer a um critério objetivo de antijuridicidade para excluir, no caso concreto, o delito, quando, entre a previsão legislativa que tipifica uma determinada conduta, e a valorização ético-social do fato *sub judice*, surge uma desarmonia ou contraste".

b) Aceitar sem nenhum questionamento a presunção legal de violência prevista no art. 224 do CP, particularmente no que concerne ao menor de catorze anos, significa ignorar a realidade, o mundo que nos circunda. Continuar imaginando que esse menor, em hipótese alguma conta com noção sobre a sexualidade humana é querer negar o óbvio e ululante. Ao menos no que diz respeito ao adolescente (de doze a dezoito anos), a *ficcio iuris* de que ele é absolutamente inocente, ignorante, em geral, já não condiz com nossa realidade. Se se trata de evolução ou involução é algo que depende das idiossincrasias e posturas éticas de cada um. Mas o certo é que hoje, na era de cibernética e da comunicação de massa, é enorme a quantidade de informação sexual (ressalva-se que para muitos isso significaria desinformação) transmitida abertamente, em qualquer horário, pela mídia. O uso de preservativo nas relações sexuais, por exemplo, em todo momento, ocupa a atenção do telespectador. Mais recentemente, em novela de responsabilidade da maior emissora de televisão no nosso país, só não recomendada para menores de doze anos, foi possível ver, no horário nobre, cenas explícitas de sexo.[20]

c) Não se pode pretender, obviamente, que tenha a mídia (ou os costumes) o poder de revogar as leis. Uma lei só pode ser revogada por outra. Mas se a presunção legal de violência em relação ao menor de catorze anos funda-se na ficção de que ele nada sabe sobre sexo (que é um imaturo, ingênuo), é inegável que as bases dessa suposição acham-se corroídas. E, cessada a causa, findam-se os efeitos (*Cessante causa tollitur effectus*). A faixa etária (catorze anos) que serviu de base para o legislador de 1940 para estabelecer a linha divisória entre o consentimento válido e inválido do menor ao ato sexual já não se presta, em geral, para a mesma finalidade neste final de milênio.

d) Impõe-se considerar, de outra parte, que foi o próprio legislador quem reconheceu que o adolescente (de doze a dezoito anos) possui *certa* capacidade de entendimento. Como vimos em páginas anteriores, ele pode ser autor de

(18) V. seus *Comentários ao Código Penal*, v. I, p. 77.

(19) Cfr. RJTJESP, Lex, 72, p. 330.

(20) Para a emissora tratou-se apenas de uma "licença poética" (cfr. Veja de 10.01.1996, p. 73).

ato infracional, está sujeito a processo, com todas as garantias, e, sobretudo, pode sofrer sanções até mesmo severas, incluindo a prisão, que se denomina internação no ECA. Para se falar em aplicação de sanção (medidas sócio-educativas) é evidente que se deve pressupor no autor do fato certa capacidade de motivação (entendimento do caráter ilícito). Sua vontade, como se percebe, é relevante. Se ele tem capacidade de compreensão do ilícito, se sua vontade é relevante no âmbito sancionatório, com muito mais razão tal capacidade e vontade estão presentes na sua vida no que se relaciona com a área sexual. Conceber a presunção legal de violência como absoluta, em suma, significa reconhecer absurdamente que o ordenamento jurídico, como um todo, pode conter aporias gritantes como a aqui enfocada.

e) Afirmar que o adolescente de hoje (principalmente o da faixa etária de doze a catorze anos), depois de mais cinqüenta anos de vigência do Código Penal, é o mesmo de então, que não sofreu nenhuma alteração, que o conjunto de informações não experimentou variação de relevo, significa refutar ainda que seja um lampejo de sensibilidade que, aliás, sobrou no legislador de 1940, visto que, cinqüenta anos depois do Código de 1890, não se intimidou em reduzir a idade (que enseja a presunção de violência) de dezesseis para catorze anos. E é exatamente essa sensibilidade que marcou o Código Penal de 1940 que é buscada, depois de mais de meio século, nos dias atuais.

f) Tampouco justifica-se a presunção absoluta de violência no que tange ao alienado ou débil mental (CP, art. 224, "b"). Pode ser que o enfermo mental, apesar do seu estado patológico, tenha consciência do ato sexual. Negar validade ao seu consentimento em todas as hipóteses, aprioristicamente, é ir contra a realidade, é ignorar que o Direito Penal é direito de cada caso concreto. Quanto à presunção contida no art. 224, "e", (impossibilidade de resistência), pela própria redação do texto legal, como veremos oportunamente, pensamos ser impossível sustentar qualquer tese peremptória.

g) A presunção legal de violência, ademais, como veremos mais adiante em detalhes, conflita integralmente com o moderno Direito Penal da culpa e, sobretudo, com o princípio da presunção de inocência. Se se considera tal presunção como de natureza absoluta, aí o choque é muito mais patente, pois cuidando-se de presunção *iuris et de iure* isso significa que não admite prova em contrário, em hipótese alguma. Assim, ainda que se comprove que o menor tinha experiência sexual, tinha maturidade nesta área, tinha consciência do que fazia, mesmo assim, tratando-se de presunção peremptória, resulta impossível qualquer prova em sentido contrário ou qualquer valoração da prova colhida em sentido contrário. É o clássico *dura lex, sed lex,* que já não corresponde às atuais concepções do Estado Constitucional e Democrático de Direito. O princípio da presunção de inocência exige comprovação efetiva dos fatos. Logo, a lei não pode presumi-los. E violência é fato. Existe ou não existe.

2. É presunção de natureza relativa — *"iuris tantum"*

2.1 A doutrina dos que aceitam restritamente o leito de Procusto

a) Não são poucos, sabemos, os que negam o caráter absoluto da presunção legal de violência contida no art. 224 do CP, concebendo-a, no entanto, com a natureza **relativa**, isto é, sustentam tratar-se de presunção *iuris tantum*, que admite prova em sentido contrário.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Cuida-se de doutrina avançada, se comparada com a anterior, mas, de qualquer modo, continua presa ao positivismo legalista, é dizer, aceita, ainda que restritamente, a presunção legal (o leito e as medidas de Procusto).

b) A natureza *iuris tantum* da presunção, de outro lado, conforme o entendimento hoje nitidamente majoritário, estende-se a todas as hipóteses contempladas no art. 224 do CP, isto é, nenhuma está infensa a prova em sentido contrário, para autorizar, excepcionalmente, a absolvição do acusado.

2.2 Relatividade da presunção em relação à vítima menor

a) A presunção consubstanciada no art. 224, "a", do CP seria relativa, como bem sintetizou Júlio F. Mirabete,[21] pelo seguinte: as outras duas alíneas (*b* e *c*) tratam de presunções relativas, e não seria de se excluir a alínea *a*; a prevalecer a opinião oposta, a menor seria mais protegida até que o insano mental, que não tem nenhuma possibilidade de consciência; não há na lei menção expressa sobre a natureza da presunção, dando Hungria seu testemunho de que foi eliminada a expressão "não se admitindo prova em sentido contrário, que caracteriza a presunção absoluta."

b) Ficou assentada a natureza relativa da presunção vinculada à idade da vítima na sentença enfocada no acórdão já mencionado e relatado pelo Min. Sydney Sanches.[22] No principal trecho da referida sentença, transcrita no acórdão, ficou consignado: "Tem-se, como início de raciocínio, que a presunção de violência aludida no dispositivo penal precitado *é relativa,* como amiudemente a boa doutrina e a jurisprudência vêm enfocando a temática. Conforme explica a *Exposição de Motivos* (n. 70), "o fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento". Heleno Cláudio Fragoso, sem parcimônia, tecia severas críticas ao legislador penal: "A presunção de violência deve desaparecer da lei, pois dá lugar a soluções injustas não tendo correspondência por vezes, na realidade" (*Lições de Direito Penal — Parte Especial,* 3.ª ed., arts. 213 a 359 do CP, Rio, Ed. Forense, 1981, p. 42). Magalhães Noronha, em linhas mais brandas, assim argumentava a relatividade da presunção de violência: "é uma triste realidade da vida, mas uma realidade, a existência de prostitutas ou de meninas corrompidas menores de 14 anos (...). Para essas desventuradas já não existe mistério algum no ato sexual. Como se falar em incapacidade de apreciação de um ato em quem habitualmente, cotidianamente, o pratica?". O saudoso mestre paulista transfere à valoração judicial a resposta exata e justa aos casos concretos de violência ficta em estupro: "A conclusão que nos parece consentânea com o texto legal é, em sua interpretação, o juiz ser rigoroso, mas não perder o senso de realidade" (*Direito Penal,* 13.ª ed., vol. 3, São Paulo, Ed. Saraiva, 1980, p. 228 e 230)".

c) E a *realidade* invocada por Heleno Fragoso e Magalhães Noronha — continua a sentença mencionada —, nos trechos antes transcritos, deve receber, aqui e agora, a atenção especial deste órgão aplicador de leis, em cotejo com os demais elementos do caso concreto ("A justiça exige que, em lugar de adaptarmos o caso à regra legal, adaptemos a regra legal ao caso" — Roscoe

(21) *Manual de Direito Penal*, v. 2, Atlas, SP, 10.ª ed., 1996, p. 470.

(22) V. RT 636, p. 384.

Pound, *apud* Alpio Silveira — *A Hermenêutica Jurídica — Seus Princípios Fundamentais no Direito Brasileiro*, v. 4, São Paulo, Brasiliense, 1984, p. 177). Nessa linha de pensamento, expôs o insígne Desembargador Ronald Accioly, professor de "Hermenêutica" da Escola da Magistratura do Paraná: "O juiz, na atualidade, deve buscar o direito na realidade, assumindo o papel de um intérprete que se importa em compreender a lei na plenitude de seus fins sociais, atento aos acontecimentos de sua época" ("A figura do magistrado nos dias de hoje e suas perspectivas", *Paraná Judiciário* 17/11-15).

d) Em voto vencido, o eminente Des. Adriano Marrey, ainda no que pertine à presunção de violência em razão da idade, proclamou:[23] "Meu voto foi pelo provimento do recurso, para absolver o réu apelante, nos termos do art. 386, inc. III, do CP, adotando os termos do parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça, da lavra do ilustre Procurador João Severino de Oliveira Peres. Esse parecer começa lembrando a lição de Hungria, segundo a qual a presunção estabelecida na letra "a" do art. 224 do CP não é absoluta mas relativa. Decisivo em tal sentido o elemento histórico do dispositivo. A supressão propositada, segundo o testemunho do próprio Hungria, da cláusula "não se admitindo prova em contrário", do art. 293 posteriormente art. 275 do projeto Alcântara Machado, que se inspirava em texto do Código Italiano, visou justamente a abolir a inexorabilidade da presunção. É o que se lê na obra de Hungria "Comentários ao Código Penal", v. 8/223). Não apenas o erro sobre a idade da ofendida pode descaracterizar o estupro ficto. Assinala o parecer que a proteção aos adolescentes menores de 14 anos parte da presunção de inocência e inexperiência em matéria sexual. É o que se diz na "Exposição de Motivos" do Código Penal. Resulta assim da inteligência do dispositivo legal tratar-se de presunção relativa, repousando a ficção legal da violência na certeza da insciência do sujeito passivo relativamente aos fatos sexuais, sendo, por isso, seu consentimento destituído de eficácia jurídica. Sendo a "*innocentia consilii*" o fulcro da proteção jurídico-penal, resulta que, sendo a menor experimentada em assuntos sexuais, não se pode sustentar a eficácia daquela proteção jurídica quando, "*motu proprio*", a menor insista em contactar-se sexualmente com parceiros que a procurem ou sejam por ela procurados".

e) No âmbito doutrinário, além de Nélson Hungria, Magalhães Noronha e Heleno Cláudio Fragoso, cujos magistérios foram citados nos julgados acima transcritos, como adeptos da natureza relativa da presunção legal de violência, podem ainda ser invocados: Damásio E. de Jesus,[24] Celso Delmanto,[25] Paulo José da Costa Júnior[26] e Júlio Fabbrini Mirabete.[27] Em nota lançada no art. 224 do CP, Alberto Silva Franco e outros,[28] no que pertine à presunção fundada na idade da vítima, bem realçaram o estado atual da questão, *in verbis*: "A questão do caráter absoluto ou relativo da presunção de violência baseada na idade da vítima já perdeu a relevância que, no passado, lhe era emprestada, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência já se

(23) V. RT 494, p. 305.

(24) *Código Penal Anotado*, Ed. Saraiva, SP, 1993, 3.ª ed., p. 632.

(25) *Código Penal Comentado*, atualizado por Roberto Delmanto, Ed. Renovar, RJ, 1991, 3.ª ed., p. 364.

(26) *Direito Penal Objetivo*, Forense Universitária, RJ, 1989, p. 466.

(27) *Manual de Direito Penal*, v. 2., Ed. Atlas, SP, 10ª ed., 1996, p. 470.

(28) *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, Ed. RT, SP, 5.ª ed., 1995, p. 2528.

pacificaram no sentido de apresentá-la como presunção relativa, posto que afastável quando a ofendida, embora menor de 14 anos, se revele uma prostituta declarada, de porta aberta".

f) A relatividade da presunção mereceu também a atenção do Magistrado Márcio Bártoli,[29] que no seu extraordinário trabalho destacou: "A pressão exercida pela realidade social tem sido de tal ordem que a presunção de violência decorrente da circunstância da pessoa da ofendida dispor de idade inferior a 14 anos se relativizou. Para tanto é só se verificar a doutrina e a jurisprudência. O absolutismo do disposto no art. 224, *a*, do Código Penal, foi abrandado para dar lugar ao entendimento no sentido de que ofendida, em virtude de sua compleição física, ou se a pessoa for prostituta ou de corrupção notória, deve cair a presunção. A respeito, confira-se Alberto Silva Franco e outros, in *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial,* RT 1990, p. 1172-1173".

g) O Tribunal de Justiça de São Paulo — lembrado pelo articulista —, por decisão unânime de sua 4.ª CCrim, em v. Ac. relatado pelo Des. Ary Belfort, publicado na RT 644/259, já teve oportunidade de apreciar essa questão e deixou assentado que: "Há muito, paulatinamente, vem perdendo em absolutismo o prestígio da idade cronológica como fator de violência ficta. Depois de sucessivas mutilações, o instituto foi sendo restringido. Principalmente na atualidade, ante a generalização das coisas do sexo e suas conseqüências, fartamente expostas em filmes e publicações, em novelas e programas de televisão e até mesmo na desnecessariamente escandalosa propaganda oficial sobre meios de evitar a propagação de virose homossexual. Exige-se, hoje, um mínimo de compostura prévia da vítima a justificar a tutela penal. Não a inocência em termos românticos, não a ingenuidade, como ignorância das coisas básicas da continuação da espécie. Mas a honestidade, ainda que em termos relativos. Aquela probidade de costumes que esteja bem implantada, mas que ceda ao sedutor já preparado nessas coisas da vida. Atuando, precisamente, a apoucada idade como elemento justificador da cessão, pela vítima, de sua sexualidade, nem, necessariamente, por primeira vez, já que a perda da virgindade não equivale, por si só, a devassidão, serve, como infantilidade, assim para confortar legalmente a verdade ante a qual não pode a vítima vencer por conhecimentos o apelo sexual quanto de advertência aos que se comprazem — de forma vizinha da anormalidade — em se satisfazer sexualmente com quase-meninas. Daí a conveniência, para uma Justiça que se ajuste à realidade, de se acrescentarem alguns requisitos à simples faixa etária das vítimas. De se afastar, portanto, a presunção de violência se comprovadamente devassa a vítima de estupro, apresentando-se com incrível desenvoltura para a prática sexual, antes e depois mantendo postura de todo desajustada aos acontecimentos".

h) Em decorrência do exposto — conclui o citado Magistrado seu artigo —, "a tais situações de relativização da presunção deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção de violência, quando a pessoa da ofendida, embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade. Se dela partir a iniciativa ou a provocação do ato sexual, ou se ela aderir prontamente ao convite de caráter

(29) "A capacidade de autodeterminação sexual (...), cit., p. 412.

sexual que o agente lhe dirige, constituiria um verdadeiro contra-senso entender que sofreu uma violência. O consentimento, ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se nesses casos relevante e eficaz; considerar-se, portanto, a presunção de violência mais uma vez relativa não lesiona o texto legal e permite colocar o juiz em sintonia com a realidade em que está inserido. Hoje, com a edição da Lei 8.072/90, que aumentou severamente as penas de alguns dos crimes sexuais, verifica-se que essa causa de presunção de violência deve ser analisada e sopesada com bastante cautela e prudência pelo julgador, nunca olvidando da recomendação de Heleno Fragoso no sentido de que: "Na aplicação da Lei os juízes devem estar atentos ao envelhecimento e desatualização da lei, procurando interpretá-la em consonância com uma visão moderna, que corresponda às exigências dos novos tempos, (ob. cit., p. 1-2) e tendo presente ainda esta nova possibilidade de relativização do mencionado dispositivo".

i) Em suma, no que diz respeito à presunção legal de violência relacionada com a idade da vítima, pode-se dizer, sucintamente, que não se trata de presunção absoluta, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial claramente majoritário. É presunção de natureza relativa, que pode ser afastada: a) quanto há erro (de tipo) sobre a idade; b) quando a vítima não conta com comportamento irrepreensível e, por fim, diante da contribuição doutrinária de Márcio Bártoli, também ficaria excluída a presunção quando a vítima menor conta com maturidade sexual bastante (audoterminação sexual) e adere voluntariamente ao ato, ainda que não revele moral inatacável.

2.2.1 Erro (de tipo) sobre a idade da vítima

a) O denominado *error aetatis,* quando invencível, obrigatoriamente relativiza a presunção legal fundada na idade da vítima, porque, na verdade, constitui erro de tipo, excludente do dolo e, em conseqüência, do crime (adotada a concepção finalista ou sistemática, que sustenta ser impossível a existência de dolo fora da conduta, é dizer, do tipo penal).[30] Negar que o erro de tipo aqui considerado não possui valor jurídico algum significaria negar vigência ao art. 20 do CP. E admitir, de outro lado, a responsabilidade penal objetiva. O clássico entendimento jurisprudencial de que nem sequer o erro sobre a idade atenuaria o rigor da presunção[31] não conta, nos dias atuais, com nenhuma base dogmática.

b) O consagrado penalista João Mestieri[32] a respeito do tema escreveu: "Quanto à natureza da presunção, os nossos antigos criminalistas entendiam fosse absoluta. Essa posição de considerar *juris et de jure* a presunção da violência *ope legis* é a dominante na doutrina estrangeira, mesmo em países cuja legislação não fala em *presunção de violência.* Assim é nas doutrinas italiana, espanhola e argentina. Modernamente, no Direito brasileiro, a orientação é outra. Nélson Hungria, Basileu Garcia, Heleno Cláudio Fragoso e muitos outros têm admitido seja a presunção do art. 224, "a", *juris tantum.* Sustenta-se, em geral, não subsistir a presunção nos

(30) Assim, Luiz Flávio Gomes, *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, Ed. RT, SP, 3.ª ed., p. 101 e ss.

(31) Cfr. inúmeros acórdãos — antigos — nesse sentido compelidos por Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, cit., p. 2525.

(32) *Do delito de estupro*, cit., p. 32.

casos de menor corrompida e no de *error aetatis* plenamente justificado".

c) A jurisprudência hoje, inequivocadamente predominante,[33] já não discute que o erro sobre a idade pode levar à absolvição. Um dos últimos acórdãos sobre o tema tem ementa com esta redação: "Estupro — Violência presumida — Descaracterização — Vítima cujo precoce desenvolvimento físico pode levar o agente a errônea suposição de que se trata de maior de 14 anos de idade — Presunção elidida — Absolvição mantida — Inteligência do art. 224, "a", do CP (...). O precoce desenvolvimento físico da vítima pode levar o agente à errônea suposição de que se trata de maior de 14 anos de idade, e assim elidir a presunção (relativa) estabelecida pelo art. 224, "a", do CP".[34]

2.2.2 A restrição judicial, baseada em concepções moralistas, do âmbito aparente de incidência do tipo penal (art. 224, "a", do CP).

2.2.2.1 — Afasta-se a presunção de violência no caso extremo de "prostituta de porta aberta"

a) Quem, por primeira vez, ao que tudo indica, mencionou a "prostituta de porta aberta" como motivo para afastar a presunção de violência nos crimes sexuais que envolvem menores foi Nélson Hungria,[35] se bem que vinculando-a a um possível erro sobre a idade da vítima. A jurisprudência brasileira, com base nessa "abertura", firmou o entendimento de que não vale a presunção de violência em tal hipótese.[36]

b) Dentre outros, podem ser lembrados, a propósito, os acórdãos publicados na RJTJESP, LEX, 102/398 e RT 587/320.

2.2.2.2 — Afasta-se a presunção de violência no caso da vítima com comportamento reprovável.

a) A primeira fissura na (tradicional) doutrina da presunção absoluta de violência adveio com a possibilidade de se invocar o *error aetatis*. Como conseqüência deste surgiu a doutrina da presunção *relativa* quando se trata de vítima "prostituta de porta aberta". Evoluindo um pouco mais, passou-se a admitir o mesmo caráter relativo da presunção em relação à vítima com comportamento reprovável (sem necessidade de que seja "prostituta de porta aberta"). Com a flexibilização dos costumes, flexibilizou-se também a jurisprudência.[37]

b) Um dos acórdãos mais expressivos dessa ótica foi publicado na RT 644, p. 259 (TJSP, Ap. 65.216-3 — 4.ª C., j. 26.09.1989, rel. Des. Ary Belfort), de cuja ementa pode-se extrair o que segue: "Há muito, paulatinamente, vem perdendo em absolutismo o prestígio da

(33) Cfr. Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, cit., p. 2526 e 2527.

(34) TJPR, Ap. 8.962-7, 2.ª C., j. 24.05.1990, rel. Des. Ivan Righi, em RT 678, p. 345. Contra o entendimento aqui retratado, que conta com o apoio de M. Noronha, assim dissertava Hungria (*Comentários ao Código Penal*, cit., p. 232): "Se nem mesmo a ciência pode fornecer dados positivos ou seguros para o cálculo da idade em certos períodos, e se é de experiência comum que nada mais enganoso que a avaliação da idade pela aparência da pessoa, a suposição do agente não pode deixar de ser lastreada pela *dúvida* (que é o princípio da sabedoria). Ora, quem age da dúvida, age por sua conta e risco, e, como dizem os italianos, *chi arrischia, vuole*".

(35) *Comentários ao Código Penal*, cit., p. 232.

(36) V. nesse sentido Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, cit., p. 2529.

(37) Cfr. os inúmeros julgados nesse sentido citados por Damásio de Jesus, *Código Penal Anotado*, cit., p. 632 e Júlio F. Mirabete, *Manual de Direito Penal*, v. 2., cit. p. 470.

idade cronológica como fator de violência ficta (...). Exige-se, hoje, um mínimo de compostura prévia da vítima a justificar a tutela penal (...). Daí a conveniência, para uma Justiça que se ajuste à realidade, de se acrescentarem alguns requisitos à simples faixa etária das vítimas. De se afastar, portanto, a presunção de violência se comprovadamente devassa a vítima (...).

c) Não destoa dessa doutrina relativista (e moralista) o famigerado acórdão da Segunda Turma do STF, relatado pelo ínclito Ministro Marco Aurélio (HC n.º 73.662-9-MG, publicado no Boletim IBCCrim n.º 42, junho/96), que procurou fundamentar a inexistência do crime de estupro na experiência sexual anterior da vítima.

2.2.2.3 — A restrição da presunção legal e a criação de requisito típico pelo juiz: violação ao princípio da legalidade ou reserva legal

a) No acórdão publicado na RT 644, p. 259, verdadeiro *leading case* da tese relativista, chega-se a admitir explicitamente "a conveniência, para uma Justiça que se ajuste à realidade, de se acrescentarem alguns requisitos à simples faixa etária das vítimas (...) exige-se, hoje, um mínimo de compostura prévia da vítima a justificar a tutela penal (...)". Percebe-se, com nitidez incontestável, que o julgador *sponte propria* está ampliando a configuração típica dada pelo legislador, para exigir também a *honestidade* da vítima menor. Cuida-se de uma concepção moralista do tipo penal e de uma ampliação típica absolutamente ilegítima, embora tenha a virtude de procurar fazer justiça em cada caso concreto. Do exposto conclui-se que as duas últimas correntes doutrinárias e jurisprudenciais acima enfocadas (sob números 2.2.2.1 e 2.2.2.2) encaram a presunção legal prevista no art. 224, "a", como se estivesse assim redigida: Presume-se a violência: se a vítima (honesta) não é maior de catorze anos. Só seria merecedora de tutela penal a vítima honesta. Em se tratando de prostituta de porta aberta ou vítima "conhecedora das coisas do sexo", corrompida, estaria fora do âmbito de proteção penal.

b) A "criação" desse requisito típico pelo juiz, além de patentemente inconstitucional (porque viola o princípio da reserva legal), funda-se numa concepção moralista do Direito (confunde o Direito com a Moral) e, sobretudo, despreza por completo o verdadeiro bem jurídico tutelado nos crimes sexuais aqui enfocados, que é a *liberdade sexual*, com total independência da vida *anteacta* da vítima. Até as prostitutas, ninguém atualmente se atreveria negar, merecem proteção da lei penal.

c) Sobre o princípio da legalidade (ou reserva legal) em matéria penal já tivemos ocasião de escrever o seguinte:[38] Uns apontam o Direito Romano, outros a *Magna Charta libertatum* do rei João Sem Terra (1215), como origem do princípio da legalidade. Jescheck não acredita que seja essa a origem de tal princípio. No mesmo sentido Welzel, que acrescenta: "só na época da Ilustração (Época das Luzes) se impôs o princípio "*nulla poena sine lege*" na luta contra a arbitrariedade judicial e da autoridade". O certo é que sua formulação é devida ao pensamento ilustrado, instaurando-se como tal na Revolução Francesa. A origem do princípio da legalidade, em suma, na dimensão que conhecemos hoje, está em Beccaria, que é o pai do pensamento ilustrado, é dizer, ninguém como ele conseguiu, em sua época, retratar com maior perfeição as aspirações da "burguesia liberal" contra os desmandos e arbitrariedades dos governantes e juízes, que julgavam sem

(38) Cfr. Luiz Flávio Gomes, "A lei formal como fonte única do Direito Penal (incriminador)", em *RT* 656, p. 258.

estar totalmente vinculados à lei. Beccaria dizia: "Para que toda pena não seja violência de um ou de muitos contra um particular cidadão, deve essencialmente ser pública, pronta, necessária, a mais pequena das possíveis nas circunstâncias atuais, proporcionada aos delitos e ditada por leis (...)"; "(...) só as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir unicamente no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social". Como se vê, há mais de 200 anos Beccaria postulava não só a existência de lei para a criação de delitos e penas, não só a vinculação do juiz ao texto legal, como também, e sobretudo, a legitimidade exclusiva do *legislador* para criar tais leis.

d) Nem o Poder Executivo nem o Judiciário pode, legitimamente, "criar" a lei penal. Essa tarefa é exclusiva do Legislativo que, para tanto, deve seguir estritamente o processo legislativo constitucional. A exigência de **honestidade** da vítima menor para a configuração do crime sexual afronta o princípio aqui enfocado, assim como a Constituição brasileira (art. 5.º, inc. XXXIX). Estabelece, de outra parte, o paradoxo seguinte: a vítima maior do crime de estupro, por exemplo, pode ser honesta ou desonesta; já a menor teria que ser honesta.

e) A preocupação da doutrina que encara a presunção legal de violência como presunção *relativa* como já enfatizamos, tem a virtude de ter procurado suavizar ou atenuar o rigor (aparente) do texto legal, é dizer, sempre procurou enfatizar que em alguns casos excepcionais, embora se cuide de vítima menor de catorze anos, deve-se admitir "prova em sentido contrário" para absolver o autor do fato. Considerando que a presunção funda-se na ficção de que o menor, em nenhum caso, tem maturidade sexual para consentir validamente (teoria da ficção jurídica), a doutrina da *relatividade* acaba por permitir que se prove tal maturidade, visando a absolvição. Mas em lugar de partir da consideração do bem jurídico tutelado (liberdade sexual) para reconhecer relevância jurídica, em caráter excepcional, à vontade do menor que livremente aceita o ato sexual, pelo contrário, vai buscar fundamento na negação da ficção legal consistente na ingenuidade ou inexperiência do menor. Considerando que o fundamento da presunção legal é moralista (*inocentia consilii*), sua negação só podia possuir a mesma natureza. A uma ficção moralista seguiu-se uma negação também moralista. Com isso a doutrina da presunção relativa não só faz *tabula rasa* ao verdadeiro bem jurídico tutelado, como continua atrelada à presunção legal de violência, isto é, continua lastreada nas medidas de Procusto.

f) De outra parte, padece a doutrina aqui enfocada do vício de acabar julgando a vítima do delito, antes de concretizar o julgamento do autor do fato. Quem passa a ocupar lugar de relevo no julgamento é a vítima, como se tratasse de uma questão prejudicial. E entra em cena toda sua vida *anteacta*, seu comportamento, seu *modus vivendi*. Em síntese, julga-se antes a vítima. Concluindo-se que se trata de pessoa com comportamento reprovável (julgamento que é feito conforme a ótica particular do julgador, seu *second code*), absolve-se em seguida o acusado. Urge acrescentar, por último, que só impropriamente poder-se-ia falar em honestidade de menores de tenra idade, absolutamente incapazes de entender o sentido do ato sexual.[39]

[39] Sobre o conceito de honestidade como dado impróprio para expressar o conteúdo dos crimes sexuais, v. J. L. Diez Ripollés, *La proteccion de la libertad sexual*, cit., p. 16.

g) Do ponto de vista jurídico correto, o que importa nos crimes sexuais violentos ou abusivos, fundamentalmente, não é a *honestidade* da vítima (pois até mesmo a prostituta pode figurar no polo passivo), senão o seu *direito de exercer a atividade sexual em liberdade*.[40] Toda pessoa tem o direito de não se ver envolvida numa atividade sexual sem sua anuência. Ainda que conheça os riscos do ato sexual, ainda que tenha experiência sexual anterior, mesmo assim, tem o direito líquido e certo de atuar livremente, de só se envolver em uma atividade sexual quando deseja, quando voluntariamente se disponha a tanto. O fundamental, destarte, não é se apegar a concepções moralistas (para negar a tutela penal a quem já tenha experiência sexual anterior), senão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. O decisivo para o reconhecimento de um crime sexual (violento ou abusivo) não é a ingenuidade ou a honestidade, senão a falta de liberdade da vítima. Isso nos leva a concluir que quando a vítima livremente procura ou aceita o ato sexual (é dizer, se consente), nenhuma ofensa existe ao bem jurídico. Em algumas ocasiões, é verdade, impõe-se o questionamento da validade desse consentimento. Mas isso só é possível segundo a análise de cada caso concreto.

h) O que não nos parece concebível é a "criação" pelo juiz de requisito típico nos crimes sexuais, embora com a intenção louvável de suavizar ou atenuar o rigor da presunção legal. A exigência de um *plus* (honestidade, ingenuidade, recato, indenidade, incolumidade etc.) para se reconhecer ou não o delito significa aprofundado apego legalista ao "bem jurídico" *costumes*, hoje rejeitado por toda doutrina.[41] Significa, ademais, como veremos logo abaixo, confundir o Direito (particularmente o Penal) com a Moral.

2.2.2.4 A lamentável confusão entre Direito Penal e Moral Social

a) Devemos evidentemente reconhecer que entre o Direito e a Moral existem conexões, pontos de encontro, linhas de interligação. Ambos procuram moldar a conduta humana por intermédio dos seus conjuntos normativos, sempre com o escopo final de permitir a convivência social. Em muitos campos chegam a coincidir, mas isso não significa que deva *sempre* ser assim. As valorações ético-morais podem não corresponder aos valores tutelados pela norma jurídica e vice-versa. Isso demonstra que Direito e Moral possuem âmbitos de incidência autônomos (ora coincidentes, ora não). Particularmente no que pertine ao Direito Penal, onde deve vigorar a estrita legalidade,[42] entendida em termos constitucionais hodiernamente, nem se justifica a punição de uma conduta imoral mas não ofensiva a bens jurídicos (como se dá no caso do adultério, por exemplo), nem tampouco a ampliação dos tipos penais por razões "moralistas" para favorecer o imputado (é o que ocorre na doutrina "moralista" da presunção relativa de violência no caso de vítima menor).

b) A criação ou ampliação do tipo penal, fundada exclusivamente na moral social, sem se atentar para o princípio do *nullum crimen sine iniuria*, conflita com o denominado Estado Constitucional de Direito, que ademais conferiu ao

(40) V. nesse sentido José Luis Diez Ripollés, *La proteccion de la libertad sexual — Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 29.

(41) Assim, José Luis Diez Ripollés, *La proteccion de la libertad sexual*, cit., p. 15 e s.

(42) A respeito do conceito de legalidade estrita v. Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione-Teoria del garantismo penale*, Ed. Laterza, Roma, 1990, p. 374.

legislador a tarefa de *legislar*. Não se questiona que a postura doutrinária dos que sustentam a natureza relativa da presunção legal de violência ostenta finalidade muito louvável (a de fazer justiça em cada caso). Revela um certo desapego à presunção do legislador (às medidas de Procusto). O equívoco que vislumbramos nessa doutrina, no entanto, reside no *meio* encontrado para atingir tal escopo, qual seja o de afastar a presunção (por razões moralistas) quando a vítima for prostituta, for corrompida ou conta com passado "reprovável". Isso significa, *tout court*, confundir o Direito com a Moral.

c) Historicamente sabe-se que nem sempre foi possível evitar essa confusão.[43] Atualmente, no entanto, encarado o Direito Penal como forma de controle social que tem por missão a tutela de bens jurídicos,[44] já não existe espaço para a migração indiscriminada de valores éticos para o mundo jurídico. Quando coincidem as valorações, nenhuma censura há de ser feita. Onde, no entanto, o Direito traçou linhas próprias, impossível apresenta-se qualquer tentativa de substituição da valoração jurídica pela ética ou moral.

d) Nos crimes sexuais, atualmente, partindo-se da consideração do bem jurídico tutelado (liberdade sexual), pouco espaço subsiste para eventual mesclagem entre a moral e o *ius positum*. Nem todas as condutas ofensivas aos valores morais são suscetíveis de criminalização. Firmado o bem jurídico merecedor e tutela, só se pode vislumbrar delito quando ocorre efetiva lesão ou perigo (concreto) de lesão a esse bem jurídico. No âmbito sexual, essa lesão tem que derivar da própria conduta e "o mero fato de alguém se desviar ou violar os padrões morais aceites, a moral social, não pode ser considerado um dano".[45] Do mesmo modo que o mero desvio dos "padrões morais aceitos" não pode justificar uma criminalização, tampouco pode fundamentar a absolvição do acusado *só pelo fato* de a vítima ser corrompida ou ter experiência sexual precedente. A vítima, inclusive a menor, pode ter maturidade sexual e não ter concordado com o ato sexual: neste caso há crime. E pode também, apesar da menoridade, em casos muito excepcionais, ter anuído validamente: e nesta hipótese deve-se afastar o delito sexual.

2.2.2.5 A liberdade sexual como bem jurídico tutelado (renegação do princípio "*meretrices nulli sese copiam denegare possunt*")

a) Existe amplo consenso doutrinário no sentido de que a liberdade sexual é o bem jurídico que orienta a punição de (quase) todos os crimes sexuais. Cuida-se de valor de muito maior precisão e utilidade que a honestidade, costumes, moral sexual pública ou indenidade sexual.[46] No sentido positivo ou dinâmico, consoante o magistério de Natscheradetz,[47] "a liberdade sexual é definida como a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, ou seja, a liberdade de opção e de atuação de cada um no domínio da sexualidade, de acordo com os seus desejos, quer no que diz respeito à forma de manifestação da

(43) Sobre a separação iluminista entre direito e moral e a recaída pós-iluminista, v. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 203 e s.

(44) V., por todos, Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, v. I, trad. de Mir Puig e Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 9 e s.

(45) V. Karl Prelhaz Natscheradetz, *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 39.

(46) Assim, na doutrina estrangeira, por todos, J. L. Diez Ripollés, *La proteccion de la libertad sexual*, cit., p. 17 e ss. Na doutrina nacional, v. Damásio de Jesus, *Código Penal Anotado*, cit., p. 605.

(47) *O direito penal sexual*, cit., p. 141.

sexualidade, quer quanto ao destinatário da mesma, dentro dos limites implicados pela tolerância e o respeito da liberdade sexual alheia".

b) Numa acepção inversa, continua o mesmo autor,[48] "realça-se o caráter estático ou passivo da liberdade sexual, que consiste na proteção do aspecto defensivo de tal liberdade, no direito de não sofrer qualquer espécie de intromissão física ou moral dirigida para a realização de atos sexuais. Nesta perspectiva, a liberdade sexual reside pois no direito de cada um de não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual, contra a sua vontade, qualquer que seja a forma que eles revistam (...)".

c) Os dois aspectos da liberdade sexual enfocados, na verdade, antes que contraditórios, complementam-se. Seu real significado, portanto, tanto envolve a livre disposição do corpo para atividades sexuais, como o direito de não ser envolvido num contexto sexual sem seu consentimento.[49] Dito de outra maneira: liberdade sexual é o "direito de toda pessoa de exercer a atividade sexual em liberdade".[50] E essa liberdade não existe seja quando a resistência é vencida (casos de violência, de agressão), seja quando a vítima não tem possibilidade de resistir (casos de abuso) ou de resistir validamente (caso de menor que não pode dar consentimento válido), seja, enfim, quando não é dado à vítima a possibilidade de resistir (casos de exploração).

d) Encarados os crimes sexuais como crimes ofensivos à liberdade sexual, com a conseqüência de serem expurgados de toda concepção "moralista" (que, de resto, é o fruto mais perceptível da secularização do Direito, especialmente o Penal), pouco importa a honestidade da vítima, em princípio (exceção só deve ser feita, dentro do *ius positum*, quanto aos tipos penais que exigem tal honestidade explicitamente, como é o caso do art. 219 do CP). Com isso chega-se a uma conclusão hoje indiscutível no sentido de que inclusive a prostituta (ainda que de porta aberta) merece tutela penal. Da provecta regra do Direito Romano (*meretrices nulli sese copiam denegare possunt*), que não emprestava à prostituta nenhum tipo de proteção, passou-se para regramento oposto (no tempo dos *delicta carnis*), depois discriminatório (redução da pena em abstrato quando se trata de prostituta — Código italiano de 1889, por exemplo), até se alcançar o meio termo atual (nenhuma discriminação em abstrato, cabendo ao juiz em cada caso concreto ajustar a pena conforme as conseqüências de cada delito).[51]

2.3 Relatividade da presunção em relação à vítima enferma mental

a) A presunção de violência no que concerne à vítima com enfermidade mental (CP, art. 224, "b"), consoante a doutrina absolutamente majoritária,[52] sempre foi concebida como de natureza *relativa*. A relatividade, no caso, funda-se no seguinte: 1) não basta que a vítima seja alienada ou débil mental, é preciso que tal alienação ou debilidade "seja de

(48) Idem, Ibidem.

(49) V. J. L. Diez Ripollés, *La proteccion de la libertad sexual*, cit., p. 23.

(50) V. J. L. Diez Ripollés, *La proteccion de la libertad sexual*, cit., p. 29.

(51) V. nesse sentido João Mestieri, *Do delito de estupro*, cit., p. 32/33.

(52) Assim: Damásio de Jesus, *Código Penal Anotado*, cit., p. 633; Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, cit., p. 365; Heleno C. Fragoso, *Lições de Direito Penal*, Ed. Forense, RJ, 3.ª ed., 1981, p. 43; E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, v. 3.º, Ed. Saraiva, SP, 10.ª ed., 1976, p. 215; Paulo José da Costa Júnior, *Direito Penal Objetivo*, cit., p. 467.

molde a abolir inteiramente a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno";[53] 2) é preciso ademais, como diz a lei, que o agente conheça tal circunstância. Não é qualquer enfermidade mental que justifica, desde logo, a existência de crime sexual. Em cada caso, urge que se comprove a total falta de compreensão quanto ao sentido do ato sexual. O estado mental da vítima deve ficar comprovado por laudo pericial seguro nos seus fundamentos e na sua conclusão.[54]

b) A exigência de prova quanto à impossibilidade de resistência da vítima (porque não tem capacidade de compreender o sentido ético do ato) relativiza a presunção e, desse modo, a existência de crime sexual ou não depende das circunstâncias de cada caso concreto. Com isso não se adota, de outra parte, nenhuma atitude preconceituosa frente aos enfermos mentais que, em muitos casos, podem agir livremente nessa esfera comportamental. Se o agente não conhece a enfermidade mental (nem tinha razões evidentes para dela conhecer), estamos frente a um claríssimo erro de tipo, excludente do dolo (e, em conseqüência, do crime).[55]

2.4 Relatividade da presunção em relação à vítima incapaz de resistir

a) No art. 224, "c", do CP, o legislador presume a violência quando a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. O fundamento já não é a falta de consentimento válido, senão a incapacidade de resistência, de reação, de defesa, que pode resultar, como nos diz Nélson Hungria, de variadíssimas causas transitórias ou permanentes: enfermidade, paralisia, idade avançada, desmaios, embriaguez, entorpecente etc.[56] A relatividade dessa presunção não é negada pela doutrina[57] nem pela jurisprudência.[58]

b) Bem espelha a relatividade da presunção legal o acórdão em cuja ementa se lê: "Estupro — Violência presumida — Presunção que não é de caráter absoluto — Necessidade de prova inequívoca de completa impossibilidade de oferecer resistência — Caso em que não realizado o exame de dosagem alcoólica — Absolvição decretada — TJSP, Ap. Crim, 120.999-3, Lins, j. 06.05.1992, rel. Des. Cunha Bueno (v. RJTJESP, Lex, 137, p. 464).

c) Urge a comprovação inequívoca da incapacidade concreta de resistência da vítima. A rigor, portanto, de presunção não se pode falar, no que concerne a essa hipótese legal. Nenhuma inversão probatória aqui ocorre. A quem alega incumbe a prova. Só por puro formalismo é que a doutrina e a jurisprudência continuam ainda falando em presunção. Na verdade, não se presume nada. Comprovada a impossibilidade de resistência, há crime. Não comprovada, não existe crime.

(53) V. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, cit., p. 232.

(54) Cfr. Júlio F. Mirabete, *Manual de Direito Penal*, v. 2, cit., p. 471.

(55) Ainda no sentido da relatividade da presunção v. JTJ, Lex, 170/297, RT 648/774, 620/342 e 706/346.

(56) *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, cit., p. 235.

(57) V. Damásio de Jesus, *Código Penal Anotado*, cit., p. 634; Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, cit., p. 365; J. F. Mirabete, *Manual de Direito Penal*, v. 2, cit., p. 471; H. C. Fragoso, *Lições de Direito Penal*, cit., p. 43; Paulo J. da Costa Junior, *Direito Penal Objetivo*, cit., p. 467; E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, v. 3, cit., p. 215.

(58) Cfr. Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, cit., p. 2538 e s.

2.5 Críticas à doutrina da presunção relativa de violência

a) As mais fortes críticas a respeito da presunção legal de violência nos crimes sexuais devem ser endereçadas à presunção fundada na idade da vítima. Isso, no entanto, não significa que as demais hipóteses de presunção estejam isentas de qualquer censura, apesar do entendimento doutrinário e jurisprudencial que procura conformá-las ao Estado Constitucional e Democrático de Direito. A primeira crítica possível reside no fato de se continuar admitindo que o legislador penal pode descrever condutas típicas baseadas em presunções. A tese *relativista*, no fundo, sem embargo de que procura suavizar o rigor da presunção, a ela continua adstrita, procurando, no entanto, abrir brechas, frestas, por onde devem passar situações excepcionais justificadoras de absolvição.

b) Os relativistas, em suma, procuram assentar a doutrina de que é possível *prova em sentido contrário* ao da presunção legal. Assim procedendo, entretanto, não só continuam vinculados à presunção do legislador (ao leito e às medidas de Procusto), como, em última instância, acabam por defender a *inversão do ônus da prova*. A presunção de maior relevância no nosso ordenamento jurídico atual é a da *inocência* (ou estado de não culpabilidade). Conta com *status* constitucional e internacional.[59] Logo, está acima das presunções *legais*. No entrechoque, há de prevalecer a presunção de maior envergadura. A quem alega é que incumbe provar. Fatos não devem ser presumidos, senão comprovados.

c) No que concerne à presunção afinada com a idade da vítima, a tentativa de se encontrar "abertura" na lei (sem renegá-la) tem tangenciado o insustentável, mesmo porque procura-se afastar uma presunção claramente moralista com concepções da mesma natureza.[60] Vítima prostituta ou de comportamento reprovável não mereceria a tutela penal. Cuida-se de lamentável confusão que se estabelece entre Direito e Moral. Revela, ademais, desprezo total pelo bem jurídico tutelado (liberdade sexual), culminando por "criar" um requisito típico (honestidade) de forma absolutamente inconstitucional. O apego positivista-legalista da doutrina que procura relativizar a presunção legal não está em conformidade com o nível de exigência atual da ciência penal, que finca suas raízes, primordialmente, no Estado Constitucional e Democrático de Direito. Mesmo a tese relativista mais avançada, que propugna pelo afastamento da presunção legal no caso de a vítima possuir autodeterminação sexual, não conseguiu desvencilhar-se do positivismo legalista, é dizer, como tantas vezes já repetimos, do leito e das medidas de Procusto. Urge, pelo que foi exposto até aqui, para além de procurar restringir o alcance da presunção, censurar a postura positivista-legalista das correntes enfocadas e encarar a questão da presunção desde o prisma *constitucionalista*, visando afastar por completo tal presunção do nosso ordenamento jurídico. Isso é o que tentaremos fazer na segunda parte deste trabalho, cuja publicação está prevista para o próximo número da RBCCrim.

(59) V. Luiz Flávio Gomes, *Direito de Apelar em Liberdade*, Ed. RT, SP, 2ª ed., 1996, p. 39 e ss.

(60) O risco de se admitir "brechas" moralistas na lei reside, especialmente, na impossibilidade de se ter como pauta uma só postura moralista, conhecida por todos. Quando de conceitos morais se trata, cada seita, cada grupo, cada religião etc. possui seus *second codes*. Desde que parâmetro que o ato sexual seria visto e julgado? Segundo o de Santo Agostinho, por exemplo, que dizia que nada afasta mais o espírito do homem das alturas do que os carinhos da mulher...?; conforme o de Santo Alberto, que afirmava que o sexo rarefaz o cérebro? (Cfr. tais citações em Veja de 20.02.1996, p. 56 e s.).

O PRINCÍPIO DE LEGALIDADE NO MODERNO DIREITO PENAL[1]

LYCURGO DE CASTRO SANTOS

Sumário: 1. Evolução histórica do princípio de legalidade — 2. A inserção do princípio de legalidade no estado democrático de direito; 2.1 O princípio da legalidade e sua realização conjunta com outros princípios de direito penal; 2.1.1 Princípio de intervenção mínima do Direito Penal; 2.1.2 Princípio de proporcionalidade; 2.1.3 Princípio de humanidade; 2.1.4 Princípio de culpabilidade; 2.2 As garantias que derivam do princípio de legalidade; 2.2.1 Garantia criminal; 2.2.2 Garantia penal; 2.2.3 Garantia jurisdicional; 2.2.4 Garantia de execução; 2.2.5 Garantia de técnica legislativa.

1. Evolução histórica do princípio de legalidade

A maioria dos penalistas está de acordo em que o princípio de legalidade é produto direto do pensamento ilustrado, cujas idéias foram determinantes na supressão do Estado Absoluto em pró do Estado Liberal de Direito.[2]

Sem embargo, não deve ser olvidada a importância que tiveram alguns textos políticos-jurídicos europeus, os quais sem dúvida anunciaram de uma forma ou de outra o princípio da legalidade e foram, por isso, precursores do movimento político que logrou instituir os ideais da burguesia européia.

Assim, em 1215, o rei João Sem Terra outorgou a "Charta Magna" inglesa, na qual se proclamou o princípio de legalidade em seu art. 39: *nullus liber homo será apenado nisi per legale indicium parium suorum vel per legem terrea.*

A questão sobre haver este princípio instituído por primeiro na Magna Carta inglesa representar de fato uma garantia penal ou simplesmente uma garantia de tipo processual, que se discute na doutrina,[3] carece de sentido prático, quando

(1) O presente trabalho foi apresentado no Curso de Doutorado em Direito Penal na Universidade Complutense de Madrid-Espanha em junho de 1994.

(2) Veja-se Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, Tradução de Rodríguez Muñoz, v. I, p. 133; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Tradução e adição de notas Mir Puig e Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, v. I, p. 177; Stratenwerth, *Derecho Penal, Parte General I*, Tradução Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, p. 29. Acrescenta Rodríguez Mourullo, em *Legalidad (Principio De) (Derecho Penal)*, Nueva Enciclopedia Jurídica, v. XIV, p. 882/883, que alguns autores invocam textos legislativos romanos como precedentes do princípio de legalidade. Afirma, sem embargo, seguindo a Jiménez de Asúa que "Estes supostos antecedentes, não obstante tenham aparente parentesco com o problema que se estuda, respondem a concepções tão distintas e a vivências tão diferentes que não podemos, na realidade, neles encontrar a autêntica origem do problema que nos ocupa".

(3) Veja-se, entre outros, Jescheck, cit., p. 177; Mir Puig, *Derecho Penal*, PPU, Barcelona,

se considera que a garantia material *stricto sensu* é um fenômeno do século XIX como garantia constitucional derivada do liberalismo. Foi o princípio de legalidade que se reconhece na *Charta Magna* inglesa uma garantia em favor dos nobres (apenas da aristocracia) estabelecida em um texto legal, cuja idéia fundamental de contenção do poder/dever de punir do Estado frente ao indivíduo apenas se consolidaria na vida política dos países europeus e americanos séculos depois.

Com efeito, mesmo sendo a garantia concedida pelo rei João Sem Terra estritamente processual, já que não se excluía o costume como fundamento e agravação da pena, era ela original e singular em ordem a constituir-se na primeira norma que de uma maneira ou de outra reconheceu o Direito Individual dos nobres frente ao poder ilimitado do rei e assim mesmo um limite do *ius puniendi* que absolutamente não havia na Alta Idade Média.[4]

Posteriormente, como assinala Jiménez de Asúa, os emigrantes ingleses levaram esta garantia a América do Norte, quando foi consagrada de forma muito mais ampla na *Petitions of Right* de Filadelfia no ano 1774.[5]

De fato, estes dois marcos políticos, a *Charta Magna* inglesa e a *Petitions of Rights* norte americana, expressavam, guardadas as devidas proporções entre ambas, os ideais que marcaram a transição da civilização da Idade Média para a Idade Contemporânea, pois prepararam o Homem para o grande momento político da Revolução Francesa: o fim do Estado Absolutista. Concretamente, antes deste "imperecedouro marco" para a evolução do pensamento penal, durante o Renascimento e a Contra-reforma, apareceram diversos filósofos, políticos e juristas, inspirados pela evolução do pensamento humanista, que faziam oposição à tradição jurídico-penal existente;[6] o ambiente era propício ao surgimento de um mecanismo agudo de contenção da potestade punitiva do Estado Absolutista.

Alguns penalistas atribuem à *Constitutio Criminalis Carolina* alemã, de 1532, o epíteto de precursora do princípio de legalidade, estabelecido definitivamente a partir da ilustração, como já se disse, mas também ela representou apenas um presságio do que seria, no futuro, o princípio em foco, pois admitia a analogia como fundamento e agravação da pena.[7] Não obstante, este formidável texto jurídico-político é um "marco único e formidável da legislação alemã na época da recepção no passo da Idade

1990, p. 82; Rodríguez Mourullo, cit., p. 883.

(4) Veja-se infra a garantia jurisdicional derivada do princípio de legalidade.

(5) Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 82. Segundo Rodríguez Mourullo, o princípio também foi reconhecido nas declarações de Virginia (1776) e Mariland (1776), cit., p. 883. Na Europa, costuma-se citar Josephina Austriaca (1787); veja-se a propósito Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 1993, p. 81, Conferir Mezger, cit., p. 133.

(6) Neste sentido, Quintero Olivares, *Derecho Penal, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 182. Assinala Rodríguez Mourullo que C. Shmitt crê encontrar o princípio *nullun crimen, nulla poena sine lege* em Hobbes. Também N. Bobbio, com relação apenas à máxima *nullun crimen*. Outros, como López de Oñade, dizem que há alusão ao princípio de legalidade em Bacon; conferir *Legalidad, (Principio De)...*, cit., p. 883, n. 10.

(7) Veja-se Mir Puig, cit., p. 82 e bibliografia ali mencionada. No mesmo sentido, Jescheck, cit., p. 177. Segundo Manzini, o princípio que limita as incriminações já se manifestava nas legislações Bárbaras e Carolinas antes do século XI, bem como em alguns textos canônicos dos séculos XII, XIII e XIV; *apud* Rodríguez Mourullo, cit., p. 883.

Média à Idade Contemporânea", conforme V. Hippel, já que supôs o reconhecimento do Direito Penal e da pena como instituições jurídico-públicas frente às arbitrariedades que à época se praticavam.[8]

O princípio de legalidade foi afinal adotado após a Revolução Francesa de 1789 pelo influxo das idéias de Montesquieu, sobre a divisão dos poderes, bem como em função do pensamento de Rousseau, cuja doutrina do contrato social estava *per si* em antinomia com um sistema legal que prescindisse do princípio de legalidade.[9]

Não era razoável, por outra parte, que os poderes pudessem, sem inequívocos danos à seguridade jurídica e à idéia de justiça que então concebiam os filósofos e políticos, estabelecer crimes e penas com efeitos retroativos. A "crítica política e filosófica ao direito vigente, expressado pelo Marquês de Beccaria, em 1764 (*dei Delitti y Delle Pene*), no sentido de que "(...) apenas as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir unicamente no legislador que representa toda a sociedade unida pelo contrato social",[10] reflete o princípio de legalidade ou o início de uma preocupação consciente dos penalistas em favor de um incremento das garantias individuais frente ao reconhecido *ius puniendi* estatal.

Assim que vemos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.08.1789, como se presta contorno preciso ao princípio de legalidade. Dizia o art. 4.º que "La loi ne doit établir que les peines strictement et évidemment nécessaries et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulgée antérieurement au délit et légalement appliquée". Como agudeza diz Cerezo Mir que "com o triunfo da Revolução Francesa o princípio de legalidade dos delitos e das penas se converte em um dos pilares fundamentais do Direito Penal liberal e em um fino expoente do Estado de Direito".[11]

Com efeito, o princípio foi acolhido nas constituições revolucionárias francesas de 1791 (art. 8.º), 1793 (art. 14) e do ano III (art. 14). Representava a expressão máxima do iusnaturalismo, conquanto admitia como Direito Natural do Homem, intuído pela razão, conhecer previamente quais eram as condutas que o Estado formulava como proibidas e quais eram as penas a elas aplicadas quando cometidas.

Isto foi percebido com singular clareza por um dos mais lúcidos penalistas alemães da primeira metade do século XIX, P. A. Von Feuerbach, quem teve o mérito de formular pela primeira vez o aforisma *nullun crimen nulla poena sine lege*.[12] Foi dito, não sem razão, que a construção da sua teoria penal estava condicionada diretamente ao princípio de legalidade. De fato, para o máximo representante da escola clássica alemã a pena tinha a função de coacionar psicologicamente os indivíduos a não praticar delitos.[13] Portanto, era necessário que os indivíduos conhecessem as leis e as penas para que elas tivessem o efeito coativo que as caracterizava. A precedência da lei e da pena e a clareza com que deveria expressar eram pressupostos indispensáveis ao Direito Penal de Feuerbach.

(8) V. Hippel, *apud* Jescheck, cit., p. 131.

(9) Veja-se Jiménez de Asúa, cit., p. 98. Rodríguez Mourullo, cit., p. 883. Afirma Jescheck que "a limitação do papel punitivo pela teoria do contrato social conduz ao princípio de legalidade", cit., p. 132.

(10) Cesare Beccaria, *apud* Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tecnos, 1993, p. 162, n. 45.

(11) Cerezo Mir, cit., p. 162.

(12) Veja-se os parágrafos 19 e 20 do *Lehrbuch* de Feuerbach, 14.ª ed., quando ele formula este "mais alto princípio do Direito Penal".

(13) Idéia que já se via em Pufendorf, conforme Quintero Olivares, cit., p. 39.

Ademais, não se deve olvidar que para este penalista o direito positivo era produto da "reta razão" iusnaturalista, o que faz do princípio de legalidade "uma conseqüência do iusnaturalismo racionalista: porque é fruto da razão, a lei há de ser essência e fundamento do sistema jurídico".[14]

Pese esta apoteósica carrera do princípio de legalidade, considerado por Frank como parte integrante de nossa consciência jurídico-penal, o certo é que esteve ele vez ou outra menoscabado em ordem a flutuações políticas, as que sempre vinculam o Direito Penal e seus princípios, bem como em função da "superação" do pensamento clássico representado pela emergência da Escola Positivista italiana e pela Escola Correcionalista: ambas defendiam o postulado de que o juiz deveria ser completamente livre para julgar no marco de um Direito Penal defensista ou voltado para "curar" o delinqüente. Para os mais entusiastas prosélitos destas escolas, não deveria haver limites de pena e era função do Direito Penal antecipar-se ao delito, determinando quem eram os indivíduos perigosos e potenciais infratores das normas fundamentais à convivência social.

Na Espanha seguia esta posição Dorado Montero, chamado "correcionalista-positivista", quem afirmava que as garantias penais, como o princípio de legalidade, são necessários em um sistema repressivo, não em um sistema de Direito Penal tutelar, que funciona apenas como "meio curativo para o bem do delinqüente e da sociedade".[15]

Sucede, todavia, que os danos mais graves infligidos ao Direito Penal Liberal (ou Clássico), não proveio das escolas científicas do positivismo ou do correcionalismo, as quais não postulavam expressamente a eliminação do princípio de legalidade, sabendo que "o ambiente não estava ainda preparado para aceitar passivamente a desaparição de uma regra tão fundamental na civilização européia",[16] mas sim da instituição dos Estados Nacional-socialistas na Europa.

O princípio da legalidade representava de fato um limite à potestade punitiva estatal, bem como uma proteção do âmbito privado frente à intromissão dos poderes de controle social. Nisto reside que tal princípio não se poderia manter em um estado totalitário, destinado a controlar o máximo possível a vida das pessoas, as quais deveriam obedecer cegamente e sem críticas o que queriam os governantes. Era efetivamente uma antinomia o princípio de legalidade e o Estado Nacional-socialista.

Neste contexto, o § 2.° do Código Penal do Reich de 1871, que dizia: "uma ação apenas pode ser castigada com uma pena se esta se encontrava determinada pela lei antes de que a ação fora cometida" foi prontamente substituído como o advento do III Reich pela Lei de 28.06.1935 com a seguinte redação: "Será castigado aquele que cometa um fato que a lei declara punível ou que mereça sê-lo com base no pensamento fundamental de uma lei ou de acordo com o são sentir do povo. Se não é aplicável a lei ao ato de modo imediato, será castigado com fulcro na lei cujo pensamento fundamental seja o mais adequado a dito ato".

Esta lei, como demonstra claramente o sentido legal de seus termos, permitia que a analogia e o costume fossem instrumentos de criação do Direito e

(14) Ibidem.

(15) Veja-se Quintero Olivares, cit., p. 40. Sobre a substituição de um Direito Penal de fato por um Direito Penal de autor, veja-se Rodríguez Mourullo, cit., p. 884. Para este autor, o princípio de legalidade fica sem sentido no marco da doutrina da "Nova Defesa Social" (n. 13).

(16) Assim, Rodríguez Mourullo, cit., p. 884.

aplicação da pena em ordem a fundamentá-la ou agravá-la. Supunha o descaso ao princípio de legalidade em favor do "ato espírito" do povo alemão. Não estabelecia grau algum de vinculação do juiz à lei à legislação penal do III Reich.[17]

A Lei 1 do Comandante Supremo das Forças Aliadas e a Proclamação 3 do Conselho de Controle de 20.10.1945, não obstante, derrogaram aquele preceito legal. A lei fundamental de Bonn, em seu art. 103, inc. II, estabelece que "apenas poderá ser castigado um ato quando a sua penalidade esteja legalmente determinada antes de que o ato seja cometido".

Pese a situação extraordinária em que se encontravam as potências aliadas, não houve respeito por parte delas ao princípio de legalidade por ocasião dos Juízos de Nuremberg. Com efeito, tais Juízos se apoiavam no Direito Consuetudinário e foram criadas, ademais, figuras típicas como provocar uma guerra de agressão ou crime contra a humanidade que tiveram aplicação retroativa, conquanto não estavam estabelecidas com anterioridade no Direito Estatal.[18]

Por fim, o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU em 10.12.1948, estabelece que "ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento da comissão não forem delitivos segundo o Direito Nacional ou Internacional. Tampouco serão impostas penas mais graves que as aplicáveis no momento da comissão do delito". Este postulado, sem embargo, nem sempre foi respeitado, mesmo por estados que se auto-intitulam democráticos, os quais apenas subscrevem formalmente o princípio de legalidade e seus derivados, mas que na prática continuam a favorecer um Direito penal absolutista.

Por outro lado, se é certo que o princípio de legalidade não está essencialmente vinculado ao Estado Material de Direito,[19] também não podemos olvidar que a concepção de tal princípio depende essencialmente do que se compreende por Estado de Direito. Evidente que o princípio de legalidade tem um significado muito mais complexo em um Estado Democrático de Direito do que em um Estado Liberal, do tipo Francês do século passado. É esta complexidade que veremos a seguir.

2. A inserção do princípio de legalidade no estado democrático de direito

O princípio de legalidade, como se disse, é fruto da preocupação ilustrada em limitar o *ius puniendi* estatal. Disso deriva a sua natureza: cuida-se de um mecanismo de contenção da intervenção estatal no âmbito privado do indivíduo.

Essa limitação no Estado Democrático de Direito, contudo, difere substancialmente daquela introduzida no Estado Liberal de Direito. O Direito penal liberal caracterizava-se por ser retributivo e o princípio de legalidade se mostrava como uma mera projeção em um Direito que apenas começava a ser codificado

(17) Assim Rodríguez Mourullo em nota ao *Tratado de Derecho Penal*, de Mezger, p. 129. Também na União Soviética, assinala Cerezo Mir, os Códigos Penais de 1922 e 1936 admitem expressamente e com grande amplitude a aplicação da lei penal por analogia, cit., p. 164.

(18) Neste sentido Jescheck, cit., p. 163 e ss. Também Rodríguez Mourullo, quem cita a Jiménez de Asúa (nota 17), cit., p. 885.

(19) Assim, Cerezo Mir, cit., p. 165, para quem nos países anglo-saxões o princípio de legalidade não está aceito expressamente. Não obstante, existe na Inglaterra e nos Estados Unidos um Estado Material de Direito. Afirma ainda este autor que o princípio de legalidade alcança "unicamente seu significado no Estado Material de Direito", p. 166.

em contraposição ao *usus fori* que primava pela analogia.

No século XX o fenômeno dos Estados intervencionistas traz à questão de restringir ou ampliar o *ius puniendi* maior complexidade, especialmente face a diversidade da criminalidade e dos bens jurídicos que se procura proteger (incremento da criminalidade juvenil, por exemplo), ao mesmo tempo em que se atribui ao Direito Penal um caráter essencialmente preventivo. Com efeito, atualmente se concebe, não sem críticas, que o Direito Penal tem como função a prevenção de delitos através da motivação dos indivíduos para que não se comportem de maneira a comprometer um bem jurídico valorado como imprescindível à vida em comunidade.[20] À essa função do Direito penal (e da pena), defendem os "prevencionistas", deve servir unicamente o princípio de legalidade.

Por outro lado, pese a transcendência filosófica ou seu âmbito científico, o certo é que a origem do princípio de legalidade e seu sentido foram fundamentalmente políticos.[21] Busca-se com a certeza jurídica própria do Estado de Direito a segurança política dos cidadãos. Isto explica a sua concepção não apenas como um aforismo jurídico-penal, mas também como um postulado constitucional.[22]

A adoção formal do princípio de legalidade pode, todavia, não derivar em uma verdadeira contenção do *ius puniendi* estatal. Ao contrário, precisamente nos Estados totalitários ou pseudodemocráticos, o princípio de legalidade, quando não expressamente negado, é utilizado para justificar e legitimar o Direito penal como meio de garantir através do "terror penal" e da insegurança jurídica, a invariável perpetuação de uma minoria no poder com a conseqüente submissão do resto da população.

Pensemos, por exemplo, no uso indiscriminado de conceitos genéricos ou imprecisos na formulação dos tipos penais ou das chamadas normas penais em branco. Pensemos, ainda, como desviação velada do princípio da legalidade, a criação de comportamentos típicos, sob os quais não subjaz qualquer lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico protegido pelo Direito penal.

A utilização do princípio de legalidade de uma forma distinta àquela imposta por sua natureza ou mesmo seu radical, mas menos hipócrita abandono nas legislações manifestamente totalitárias, fez com que vários autores lhe atribuísse um valor transcendente ao Direito positivo. Assim, Sax revela que o princípio da legalidade é conseqüência da inviolabilidade da dignidade humana e Arthur Kaufmann a considera como um princípio derivado do Direito Natural.[23]

Esta concepção, sem embargo, não é suficiente para se evitar que o princípio seja menoscabado ou utilizado de um modo distinto em relação àquele em que foi concebido. É necessário algo mais que de fato represente um limite à excessiva intervenção penal[24] e garanta, ao mesmo tempo, a liberdade individual e a imprescindível segurança jurídica.

Dois são, no meu entender, os requisitos para se lograr um princípio da legalidade que represente materialmente

(20) Veja-se neste sentido Mir Puig, cit., p. 71 e s.

(21) Veja-se Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, 2.ª ed. Buenos Aires, 1958, t. 2, p. 382.

(22) Neste sentido Rodríguez Mourullo, cit., p. 886.

(23) *Apud* Rodríguez Mourullo, cit., p. 886.

(24) A intervenção penal, assinalam os "prevencionistas", apenas se justifica quando é absolutamente necessária para prevenir delitos (prevenção especial e prevenção geral); rechaça-se a retribuição clássica na medida em que é impossível a demonstração empírica do livre arbítrio.

uma limitação do *ius puniendi* em um Estado Democrático de Direito: em primeiro lugar, deve o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* ser concebido como um fenômeno jurídico-penal atrelado a outros princípios que também representam uma contenção da intervenção estatal no âmbito privado do indivíduo. Em segundo lugar, dentre as funções de garantia que derivam do princípio da legalidade — garantias criminal, penal, jurisdicional e de execução — deve ser acrescentada a garantia de técnica legislativa. Como bem disse Rodríguez Mourullo, seguindo a Maurach, "em um Estado de Direito, o aforisma *nullum crimen, nulla poena sine lege* se converte no princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege escripta et estricta*.[25]

Vejamos em seguida cada um destes requisitos de forma particularizadas.

2.1 O princípio da legalidade e sua realização conjunta com outros princípios de direito penal

O princípio da legalidade forma com os demais princípios de Direito penal — princípio de intervenção mínima, princípio da proporcionalidade, princípio de humanidade e princípio da culpabilidade — um todo indivisível, de modo que a realização de cada um é imprescindível para que todos possam se conformar em um Direito Penal com os fundamentos materiais do Estado Democrático de Direito.

Esta interdependência dos princípios de Direito Penal significa na prática que o não cumprimento de um deles (por exemplo, o princípio da culpabilidade) derivará em um intolerável menoscabo do princípio de legalidade, cuja essência, repita-se, é ser um mecanismo de contenção da intervenção Estatal que está além da simples garantia de irretroatividade da lei penal.

Vejamos o significado de cada um destes princípios, à luz do princípio de legalidade, no marco de um Estado Democrático de Direito.

2.1.1 Princípio de intervenção mínima do Direito Penal

Por princípio de intervenção mínima do Direito Penal deve ser entendido que "o Direito Penal apenas deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes".[26] Quando outros ramos do direito podem satisfatoriamente proteger os bens jurídicos, a utilização do Direito Penal é ilegítima, na medida em que o Direito Penal não existe nem como fim em si mesmo nem tampouco como forma de *vindicta*.

Isso não significa que não possam existir sanções nos diferentes ramos do ordenamento jurídico para um único ataque a um bem jurídico (por exemplo, a existência de sanções civis e penais derivadas da prática de um crime). O que sim deve ser levado em consideração é que o Direito Penal persegue "um fim de restauração da paz social perturbada pelo delito"[27] como última *ratio* e exclusivamente, enquanto outros ramos perseguem distintos fins.[28]

Ao princípio de intervenção mínima se atribui uma estreita relação com o conceito de bem jurídico. Para ser um bem jurídico protegido pelo Direito

(25) Veja-se Rodríguez Mourullo, cit., p. 888.

(26) Veja-se Muñoz Conde/García Arán, cit., p. 67.

(27) Feliz expressão do Tribunal Supremo Espanhol na Sentença de 05.03.1955.

(28) Veja-se os problemas levantados por Muñoz Conde a respeito das sanções administrativas que cumpre funções muito parecidas as sanções penais, o que faz com que o Tribunal Constitucional Espanhol imponha às sanções administrativas os princípios e garantias das sanções penais; Muñoz Conde/García Arán, cit., p. 67 e s.

Penal, "será preciso que o interesse que encarne tenha a comum valoração positiva e essencial (...); do contrário, não será propriamente um bem jurídico, e por conseguinte, aquela lei penal não estará proibindo uma ação porque ultrapasse um princípio ético-socialmente tolerável, senão por razões diferentes e, por isso, alheias à função do Direito Penal".[29]

Por outra parte, o legislador valora essas realidades sociais que são os bens jurídicos de maneira vinculada ao sentimento da comunidade. Não pode aleatoriamente e conspurcando a finalidade do Direito Penal, por exemplo, fazer preponderar através dele interesses de uma minoria que detém o poder sócio-econômico frente uma maioria desprovida deste poder ou estimar como necessário de proteção penal um bem jurídico melhor e suficientemente protegido por outro ramo do ordenamento jurídico, ou ainda construir tipos penais que incriminam determinados comportamentos sociais que não representam menoscabo (ou perigo de ofensa) de bem jurídico algum.

Já dizia M. E. Mayer que um bem jurídico para o Direito Penal há de ter tripla qualidade: há de ser merecedor de proteção, necessitado de proteção e capaz de proteção.[30]

O bem jurídico merecedor de proteção penal vem condicionado pelo valor que a ele atribui uma determinada cultura em um certo tempo. A necessidade de proteção de um bem jurídico, sob o prisma penal, depende do fracasso ou da insuficiência da intervenção de leis civis, administrativas, etc. Por fim, a capacidade de proteção penal está em que "nem todos os bens jurídicos merecedores e necessitados de proteção penal são igualmente capazes ou idôneos para esta proteção. Um exemplo disto é a moral sexual".[31]

Pois bem, sobre a base do bem jurídico e da ação contra ele praticada é construído um conceito de delito. Trata-se de uma "conduta que lesiona ou põe em perigo um bem jurídico e constitui uma grave infração às normas da ética social ou da ordem política ou econômica da sociedade.[32] Deste mesmo conceito se conclui que afronta o princípio de intervenção mínima e, em conseqüência, o princípio de legalidade, a construção de tipos penais em que não há lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, e assim mesmo há uma ofensa a tais princípios quando o legislador não atua com a devida cautela, prescindindo das três qualidades que deve possuir um bem jurídico para ser protegido pelo Direito penal, qualidades estas anteriormente mencionadas.

Voltamos com isso, ainda que com distinto significado, ao aforismo de Feuerbach *nulla poene sine crimine*, no qual a existência de uma pena estava condicionada ao surgimento da ação ameaçada. Em um Estado Democrático de Direito uma ação para ser qualificada como ameaçada sob o prisma jurídico-penal deve cumprir alguns requisitos determinados pela concepção de bem jurídico relevante para o Direito Penal. Caso contrário perderá ele sua eficácia motivadora, especialmente porque a comunidade prefere cumprir as normas

(29) Assim Quintero Olivares, cit., p. 61. Por bem jurídico deve ser entendido "um valor ideal de ordem social juridicamente protegido; Jescheck, cit., p. 351. Sob um prisma sociológico, temos bem jurídico como possibilidade de participação individual ou coletiva dentro de uma determinada estrutura social.

(30) *Apud* Muñoz Conde/García Arán, cit., p. 75 e s.

(31) Ibidem.

(32) Assim, Cerezo Mir, cit., p. 20. Segundo este autor o conceito material de delito apenas tem relevância para o legislador em função do princípio de legalidade que rege o Direito Penal (nota 25).

sociais, ainda que estejam elas em contradição com as normas jurídicas.

2.1.2 Princípio de proporcionalidade

A maioria dos autores costuma atribuir ao princípio de proporcionalidade a tarefa de impedir que o Direito Penal se converta em um Direito puramente utilitarista, isto é, um Direito puramente defensista, como pretendiam os positivistas e os correcionalistas em geral.

Este princípio, afirmam os autores, diz respeito fundamentalmente a pena: o desvalor da ação e o devedor do resultado devem estar em proporção justa à sanção penal que se inflija. Assim, não seria justo castigar-se um furto com uma pena de morte ou com a pena de prisão perpétua, ao mesmo tempo em que se sanciona o parricídio com uma pena privativa de liberdade máxima de trinta anos.[33]

Pese o fato de que essa concepção do princípio de proporcionalidade deriva em uma idéia de pena justa e reflete, portanto, uma postura retribucionista com relação à pena, o certo é que podemos também partir de uma posição essencialmente prevencionista e encontrar, sob a égide deste princípio, uma limitação do *ius puniendi* Estatal: O princípio de proporcionalidade não pode ser totalmente compreendido se utilizado apenas como obstáculo contra posturas defensistas radicais.

Proporcionalidade da pena em Direito Penal significa um equilíbrio entre o que se exige em nível de prevenção geral e em nível de prevenção especial para o comportamento humano que se pretenda prevenir. O legislador quando determina uma sanção penal a uma conduta que pode e quer evitar deve considerar tanto o que é necessário para motivar os indivíduos que não pratiquem o delito e respeitem a norma, como o que é imprescindível para a ressocialização (ou, como mínimo, a não dessocialização) do delinqüente. No exemplo do furto supra mencionado, a pena de morte ou a pena de prisão perpétua não cumpriria o pressuposto preventivo geral, pois seria simplesmente intimidatória, própria do "terror penal", nem tampouco satisfaria aspectos de prevenção especial, enquanto se pressupõe que uma pessoa que comete furto não necessita de um tempo tão largo de privação de liberdade para ser ressocializada.

Não é necessário, afinal, buscar nos ideais de justiça, tão difíceis de compreensão na sociedade pluralista em que vivemos, a essência do princípio de proporcionalidade.

Ademais, voltamos ao princípio de legalidade e seu fundamento filosófico: exatamente porque não é possível identificar-se a lesão de um bem jurídico com a pena que por ela se impõe, ou seja, não são justas nem idênticas as duas situações jurídicas, devemos restringi-la o máximo possível, "para que a enormidade da desigualdade não apareça tão patente".[34]

Sendo esse o fundamento filosófico do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a redução da pena em abstrato aos limites mínimos exigidos pela prevenção geral e pela prevenção especial, ademais de ser uma exigência do princípio de proporcionalidade entre delito e pena, também é requisito para que o princípio de legalidade possa estabelecer-se materialmente como garantia do cidadão frente à intervenção penal estatal.

(33) Normalmente os autores concebem o princípio de proporcionalidade entre pena e delito como derivado do princípio de culpabilidade, pois esta é concebida como reprovabilidade pelo fato. Assim, por exemplo, Jescheck, cit., p. 30 e s. e Quintero Olivares, cit., p. 70.

(34) Assim Jiménez de Asúa, seguindo a Carlos Cassio, em *Tratado*, cit., p. 380 e 381.

2.1.3 Princípio de humanidade

O princípio de humanidade, da mesma maneira que o princípio de proporcionalidade, diz respeito fundamentalmente à pena. Não obstante, como disse Jescheck com agudeza, "impõe que todas as relações humanas que o Direito Penal faz surgir no mais amplo sentido se regule sobre a base de vinculação recíproca, de uma responsabilidade social para com o delinqüente, de uma livre disposição a ajuda e assistência sociais e de decidida vontade de recuperação do condenado".[35]

Esse princípio é fruto do liberalismo da ilustração que objetou às penas que de uma maneira ou de outra destruíam a dignidade humana.

Sua adoção expressa nas diversas constituições modernas — veja-se, a propósito, o art. 15 da Constituição espanhola que proíbe expressamente a tortura e as penas ou tratamentos desumanos ou degradante, abolindo a pena de morte, "salvo o que possam dispor as leis penais militares para tempos de guerra", e o art. 5.º, inc. XLVII, da Constituição brasileira, que proíbe as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada, conforme o art. 84, XIX, CR), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis — se traduz em um desejo de ressocializar o delinquente mantendo um mínimo de sofrimento que possa surgir em função do cumprimento da pena (o isolamento social já é *per si* um prejuízo para o delinqüente condenado).

Pois bem, Feuerbach já dizia em seu *Leherbuch* que "o ato legalmente ameaçado (o suposto legal) está condicionado pela pena legal, *nullum crimen sine poena legali,* pois o mal, como uma conseqüência juridicamente necessária, está ligado pela lei à concreta lesão jurídica".[36] O que se deve entender por *poena legali* é que ela deve estar de acordo com as exigências materiais do princípio de legalidade, vale dizer, em consonância, entre outros, com o princípio de humanidade. Uma pena que não seja ajustada ao humanitarismo, que não respeite à pessoa humana e sua necessidade social, uma pena que seja simplesmente *vindicta*, não pode revestir-se de caráter de pena legal: é, antes de tudo, uma pena inconstitucional.

2.1.4 Princípio de culpabilidade

É necessário, em primeiro lugar, distinguir o princípio de culpabilidade como garantia democrática e como critério retor de política criminal e de legislação penal do conceito de culpabilidade tradicional estritamente jurídico-penal.[37] Aqui não tratarei do conceito de culpabilidade como um dos elementos do delito, que encerra talvez uma das mais vivas discussões no seio do Direito Penal moderno, mas sim do princípio de culpabilidade que se traduz em uma limitação ao *ius puniendi* e que está entrelaçado ao princípio da legalidade.

A meu juízo duas são as limitações que derivam do princípio de culpabilidade. A primeira é a exigência de que no causador de um fato típico concorra dolo ou culpa. Não há espaço para a responsabilidade objetiva, na qual o fato

(35) Jescheck, cit., p. 35. Sem embargo, este autor posteriormente assume uma posição nitidamente maniqueísta, segundo a qual o cumprimento das penas não se pode lograr "sem dano nem dor (...), a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais e fazer da má conduta ocasião de prêmio" (p. 36). Creio que não se trata de reduzir o Direito Penal a um instrumento condutor da moral na fase de execução da pena; esta deve, na falta de outro instrumento político-social, obedecer a um programa de ressocialização mínimo (não dissocialização).

(36) *Apud* Jiménez de Asúa, "*La Ley...*", cit., p. 97.

(37) Assim, Quintero Olivares, *Derecho Penal*, cit., p. 69.

é atribuído a quem deu causa ainda que derive de caso fortuito. A segunda é que a pena seja atribuída ao indivíduo pelo fato próprio (individualização do castigo).[38]

Se considerarmos como a moderna dogmática penal que o dolo e a culpa fazem parte do injusto penal, a ausência de ambos torna atípica a conduta que cause lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pelo Direito penal.[39] Isto se põe como óbvio pela mesma função que em seu momento foi atribuído ao Direito penal em um Estado Democrático de Direito. Está claro que o Direito penal apenas pode motivar às pessoas a não se comportarem de tal maneira que provoquem um perigo de lesão ou uma lesão ao bem jurídico protegido. Não pode o Direito penal simplesmente proibir resultados indesejados, como não pode o homem controlar as mortes naturais, as tempestades, os furacões etc.

Por outra parte, o princípio de culpabilidade exige que a pena seja atribuída ao sujeito por sua própria ação. Como disse Jescheck, com correção, "a essência da culpabilidade não se encontra, segundo isto, em um defeito do caráter adquirido culpavelmente, pela forma com que se há conduzido na vida (culpabilidade pela condução de vida), senão que o autor sucumbiu a tentação na situação concreta e se fez culpável através de sua ação (culpabilidade pelo fato).[40]

Ademais, a culpabilidade persegue a idéia de "individualização do juízo que se emite sobre a conduta de uma pessoa".[41] Essa individualização nos remete à seguinte questão: é possível a imposição de uma pena a um autor culpável de um injusto penal por baixo do marco mínimo da pena imposta pelo legislador?

Para Roxin, podem existir circunstâncias pessoais do delinqüente que fazem com que a pena imposta no mínimo legal seja excessiva desde um ponto de vista preventivo especial. Para essas particularíssimas situações, postula uma pena mínima abaixo do marco legal, desde que corresponda ao limite máximo a que possa condescender os requisitos de prevenção geral, os quais ainda estariam presentes, fortalecendo a consciência jurídica da comunidade.[42]

Em sentido contrário assinala Jescheck: "Se a pena há de ser compensação da culpável violação do Direito, porque apenas assim cabe alcançar de

(38) No mesmo sentido, Quintero Olivares, Ibidem, p. 70.

(39) Veja-se, a propósito, Quintero Olivares, para quem "a proteção constitucional da exigência de dolo ou culpa resulta fácil teoricamente, posto que a inobservância do preceito do art. 1.º do Código Penal por um tribunal supõe uma infração da lei que, sem prejuízo de sua eventual reparação em via cassacional, encontraria amparo constitucional por violação ao princípio de legalidade; se uma infração penal leva como componente imprescindível um elemento subjetivo (o dolo ou a imprudência) a apreciação de um delito contando apenas com alguns elementos que o integram violaria a letra mesma da lei", *Derecho Penal*, cit., p. 398. O art. 1.º do Código Penal español, a exemplo do art. 18 do Código Penal brasileiro, exige o dolo ou a culpa para a existência de um delito. Novamente retornamos ao princípio *nulla poena sine crimine.*

(40) Veja-se Jescheck, *Tratado...*, cit., p. 30.

(41) Para Quintero Olivares a idéia de individualização implica em que o princípio de culpabilidade tenha proteção constitucional: "Os espanhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer discriminação alguma em razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social", cit., p. 402. Em sentido parecido o art. 5.ª da Constituição brasileira.

(42) Veja-se Roxin, *Prevención y Determinación de La Pena*, em "Cuadernos de Política Criminal", 1979.

forma justa o fim de proteção da sociedade (BGH 24, 40-42), deve manter-se uma adequada proporção entre conteúdo da culpabilidade e medida da pena, impedindo uma redução excessiva da pena, de modo que, por exemplo, um delito cometido nos campos de concentração nazista não poderia ser castigado apenas com uma pena privativa de liberdade suspendida condicionalmente pelo fato do autor estar integrado à sociedade há anos, nem porque a coletividade já se encontra suficientemente ensinada pela história".[43]

Creio que a pena não pode ser aplicada abaixo do marco mínimo estabelecido previamente pelo legislador. Todavia, a esta conclusão não chego a partir da constatação de que o juiz deixaria de aplicar uma justa retribuição pelo fato, que não se compreende em um Estado Democrático de Direito cujo objetivo é prevenir os delitos através da motivação aos indivíduos.

Com efeito, dois são os motivos pelos quais não se pode admitir tal individualização da pena abaixo do mínimo legal: em primeiro lugar contraria o princípio da legalidade, já que a pena mínima estabelecida pelo legislador é o limite mínimo a partir do qual a pena pelo injusto culpável cumpre seus pressupostos de prevenção especial e geral. Em segundo lugar, a adoção do critério de rebaixar a pena aquém do marco mínimo traz consigo um perigo, desde o ponto de vista político criminal, à segurança jurídica.

O princípio da legalidade carrega consigo a idéia de que o juiz não pode a seu talante estabelecer os crimes e as penas que lhe convém reprimir e castigar: está ele, antes de tudo, submetido aos desejos da comunidade expressados na lei, que determinou previamente e com base em dados objetivos que a pena para satisfazer os aspectos de prevenção especial e geral com relação às infrações penais deve estar entre margens legais (teoria do espaço do jogo). Não se compreende como o juiz pode no caso concreto determinar que ao autor de um delito cabe uma pena abaixo do mínimo legal e que esta pena cumprirá os requisitos de prevenção geral, senão recorrendo a uma indesejável subjetividade que raia a arbitrariedade.

Ademais, contraria a expectativa de segurança jurídica a possibilidade de que o juiz possa rebaixar a pena aquém do mínimo legal: as pessoas que provassem no curto espaço do processo estarem "socializadas", inclusive aquelas que o fossem objetivamente, saberiam que se cometessem um delito seriam sancionadas com penas mínimas ou não sancionadas. Desde um ponto de vista político-criminal é indesejável que isto possa se converter em um fator criminógeno, contrariando tudo o que se esperava da pena em sua função dissuasória dos potenciais delinqüentes.

2.2 As garantias que derivam do princípio de legalidade

O princípio de legalidade em um Estado Democrático de Direito necessita para se firmar como uma proteção material do cidadão frente ao poder punitivo do Estado algo além de sua simples adoção formal nos textos legislativos. Precisa estar atrelado a outros princípios de Direito penal, questão que vimos no item anterior, como também abarcar em série de garantias, especialmente a garantia da técnica legislativa. Vejamos em seguida quais são as garantias que devem derivar do princípio de legalidade a fim de representar materialmente a função de limite do *ius puniendi* estatal.

2.2.1 Garantia criminal

Significa a garantia criminal que "nenhum fato pode ser considerado como

[43] Jescheck, cit., p. 32.

delito sem que uma lei anterior o tenha qualificado como tal"[44] — *nullum crimen sine lege.*

É oportuno ressaltar que o requisito da anterioridade, que corresponde a uma exigência de segurança jurídica e garantia pessoal do cidadão frente à potestade punitiva estatal, não está claramente expresso no aforisma de Feuerbach (mas sim está em sua teoria da coação psíquica). Não obstante, como disse com agudeza Jiménez de Asúa, "o requisito *ex post facto* está ínsito no citado apotegma, ainda que se anuncie abreviado. Por isso acabamos de formulá-lo completo: *nullum crimen, nulla poena sine Praevia lege.* Por outra parte, esta é a forma que adota nas Constituições norte-americanas, muito bem destacada por Jerome Hall".[45]

A anterioridade da lei, não obstante, diz respeito apenas a que uma lei penal não pode incidir retroativamente de modo desfavorável ao réu. Vale dizer, toda lei que beneficie o réu deve ter eficácia retroativa, com exceção das leis extraordinárias (leis temporais ou leis excepcionais, como menciona o art. 3.º do Código Penal brasileiro, que proíbe nestes casos a retroatividade da lei mais benigna), pois nestas não há uma "transformação da valoração ético-social", senão que as necessidades de proteção de um determinado bem jurídico se debilitaram "por razões fáticas" e a antijuridicidade da ação anterior não se modifica com a nova regulação.[46]

Por outro lado, não cabe dúvidas de que a retroatividade da lei penal mais favorável não desmerece o princípio de legalidade, enquanto seu "sentido limitador" da potestade punitiva estatal permanece intacto.[47]

Outro problema diz respeito a que a irretroatividade da lei prejudicial ao réu apenas se aplica às leis penais em sentido material e não às leis processuais em sentido estrito, as quais incidem em todos os supostos imediatamente depois de entrar em vigor.

As leis penais em sentido material se referem direta ou indiretamente à punibilidade do delinqüente. As normas estritamente processuais tratam apenas de regular o modo pelo qual o Estado desenvolverá sua função de aplicar o direito ao caso concreto: são todas as normas procedimentais que não dizem respeito à punibilidade do delinqüente.

Assim, por exemplo, uma norma que trata de ampliar o tempo de prescrição de um determinado delito não poderá ser aplicada aos fatos anteriores à sua entrada em vigor, pois a prescrição diz respeito diretamente à punibilidade do réu e à extensão de seu tempo depois de praticado o fato que regula significa retroagir uma norma penal *in malam*

(44) Assim Rodríguez Mourullo, cit., p. 888. Veja-se, ademais, o art. 25.1 da Constituição espanhola e o art. 5.º, inc. XXXIX, da Constituição brasileira.

(45) Assim Jiménez de Asúa, "Tratado...", v. 2, cit., p. 383. Acrescenta este autor que por ocasião do Juízo de Nuremberg, no qual foram julgados e condenados membros do regime nazista, acusados de crimes de guerra, "acudiram à hábil argumentação de que foi respeitada a máxima *nullum crimen sine lege* — posto que foi escrita uma "carta", para o tribunal militar internacional e "não foram objeto de enjuizamento delitos desconhecidos ou inominados" — faltando unicamente o requisito *ex post facto*" (p. 383).

(46) Assim Stratenwerth, cit., p. 31/32. Veja-se o art. 9.3 da Constituição espanhola e o art. 5.º, inc. XL da Constituição brasileira. Na doutrina espanhola há divergências acerca da retroatividade das leis mais benignas quando se trata de leis extraordinárias, especialmente em razão do art. 24 do Código penal espanhol. Veja-se, por todos, Muñoz Conde em adições de Direito penal espanhol ao Tratado de Jescheck, cit., p. 193.

(47) Neste sentido Mir Puig, cit., p. 85.

partem, circunstância contrária ao princípio de legalidade.[48]

O princípio *nullum crimen sine previa lege* também abarca o princípio de reserva da lei, segundo o qual apenas a lei escrita poder ser fonte de incriminação de determinados comportamentos humanos e agravamento das conseqüências legais.

Na Espanha o princípio de reserva de lei não está suficientemente claro em função das interpretações que discrepam do texto constitucional.[49] Com efeito, o art. 25.1 da Constituição declara que "ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de se produzir não constituam delito, falta ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento".

O problema surge já na interpretação do termo "legislação". Para alguns autores, o termo "legislação" deve ser interpretado como sendo lei em sentido formal, pois, de outro modo, "o preceito resultaria então completamente supérfluo uma vez que o art. 9.3 garante a segurança jurídica".[50] Para outros, sem embargo, o termo compreende o conjunto de todas as normas estatais.[51] Parece que está com a razão Arroyo Zapatero, quando afirma que "a interpretação do termo aludido admite uma solução diferenciada, segundo qual seja o tipo de norma a que se refere cada caso: norma incriminadora penal ou norma sancionadora administrativa".[52]

Isto não resolve, todavia, a questão de qual nível hierárquico deve ter a lei penal. Argumenta a doutrina majoritária que o grau de hierarquia das leis penais vem determinado pelo artigo 81 da Constituição que assegura "lei orgânica" quando se trata do "exercício dos direitos fundamentais e das liberdades públicas".[53] Surge a polêmica no momento em que se questiona se todas as leis penais referem-se ao exercício, ou afetam, no sentido em que acertadamente assinala Arroyo Zapatero,[54] os direitos fundamentais.

Creio que as leis penais, e apenas aquelas essencialmente incriminadoras, afetam de fato o exercício dos direitos fundamentais e das liberdades públicas,[55] seja porque estão diretamente relacionadas com a liberdade pessoal, seja porque "afetam sempre o direito à

(48) Contrário a tal entendimento manifesta-se Stratenwerth, seguindo a Gründwald, para quem "resulta duvidoso se merece realmente ser protegido o cálculo do autor de se arriscar à realização de uma ação de cuja antijuridicidade é consciente e referido a uma determinada medida da pena"; "Derecho Penal...", cit., p. 30. Sem embargo creio que todos os preceitos que agravam a situação do réu são normas materialmente penais e por isso estão submetidas à limitação de irretroatividade. Assim que a conversão de um delito perseguível à instância da parte em delito perseguível de ofício diz respeito diretamente à punibilidade do delinqüente (especialmente quando o prazo para apresentação da querela caducou), motivo pelo qual está abarcada pela proteção do princípio de legalidade. Atento para esta questão, Jescheck, cit., p. 186.

(49) É indiscutível, todavia, que a reserva absoluta da lei penal significa a proscrição do costume como fonte incriminadora do Direito Penal e a proibição de analogia *in malam partem*.

(50) Assim, Cerezo Mir, *apud* Arroyo Zapatero, em "Principio de Legalidad y Reserva de Ley en Materia Penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 8, mayo-agosto, 1983, p. 23.

(51) Assim, Mir Puig, "Derecho Penal...", cit., p. 88.

(52) Arroyo Zapatero, cit., p. 24.

(53) Veja-se, por todos, Arroyo Zapatero, cit., p. 24.

(54) Ibidem, p. 29.

(55) Veja-se Damasio E. de Jesus, "Direito Penal", Ed. Saraiva, São Paulo, 1988, v. 1, p. 55, quem afirma com correção que o princípio de reserva não se estende às normas penais não incriminadoras.

honra".[56] Por isso, todas elas devem ter a hierarquia de lei orgânica, o que se justifica desde o prisma democrático-representativo por permitir a participação efetiva das minorias parlamentárias na discussão e aprovação de qualquer matéria relativa ao direito penal.[57]

2.2.2 Garantia penal

A garantia penal *nulla poena sine praevia lege,* significa que não poderá ser imposta uma pena que não tenha sido previamente estabelecida pela lei. Assim, não basta com que um comportamento esteja previamente proibido por uma lei. É necessário, ademais, que este requisito se estenda às conseqüências jurídico-penais do delito.[58]

A questão que aqui se formula é se todas as conseqüências jurídico-penais do delito devem ser submetidas ao princípio de legalidade ou se apenas a pena requerer regulação legal com anterioridade à prática do delito. Creio que as conseqüências jurídico-penais do delito, em geral (salvo aquelas de índole exclusivamente patrimonial, como a reparação do dano),[59] afetam direitos fundamentais, quando menos a honra, e por isso devem sofrer as limitações próprias do princípio de legalidade. Veja-se, por exemplo, os efeitos da pena de inabilitação absoluta (acessória na Espanha) que produzirá, entre outros, "a privação de todas as honras e ofícios e cargos públicos..." (artigo 35, 1, do Código Penal espanhol).[60]

Por outra parte, o problema se agrava quando se trata de medidas de segurança. Estas são as conseqüências jurídicas que derivam da prática de um fato típico e antijurídico por um agente inculpável que apresenta, não obstante, periculosidade social. O injusto penal funciona como, requisito objetivo para se determinar a existência de um estado pessoal do agente que revele uma probabilidade futura da comissão de delitos.[61]

Os riscos, todavia, à segurança jurídica e que podem, no tocante às medidas de segurança, derivar em uma intromissão excessiva e ilegítima do Estado no âmbito privado do indivíduo, não estão apenas nos pressupostos desta conseqüência jurídica, como também nos limites temporais que a determinam.[62] Ao contrário das penas, cuja

(56) Assim Cobo/Vives, citados por Arroyo Zapatero, "Princípio...", p. 26. Contrário a este entendimento manifesta-se Mir Puig, para quem deve se verificar em cada caso se a classe de pena afeta algum direito fundamental específico, cit., p. 90.

(57) No Brasil a Constituição apenas determina que a norma penal provenha de lei ordinária, que demanda maioria simples dos membros das casas legislativas para sua aprovação. Veja-se o art. 5.º, inc. XXXIX, da Constituição da República.

(58) Veja-se os arts. 1 e 23 do Código Penal espanhol e o art. 1.º do Código Penal brasileiro. Ao contrário da Constituição espanhola, que não afirma expressamente a garantia penal (que é deduzida de fórmulas genéricas de submissão à lei — arts. 9 e 117.1), a Constituição brasileira assinala expressamente em seu art. 5.º, inc. XXXIX que não há pena sem prévia disposição legal.

(59) Sem embargo, o § 2.º; I, V, StGB, estabelece que também as çonseqüências acessórias como a entrega ao Estado dos proventos ilícitos conseguidos com o delito, o perdimento de objetos, a inutilização de impressos, devem reduzir-se da lei que esteja em vigor no momento da comissão do delito"; Cf. Jescheck, cit., p. 173.

(60) Veja-se sobre os efeitos da condenação o art. 92, inc. I, do Código Penal brasileiro.

(61) Assim se manifesta Rodríguez Mourullo: "uma maneira muito eficaz de compensar as dificuldades, provenientes da própria natureza das coisas, de lograr uma tipificação precisa das situações de periculosidade é condicionar a aplicação das correspondentes medidas à comissão de um fato previsto objetivamente como delito"; cit., p. 891.

(62) Ibidem, p. 891.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

duração está previamente estabelecida, as medidas de segurança, por serem orientadas ao futuro, não estão previamente circunscritas no tempo: é impossível determinar-se *a priori* quando cessará o estado de periculosidade do indivíduo.

Para aminorar esta situação indeterminada, contrária à desejável segurança jurídica e, por conseqüência, ao princípio de legalidade, Nuvolone propõe duas medidas: "A) a jurisdicionalização, ou seja, a atribuição ao poder judicial da exclusiva competência para impor, prorrogar ou renovar medidas de segurança; B) exclusão de toda medida que implique uma privação perpétua de liberdade e favorecimento de um sistema de verificação sucessivo e progressivo de liberdade assistida".[63]

Essas medidas, com efeito, têm o valor de evitar uma degradação indesejável do princípio de taxatividade, segundo o qual não apenas o comportamento típico, mas também as conseqüências jurídicas devem estar previamente determinadas pelo legislador. O que importa não é tanto que o cidadão conheça a máxima duração da medida, senão que se resguarde a segurança jurídica — afetada por uma medida de segurança indeterminada (perpétua, quiçá), sujeita apenas ao arbítrio judicial — através de "juízos sucessivos, cada um dos quais se conclui com a comprovação dos pressupostos objetivos e subjetivos previamente indicados pelos legislador".[64]

Outro problema pertinente é a retroatividade das medidas de segurança. A aplicação retroativa das medidas de segurança não importam um menoscabo do princípio de legalidade por dois motivos: 1.º) A aplicação de uma nova medida pressupõe que ela é mais eficaz que a anterior a fim de diminuir ou eliminar a probabilidade de que o indivíduo cometerá no futuro outros delitos (retroatividade em benefício do réu); 2.º) Aplica-se, conforme os juízos sucessivos, uma conseqüência legal — a nova medida de segurança — existente no momento em que se comprova a periculosidade do agente: o que permite a aplicação da medida não é o fato criminoso, que opera como simples garantia, senão o estado periculoso do agente (aspecto subjetivo) "que se prolonga e subsiste no momento em que se aplica a lei posterior (entenda-se: posterior à comissão do fato que dota de relevância a periculosidade, mas não posterior ao estado de periculosidade)".[65]

2.2.3 Garantia jurisdicional

A garantia jurisdicional — *nemo damnetur nisi per legale judicium* — significa que "ninguém poderá ser condenado, senão em virtude de sentença firme, pronunciada por tribunal competente".[66]

O conceito de sentença firme implica não apenas um ato do juiz no exercício de sua atividade jurisdicional, senão que este ato deve estar mediado pelo devido processo legal — *due process of law*. A sentença judicial que não vem precedida de um processo legal não é uma sentença firme, legítima, mas uma sentença nula. A competência é também um requisito do devido processo legal; vale dizer, um tribunal que julga sem ser

(63) *Apud* Rodríguez Mourullo, cit., p. 891.

(64) Rodríguez Mourullo, Ibidem, p. 891. A limitação do tempo da medida de segurança à pena máxima estabelecida ao crime cometido pelo agente não pode ser admitida. Poderíamos estar ante um indivíduo de extrema periculosidade social que, devido ao fato de cometer um crime de pouca relevância (lesão corporal leve, v.g.), ver-se-ia novamente em contato com a comunidade, não obstante a existência do perigo iminente de que cometa crimes de extrema gravidade.

(65) Ibidem, p. 892.

(66) Ibidem, p. 888.

competente para tanto profere uma sentença nula.[67]

A garantia jurisdicional, como as outras garantias, abarca os princípios de reserva legal[68] e irretroatividade de lei *in malam partem* (esta com exceções; veja-se supra a "Garantia criminal").

2.2.4 Garantia de execução

A garantia de execução implica em que "não poderá ser executada pena alguma em forma distinta àquela prescrita pela lei e normas administrativas".[69]

Esta garantia também comporta os princípios de reserva legal[70] e de irretroatividade de lei prejudicial ao condenado.

2.2.5 Garantia de técnica legislativa

A garantia de técnica legislativa que deriva do princípio de legalidade quiçá tenha sua maior importância no fato de se constituir um obstáculo ao Estado intervencionista que apenas formalmente subscreve o *nullum crimen, nulla pena sine praevia lege,* mas que permite, seja com a utilização de tipos penais abertos, seja com o recurso indiscriminado às normas penais em branco, uma exacerbação indesejável do *ius puniendi* estatal frente o âmbito privado do indivíduo.

Afirma com agudeza Jescheck que "o grau de vinculação do juiz à lei se determina pelo grau de exatitude com que a vontade comum consegue expressar-se na lei".[71] Isto significa que a ausência de técnica legislativa que reflita com a maior claridade possível os desejos e as valorações da comunidade sempre derivará em juízos arbitrários, próprios da insegurança jurídica e do terror penal que caracterizaram o Direito penal da Idade Média e que ainda qualificam alguns Estados totalitários contemporâneos.

A indicação indireta, precisa da matéria de proibição, como manifesta Rodríguez Mourullo, "aparece como um inexcusável dever que pesa sobre o poder legislativo".[72] O legislador deve evitar a utilização de tipos penais abertos tanto quanto seja possível, pois a necessidade de complementação da norma penal pelo juiz para a integração do tipo penal, por exemplo através de elementos normativos, pode lhe resultar em uma sobrecarga de uma tarefa que, em princípio, incumbe ao poder legislativo; ou seja, há uma grave afronta ao

(67) Veja-se o art. 24, inc. II, da Constituição espanhola: "todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si formulada, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes à sua defesa, a não declarar contra si mesmo, a não confessar culpável e à presunção de inocência". A Constituição brasileira acolhe em geral esses princípios no art. 5.º, incs. LIII, LIV, LV, LVII e LXIII.

(68) Para Mir Puig a lei neste caso deverá ser orgânica, cit., p. 91.

(69) Assim Rodríguez Mourullo, cit., p. 888.

(70) Assim, Mir Puig, cit., p. 91. Este autor sustenta que a garantia de execução apenas diz respeito ao cumprimento das penas privativas de liberdade, e em forma indireta, em virtude do art. 25, II, da Constituição espanhola. O art. 81 do Código Penal espanhol, não obstante, garante que "tampouco pode ser executada pena alguma em outra forma que a prescrita pela Lei e regulamentos, nem com outras circunstâncias ou acidentes que os expressados em seu texto". No Brasil a Constituição apenas dita regras gerais para a execução das penas (art. 5.º, incs. XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX e L). A Lei Brasileira 7.210/84, em seu art. 2.º, estabelece que a "jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal".

(71) Veja-se Jescheck, cit., p. 173.

(72) Veja-se Rodríguez Mourullo, cit., p. 889.

princípio de separação de poderes, como adverte Baumann.[73]

Não obstante, não se desconhece que em atenção à própria natureza das coisas, a utilização de elementos normativos resulta inevitável em determinadas ocasiões.[74] Mas o que é importante é que se tenha como exceção à regra tais elementos do tipo penal e que apenas sejam utilizados em casos de estrita necessidade. O legislador tem a obrigação de evitá-los tanto quanto seja possível, do contrário invariavelmente afrontará o princípio de legalidade.

É certo também que se não pode exigir do legislador uma descrição casuística de cada comportamento passível de sanção penal, tarefa impossível por si mesma, a fim de conseguir a máxima vinculação possível do juiz ao texto da lei. Tampouco, todavia, é possível a admissão de cláusulas genéricas, como no exemplo de Welzel: "Aquele que se comporte de um modo gravemente contrário às exigências da vida comunitária será castigado, segundo a medida de sua culpabilidade, com uma pena lícita".[75] O problema da utilização de cláusulas gerais está em que a lei deixa de respeitar as diferenças materiais existentes entre os fatos que regula, menosprezando a função de garantia da norma penal.[76]

Há que ser buscado um equilíbrio: o legislador deve "não apenas classificar as características diferenciais que são decisivas para delimitar os tipos penais, senão também destacá-las com o emprego de conceitos específicos gerais. Apenas através do jogo combinado de generalização e diferenciação criam-se as bases metódicas da formação de tipos em Direito penal, através dos quais a função de garantia da lei penal alcança sua importância prática.[77]

Finalmente, um último problema surge quando se trata da exigência de determinação das penas. Como adverte com agudeza Guallart, é imprescindível nesta questão um "discreto arbítrio judicial para acomodar assim o "quantum" das sanções às necessidades individualizadoras do tratamento".[78] Devem, todavia, ser evitados aqueles marcos penais notadamente extensos que podem conduzir à arbitrariedade judicial.[79]

(73) *Apud* Rodríguez Mourullo, "Legalidad (Princípio De)...", cit., p. 889.

(74) Neste sentido, Bokelmann, citado por Rodríguez Mourullo, cit., p. 890. Este último autor salienta o exemplo do antigo art. 431 do Código Penal espanhol que tratava do escândalo público: o que era considerado "bom costume" em 1848 é totalmente distinto do que assim se considera em 1968. Daí que "a descrição de fatos atentatórios aos bons costumes do momento da promulgação provocaria uma infrutuosa petrificação da lei". A utilização de elementos do tipo penal em que predominam a simples descrição, por outro petrificação da lei". A utilização de elementos do tipo penal em que predominam a simples descrição, por outro lado (por exemplo, pessoa, fogo, etc.), permite uma maior vinculação do juiz à lei.

(75) Welzel, citado por Rodríguez Mourullo, cit., p. 889. Como diz Jescheck, não obstante, a utilização de uma redação geral em lugar de uma casuística evita que surjam lacunas em casos limítrofes, obstáculo a uma correta decisão pelo fato de que o juiz está proibido de completar a norma penal socorrendo-se da analogia; cf. "Tratado...", cit., p. 174.

(76) Assim Jescheck, cit., p. 174.

(77) Veja-se Jescheck, cit., p. 175.

(78) Citado por Rodríguez Mourullo, cit., p. 890.

(79) Rodríguez Mourullo, referindo-se ao Direito penal espanhol, manifesta-se pela ilegitimidade de margens penais extensas, tais como a privação do permisso de conducir veículos automotores por três meses e um dia a dez anos, o que efetivamente afronta o princípio de técnica legislativa, ibidem.

O TRIBUNAL DO JÚRI NOS ESTADOS UNIDOS — SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE SEU ESTADO ATUAL

NÁDIA DE ARAÚJO E
RICARDO R. ALMEIDA

Sumário: 1. Introdução e proposta de trabalho — 2. O júri na Grécia antiga e em Roma — 3. As origens do júri na Inglaterra da Idade Média — 4. Evolução e características do júri no Direito Americano; 4.1 A recepção da *common law* e do júri nos Estados Unidos; 4.2 Características do sistema americano; 4.2.1 O processo de seleção dos jurados; 4.2.2 O julgamento e o veredicto — 5. Conclusões.

1. Introdução e proposta de trabalho

A instituição do júri é considerada uma conquista dos cidadãos no exercício de seus poderes soberanos, pois a prerrogativa do julgamento pelos seus pares constitui uma forma de garantir os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. O júri foi tradicionalmente concebido como uma salvaguarda da liberdade, como uma forma de acesso a uma justiça autônoma e independente, instruída pelo senso comum do homem médio de uma dada comunidade.

O Tribunal do Júri dos Estados Unidos está em evidência, após o curso do "Julgamento do Século", no qual O. J. Simpson, celebridade dos esportes e do cinema, foi absolvido da acusação de duplo homicídio. O julgamento em questão trouxe para a imprensa e para o público leigo uma enorme quantidade de imagens e informações normalmente restritas a um público especializado e profissional. No Brasil, o "Julgamento do Século" também alcançou o noticiário, despertando comentários e comparações com crimes famosos aqui ocorridos. No ensejo desta renovada evidência do júri americano, este artigo pretende esclarecer alguns pontos que a imprensa é incapaz de manejar com destreza técnica.

Já há algum tempo, vínhamos estudando, sob o prisma técnico da ciência do Direito Comparado, a história e o estado atual da instituição, no Brasil e nos Estados Unidos, com o fito de lançar luz sobre seus problemas, nos dois países. O estudo ainda está em andamento, pretendendo analisar as diferenças entre os sistemas, a partir, especialmente, de uma perspectiva centrada nos caminhos que levam os jurados ao veredicto final. A comparação dará ênfase às diferenças existentes no processo de tomada de decisão pelos jurados, no qual, a nosso ver, procedimentos e pontos de vista antagônicos são utilizados para determinar o significado e a forma do ato de julgar, da elaboração do pensamento para chegar-se à decisão final. Desde logo, esclarecemos que não pretendemos fazer uma abordagem comparativa minuciosa e exaustiva centrada nas incontáveis di-

ferenças processuais existentes, por não dizerem com o objetivo de nosso enfoque.

Apresentamos somente parte dos primeiros resultados do trabalho, com a exposição relativa às origens do júri no sistema americano e algumas considerações preliminares sobre o seu funcionamento naquele país, após uma pequena introdução histórica sobre suas origens remotas. A pesquisa prosseguirá com a análise do Tribunal do Júri no Brasil e, finalmente, uma comparação entre os dois modelos, sendo seus resultados destinados a publicação, sob forma monográfica.

2. O Júri na Grécia Antiga e em Roma

O princípio da justiça popular remonta à antigüidade. A idéia seminal da existência de pares sociais só é possível quando se torna nítida a delimitação das esferas privada e pública, o que possibilita o exercício da liberdade de agir no mundo comum, construído a partir do consenso possível e desejável dos iguais.[1]

E é na *pólis* grega que esse espírito, republicano em essência, vai florescer. É exatamente o consenso, meta política da comunidade dos homens livres e iguais, o fim último do exercício público das técnicas da retórica, essa nobre *techné* (saber prático) que possibilita a seu artífice a conquista da adesão dos homens que freqüentam a *ágora* (praça pública) e a *Heliéia* (tribunal popular). A retórica, arte máxima do homem público grego,[2] vai ter portanto na *pólis* clássica (século V a.C.) um espaço e um momento, sem dúvida, privilegiados: o tribunal e o julgamento, em que se enuncia e se realiza concretamente o direito.

O advento da pólis democrática dá, pela primeira vez, sentido à palavra autonomia. Os cidadãos são autônomos porque criam as próprias leis (*nomoi*) que pretendem seguir e se dispõem espontaneamente a se lhes submeter: estão sob o império da lei — e é precisamente nisto que são superiores aos *barbaroi* (estrangeiros), submetidos ao capricho de um soberano despótico.

Da mesma forma coletiva e democrática por que criam as leis em abstrato, criam também as sentenças criminais, normas concretas aplicáveis às situações em que o conflito é mais intenso entre a conduta individual e os interesses da comunidade. Na Atenas clássica, duas instituições judiciárias velam pela restauração da paz social: o Areópago[3] e a Heliéia.[4] Ambas apresentam pontos em comum com o júri. O Areópago, encarregado de julgar os crimes de sangue, era guiado pela *prudência* de um senso comum jurídico. Seus integrantes, antigos arcontes, seguiam apenas os ditames de sua consciência.[5] A

(1) V. Arendt, Hannah. *A condução humana*, Rio, Forense Universitária, 6ª ed., 1993, caps. I e II.

(2) Significa dizer: potencialmente qualquer cidadão, por força da *isegoria*, i.e., igual direito à palavra nas assembléias.

(3) O mito atribui a Palas Atenéia, deusa protetora de Atenas, a criação do Areópago, belamente dramatizada por Ésquilo em *As Eumênides*, parte derradeira da *Trilogia de Orestes*.

(4) V. Ruzé e Amouretti. *Le monde grec antique*, Paris, Hachette, 1992, pp. 150-1.

(5) Estes juízes eram, entretanto, vitalícios e escolhidos pela cidade entre os homens reputados mais sábios. Efetivamente popular era a Heliéia, ou Tribunal dos Heliastas, que, dividida em *dikasteria* (câmaras de julgamento) com 201 a 2501 membros, selecionados por sorteio entre os cidadãos com mais de 30 anos, julgava os demais delitos. Evidentemente, exercita-se na Heliéia um direito bastante primitivo. Não se trata de um tribunal do júri como modernamente o entendemos. Formalmente, do júri faltam-lhe o juiz-presidente, a sala secreta, o sigilo na votação e a rejeição de jurados; caracteriza-se entretanto pela

Heliéia, por sua vez, era um tribunal popular, integrado por um número significativo de heliastas (de 201 a 2501), todos cidadãos *optimo jure*, que também julgavam, após ouvir a defesa do réu, segundo sua íntima convicção. Parecem elementos bastantes para identificar aqui os contornos mínimos, o princípio ao qual a idéia de justiça popular historicamente se remeteria.

A *Heliéia*, sem embargo, era o centro da vida judiciária ateniense, o concorrido espaço onde os cidadãos reuniam-se em assembléia, do nascer ao pôr do sol, pondo à prova sua criação constitucional, a democracia deliberativa e direta.

A *Heliéia* seria evidentemente objeto de ácida crítica. Devido à instabilidade da democracia e à volubilidade popular povo, sempre inebriado com o discurso da ocasião, virtualmente *todos* os políticos e homens ilustres de Atenas sentaram alguma vez em seu banco dos réus. Pela tribuna dos heliastas passaram os maiores retóricos, os grandes oradores e logófrafos, tendo sido colhidas de processos reais algumas das mais importantes peças oratórias clássicas, como a *Oração da Coroa*, de Demóstenes, *Contra Eratóstenes*, de Lísias, e a *Apologia de Sócrates,* de Platão.

Muito certamente, a condenação de maiores conseqüências em toda a história da instituição foi a de Sócrates: ao mesmo tempo em que faria nascer no espírito de seu jovem discípulo, Platão, o ódio e a revolta — e evidentemente a descrença na justiça popular —, produziria o estímulo necessário à sua empreitada filosófica profundamente crítica e reformadora.

O destaque privilegiado concedido, na crítica platônica à democracia ateniense, às instituições judiciárias em geral e à Heliéia em particular, confirma, *a contrario*, a hipótese de que a justiça popular foi uma vigorosa criação originária da democracia grega. Não hesitamos portanto em aqui identificar a origem da instituição do júri; decerto remota, especialmente se consideramos seus característicos formais, porém, segura, se atentarmos para os de fundo. Neste ponto, divergimos da maior parte dos autores, que, por um lado, quando consideram a antigüidade, preferem eleger as *questiones perpetuae* romanas como ancestral do júri, e, por outro, quando fazem abstração das remotas criações greco-romanas, apontam para os júris medievais.[6] As primeiras nada tinham de populares; os últimos são antepassados diretos do júri moderno, do ponto de vista institucional e político, porém não do ideológico.

As *questiones perpetuae* eram um tribunal criminal aristocrático, criado em Roma, em 149 a.C., para substituir-se aos comícios populares e ao Senado no julgamento de certos crimes. Era uma justiça elitista e antipopular, pois somente senadores podiam compor a lista de jurados. Evidentemente, tornou-se de imediato objeto de conflito político entre a classe sanatorial e a classe eqüestre.[7] Em 122 a.C., o popular tribuno Caio Graco obtém a inclusão dos

oralidade do processo, pela decisão imotivada, pela soberania de seu veredicto, pelo caráter adversarial dos debates e, sobretudo, pelo espírito democrático de participação.

(6) Cf. Pinto da Rocha. *O júri e a sua evolução*, Rio de Janeiro, Leite Ribeiro e Maurillo, 1919; Rui Barbosa. *Defesa de Alcides de Mendonça Lima perante o STF, in O Direito*, v. 73, 1897, pp. 46-140; e Fragoso, H. C. *A questão do júri,* in RF 193/20. Sobre as *quaestiones perpetuae*, v. Giordani, M. C. *Direito penal romano,* e, do mesmo autor, *História de Roma,* Petrópolis, Ed. Vozes, 1965.

(7) Ou classe dos cavaleiros — é a "burguesia" romana, classe econômica e socialmente intermediária entre patrícios e plebeus.

eqüestres nas listas de jurados. Em 70 a.C., Pompeu, então cônsul, reduz a participação senatorial a um terço do total, tornando as *questiones* sensivelmente mais populares. Não obstante, não deixou nunca de ser uma justiça de classe, muito longe da democracia judiciária direta exercida pelos cidadãos atenienses.

Apesar do caráter historicamente singular de sua institucionalidade, por ter florescido em meio a uma experiência política e cultural jamais repetida, o júri republicano da *pólis* grega está ideologicamente mais próximo do júri moderno e contemporâneo do que o ancestral júri inglês medieval, geralmente apontado pelos autores como sua origem mais segura.

3. As origens do Júri na Inglaterra da Idade Média

O júri inglês é instituição de origens medievais, irradiada para todos os países em que o expansionismo britânico introduziu seu sistema jurídico, baseado na *common law*. Surge na Ilha Britânica a partir de 1066 por intermédio do conquistador normando Guilherme, tendo como mais remota reminiscência institucional direta a *inquisitio* praticada pelos reis carolíngios, da qual sabe-se ter sido uma inquirição coletiva sob juramento que o soberano dirigia a seus cavaleiros.

O Conquistador aportou na Inglaterra acompanhado de hordas de guerreiros leais que cedo se instalaram por toda parte, desapossando os senhores anglos e saxões, introduzindo nova cultura e novos costumes. Os historiadores costumam apontar a adoção do estatuto da terra vigente no continente como marco inicial do feudalismo inglês clássico. Assim, seguindo o costume feudal, a propriedade fundiária passou a ser regulada por uma pirâmide hierarquizada tendo, no seu topo, o rei, suserano último da terra, e, na sua base, os servos da gleba, provedores de todo o trabalho produtivo. Os extremos eram intermediados por uma complexa rede de direitos e obrigações sócio-jurídicas envolvendo senhores de variado poder e riqueza, que pode ser simplificada assim: concessão de terra e proteção física por parte do senhor superior, em troca de fidelidade militar, tributos e diversos serviços da parte do senhor inferior.[8]

Para proteger seus súditos normandos da natural hostilidade dos conquistados, Guilherme instituiu o "*presentment of Englishry*", primeiro júri inglês: "*When a body was found, and its killer was unknown, the king demanded a heavy fine from the community unless a local jury swear that the dead man was English, not Norman*".[9]

(8) "*[Os vassalos de Guilherme] owed homage and fealty to the king and held their land in return for military service. they were under obligation to supply a certain number of knights for the royal feudal host. (...) Castels, which were virtually unknown in pre-conquest England, and could only be built with royal permission, provided bases for administration and military organization*" ("Os vassalos de Guilherme deviam lealdade e reverência ao rei, possuindo suas terras em troca de serviço militar. Eram obrigados a suprir o exército real com um certo número de cavaleiros. (...) Os castelos, praticamente desconhecidos na Inglaterra pré-conquista, só podiam ser construídos com permissão real, vindo a fornecer as bases para a administração e a organização militar"). Hastings, M. e Prestwich, M.C. *United Kingdom*, in *Encyclopaedia Britannica*, 1990, 15.ª ed., p. 31, V. tb. Petit-Dutaillis, C.E. *La monarquia feudal en Francia y en Inglaterra (siglos X-XIII)*, México, Ed. Hisp.-Amer., 1961 e Maurois, André. *História da Inglaterra*, Rio de Janeiro, Pongetti, 3.ª ed., s/d, trad. de Carlos Domingues.

(9) Roebuck, Derek. *The Background of the Common Law*, Hong-Kong, Oxford, 1990, 2.ª ed., p. 22. ("...quando um corpo era

À época, o irracional dominava o processo;[10] até 1215, o júri, então chamado genericamente *jury of presentment*, apenas apresentava o suspeito ao *sheriff* — palavra que vem de *shire reeve*, i.e., oficial (*reeve*) do rei no condado (*shire*) —, que o admitia a julgamento nas *shire and hundred courts*, por ele presididas. Entretanto, parece ter havido uma razoável presunção de inocência e certa incapacidade de produzir — ou aceitar — as provas de autoria, fornecidas pelo *jury of presentment*, pois era corrente o recurso às ordálias, procedimento místico que proporcionava ao acusado a possibilidade de um juízo indubitável e soberano — o de Deus.[11] O rigor dos juízos, entretanto, era freqüentemente abrandado pela fraude nas ordálias, inspiradas pela dúvida — evidentemente velada — sobre a justiça do método e pela compaixão que freqüentemente o supliciado suscitava.

Henrique II (1154-1189), bisneto, por linha materna, de Guilherme, o Conquistador; introduziu as inovações judiciárias que marcaram o início do triunfo da *common law*, i.e., o direito comum a toda a Inglaterra, sobre os ordenamentos jurídicos particularistas, baseados nos costumes de cada localidade, e submetidos a autoridade de um senhor eclesiástico ou temporal inferior ao rei. Para potencializar a tendência centralizadora deste período da monarquia inglesa, o soberano recorreu, sobretudo, a duas construções de inspiração jurídica, mas com profundas implicações políticas: o conceito de *king's peace* e o do domínio pessoal do rei sobre a totalidade das terras. O primeiro conceito corresponde ao movimento de publicização do direito criminal, i.e., o predomínio da idéia de perturbação da paz pública sobre a ênfase no dano privado. Seus instrumentos jurídicos foram o *Assize of Clarendon* (1166) e o *Assize of Northampton* (1176), ordenações que excluíram a competência das cortes costumeiras e senhoriais para o julgamento dos crimes mais graves, atribuindo-a aos *King's Justices*, juízes intinerantes que iam de condado em condado acolhendo indiciamentos pelo júri e determinando os procedimentos do juízo.[12] Esta é a origem histórica

encontrado, e o assassino era desconhecido, o rei cobrada uma pesada multa da comunidade se um júri local não declarasse sob juramento que o morto era inglês, e não normando").

(10) O leitor moderno pode ter uma tendência a menosprezar a relevância do juramento como procedimento judiciário; no século XI, entretanto, como de resto até o Iluminismo, a consciência carregada de sincera fé dos cristãos não podia senão presumir verdadeiras as afirmações acompanhadas da chancela de Deus. Assim, os juramentos e fórmulas rituais tinham foro corrente nas práticas judiciárias medievais e credibilidade reconhecida. Cabe ressaltar que, segundo a erudita opinião de Michel Foucault, é possível que, a princípio, o júri fosse apenas o juramento coletivo de doze homens pessoalmente interessados em atestar a culpa ou a inocência de alguém, *sem necessária conexão com a verdade dos fatos*. Foucault, subtraindo relevância ao pecado do perjúrio, considera este júri uma forma de *épreuve* irracional que atestava o prestígio social do acusado. V. *A verdade e as formas jurídicas*, Rio, PUC, 4.ª ed., 1991, pp. 45-6.

(11) As ordálias consistiam em submeter o réu a provas físicas, muitas vezes supliciantes, em que se acreditava que a intervenção divina imprimiria no corpo do verdadeiro criminoso a sua culpa. Os clérigos aplicavam as provas, que, segundo consta, eram ponto culminante da missa. V. Kempin Jr., F. G. *Historical Introduction to Anglo-American Law*, St. Paul, West, 1973, 2.ª ed., p. 54.

(12) Eis o texto da *Assize of Clarendon* de 1166 referente ao *jury of presentment, apud* Roscoe Pound, traduzido por E. Jacy Monteiro: "*Primeiro o dito rei Henrique, pelo conselho de todos os seus barões, a fim de preservar a paz e manter a justiça, determinou que se proceda a investigação em cada condado e em cada centúria, por*

da *Court of the King's Bench*.[13] Já o segundo conceito, radicaliza uma concepção feudal dos direitos de propriedade imobiliária e possibilita ao rei a avocação dos conflitos de terra, o que foi possível graças ao *writ of right*, instrumento mandamental que dava ao seu detentor, acesso à corte que futuramente receberia o nome de *Court of Common Pleas*.

No ano de 1215, o 4.º Concílio de Latrão, comandado pelo Papa Inocêncio III, provocou uma significativa reviravolta na instituição do júri, ao proibir aos clérigos sua participação nas ordálias.[14] Sem o concurso dos religiosos, o método místico de determinação da verdade judicial perdeu totalmente seu prestígio.[15]

Como alternativa à decadência do procedimento judiciário da ordália, os ingleses adotaram, criativamente, o *trial jury* (ou *petty jury*). O grupo de membros da comunidade, que até então, apenas pronunciava um acusado, passaria, a partir de então, a efetivamente julgá-lo com base no seu conhecimento pessoal dos fatos. O já conhecido e disseminado *jury of presentment* era, no entanto, necessariamente parcial, devido às suas características intrínsecas, pois tratava-se de um concurso de opiniões acusatórias. O *trial jury* deveria portanto ser composto de um número maior de pessoas — segundo Kempin, até quarenta e oito —,[16] para além das que haviam apresentado o suspeito, possibilitando algum equilíbrio

meio de doze ou mais homens válidos dos centúrias e quatro homens válidos de cada vill *sob juramento de que dirão a verdade: se na centúria ou no* vill *há alguém acusado ou conhecido como ladrão ou assassino ou alguém que tenha sido receptor de ladrões ou assassinos ou salteadores depois que o senhor rei tornou-se rei. E que os juízes inquiram disso diante deles e o xerife diante deles"*. Roscoe Pound. *Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade*, São Paulo, Ibrasa, 1965, p. 87.

(13) Foucault ressalta o quanto a disposição física do tribunal — a mesa separando o juiz das partes e as barras separando estas do público — metaforiza uma "*ordem judiciária que se apresentou como a expressão do poder público: árbitro ao mesmo tempo neutro e autoritário, encarregado de resolver justamente os litígios e de assegurar autoritariamente a ordem pública*". Foucault, M. *Sobre a justiça popular*, in *Microfísica do poder*, org. Roberto Machado, Rio, Graal, 10.ª ed., 1992, p. 43. Na Inglaterra, a metáfora atingiu o próprio vocabulário da *common law*: a expressão "*the bench*" designa o juízo; a corporação dos advogados é "*the bar*", e o advogado, "*the barrister*".

(14) Hélio Tornaghi anota, em suas *Instituições de Processo Penal*, v. 4, Rio de Janeiro, Forense, 1959, a evolução da posição da Igreja quanto aos institutos processuais medievais: "*A essa luta consciente e perseverante [da Igreja] deve-se o desaparecimento de inúmeros institutos bárbaros entre os quais a* Blutrache (*vingança de sangue*), *a* Faida (*entrega do ofensor à gente do ofendido para ser por ela punido*), *a* Enfolgshaftung (*responsabilidade pelo resultado, puramente objetiva, sem dolo nem culpa*). *(...) A Igreja instituiu ainda a inspeção das prisões, a correição dos processos, o contraste das detenções, a fiscalização dos juízes e regulou o regime penitenciário, (...) [e ademais] condenou o duelo*" (p. 211-2).

(15) A laicização, racionalização e publicização do juízo criminal estão inseridas em um processo mais amplo de modernização do direito, característica da Baixa Idade Média. Por essa época, já haviam sido fundadas e estavam em plena atividade, principalmente na Itália, na França e na Inglaterra, várias *universitas magistorum et scholarium*, guildas de mestres e alunos com chancela real, papal ou cardinalícia, que seriam o embrião das modernas universidades. Uma das causas da reviravolta no processo judicial e da superação dos métodos místicos foi o desenvolvimento dos estudos de direito romano, reabilitado pelos glosadores daquelas *universitas*, que faziam a exegese dos textos clássicos, comentando-os à margem.

(16) Kempin, *op. cit.*, p. 56.

em suas deliberações. Uma salutar medida, óbvia para observadores modernos, seria a simples proibição de que uma mesma pessoa participasse dos dois júris. À época, essa proibição não deve ter parecido tão evidente, pois só passou a vigorar, ainda, segundo Kempin, em 1351 ou 1352, quando ainda se estabeleceu a possibilidade de as partes rejeitarem jurados (*challenges*). Em 1450, operou-se a transição do sistema em que os jurados decidiam com base em seu conhecimento pessoal dos fatos para o sistema da decisão com base exclusivamente nas provas aduzidas pelas partes. Em 1670, os jurados são finalmente declarados absolutamente livres na formação de sua convicção.[17]

Como se viu brevemente acima, a instituição do júri consolidou-se numa lenta evolução durante quatro séculos, ao final dos quais, no século XVII, tomou a forma geral definitiva pela qual tornou-se conhecida, forma esta que, em seu contorno básico, viria a ser adotada por outros países e sistemas. O século XVII é marcado historicamente pela consolidação das *liberdades inglesas*, instituídas pelo poder revolucionário que opunha o esclarecimento político liberal ao absolutismo dos Tudor e dos Stuart. É a época da vitória do regime parlamentar burguês e do modelo jurídico do constitucionalismo inglês, em que a classe emergente obteve significativas conquistas político-jurídicas tais como o *writ of habeas corpus*, a limitação da tortura nos interrogatórios, o direito de recusar-se ao juramento e, à auto-incriminação, e, especialmente, a garantia constitucional do julgamento pelo júri.[18] Tais conquistas constituem o arcabouço básico do regime de liberdades do constitucionalismo inglês, inovador e avançado para a época, consistindo em seu conjunto numa inspiração a ser seguida pelas revoluções liberais posteriores, especialmente a americana.

4. Evolução e características do Júri no Direito Americano

A prática política americana exigiu uma constituição escrita — um contrato social material e não meramente metafórico. Ousaram, por meio de uma síntese liberal criadora, instituir uma república federal onde antes havia uma pluralidade de estados confederados com intensas contradições. Pela primeira vez organizava-se uma república com governo central forte, sobre uma base territorial e populacional ampla, em contraste com os modelos historicamente conhecidos, e doutrinariamente aceitos — em Montesquieu e Rousseau, por exemplo —,[19] de repúblicas pequenas e internamente coesas. Para conjurar as ameaças a tão inovador projeto político, lançaram mão simultaneamente de uma retórica liberal e idealista (para preservar as liberdades fundamentais), de uma prática política realista (prevenida contra os "excessos democráticos") e de um sistema constitucional de freios e contrapesos,[20] distribuindo convenientemente o poder entre os órgãos do Estado (para assegurar os Estados Federados contra uma eventual opressão do governo central). É Celso Lafer quem ressalta que:

"*Este padrão [checks and balances] levou, na prática norte-americana e nos seus desdobramentos, ao federalismo, ao princípio da legalidade e à separação dos poderes, que criaram nos Estados*

(17) *Ib. ib.*, p. 57-58.

(18) Sobre esse ponto, v. Tigar, M.E. e Levy, M. R., *O direito e ascensão do capitalismo*, Rio de Janeiro, Zahar, 1978, cap. 19.

(19) V. Rosseau, J.-J. *Do Contrato Social*, São Paulo, Nova Cultural, 1991, 5.ª ed., Livro I, Cap. IX, pp. 62-3 e Livro III, Cap. XIII, p. 105 e Cap. XV, p. 110. V. tb. Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, Livro I, IX, Cap. I e Livro II, Cap. II.

(20) "*Checks and balances*".

Unidos um regime político onde o governo é o produto de várias instituições que compartilham a máquina do Estado, e onde existe uma fusão de funções e uma divisão de poderes, cuja origem é fruto das preocupações dos fundadores da República Americana com uma adequada distribuição de poder no sistema político. (...) [Este é um dos elementos que explicam] por que, nos Estados Unidos, a sociedade civil não é tão fraca, tão inerte em relação ao Estado como em tantas outras partes do mundo".[21]

Essa característica marcante da sociedade americana, tal como a vemos tradicionalmente, que é o *engajamento* dos cidadãos na administração cotidiana da coisa pública e a conseqüente sensibilidade e receptatividade[22] dos órgãos do Estado aos seus anseios e necessidades, é nitidamente visível na justiça criminal americana e particularmente na instituição do júri. O máximo *freio* possível a um eventual despotismo judicial é o significativo *contrapeso* do corpo de jurados, selecionado ao acaso, a partir do conjunto de cidadãos, dentre os minimamente aptos cívica e intelectualmente, cuja decisão é soberana e impõe-se exatamente onde o nervo da justiça é mais sensível — a esfera das sanções penais. Dentro da lógica da democracia constitucional americana, nenhum outro órgão senão o tribunal do júri teria suficiente legitimidade para ministrar sanções tão severas. O júri coloca face a face as partes que idealmente consentiram em aderir à limitação contratual de sua liberdade, tomaram parte, por meio dos instrumentos da democracia representativa, na deliberação sobre a extensão dessa limitação, e fiscalizaram de perto sua execução. É portanto opôr, de maneira quase concreta, o credor ao devedor, a indenização ao dano, o castigo ao crime — mais um esforço americano para materializar uma metáfora.

4.1 A recepção da common law e do Júri nos Estados Unidos

A transposição dos princípios da *common law* para os Estados Unidos não foi automática, já que estes princípios foram criados em um ambiente social de tipo feudal, em muito, distanciado da realidade das colônias americanas, com seus problemas sem resposta naquele sistema.[23] Foi necessário à consolidação da *common law* americana o desenvolvimento de um número razoável de precedentes que contemplassem os problemas próprios daquela realidade social, solucionados com o intenso concurso da criatividade dos profissionais jurídicos das colônias, à luz dos princípios básicos da *English Law*. Com os necessários ajustes, os Estados Unidos consagraram um ordenamento de direito consuetudinário judicialmente aplicado, já que conservaram, de forma geral, os conceitos, o modo de raciocínio, e a teoria das fontes do direito inglês, ocupando, não obstante, um lugar destacado, devido a certas características dotadas de grande originalidade.[24]

A instituição do júri, entretanto, enquanto *locus* processual privilegiado do direito inglês, foi extremamente bem-sucedida em terra americana. Desde a época colonial, o julgamento pelo júri foi amplamente incorporado às práticas judiciárias da nação emergente. A "*privação, em muitos casos, dos benefícios*

(21) Lafer, C. *Ensaios sobre a liberdade*, São Paulo, Perspectiva, 1980, pp. 89-90.

(22) "*Responsiveness*" é a palavra apropriada em inglês, passando uma idéia menos abstrata que seus correspondentes portugueses.

(23) David, R. e Jauffret-Spinosi, C., *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 9.ª ed., Paris, Dalloz, 1988, p. 449.

(24) *Id., ib.*, p. 453. Para maiores detalhes sobre as diferenças entre o direito inglês e americano, ver pp. 454-457.

do julgamento pelo júri" foi um dos *consideranda* invocados por Jefferson, na Declaração de Independência, para justificar o rompimento da submissão política aos soberanos britânicos.

Com a Revolução, o espírito cívico-republicano vitorioso encontraria expressão constitucional escrita no âmbito de cada um dos treze Estados independentes. O tribunal do júri era, em todos eles, empregado na esfera cível e criminal, estando fora de sua jurisdição as questões de *equity*, tradicionalmente de competência dos *justices of the peace*, e as controvérsias de direito marítimo, afeitas a tribunal próprio. Promulgadas as constituições estaduais, a maior parte delas contemplou a instituição do júri.

O *Bill of Rights*, redigido por James Madison, expressa o próprio ânimo profundo daquela Revolução, que era o desejo de ver positivado o direito natural básico de resistência à opressão governamental — eloqüentemente defendido e afirmado pelas armas vitoriosas —, tomando ali a forma de salvaguardas constitucionais escritas, em contraste como modelo inglês de constituição não-escrita.

O julgamento pelo júri foi considerado uma das mais importantes daquelas salvaguardas, pelo que ele foi consagrado no Sexta e Sétima Emendas de 1791, na esfera criminal e cível, respectivamente.[25] Entendeu-se fundamental ao vigor e efetividade do regime das liberdades, a extensa e detalhada regulamentação constitucional limitativa do direito estatal de restringir a liberdade dos cidadãos e punir os ilícitos. Sintomaticamente, nada menos do que 12 dos 23 direitos autônomos constantes das oito primeiras emendas à constituição americana dizem respeito à justiça criminal,[26] setor da justiça estatal em que os bens jurídicos reconhecidamente mais valiosos, a liberdade e a vida, podem ser postos em risco.

Alexis de Tocqueville, autor do clássico *A democracia na América,* escreveu que:

"*[A instituição do júri] situa a direção real da sociedade nas mãos dos governados. (...) O homem que julga o*

(25) Sixth Amendment: "*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witness in his favour, and to have the Assistance of Counsel for his defense*". ("Em todos os processos criminais, o acusado deverá ter o direito a um julgamento rápido, por um júri imparcial do Estado e do Distrito em que o crime tenha eventualmente sido cometido, sendo o referido distrito fixado previamente por lei; e a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser confrontado com as testemunhas que contra ele existirem; a dispor de meios coercitivos para obter testemunhos em seu favor; e a ter a assistência de um advogado para sua defesa").

Seventh Amendment: "*In Suits at common law* [i.e., fora do âmbito dos julgamentos por *equity*, de competência dos *Justices of the Peace*, juízes de paz leigos], *where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right to a trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law*". ("Nas Causas da *common law*, em que o valor controvertido exceder vinte dólares, o direito a um julgamento pelo júri será preservado, e nenhum fato conhecido pelo júri poderá de alguma forma ser reexaminado por qualquer corte dos Estados Unidos, senão de acordo com as normas da *common law*").

(26) Israel, J.H. & La Fave, W.R. *Criminal Procedure: Constitucional Limitations,* St. Paul, West, 4.ª ed., 1988, p. 3.

criminoso é, pois, realmente, o senhor da sociedade" (grifo do autor).[27]

4.2 Características do Sistema Americano

Como já foi dito acima, a instituição desenvolveu-se historicamente de forma coerente com o espírito e os princípios da *common law*, que é uma tradição jurídica que possibilitou as condições e o contexto adequados para o sucesso do júri. Nos Estados Unidos, o realismo sociológico definiu o estatuto teórico que tornou filosoficamente aceitável o sistema da *common law*, com o seu governo, pelos juízes e através do povo, em que direito e sociedade estão cotidianamente renovando sua seiva e alimentando-se mutuamente. Já as características da tradição política do povo americano possibilitaram o surgimento de um espírito cívico e de uma consciência jurídica comum, que tornam materialmente exeqüível o júri como regra e não a exceção. Nos Estados Unidos, a participação do cidadão nas atividades dos tribunais é qualitativa e quantitativamente bastante elevada. O júri assume todos os caracteres que seus apologistas, tradicionalmente, lhe atribuem. O júri exerce plenamente sua função educativa, formadora de cidadãos respeitadores da lei. Cada um sabe que, mais dia, menos dias, será convocado para o serviço do júri, o que certamente não constituirá embaraço, pois o tribunal e sua mística são profundamente acolhidos pela cultura popular. O estereótipo do advogado do júri é um sempre presente ícone de massa, um herói da América.[28]

O caráter meramente diretivo da atuação do juiz no processo pelo júri nos E.U.A. é um traço característico daquele sistema. O júri é profundamente adversarial e cabe ao juiz garantir que as partes tenham um acesso igualitário à consideração dos jurados. As partes são livres para produzirem a prova, cabendo-lhes a convocação e preparação das testemunhas, a contratação de peritos e o recolhimento de provas que eventualmente lhes possam ser favoráveis. Incumbe portanto, ao juiz, a tarefa de, no espaço de tempo em que transcorre o duelo no recinto do tribunal, zelar pela *fairness* dos procedimentos, aplicando a *law of evidence*, extenso e detalhado conjunto de normas costumeiras e legais que rege a admissibilidade e relevância das provas oferecidas à apreciação do tribunal. Os procedimentos devem, preferencialmente, ser fluentes, em vista da agenda do tribunal, das disponibilidades dos jurados e sobretudo do princípio da apreciação compacta das provas; por isso, as controvérsias de direito, que geralmente dizem respeito à aplicação da *law of evidence*, são resolvidas de plano pelo juiz, o que não impede que, eventualmente, uma questão de direito seja extensamente discutida, pois uma má aplicação da *law of evidence* pode ensejar a posterior nulidade. Resumindo as funções do juiz, Lakoff nos dá a clara noção de sua atuação no tribunal:

"*The trial judge determines what evidence will be introduced, what questions can prospective jurors be asked (...), what testimony can be introduced, what instructions will be given jurors, how long jurors may deliberate before a mistrial is declared (..) or whether a mistrial can be declared for other*

(27) *A Democracia na América*, São Paulo, ed. USP/Itatiaia, 1977, p. 209.

(28) O que é evidenciado pela enorme quantidade de filmes, seriados e livros de ficção que têm o tribunal com temática, sem falar nos ensaios de análise do júri destinados a leigos.

reasons, and what sentence will be pronounced".[29]

Nos Estados Unidos, a principal garantia é a da igualdade de condições (*fairness*) no esforço pela descoberta da verdade. O confronto, ainda que violento, faz com que a verdade apareça das provas e debates apresentados durante o julgamento. Trata-se da demonstração prática daquilo que os jusfilófosos americanos de teoria do direito já haviam delineado em seus trabalhos, como Oliver Holmes e Roscoe Pound.[30] Este último nos dá uma visão bastante clara dessas idéias quando descreve o que considera as três características dos padrões legais:

"*(1) They all involve a certain moral judgment upon conduct. It is to be "fair", or "conscientious", or "reasonable", or "prudent", or "diligent". (2) They do not call for exact legal knowledge exactly applied, but for common sense about common things or trained intuition about things outside of everyone's experience. (3) They are not formulated absolutely and given an exact content, either by legislation or by judicial decision, but are relative to time and places and circumstances and are to be applied with reference do the facts of the case in hand. They recognize that, within the bounds fixed by the law, each case is to a certain extent unique*".[31]

Na análise de Celso Lafer[32] é o antiformalismo que caracteriza esta abordagem da Filosofia do Direito, resultante do contraste entre Direito posto e Direito aplicado, da distância entre o Direito formalmente válido e a realidade social. A conseqüência dessa visão é o realismo jurídico, com a análise deslocada para o momento de aplicação da norma que é o momento em que ela produz impacto e atua na realidade social.[33] E é a partir da posição do realismo jurídico norte-americano que esta compreensão da lei e do julgamento se estrutura.

Outra característica marcante do sistema americano é a discricionariedade dos atos do Promotor de Justiça.[34] O promotor controla e supervisiona todo o inquérito, sendo o responsável pela correção e efetividade da colheita de elementos probatórios. O Chefe da

(29) Lakoff, Robin. *Talking Power*, p. 89. ("O juiz-presidente determina quais as provas que serão admitidas, que perguntas podem ser feitas aos candidatos a jurado (...), quais testemunhos serão aduzidos, que instruções serão dadas aos jurados, quanto tempo os jurados poderão deliberar antes que ele declare fracassado o júri (...) ou se este fracasso pode ser declarado por outro motivo, e qual a sentença a ser proferida").

(30) Holmes, O.W., *The Common Law*, New York, Dover, 1991, e Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1982.

(31) Pound, R., *An Introduction...*, p. 58. ("Todos eles envolvem um certo julgamento moral sobre a conduta. Ela deve ser 'justa', ou 'conscienciosa', ou 'razoável', ou 'prudente', ou 'diligente'. (2) Eles não apelam a um conhecimento jurídico preciso e precisamente aplicado, mas a um senso comum sobre coisas comuns ou uma intuição educada sobre coisas da experiência de cada um. (3) Eles não são formulados em termos absolutos, ou delimitados com exatidão, nem pela legislação, nem pela jurisprudência, mas são relativos a épocas e lugares e circunstâncias, devendo ser aplicados em referência aos fatos do caso em questão. Eles reconhecem que, dentro de limites fixados pelo direito, cada caso é, em uma certa medida, único").

(32) Lafer, Celso, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo, Cia. das Letras, 1988, p. 56-57.

(33) *Idem*, p. 56. Ainda Holmes, *apud* Lafer, *A Reconstrução...*, "*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean I mean by the Law*". ("As profecias sobre o que os tribunais concretamente farão, e nada mais pretensioso, é que eu chamo de Direito").

(34) *D.A. — District Attorney* ou *State Attorney* ou *Country Prosecutor* ou *Prosecuting Attorney*.

Promotoria é, na maioria das vezes, eleito, dispondo de verbas significativas e pessoal próprio e efetuando diligências com razoável autonomia, sendo requerida autorização judicial nos casos em que estão envolvidos direitos básicos dos investigados. Pode arquivar inquéritos por conta própria; quando dá curso à ação, submete a denúncia, em alguns estados, ao *Grand Jury*. Geralmente, ele oferece a denúncia diretamente ao juiz-presidente do *Petty* (ou *Petit*) *Jury*. É aí que tem lugar a *plea bargaining*, oportunidade em que a acusação pode pleitear uma *plea of guilty* de iniciativa do acusado em troca de uma capitulação do crime mais branda.

O réu tem seus direitos constitucionais e civis zelosamente observados, pois sua violação pela polícia ou pelo promotor pode viciar as etapas posteriores do processo. Por exemplo, desde *Miranda* vs. *Arizona*, em 1966, o júri é obrigado a desconsiderar as declarações feitas pelo acusado antes de explicitamente advertido de seu direito de recusar-se a falar à polícia.[35]

O júri americano, apesar de também ter sido, ao longo de sua história, objeto de acerbas críticas,[36] sobreviveu às provas da experiência. A crer no testemunho de Zeisel & Kalven, é somente nos Estados Unidos que a instituição tem, contemporaneamente, tanta pujança:

"*[The] effort to introduce it outside the Anglo-American legal orbit has failed; in England itself, its use was limited by statute to a small category of cases; and thus, United States has emerged today as the home of the jury system for both criminal and civil cases. Some 120,000 jury trials are conducted there annually, more than 90% of all jury trials in the world*".[37]

Ao observador brasileiro pode parecer que o sistema judicial americano seja inadministrável pela imensa quantidade de recursos humanos e materiais exigidos para o pleno funcionamento de um *jury system* tão complexo e com competências tão amplas. Todavia, o direito do acusado de renunciar ao julgamento pelo júri, optando pelo julgamento pelo juiz, e a prerrogativa da acusação de negociar com os indiciados uma denúncia mais branda, em troca de uma admissão de culpa — que é quase sempre aceita pelo juiz — fazem com que o número de ofensas criminais que efetivamente vão ao julgamento pelo júri seja extremamente menor do que o número de casos que chegam ao conhecimento da Justiça.

(35) "*Como matéria de direito constitucional, a Corte Suprema decidiu que as provas obtidas através de busca e apreensão injustificável ou através de confissão forçada são inadmissíveis nos planos federale estadual*" Farnsworth, E.A., ob. cit., nota à p. 139.

(36) Por exemplo, Kernam imprecava, em 1906: "*Pode dizer-se que a imprudência dos júris consagrou na América uma jurisprudência que reconhece o direito de violar impunemente certas leis e que denega direitos concedidos pela própria lei*". *Apud* Silveira, A. *Introdução ao direito e à justiça americana*, São Paulo, Imprensa Oficial, 1962. A maior parte das críticas levava em consideração a incapacidade do júri nos estados do Sul em contribuir para a antiga luta contra a discriminação do negro, questão que hoje deve ser colocada em outros termos.

(37) Zeisel, H. & Kalven Jr., H. *Judicial and arbitrational systems, in Encyclopedia Britannica, 1990, p. 486.* ("O esforço para introduzi-lo fora da órbita jurídica anglo-americana falhou; na Inglaterra mesma, seu uso foi limitado por lei a uma limitada categoria de casos; portanto, os Estados Unidos emergiram hoje com a terra do sistema do júri, tanto para causas criminais quanto para causas cíveis. Cerca de 120.000 julgamentos pelo júri são realizados anualmente, o que representa mais de 90% dos julgamentos realizados no mundo todo".)

4.2.1 O processo de seleção dos jurados

A seleção dos homens e mulheres que comporão, em uma Comarca, a lista geral de jurados e, em cada caso concreto, o Conselho de Sentença merece consideração mais detida. Não é questão que se subestime; afinal, a aptidão de um sistema de administração de justiça em produzir veredictos materialmente justos e social e politicamente aceitáveis, aptos a granjear legitimação social — um conformismo ideológico que absorve o seu conteúdo pacificador, no sentido de Luhmann — depende, obviamente, não só da solenidade de seus rituais ou do *peso* simbólico de seus procedimentos, mas também, e crucialmente, da respeitabilidade de seu elemento humano, os magistrados, esses "sacerdotes" modernos, revestidos da função social de prover aos litígios.

Considerando o espírito do tribunal do júri, a respeitabilidade de seus juízes leigos seria medida pela capacidade de apreciar com isenção e imparcialidade, a prova, perante eles produzida, afastando conscientemente o que houver de ilegítimo em seus preconceitos e afirmando um sentimento comum, socialmente vivido, de justiça material, manifestando-o em seu juízo, no âmbito de sua competência, delimitada peremptoriamente pela divisão entre o fato e o direito. Na tradição da *common law*, esta capacidade foi sinteticamente formulada como "uma atitude mental de adequada imparcialidade" (*mental attitude of appropriate indifference*).[38]

Essa capacidade judicante, não-técnica e eminentemente moral, sempre foi avaliada, entretanto, a partir de critérios extra-morais, determinados *in abstrato*, com o recurso a requisitos legais de qualificação para o serviço do júri, ou *in concreto*, pela censura do corpo de jurados selecionados para atuar em cada caso. Esta censura é aplicada, nos Estados Unidos, em dois momentos, o primeiro reservado às recusas motivadas, o segundo às peremptórias. Inicialmente, o magistrado, com o concurso das partes, procede à inquirição dos jurados potenciais, visando à determinação positiva dos moralmente idôneos para a função; é o momento da identificação dos candidatos tendenciosos, incapazes de abstrair-se de seus preconceitos, ou comprometidos com princípios incompatíveis com a função de jurado (por exemplo, a objeção de consciência à pena de morte nos Estados em que existe tal pena). Vencida esta primeira etapa, as partes exercem individualmente o histórico direito às recusas peremptórias.[39]

Além dos requisitos genéricos concernentes ao gozo dos direitos de cidadania, à alfabetização e à inserção em uma certa faixa de idade,[40] houve historicamente outros critérios mais específicos. Antes de mais nada, há o requisito básico de que o júri seja formado por cidadãos *optimo jure*, infensos a toda *capitis deminutio*, o que afastava do júri os submetidos a qualquer forma de servidão, vilania ou clientela. O critério censitário indicava aqueles que, pela condição de proprie-

(38) U.S. v. Wood (1936), *apud* Abramson, Jeffrey. *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy*, Nova Iorque, Harper Collins, 1994, p. 100.

(39) Esta forma de objeção à composição do Conselho de Sentença está, todavia, em decadência, por incompatível com o novo ideal de composição do júri, que deslocou a ênfase da imparcialidade para a representatividade.

(40) Na *common law*, tradicionalmente entre vinte e um e sessenta anos (v. Earl of Halsbury *et ali. The Laws of England, Being a Complete Statement of the Whole Law of England*, Londres, Butteworth, 1911, v. XVIII, pp. 227 e ss). O legislador brasileiro adotou os mesmos limites de idade (CPP, art. 434).

tários, estariam mais profundamente comprometidos com a comunidade e interessados em sua pacificação; já o critério educacional indicava aqueles presumidamente considerados aptos, sob o ponto de vista intelectual, à imparcialidade e à perspicácia que se espera de um jurado. Quanto aos negros e às mulheres, sua primeira presença em júris data da segunda metade do século XIX: estas, em 1870, , no Wyoming;[41] aqueles, em 1867, no primeiro caso de *mixed jury* (i.e., meio a meio) entre negros e brancos.[42]

Só neste processo de seleção, nos casos em que a pena de morte está em questão, pode-se levar em torno de dois meses para se chegar ao conselho de sentença. O julgamento, em si, pode prosseguir por várias semanas ou até vários meses, como no recente caso O. J. Simpson. Lakoff afirma que o juiz procura descobrir se os "painelistas" são preconceituosos ou, de alguma forma, impedidos de decidir de modo justo. Daí a importância, nos Estados Unidos, de procurar estabelecer o perfil do jurado para obter um julgamento a favor ou contra a defesa. No julgamento, por sua vez, concluídas a apresentação das provas e os debates, o júri só decidirá após extensas deliberações a portas fechadas, que podem consumir de algumas horas a vários dias, devendo a decisão ser unânime.

(41) Em seguida: Utah, em 1898; Washington, em 1911; Kansas, em 1912; Nevada, em 1914; Califórnia em 1917; Michigan, em 1920. Esta evolução, todavia, não foi rápida nem definitiva: só na década de quarenta, a participação de mulheres atingiu a maioria dos Estados; em 1957, o *Civil Rights Act* tornou obrigatória a presença de mulheres no júri federal. Até 1975, em vários Estados, as mulheres só eram alistadas quando voluntárias, enquanto os homens eram convocados compulsoriamente. V. Abramson, *op. cit.*, p. 112 e s.

(42) *Idem*, p. 106.

A história da instituição do júri na tradição anglo-americana registra uma evolução lenta, porém nítida, no sentido da democratização dos requisitos de acesso à condição de jurado. A partir de um modelo absorvido da metrópole inglesa e, portanto, adequado a uma sociedade aristocrática e estamental, a democracia americana desenvolveu gradativamente um sistema mais consentâneo com sua feição republicana. A viragem, ao fim do processo, foi radical: de um sistema que privilegiava deliberadamente a formação de júris de *elite*, passou-se ao idela da não-discriminação e daí para o sistema contemporâneo, de democracia radical, acolhendo integralmente o ideal da representação de todo o espectro social.

4.2.2 O julgamento e o veredicto

O veredicto deve estar ligado por nexos lógicos aos elementos probatórios apresentados e admitidos à consideração dos jurados. Já vimos acima que os jurados estão proibidos de considerar provas que não tenham passado pelo crivo do juiz, aplicador da *law of evidence*, e que não tenham sido apresentadas oralmente no recinto do tribunal, em que as partes duelam em igualdade de condições.

O momento em que o juiz faz a sua alocução explicativa aos jurados é crucial no sistema americano. Neste, o *directed verdict*, i.e., condicionado pelo comentário do juiz sobre o peso e a relevância das provas, é geralmente proibido hoje em dia, embora ainda subsista em alguns Estados.

O tribunal, do júri americano exige por definição, um processo acusatório ou adversarial, em que a prova é produzida totalmente pelas partes e o juiz não toma iniciativas investigatórias sequer nas audiências preliminares (*hearings*).[43]

(43) Na *common law*, especialmente nos Estados Unidos, um caso é "ouvido" pelas tribunais,

Para melhor compreendermos o sistema americano valemo-nos da lição de Hannah Arendt,[44] em suas palestras sobre Kant, que teria afirmado que o pensamento, muito embora seja uma ocupação solitária, depende dos outros para ser possível. Assim, o pensamento crítico consiste nesse tipo de análise, que, por sua vez, pressupõe que todos estejam dispostos e sejam capazes de prestar contas do que pensam ou dizem.[45] Ainda segundo Arendt, Platão ter-se-ia destacado dos seus antecessores ao "prestar contas" — não provar, mas estar apto a dizer como se chegou a uma opinião e por que razões se a formou. Explicando como o pensamento crítico se forma, prossegue tecendo considerações sobre a imparcialidade, que seria obtida por meio da consideração dos pontos de vista dos outros; a imparcialidade não seria o resultado de um ponto de vista mais elevado, que pudesse resolver a disputa por estar totalmente acima dela.[46] Conclui ser o pensamento crítico possível apenas na medida em que os pontos de vista dos outros estão abertos à inspeção. Ora, o processo de decisão levado a cabo pelos jurados no sistema americano, quando se reúnem para decidir o destino de um acusado após ouvirem a prova e os debates, segue fielmente o procedimento descrito por Arendt. Por isso as deliberações podem ser demoradas e dependem do tipo de pessoa previamente selecionada.

Na sala de deliberações ninguém mais senão os jurados tem permissão para entrar, chegando sozinhos ao veredicto. É a parte dessa socialização do grupo de jurados em um corpo próprio que surgem alianças e estruturas de poder, já que os jurados, como qualquer outro grupo, também criam suas lideranças. De especial importância é a escolha ou identificação da *foreperson*, que no sistema do júri americano adquire — pela sua liderança pessoal e missão de conduzir os trabalhos na sala secreta —, grande destaque em relação ao grupo.

A missão do júri é a construção, pela colaboração recíproca, da narrativa dos fatos de modo a chegar ao termo de sua tarefa deliberativa. Quando isto não acontece, isto é, quando a unanimidade não é atingida, ocorre um dos fenômenos mais interessantes do sistema americano: o *hung jury*, que obriga o juiz, muito a contragosto, a declarar um *mistrial* e convocar novo julgamento.[47]

A "*Allen charge*", do caso *Allen vs. U.S.*, de 1896, é geralmente considerada o máximo de pressão que o juiz pode imprimir ao júri, no sentido de chegar a um veredicto, sem ferir a consciência dos jurados e o princípio que os americanos consideram o mais importante de seu direito processual penal, o do firme estabelecimento da culpa, *beyond a reasonable doubt*. Disse o juiz de *Allen vs. U.S.*:

"*...[That] in a large proportion of cases absolute certainty could not be expected; (...) that it was their duty to decide the case if they could conscientiously do so; that a dissenting juror should consider whether his doubt was a reasonable one which made no*

que posteriormente discutirão os argumentos de ambas as partes e então darão o veredicto — como, por exemplo, na Suprema Corte onde a audiência/*hearing* é um verdadeiramente questionamento dos advogados que fazem a sustentação oral do caso pelos Juízes, e só meses depois têm-se a decisão. O juiz americano, reiteramos, personifica a *fairness*, entendida como imparcialidade.

(44) Arendt, Hannah, *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*, trad. André Duarte de Macedo, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1993, pp. 54-55.

(45) Idem, p. 55.

(46) Idem, p. 56.

(47) Em alguns Estados, é permitido ao juiz, com o acordo do Promotor, absolver o réu no caso de *hung jury*. Normalmente, entretanto, há novo julgamento.

impression upon the minds of so many men, equally honest, equally inteligent with himself".[48]

A *Allen charge*, entretanto, vem sendo rejeitada como abusiva desde os anos quarenta e principalmente a partir dos sessenta. Em 1962, em *Green vs. U.S.*, a U.S. Court of Appeals for the 5th. Circuit negou aplicação à *Allen charge* com as seguintes palavras:

"*I think a mistrial is a safeguard to liberty. (...) There is a duty to consider the views of others but (...) a conscientious person has finally the right and duty to stand by conscience. If it [the Allen charge] says more to declare that there is a duty to decide, it is legally incorrect as an interference with that rightful independence (...) The cost in fundamental fairness is too great*".[49]

Como se vê, a exigência de unanimidade nos veredictos, que existe em praticamente todos os Estados, para os crimes mais graves, pode funcionar muitas vezes como uma reserva de eqüidade no interesse do réu e da justa administração da sanção criminal.

(48) *Apud* Kalven & Zeisel. *The American Jury*, 1966, p. 454. ("[Que] em uma grande parcela dos casos não se pode esperar certeza absoluta; (...) que era dever dos jurados decidir o caso, se pudessem fazê-lo conscienciosamente; que um jurado dissidente deveria considerar se sua dúvida era razoável, na medida em que não impressionou o entendimento de outros tantos homens, igualmente honestos e inteligentes".)

(49) *Id., ib.* ("Parece-me que a declaração do fracasso do júri é uma salvaguarda da liberdade. (...) Existe o dever de considerar as opiniões os outros mas (...) uma pessoa conscienciosa tem finalmente o direito e o dever de, pela sua consciência, não transigir. Se a *Allen charge* faz mais do que declarar que existe o dever de decidir, é ilegalmente incorreta, pois é uma interferência naquela legítima independência. (...) O preço é pagar, quanto à equanimidade fundamental é muito grande".)

5. Conclusões

A análise do processo deliberativo no tribunal do júri americano traz à consideração interessantes especulações sobre o posicionamento do tema do juízo. Procura-se somar opiniões para formar um todo coerente e consensual. Nesse sentido, as relações de poder entre os jurados e os outros atores do julgamento são direcionadas ao grupo, ou alguém em particular que poderá ter papel preponderante nas deliberações do conselho de sentença, inclusive contribuindo para que na falta de consenso a decisão fique pendente.

A linguagem é um instrumento poderoso, que oscila entre a tentativa de impressionar os jurados com um discurso elaborado, ao mesmo tempo em que se quer promover uma popularização desse discurso para seu melhor entendimento. Cruciais são a compreensão de conceitos como "*beyond a reasonable doubt*" no júri americano, que servirão aos jurados no momento de responder à indagação da culpa ou inocência do acusado. Em segundo lugar, a solenidade ritual imprime sua marca nas linguagens verbais e não-verbais empregadas, bem como nos procedimentos legais, procurando dar legitimidade a um processo cognitivo que depende fundamentalmente de não profissionais para a sua plena realização.

Segundo Hannah Arendt,[50] em suas lições sobre Kant, há duas operações do espírito no juízo. A primeira é a operação da imaginação, em que são julgados objetos não mais presentes, que foram removidos de nossa percepção sensível imediata e, portanto, não mais nos afetam diretamente. A segunda operação, reflexiva, é a verdadeira atividade de julgar. Parece-nos que a capacidade para julgar no Tribunal do Júri está ligada a capacidade de escolher

(50) Arendt, H., *Lições (...) cit.*, p. 88.

entre as alternativas apresentadas aos Jurados, efetuando-se as duas operações acima descritas. Primeiro, durante o julgamento, apresentam-se as versões dos fatos, para em segundo lugar, passar-se à reflexão — coletiva e mediatizada pelo discurso nas deliberações da sala secreta — sobre estas versões, decidindo-se, a final, sobre a participação do acusado no crime, e o grau de sua culpabilidade.

Esse poder assume uma especial relevância na administração da Justiça, porque investido em pessoas que não fazem parte da estrutura regular do Poder Judiciário, mas que o compõem de forma a aproximar o cidadão comum do processo decisório que julga os crimes, especialmente naqueles contra a vida humana, representando, muitas vezes, sua única experiência participativa no processo democrático.

Nesse sentido, afigura-se-nos apropriada a visão de Perelman, ao dizer:

"*Dire de quelqu'un qu'il est capable de jugement, c'est affirmer sa capacité de choisir ou de décider d'une façon non-arbitraire, c'est-à-dire d'une façon raisonnée, et de préférence raisonnable, qui ne s'oppose pas sans raison au sens commum, qui manifeste du "bons sens". Une machine, qui réagit à un stimulus d'une façon parfaitement déterminée, ou d'une façon tout-à-fait aléatoire, n'a pas de jugement*".[51]

(51) Perelman, Ch., *Le raisonnable (...)* "Jugement, Règles et Logique Juridique", p. 142. ("Dizer de alguém que ele ou ela é capaz de julgar é afirmar sua capacidade de escolher ou de decidir de uma maneira não arbitrária, ou seja, de uma maneira argumentada racionalmente, e de preferência razoável, que não se oponha imotivadamente ao senso comum, e que manifeste um "bom senso". Uma máquina, que reaja a um estímulo de uma maneira perfeitamente determinada, ou de uma maneira totalmente aleatória, não profere julgamentos".)

3 — DIREITO PENAL ECONÔMICO

OMISSÃO DE RENDIMENTOS PRESUMIDOS

ARNALDO MALHEIROS FILHO

À memória de Geraldo Ataliba

Sumário: 1. Colocação do problema — 2. Relevância penal da omissão em matéria tributária — 3. Tipicidade da omissão da Lei 8.137/90 — 4. Principais características do tipo em exame — 5. Imprestabilidade das presunções, mesmo para a pretensão fiscal — 6. Dimensão constitucional do tema — 7. Ainda sobre a justa causa — 8. Conclusão — 9. Bibliografia.

1. Colocação do problema

Depois do sucesso investigatório do caso "Collor/PC", em que o exame de contas bancárias serviu como ponto de partida para revelação de toda uma rede de fantasmas e corrupção, o acesso a esses registros ganhou enorme popularidade. Agora, no entanto, em lugar de tomar as contas bancárias como início do trabalho de prospecção, certas autoridades pretendem usá-las como meta, tal se fossem prova definitiva de ilícitos. Em matéria fiscal houve um sensível aumento de autuações contra pessoas físicas, nas quais se *presume* rendimentos e/ou acréscimo patrimonial a descoberto a partir da simples existência de depósitos superiores ao montante da receita declarada.

Muito embora os escalões mais qualificados da Receita Federal tenham posição mais séria e prudente a esse respeito, afirmando a inidoneidade dos depósitos bancários como prova suficiente da existência de rendimentos não declarados, grassa no baixo clero da fiscalização uma espécie de comodismo, com a freqüente autuação de contribuintes apenas em razão da movimentação bancária, sem o estorvo de verificar e comprovar a real natureza dela. Quando muito, o que se faz é intimar o contribuinte, pessoa física — que não tem obrigação de manter escrita contábil — a exibir "documentos hábeis e idôneos" sobre os depósitos questionados, abusando-se da impossibilidade material de fazer essa prova para incriminá-lo.

Pior que isso, no entanto, é a constância com que o Ministério Público Federal, à luz só e só de cópia da autuação, oferece denúncia contra o contribuinte, sob a alegação de que o mesmo omitiu rendimentos em sua declaração anual, muito embora nem o auto de infração nem o órgão acusatório cuidem de afirmar e muito menos de provar que o fato supostamente omitido existiu no mundo real.

Ora, deduzir de meros depósitos bancários — cujas origens podem ser as mais variadas — que uma pessoa teve *rendimentos* cuja existência omitiu, é mera presunção. O objetivo deste trabalho é demonstrar que presunções são insuficientes até mesmo para fundamentar a pretensão fiscal mas, ainda que

assim não fosse (como ocorre, por exemplo, em situações legais de "lucro presumido"), nem mesmo assim seriam elas idôneas para lastrear a existência de uma ação penal.

A proposta é, portanto, discutir não só tipicidade como condições da ação penal, para demonstrar a inaceitabilidade do proceder que se vem rotinizando.

Àqueles para quem a tese a defender aqui soa óbvia, lembramos que em sentido contrário vêm diversas denúncias, com a chancela do recebimento por parte de magistrados, certamente porque a faina os tem impedido de uma reflexão sobre o tema nesse momento processual. Parece-nos, pois, que o debate se justifica.

2. Relevância penal da omissão em matéria tributária

Num Estado de Direito Democrático o Direito Penal se pauta pelo *princípio da intervenção mínima*,[1] herança cultural da Revolução Francesa, cuja célebre "Declaração" elencou entre os direitos humanos a redução das leis ao estrita e evidentemente necessário.[2] Essa diretriz constitucional atinge não apenas o legislador — que deve limitar a atuação do Direito da sanção máxima e mínimas hipóteses de grave perturbação social — como também o intérprete que, na análise da norma, não poderá se esquecer do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal[3] e de que "o Direito Penal é a *ultima ratio*".[4]

O primeiro corolário dessa circunstância em relação à lei penal tributária é a subsidiariedade dela à norma tributária, da qual é verdadeiro "direito de superposição".[5] Crime contra a ordem tributária é um ilícito tributário patrimonial qualificado por uma fraude típica.[6] Onde não houver ilícito tributário, não poderá haver crime. Por outro lado, somente quando o ilícito fiscal for resultado de fraude definida na legislação penal poder-se-á falar em crime contra a ordem tributária.

No elenco das fraudes tipificadas pela Lei 8.137/90 inclui-se a modalidade de falso ideológico consistente na falta ao dever de prestar ao Fisco as declarações que a norma tributária, sem afronta a garantias constitucionais, considere obrigatórias.

Vícios de redação desse diploma legal criaram grande confusão sobre esse assunto, devida ao tratamento do tema em mais de um dispositivo, a saber: *a*) "Art. 1º — Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer

(1) Cf. Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, p. 26: "Embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas de nossa *Grundnorm*, tratando-se, portanto, de um postulado nela inequivocadamente implícito". Luigi Ferrajoli (*Derecho y Razón — Teoria del Garantismo Penal*) inclui entre os "axiomas garantistas" os princípios do *nulla lex (poenalis) sine necessitate e nulla necessitas sine injuria*.

(2) Art. 8.º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão.

(3) V. Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, § 8.º.

(4) Antonio Garcia-Pablos, *Derecho Penal — Introducción*, p. 5.

(5) Geraldo Ataliba, "Denúncia espontânea e exclusão de responsabilidade penal", *in* Revista de Informação Legislativa 125/241 e s.

(6) Utilizamos o conceito de "ilícito tributário patrimonial" adotado por Hugo de Brito Machado *in* "Ilícito Tributário", RT 709/287, ressaltando que o sistema penal brasileiro desconhece crime contra a ordem tributária que não se relacione ao quantum de imposto. Sobre a fraude, dada a amplitude de seu conceito, especialmente entre os tributaristas (cf., *e.g.*, Alfredo Augusto Becker, *Teoria Geral do Direito Tributário*, p. 123), é mais preciso referir-se a ela como "típica", ou seja, prevista na legislação penal.

acessório, mediante as seguintes condutas: I — *omitir informação* ou prestar informação falsa às autoridades fazendárias. Pena: Reclusão de dois a cinco anos e multa." *b*)" Art. 2.º — Constitui crime da mesma natureza: I — fazer declaração falsa ou *omitir declaração*, sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo. Pena: detenção de seis meses a dois anos e multa".

Não falta, ainda, quem acene com a possibilidade de vir a omissão de rendimentos a ser enquadrada no n. II do art. 1.º, o que é de se afastar de imediato, pois o dispositivo diz com "documento exigido pela lei fiscal" outro que as declarações do contribuinte, objeto de atenção em norma especial que, por ostentar essa condição, exclui a geral.

Resta, no entanto, a discussão sobre qual dos dois dispositivos acima transcritos — inc. I do art. 1.º ou inc. I do art. 2.º — é o modelo da conduta que ora se examina, discussão esta, cujo relevo, avulta diante da gritante disparidade de penas cominadas a condutas que não parecem se distinguir uma da outra.

3. Tipicidade da omissão na Lei 8.137/90

Vozes autorizadas da doutrina sustentaram a existência de uma diferença — que se chegou a adjetivar de "clara" — entre as duas previsões legais acima transcritas. Rui Stoco pretende ver na palavra "eximir" do art. 2.º, em sua sininímia com "isentar-se", uma referência à falsa criação de isenções fiscais: "Eximir-se é isentar-se e, *in casu*, eximir-se é isentar-se e, *em caso*, eximir-se indevidamente, ou seja, o agente faz declaração falsa ou omite informação para insinuar numa isenção que, embora a lei tenha concedido, não se coaduna com a sua real situação".[7] Segundo Pedro Roberto Decomain, "para que ocorra o crime do n. I do art. 1.º, necessário se faz que aconteça efetiva supressão ou redução de tributo, circunstância que o n. I do art. 2.º, contudo, dispensa".[8] Na mesma linha está o pensamento de Paulo José da Costa Júnior: "Para que se realize o crime tipificado no n. I do art. 1.º, que é crime de resultado, indispensável que, em razão da omissão ou da falsidade, haja efetiva supressão do tributo devido ou sua redução. O artigo seguinte, ao revés, contenta-se com a declaração falsa ou com a omissão, desde que visem ao não pagamento, ou pagamento reduzido do tributo".[9]

Para esses ilustres monografistas da matéria — o último mencionado, nosso Mestre de sempre — o tipo do art. 2.º seria uma combinação de tentativa com arrependimento eficaz, ou seja, enquadraria a omissão para o fim de reduzir tributos, apenas quando esse resultado não é alcançado — seja por vontade do agente, seja pela presteza da fiscalização; a consumação tipificaria o delito do art. 1.º, crime caracterizado pelo dano[10] de supressão ou redução de tributo.

Em nossa opinião a proposta citada é inaceitável, pois afirma que a figura do n. I do art. 2.º descreve um crime consumado contra a ordem tributária

(7) Cf. o capítulo "Sonegação Fiscal" em *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, de Silva Franco, Rui Stoco *et alii*, RT, São Paulo, 1995, p. 1.484.

(8) *Crimes contra a Ordem Tributária*, p. 52.

(9) Paulo José da Costa Júnior e Zelmo Denari, *Infrações Tributárias e Delitos Fiscais*, 107.

(10) Preferimos dizer "crime de dano" a "crime de resultado", pois todo crime demanda resultado, que tanto pode ser um dano como um perigo concreto — Cf., a propósito, STJ, RHC 3.831-RJ, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, Lex STJ 69/271 e s.

sem ilícito tributário patrimonial, pois se esse existisse, estar-se-ia diante da figura do n. I do art. 1º. Ora, no art. 1º, a *conduta, o núcleo do tipo*, encontra previsão no texto do inciso, não no *caput*; trata-se, na verdade, *da mesma* conduta, pois "suprimir tributo" só pode significar o mesmo que pretender eximir-se de seu pagamento. Não existe a diferença, procurada pelos dois últimos autores citados, entre um crime de dano e outro de perigo, pois o que existe é a diferença entre "tributo" e "pagamento de tributo", que faz com que a pretensão a se eximir deste, equivalha a suprimir aquele. Por outro lado, com o devido respeito à posição de Rui Stoco, que o fim de "eximir-se de pagamento de tributo" nada mais é do que a intenção de não pagar tributo, não tendo relação necessária com isenções fiscais.

O que, numa e noutra hipótese, caracteriza o fato como crime contra a ordem tributária e o distingue da falsidade ideológica do art. 299 do Código Penal é o elemento subjetivo do tipo consistente no fim especial de se conduzir no sentido da supressão ou redução de tributo.

A esta altura é importante recordar certos conceitos básicos de Direito Tributário, seja em homenagem à idéia de *direito de superposição* referido por Ataliba, seja porque os defensores da tese do crime de dano no art. 1.º não explicam o que significa "suprimir tributo" ou "reduzir tributo", especialmente quando se lança mão dessas expressões em oposição a "pagamento de tributo".

Por mais acaciano que seja, não custa lembrar que o *tributo* nasce da lei: "Está criado um tributo desde que expedida a lei que lhe descreve a hipótese de incidência".[11] Já a *obrigação tributária* surge com a ocorrência do fato gerador, também chamado fato imponível: "O vínculo obrigacional que corresponde ao conceito de tributo nasce, por força de lei, da ocorrência do fato imponível".[12]

Momento culminante da relação jurídico-tributária é o *lançamento*. Conquanto a doutrina se incline majoritariamente por sua conceituação como ato administrativo meramente declaratório do crédito tributário, o direito positivo — que nos parece bastante aos estreitos limites deste estudo — o tem, através do art. 142 do Código Tributário Nacional, como *procedimento* que visa à *constituição do crédito tributário*. A boa doutrina, mais exata do que o Código, ensina que a *obrigação tributária* (que compreende o crédito, tanto quanto o débito) nasce no momento em que ocorre fato que se ajuste à previsão legal, mas que, sem *lançamento*, não se pode falar em *exigibilidade* do crédito tributário, como bem destaca Geraldo Ataliba.[13] Paulo de Barros Carvalho[14] afirma, na mesma linha, que o lançamento *formaliza* o crédito tributário.

Mas, para o Direito positivo, o lançamento *constitui* o crédito tributário. O que antes era meramente fato ajustado à hipótese de incidência — conquanto já fosse *obrigação* — só com o lançamento se torna obrigação *líquida, certa e exigível*. Ou, como diz Hugo de Brito Machado, "o lançamento é *constitutivo do crédito tributário* e apenas declaratório da obrigação correspondente".[15]

Vistos esses três grandes momentos da relação jurídico-tributária (hipótese de incidência, fato imponível, lançamento), cabe recolocar a pergunta: O que significa *suprimir tributo* ou *reduzir tributo*? Se o tributo é ente jurídico criado pela lei que lhe definiu a hipótese

(11) Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, p. 109.

(12) *Idem*, p. 65.

(13) *Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário*, p. 277.

(14) *Curso de Direito Tributário*, p. 233.

(15) *Curso de Direito Tributário*, p. 119.

de incidência, só a revogação ou alteração desta o poderia *suprimir* ou *reduzir*. Portanto, a primeira conclusão é de que a Lei 8.137/90 não quis dizer "suprimir" ou "reduzir" no sentido técnico.

Já a obrigação tributária (que, à míngua de qualquer rigor terminológico, poderia se ver chamada de "tributo") também não se suprime ou reduz pelas condutas elencadas nos incisos do art. 1.º. É que, nascendo do fato imponível, só a não ocorrência deste, poderia suprimir aquela, ou a ocorrência de fato imponível diverso poderia reduzi-la. No entanto, fazer com que o fato imponível não aconteça é direito sagrado do cidadão.[16] A segunda conclusão, pois, é no sentido de que a norma em exame não se referiu nem a "tributo" no sentido técnico, nem com essa palavra quis significar "obrigação tributária".

Resta, pois, analisar o lançamento. Usando o conceito legal de que o lançamento é um *procedimento*, veremos que não raro o contribuinte é chamado a participar dele,[17] seja nos casos de homologação, seja nos mistos. Essa participação se dá, geralmente, por uma *declaração* que deve ser prestada pelo contribuinte ao Fisco, no bojo da qual, afirmações falsas ou omissão, podem levar à *redução ou supressão do crédito tributário a ser constituído pelo lançamento*.

Parece fora de dúvida — e não só por exclusão — que ao utilizar a palavra "tributo" no *caput* do art. 1.º, a Lei 8.137/90 quis se referir ao valor do crédito tributário constituído pelo lançamento.

(16) Alfredo Augusto Becker, *Teoria Geral (...)* cit., p. 122 e s. O autor cita Rubens Gomes de Sousa, que afirma a distinção entre evasão e fraude a partir do tempo em que praticado o ato atribuído ao contribuinte: Se anterior ao fato imponível, seria mera evasão, se posterior, fraude.

(17) CTN, art. 147.

Porém, na prática, o dispositivo se torna inaplicável, além de ter sua exclusão determinada pelo inc. I do art. 2.º, que é lei especial e, simultaneamente, lei mais benigna. É que o lançamento tributário pode ser revisto de ofício,[18] constituindo, assim, o crédito tributário na medida arbitrada pelo Fisco.

Assim os casos de *efetiva* supressão ou *efetiva* redução, como frisam os autores que pensam diversamente, comporão o *chiffre noir* da criminalidade tributária, aquele dos casos que nunca chegam às Cortes ou às estatísticas, por não serem descobertos. Descoberta que seja a fraude, a autoridade administrativa, de ofício, constituirá o crédito tributário, fazendo com que nada tenha de *efetiva* a supressão ou redução debalde almejada pelo contribuinte. Constituído o crédito tributário, verificar-se-á que o devedor omitiu informação *com o fim de* suprimir ou reduzir o valor devido, o que é rigorosamente o mesmo que dizer *para eximir-se total ou parcialmente do pagamento de tributo*. Será inevitável, nessa hipótese, o afastamento do n. I do art. 1.º pelo n. I do art. 2.º.

Não se pode dizer que seja serôdia a constituição do crédito tributário através do lançamento de ofício, pois, nos termos do art. 34 da Lei 9.249/95, o tempo para a constituição do lançamento vai até o recebimento da denúncia.

É necessário, também, salientar que o Direito Penal é indiferente ao inadimplemento das obrigações, conquanto se interesse por sua constituição. Assim, por exemplo, quando se vê elemento de estelionato na *intenção preordenada de não adimplir*, não se está criminalizando a inadimplência, mas o vício na formação da obrigação. Pretender o contrário em desfavor do réu seria intervenção vedada, por compreender a possibilidade de prisão por dívida. Portanto, em matéria tributária, o Direito Penal pune

(18) CTN, art. 149, incs. IV a VII.

a conduta que, com a fraude, se dirige ao fim de não adimplir e não o inadimplemento.

Os dois tipos em exame preocupam-se com a *constituição do crédito tributário pelo lançamento* (conforme a terminologia do art. 142 do CTN), nas hipóteses em que este exige a participação do contribuinte através da entrega de uma declaração, sendo indiferente ao Direito Penal a satisfação ou não desse crédito tributário.

A discussão, no entanto, poderia se alongar antes do advento da Lei 9.249/95, cujo art. 34 reintroduziu em nosso Direito positivo a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária pelo pagamento do *quantum debeatur* (assim entendido o tributo elidido mais seus consectários) antes do recebimento da denúncia.

A restauração do texto original da Lei 8.137/90 (pois, na verdade, o art. 34 da Lei 9.249/95 revigorou o art. 14 daquele diploma) reforça a idéia de que não há crime contra a ordem tributária sem ilícito tributário patrimonial, pois sua retificação tempestiva — como já ocorria, mas limitada aos termos do art. 138 do CTN[19] — é incompatível com a existência do delito. Importantíssimo é recordar que, se "não posso exigir que uma repartição fiscal receba dinheiro e me dê quitação antes do lançamento",[20] pois "tal exigência, antes de ser legal é lógica: não se pode cumprir obrigação ilíquida",[21] é relevante, tanto no caso do art. 138 do CTN como no art. 34 da Lei 9.249/95, a *retificação do lançamento* que antecede ao pagamento, muito embora, sem ele não se dê a extinção da punibilidade.

Estabelecido que a punibilidade se extingue com o pagamento anterior à denúncia, tem-se que a interpretação dos doutrinadores mencionados conduz à inaceitável abrogação da *lex mitior* pela *lex gravior*, pois nunca se poderia receber denúncia na hipótese de apenamento mais benigno do n. I do art. 2.º: Se a omissão fosse com o fim de reduzir tributo, mas esse fim não tivesse sido atingido em razão do pagamento integral, estaria extinta a punibilidade; se pagamento algum fosse feito, ter-se-ia — por aquele raciocínio — consumado a figura do n. I do art. 1.º. Tal interpretação, mesmo que pudesse ser lógica, seria inegavelmente iníqua.

Mais nítido agora se revela o acerto da posição há tempos defendida por Hugo de Brito Machado a respeito do tema: "O tipo descrito no art. 2.º, inc. I, descreve, com maior especificidade, o mesmo fato descrito de forma genérica no art. 1.º, inc. I, da Lei 8.137/90. Assim, seja em virtude do princípio segundo o qual, em matéria penal, deve prevalecer a interpretação mais favorável ao réu, seja em face do princípio da especialidade, tem-se que o fato de omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias, deve ser capitulado no art. 2.º, submetendo-se seu autor à pena neste cominada, restando inútil a norma do art. 1.º, inc. I".[22]

Ainda que não se chegue ao extremo de afirmar a cabal inoperância da figura descrita no art. 1.º, o certo é que, seja por ser *lex mitior*, seja por ser *lex specialis*, a norma do n. I do art. 2.º prevalece quando se trata de "omitir informação sobre rendimentos", que é o objeto de nosso estudo.

Prosseguimos, pois, tomando como certo que a omissão dolosa de rendimentos na declaração anual configura, em tese, o delito previsto no n. I do art. 2.º da Lei 8.137/90.

(19) V. Ataliba, "Denúncia espontânea (...)" cit. na nota 5, supra.

(20) Ataliba, *Apontamentos*, cit., p. 278.

(21) *Idem*, p. 277.

(22) "Ilícito Tributário", *in* RT 709/289.

4. Principais características do tipo em exame

É conhecida a objeção naturalista à causalidade omissiva: Se a omissão é um não-fazer e o não-fazer é um nada, o nada nada pode criar, não podendo a omissão ser causa de qualquer resultado.

A realidade, no entanto, é que a omissão não é um simples não-fazer, mas sim "*não fazer algo determinado*".[23] Assim, o primeiro requisito de qualquer crime omissivo é a existência da *situação típica*, que é aquela que "permite deduzir em cada caso o conteúdo concreto do dever de atuar",[24] dever esse, cuja inobservância leva a um resultado vedado pela norma.

Além do elemento objetivo, que é a existência real da situação típica, há, nos delitos omissivos de um modo geral, o elemento subjetivo, que inclui o conhecimento do agente quanto à existência da situação típica, de seu dever de agir, e sua consciência e vontade de não fazer o que a lei determina para aquela situação.[25] Por força do princípio da excepcionalidade da culpa,[26] nem só a omissão involuntária, resultante de esquecimento, deixa de ser punível: Também a omissão que resulte de franca negligência para com o cumprimento do dever ou da realização de uma tarefa, com manifesta imprudência, serão imunes à persecução penal, pois, como é notório, inexiste crime culposo contra a ordem tributária.

Na figura que estudamos há, além disso, um elemento subjetivo do tipo, consistente no fim especial de agir para suprimir ou reduzir o pagamento de tributos. A culpa do réu, é cediço, não se presume, cabendo à Acusação a prova do dolo e da intenção especial exigida por lei.

A omissão de quem pretende se eximir parcialmente do pagamento de tributo há de acarretar efeito fiscal de alguma relevância no confronto com a obrigação tributária. A omissão de pequeno porte induz ao convencimento da falta de dolo, além de ter sua tipicidade desnaturada pela insignificância.[27]

Por fim, vemos que a lei trata a omissão como fraude (tanto que se refere a "*outra* fraude" além da declaração falsa ou da omissão), o que fortalece a interpretação de que o tipo em questão é forma de falsidade ideológica[28] qualificada pela intenção do agente. Por isso o tipo omissivo não alcança o contribuinte remisso, que não entrega sua declaração no prazo, pois esse comportamento não pode equivaler a fraude alguma. O crime será cometido quando a declaração é entregue como se completa fora, mas dela tenham sido omitidas informações obrigatórias, com o fim de obter vantagem fiscal.

Assim, ao lado dos remissos, estão também fora da esfera de incidência da norma penal os que omitirem informações que não levem à incidência ou ao acréscimo de imposto.[29]

Também a omissão inidônea ao efeito para o qual praticada é alheia ao Direito Penal. Um indivíduo que em determinado ano ganhou 100 e declarou somente 20, omitindo 80, mas acusou em sua declaração de bens que seu patrimônio

(23) Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, II/848.

(24) *Idem, ibidem.*

(25) Cf. o monumental estudo de Alberto Cadopi, *Il Reato Omissivo Proprio.*

(26) Código Penal, art. 18, parágrafo único.

(27) Sobre o princípio da insignificância como excludente de tipicidade, v. Toledo, *Princípios (...)* cit., p. 133.

(28) Cf. Rui Stoco, ob. cit., p. 1.483.

(29) Assim, por exemplo, quem omite a existência de um filho como dependente, não se exime parcialmente do pagamento de imposto de renda, antes se onera. Quem omite rendimento tributável exclusivamente na fonte pagadora não causa reflexo algum na regular constituição do crédito tributário.

saltou de 200 para 250 não praticou fraude alguma, por manifesta ausência de potencialidade lesiva, já que não é preciso sequer o uso da inteligência para descobrir que algo está faltando: Uma simples máquina o faz, o que ocorre quando o computador "rejeita" uma declaração nesses termos.

Do que se expôs neste item já é possível desdobrar o ônus probatório da Acusação quando imputa esta figura penal a alguém. Ao autor da ação penal caberá alegar e provar além de qualquer dúvida razoável:

a) *A existência da situação típica* — A denúncia deverá descrever que o agente teve rendimentos, descrevendo-os com suas circunstâncias, como exige o art. 41 do CPP.

b) *O conhecimento que o réu tinha da situação típica* — Ninguém pode ser responsabilizado porque deixou de incluir na declaração rendimentos dos quais não teve conhecimento. Por isso a inicial deverá afirmar e o Ministério Público fica com o ônus de na instrução provar que o réu sabia da existência da situação típica, mas se omitiu intencionalmente.

c) *O direcionamento consciente da conduta para a evasão fiscal* — Somente a omissão decorrente da vontade de se eximir total ou parcialmente do pagamento de tributo é punível.

d) *A idoneidade da omissão para atingir o fim colimado.*

Sem a fundada afirmação desses elementos não pode haver processo. Sem sua prova em Juízo, à luz do contraditório, não pode haver condenação.

5. Imprestabilidade das presunções, mesmo para a pretensão fiscal

Como dissemos no item 1 supra, se presunções pudessem servir de fundamento à pretensão fiscal, nem mesmo assim se prestariam a embasar um pedido de condenação criminal.

No entanto, o mero fato de ter alguém depósitos em sua conta-corrente é tão insignificante que não se presta sequer para embasar a pretensão fiscal. É evidente que esse mero fato poderia dar ensejo à apuração detalhada do que se pretende provar contra o contribuinte; o que a jurisprudência não admite é que ele e só ele seja bastante para a constituição de um crédito tributário, por se *presumir* tratar-se de rendimento, sem qualquer prova disso.

Por serem reiterados os pronunciamentos jurisdicionais nesse sentido, o extinto Tribunal Federal de Recursos já editara o verbete n. 182 de sua *Súmula*, assim escrito: "*É ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários*".

E torrencial é a jurisprudência, da qual se destacam alguns exemplos: "Imposto de Renda. Lançamento 'ex officio'. É processo de arbitramento que não pode limitar-se a tomar como rendimento a soma dos depósitos bancários efetuados pelo contribuinte no exercício em causa".[30] "O sinal exterior de riqueza, os depósitos bancários que evidenciaram a renda auferida ou consumida pelo contribuinte deve ser o marco inicial da investigação do Fisco, e não o objetivo final. Impossibilidade da tributação incidir simplesmente sobre os depósitos bancários".[31] "Os depósitos bancários, embora possam refletir sinais exteriores de riqueza, não caracterizam, por si sós, rendimentos tributáveis".[32]

(30) TRF, agr. pet. 28.991-SP, Rel. Min. Décio Miranda, "Resenha Tributária", 1.2, 166/70.

(31) TRF, remessa "ex officio" 77.266-SP, Rel. Min. Carlos Mário Velloso.

(32) TRF, 5.ª Turma, *in* "Fisco & Contribuinte" 7, p. 653; DJU 30.05.1985, p. 8.411.

"O imposto de renda arbitrado, exclusivamente, com suporte em extratos de contas bancárias, já não encontra qualquer suporte legal após a edição do Decreto-lei 2.471/88, que, em seu art. 9º, inciso VII, proibiu o lançamento do IR com base exclusiva nos extratos bancários".[33] "É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários (Súmula 182/TFR)".[34] "Imposto de renda. Arbitramento com base em extratos bancários. A questão está abrangida pelo disposto na Súmula 182 do extinto TFR".[35] "É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos bancários (Súmula 182 do extinto TFR). A mera presunção não permite autuação fiscal, que deve ser anulada".[36] "Descabe lançamento de imposto de renda por presunção de omissão de receitas com base exclusivamente em depósitos bancários, a menos que comprovada, inequivocadamente, a distribuição disfarçada de lucros. (...) Apelação parcialmente provida para anular lançamento quanto à omissão de receitas com base exclusivamente nos depósitos bancários (...)".[37]

Se esse cômodo procedimento de fabricar a responsabilidade do contribuinte com base em mera presunção não ampara nem mesmo a pretensão tributária, como admitir que ele possa ser o *único* subsídio de uma pretensão de natureza penal?

(33) TRF/1.ª, remessa "ex officio" 89.01.10986-1/MG, Rel. Juiz Gomes da Silva, j. 14.02.1990.

(34) TRF/1.ª, remessa "ex officio" 89.01.24082-3/MG, Rel. Juiz Eustáquio Silveira, DJU de 25.11.1993, p. 50.900.

(35) TRF/2.ª, ap. civ. 91.02.00695-2/RJ, Rel. Des. Fed. Tânia Haine, j. 08.06.1992.

(36) TRF/3.ª ap. civ. 89.03.31644-4, Rel. Juíza Diva Malerbi, j. 12.5.1993.

(37) TRF/3.ª ap. civ. 89.03.05181-5, Rel. Juíza Ana Scartezini, j. 10.03.1993.

As decisões acima transcritas revelam que um auto de infração lavrado contra pessoa física com base exclusiva na apuração de depósitos em conta-corrente é ineficaz. Absurdo, pois, é pretender fazer dele o supedâneo único da responsabilização criminal de um indivíduo.

6. Dimensão constitucional do tema

Denúncia que se limite a copiar os termos de uma representação fiscal sem atentar para a necessidade de incorporar os elementos referidos no item 4 supra, consuma gravíssimo constrangimento ilegal, que desafia, a um só tempo, os direitos individuais instituídos na Lei Maior pelos incs. LIV, LV, LVII e LXII de seu art. 5.º.

Realmente, o que uma denúncia nessas condições pretende é que um cidadão seja submetido a processo penal porque agentes fiscais presumiram que existiu um fato (percepção de rendimentos que teriam sido depositados em contas bancárias), o qual, se tivesse mesmo existido criaria para o acusado a obrigação de declará-lo e que, ao não declarar o que não se sabe — mas se presume — que existiu, um crime teria sido perpetrado!

Essa proposta subverte valores consagrados pelos povos livres desde a Revolução Americana, que hoje se acham inscritos na Constituição do Brasil.

E é importante que, antes mesmo de descer ao exame da legislação ordinária, se proceda ao exame da compatibilidade da acusação aos cânones consagrados nas cláusulas pétreas da Carta Magna, até porque, na sempre lembrada advertência de Ferrajoli, "una Constitución puede ser avanzadíssima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no passar de ser um pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas — es decir, de garantías — que permitan el control y la neutrali-

zación del poder y del derecho ilegítimo".[38]

Na hipótese em debate, uma teia de garantias constitucionais entrelaçadas foi devastada de um só golpe: O devido processo legal exige que as ações penais apenas se instaurem quando houver justa causa, cuja existência principia pela razoabilidade da acusação; a ampla defesa impõe o conhecimento, pelo acusado, já desde o ajuizamento da ação, das provas a serem produzidas no curso da instrução;[39] a inocência, até o momento da condenação, é a única presunção que se admite no processo penal[40] e tem como corolário o direito ao silêncio, mercê do qual ninguém pode ser acusado ou condenado pelo que deixou de falar ou deixou de provar. Assim, a se observarem, com o respeito que merecem, os direitos individuais consagrados pela Constituição, é impossível dizer que, por ter o réu deixado de comprovar isso ou aquilo, *presume-se* que tenha tido rendimentos e, portanto, que os tenha omitido.

O verdadeiro significado dessa importante conquista da civilização, que é a presunção de inocência, é o de que o Juiz deve assumir, *juris tantum*, que o imputado não é responsável pela conduta descrita. Enquanto presunção *juris tantum*, cabe, por óbvio, a prova em contrário, que é da essência do processo. Mas esse ônus é exclusivo da Acusação não podendo, sob nenhum pretexto, ser carreado à Defesa: "La presunción de inocencia (...)es una presunción iuris tantum que atribuye la carga de la prueba de los hechos supuestamente delictivos a quienes tratan de articular sobre ellos una acusación, de manera que aquél a quien se acusa no soporte ningún tipo de carga probatoria, aunque con evidencia admite prueba en contrario y se destruye siempre que haya existido una actividad probatoria suficiente".[41]

Não se está a afirmar o absurdo de que o réu não produz prova no processo, até porque a ampla defesa — garantia constitucional de igual relevo — inclui o direito de se defender provando, ou seja, destruindo o panorama construído pela prova acusatória.[42] O que se diz (e é inquestionável) é que a acusação deve partir de peças de informação que revelem a existência *efetiva*, e não presumida, de uma determinada situação típica, e se propor a fazer na instrução a *prova* dessa *efetiva* existência e não a mera prova de que alguém *presumiu* a existência de um ilícito e, pior, presumiu-a do *silêncio* do imputado!

Esse é o sentido da Declaração Universal dos Direitos Humanos (que hoje goza do elevado *status* que lhe foi outorgado pelo § 2.º, *in fine*, do art. 5.º da Constituição) ao estabelecer: "*Artigo XI* — Toda a pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade

(38) Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, p. 852. Não custa, ainda, lembrar que além das atitudes de franco desprezo pelas garantias constitucionais, há as "formas subliminares de tangenciá-las", tão bem lembradas por Silva Franco (*Temas de Direito Penal*, p. 2).

(39) CPP, art. 41, *in fine*. A oportunidade do art. 499 diz respeito, apenas, a diligências "cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstância ou de atos apurados na instrução".

(40) Cf. a esse propósito, Luiz Flávio Gomes, "Acusações genéricas, responsabilidade objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária" *in* RBCCrim 11/249: "A presunção que existe em Direito Penal (e que funciona como premissa geral impostergável) é a de inocência (ou da não-culpabilidade)".

(41) Decisão do Tribunal Constitucional da Espanha citada por José F. Lorca Navarrete em *Derechos Fundamentales y Jurisprudencia*, p. 214.

(42) V., a propósito, Ada Pellegrini Grinover, *O Processo em Evolução*, p. 323.

tenha sido *provada de acordo com a lei*, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa". (grifo nosso)[43]

Evidentemente o que há de *provar de acordo com a lei* não é a existência de uma presunção deduzida do silêncio do acusado, mas sim a de um *fato*, o que se faz por elementos hábeis a demonstrá-la. Recorrendo novamente a lições do Tribunal Constitucional espanhol, cabe relembrar: "Tal presunción [de inocência] supone que la carga probatoria corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste".[44]

E os elementos que levem à convicção da viabilidade do pedido e da proposta probatória — ensejando assim a decisão liminar de recebimento da denúncia — devem vir com a inicial, sob pena de faltar justa causa à ação penal. Quanto a isso é importantíssima a lição de Canuto em boa hora lembrada por Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Cleunice A. Valentim Bastos no sentido de que a defesa ampla e real exige: "a) a fixação dos termos da imputação e *a determinação das provas incriminatórias que constituem a acusação;* b) que o acusado tenha conhecimento de toda a postulação *e de todas as provas incriminatórias*; c) que o juiz fique limitado pelas questões resultantes da contrariedade entre a acusação e a defesa".[45]

E se a presunção de inocência é, já de si, corolário do *due process of law*,[46] tem ela como decorrência necessária a consagração do direito ao silêncio:[47] A presunção de inocência implica em atribuir à Acusação a incumbência de demonstrar, acima de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do réu, sem depender do que ele diga ou deixe de dizer. Como registra Antônio Magalhães Gomes Filho, para a necessária demonstração da tese acusatória, "a atividade probatória deve tender à verificação da existência dos fatos imputados, e não à investigação sobre as desculpas apresentadas pelo acusado".[48]

Afirmar que houve rendimento omitido porque o réu — que, na forma da legislação vigente, não escriturou sua movimentação financeira — não respondeu satisfatoriamente à interpelação do Fisco com documentos "hábeis e idôneos" é pretender extrair a responsabilidade penal do exercício do direito ao silêncio. Este, se pode ser questionado em sede tributária, há que ser sempre reconhecido em matéria penal, seja por imposição da lógica (como decorrência da presunção de inocência), seja — e *tollitur quaestio* — por sua explicitação no elenco das garantias individuais.

Por esse motivo, impossível se torna a pretensão de responsabilização criminal do contribuinte em razão do que deixou de dizer e provar, e a decisão que a admite assume foros de constrangimento ilegal. Como ensina Rogério Lauria Tucci, "consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na Lei das Leis

(43) Também esse orgulho da América Latina que é o Pacto de San José, ao qual o Brasil igualmente deu autoridade constitucional, afirma que a presunção de inocência vigora até que "se comprove legalmente a culpa" (art. 8, alínea 2).

(44) Decisão citada por José Antonio Tomé Garcia em *Protección Procesal de los Derechos Humanos ante los Tribunales Ordinarios*, p. 128.

(45) Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Cleunice A. Valentim Bastos, "Defesa penal: Direito ou garantia" *in* RBCCrim 4/110, esp. p. 117 — grifamos.

(46) Cf. a propósito Rogério Lauria Tucci, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro,* p. 401 e ss.

(47) Garantia constitucional explicitada no art. 5.º, inc. LXIII.

(48) *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, p. 40.

como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem".[49] É que "tendo sido consagrado constitucionalmente, em nosso País, o direito do imputado permanecer calado, nenhuma ilação dele poderá ser tirada".[50]

Para dar vida à Constituição, para fazer com que ela não se reduza a um pedaço de papel com belas palavras, é preciso repelir com vigor esse tipo de violência contra os direitos individuais que é a incriminação por mera presunção.

7. Ainda sobre a justa causa

É pacífico em nossos Tribunais o entendimento de que não pode a ação penal ser proposta sem a demonstração prévia do *fumus boni juris* que indique a viabilidade da pretensão. Em sua aferição consiste o juízo de prelibação, expresso no despacho de recebimento ou rejeição.

Para que isso fosse possível, criou-se a Polícia Judiciária,[51] hoje com *status* constitucional.[52] Se é certo que o inquérito policial não é adendo obrigatório da denúncia, certo é também que sua dispensa somente se admite "se com a representação forem oferecidos elementos que habilitem [o Ministério Público] a promover a ação penal".[53] E esses elementos, segundo nossa Suprema Corte, são os que caracterizam a materialidade e autoria do delito.[54] Em opúsculo clássico afirma Sérgio Pitombo que o inquérito policial exerce a *função legalizadora da acusação*: É da índole do sistema não se admitirem acusações sem liminar base objetiva, não podendo o juiz, para apreciação dos fundamentos objetivos da denúncia ou queixa, encontrá-los senão no resultado da atividade da Polícia e corpo de delito".[55]

A questão merece reexame à luz da Constituição de 1988, que estendeu a garantia do contraditório ao inquérito policial.[56] E o importante a destacar é que mesmo no Código de Processo do Estado Novo, baixado pelo Executivo sob a "polaca" de 1937, o inquérito policial ostenta um compromisso com a verdade acima de sua função acusatória, desde a determinação genérica à Autoridade de "colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias"[57] (e não somente à prova do crime), até seu dever específico de buscar "objetos necessários à defesa do réu".[58]

Ora, nos casos que inspiraram este estudo, havia, de fato, uma representação fiscal, de cujos documentos talvez se pudesse inferir (o que se diz apenas para argumentar) uma responsabilidade tributária, mas que não descrevem, não suportam e não caracterizam a materialidade de delito algum. Além do mais, a fiscalização representa o interesse arrecadatório da entidade tributante, sem maiores compromissos legais com a verdade, como os que são atribuídos ao inquérito policial.

O máximo que se admite de participação do acusado não guarda relação alguma com o contraditório, sendo mera intimação a que apresente "documentos hábeis e idôneos" sobre toda sua movimentação bancária dos últimos anos. Mas, para uma pessoa física, que não

(49) *Direitos e Garantias (...)* cit., p. 396.
(50) *Idem*, p. 397.
(51) CPP, art. 4.º.
(52) Constituição, art. 144, § 1º, incs. I e IV e § 4.º.
(53) CPP, art. 39, § 5.º.
(54) RTJ, 76/641 e 64/343, cit. por Damásio de Jesus em nota ao art. 12 em seu *Código de Processo Penal Anotado*, Saraiva, São Paulo, 4.ª ed., 1991.
(55) *Inquérito Policial — Novas Tendências*, p. 20.
(56) Constituição, art. 5.º, inc. LV e LXIII.
(57) CPP, art. 6.º, inc. III.
(58) CPP, art. 240, § 1.º, alínea *e*.

tem o dever legal de manter escrita contábil, que ao longo dos anos faz sua movimentação sem a preocupação de anotá-la ou de arquivar e relacionar documentos que um agente fiscal se digne a considerar "hábeis e idôneos", isso é o mesmo que exigir a prova diabólica! Não tendo sucesso, o contribuinte sofre a mais severa das punições: A presunção de veracidade da imaginação fiscal com suas conseqüências penais.

Não se nega que a existência de depósito em conta bancária gere suspeita, mas suspeitas devem ser investigadas e não apresentadas como prova plena de culpabilidade por presunção.

Assim, as peças que têm acompanhado as denúncias não habilitam o Ministério Público à propositura da ação penal, porque inconclusivas quanto à materialidade do fato imputado.

8. Conclusão

Resumindo a exposição feita até aqui, podemos arrolar as conclusões a que chegamos da seguinte forma:

1. A omissão de declaração de rendimentos havidos, na forma e prazos estabelecidos pelas normas tributárias, tendente à supressão ou redução do lançamento tributário, configura, em tese, o delito do inc. I do art. 2.º da Lei 8.137/90 (não o do inc. I do art. 1.º).

2. A omissão penalmente relevante pressupõe uma *situação típica,* caracterizada pela existência material de fato que se ajuste ao dever de declarar. Além disso deve ser fraudulenta e idônea para o fim de eximir o agente, total ou parcialmente, mas significativamente, do pagamento de tributo.

3. O simples fato de que conta bancária do contribuinte recebeu depósitos em volume maior do que os rendimentos declarados, conquanto possa sugerir investigação, não é suficiente para evidenciar que o contribuinte percebeu rendimentos cuja declaração omitiu.

4. É essencial que a denúncia descreva todos os elementos da omissão apontada, inclusive e especialmente a efetiva existência da situação típica e os meios com os quais pretende prová-la.

5. Falta justa causa à ação penal iniciada por denúncia que se estriba somente em auto de infração decorrente de presunção sem nenhum elemento indicativo da efetiva existência da situação típica, nem o requerimento de provas nesse sentido.

6. O recebimento de denúncia em tais condições configura constrangimento ilegal, com violação das garantias constitucionais dos incs. LIV, LV, LVII e LXII do art. 5º da Constituição.

7. Para que a Constituição tenha real eficácia e não seja reduzida a um mero pedaço de papel cheio de belas palavras é indispensável o repúdio judicial a denúncias nessas condições.

9. Bibliografia

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de e Bastos, Cleunice A. Valentim, "Defesa penal: Direito ou garantia" *in* RBCCrim 4/110.

ATALIBA, Geraldo, *Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário*, RT, São Paulo, 1969.

——. "Denúncia espontânea e exclusão de responsabilidade penal", *in* Revista de Informação Legislativa 125/241.

——. *Hipótese de Incidência Tributária,* 2.ª ed., RT, São Paulo, 1984.

BECKER, Alfredo Augusto, *Teoria Geral do Direito Tributário*, 2.ª ed., Saraiva, São Paulo, 1972.

CADOPI, Alberto, *Il Reato Omissivo Proprio*, Cedam, Pádua, 1988.

CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário,* 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1986.

COSTA JÚNIOR, Paulo José e Denari, Zelmo, *Infrações Tributárias e Delitos Fiscais,* Saraiva, São Paulo, 1995.

DECOMAIN, Pedro Roberto, *Crimes contra a ordem Tributária,* 2ª ed., Obra Jurídica, Florianópolis, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón — Teoria del Garantismo Penal,* ed. Trotta, Madri, 1995.

GARCIA-PLABOS, Antonio, *Derecho Penal — Introducción,* ed. Complutense, Madri, 1995.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar,* Saraiva, São Paulo, 1991.

GOMES, Luiz Flávio, "Acusações genéricas, responsabilidade objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária" *in* RBCCrim 11/249.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *O Processo em Evolução,* Forense, Rio, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal — Parte General,* trad. S. Mir Puig, Bosch, Barcelona, 1981.

LORCA NAVARRETE, José F., *Derechos Fundamentales y Jurisprudencia,* ed. Pirámide, Madri, 1994.

LUISI, Luiz, *Os Princípios Constitucionais Penais,* Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário,* 11ª ed., RT, São Paulo, 1995. — "Ilícito Tributário", *in* RT 709/289.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, *Inquérito Policial — Novas Tendências,* ed. Cejup, Belém, 1986.

SILVA FRANCO, Alberto, *Temas de Direito Penal,* Saraiva, São Paulo, 1986.

—— *et alii, Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial,* RT, São Paulo, 1995, especialmente o capítulo "Sonegação fiscal", de responsabilidade de Rui Stoco.

TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal,* 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 1991.

TOMÉ GARCIA, José Antonio, em *Protección Procesal de los Derechos Humanos ante los Tribunales Ordinarios,* ed. Montecorvo, Madri, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro,* Saraiva, São Paulo, 1993.

3 — DIREITO PENAL ECONÔMICO

PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA E AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

HUGO DE BRITO MACHADO

Sumário: 1. Introdução — 2. Condição de procedibilidade e questão prejudicial; 2.1 Constatação do equívoco; 2.2 A Súmula 609, do STF; 2.3 Distinção relevante; 2.4 Questão prejudicial e unidade do Direito — 3. A questão prejudicial; 3.1 O tipo penal; 3.2 Ligeira incursão no direito italiano; 3.3 Retornando ao Direito Brasileiro — 4. O tipo penal e a existência de tributo devido; 4.1 Um conceito normativo; 4.2 O conceito "tributo"; 4.3 Competência privativa; 4.4 Decisão administrativa e supremacia constitucional; 4.5 Sanções políticas; 4.6 Garantias constitucionais — 5. Questão prejudicial — 6. Conclusões.

1. Introdução

A questão de saber se, nos crimes contra a ordem tributária, o exaurimento da via administrativa é necessário para a propositura da ação penal, tem sido objeto de controvérsia na jurisprudência, o que empresta maior relevo a seu estudo doutrinário.

O papel fundamental da doutrina jurídica consiste em explicar o sentido e o alcance das normas, como especial propósito de construir a harmonia, superando suas antinomias, e na formulação de qualquer proposição doutrinária tendente a superar antinomias, o jurista não pode esquecer a supremacia da Constituição, a dizer que as demais normas do sistema são inferiores. Dotadas, assim, de menor força normativa, que "se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior.[1]

(1) Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico, 4.ª ed., Ed. Universidade de Brasília, 1994, p. 93.

Busca-se, portanto, neste estudo, formulação capaz de evitar incoerências, e de fazer efetiva a supremacia constitucional.

Nesta tarefa, será de grande importância:

a) o aclaramento da distinção entre condição de procedibilidade e questão prejudicial;

b) o exame da relação entre os tipos penais, o lançamento tributário e a garantia constitucional do devido processo legal;

c) o exame da jurisprudência concernente ao uso das denominadas sanções políticas como meio coercitivo para compelir o contribuinte ao pagamento do tributo.

2. Condição de procedibilidade e questão prejudicial

2.1 Constatação do equívoco

O exame de manifestações jurisprudenciais e doutrinárias concernentes à

questão de saber se, nos crimes contra a ordem tributária, o exaurimento da via administrativa é indispensável à propositura da ação penal, demonstra que na maioria dos casos a questão não tem sido adequadamente colocada, sendo visível a confusão feita por muitos entre condição de procedibilidade e questão prejudicial, como se constata dos vários julgados citados por Decomain, e da posição doutrinária daquele eminente membro do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, que chega a invocar a Súmula 609, do Supremo Tribunal Federal.[2]

2.2 A Súmula 609, do STF

Diz a Súmula 609, da Corte Maior, que "é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal". E a partir desse enunciado, formou-se uma jurisprudência, inteiramente equivocada, no sentido da desnecessidade de prévia decisão administrativa, confundindo condição de procedibilidade com questão prejudicial.

O exame dos acórdãos dos quais resultou aquele enunciado demonstra que nos mesmos cuidava-se apenas da questão processual de saber se a ação, nos crimes fiscais, dependia de representação da Fazenda. Tanto que, no terceiro daqueles julgados, em Recurso Extraordinário contra acórdão do Tribunal de São Paulo, que considerou indispensável a prévia constituição do crédito tributário, o Ministro Relator, depois de registrar a divergência jurisprudencial em torno da questão, concluiu no sentido de que a ação penal não está, de modo algum, condicionada à instauração e ao julgamento do processo fiscal. Ressalvou, todavia: "*Se a questão penal nela versada estiver, porventura, condicionada ao desate da questão fiscal, resolver-se-á o problema pela disciplina legal da prejudicialidade heterogênea* (CPP, arts. 92 e ss)".[3]

2.3 Distinção relevante

A condição de procedibilidade concerne exclusivamente ao processo, enquanto a questão prejudicial diz respeito ao direito material. Questão prejudicial, no dizer preciso de Greco Filho, "é uma infração penal, ou uma relação jurídica civil cuja existência ou inexistência condiciona a existência da infração penal que está sob o julgamento do juiz".[4] Constitui grave equívoco, portanto, a invocação da Súmula 609, do Supremo Tribunal Federal, para fundamentar decisão que diz inexistente a questão prejudicial tributária; vale dizer, a questão de saber se existe, ou não, tributo devido, relativamente ao qual se deu a ação dita criminosa. Ou para fundamentar decisão que afirma irrelevante, no Juízo penal, a decisão da autoridade da Administração Tributária que julga improcedente a ação fiscal, afirmando indevido o tributo exigido.

2.4 Questão prejudicial e unidade do Direito

A questão prejudicial diz respeito ao direito material, e o seu adequado deslinde é essencial à unidade do Direito.

Em admirável voto vencido, asseverou o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, com inteira propriedade, que proclamada a inexistência do ilícito,

(2) Pedro Roberto Decamain, Crimes Contra a Ordem Tributária, Obra Jurídica, Florianópolis, 1994, pp. 194/195.

(3) RE 77.945-SP, rel. o Ministro Xavier de Albuquerque, RTJ 71, pp. 846/847.

(4) Vicente Greco Filho, Manual de Processo Penal, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 151.

ainda que administrativamente, não pode o Ministério Público, com esteio no mesmo fato, promover a imputação criminal. "Seria contraditório, afrontando a unidade do Direito, o Estado (na espécie o Estado de Santa Catarina), num momento enuncia licitude e a seguir proclama a criminalidade."[5]

3. A questão prejudicial

3.1 O tipo penal

Como questão de direito material, a questão prejudicial decorre da formulação do tipo penal. E como essa formulação, no Direito brasileiro, sofreu significativa alteração, já não é válida a invocação da jurisprudência formulada à luz da lei anterior.

A desatenção para a evolução legislativa, no concernente à tipificação do crime fiscal, parece ter contribuído para o cometimento de equívocos, sobretudo porque reforçada com a invocação da doutrina italiana, sendo certo que as leis, na Itália e no Brasil, evoluiram em sentido diametralmente opostos.

3.2 Ligeira incursão no direito italiano

A tese predominante na jurisprudência parece ter origem na lição de Manzini. Ao apreciar o Recurso de *Habeas Corpus* n. 50.523-SP, o Supremo Tribunal Federal, de certa forma, acolheu a doutrina italiana, citada no acórdão do que invocou lição de Manzini, para concluir que: a) o juiz penal não está obrigado a aguardar a solução da instância administrativa, para permitir a movimentação da ação penal, e b) no julgamento do fato denunciado como sonegação fiscal não está vinculado à solução eventualmente dada pela instância administrativa. Isto é, pode o juiz penal condenar quando o contribuinte tenha sido liberado pela administração fiscal como absolvê-lo, na hipótese contrária (RTJ n. 65, p. 62). É interessante, portanto, o exame do Direito Penal Tributário italiano, a ver-se como foi ali tratada a questão.

Na Itália, a reforma do direito penal tributário, realizada em 1982, teve dois objetivos: um, a abolição da "prejudicial tributária", considerada causa de retardamento da justiça penal em matéria tributária; o outro, a redefinição do crime, conseqüente à essa nova realidade processual.

Antes de 1982, a definição do tipo penal era centrada na evasão do imposto, isto é, sobre o evento de dano ao Erário, exigindo para sua identificação o acertamento da relação tributária. Com a reforma, foram redefinidos os tipos penais de sorte a que não mais fosse necessária tal acertamento, podendo assim o julgamento confiado ao Juízo penal, ainda que desprovido este de específica competência em matéria tributária.[6]

Na explicação de Tesauro, o princípio, para o imposto direto, segundo a lei de 1929, estendido ao IVA pelo decreto que o instituiu, era o de que a ação penal não podia ter curso se não tornado definitivo o lançamento do tributo. Entretanto, explica aquele mestre, constatou-se que tal princípio fez praticamente inoperante a eficácia intimidatória da sanção penal porque, dada a prolixidade do processo tributário, a

(5) STJ, 6.ª Turma, RHC 2699-0-SC, rel. Ministro Pedro Acioli, acórdão publicado na íntegra no Repertório IOB de Jurisprudência 24/94, 2.ª quinzena de dezembro de 1994, texto 3/10400, pp. 475/471.

(6) Cf. Giovanni Fiandanca — Enzo Musco, Diritto Penale Tributário, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 1 a 3.

ação penal podia iniciar-se só muito tempo depois do conhecimento do fato ilícito.

O princípio, todavia, tinha sua justificação lógica, porque o crime de evasão só podia ser afirmado depois que fosse determinado o imposto devido, donde resultava lógico que o juízo penal tivesse vez depois que o juízo tributário tivesse resolvido a controvérsia fiscal. Para abolir a prejudicial, era condição indispensável a modificação da norma incriminadora, a qual agora, prevalentemente, não considera crime a evasão (omissão incompleta ou infiel declaração), mas o cometimento de fato propiciador ou instrumental da evasão, ou outro fato cuja afirmação não implica resolver a questão de quantificação.[7]

Não obstante, extremamente complexo, o Direito Penal Tributário italiano tem pontos importantes a serem observados, tais como: a) a relativa ligação entre o Juízo penal e o tributário, tanto que, em regra, a sentença irrecorrível de condenação, ou de absolvição tem autoridade de coisa julgada no processo tributário no que concerne aos fatos materiais que foram objeto do juízo penal (art. 12, § 2.º, da Lei 516/1982); b) em conseqüência, a possibilidade de com base nos fatos materiais afirmados pelo Juízo penal, a Administração Tributária fazer lançamento, se não atingido tal direito pela decadência; c) o reconhecimento doutrinário de que a prevalência do Juízo penal é justificada por uma disfarçada desconfiança do legislador em relação aos juízos tributários.[8]

De todo modo, a análise da doutrina italiana demonstra que, ali, a lei anterior definia como crime a evasão, por isto mesmo se considerava indispensável o prévio lançamento do tributo, ou, em outras palavras, a determinação da ocorrência da efetiva supressão, ou redução, de um tributo legalmente devido, constituía uma circunstância prejudicial. Tinha-se a prejudicial tributária. E para afastá-la, a reforma penal alterou a definição do crime, que deixou de ser um crime material, de resultado, para tornar-se um crime de mera conduta, ou crime formal.

3.3 Retornando ao Direito brasileiro

No Brasil deu-se o contrário, como se passa a demonstrar. Com a Lei 8.137/90, operou-se a substituição de tipo penal de mera conduta, crime formal, por tipo penal em que o elemento essencial é precisamente a supressão ou redução do tributo, crime de resultado.[9]

Realmente, a Lei 4.729, de 14.07.1965, definiu o crime de sonegação fiscal, cujo tipo descreveu em seu art. 1.º, mediante ações ou omissões, todas elas relativas a obrigações tributárias acessórias, sem colocar o resultado como elemento integrativo do tipo, não obstante exigisse para a configuração deste, em qualquer caso, o dolo específico.

Já a Lei 8.137, de 27.12.1990, define o crime contra a ordem tributária de duas formas. A primeira, em seu art. 1.º, dizendo que constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir

(7) Cf. Francesco Tesauro, Instituzioni di Diritto Tributario, 4.ª ed., Utet, v. 1, p. 288.

(8) Cf. Augusto Fantozzi, Diritto Tributario, Utet, Torino, 1994, p. 490.

(9) Cf. Paulo José da Costa Jr. e Zelmo Denari, Infrações Tributárias e Delitos Fiscais, Ed. Saraiva, São Paulo, 1995, pp. 100/101; Pedro Roberto Decomain, Crimes Contra a Ordem Tributária, Obra Jurídica, Florianópolis-SC, 1994, p. 48; Gerd W. Rothmann, A Extinção da Punibilidade nos Crimes Contra a Ordem Tributária, em Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário, Volume de Apoio, p. 42/43; Aristides Junqueira Alvarenga, Crimes Contra a Ordem Tributária, em livro de igual nome, coordenado por Ives Gandra da Silva Martins, Ed., São Paulo, 1995, p. 52.

tributo ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as condutas que indica em seus cinco incisos. E a segunda, em seu art. 2.º, dizendo que constituem crime da mesma natureza, condutas relativas a obrigações acessórias (incs. I e V); o não recolhimento de tributo cobrado ou descontado, que muitos denominam apropriação indébita de tributo (inc. II), além de reproduzir, com ligeira alteração, o tipo que estava na lei anterior, de exigir, pagar ou receber percentagem sobre incentivo fiscal (inc. III), acrescido de outro, configurado pela conduta de deixar de aplicá-lo ou aplicá-lo indevidamente (inc. IV).

Pode-se afirmar, assim, que a lei atual define a supressão ou redução de tributo (art. 1.º) como crime material, ou de resultado. Sua configuração exige que se defina a existência de um tributo devido, para que se possa afirmar sua supressão, ou redução, mediante uma ou mais das condutas descritas na lei.

É induvidoso, portanto, que a invocação do Direito italiano não ampara a tese que vem sendo adotada em alguns julgados, no Brasil. Pelo contrário, a análise do Direito italiano demonstra que, em nosso caso, sendo o crime de supressão ou redução de tributo um crime de resultado, não se pode afastar a questão prejudicial tributária.

4. O tipo penal e a existência de tributo devido

4.1 Um conceito normativo

Na Teoria Geral do Direito é inegável a distinção entre conceitos *normativos*, estabelecidos pela Ciência do Direito, e aqueles não normativos, ou *descritivos*, estabelecidos por outros setores do conhecimento humano.

Fundado na doutrina de Karl Engisch, que distingue os conceitos *normativos*, dos *descritivos*, Costa Jr. assevera, com inteira propriedade, que "se a norma penal tributária, para tipificar uma conduta, se utiliza de *conceitos normativos* auridos do Direito Tributário, é esta disciplina que deverá ser consultada para precisar o alcance da norma. Em suma, é o Direito Tributário que deverá explicar e definir o que é "tributo", e "contribuição social" ou "sujeito passivo de obrigação", com vistas à tipificação do crime contra a ordem tributária".[10]

4.2 O conceito "tributo"

Reportando-se a *tributo*, e a *contribuição social*,[11] na definição do tipo penal, o dispositivo penal restou-se completável pelos dispositivos da legislação tributária dos quais resultam aqueles conceitos.

Crime de resultado, para cuja configuração é indispensável a *supressão* ou *redução de tributo*, pressupõe a existência de uma relação jurídica tributária, isto é, pressupõe a existência de um *tributo*. Sem um tributo, que possa, de fato, ser suprimido, ou reduzido, evidentemente não se pode consumar o crime contra a ordem tributária.

É certo que a Lei 8.137/90 define também crime formal, ou de mera conduta. Mesmo neste, porém, é imprescindível a existência de um *tributo devido*, sem o qual o dolo específico não é possível.[12]

(10) Paulo José da Costa Jr. e Zelmo Denari, Infrações Tributárias e Delitos Fiscais, Ed. Saraiva, São Paulo, 1995, p. 101.

(11) Desnecessária a referência à *contribuição social*, porque está se inclui no conceito de tributo. De todo modo, a referência é útil para eliminar possível argumento no sentido de excluir do tipo penal a supressão de contribuições sociais.

(12) Mesmo em relação ao crime de mera conduta, é razoável admitir-se que é imprescindível a prévia decisão administrativa

4.3 Competência privativa

No sistema jurídico brasileiro, compete privativamente à autoridade administrativa dizer da existência, e dimensionar economicamente a relação tributária. Em outras palavras, compete privativamente à autoridade administrativa lançar o tributo.[13]

Assim, a manifestação definitiva da autoridade da Administração Tributária é indispensável para que se possa ter como configurado o crime de supressão ou redução de tributo, ou fraude com esse fim praticada.

4.4 Decisão administrativa e supremacia constitucional

Garante a Constituição Federal que "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".[14] É induvidoso, portanto, o direito do contribuinte ao processo administrativo fiscal de acertamento tributário, com o contraditório e a ampla defesa.

Admitir-se a ação penal por crime de supressão ou redução de tributo, sem que a autoridade administrativa competente tenha dito existente o próprio objeto do cometimento ilícito, é excluir o direito do contribuinte de ter apurada na via própria a existência da relação tributária, e feita a sua correspondente quantificação econômica. Sobretudo agora, quando o pagamento do tributo, antes da denúncia, extingue a punibilidade, é evidente que o contribuinte tem o direito de ter regularmente apurada a existência, e determinado o valor do tributo, antes da denúncia, para que possa, se quiser, exercitar o seu direito de extinguir a punibilidade, pelo pagamento.

Admitir-se, portanto, a ação penal, antes da decisão definitiva da autoridade administrativa, afirmando a existência, e determinando o montante, do tributo, é admitir a ação penal como verdadeiro instrumento de coação para compelir o contribuinte ao pagamento de tributo indevido. Todos sabem dos gravames, sobretudo no plano moral, que o envolvimento em uma ação penal representa. Não é difícil concluir-se, portanto, que o contribuinte, em face da ameaça de denúncia criminal contra ele, sentir-se-á coagido a pagar o tributo, ainda que flagrantemente indevido.

Como ninguém ignora as freqüentes investidas do Fisco, contrariando as Leis e a Constituição, buscando suprir os cofres do Estado sempre deficitário, é evidente que a ameaça da ação penal, antes mesmo que a autoridade administrativa decida a respeito da impugnação feita pelo contribuinte a um auto de infração, constitui forte e inadmissível instrumento de coação, que contraria flagrantemente a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo fiscal.

sobre o tributo devido, desde que o dolo específico, o propósito de suprimir ou reduzir tributo, é essencial para a configuração do crime. Não se pode, porém, deixar de reconhecer a diferença que existe entre o crime material, e o formal, neste contexto. Nem deixar de reconhecer que em se tratando de crime formal não se aplica o argumento fundado na evolução legislativa.

(13) Estabelece o Código Tributário Nacional: Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo ocaso, propor a aplicação da penalidade cabível.

(14) Constituição Federal, art. 5.º, inc. LV.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ressalte-se que não se trata de garantia simplesmente formal. Todos sabem que na via administrativa as questões fiscais são geralmente bem resolvidas, sobretudo quando se trata de questões de fato. Via especializada, onde se lida exclusivamente com questões tributárias, nela são enfrentadas as questões de fato com muito mais adequação. Daí porque a supressão do direito do contribuinte, de ter examinadas as suas razões na via administrativa, antes do início da ação penal, é da maior relevância.

4.5 Sanções políticas

Submeter o contribuinte à coação consubstanciada na ameaça de ação penal, é muito mais grave do que obrigá-lo simplesmente a pagar para depois discutir. E todos sabem que o velho princípio "solve et repete", que a legislação ditatorial de 1937 a 1946, introduziu em nosso país, pelos Decs.-leis 5, de 13.11.1937; 42, de 06.11.1937; 3.336, de 10.06.1941, e outros diplomas, que, depois da Constituição de 1946, vêm recebendo repulsa do Supremo Tribunal, em dezenas de julgados, a despeito da insistência das repartições arrecadadoras".[15]

O Supremo Tribunal Federal, aliás, tem considerado inconstitucionais todas as formas de sanção política, aplicadas contra contribuintes reiteradamente inadimplentes, porque tais sanções configuram forma oblíqua de compelir o contribuinte ao pagamento do tributo. Por votação unânime de seu plenário, nos Embargos de Divergência no RE 115.452-7-SP, relator o eminente Ministro Carlos Velloso, decidiu que "o regime especial do ICM, autorizado em lei estadual, porque impõe restrições e limitações à atividade do contribuinte, viola a garantia constitucional da liberdade de trabalho (CF/67, art. 153, 23; CF/88, art. 5.º, inc. XIII), constituindo forma oblíqua de cobrança do tributo, assim execução política, que a jurisprudência do Supremo Tribunal sempre repeliu".[16]

A ameaça de início da ação penal, sem o exaurimento da via administrativa, é forma oblíqua de obrigar o contribuinte ao pagamento de tributo que a própria Administração poderá considerar indevido.

4.6 Garantias constitucionais

A exigência de prévio exaurimento da via administrativa, para que validamente possa ser proposta a ação penal, nos crimes contra a ordem tributária, é indiscutivelmente uma forma de fazer efetivas as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, induvidoso como é direito do contribuinte ao regular e prévio procedimento administrativo de acertamento.

No Direito brasileiro, a necessidade de prévia decisão da autoridade administrativa, no crime de supressão ou redução de tributo, é muito mais do que uma questão de Direito Penal ou Processual Penal. É uma questão de Direito Constitucional. Admitir-se a denúncia criminal antes da decisão definitiva da autoridade da Administração, é forma clara de negação da supremacia constitucional.

É suprimir o direito que tem o contribuinte de impugnar a exigência do tributo, demonstrando que o fato apontado pelo fisco não é adequado à hipótese de incidência do tributo. Esse direito, de cunho patrimonial, cuja defesa

(15) Aliomar Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro, Forense, 2ª ed., p. 495.

(16) DJU I 16.11.1990, p. 13.059 e Repertório IOB de Jurisprudência, 1/91, p. 07.

no âmbito do acertamento tributário é garantido pela Constituição, resta amesquinhado pela ameaça da ação penal.

É suprimir o direito à ampla defesa, no concernente à própria sanção penal, porque neste se inclui, induvidosamente, o direito de demonstrar a inexistência da relação de tributação, perante a Administração Tributária, sem ser coagido pela ameaça de ação penal.

É violar a garantia de que ninguém será privado da liberdade, ou de seus bens, sem o devido processo legal, que é o mais valioso dos instrumentos que o Direito oferece para garantia da liberdade. Na lição de Greco Filho: "*Uma das garantias mais importantes que nos foram legadas pelas declarações universais de direitos é, inegavelmente, a do devido processo legal para a imposição de pena criminais*".[17] Assim porque, com certeza, no devido processo legal se inclui o direito ao processo administrativo-fiscal útil, vale dizer, cuja utilização não esteja frustrada pela ameaça da ação penal.

O Tribunal Regional Federal da 5.ª Região tem adotado este entendimento: "Para a efetividade das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, impõe-se que o início da ação penal, nos crimes contra a ordem tributária, seja condicionado à regular apuração, pelas autoridades administrativas competentes, da ocorrência do ilícito tributário".[18] "Admitir o início da ação penal antes da manifestação definitiva da autoridade administrativa sobre a ocorrência da supressão, ou redução do tributo, resultado que integra o tipo definido no art. 1.º, da Lei 8.137/90, implica maus tratos à garantia constitucional da ampla defesa no processo administrativo".[19]

A Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, embora com fundamentação diversa, também já decidiu pelo trancamento de ação penal iniciada antes do exaurimento da via administrativa.

5. Questão prejudicial

A exigência de prévio exaurimento da via administrativa é mais do que uma questão prejudicial. É meio de assegurar as garantias constitucionais do cidadão contribuinte, como acima demonstrado.

Por outro lado, concluído o procedimento administrativo, tem o contribuinte direito de discutir a exigência em Juízo. Sobretudo em se tratando de questões relativas à constitucionalidade da lei tributária, relativamente às quais ainda prevalece o entendimento que sustenta a impossibilidade de seu deslinde pela autoridade administrativa.

Seja como for, como nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Judiciário, é induvidoso o direito de ter o contribuinte manifestação judicial sobre suas divergências com o Fisco.

Posta a questão em Juízo, seja mediante ação anulatória de lançamento, ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária, ou qualquer outro procedimento judicial, tem-se então uma questão prejudicial, cujo deslinde deve ser aguardado pelo Juízo criminal.

Também aqui não se trata de aplicar apenas os dispositivos do Código de Processo Penal. Trata-se de aplicar a Constituição.

O Juízo criminal não tem competência para dizer que determinado tributo

(17) Vicente Greco Filho, Manual de Processo Penal, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 46.

(18) 1.ª Turma, AMS 44.209-AL, rel. Juiz Hugo Machado, unânime, julgado em 27.10.1994, Revista de Direito Tributário do TRF-5ª, 1, 1995, p. 171.

(19) 1.ª Turma, Liminar no HC 591-CE, Rel. Juiz Hugo Machado, julgado em 28.03.1996.

não é devido,[20] seja porque a lei que o instituiu, ou aumentou, é inconstitucional, seja porque o fato efetivamente ocorrido não se subsume à hipótese de incidência tributária. Assim, é evidente que negar a procedência do Juízo cível implica violência ao direito do contribuinte, de ter deslindada ali a questão de saber se é, ou não, devedor de tributo. Sobretudo quando o pagamento deste, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade.

Ressalte-se que a espera não acarretará prejuízo para o direito de punir, pois a prescrição não terá curso enquanto não resolvida a questão prejudicial.

6. Conclusões

Diante do exposto, podemos chegar as seguintes conclusões:

1.ª) Nos crimes contra a ordem tributária, cujo tipo inclui o resultado supressão ou redução do tributo é inadmissível a ação penal sem que tenha havido o exaurimento da via administrativa, com decisão definitiva da autoridade da Administração Tributária afirmando o fato *supressão, ou redução de tributo devido*. A Súmula 609, do STF, não se presta como fundamento para a tese contrária, pois cuida de questão diversa, de natureza simplesmente processual.

2.ª) Mesmo em se tratando de crime formal, como é o tipo previsto no art. 2.º, inc. II, da Lei 8.137/90, tem-se como imprescindível o exaurimento da via administrativa, pois o dolo específico é indispensável à configuração do crime, e não poderá estar presente se não houver um tributo *devido*;

3.ª) Admitir-se a ação penal, antes do exaurimento da via administrativa, impõe maus tratos às garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, além de constituir odiosa forma oblíqua de compelir o contribuinte ao pagamento do tributo, sem um exame, pela autoridade competente, da questão de saber se o mesmo é devido, ou não.

4.ª) Colocada em Juízo a questão de saber se existiu, ou não, no caso, supressão ou redução de tributo devido, seja mediante ação anulatória de lançamento, ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária, ou qualquer outro procedimento judicial, tem-se então uma questão prejudicial, cujo deslinde deve ser aguardado pelo Juízo criminal.

(20) Julgar improcedente a denúncia não significa afirmar a inexistência da relação de tributação, e em nenhuma hipótese o Juízo criminal poderá condenar a Administração Tributária a abster-se da cobrança do que entende ser à mesma devido.

4 — DIREITO DE TRÂNSITO

ALGUMAS NOTAS SOBRE A VELOCIDADE DOS VEÍCULOS AUTOMOTORES

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

A velocidade dos veículos automotores sempre foi considerada causa dos mais freqüentes de acidentes nas vias de circulação pública. A jurisprudência e a doutrina são fartas a respeito do comportamento do condutor, envolvido em acidente de trânsito, especialmente quanto ao uso da velocidade inadequada.

Neste trabalho procuramos tratar do assunto, iniciando com as afirmações de Waldyr de Abreu[1] que nos recorda que a velocidade parece ter sido sempre a aspiração do homem. Opor-se a ela, não seria possível nem conveniente, mas a funcionalidade dos veículos terá que ser considerada incluindo a segurança. A norma legal deverá estabelecer o necessário equilíbrio entre a segurança e a velocidade.

Como adverte T. Perseo, citado por Carlos Alberto Olano Valderrama,[2] a regulamentação da velocidade "no debe consistir solo en la represión indiscriminada de la velocidad o en su exagerado sacrifício sobre el altar de la previción, sino en la busqueda de limites capaces de atemperar, dentro de lo possible, las exigencias sociales que requierem garantizar una circulación de velocidad adecuada y un minimo, al menos, de seguridad en las vias públicas".

A Convenção sobre Trânsito Viário, promulgada no Brasil pelo Decreto 86.714, de 10.12.1981, e aprovada pelo Decreto Legislativo 33, de 1981, e que em nosso entendimento supera o que for contrariado pela Lei 5.108, de 21.09.1966 (Código Nacional de Trânsito) determina no art. 13.1 que "Todo condutor de veículo deverá ter em todas as circunstâncias o domínio de seu veículo, de maneira que possa acomodar-se às exigências da prudência e estar a todo momento em condições de efetuar todas as manobras necessárias. Ao regular a velocidade de seu veículo, deverá ter constantemente em conta as circunstâncias, em especial a disposição do terreno, o estado da via, e carga do seu veículo, as condições atmosféricas e a intensidade do trânsito, de tal forma que possa deter seu veículo dentro dos limites de seu campo de visibilidade, como também diante de qualquer obstáculo previsível. Deverá diminuir a velocidade e, quando preciso, deter-se tantas vezes quanto as circunstâncias o exigirem, especialmente quando a visibilidade não for boa".

Bastante amplo, também, é o preceito do art. 7.º do Código da Estrada, de Portugal, determinando que "Os condutores devem regular a velocidade dos veículos de modo que, atendendo às características destes, às condições da

(1) Waldyr de Abreu — Temas fundamentais dos Códigos de Trânsito — Relatório de bolsista do IPR, 1971, Rio de Janeiro, p. 25.

(2) T. Perseo — Comento Teórico Prático del Codice della Strada, citado por Carlos Alberto Olano Valderrama — Tratado General sobre accidentes de circulación, Bogotá, 1968, p. 212.

via, à intensidade do tráfego e a quaisquer outras circunstâncias especiais, não haja perigo para a segurança das pessoas e das coisas, nem perturbação ou entrave para o trânsito".

Embora sejam definições técnicas, precípuamente destinadas à engenharia de tráfego, servimo-nos do ensinamento de Luís Ribeiro Soares[3] para adoção das seguintes definições básicas:

Velocidade é a relação entre a distância percorrida *d* e o tempo gasto *t* para percorrê-la, sendo expressa pela fórmula v = d/t. *Velocidade instantânea* é a velocidade de um veículo ao passar por um determinado ponto (spot speed). *Velocidade percentual* de 15% ou de 85% é aquela abaixo da qual trafegam 15% ou 85% dos veículos respectivamente. *Velocidade mediana* é a velocidade percentual correspondente a 50% dos casos (median speed). *Velocidade de cruzeiro* é aquela obtida dividindo a distância total percorrida pelo tempo gasto enquanto o veículo esteve em movimento (overale speed)".

Ribeiro Soares especifica que o estudo da velocidade tem por objetivo principal assegurar o conhecimento das variações registradas nas velocidades instantâneas e nas de cruzeiro; dos efeitos das condições físicas, do tráfego, da visibilidade e atmosféricas sobre a velocidade; e do estabelecido das correlações entre as velocidades instantâneas e as de cruzeiro (obra cit. p. 80).

O mesmo autor consigna (o que todos técnicos confirmam) que "o excesso de velocidade constitui uma das causas mais frequentemente assinaladas (de 20 a 40%) nos acidentes fatais que ocorrem nas estradas, sabido que a gravidade dos mesmos aumenta à medida em que aumenta a velocidade dos veículos envolvidos" (obra cit. p. 88).

(3) Luiz Ribeiro Soares — Engenharia de Tráfego, Rio de Janeiro, 1975, p. 80.

"Quanto à gravidade dos acidentes, o *National Safety Council* dos Estados Unidos calculou que em 1941 o *índice de gravidade* (relação entre o número de motoristas mortos para cada 1.000 motoristas feridos) nos acidentes verificados nas estradas rurais americanas era de 21 para velocidade entre 20 e 30 mph, de 36 para velocidades entre 31 e 40 mph, de 48 para velocidades compreendidas entre 41 e 50 mph e de 92 para velocidades acima de 51 mph" (obra cit., p. 89).

Sobre os métodos para controlar a velocidade, o ilustre membro do Institute of Trafic Engineers esclarece que são necessários três centros de atividades distintas: *educação, fiscalização e engenharia*. "Quanto ao primeiro influi tanto sobre os motoristas como sobre o público em geral, dependendo essencialmente das campanhas de propaganda e de esclarecimentos sobre as conseqüências do excesso de velocidade. O segundo não se restringe apenas ao âmbito policial, através de fiscalização mais intensa e eficiente, uma vez que também se estende até a magistratura judicial que, em última instância, é quem vai decidir sobre a culpabilidade dos acidentes e a aplicação das penas e sanções cabíveis em cada caso. A atuação do terceiro campo de ação, que diz respeito aos aspectos técnicos do problema, se faz sentir indiretamente através das seguintes modalidades de medidas corretivas: Projeto das estradas. Construção e reconstrução das vias públicas, levando em consideração a distância de visibilidade, o grau de curvatura, a largura das pistas e demais condições técnicas que permitam alcançar velocidades uniformes com segurança para os usuários da estrada. Zoneamento da velocidade. Estabelecimento de zonas de velocidade, baseadas no estudo do tráfego e nas condições locais prevalecentes em áreas onde os limites normais de velocidades não se coaduam com as condições

reinantes na estrada e no tráfego de veículos, a título de auxílio aos motoristas para que ajustem as suas velocidades àquelas condições. Demarcação dos limites. Identificação das curvas e cruzamentos onde se torne necessária uma redução da velocidade normal, bem como sinalização adequada dos limites de velocidade nos pontos onde as estradas entrem ou deixem as zonas residenciais ou industriais e comerciais. Regulamentação. Adoção dos princípios básicos do Código Nacional de Trânsito e fixação dos limites mínimos e máximo de velocidades, conforme o tipo de veículo considerado" (obra cit. p. 89/90).

O Código Nacional de Trânsito (Lei nº 5.108 de 21.09.1966) não se refere aos limites de velocidade nas vias que define no art. 16, mas o seu Regulamento (aprovado pelo Decreto 62.127, de 16.01.1968), repetindo tais definições no art. 39, estabelece no seu parágrafo único os limites de até 20km nas vias locais, até 40km nas vias secundárias, até 60km nas vias preferenciais e até 80km nas vias de trânsito rápido.

A velocidade máxima permitida para veículos automotores será indicada por meio de placas e estabelecida em atenção às condições de trânsito em cada via (art. 40 do RCNT).

A velocidade mínima nas vias preferenciais e de trânsito rápido não poderá ser inferior à metade da velocidade máxima para elas estabelecida (art. 41 do RCNT). Será bom lembrar o que dispõe o art. 34, § 1.º do CNT, ou seja, "na falta, insuficiência ou incorreta colocação de sinalização específica não se aplicarão sanções pela inobservância dos deveres e proibições estipulados neste Código e seu Regulamento, para cuja observância seja indispensável a sinalização".

O legislador do Código de Trânsito de 1966 preferiu não estender-se muito na relação das medidas de segurança, como o fizeram a Convenção de Viena, o Código da Estrada, de Portugal, e tantos outros estatutos, preferindo consignar no art. 83, como dever de todo condutor de veículo "Dirigir com atenção e os cuidados indispensáveis à segurança do trânsito".

Hilton J. Gadret[4] comentando o art. 83 afirma que a recomendação peca pela falta de definição e objetividade. "Pode funcionar como um recurso para o enquadramento de qualquer falta não capitulada expressamente, por exemplo: *tirar fino* de outros carros ou pedestres, *fechar* outros veículos em marcha, trafegar muito rente ao meio-fio onde houver pedestres, especialmente se o passeio estiver obstruído por obras, tapumes, etc."

O dever imposto aos condutores realmente é um tanto vago, muito embora deva ser aplicado como as demais regras previstas pelo legislador, já que especifica uma penalidade. No entanto, essa aplicação sofre o perigo de interpretação subjetiva do agente.

Na França, o regulamento do "Code de la route" trata da velocidade com maiores detalhes ao assinalar: "Tout conducteur doit constammente rester maitre de sa vitesse et mener avec prudence son véhicule ou ses animaux. Il doit regler sa vitesse en fonction de l'état de la chaussé, des difficultés de la circulation et des obstacles prévisibles".

Waldyr de Abreu,[5] a propósito da expressão "rester maitre de sa vitesse", citando L. Blanc e René Vassas, esclarece que para estes a expressão é vazia de sentido, pois o condutor é senhor do veículo e não da velocidade, afirmando

(4) Hilton J. Gadret — Trânsito Superfunção Urbana, Fundação Getúlio Vargas, 1969, p. 192.

(5) Obra cit., p. 27.

que o legislador apenas usou a linguagem figurada, o que foge ao estilo mais indicado às normas jurídicas. Informa ainda o mestre que o velho Código italiano de 1928 já falava em "padroneggiare la velocità del veicolo", enquanto o Código espanhol de 1934 também se referiu a condutores serem "dueños en todo momento del movimiento".

Mais minucioso que o código francês é o italiano que no art. 102 determina: "É obbligo del conducente regolare la velocità del veicoli in modo che tenute presenti le eventuali limitazioni, avuto riguardo al loro tipo, sistema di frenatura e peso, alle caratteristiche e conduzioni delle strade e del traffico e altre especiale circostanze di qualsiasi natura, essa non costituisca pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose e causa di disordine o di intralcio per la circulazione".

Jean Bedour[6] ensina: "Etre maître de sa vitesse c'est, pour un conducteur, placé devant une situation donné, qu'il a pour voir ou prévoir, conserver la possibilité de diriger ou de stopper son véhicule de telle façon que ce dernier ne soit pas cause d'un accident".

Decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que "se o motorista, por excesso de velocidade, não tem o pleno domínio do veículo na iminência de um desastre, não pode invocar circunstâncias previsíveis, como obstáculo na pista, deslumbramento, leito carroçavel escorregadio, para afastar a culpa, configurando-se, pois, a prática delituosa". (Jutacrim XIV/229).

O mesmo Tribunal sentenciou: "Quem conduz veículo motorisado não pode procurar isentar-se de culpa invocando dificuldades ou obstáculos surgidos em seu caminho, a pretexto de que aí derivou o acidente. Impõe-se a solução, eis que a velocidade dos veículos deve ser tal que o condutor possa, a qualquer momento, moderar a marcha ou detê-la, conforme os obstáculos da via pública ou as situações que surjam" (Jutacrim 39/169).

Ainda a mesma Corte declarou: "Ser senhor da sua velocidade, é, para um condutor, colocado diante de uma dada situação, que ele possa ver ou prever, conservar a possibilidade de dirigir ou parar seu veículo, de tal modo que êste último não seja causa de um acidente" (RT 585/340).

Consigne-se, ainda, o que subscrevemos em acórdão do Tacrim: "O motorista deve ser sempre senhor da velocidade e direção do seu veículo. Age em culpa o condutor que imprime ao auto que dirige velocidade incompatível com as condições locais e, em conseqüência, perdendo a direção, dá causa ao capotamento do mesmo, causando ferimento em terceiros" (Jutacrim 51/127).

Waldyr de Abreu contrapõe-se a Farinelli e Bonvicini quando criticam o casuismo do legislador, indicando na lei alguns casos de maior perigo. Concordamos com o festejado autor patrício, pois mesmo com as omissões, a indicação dos casos mais frequentes de riscos vale como viva advertência aos usuários, atenuando-lhes a tarefa da interpretação legal, do que nem sempre são capazes ou desejosos de bem fazê-lo.

No art. 83, inc. XXIII, o CNT impõe como dever de todo condutor de veículo "Transitar em velocidade compatível com a segurança", especificando, nas letras *a* até *i*, os locais e os momentos onde deve levar a compatibilidade exigida pelo legislador.

Segundo o Aurélio, compatível é o objetivo daquilo que pode coexistir, isto é, a velocidade que seria também chamada de adequada para o local e o momento que não permitem qualquer excesso.

(6) Jean Bedour — précis des Accidents d'Automobile, 4.ª ed., 1959, p. 95.

São muito usadas as expressões velocidade compatível, velocidade excessiva e velocidade adequada. Todas elas, na verdade, estão compreendidas na frase "rester maître de sa vitesse" a que já fizemos referência.

O Código da Estrada, de Portugal, é mais feliz na indicação das restrições, colocando no rol do art. 7.º a locução "quaisquer outras circunstancias especiais", e Manoel Oliveira Matos[7] escreveu sobre ela: "Por último o Código refere-se a *quaisquer circunstâncias especiais*: citar-se-á, por exemplo, a possibilidade de deslumbramento pela luz do sol, se for de dia, a existência de nevoeiro que impõe a diminuição extraordinária de velocidade do veículo de modo que possa parar-se numa distância mais curta; ser de dia ou de noite (durante a noite os riscos da condução automóvel duplicam, pelo que, se o automobilista, embora por estrada reta e larga, conduz a uma velocidade de 80 a 90km/h, mostrando-se o vidro da frente embaciado, o que diminuiria a distância normal da visibilidade e torna as imagens difusas, imprecisas e mal localizadas, comete a contravenção do art. 7.º (ac. do STJ, de 16.11.1960, BMJ 101.º — 458), a idade e experiência do condutor, a existência de neve ou códão na estrada, etc.".

Mira y Lopes, em artigo publicado na imprensa de São Paulo demonstra o que é psicológicamente o desejo de sentir a vertigem da velocidade. Diz ele; "Cada dia aumenta assustadoramente o número de acidentes mortais do tráfego que se atribuem à chamada "vertigem" da velocidade. Para muitos essa vertigem representa uma espécie de espírito maléfico que se apodera do ingênuo e desprevenido automobilista, fazendo-o pisar com toda força no acelerador e levando-o dessa forma para o inferno. Seria, portanto, uma armadilha diabólica para atrair vítimas, todas elas mais dignas de compaixão do que de censura. Evidentemente não é esse o critério da Igreja, pois sua Santidade o Papa disse que incorre em grave pecado o automobilista que guia com excesso de velocidade e se transforma assim num suicida ou assassino em potencial".

A Igreja romana tem cuidado do assunto por envolver moral e religião. Dentre os "pecados novos" colocados na obra *O pecado*, compilada por prelados da Cúria Romana, vem mencionado de modo especial o pecado do trânsito. Mons. Gaudel, Bispo de Frejus e Toulon, na França, prescreveu aos seus diocesanos "acusarem no confessionário as infrações caracterizadas no Código de Trânsito".

Dirigir embriagado ou em alta velocidade e desobedecer às leis e aos sinais de trânsito constituem pecado igual à tentativa de homicídio ou de suicídio, segundo manifesto que a Regional Sul II da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) divulgou em Curitiba. (v. Doutrina, Legislação e Jurisprudência do Trânsito, Saraiva, 3.ª ed. 1987, pp. 58/59).

O documento, redigido por Frei Dionísio Nardelli, Frei Pio Simão Boscheco e Frei Ovidio Zanini, parte da premissa de que o automóvel é uma arma tão ou mais perigosa do que um revólver ou um rifle.

Para o Cardeal François Marty, de Paris, em mensagem enviada à CNBB, o "automobilista que voluntariamente fica em condições de perder o controle de seu veículo comete uma culpa objetivamente grave com relação a Deus".

Na Carta Pastoral o prelado diz que: "o automóvel não é um joguete, porém um meio de transporte, uma máquina construída para servir aos homens e não para destruí-los. Reconhece no documento que ninguém tem a clara intenção

(7) Manuel de Oliveira Matos — Código da Estrada Anotado. Almedina, 1991, p. 53.

de matar, mas alguns se submetem à máquina" e por tal paixão são impelidos a crimes.

Roger Piret[8] escreveu: "La "embriaguez dela velocidad" constituye la manifestación más caracteristica de la sensación de aumento de poderio; pero conviene analizar su naturaleza. En cierto aspecto, no es patrimonio exclusivo del conductor de vehiculos con motor.

El jinete al galope, el ciclista (sobre todo bajando cuestas), el esquiador, el pasagero de un tren, etcétera, pueden experimentarlo en diversos grados. Es un fenómeno psicofisiológico bastante complejo, que se explica por la acción tónica de un conjunto de excitaciones sensoriales heterogéneas: visuales (en la mayor parte de los casos), auditivas (en algunos de ellos), táctiles (viento), cinéticas (por el movimieto y laberínticas (relativas a la aceleración).

Também ha de tenerse en cuenta una excitación tiroidea, segun doctrina reciente del Dr. Gautier. Pero em los automovilistas o motoristas interviene otro elemento propiamente psicológico: la libre disposición de la velocidad, la possibilidad de acelerar, a volutad, al menos hasta certo límite.

Esta possibilidad no está condicionada ni por el dominio de um animal (jinete), ni por una pendiente (ciclista, esquiador), ni por una fuerza natural (por ejemplo, el viento: velero), ni por una voluntad ajena (passagero).

La velocidad depende únicamente del conductor, y en esto reside, en gran parte, la satisfacción del instinto de dominio".

M. Arias — Paz[9] ensina que existem muitas opiniões acerca da velocidade.

Certamente, elas são causas de bastantes desgraças, mas o que se chama de "velocidade excessiva" é um termo relativo: perigosa para determinado condutor ou com tal automóvel já não será com outro motorista ou com outro veículo. Que seja ou não excessiva não depende da cifra de quilômetros por hora, e sim da potência, peso e estabilidade do veículo, da habilidade serena do condutor e sua condição momentânea, estado e traçado do caminho e outros muitos fatores.

Ainda segundo Arias — Paz "El tráfico es la coexistencia simultanea en espacio y tempo de numerosas circulaciones. Cada una de ellas está regida, a fim de cuentas, por un cerebro humano que debe integrar todos la incidencias de su proprio vehiculo, de la via y de tráfico, reacionando rápidamente en la resultante más apropriada e eficaz para cada momento. Esta resultante se convierte en acción; pero el proceso integrador necessita tiempo y, por conseguiente, sus datos determinantes han de ser conocidos con um cierto "avance" o antecipación sobre la realidad instantánea o presente que precisará de la decisión".

A velocidade está intimamente relacionada com a distância de segurança, outro fator de grave risco nas estradas e na zona urbana.

Alicia Franco de Mora e Nelson R. Mora[10] doutrinam que "El conductor que marcha demasiado cerca del vehículo que va adelante es un verdadero antisocial y non un simple conductor imprudente, porque con su conducta altamente peligrosa, em cualquier instante puede ocasionar un accidente múltiple, sobretodo por lo angosto de nuestras calzadas, que, de otra parte, no tienem bermas o zonas de seguridad

(8) Roger Piret — Psicologia del Automobilista y seguridad vial — Dossat, Madrid, tradução e notas de M. Arias — Paz, p. 84/85.

(9) M. Arias — Paz — Cartilla de Circulación Automóvil, 11.ª ed., 1957, p. 153.

(10) Alicia Franco de Mora e Nelson R. Mora, El Accidente Automoviliario, Bogotá, 1975, p. 129.

para maniobras de emergencia. Paul Kearney, al estudiar el problema de los "pisacolas" en los Estados Unidos, expone: "Los choques que resultam cuando un automóvil alcanza a otro por la parte trasera, suman hoy el 46 por ciento de todos los accidentes que ocurren en los Estados Unidos durante el dia. Tanto los directores de la supercarretera de peaje de Pensilvania como los de Nueva Jersey, informan que las colisiones de esta clase han sido, con mucho, las más frecuentes en esas vias. El Consejo Nacional de Seguridad de los Estados Unidos, calcula que en el 13 por ciento de los accidentes automobilisticos serios, el culpable es el automovilista "pisacolas".

Mais adiante escrevem os autores:

"El problema de los llamados "pisacolas" tiene su origen en que los conductores no guardan la *distancia mínima de seguridade* que debe existir entre uno y otro vehículo cuando circulan en la misma dirección y por la misma calzada. Especialmente en las autopistas, los coductores "pisacolas" marchan en *manada*, en grupos de seis, ocho o diez vehículos separados uno del otro por cinco o diez metros, cuando adelante o atrás y respecto del grupo de "pisacolas", existen espacios libres de uno y dos kilómetros, que cómodamente podrían ocupar los vehículos sin que de ello se derivara, peligro alguno para los usuarios".

Waldyr de Abreu, sempre lembrado, ensina que "a velocidade adequada exige um campo livre à frente do veículo em movimento, que lhe permita parar sem acidentes. É a distância longitudinal de segurança exigível, como na ultrapassagem se impõe ainda a distância lateral de segurança".

Recorda Gustavo Raùl Meilij:[11]

"Así como la conservación del orden en el tráfico vehicular impone un sentido y una mano o línea de circulación, también se requiere un cierto espaciamento entre los vehículos que circulan en una misma dirección, para permitirles manobrar sin perjudicar la marcha de los demás. Siempre debe mantenerse una distancia prudencial con el automóvil precedente, de manera tal que permita superar cualquier acontecimiento eventual. Esta distancia se encuentra condicionada a la velocidad y masa del vehículo, al estado del pavimiento, y a las demás circunstancias propias del caso".

O CNT, no art. 83, inc. III, comina como dever do condutor de veículo "guardar distância de segurança entre o veículo que dirige e o que segue imediatamente à sua frente".

O mesmo preceito vem disposto no Código da Estrada português, no art. 5.º, 5, com o esclarecimento de que a distância é necessária para qualquer parada rápida sem perigo de acidente.

Na França os tribunais repartem porcentualmente a responsabilidade, conforme os casos examinados. A este propósito Manuel de Oliveira Matos menciona uma decisão sobre responsabilidade repartida, cuja fonte está em Pascal e Plumelle.[12] Três veículos se chocaram na estrada em conseqüência de travagem inconsiderada do primeiro, surpreendido pelo aparecimento de um cão que veio a atropelar. Este não poderia ignorar que era seguido a pouca distância por outra viatura. O choque em cadeia, todavia, dos outros dois veículos deixa subsistir uma parcela de responsabilidade, já que não observavam uma distância suficiente para evitar as conseqüências de uma redução de velocidade do veículo da frente. Metade ficou

(11) Gustavo Raùl Meilij — Efectos jurídicos de los accidentes de transito, ed. Ariel, Buenos Aires, 1978, p. 27.

(12) Georges Pascal e Serge Plumelle — Infracode, 5.ª ed., Paris, 1970, pp. 53 a 55.

a cargo do primeiro automobilista e 1/4 para cada um dos dois outros.

Na obra Doutrina, Legislação e Jurisprudência do Trânsito[13] tivemos oportunidade de resumir, em tradução livre, a lição de Eugenio Bonvicini[14] sobre distância de segurança.

Quando um veículo segue a outro, assumindo a mesma velocidade daquele que o precede, deve manter uma certa distância que lhe garanta, em caso de, por qualquer eventualidade, brusca freada do veículo que o precede, de parar por sua vez, sem correr o risco de chocar-se na parte posterior daquele ("tamponamento").

Esta distância é portanto relacionada com a inevitável demora que leva o condutor para poder, por sua vez, iniciar a freada, supondo-se que ambos os veículos, que desenvolvem a mesma velocidade, possam parar dentro da mesma distância e no mesmo tempo.

A distância de segurança é então proporcionada àquilo que os técnicos denominam "tempo morto".

Este "tempo morto", na prática equivale ao "tempo psicotécnico" — (time-lag) pelo que, como foi dito anteriormente, se pode considerar como média a distância correspondente ao espaço percorrido durante o tempo psicotécnico de cerca de um (1) minuto segundo, em relação às várias velocidades desenvolvidas pelos veículos. Na realidade, porém, convém sempre guardar uma distância maior, não somente por prudência, e porque acontece não contar-se com uma freada brusca ou um bloqueio mas ainda uma freada gradual e técnica, ainda que o veículo que precede execute uma freada mais enérgica.

Contudo, é necessário levar em conta possíveis efeitos-negativos que pode ter a freada executada por quem nos precede (derrapagem, choque com outro veículo proveniente de direção oposta, capotamento, tombamento ou inversão de direção de marcha por rotação sobre o eixo, etc.) pelo que é conveniente guardar uma distância que seja realmente "de segurança".

Mas no guardar uma certa distância do veículo que precede, é necessário ainda levar em conta que em determinadas circunstâncias o poder de percepção-reação-ação (PIEV) pode ser bem menor em "tallonamento" com relação a outras circunstâncias da circulação.

Já falamos, entretanto, quando tratamos da psico-técnica do condutor que muito frequentemente se verifica, principalmente de noite, um fenômeno de hipnose quando se "tallona" por um certo tempo um outro veículo.

Sem aperceber-se, verifica-se um relaxamento do poder de atenção, tende-se a deixar-se pilotar pelo carro que nos precede, e lentamente torna-se um ato reflexo seguir o seu comportamento, observando a sua parte posterior ou antes, à noite, as lanternas vermelhas de posição, pelo que facilmente torna-se prêsa de uma sensação de entorpecimento psíquico-muscular que pode chegar ao sono ou à hipnose, pelo que não se vêm os sinais de parada, e se tem sempre a sensação que o outro veículo continua em velocidade constante.

Por isso, sem chegar ao ponto extremo de verdadeira e específica hipnose (que pode ser frequentemente causa de desastres), é oportuno no "tallonamento" prolongado e, especialmente, de noite, aumentar a distância de segurança, levando-se em conta os reflexos retardados e portanto, o inevitável maior prolongamento do tempo PIEV.

Em resumo, portanto, pode-se considerar que o espaço de segurança deve

(13) Geraldo de Faria Lemos Pinheiro e Dorival Ribeiro — Doutrina, Legislação e Jurisprudência do Transito, 3.ª ed., Saraiva, 1987, p. 151.

(14) Eugenio Bonvicini — L'iter dell'incidente stradale — Giuffrè, 1957, p. 202.

ser aumentado de cerca de três metros cada 10 km/h de velocidade com referência ao espaço percorrido em 1" (aumentável para quatro metros para as velocidades médias e a seis metros para as velocidades constantes).

Nos "talloamenti" prolongados a distância em metros deverá ser igual à metade da velocidade (km. 30 = 15 m; 60 km = 30 m; 100 km = 50 m etc.) e em estradas escorregadias: um metro de distância cada km de velocidade (50 km = 50 m; 70 km = 70 m; 100 km = 100 m).

O engenheiro Armindo Beux[15] ensina que "*O tempo psicotécnico ou tempo de reação*, também chamado de "*time-lag*", é o tempo que decorre entre o estímulo e a resposta. Esse tempo varia de acordo com as condições que envolvem esses fatores em cada indivíduo. O tempo de reação, sendo simples, sem escolha, — para estímulos esperados (provocados), varia entre 1/10 a 1/14 de segundo na maioria das pessoas. Nos casos não provocados e em que deve haver escolha de decisão, o tempo de reação será maior.

Para o caso dos motoristas, o tempo médio varia entre 3/4 de um segundo, e um segundo e 1/4. É o caso do chofer que está no volante, quando deve haver uma escolha de reações e até de reações conjugadas (freios e direção). Naturalmente que um motorista atento e com boa reação psicomotora, como é, em geral, o caso das pessoas mais novas, necessita de menos tempo para reagir.

O tempo psicotécnico também é indicado por tempo PIEV (*Perception — Intellection — Emotion — Volition*). Em português o seu correspondente seria o tempo PIJR (Percepção — Identificação — Julgamento — Reação).

Esse tempo se divide nas seguintes fases e períodos:

(a) *Fase Psíquica*
1. período de percepção do perigo
2. período de reações instintivas

(c) *Fase Físico Técnica*
3. período de reações conscientes
4. período de reação muscular
5. período de reação e reação mecânica

} *Fase Psicofísica* (b)

Durante o tempo de reação — que é o tempo que decorre entre o instante em que, por exemplo, o motorista avista um pedestre distraído e reage, acionando o pedal do freio e mudando a direção —, o veículo percorre certa distância, que denominamos *distância de reação.*

É justamente essa distância que, na análise do acidente, muitas vezes deve ser considerada, para se concluir como realmente ocorreu o evento.

Para facilitar essas deduções, elaboramos uma tabela, indicando os espaços percorridos por um veículo durante os tempos psicotécnicos de 3/4 seg. e 1 seg., que são os tempos em torno dos quais, segundo aspectos práticos de cada caso, se fazem, as deduções, levando em conta as respectivas distâncias. O tempo de 3/4 seg. é o mais freqüentemente empregado, entretanto, principalmente nos casos de escolha de decisão com diversos movimentos a executar em face das difíceis circunstâncias do local, adotamos 1 seg. e até 1 seg. e 1/4".

Já em 1921, quando a frota de veículos automotores era incipiente e a potência dos motores era precária, Fructuoso Muniz Barreto de Aragão[16]

(15) Armindo Beux — Acidentes de Trânsito na Justiça, Globo, Porto Alegre, 3.ª ed., p. 27.

(16) Fructuoso Moniz Barreto de Aragão — Delictos do Automovel, Ed. Jornal do Comércio, 1924, p. 56.

Juiz na 5ª Pretoria Criminal do Rio de Janeiro, afirmava em sentença:

"A velocidade ilimitada, vertiginosa, intolerável, com que os conductores de vehiculos automoveis se comprazem em dirigí-los, constitue a principal causa dos accidentes, nos quaes, em cada dia, a cada hora, quasi impunemente, elles sacrificam pessoas e coisas, porque a vertigem da corrida lhes não permite a previsão dos obstáculos, nem lhes dá tempo suficiente para os evitar".

Em época bem mais distante, ou seja, em 1917, Gregório Garcia Seabra Júnior[17] publicou um livro com forte apoio na jurisprudência francesa (como era comum para os juristas de então) e escreveu na Introdução: "O automóvel — essa machina engenhosa, de maravilhosa rapidez, que supprime as distâncias e vence facilmente todos os obstáculos, surgiu nos vários paízes do mundo, sob as maiores prevenções, sendo chamado e considerado — 'o vehiculo da morte' — a 'machina infernal' — "um animal de quatro rodas, que levanta tanto pó, como o 'Simoun', no espirituoso dizer de Baudry de Saumier, trazendo o seu apparecimento, desde logo, o crescente augmento de accidentes que veio produzir. Isto deu lugar, por uma parte, a uma regulamentação e creação de legislação especiais, contendo disposições severas contra os conductores de taes vehiculos, o que, aliás, obedecia ao princípio indiscutível de que 'para as invenções novas são precisas novas leis', e por outra, a uma verdadeira campanha da imprensa e sublevação da opinião pública, contra os '*chaffeurs*'".

Mais adiante assinalou Seabra Junior: "uma tal irritação, um tal estado d'alma chegou até a dominar alguns juizes, junto aos quais se viu facilmente ganhar terreno, a theoria de que o automobilista era um ser — "fora da lei", tendo mesmo em 1900 um Juiz de Paz de Beauvais dito em plena audiência — "Os chauffeurs? Deve-se os condenar sem os julgar".

A obra de Seabra Junior tem conteúdo histórico muito importante, já que tratava dessa "machina" cuja potência não ia além de 30 km/h na zona urbana.

O livro mereceu elogiosa crítica do advogado Justo de Moraes, o qual deixou claro que o autor se libertara das tendências de suas defesas dos motoristas, como assessor de órgãos de classe, publicando um trabalho equilibrado.

Seabra Júnior foi pioneiro, como foi Fructuso Aragão, ambos cuidando do assunto bem antes do Regulamento 903 de 13.03.1913.

A propósito do cálculo de velocidade Seabra faz uma observação curiosa: "Quando os 'chauffeurs', infringindo o Regulamento, nesse particular, causam ferimentos ou morte em alguém, os juízes tem nos processos instaurados apenas como prova de excesso de velocidade, os depoimentos, ora dos guardas, ora das testemunhas, muitas vezes ignorantes e até analfabetas, que não conhecem absolutamente a marcha regulamentar estabelecida para os automóveis, e que, entretanto, não hesitam, só porque lhes perguntam e porque versa sobre isto a acusação, em afirmar muito convencidos que, a automóvel ia — *em excesso de velocidade*! (...)".

A preocupação pela velocidade já era tida em conta desde 1911, quando o 1.º Delegado Auxiliar de Polícia do Distrito Federal baixou edital, em nome do Chefe de Polícia, para adoção oficial do velocimetro Smith, dos fabricantes S. Smith & Sons, de Londres.

Levantada a questão por meio de um interdito proibitório, foram apresentados pareceres do Conselheiro Lafayette e do jurista Clovis Bevilaqua, ambos concluindo que "É fora de dúvida que à Polícia, no cumprimento do dever que

[17] Gregorio Garcia Seabra Junior — Accidentes de Automoveis, Ribeiro & Maurillo, Rio de Janeiro, 1918.

lhe incumbe de velar pela segurança pública, tem o direito de prescrever aos vehiculos que transitam pelas ruas e praças da cidade, certas normas e preceitos, entre os quais estará naturalmente a determinação da velocidade máxima".

Seabra, ao transcrever os dois pareceres ainda menciona os pareceres de Bento de Faria, no fascículo de outubro a dezembro de 1911, do Boletim Policial, e de Astolpho Rezende, na Revista de Direito, v. 11, p. 475.

Essa controvérsia, segundo nos parece, foi a precursora da tese municipalista de hoje em dia, a respeito da competência das Prefeituras participando do trânsito urbano, segundo o *interesse local* (art. 30, inc. I, da CF) ou de acordo com *o peculiar interesse*, na expressão da Carta anterior.

Não obstante as observações de Seabra, quanto aos casos em que a velocidade é apreciada "a olho" (obra cit. p. 97), na verdade o controle da velocidade pode ser feito mediante simples visão pessoal do agente de trânsito, embora seja uma opinião subjetiva. É que em certos casos qualquer pessoa de bom senso pode avaliar como o condutor se comporta diante de aglomerações de pedestres, estações de embarque e desembarque, escolas, hospitais, etc..

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, com farta e preciosa jurisprudência sobre a velocidade dos veículos automotores, tem demonstrado nos acórdãos o que se deve entender por velocidade excessiva e velocidade compatível. Assim, decidiu a 1.ª Câmara, na apelação 327.451, em 1984: "entende-se por velocidade compatível a velocidade adequada a cada circunstância do trânsito, do local, etc.". A 5.ª Câmara sentenciou: "O conceito de velocidade, nos crimes de imprudência praticados por motoristas, não é dado por preceito algum de caráter imutável, mas pelas circunstâncias concorrentes em um determinado momento" (apelação 322.739 de 1984). A 6.ª Câmara decidiu: "é compatível a velocidade que se amolde às condições várias, seja pelas características próprias, seja por fatores ocasionais insertos na previsibilidade, ensejando que o condutor mantenha o domínio do volante, quer podendo contê-lo, quer fazendo derivar segundo as peculiaridades que se antolhem" (apelação 235.549, de 1981). A 9.ª Câmara deixou estabelecido que "o conceito de velocidade incompatível é de todo relativo, e mesmo 30 km/h são demasiados para o veículo passar entre uma criança e um adulto que caminhava poucos metros atrás daquela" (apelação 347.347, de 1984). A 3.ª Câmara esclareceu: "Velocidade imoderada, inadequada ou excesiva que evidencia imprudência, não é a que ultrapassa o máximo permitido na legislação ou sinalização, mas a que revela inegável perigo, em face das condições do local, visibilidade, tráfego e demais circunstâncias objetivas" (apelação 385.9069 de 1985). Na 5.ª Câmara ficou decidido: "O excesso de velocidade, por si só, basta para definir a culpa, ainda que outra causa tenha concorrido para o evento" (apelação 205.616 de 1980). Na 10.ª Câmara foi assentado que "velocidade prudente é a que, além de propiciar uma segurança, possibilita manobra eficiente na ocorrência de modificação anômala de situação" (apelação 326.145, de 1984).

O controle da velocidade, além da observação visual, pode ser feito por equipamentos técnicamente apropriados. Alguns deles são exigidos como equipamento obrigatório, por força do art. 92, § 4.º do RCNT e 37, § 2.º do CNT.

Segundo os arts. 91 do CNT e 183, inc. V, do RCNT, os veículos de transporte coletivo devem ter registradores de velocidade quando transportando escolares. De acordo com o art. 92, inc. I, letra *t*, do RCNT é equipamento obrigatório o "registrador de velocidade

(tacógrafo) que substituirá o velocimento nos veículos destinados ao transporte de escolares, e, desde sua fabricação, nos veículos novos destinados ao transporte de passageiros com mais de dez lugares e ao transporte de carga com capacidade máxima de tração (CMT) igual ou superior a dezenove toneladas (19t)".

Outro modo de observação visual é adotado pelo uso combinado de cronometro e binóculo, fixando-se a distância percorrida pelo veículo a partir de determinado ponto fixo até outro ponto previamente determinado.

A velocidade é encontrada pela fórmula V = d/t.

O radar é outro equipamento eletrônico adotado para a determinação da velocidade. Como pode ser identificado pelo infrator, mediante o aparelho denominado "driver alert", de qualquer procedência ou fabricação, ficou proibido o seu uso pela Resolução 528/77 do Contran.

Mais recentemente surgiram os equipamentos com radar e fotografia do veículo, bastante sofisticados e que identificam o veículo pela placa de licenciamento. O seu uso pelas autoridades de trânsito foi regulamentado pelo Contran, mediante Resolução.

Manuel Luzón Domingo[18] entende como excesso de velocidade conduzir um veículo a velocidade superior a que permitam as circunstâncias concretas de cada caso, mas esclarece que o conceito de velocidade excessiva é fundamentalmente relativo, pois enquanto por exemplo marchar a 80 ou 100km/h por uma estrada ampla, reta e desempedida, com um veículo que tenha todo seu mecanismo em muito boas condições pode não ser excessiva; caminhar a 20 km/h pode resultar exorbitante dentro de uma povoação, em rua de muito trânsito e na hora em que realiza a feira, por exemplo.

O mesmo pensamento tem Roger Guerber.[19] A limitação da velocidade é elemento de segurança?, indaga o autor, com a seguinte resposta: "Sim, se se trata de limitação continuamente variável que se deve impor por si, segundo as condições da circulação e da visibilidade. Não, se se trata da limitaçào fixa da velocidade na estrada, porque esta é ineficaz e perigosa. É ineficaz porque não pode adaptar-se às condições continuamente mutáveis da circulação. Com efeito, num certo ponto e num determinado momento, uma velocidade de 80 km/h ou somente 50 km/h pode ser perigosa, enquanto que num outro momento e num outro ponto da mesma estrada uma velocidade de 100 km/h, ou mais, será praticável sem perigo. É perigosa nos casos de ultrapassagem. Suponhamos que um condutor quer ultrapassar um veículo que anda a 75 ou 80 km/h, estando a velocidade máxima fixada, por exemplo, a 90 km/h: ou o condutor acelera ao máximo para ultrapassar nas melhores condições e ocupar o centro ou a faixa da esquerda da estrada durante o tempo mais curto possível, e atuando assim infringe a limitação da velocidade; ou faz a ultrapassagem limitando a velocidade à prescrita e a sua manobra, assim prolongada, torna-se perigosa".

No mesmo sentido preleciona Carlos Alberto Olano Valderrama:[20] A obrigação de regular a velocidade de tal maneira que nas circunstâncias concretas da marcha não se configurem perigos para a segurança das pessoas e das coisas, encontra praticamente seu limite razoável na previsibilidade comum do

(18) Manuel Luzón Domingo — Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal. Barcelona, 2.º tomo, p. 262.

(19) Roger Guerber — Dictionaire de l'Automobile — tradução da Livraria Civilização, Porto, 1969.

(20) Carlos Alberto Olano Valderrama — Bogotá, 1968, p. 216.

evento, fora da qual não se pode falar juridicamente de imprudência.

"Que é excesso de velocidade?" Indaga Matias Arrudão.[21] "A resposta depende da decomposição do problema nos seus fatores elementares. Um quilômetro por hora pode ser uma velocidade excessiva para quem pretende andar no meio da multidão. Um quilômetro por minuto, em uma autoestrada, chega muitas vezes a constituir marcha vagarosa. Estúpidas são as fixações gerais. São necessários limites, estabelecidos, não em gabinetes, mas na conformidade dos lugares e das circunstâncias. Depois, sim, e só depois, surge a figura do excesso. Sessenta quilômetros por hora, em determinada via pública, tanto pode ser velocidade reduzida, razoável, como excessiva. Tudo depende das condições do local. Nunca, jamais, das necessidades do motorista, nem do bom ou do mau humor do guarda de trânsito.

(21) Matias Arrudão — Manual de Direito Automobilístico, Fulgor, 1966, p. 20.

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 di-

nâmica participaria o sistema de multa, 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 de 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 sulamericano, 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 interesses 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 no 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 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, 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 resulta-

do involuntário, fruto de imprudência, negligência ou imperícia. O processo penal, em si, já representava suficiente reprimenda, por seu sentido de humilhação pública de quem, 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, art. 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 os maiores beneficiados continuam a ser os delinqüentes de sempre, os transgressores habituais, ironicamente apelidados dos réus primários na remota eventualidade de algum processo.

Direitos 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 9.099/95 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 exercí-

cio 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 *vicioso*: 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 lembrariam 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 xeque, 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.

5 — CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

PARECER
ASPECTOS PSICOLÓGICOS DE UM CASO DE MAUS-TRATOS

CLÁUDIA AMARAL MELLO SUANNES

HISTÓRICO

KG e LP casaram-se em agosto de 1989, tendo desta união a filha M, atualmente com 6 anos de idade. Após a separação conjugal, ocorrida em 1993, a criança permaneceu sob a guarda da mãe, passando também a residir com a avó materna. Segundo consta dos autos, ficou estipulado que o pai visitaria a filha aos fins de semana e ela pernoitaria com ele um dia durante a semana.

Em março de 1995 a requerente entrou com a presente ação alegando que a criança estaria recusando-se a ver o pai em virtude de situação de maus tratos por ela sofrida. Naquela ocasião foi concedida liminar suspendendo o direito de visitas de pai à filha, tendo sido, em seguida, determinada avaliação psicológica do caso.

METOLODOGIA

A perícia psicológica tem como objetivo o estudo de uma determinada situação que envolve os fenômenos humanos, tendo como pano de fundo o uso de conceitos e teorias próprias do campo da ciência ao qual esses elementos se referem.

No campo da psicologia, como é próprio das ciências humanas, há diferentes linhas teóricas, com diferentes definições de objeto de estudo e método de pesquisa. Assim, o conhecimento próprio de cada linha teórica é articulado em função de certos parâmetros fundamentais, tendo como pressuposto uma representação prévia do que seja o fenômeno humano.

A presente perícia parte de um modelo psicanalítico, que tem como base a noção de inconsciente. Esta linha teórica tira da consciência o eixo fundamental do funcionamento psíquico do sujeito, deslocando-o para o inconsciente, postulando-o como fonte de energia pulsional e continente de conteúdos recalcados. Considera ainda o conflito psíquico, ou mental, constitutivo do ser humano uma vez que o psiquismo está estruturado sob forma de instâncias, as quais impõem ao sujeito exigências contrárias. Ao mesmo tempo em que existem no interior do aparelho psíquico desejos que reclamam por pronta satisfação, há também um sistema que contém as representações das normas e interdições que são próprias da cultura, impedindo sua plena realização. Desta forma, cada sujeito estrutura seu aparelho mental de modo a organizar internamente a ação destas forças intrapsíquicas.

Partindo deste pressuposto, a metodologia psicanalítica objetiva criar condições a partir das quais os aspectos inconscientes de cada indivíduo possam ser reconhecidos e considerados, utilizando-se, para isto, de certos procedimentos técnicos.

A técnica utilizada com os adultos é a de entrevistas semidirigidas, nas quais o entrevistador não segue um padrão preestabelecido de perguntas, como numa anamnese ou entrevista fechada. Caracteriza-se por uma situação que dá ao entrevistado possibilidade de desviar-se do assunto, associá-lo com outros temas aparentemente desconexos, reiterar impressões, omitir fatos, tecer comentários; permitindo-lhe, enfim, expressões espontâneas que escapariam a um questionário mais sistemático.

A entrevista semidirigida, articulada com uma concepção teórica psicanalítica, tem como pressuposto a noção de discurso manifesto e latente. O primeiro seria o aspecto mais formal, ou mais consciente da fala do sujeito, porém mais lacunar e menos revelador da realidade intra-psíquica, em virtude do trabalho de deformação efetuado pela censura. O conteúdo latente seria o conjunto daquilo que a análise vai sucessivamente revelando (Laplanche e Pontalis, *Vocabulário de Psicanálise*, Martins Fontes Editora), constituindo-se de uma expressão mais fidedigna da verdade subjetiva do entrevistado.

Assim, a atenção aos pequenos lapsos, reiterações, omissões, associação entre assuntos aparentemente díspares, recordações, entonação de voz, gesticulação, expressão facial etc. dá ao entrevistador oportunidade de acesso ao discurso latente do sujeito, à sua dinâmica intra-psíquica, portanto. Nas palavras de Bleger ("A Entrevista Psicológica", *in Temas de Psicologia*, Martins Fontes Editora, 1980), ao se conduzir a entrevista sem adotar uma postura diretiva, cria-se um "flexibilidade suficiente para permitir que o entrevistado configure o campo da entrevista segundo sua estrutura psicológica particular, ou — dito de outro modo — que o campo da entrevista se configure, o máximo possível, pelas variáveis da personalidade do entrevistado".

A otimização deste método ocorre quando se depreendem do discurso manifesto do sujeito seus conflitos básicos e os mecanismos através dos quais ele se defende e/ou elabora esses conflitos de forma a restabelecer seu equilíbrio mental.

Aliada a esta concepção surge também o conceito de transferência, fundamental para a compreensão da entrevista como instrumento de investigação de personalidade. Designa em psicanálise o processo pelo qual os "desejos inconscientes se atualizam (...) no quadro da relação analítica, [tratando-se de] uma repetição de protótipos infantis vivida com uma sensação de atualidade acentuada. (...) [podendo ser entendida como] o lugar em que os conflitos intrassubjetivos, também eles restos das relações inter-subjetivas da infância, reais ou fantasmáticas, vão de novo manifestar-se numa relação aberta à comunicação" (Laplanche e Pontalis, *Vocabulário de Psicanálise*). Por esta razão a transferência é importante via de acesso ao material que se busca analisar.

A atenção aos aspectos transferenciais permite ao psicanalista uma oportunidade de observação *in loco* do modo como o sujeito se relaciona com o outro. Assim, as formas como o periciando estabelece contato, fornece elementos para a confecção da perícia e interage com o entrevistador, são também elementos que permitem acesso ao campo intra-psíquico do sujeito.

Além das entrevistas foi utilizado teste gráfico projetivo (Wartegg) com a requerente e com o requerido. Este teste consiste basicamente na solicitação para que o sujeito complete graficamente estímulos predeterminados em oito campos e em seguida dê títulos aos desenhos confeccionados.

Os testes projetivos, de modo geral, sejam eles verbais ou gráficos, como é o caso do teste ora empregado, consistem numa apresentação de estímulos

ambíguos e desestruturados e, em seguida, é pedido ao sujeito que dê alguma ordem ou sentido àquilo que vê. Supõe-se através desta solicitação que, ao decodificar o estímulo, o sujeito utilize padrões habituais de percepção e organize internamente estas percepções segundo um referencial próprio. Na medida em que o estímulo apresentado não é unívoco cria-se a possibilidade do sujeito apreender a realidade privilegiando certos aspectos que lhe são mais significativos, permitindo-se desta maneira acesso aos temas que interessam ao sujeito, os sentimentos e angústias ligadas a eles e a forma como lida com os conflitos. Através do uso dos testes pode-se aprofundar os dados obtidos na observação clínica e entrevista.

Deste modo, o conjunto dos dados obtidos permite uma compreensão mais ampla da dinâmica intra-psíquica do sujeito e da natureza dos seus relacionamentos inter-subjetivos, ou seja, a forma como se relaciona consigo mesmo e com o outro.

Os instrumentos empregados para avaliação da criança seguem basicamente os mesmos pressupostos que os acima descritos, sendo, entretanto, uma adaptação à realidade da criança. Assim como a linguagem verbal é no adulto sua forma de expressão própria, o brincar é o seu correspondente na criança. Através de jogos e brincadeiras a criança representa simbolicamente suas angústias, fantasias e experiências vividas. Deste modo os jogos e desenhos facilitam expressão mais espontânea de sua realidade intra-psíquica.

Com a criança foram realizadas três sessões, nas quais se utilizou o Desenho-Estória (Walter Trinca) e o CAT (Children's Apperception Test).

O Desenho-Estória consiste numa solicitação para que a criança realize um desenho e em seguida conte uma estória sobre ele. Ainda que não seja um teste, este procedimento também se baseia na noção de que o estímulo ambíguo propicia uma resposta baseada em motivações subjetivas, em livres associações, portanto. Segundo Walter Trinca "(...) a descoberta fundamental de S. Freud a respeito das representações metas inconscientes tem permitido as mais variadas aplicações que não aquelas restritas ao tratamento psicanalítico. É-nos permitido supor que uma técnica de Desenho-Estória, baseada em associações livres, gráficas e verbais, cuja realização não é prioritariamente controlada pelo aplicador, oferece a oportunidade do sujeito comunicar aspectos relevantes de si para a compreensão diagnóstica. Isto porque, ao realizá-lo, seguirá seus próprios impulsos, defesas, angústias, conflitos e modos de solução específicos, ditados por suas inclinações interiores" (*in Investigação Clínica Da Personalidade* — O Desenho Livre como Estímulo de Apercepção Temática, Editora Pedagógica Universitária, p. 24).

O CAT, que é um teste de apercepção temática, consiste na apresentação de cartões com desenhos à criança, sendo-lhe pedido que conte uma estória sobre aquilo que vê na figura. Nesses cartões há insinuações de temas próprios à infância.

Define-se o conceito de apercepção como "integração de um percepto com a experiência passada e o estado psicológico atual do indivíduo" (*Op. cit.*, p. XVIII). Assim, ao se pedir para que a criança conte estórias, cria-se uma aparente distância em relação à situação atual, permitindo-lhe então uma expressão mais espontânea da sua realidade intra-psíquica. Ao relatar, por exemplo, estórias que envolvam o relacionamento de pequenos animais com os pais, a criança — identificada que está com o filhote — deixa entrever a representação interna que faz das figuras de pai e mãe, representando, ainda, seus conflitos e formas utilizadas para defender-se deles.

Tendo em vista que o genitor casou-se novamente e a genitora passou a residir com sua mãe após a separação conjugal, optei também por entrevistar a avó materna e a esposa do pai, em virtude de serem, ambas, presenças constantes e significativas na vida da criança.

Todas as entrevistas foram realizadas nas dependências deste Foro, entre os meses de dezembro de 1995 e fevereiro de 1996.

Antes do início da avaliação e após seu término foram realizadas reuniões com os assistentes técnicos sendo que, ao final, ambos manifestaram-se de acordo com o conteúdo do laudo, tendo sido a sugestão final elaborada em conjunto com esses profissionais.

Sobre a importância das figuras parentais na estruturação da personalidade da criança

A criança nasce com poucos recursos para cuidar sozinha da própria sobrevivência, dependendo sempre da presença de um adulto que se encarregue desses cuidados. Os recursos que potencialmente os seres humanos têm e que serão responsáveis pela relativa autonomia que possa vir a alcançar na vida adulta são postos em marcha à medida que se estrutura seu aparelho psíquico. Assim, ainda que muitas aquisições surjam em função do estágio de desenvolvimento em que se encontra, a possibilidade de fazer uso desses instrumentos depende da existência de uma certa organização psíquica. Um aparelho psíquico estruturado é responsável, entre outras coisas, pela faculdade do indivíduo de conhecer as próprias exigências internas e atendê-las de forma a considerar as limitações impostas pela realidade, cabendo à instância que se convencionou chamar de *ego* a função de intermediar desejos, necessidades e possibilidades do real. É vital, portanto, para a sobrevivência física e emocional do sujeito.

A formação do psiquismo de uma criança e a conseqüente autonomia que ganha em função desta aquisição, ainda que dependa de certo grau de maturação biológica, está profundamente relacionada com o modo como a criança é cuidada por aquele(s) que desempenha(m) as funções parentais. Através dos cuidados diários os pais, ou seus substitutos, além de garantir a sobrevivência física da criança, estabelecem com ela, como se verá adiante, um tipo de vínculo fundamental para a formação da sua subjetividade.

Partindo então do pressuposto que as crianças nascem dependentes dos cuidados de um adulto e que o processo de formação da subjetividade está relacionado à qualidade desse vínculo, concluise, que, para a criança desenvolver os recursos que são próprios da espécie, é necessário que ela encontre no adulto a contrapartida necessária a esta dependência, qual seja, a disponibilidade interna para acolher uma criança, levando em consideração as vicissitudes desta etapa da vida, a infância. O psicanalista Donald Winnicott denomina "preocupação materna primária" um estado emocional da mãe (entendido aqui como aquele ou aquela que exerce a função materna) necessário ao estabelecimento de uma situação onde ao bebê é oferecido um "setting no qual a [sua] constituição pode se mostrar, suas tendências de desenvolvimento podem começar a se revelar e o bebê pode experimentar um movimento espontâneo e dominar as sensações apropriadas a esta fase inicial da vida" ("*Da Pediatria à Psicanálise*", Francisco Alves, 2.ª ed., p. 495), sendo que "a saúde mental de cada criança é estabelecida pela mãe durante sua preocupação com o cuidado de seu bebê" (idem, p. 376).

Encontrando na(s) pessoa(s) que exerce(m) as funções parentais a dispo-

nibilidade necessária a criança vai, pouco a pouco, desenvolvendo recursos necessários para tornar-se um adulto autônomo. A disponibilidade interna para cuidar de uma criança, porém, depende mais da existência de um certo tipo de estruturação psíquica compatível com a possibilidade de se exercerem as funções parentais, do que do desejo manifesto de ser mãe ou pai.

A possibilidade de acolher uma criança e cuidar dela decorre, entre outros fatores, de um movimento de identificação realizado pelo adulto. Através dos movimentos identificatórios a mãe (aquela ou aquele que exerce as funções maternas) reconhece no filho sinais daquilo que conhece em si própria, estabelecendo uma similitude entre os seus estados emocionais e os da criança, tomando, então, as manifestações desta como suas, sendo capaz, através deste movimento, de estar no lugar da criança, sem ser, ela própria, uma criança. No caso do aparelho psíquico estar organizado de forma mais "normal", o adulto é capaz de buscar satisfação para seus desejos e necessidades de modo a considerar as limitações impostas pela realidade. Assim, o cuidado com a criança será estabelecido no mesmo padrão: o adulto decodifica as demandas (internas) do filho e busca no meio ambiente recursos necessários para sua satisfação. Desta forma o adulto faz a função de *ego* para a criança, ou seja ele atua como *ego* auxiliar, realizando a intermediação entre mundo interno (desejos e necessidades) e externo (realidade) que a criança ainda não é capaz de fazer por si mesma. Ao executar esta função, contudo, os pais, além de oferecer um cuidado imediato à criança, oferecem-se também como modelos de funcionamento psíquico, ou mais especificamente modelos de identificação, a partir dos quais ela vai estruturar a própria identidade e conseqüentemente desenvolver a capacidade de cuidar de si mesmo.

O conceito de identificação tem na literatura psicanalítica valor central quando se analisa a operação pela qual o sujeito passa para constituir a própria identidade. Designa o "processo psicológico pelo qual o indivíduo assimila um aspecto, uma propriedade, um atributo do outro e se transforma, total ou parcialmente, segundo o modelo dessa pessoa. A personalidade constitui-se e diferencia-se por uma série de identificação" (*Vocabulário de Psicanálise*, p. 295).

A identificação, como descrito acima, permite que o adulto realize os cuidados necessários com a criança. O movimento identificatório, contudo, ocorre como via de mão dupla: Ao mesmo tempo em que é objeto de identificação dos pais, o vínculo parental faz com que a criança realize, ela também, este mesmo movimento em relação ao pais. Os cuidados dos adultos imprimem-se no incipiente psiquismo da criança sob forma de representações que passam a constituir seu mundo interno. Na medida em que recebe os cuidados dos pais (objetos externos) a criança passa a internalizar essas figuras, associando-as com vivências (internas) de satisfação ou insatisfação vividas na relação com eles, incluindo-as no seu repertório de experiências.

Ainda que o conceito inclua a noção de assimilação, o processo de identificação não significa mera imitação ou reprodução fidedigna do objeto externo com o qual o sujeito se identifica, estando este processo ancorado tanto na incorporação do objeto real (externo, portanto) quanto na vivência subjetiva do indivíduo enquanto se processa a incorporação.

Através dos sucessivos movimentos de identificação e incorporação (realizado com diferentes objetos) a criança vai formando seu próprio arsenal de experiências, constituindo as *imagos parentais* que são "protótipos inconscientes que

orientam, de preferência, a forma como o indivíduo apreende o outro [sendo], elaboradas a partir das primeiras relações intersubjetivas reais e fantasmáticas com o meio familiar". Mais que uma representação inconsciente são um "clichê estático através do qual o indivíduo visa o outro" (*op. cit.* p. 305).

Desse modo, o mundo externo (entendidos aqui como pai e mãe reais) ganha uma representabilidade que permitirá à criança, no futuro, uma relativa autonomia em relação àqueles que exercem as funções parentais, podendo, assim prescindir da relação com os pais reais para garantir a própria sobrevivência, não obstante a manutenção de vinculação afetiva com eles. Dito de outro modo, a criança passa a ter dentro de si a representação das figuras parentais que em certa medida são representações de *funções parentais*, isto é dos cuidados recebidos, que, por sua vez, são justamente as estruturas que permitem ao adulto organizar-se de modo a cuidar de si próprio.

Poderia se resumir, então, que o processo de estruturação da personalidade humana se constitui, num certo sentido, numa transformação das relações intersubjetivas em relações intrapsíquicas, através do movimento de identificação.

Assim sendo, o modo como a criança forma a imagem dos pais terá importância capital no modo como passará a representar a si própria. Se a criança começa a reconhecer-se a partir das primeiras identificações com os pais, havendo uma internalização dos pais como figuras predominantemente amorosas e continentes, mais chances ela terá de construir uma auto-imagem positiva. Uma vez que as imagos parentais são representações da criança, isto é, *elementos constitutivos de seu mundo interno*, a imagem de um dos pais carregada em seus aspectos negativos é algo que afeta a criança em seu interior e não o objeto (no caso o pai ou a mãe) ao qual ela representa. Portanto é ela quem sofre com a existência de uma imagem denegrida de um dos pais, por mais realística que esta possa ser.

Desse modo, havendo nos pais a possibilidade de elaboração dos conflitos e dificuldades próprias do relacionamento familiares, mais elementos teria a criança para superar não só os inevitáveis conflitos com os pais como os demais obstáculos que enfrentará em seus relacionamentos interpessoais.

DISCUSSÃO

1. Considerações preliminares

K refere que entrou com a presente ação em virtude de queixas da filha em relação aos encontros com o pai. Relata que a menina reclamou de ter apanhado do pai e, por isso, não queria mais encontrá-lo. Comenta ainda que tentou discutir o assunto com o ex-marido, porém este não teria manifestado interesse em conversar sobre a situação da filha.

L, por sua vez, refere que não houve situação de violência contra a criança, não sabendo a que atribuir a queixa da filha neste sentido. Relata que após um fim-de-semana agradável passado em sua companhia, de Maria Augusta (sua esposa) e filhos dela, a criança modificou seu comportamento, tendo sido ele surpreendido com a notícia de que a ex-mulher entrara com a presente ação. Segundo seu ponto de vista a criança estaria sendo influenciada pela mãe, que, por sua vez, estaria usando a filha para vingar-se dele.

Com a criança o tema da violência do pai não foi tratado diretamente, mas através do uso das técnicas projetivas.

Ainda que manifeste verbalmente que não quer ver o pai, esta recusa se mostra

ligada a algum desconforto na relação com ele e não a medo de contato. Não apresenta sinais de que seja, ou tenha sido, vítima de maus tratos. Não se mostra fragilizada e, tampouco, apresenta uma agressividade reativa. O modo como representa as figuras parentais é indicativo de que o pai não é visto como pessoa eminentemente agressiva. As figuras materna e paterna são igualmente vistas como beligerantes, estando a noção de relações familiares calcadas neste modelo.

A criança vem demonstrando dificuldade para associar afeto e representação, ou seja, ela vive sensações e sentimentos que não encontram via de expressão através de pensamentos e palavras. Assim, ela sente um desconforto difuso e não sabe como expressá-lo. Na medida em que esses afetos não estão ligados com idéias eles são vividos como um sofrimento cuja origem e natureza não são identificadas. Desse modo, a possibilidade de lidar com eles fica prejudicada.

A queixa de que o pai bate, seja advinda da constatação de uma realidade factual ou de fantasia, parece ter ser sido a forma encontrada pela criança para expressar que algum sofrimento ela experimenta quando se encontra com ele. Isso não quer dizer que a dificuldade seja reativa, ou seja, motivada por uma real inadequação do pai. No conjunto da análise esta dificuldade mostra-se preponderantemente ligada à existência de conflitos subjetivos por que qualquer criança passa, com maior ou menor intensidade, ao longo de seu processo de desenvolvimento.

No caso em questão, entretanto, a situação fica um pouco agravada porque ela não vem encontrando nos adultos uma retaguarda emocional suficiente para elaborar estes conflitos. Como se verá adiante, a mãe, que é o adulto de referência mais presente em sua vida, não vem conseguindo ajudar a filha a superar as dificuldades encontradas na relação com o pai, em virtude de razões pessoais. O pai, por sua vez, não está presente no seu cotidiano há cerca de um ano.

Assim, ela tem que se haver sozinha com os próprios conflitos, uma vez que não conta com a ajuda mais efetiva dos seus adultos de referência. Desse modo, vem lidando com os problemas da forma como pode, ou seja, vem superficializando o conflito e tentando anular internamente a importância que o pai tem para ela. Esse mecanismo por ora vem permitindo certo equilíbrio emocional, contudo o uso maciço deste tipo de defesa poderá acarretar prejuízos futuros à criança.

Resumindo, a avaliação da criança, associada com elementos colhidos nas entrevistas com os adultos, mostra que não há indícios de situação de maus tratos. O presente caso envolve dificuldades próprias do relacionamento familiar, não se tratando, portanto, de situação na qual uma das pessoas envolvidas apresenta algum tipo de patologia. Deste modo não se justifica a necessidade de análise aprofundada da personalidade de cada uma das pessoas em questão, merecendo o caso uma avaliação das relações familiares como um todo, uma vez que são estas que estão na base da formação da sintomatologia da criança.

2. Sobre a dinâmica familiar

Depreende-se das entrevistas realizadas que nos primeiros anos de vida, sobretudo quando M era bebê, cabiam preponderantemente à mãe os cuidados com a criança. Na época em que ainda era casado, não fazia parte da relação do pai com a filha a atenção aos cuidados básicos com ela, como alimentação, cuidados com higiene e sono etc. Desse modo a relação do pai com a filha supunha, de certa forma, a intermedia-

ção da mãe, uma vez que era ela que vinha, e vem, se encarregando mais diretamente da criança. Assim sendo, M estabeleceu relações de diferentes modalidades com cada um dos pais.

Após a separação conjugal houve então uma modificação no modo de relação do pai com a filha, uma vez que longe da presença da ex-mulher, o genitor viu-se com atribuições para as quais tem pouca experiência, havendo necessidade de tempo para adaptar-se à nova situação.

A mãe, que desde o princípio vem se encarregando dos cuidados com a criança, é vista por ela como aquela que garante seu bem-estar, sendo representada como uma presença mais constante em sua vida. Além disso, o relacionamento entre as duas não sofreu modificações significativas após a separação conjugal.

Em relação ao pai, entretanto, a criança apresenta dificuldade de adaptação do relacionamento a esta nova fase. Além de não residir mais com ele e sentir a alteração na natureza do vínculo, introduzem-se na sua família outras pessoas (Maria Augusta e seus filhos) com as quais M passa também a se relacionar. Cria-se assim uma situação nova na qual existem variáveis complexas que a criança tem agora que administrar. Enquanto não encontra uma forma apropriada para lidar com esta situação inusitada, vive situação de angústia. Sentindo-se mais segura com a mãe, recorre a ela no sentido de buscar ajuda para elaboração destas dificuldades.

A queixa de M, seja ela expressão de uma realidade factual ou fantasiada, é indicativa de sofrimento psíquico da criança, uma vez que o pai é objeto de amor e de identificação para ela. Como a relação dos pais está estabelecida de modo bastante conflitivo, a mãe fica impedida de ouvir a queixa da filha de modo a ajudá-la a superar o conflito vivido com o pai e, assim, facilitar o estabelecimento de uma relação de melhor qualidade com ele. Na medida em que ele só está sendo visto nos seus aspectos negativos, ele é assim apresentado à filha. Estabelece-se desta forma uma situação na qual a criança, além de não encontrar um continente capaz de ajudá-la a elaborar seus conflitos, encontra ainda mais dificuldades para lidar com eles. O pai, por sua vez, não consegue introduzir-se na relação da mãe com a filha de modo a possibilitar um outro entendimento da questão. Responsabiliza unicamente a ex-mulher pelo ocorrido, tendo dificuldade para pensar mais criticamente sobre a sua atuação como pai.

A dependência da criança em relação àqueles que cuidam dela traz no seu bojo inevitáveis conseqüências em termos da estruturação de sua personalidade. M percebe que existe na mãe e na avó um desejo de que ela não queira ver o pai. Assim, no imaginário da criança amar o pai significa magoar a mãe, que também é objeto de amor para ela. Sente-se, então, pressionada a "tomar partido" de um dos dois. Como a genitora, além de objeto de amor, é também alguém de quem ela depende, M tenta superar o conflito através de uma aliança com a mãe e a avó materna. Como dito anteriormente (nas Considerações Preliminares) M está defendendo-se dos conflitos vividos através de uma tentativa de anular, ou subestimar, a importância que o pai tem para ela. Desse modo, além de sentir-se em paz com a mãe e a avó, consegue também aplacar o sofrimento, ao menos temporariamente, advindo da falta que sente da presença dele.

Além disso, a falta de convívio com o pai (não o vê há um ano) vem introduzindo mais obstáculos à relação, uma vez que a criança fica privada da possibilidade de superar estas dificuldades por ela mesma, ou com auxílio dele,

porque não tem chance de realizar uma experiência "real" de contato com ele. O pai passa a ser, cada vez mais, a figura que lhe é apresentada por terceiros, sendo que estes terceiros fazem uma imagem negativa e deteriorada dele.

Cria-se desta forma uma rede de relações extremamente complexas. Não se vê no caso em questão que os adultos envolvidos — os pais e avó materna — tenham auto-crítica sobre o litígio. Tendem a atribuir unicamente toda a responsabilidade pelo estabelecimento desta situação ao outro, tornando difícil, então, uma modificação deste estado de coisas.

Assim, ainda que não haja situação de risco para a criança na retomada das visitas, estabeleceu-se uma dinâmica familiar na qual ela participa como elemento de união (belicosa) entre os pais. Seria mais benéfico para ela que o reencontro com o pai fosse acompanhado de uma mudança na relação familiar para que, então, ela possa restabelecer um bom vínculo com ele.

CONCLUSÃO E SUGESTÃO

Depreende-se do estudo realizado que existe situação de dificuldade na relação da criança com o pai. Tal dificuldade, entretanto, mostra-se mais ligada à existência de fortes conflitos familiares do que a situação de violência sofrida por ela, não havendo, portanto, situação que justifique o afastamento entre pai e filha, sendo recomendável sua reaproximação.

Ocorre, entretanto, que a situação de litígio entre os adultos vem impedindo uma compreensão mais ampla das necessidades da criança e, conseqüentemente, não está havendo na família possibilidade de auxiliá-la a elaborar os conflitos existentes.

Assim sendo, a regulamentação de visitas, por si só, parece, ao menos por ora, insuficiente para superar o impasse criado. Seria importante, então, que a reaproximação do pai com a filha se desse através de um profissional que ajudasse a família a ter uma outra compreensão da situação, uma vez que o reencontro realizado na forma como vem sendo conduzida a questão poderia resultar numa cristalização das dificuldades de M.

Com o objetivo de dar subsídios para o estabelecimento de uma situação mais favorável para a criança foram oferecidos ao casal sugestões de profissionais que trabalham com terapia familiar e orientação de pais.

Deste modo sugiro que o pai seja autorizado, o mais breve possível, a retomar as visitas à filha, sugerindo, ainda, determinação de acompanhamento psicológico à família na fase de reaproximação.

5 — CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

O EXAME CRIMINOLÓGICO NA APLICAÇÃO DA PENA

VILSON FARIAS

Sumário: 1. Introdução — 2. Da necessidade de uma nova posição — 3. Personalidade do delinqüente — 4. Do exame criminológico — 5. Conclusão — 6. Bibliografia.

1. Introdução

A finalidade deste trabalho é indicar um perquirir de idéias, sem atingir as implicações de uma tese.

Não possui a amplitude, menos ainda a pretensão, de esgotar o assunto.

E, em síntese, uma digressão sobre o tema que vem despertando interesse, em face de que na realidade não é mais possível olvidar a força causal, a qual decorre da combinação de fatores que provocam a violência e que por isso exige uma nova visão, no tratamento do delinqüente e seus reflexos na defesa social.

Há, portanto, de haver um conteúdo ético-jurídico.

O Direito Penal tem se mostrado absolutamente estéril na solução dos problemas adventos do binômio crime-criminoso. Assim resulta a necessidade de uma nova posição tão verdadeira, quanto real, pois o resto é inverdade, é irrealidade.

Ora, tendo-se um direito penal alheio à verdade do crime como fenômeno individual e da criminalidade como fenômeno coletivo, forçoso é concordar com Leonídeo Ribeiro, quando diz que o Direito Penal é ciência abstrata e inócua, que nada tem podido realizar, no campo de prevenção ao crime e no tratamento do criminoso, porque, em verdade, só trata do problema de repressão ao delito.

Tal situação tem invertido, de forma altamente negativa, no tratamento do presidiário e, via de conseqüência no reconhecimento de seus direitos.

A pena meramente retribuitiva e intimidadora não tem mais lugar nos dias de hoje; pelo fato de que deve ser encarada como um instrumento de preparação do indivíduo para o convívio social.

Deve ser capaz de punir o homem pelo delito cometido, reconduzindo ao convívio da sociedade.

Com precisão fala Arminda Bergamini Miotto: "Na evolução do pensamento, reconsiderando-se a noção ético-jurídica da pena, cuja natureza é retribuitiva do fato e punitiva do autor, tendo funções e finalidades éticas (principais) e utilitárias (acessórias), também foi reconsiderada a noção de defesa social.

A partir de meados do século XX, a defesa social deixou de se restringir à luta da sociedade contra o delinqüente atual ou potencial; deixou de ser apenas defesa da sociedade (do todo social) contra o delinqüente, para ser defesa da sociedade e cada um dos seus membros contra o delito (contra o risco de vir a cometer um delito ou de vir a ser vítima de um delito).

Desse ponto de vista, o delinqüente não mais é enxergado como um indivíduo reduzido a elemento de massa social, contra o qual a sociedade (o todo social) tem de se defender, como de um inimigo, senão mesmo como simples força bruta que é preciso eliminar ou neutralizar. Desse ponto de vista, ele passou a ser enxergado como pessoa que é e não deixa de ser continuando e devendo continuar a ter interações com as demais pessoas; em razão disso, a sociedade não é um todo massificado constituído por indivíduos que, na massificação, ficam sendo simples elementos, mas é um conjunto de pessoas que, não sendo meros indivíduos, porque têm um componente ético, não perdem a sua individualidade, interagindo, intercomunicando-se, exercendo direitos e cumprindo deveres — tudo que entretece o convívio social. A sociedade, conjunto de pessoas, já não e tão-só paciente de defesa social; cada pessoa deve ser, tanto quanto e como lhe é possível, agente também. Inclusive o delinqüente condenado que, enquanto submetido a pena, é dela paciente, deve fazer a sua parte, para não tornar a delinqüir — deve ser agente, também ele, da prevenção particular no que a ele mesmo diz respeito." (Miotto, 1983: 205-206)

O tema escolhido foi a questão da aplicação da pena e a personalidade do criminoso, por tratar-se de assunto pertinente a realidade envolvida com inúmeros e complexos problemas oriundos de sistemas penais e penitenciários de certo modo ultrapassados. Dizemos de certo modo, porquanto, na multiplicidade de concepções e estruturações da sociedade moderna. Não menos múltiplas são as formas de ver o assunto, causando o estabelecimento de conceitos absolutamente opostos, que se hão de refletir em ordens legais, sociais e morais conflitantes.

Não houve por isso a preocupação de abrir discussões sobre doutrinas relativas ao problema, pouco importando a aceitabilidade ou não, mas tão-somente um levantar de hipóteses, dentro dos mais variados posicionamentos.

Por isso, este trabalho não pode pretender mais do que ele realmente é: um levantar de hipóteses. Desejamos a síntese, tanto quanto é possível, e a clareza, para não perturbar o pleno entendimento das colocações feitas.

O implícito em todo o conteúdo é a preocupação de refletir a importância de um novo tratamento à aplicação da pena. A questão assume sua importância maior na medida em que o mundo inteiro se vê envolvido com o aumento da criminalidade.

Repincha tal caráter a necessidade de uma investigação científica, caso do exame criminológico, para que se possa suscitar a individualização da pena. Outro, aliás, não poderá ser o caminho se a pretensão, distanciada da intolerância do passado, por uma individualização sustentada na classificação científica e não apenas legal dos delinqüentes. "As concepções modernas da individualização da pena têm renovado completamente a técnica de aplicação e interpretação das leis penais, tendendo precisamente a distinguir o juízo sobre o fato e o juízo sobre o homem." (Costa, 1972: 16)

A simples conclusão do trabalho não basta a seu autor. Há muito ainda a ser perseguido e conquistado dentro do assunto. De qualquer modo, entretanto, trata-se de um primeiro passo, ainda que vacilante. Aos que, por qualquer razão se sintam forçados a ler esse conteúdo, fica antecipadamente apresentada a mão disposta a receber a palmatória da crítica, sem a qual qualquer esforço terá sido absolutamente inútil.

2. Da necessidade de uma nova posição

Desde os tempos bíblicos, o homem tem convivido com o crime como

manifestação de conflitos individuais ou sociais. O crime está de tal forma integrado ao dia-a-dia que, ao observador menos cuidadoso, poderá parecer não poder o homem prescindir dele.

Assusta-nos o pensar nas perspectivas a longo prazo para o crime na nossa sociedade. O que poderá vir a acontecer num século em que o crime e o criminoso continuam sendo tratados por sistemas distanciados da realidade.

É inconcebível que o Direito, especialmente o Direito Penal, não se aproveite do avanço da Técnica e da Ciência, mantendo-se fiel a princípios insustentáveis.

A incapacidade do Direito Penal para solucionar os problemas advindos do binômio crime-criminoso, está a exigir uma verdade, bastante clara, de como enfrentá-los. Desse modo resulta a necessidade de uma nova posição tão verdadeira quanto real. O resto é inverdade, é irrealidade.

A propósito convém lembrar aqui a lição de Ortega y Gasset quando nos ensina que "uma verdade não é verdade porque se a deseja; mas uma verdade não é descoberta se não a deseja e porque se a deseja se a busca. Fica, pois, imaculado o caráter desinteressado e independente de nossos apetites, peculiar à verdade, mas não é menos certo que tal homem ou tal época chega a ver tal verdade em virtude de um interesse prévio que o move para ela." Adiante prossegue o mestre: "Se se deseja uma determinada verdade, se a deseja se é, com efeito, verdade. O desejo de uma verdade transcende a si mesmo, deixa-se atrás de si mesmo e vai buscar a verdade. O homem percebe perfeitamente quando deseja uma verdade e quando deseja apenas iludir-se, isto é, quando deseja a falsidade." (Ortega y Gasset, 1961: 194-195)

Sigamos na esteira de Ortega y Gasset e busquemos não nos iludir com falsidades, mas bem ao contrário transcender à aparência dos fatos e chegar à verdade criminológica, em um ou mais humano e consciente estudo do crime e da criminalidade. Fica patente que temos de buscar a verdade numa nova mentalidade, a qual não se apresenta como mero fantasma, mas bem ao contrário "transcende a si mesma" e se encontra na constatação de que o delito e o delinqüente constituem uma mesma unidade.

Ora, como dissemos acima, temos hoje diante de nós um Direito Penal alheio à verdade do crime como fenômeno individual e da criminalidade como fenômeno coletivo, levando-nos a concordar com Leonídio Ribeiro quando afirma que o Direito Penal é "ciência abstrata e inócua, que nada tem podido realizar, no campo da prevenção do crime e do tratamento do criminoso, porque, em verdade, só cuida do problema da repressão do delito." (Ribeiro, 1957: 552)

Se, como bem acentua Nelson Pizotti Mendes: "A legalidade é o limite-garantia que deve ser observado para alcançar os escopos do processo, os quais se identificam com a realização da justiça e da defesa Social" (Mendes, 1973: 13), não é menos verdade, conforme diagnosticou Kelsen que "se há algo que se pode deduzir da história do conhecimento humano, é a vacuidade de tentar encontrar, por via racional, a norma absolutamente válida para a conduta justa; é dizer: — uma norma tal que exclua de considerar como justa a conduta contrária. Se há algo que possamos apreender à experiência intelectual do passado, é que a razão humana só pode conceber valores relativos e isto significa que a sentença que declara que algo é justo não pode jamais sustentar a pretensão de excluir a possibilidade de juízo valorativo oposto. A justiça absoluta é um ideal irracional" (Kelsen, 1953: 20)

Tudo isso sem esquecer que a história do sofrimento da humanidade é encontrada na história do Direito Penal e que quando os homens pensavam em julgar, falar e trabalhar em nome de valores absolutos, como a justiça e a expiação, acabavam, inúmeras vezes, levados ao erro e à injustiça.

Óbvia fica a impossibilidade de se pretender atingir uma "justiça absoluta" ou uma expiação adequada, no sentido de que seja absolutamente justa em termos da Justiça e Defesa Social.

Todavia, podemos nos distanciar tão profundamente do erro e da injustiça que cheguemos a atingir a periferia da "justiça absoluta". Para tanto, temos diante de nós a difícil tarefa de abrir o ventre do Direito Penal, reformulando ultrapassados conceitos e nele incluindo os ensinamentos que a moderna tecnologia e a ciência nos oferecem.

Sem dúvida, uma nova mentalidade jurídica se faz urgente na busca de um denominador comum capaz de traduzir um tratamento adequado na perseguição perene da justiça e da Defesa Social, pois como inclui Juan Del Rosal: "Frente a estas manifestaciones criminales la Ley se muestra impotente, porque le raiz del fenômeno es mucho más profunda puesto que yace en la misma constitución social del actual mundo. Es indiscutible que hlegará el dia en que la criminalidad será detenida en su curso ascendente y los criminólogos habrán sacado provechoso fruto en la lucha contra el crimen, habiendo observado cómo han fallado algunas explicaciones del delito e bien cómo han sido ineficases algunos remedios contra el mismo. Entonces, cuando el espetáculo criminoso de hoy cobre perspectiva histórica, será el momento adecuado para someter a revisión algunos puntos de la actual teoria criminológica del delito. Hasta tanto lhegue ese sonado dia, el criminólogo contemporâneo tendrá que contentarse con anotar les hechos criminales sin invocar en sus explicaciones particulares incompatibles, por demás, en una situación histórica cómo la de hoy, tan confusa y en la que no hay espacio para el zahori de mañana." (Rosal, 1947: 36)

Sem dúvida, razão bastante assiste a Juan Del Rosal, ao falar em falhas explicações do delito e ineficazes remédios contra o mesmo. Não nos podemos contentar com explicações particulares. É necessário buscar a verdadeira razão do crime e os motivos que determinam a existência de criminosos.

Assim sendo, cremos haver chegado o dia sonhado. Temos de revisar nossa precária teoria criminológica do delito, pois não podemos mais perder tempo com conceitos estáticos como o de estabelecer penas fixas em matéria criminal, seguindo a concepção de Montesquieu — de que o juiz era o "oráculo da Lei", cabendo-lhe simplesmente declarar, sem escolha ou determinação, a sanção fixada em Lei. Também ainda inadequada se nos afigura a prática imposta pelo Código Napoleônico de 1810 que permitia uma leve flexibilidade entre um máximo e um mínimo de pena.

Tais posições constituíram, como ainda constituem, um aborto jurídico, um atentado à dignidade da pessoa humana, incapaz de ser visto e não ser como algo que deve ser afastado do convívio social.

Não cabe mais hoje a máxima carrariana, segundo a qual o crime é apenas uma infração, sendo o Direito Penal limitador do estudo do crime. Convenhamos, isto é querer olvidar as causas que geraram o crime, é tentar impor uma farmacopéia de medidas de comportamentos e de sanções para os que dela se afastam. Por isso, nada mais válido do que a sustentação de que em todos os crimes atuam condicionantes individuais e sociais. Ao que bem acentua Álvaro Mayrink da Costa: "sabemos

que numerosas práticas criminosas não apresentam em seu conjunto uma soma de fenômenos individuais, mas constituem uma totalidade que dá caráter à fisionomia da época" (Costa, 1972: 30)

Ora, para se conhecerem as causas do crime é indispensável considerar não somente o fato ilícito ocorrido, mas antes e sobretudo, o seu agente.

Ernest Seeling: "Nenhum acontecimento causal existe por si só; tem a sua origem no passado e atua no futuro. Isto vale também para o curso natural da realização do crime.

É um princípio fundamental em toda a investigação da ciência naturalística procurar, tanto quanto possível, as causas dos fenômenos observados, quer dizer: que, além de uma descrição, o investigador dê também uma explicação dos fenômenos (...). As causas imediatas da prática do crime relacionam-se sempre com dois fatos: as condições do meio e a personalidade do autor no momento do crime." (Seelig, 1957: 7)

Desse modo, é importante tomarmos consciência de que o crime não existe por si, mas bem ao contrário é ele a resultante de uma multiplicidade de fatores. Erram tantos os que vêem no crime um simples resultado de fatores sociais, quanto os que nele vêem o mero reflexo da personalidade do delinqüente. Os primeiros erram porque o fato social existe sempre em função de um agente, isto é, um homem com todas as suas vivências passadas e presentes. Não existe a possibilidade de fato sem ato, assim como não existe a de ato sem agente. Os segundos erram ao esquecerem que a personalidade delituosa é um produto de condições hereditárias e influências do meio. Essa personalidade, tão particular de cada um, forma-se num processo evolutivo em que a presença do meio é tão marcante quanto indesconhecível. O homem, como já assegurou Aristoteles, é um "animal social", portanto, além da carga hereditária que conduz, sofre múltiplas influências do meio em que vive.

Dentro dessa concepção, entende Roberto Lyra ser o crime "um fato social de conseqüências jurídicas e não um fato jurídico de aspectos sociais" (Lyra, 1971: 5), sendo a criminalidade o conjunto de crimes e das ações ou omissões que, embora não previstas na lei, merecem reprovação máxima.

Parece-nos, entretanto, mais justa a afirmativa de Álvaro Mayrink da Costa: "Para compreender o comportamento delituoso de um homem não basta reconstituir as condições em que foi cometido o fato punível pelo qual é censurado. É necessário descobrir os impulsos aos quais obedeceu, porém destes impulsos convém extrair a origem e estabelecer o encaminhamento, porque todos os atos humanos e todos os fenômenos sociais têm uma história." (Mayrink, 1972: 32)

Em síntese, como preceitua Ernest Seelig: "crime é uma conduta psíquico-corpórea e culposa de um homem, que por ser contrária à sociedade, é juridicamente proibida e ameaçada com uma pena. Esta conceituação abrange tanto o aspecto naturalístico do crime (conduta psicofísica de um homem e respectiva eficácia no mundo exterior) como os seus elementos normativos (culpa, antisociabilidade, ilicitude, pretensão punitiva)" (Seelig, 1975:6). A moderna criminologia por seu turno, vem questionando os fundamentos epistemológicos e ideológicos da Criminologia tradicional, de sorte que a própria definição de delito e seu castigo-a-pena são concebidos radicalmente como problemáticos, conflitivos, inseguros.

A problematização do saber criminológico, assim entendida, tem maior transcendência que uma mera sublimação da historiedade ou circunstancialidade das definições legais do delito, necessariamente transitórias. Significa uma reconsideração da "questão crimi-

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

nal", desmitificadora, realista, que põe em dúvida os dogmas da criminologia clássica, à luz dos conhecimentos científicos interdisciplinares de nosso tempo.

As teorias estrutural-funcionalistas, as subculturais, as da socialização e da aprendizagem, as do conflito, as interacionistas do "lablling approach" (...) e outras, contribuíram decisivamente para a redefinição dos postulados de um novo modelo. Um novo paradigma que rechaça o conceito jurídico formal de delito, reclamando maiores cotas de autonomia frente ao sistema legal para selecionar seu próprio objetivo com critérios rigorosamente científicos (conceito definitoral de delito versus conceito "ontológico") que postula a "normalidade" do homem delinqüente, a "funcionalidade" do comportamento "desviado", e a natureza "conflitual" da ordem social (frente ao princípio de "diversidade" do infrator, da "patologia" da desviação e ao caráter "consensual" que a criminologia clássica assinalava à ordem social) e que, ao denunciar a extremada relevância do controle social na gênese da criminalidade (que não "selecionaria" o crime, senão que o "produziria") e sua atuação discriminatória, sugere um drástico deslocamento do objeto da investigação científica dos fatores criminógenos (conforme a terminologia das teorias etiológicas convencionais), ao controle social, do delito mesmo, isto é, das variações independentes à variável dependente, superando o enfoque etiológico. (Garcia, Molina: 3 e 31)

Assistimos, pois, a um processo de revisão do saber criminológico que desmitifica e relativiza velhos conceitos e, ao mesmo tempo, amplia e enriquece nossos conhecimentos sobre o problema criminal.

Observe-se que não podemos desconhecer essa duplicidade de condições indispensáveis à existência material do crime codificado ou não. Portanto, é preciso que todos estejam atentos para as motivações inconcientes do crime; é preciso a realização do exame da personalidade do delinqüente se não quisermos desconhecer a justeza da sanção, não buscando o exato dimensionamento do ilícito cometido.

A hora é de arregaçar as mangas e atirar-se à faina de lutar contra teorias irreais como as de Carrara, Lombroso, Kant, Hegel, Beccaria, Feuerbach, principalmente aqueles que viam na pena o fim de si mesma, chegando mesmo a sustentar ser conseqüência necessária do delito. Isso é pretender dar à pena tão-somente um caráter retributivo de profundas implicações vingativas e punitivas.

Lembremos aqui Santo Tomás de Aquino para quem a lei humana não pode castigar a todos os pecados.

Não podemos esquecer que estamos sempre sujeitos a falhas e que ao analisar os fatos somos vítimas de nossa personalidade e de nossa cultura, o que nos leva à óbvia conclusão de que a mesma causa gerará o mesmo efeito apenas em raríssimas ocasiões.

Indiscutível é, portanto, dentro dos limites estabelecidos pela Lei para fixação da pena, que haverá variabilidade na concepção do juiz, que se vê limitado a posições estanques, das quais se afastará tão-somente no que a lei e a sua consciência permitirem. Tome-se, por exemplo, o caso daquele Juiz do Estado de Minas Gerais para quem a vida atual transforma os homens de sedutores em seduzidos, contrariando, como se vê, o previsto no Código Penal Brasileiro.

Convenhamos que manter penas fixas para posições sócio-individuais é querer praticar conscientemente a inverdade.

Claro está, pois, que nossa época necessita abrir os olhos, tal como o fez a escola positiva italiana e a escola da política criminal, ao atentarem para a

pessoa do delinqüente, sem, entretanto, cair nos mesmos erros.

A necessidade do bem comum é o motivo, a norma e a medida do direito punitivo do Estado. Ao que acentuamos a afirmativa de Antolisei que a pena "devono tendere alla rieducazione dei condannati, acrescentando que la tesi del caratére puramente retributivo della pena rappresenta nulla più che una nostalgia del passado." (Antolisei, 1963: 533)

Por tudo isso, diz Nelson Pizzotti Mendes: "segundo as modernas perspectivas da justiça penal, orientada, seja em relação ao tratamento dos delinqüentes, visando a sua ressocialização futura, seja em relação ao internamento de indivíduos considerados inadaptáveis, com o fim de assegurar a proteção das sociedades, a pena deverá corresponder tanto à personalidade do delinqüente, quanto à gravidade e a natureza do ato exteriorizado." (Mendes, 1979: 22)

É necessário alterar o rol de penas apresentado pelos códigos, buscando-se uma situação mais individualizadora.

Quem pensa em individualizar a pena, adaptando-a à gravidade e à natureza do ato exteriorizado, bem como à personalidade do delinqüente, vê-se logo preocupado com a pena prisional.

A pena privativa da liberdade tem criado situações de, com maior rapidez, levar o indivíduo à reincidência, pois outro resultado não se pode esperar das prisões que não passam de antros de vadiagem, desvios sexuais e tóxicos, depósito de presos. Suficiente é, sem dúvida, o depoimento recolhido de uma folha de jornal não identificado, do repórter Percival de Souza para levantar questionamento sobre validade de semelhante sistema de pena — "O presídio marca profundamente os seus habitantes, sejam presos ou funcionários. Muitos ficam neuróticos (diz-se, aqui, que quem vive no presídio não é muito certo). Se funcionário, vai para uma clínica, na cidade de Itapira. O preso, porém, não pode sair, e então grita, urra desesperado, isolado dos demais que o consideram louco. Se o problema é grave, o preso pode ir parar no manicômio judiciário, mas todos ficam mudos, amedrontados quando ouvem falar no manicômio; temem morrer lá dentro." A pena, segundo Soler é "sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante a ação penal ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consiste na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos. Podemos, pois, duvidar da validade dessa pena que cumpre tão-somente uma função intimadora, a partir do isolamento do indivíduo com a absurda pretensão de isolar para socializar. Esgota, assim, em sua função de pena-castigo, qualquer possibilidade de tornar social o indivíduo que passa a conviver tão-somente com outros considerados não-sociais, que antes de tudo são pessoas humanas portadoras de uma individualidade que deve ser respeitada.

Não podemos, pelo dito anteriormente, aceitar a pena privativa da liberdade como solução adequada para o criminoso. Também não pretendemos negar que em determinados casos ainda é uma solução, senão em termos de justiça, ao menos em termos de Defesa Social. O que aspiramos é ao momento em que a utilização de tal tipo de pena seja quase que inexistente, pois é necessário descobrir soluções mais adequadas a uma autêntica individualização da pena, como meio de readaptação do delinqüente e mesmo de Defesa Social.

Sabemos bem que não reside na perfeição das leis o impedimento para que o indivíduo cometa delitos, todavia, na medida de sua perfeição, elas poderão tolher a reincidência do crime.

Finalmente, lembramos que deve ser a preocupação fundamental do legislador ao elaborar um código prever não punições, mas soluções para o problema

daquele que delinqüiu. Como acentuou Ferri, "não se pode colar um artigo do Código Penal a um indivíduo vivo." Evidentemente, pode-se inferir que com o fracasso da pena privativa da liberdade, o legislador tem buscado outras medidas punitivas mais eficientes que aquela e mais consentâneas com a dignidade do sentenciado, como homem e como membro de um estado democrático de direito. (Ferri, 1973, 4)

Neste contexto surgem as penas restritivas de direitos, notadamente a pena de prestação de serviços à comunidade, que evita a segregação, estimula a recuperação, e previne o crime de forma especial e geral.

Novidade no Direito Nacional, o é no cenário mundial, colocando a legislação brasileira em posição de vanguarda. Mas, mais do que razão para vaidade deve tornar-se motivo de discussões em virtude de sua realização prática, o que reclama não só o esforço judicial, mas também o engajamento da sociedade, assumindo a responsabilidade que advém dos fatores criminógenos que proporciona.

3. Personalidade do delinqüente

Faremos, nesta parte, um apanhado da personalidade para que se possa entender o homem e, conseqüentemente, o crime e a criminalidade.

Por uma questão de justiça, faz-se indispensável assinalar que já no apagar-se do século passado Enrico Ferri, pioneiro do Ensino da Criminologia, nos ensinava: "A personalidade do delinqüente é a que mais interessa à justiça penal prática. E é por isto que, nas reformas da lei penal, a personalidade do delinqüente deverá ser posta de preferência na primeira linha, com um sistema de normas que realizem os princípios da escola positiva; adaptar a sanção para o crime à periculosidade do criminoso." (Ferri, 1931: 313) Adiante dizia que "naturalmente, na lei penal substantiva, a personalidade do criminoso não pode ser tomada em consideração senão por normas gerais, relativas às diversas categorias antropológicas de criminosos e aos critérios genéricos da avaliação de sua diversa periculosidade. Mas, depois, na lei processual e também em outras leis, deverá ser disciplinada de maneira sistemática e completa, a procura e a colheita processual dos dados fisiopsíquicos, familiares e sociais, pelos quais se possa individualizar a periculosidade do acusado." (Ferri, 1931: 315)

Para concluir que "a personalidade do criminoso na moderna evolução antropológica criminal é estudada nas suas condições morfológicas, bioquímicas e neuropsiquiátricas e, na ciência criminal, é examinada em relação com a sua conduta social, pelo que, os resultados do estudo antropológico devem ser utilizados e sistematizados, na organização jurídica da defesa social (preventiva e repressiva) contra a criminalidade." (Ferri, 1931: 316)

A partir dessa lição de Ferri, é importante, como meio de individualizar a pena, estudar a personalidade do delinqüente, em todas as suas condições, para que possamos chegar à exata dimensão do fato criminoso.

O homem é o produto de condições hereditárias e do meio, possuindo uma personalidade extremamente dinâmica, em grau maior ou menor mas sempre em movimento, sendo, por assim dizer, um múltiplo contínuo de processos estruturados.

O problema que se propõe é o de estudar essa personalidade, como pertencente a uma pessoa inteira e indivisa e que, portanto, não pode ser considerada a partir de suas maneiras abertas de proceder — é necessário levar em consideração as ocorrências internas e externas.

Gordon Allport diz-nos que a personalidade "é a organização dinâmica dos sistemas psicofísicos que determinam o ajustamento do indivíduo ao meio circundante." (Allport, 1937: 62)

Tal definição, segundo Irene Mello Carvalho, "é aceitável e bastante ampla, pois considera muitos aspectos:

a. na personalidade interferem traços psíquicos e físicos;

b. a personalidade é uma síntese única, distinguindo cada ser humano de seus semelhantes;

c. a personalidade é uma síntese dinâmica, estruturando-se e reestruturando-se continuamente;

d. a personalidade sofre influência do meio físico e sobretudo do meio social." (Carvalho, 1971: 72)

Em outras palavras, a personalidade é peculiar a cada tipo humano, não existem duas pessoas — mesmo gêmeos univitelinos — exatamente iguais, nem tampouco uma pessoa porta uma mesma personalidade durante toda sua existência.

A personalidade, como própria de cada homem, forma uma unidade em torno do "eu" , como sujeito que precisa viver como as coisas entre as coisas.

A personalidade, assim entendida, compõe-se de dois aspectos: estrutura e conduta.

Na estrutura, vamos encontrar aquelas causas permanentes, isto é, garantindo-lhe continuidade, unidade e identidade (condições internas, trazidas desde o nascimento) e a reatividade (condição interna). Por outro lado, a conduta é determinada pelas influências sociais, principalmente.

Antigamente hipervalorizadas as causas estruturais, graças a modernos estudos, tiveram muito diminuído o valor que a elas se emprestou na gênese da personalidade.

Pensa-se atualmente que, embora a herança deva ser considerada na formação da personalidade, não é ela fator exclusivo e nem via de regra o mais importante, pois não se pode esquecer a influência do meio e mesmo das condições maternas durante a gestação.

No estudo dos caracteres inatos da personalidade, há três aspectos a serem considerados:

a. *Somatotipo* — entende-se por somatotipo o resultado dos tributos morfológicos e fisiológicos, representados numa síntese própria para cada corpo, originando uma forma típica e ritmos fisiológicos próprios (biótipo).

Já no século IV a.C., Hipócrates considerava dois tipos humanos básicos, a partir de características morfológicas e fisiológicas: o de *habitus phitisicus*, magro, pálido, inapetente; e o *habitus apoplecticus*, obeso, sangüíneo, chegando mesmo a estabelecer relações entre o tipo físico e relação psíquica.

Kretschmer foi o grande momento no conhecimento das relações existentes entre a constituição corporal, o temperamento e o caráter. Realizava, então, a seguinte classificação:

1. Ao tipo físico pícnico (ou brevilíneo) corresponderia um temperamento ciclotímico, um caráter extrovertido e um aspecto patológico de maníaco-depressivo;

2. Ao tipo físico leptossômico (ou longilíneo) corresponderia um temperamento esquizotímico, um caráter extrovertido e um aspecto patológico de esquizofrenia;

3. Ao tipo físico atlético (ou normolíneo) corresponderia um temperamento gliscróide, um caráter viscoso e um aspecto de epilepsia." (Carvalho, 1971: 79)

Os norte-americanos Sheldon e Stevens trouxeram uma revolucionária

contribuição aos estudos tipológicos ao negarem a existência real dos tipos antropométricos. Para eles, existem:

• somatotipo endomorfo, em que predominam as vísceras e o tecido adiposo;

• o somatotipo mesomorfo, onde predominam os tecidos musculares, ósseos, vasculares e conjuntivo;

• o somatotipo ectomorfo, no qual o tecido nervoso, a pele, os órgãos sensoriais são relativamente mais desenvolvidos.

Sobre o trabalho dos citados norte-americanos, bem destaca Mira y Lopez que "de acuerdo con esta fórmula perfectamente individualizada, del somatotipo, la mayoria de los seres humanos son variantes del "normatotipo" (que no tenia existencia en las antropometrias clásicas ni modernas) pero cada uno representa peculiridades que le hacen propender a un tipo de reacción temperamental (neurotónica, somatotónica e viscerotónica). Es así como la peligrosidad y las diversas tendências antisociales hallan una expresión antecipada, así como tanbién, una posibilidad biológica de correción, en las primeras fases del desarrollo, gracias a la denominada 'terapia constitucional', que influye principalmente sobre las condiciones del trofismo y meabolismo celular." (Mira y Lopez, 1961: 33-34)

b. *temperamento* — entende-se por temperamento a resultante de tendências, aptidões ou predisposições primitivas que motivam profundamente a atividade psíquica, ou como conceitua Mira y Lopez "la resultante funcional directa de la constición, que marca en todo momento la especial modalidad de la vida primitiva tendência de reacción frente a los estímulos ambientales." (Mira y Lopez, 1961: 33-34)

O temperamento é visto por alguns como a característica dinâmica de um indivíduo.

É de salientar-se que, embora tido como hereditário, o temperamento não nasce inteiramente estruturado, porquanto, ainda que permanecendo inalterável em suas linhas fundamentais, desenvolve-se e modifica-se o longo da existência. Desse modo, atuam em sua formação reações bioquímicas humorais, dependentes, por sua vez, da atividade trófica, glandular ou diastásica das células que integram nossos órgãos particulares, os órgãos da secreção interna.

As tendências, que condicionam o temperamento de uma pessoa, apresentam-se sob três formas:

• escala diastásica de Kretschmer, ou seja, as diferentes tendências da natureza emocional, representadas pelo ritmo de alternância entre os estados de prazer ou alegria e os estados de desprazer ou tristeza. A propósito, ouçamos o próprio Kretschmer: "Tanto quanto se possa julgar, hoje, empiricamente os temperamentos influem sobre as qualidades psíquicas seguintes: 1. a psiquestesia (hipersensibilidade ou insensibilidade para as excitações psíquicas); 2. a tonalidade efetiva (sensação de prazer ou de dor, acompanhando o conteúdo psíquico, sobretudo na escala da tristeza ou da alegria); 3. sobre o ritmo psíquico corrente (determinando a aceleração ou o retardamento dos processo psíquicos em geral e seu ritmo especial: constante, regular, tenaz, com sobressaltos, barragens, formação de complexos); 4. sobre a motilidade psíquica, assim como sobre o ritmo do movimento geral (vivo ou lento) e sobre os caracteres mais particulares do movimento (oscilante, rígido, vigoroso, mole etc.)." Ao que acrescenta: "pode-se também estabelecer, empiricamente, que as forças cuja influência se exerce sobre todos esses caracteres tomam parte, ao mesmo tempo, na produção de representações e de conceitos, isto é, no funcionamento da inteligência, na formação de disposições intelectuais." (Kretschmer, 1930: 244)

• tono vital ou energia fisiopsíquica esta representada pelas tendências de recuperação e conservação da energia fisiopsíquica.

O tono vital apresenta intensidade gradativa que, em grau máximo, produz estado de elação, normalmente acompanhado de um sentimento de euforia (exaltação da energia vital) e, em grau diminuto, produz um estado de depressão, atonia ou sentimento de disforia (inibição da energia vital).

• capacidade de estabelecer relações com o mundo exterior, ou seja, as relações do "eu" com o mundo, as quais podem se apresentar de forma positiva em que há aproximação entre o "eu" e o mundo (extroversão) ou sob a forma negativa, em que há distância ou afastamento entre o "eu" e o mundo (introversão).

c. *inteligência* — embora a diversidade conceitual, todos consideram a inteligência como um processo complexo e global que participa toda a vida psíquica.

As definições de inteligência são múltiplas. A inteligência é vista por uns como a capacidade de resolver, pelo pensamento, problemas novos; por outros, como uma habilidade de aprender ou executar atos novos. Em síntese, ela é entendida ora como capacidade, ora como habilidade. Para os que nela vêem uma habilidade, é possível um processo de aprendizagem, o que já não acontece com os demais.

Embora, como dissemos de início, não existia unanimidade conceitual entre os autores, pode-se afirmar que a inteligência possui três funções básicas: compreensão, invenção e crítica, procurando sempre compreender a situação; propor soluções e finalmente selecionar a melhor. Ora, a partir daí podemos assegurar que a inteligência esta presente desde os primeiros momentos da vida humana, levando o homem a aprender a realidade, conhecer os objetos, resolver os problemas, ajustar-se às situações novas e integrar-se no mundo.

Assegura Mira y Lopez que "por regla general los distintos tipos de delitos están relacionados con distintos níveles intelectuales: así, por ejemplo, los estafadores acostumbram ser más inteligentes que los simples ladrones y éstos que los processados por delitos de sangre." (Mirea y Lopez, 1961: 35-36)

A expressão " por regla general" é de suma importância, pois não se pode aceitar um estático relacionamento entre nível de inteligência e crime, porquanto como nos mostram as estatísticas, existem criminosos de baixo índice de inteligência realizando crimes que nos parecem exigir um inteligência mais apurada e vice-versa. Neste propósito, convém destacar a afirmativa de Álvaro Mayrink da Costa de que "o crime não é freqüentemente o resultado de uma falta de inteligência, mas de um defeito da vontade." (Costa, 1972: 33)

O famoso bandido Lúcio Flávio, foi considerado um delinqüente com alto grau de inteligência. Não obstante praticou crimes que não exigiam o mínimo de inteligência, fato que sem dúvida nenhuma demonstra a impossibilidade de pretender-se uma relação estática entre inteligência e crime.

Temos, pois, esboçado o aspecto estrutura da personalidade, mas não pretendemos encerrar esta parte sem umas rápidas considerações acerca das condições maternas durante a gestação.

Sabe-se, hoje, influírem na personalidade futura as condições de higidez da mãe durante a gestação. Daí o papel nocivo desempenhado pela auto e heterointoxicação materna, infecções (especialmente do tipo septicêmico); más condições alimentares (quer em termos de qualidade, quer em termos de quantidade); fadiga e esgotamento; traumatismos físicos e psicológicos, enfim todas

as vivências maternas antes e durante o período de gestação.

A conduta, aspecto da personalidade, pode ser compreendida pelo estudo do caráter do ser humano.

Não chegaram ainda os autores a uma posição de unanimidade quanto à gênese do caráter. Se, para uns, o caráter é um dado hereditário e imutável, para outros, ele nada tem de inato, resultando unicamente da influência do meio e da educação. Entretanto, parece-nos mais acertada a posição daqueles que asseveram ser a formação do caráter produto da ação integrada da herança, do meio social e da educação.

Mira y Lopez nos diz que "el carácter constituye el término de transición entre los factores endógenos y los factores exógenos integrantes de la personalidad, y represena en definitiva el resultado de su lucha." (Mira y Lopez, 1961: 37)

Assim sendo, podemos dizer ser o caráter aspecto adquirido da personalidade. É constituído de hábitos mais ou menos estáveis, de atitudes mais ou menos fixas etc... permitindo o ajustamento ou adaptação da natureza original de cada indivíduo ao meio ambiente. Ocorre, entretanto, que nem sempre existe correspondência entre o aspecto adquirido e a natureza original, gerando situações distintas e de conseqüências desiguais.

Irene Mello Carvalho salienta que "quando há certa correspondência entre as reações adquiridas e as tendências temperamentais, há coerência intrapsíquica e os estados conflitivos são de menor monta. Se, porém, as experiências de vida estruturam o caráter com certo grau de oposição ao temperamento, temos, como conseqüência, conflitos psicológicos profundos, que afetam o equilíbrio emocional e produzem a incoerência intrapsíquica." (Carvalho, 1971: 75)

Entendidos os aspectos que compõem a personalidade, percebemos que ela não se apresenta de uma maneira estática, mas bem ao contrário, num dinâmico processo evolutivo.

Mira y Lopez ensina que "la personalidad, síntesis funcional del organismo humano, no puede em modo alguno concebirse como algo rígido y estático, incapaz de evolucionar en el tiempo; antes bien, el individuo cambia con sua edad, y del proprio modo como las huellas de este cambio se traducen en modificaciones corporales morfológicas, dan lugar también a alteraciones del aspecto de su personalidad. Existe, hasta cierto punto, una pauta general de evolución de la personalidad, de suma importância para el Jurista, pues sin su conocimiento no llegará nunca a comprender debidamente los problemas psicológicos que le planteen sus clientes." (Mira y Lopez, 1961: 60) É, portanto, um processo dinâmico que pode sofrer profundas modificações, de maneira temporária ou permanente, por situações endógenas ou exógenas. De onde o própio Mira y Lopez, afirma que "la vida personal depende en todo momento de dos clases de influencias: exógenas y endógenas, pero a sua vez puede su reacción determinar cambios en éstas, de suerte que no sólo el medio y la herencia influye sobre el individuo en un momento dado, sino que éste influye sobre eses dos factores a su vez." (Mira y Lopez, 1961: 30-31)

A infância se nos apresenta como o início da evolução da personalidade (deixando aqui de lado o período de gestação, porquanto pouco se sabe sobre ele), caracterizando-se como uma fase de curiosidade em que a criança procura tomar conhecimento de tudo quanto a cerca de um modo absoluto e extraordinário.

O pai e a mãe assumem, nessa fase, imensa importância, pois constituem eles os protótipos do homem e da mulher nos quais irão se inspirar os filhos.

Os filhos têm a tendência a se identificarem com os pais. Mas, devem estes ter o cuidado necessário para que essa identificação não chegue a ponto de tornar os filhos personalidades dependentes.

Em suma, é na observação dos pais que os filhos começam a assumir na vida o papel que irão desempenhar. Daí o porquê muitas vezes vamos encontrar crianças, adolescentes ou adultos-problemas que nada mais são do que cópias de pais-problemas.

O carinho e autoridade devem ser divididos entre os pais que são, qualquer um deles, destinados a exercer certa autoridade e a manifestar certa intensidade de carinho em relação aos filhos.

Sem pretender fazer aqui uma "psicologia da infância", gostaríamos ainda de destacar a importância que os jogos apresentam na formação da personalidade.

Os jogos infantis permitem à criança aprender brincando, adquirindo desse modo maiores possibilidades de desenvolver suas potencialidades criadoras.

Ninguém desconhece o valor que se dá hoje aos chamados "brinquedos pedagógicos", através dos quais se procura contribuir para um adequado desenvolvimento das potencialidades da criança e, conseqüentemente, da sua personalidade.

A infância corresponderia à chamada "fase preparatória" de Vermeylen na qual ela se apresenta como um "espelho fiel do que dela fizeram o meio e a educação." (Vermeylen, 1928: 341) Essa fase, considerada por Vermeylen de notável plasticidade educativa porque apresenta a criança grande capacidade assimiladora, bem como reações fáceis e precisas, donde conclui ele que a criança "realiza, no instante em que toda a sua vida psíquica vai ser posta em prova, uma verdadeira síntese de suas aquisições passadas." (Vermeylen, 1928: 341)

Vencida a etapa da infância, entra a criança na adolescência, caracterizada por Mira y Lopes por três fatos fundamentais "la aparición del pensamiento abstracto, esto es, de la capacidad de estabelecer relaciones lógicas entre conceptos generales (sin existencia en el mundo fenomenológico); la aquisición de la responsabilidad social y, por conseguinte, el comienzode la acción del indivíduo, como tal, frente a la sociedad; finalmente, la culminación del desarrollo de la sexualidad. A nadie extrañará que digamos que estos hechos ascienden an importancia en el mismo orden de su formulación." (Mira y Lopez, 1961: 65)

Tal colocação corresponde, em princípio, às fases de "conflito e equilíbrio psicossocial" apresentadas por Vermeylen.

Na "fase de conflito" deparamo-nos com a diferenciação psíquica dos sexos, assim como uma exaltação do sentimento da própria personalidade. Desperta-se aí o sentimento da personalidade física, como decorrência das transformações orgânicas, principalmente do sistema endócrino. São também comuns as alterações de humor, estados afetivos, temores, esperanças. Em síntese, o adolescente tem a sensação de viver uma experiência rara e única, que assinala o primeiro passo de sua independência psicológica.

Finalmente na "fase do equilíbrio psicossocial" , o adolescente harmoniza-se com o meio, num equilíbrio entre as tendências individuais e sociais.

A compreensão do adolescente é fundamental para que entendamos "múltiplos problemas planteados por la delincuencia juvenil; toda la afectividad se encuentra exagerada y transtornada al tener que adaptar-se a nuevas concepciones ideológicas, hasta entonces insospechadas. Inversamente, la incipiente lógica y el raciocínio del joven encuentran dificilmente su camino de actuación através de los remolinos

sentimentales que en su ánimo promueve la entrada en accion de la glandula sexual endocrina (testículo y ovário). En esta época pueden darse coetáneamente muestras del mayor egoismo y del más sublime altruismo, de la más refinada sensibilidad y de las más fria indiferencia o 'impermeabilidad sentimental' por ello hemos de guardarnos mucho de estabelecer un pronóstico de la definitiva evolución moral o caracterológica de un joven, sin conocer si sus hechos actuales corresponden a lo observado en su infancia." (Mira y Lopez, 1961: 66)

Do exposto, concluímos da influência da adolescência na formação da personalidade. É indispensável que estejamos preparados para aceitar o jovem com suas dúvidas, sua insegurança, seu inconformismo, enfim, naquele estado de balançar os valores que lhes transmitimos para poder atingir o seu "eu" e o mundo, para poder ajustá-los à sociedade. Mas, infelizmente, somos obrigados a concordar com Mira y Lopez: "de um modo general puede decirse que la família, es decir, el medio afectivo más immediato, no se encuentra absolutamente preparada para favorecer la normal evolución de la personalidad del joven, hasta entonces absorvida por ella.

Pocos son los padres que saben dejar de serlo a tiempo para convertirse en amigos; esto obliga al adolescente a dissimilar su propria personalidad en su casa, toda vez que no se la quieren reconocer sin penosas limitaciones. Y muchas veces ello es la causa de que se traté de conseguir normalmente (dinero, satisfacción amorosa, etcétera)." (Mira y Lopez, 1961: 33)

Conviria uma auto-análise dos pais para compreenderem que sua função frente ao adolescente é tão-somente a de estimuladores da sua individualidade e campo de treinamento, servindo como ponto de apoio nesse difícil processo de formação da personalidade, sem, todavia, em momento algum, converterem-se em algozes de seus filhos através de um amor obsessivo.

Finalmente, chegamos ao estado adulto onde o homem deve estar preparado para exercer sua personalidade com todo o potencial, atuando dentro de um conhecimento de si mesmo e em interação com o mundo. É etapa produtiva do homem, que se caracteriza fundamentalmente por um equilíbrio. Só podemos dizer que o homem atingiu o estado adulto na medida em que atingiu o " eu" e soube colocá-lo dentro do mundo.

O descobrir do "eu" revela-se de suma importância para a formação da personalidade, como explica Ortega y Gasset:

"O Eu é intimidade, é o que está dentro de si, para si. Contudo, é preciso que, sem perder essa intimidade, o eu encontre um mundo fundamentalmente diverso dele e que saia, fora de si, para esse mundo. Portanto, que o eu seja, ao mesmo tempo, intimo e exótico, recinto e campo livre, prisão e liberdade." E adiante acrescenta: "A existência conjunta de um eu ou subjetividade e seu mundo. Não há um sem o outro. Eu não penso se não penso coisas — portanto, ao achar-se a mim acho sempre diante de mim um mundo. Eu, enquanto subjetividade e pensamento, me encontro como parte de um fato dual cuja outra parte é o mundo. Portanto, o dado fundamental e insofismável não é minha existência, não é eu existo — porquanto é minha coexistência com o mundo." (Ortega y Gasset, 1961: 194)

Chegamos, desse modo ao ponto culminante dessa parte, que é o ajustamento da personalidade.

Sem dúvida, o problema do ajustamento da personalidade é tão importante, quanto são insatisfatórios os resultados até agora obtidos. Ainda não se conseguiu atingir um denominar capaz de determinar com precisão os limites entre o normal e o anormal.

No estudo das diversas teorias vamos observar, de modo geral, uma preocupação com normas e padrões sociais, dando-se por anormal aquele que delas se afastar, como, por exemplo, o gênio. Outros se preocupam com a adaptação à cultura do grupo para determinar a normalidade dos indivíduos.

Não é fácil definir normal e não normal. De início, o problema de descobrir, se possível, a universalidade dos conceitos de normal, sendo difícil nesse caso ir além de amplas prescrições. Mesmo tais prescrições não são universais — pois há grupos na sociedade que podem justificar seus ataques com argumentos tipo Robin Hood de roubar dos ricos para dar aos pobres.

Assim como há os que roubam para viver, já outros não rejeitam o uso da violência. O máximo que podemos dizer é que uma maioria de pessoas não aprova o roubo nem a violência. A maioria também se sente chocada com a violência contra crianças ou a crueldade para com os animais. Crimes sexuais, como o estupro, são um problema diferente. Enquanto o estupro de uma senhora idosa por um adolescente é considerado criminoso e patológico, a sorte de uma adolescente que aceitou uma carona tarde da noite será vista sob ângulo completamente diferente.

A segunda parte do problema relaciona-se com a aceitação da relatividade das definições de desvio ou anormalidade. Não basta dizer simplesmente que a virtude para um homem é o vício para outro e que ambos podem estar certos. É antes, tarefa do sociólogo examinar a gênese e manutenção do que pode, na realidade, tratar-se de sistemas éticos em conflito, e descobrir se esse conflito é tão real e importante quanto o afirmam os que dele participam. Se poucos homens têm o monopólio seja de uma classe ou grupo de interesse. Até mesmo os cristãos, que deveriam estar numa posição privilegiada, não concordam em relação a questões como anormalidade sexual, anticoncepcionais e divórcio. Até que ponto um ato, classificado como desvio, pode ser considerado como uma ameaça séria à ordem social, a ponto de ter de ser erradicado? Esse problema é muito discutível, embora os que comandam ou influenciam as agências de controle social possam agir como se o assunto fosse claro e já estivesse solucionado. O consumo de maconha, por exemplo, é classificado como desvio do ponto de vista da legalidade, embora seus efeitos prejudiciais sejam, de acordo com os dados existentes, inferiores aos do álcool e do cigarro, consumidos em grande quantidade. O álcool e o tabaco, em contraste, gozam de tolerância a ponto de serem oferecidos como parte da hospitalidade doméstica. O fato de que doentes de câncer do pulmão possam ocupar preciosos leitos hospitalares e de que motoristas bêbados constituem um perigo de vida não parecem suficientes para produzir uma definição de anormalidade comparável à ligada ao consumo de maconha. A teoria da escalada tanto se aplica ao álcool e tabaco quanto à maconha, isto é, se a considerarmos viável. Somos levados à conclusões de que a objeção se faz ao fato de que o consumo dessa droga nos proporciona um prazer e não é pago "ressacas" ou pulmões enfermos. O hedonismo não é estimulado pela espécie de ética protestante que tem seu exemplo nas leis feitas para o nosso bem pelos que possuem uma sabedoria superior à nossa." (Morris, 1978: 33-35)

Como vimos anteriormente, é impossível estabelecer-se uma Justiça absoluta. O homem só pode conceber valores relativos, gerando conseqüentemente relativa verdade. Tanto a norma, quanto os padrões culturais são produtos da cultura e na verdade, são o que são e existem em função de uma cultura. Sem pretender de ambulações filosóficas, somos obrigados a constatar que a cultura

é um produto do homem, e por conseqüência, relativamente verdadeiro e justo.

Daí pretender determinar critério estático para a avaliação da personalidade é tão absurdo quanto errôneo. Na verdade, o que estamos fazendo nada mais é do que determinar o "quantum" de anormalidade pode ser aceito; essa determinação do quantum é cultura, é humana, é obviamente, falha. Por isso "conformidade e dissensão, normalidade e desvio são conceitos que devem ser compreendidos em termos de situações de ordem previsível. Essa ordem pode ser derivada de várias fontes, as do "outro mundo" ou as que se relacionam com os interesses e preocupações da própria sociedade." (Morris, 1978: 26)

A partir dessa constatação, não podemos aceitar definições que dizem ser normal o homem que conserva um bom equilíbrio mental e se revela capaz de se adaptar ao ambiente ou que consegue manter em harmonia as pulsões do id, as imposições do superego e as reações do ego.

Tampouco são aceitáveis conceitos que vêem a normalidade psíquica dependente da superação, pelo indivíduo, de conflitos entre o eu, o inconsciente pessoa e o inconsciente coletivo ou que admitem como normal o indivíduo em que se equilibram os sentimentos de inferioridade, a vontade de poder e o instinto de comunidade.

A incapacidade para inventar um critério realmente válido para determinar a normalidade, obriga-nos a aceitar, ao menos momentaneamente, como normal a todo o indivíduo capaz de viver dentro da fórmula apresentada por Ortega y Gasset — "Eu e minha circunstância", ou seja, existir com meu mundo e em meu mundo. Normal é aquele capaz de aceitar-se e aceitar, procurando viver encontrando-se e ao mundo, com a constante capacidade de decidir o que será. Afinal, como lembra Gilberto Velho: "Desviante é um indivíduo que não está fora de sua cultura, mas que faz uma 'leitura' divergente. Ele poderá estar sozinho (um desviante secreto?) ou fazer parte de uma minoria organizada. Ele não será sempre desviante. Existem áreas de comportamento em que agirá como qualquer cidadão 'normal'. Mas em outras áreas divergirá, com seu comportamento, dos valores dominantes." (Velho, 1979: 27-28)

Dito o que entendemos por normalidade psíquica, é de observar-se não ser ela um estado passivo, mas uma realização da personalidade, essencialmente dinâmica.

Dentro desse dinamismo que caracteriza a vida psíquica, nem sempre existe harmonia entre os seus fatores, gerando então o conflito, como produto de um choque de motivos contraditórios ou por uma colisão de situações incompatíveis.

Os conflitos assim estabelecidos podem ser conscientes ou inconscientes. Ensina Ernest Seelig: "o psíquico é-nos dado, imediatamente, na própria corrente de vivências constantes do homem, exceto nos estados de sono, narcose, inconsciência e outros. Uma parte deste "vivido" muito complexo, que está sempre em movimento é consciente.

A sua amplitude oscila segundo a atenção que o homem presta ao "vivido"; todavia é-lhe interdita, a conscientização total de todas as experiências vividas; uma parte dos fenômenos psíquicos permanece inconsciente." (Seelig, 1957: 242)

Quando são conscientes os conflitos, são percebidos pelo indivíduo, o mesmo não ocorrendo quando nascem e desenvolvem-se fora da consciência e, portanto, da compreensão do indivíduo.

O homem é passível de toda a sorte de conflitos. Necessita resolver conflitos íntimos e com o mundo, superar frustrações, resistir física e moralmente. Uns apresentam maior capacidade para a solução desses conflitos; outros não os

conseguem resolver ou os resolvem imperfeita e incompletamente.

Irene Mello de Carvalho diz que "a infelicidade pessoal pode ter várias origens. Decorre: ou da incompatibilidade de nossas próprias tendências (quando desejamos coisas contraditórias); ou da falta de adequação entre nossas tendências e aquilo que temos de fazer; ou também da contradição e oposição entre o que exigem de nós. Mais ainda: os sentimentos de frustração podem ser gerados por falta de correspondência entre:

a. aquilo que desejamos e os meios de que dispomos para realizar nossos desejos;

b. o esforço realizado e o êxito conseguido;

c. o êxito alcançado e o prazer dele realmente retirado." (Carvalho, 1971: 92)

A não solução dos conflitos gera situações incômodas e perturbadoras, provocando tensão, irritação, ansiedade, culpa, medo, enfim uma infinidade de situações que conduzem à infelicidade, e, finalmente, ao desajustamento da personalidade.

Para resistir a esses embates, o homem recorre aos chamados " mecanismos de defesa". São eles:

1. *Negação*: na certa o mais antigo e que consiste na tendência em negar os fatos e sensações dolorosas, isto é, a tendência de dar como inexistente ou de não tomar conhecimento de situações, impulsos ou sensações penosas.

2. *Projeção*: derivando-se da negação, busca projetar para fora do Eu. Passando o indivíduo a atribuir seus pensamentos, emoções e desejos a pessoas ou objetos do mundo exterior. A projeção quando levada a extremos torna-se bastante perigosa. Veja-se, por exemplo, o criminoso que, julgando-se vítima, agride, para depois sentir-se agredido. Muitas manias de perseguição encontram sua origem nesse mecanismo projetivo.

O deslocamento é uma forma de projeção que consiste no deslocamento de uma idéia angustiante para outra que é neutra.

A transferência é o termo que, via de regra, designa a projeção e o deslocamento na situação terapêutica analítica.

3. *Fantasia*: comumente chamado de "sonhar acordado", consiste numa superação da realidade pela imaginação. Realiza-se no mundo da segunda o que se não consegue realizar no mundo da primeira. Tal atitude pode vir a tornar-se perigosa no momento em que ocupam-se de desejos impossíveis de serem realizados ou de soluções impraticáveis.

4. *Racionalização*: sendo impossível de serem aceitos os verdadeiros motivos de uma ação ou omissão, o indivíduo procura explicar o fato por uma série de razões intelectuais em nada semelhantes aos motivos verdadeiros. A criança adota muito tal mecanismo. Iracy Doyle acentua que "com o desenvolvimento da atividade mental na vida adulta, mais robusta se torna a capacidade de achar razões, pretextos e desculpas para seu comportamento, sem suspeitar sequer de suas origens inconscientes. Quanto mais hábil a explicação consciente, mais o indivíduo se afasta da verdade incômoda, mais evita os seus conflitos, mais se poupa da ansiedade." (Doyle, 1950: 145)

Muitas das vezes a função da racionalização é boa, mas se em excesso acaba criando no indivíduo a ausência de qualquer visão objetiva e realista do problema.

5. *Repressão*: consiste no esquecimento ou desconhecimento inconsciente de impulsos instintivos ou de acontecimentos externos, os quais representam possíveis alusões ou tentações às demandas instintivas objetáveis. A exclu-

são desses elementos tem por finalidade evitar os seus efeitos reais e porque seu conhecimento é doloroso. Apesar da repressão, o reprimido permanece efetivo, dinâmico, no inconsciente. O que ocorre, portanto, é uma forma de esquecimento forçado, tentado conscientemente ou processado no plano do inconsciente.

6. *Formação reativa*: na formação reativa o indivíduo procura o estabelecimento manifesto de sentimentos, atitudes e condutas opostos aos impulsos reprimidos. Por meio desse mecanismo, não só se negam os impulsos subjacentes, como ainda se os mantêm reprimidos.

7. *Regressão*: dá-se quando o indivíduo evita situações conflitivas retornando a uma fase da evolução na qual suas experiências pareciam mais agradáveis e suas satisfações mais instintivas, mais completas.

8. *Identificação*: ocorre quando o indivíduo identifica-se com o que temia ou lhe desgostava, isto é, supera a oposição existente entre o eu e o objeto.

Procuramos aqui apresentar algumas das formas de reações de defesa mais usadas, embora não se constituem nas únicas, pois ainda encontramos com bastante freqüência a renúncia, o adiamento, a inversão, a sublimação, autopunição, a substituição, a conversão, o isolamento, a generalização, o insulamento, a catatimia.

Quando o indivíduo não consegue vencer os conflitos, acaba por gerar os desajustamentos da personalidade, os quais conduzem o indivíduo a dois tipos básicos de perturbação mental:

Neuroses — decorrentes de alterações funcionais, psíquicas e orgânicas, tornam o indivíduo capaz de enfrentar objetivamente a realidade, embora dela não se distancie, por quanto não ocorre aí uma desintegração da personalidade que pudesse gerar mudanças qualitativas.

É interessante de ser destacado que as neuroses criam no indivíduo reações extremamente perigosas, porquanto dá-se ele conta da anormalidade de suas reações, mas não consegue descobrir a sua causa, nem sabe como evitá-las.

Alguns apontam como as principais formas de reações neuróticas a angústia, neurastenia, obsessões compulsivas, fobia, conversão.

Psicoses — com muita propriedade assinala Iracy Doyle que "o comportamento psicótico indica já uma falência grave nos esforços de adaptação; trata-se de uma fuga parcial ou total da realidade, ou da negação da mesma, que é substituída por um mundo completamente imaginário ou, pelo menos, com muitos elementos fantásticos. Não há consciência do transtorno, principalmente nos casos bem evoluídos. Alerta-se o juízo da realidade e a capacidade de avaliação lógica ressente-se, em maior ou menor grau. Sintomas os mais variados podem estar presentes, indicando falta de objetividade, incapacidade lógica e impossibilidade de ajustamento ao grupo social. A personalidade desintegra-se total ou parcialmente. Os mecanismos inibidores habituais relaxam-se; os conflitos, anteriormente controlados, ou mesmo reprimidos, passam a campear com toda a sua potência e a realidade psicológica profunda torna-se-ia facilmente reconhecível se o indivíduo não apelasse para outros recursos, como por exemplo, a desorganização da expressão verbal ordinária e outros sintomas psicóticos." (Dyle, 1950: 311)

Como se vê, as psicoses produzem no indivíduo alterações psíquicas, desintegração da síntese mental, perda do contato com a realidade, como conseqüência de alterações qualitativas da personalidade.

As psicoses, por vezes, são a causa parcial específica de um crime, pois que, conduzindo o indivíduo a um esta-

do desintegratório, pode conduzi-lo à prática de atos desintegrados.

Desse modo, não nos parece aceitável a posição assumida pelo nosso Código Penal de 1940 que, embora considerando as psicoses como anormalidades, acaba por aceitar as posições que cometam o impropério de considerar a pena como útil ao ajustamento dessas personalidades. Ora, é necessário que se aceite a psicose como uma anormalidade e que, portanto, exige um tratamento adequado e não a punição pura e simples daqueles que se nos afiguram como normais e, conseqüentemente, responsáveis.

Diz a Exposição de Motivos de nosso Código: "Em face da diversidade ou dubiedade dos critérios científicos, o projeto, no interesse da defesa social, só podia tomar um partido: declarar responsáveis os 'fronteiriços', ficando ao prudente arbítrio do juiz, nos casos concretos, uma redução da pena, e isto sem prejuízo da aplicação obrigatória da medida de segurança. Para a adoção de tal critério milita, além disso, uma razão de ordem prática. É preciso reforçar no espírito público a idéia de inexorabilidade da punição. Deixando-se a coberto de pena, quando autores de crimes, os anômalos psíquicos, que vivem no seio do povo, identificados com o ambiente social, e que o povo, por isso mesmo, não considera irresponsáveis, fica desacreditada a função repressiva do Estado. A fórmula do projeto virá aumentar a certeza geral da punição dos que delinqüem, tornando maior a eficiência preventiva da sanção penal, não somente em relação ao *homo typicus*, como em relação aos psicopatas, que são, sem dúvida alguma, intimidáveis." (Código Penal, 1985: 30-31)

Sejamos racionais e vejamos quantas impropriedades comete aí, no texto citado, a Exposição de Motivos.

Declara ter optado pela responsabilidade dos "fronteiriços", tendo em vista a dubiedade dos critérios científicos, num total desconhecimento do consagrado princípio *in dubio pro reo*. Consagrou, de modo geral, a legislação pátria o princípio de beneficiar o réu sempre que restam dúvidas. E, no caso dos "fronteiriços" existe uma profunda dúvida científica, não sendo, portanto, válido punir, em princípio, aqueles que se encontrem em tal estado. Por outro lado, pretender deixar ao "prudente arbítrio do juiz" uma possibilidade de redução da pena, é, obviamente, absurdo se levarmos em conta o nem sempre adequado preparo dos mesmos. Sabemos bem não ser praxe no Brasil exigir dos juízes um conhecimento profundo — talvez nem superficial — da pessoa humana.

A razão prática invocada pela exposição de Motivos enquadra-se perfeitamente na "nostalgia del passado" de Antolisei, pois nada mais é do que uma pena com marcantes implicações vingativas e punitivas.

Em tempo oportuno, é de salientar-se que jamais chegaremos a um processo de conscientização populacional contra o crime através da intimidação. A intimidação somente pode gerar o medo, o qual se constitui em poderoso aliado do crime e do criminoso. "A confusão", e "a incerteza e insegurança nas relações sociais", faz com que os indivíduos fiquem "perdidos", "soltos", "desenraizados", tornando-se "anônimos". (Velho, 1979: 17)

Desse modo, somos forçados a não concordar de forma alguma com a arcaica posição assumida por alguns legisladores, sob pena de estarmos gerando um estado de desintegração sócio-individual.

A leitura da exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal — Lei 8.209/84 — é suficiente para demonstrar que a legislação brasileira permanece submetida à proteção da sociedade, colocando o delinqüente numa posição

secundária. Não se discute a capacidade do indivíduo de reassumir seu potencial como ser humano. Insiste-se na idéia de "tratamento-padrão", esquecendo que o criminoso é um ser sócio-individualizado e que não pode ser objeto de ações descomprometidas com sua personalidade e preocupadas apenas com a perniciosa idéia da dita recuperação ou ajuste aos valores dominantes. Aí está escrito que "além das correções terminológicas necessárias, prevê, no parágrafo único, *in fine*, do art. 26, o sistema vicariante para o semi-imputável, como conseqüência lógica da extinção da medida de segurança para o imputável. Nos casos fronteiriços em que predominar o quadro mórbido, optará o Juiz pela medida de segurança. Na hipótese oposta, pela pena reduzida." (Código Penal, 1985: 08)

A propósito de desajustamento da personalidade, é de bom alvitre lembrar o ensinamento de Mira y Lopez, para quem seria normal "el resultado de un devido equilíbrio entre todas las formas de personalidad anormal existentes." (Mira y Lopez, 1961: 78)

Agora faz-se urgente perguntar — É possível atingir esse equilíbrio? Qual seria a medida desse equilíbrio?

Talvez seja possível atingir o equilíbrio, mas nos parece impossível determinar essa medida. O que na verdade ocorre é que aqueles que se colocam na posição de julgadores estabelecem critérios próprios, baseados na sua formação e com eles passam a decidir sobre seus semelhantes, desconhecendo que a justiça absoluta é um ideal irracional. Assim sendo, ficam os delinqüentes sujeitos a "ser ou não ser"; a "ser mais ou a ser menos", conforme o julgador sobre cujo jugo estiverem sujeitos, porquanto na dubiedade assim determinou nosso Código Penal.

Se antes destacamos a necessidade do "exame criminológico", agora ela se faz evidente por si. Somente através dele é que poderemos chegar a conhecer o infeliz portador de desajustamentos da personalidade e em que grau ocorre, não sujeitando a humanidade a posições duvidosas, vingativas, enfim desumanas.

Ernest Seelig diz existirem várias formas de psicoses: "As mais importantes são:

a. as chamadas psicoses orgânicas causadas por perturbações orgânicas ou por doenças físicas que atingem o cérebro, como por exemplo, os processos de desgaste da velhice (*dementia senilis*) e da arteriosclerose, a paralisa progressiva (que aparece no período terciário da sífilis) e a sífilis cerebral (que se deve distinguir da anterior) e a doença de São Vito hereditária (*chorea major*);

b. psicoses causadas por acidentes exteriores, como por exemplo, ferimentos do cérebro (psicoses traumáticas) ou intoxicações (psicoses tóxicas) tais como por mercúrio, álcool (delírio alucinatório do ciúme) e outros;

c. as chamadas psicoses endógenas ou funcionais, cujos processos mórbidos cerebrais não são bem conhecidos: a demência maníaca-depressiva (demência circular, ciclofrenia) que é caracterizada por alternâncias de estados maníacos e melancólicos; a esquizofrenia (loucura juvenil, *dementia praecox*), que evolui com cisão da consciência do Eu e acaba, em regra, na desagregação mental; a epilepsia verdadeira (genuína) com o sintoma do ataque epiléptico (no qual o doente cai, é sacudido por convulsões e morde, freqüentemente, a língua) e as "auras crepusculares" às vezes equivalentes deste. A paranóia, especialmente o delírio de relação e de perseguição, que é caracterizado pela formação de um sistema de idéias delirantes incorrigíveis, em regra, irreconhecível durante muito tempo e que é de uma importância criminológica especial, hoje é incluída, geralmente, na esquizofrenia;

porém, as formações de idéias paranóides aparecem também noutras doenças mentais e nas psicopatias. A exposição detalhada pertence ao domínio de psiquiatria forense." (Seelig, 1957: 286-287)

Como se vê, tais personalidades são o resultado de vários fatores: causas somáticas, temperamentais e ambientais. Daí ser a recuperação um trabalho conjunto de médicos, pedagogos, sociólogos, psicólogos e, por que não dizer, juristas, desde que conscientes de que não sejam eles capazes de tratar o delinqüente como um indivíduo passível de métodos correcionais e, quando seja o caso, de coerção disciplinar, nem tampouco acreditem na necessidade da sujeição a castigos para corrigir-lhes o caráter indisciplinado.

Não estudaremos aqui o doente mental, porquanto o mesmo juridicamente não é considerado criminoso, sendo, como ensina nosso Código Penal (art. 26), "isento de pena o agente que, por doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento." (Código Penal, 1992: 49)

Concluindo nosso esboço sobre a personalidade humana, lembremos que o indivíduo é um e é todos, na medida em que possui peculiaridades sócio-individualizadas e representa todas as características da espécie humana.

4. Do exame criminológico

Pensar em individualidade da pena equivale em pensar em exame criminológico. Não se pode pretender aplicar uma pena adequada à personalidade do agente e ao ato exteriorizado, sem conhecer adequadamente todas as interferências multidisciplinares que atuaram sobre o indivíduo, nem esquecer que antes de tudo é ele um ser humano.

O Congresso Penitenciário Internacional de Londres, realizado em 1925, dentre suas múltiplas recomendações, salientava a necessidade de que todos os detidos fossem sujeitos a um exame físico mental. Portanto, não é recente a constatação de que o exame criminológico deve ser realizado.

Autores há que defendem a realização do exame criminológico apenas para certas categorias de delinqüentes. Tal posição merece cuidado especial, sob risco de se tornar discriminatória e incoerente, pois poder-se-ia estar de antemão considerando de maior ou menor periculosidade certos tipos de delinqüentes, esquecendo que a condição básica para o sucesso do exame é a presunção de inocência do indivíduo.

Como salienta De Greeff, o delinqüente deve ver no exame a certeza de que não será julgado "por um ato, ou por um momento do mesmo, mas em função de todas as possibilidades que estão nele." (Greeff, 1947: 227)

A posição de De Greeff corrobora nosso pensamento de que não se deve limitar a obrigatoriedade do exame criminológico a certas categorias de delinqüentes, sob pena de estarmos realizando um pré-julgamento, embora a realidade dos países muitas vezes obrigue a essa limitação.

Ernest Seelig diz existirem três vias a serem consideradas para o conhecimento da personalidade do acusado:

a. O conhecimento pela impressão subjetiva adquire-se pelos meios da psicologia intuitiva. Ela utiliza a 'impressão pessoal' que o culpado faz no juiz, em relação com as suas condições de vida, colhidas no processo criminal e o juízo de valor dos investigadores.

b. o exame psiquiátrico do acusado impõe-se logo que se notem nele sinais de que possa sofrer de uma doença

mental, de uma psicopatia ou de qualquer perturbação mental; traços psicopáticos ligeiros, como se encontram em muitas pessoas, não são motivos para tal exame. Os métodos empregados pelos peritos psiquiatras são objeto da psiquiatria forense. O relatório deve exprimir o diagnóstico clínico do estado ou do processo mórbido e a sua influência sobre a personalidade global, e salientar, especialmente, os traços patológicos que tenham sido determinantes do aparecimento do crime e, porventura, possam justificar um perigo de recidiva. O psiquiatra, além disso, pode também pronunciar-se sobre as conseqüências jurídicas resultantes (inimputabilidade, eventualmente imputabilidade diminuída, ou inteira responsabilidade, necessidade de internamento), todavia a decisão destas questões compete ao juiz, que, nos casos limites — desde que ele disponha da preparação adequada — utilizará também as suas observações pessoais.

c. o exame biocriminológico tem por missão estudar a personalidade de um acusado (mentalmente são) quanto aos componentes que são importantes para o julgamento da sua responsabilidade, da sua capacidade para o crime, da medida da sua culpabilidade e da perigosidade, bem como de sua sensibilidade à pena e da sua capacidade de correção." (Seelig, 1957: 156-158)

Para nós, o correto exame criminológico abrange, conforme conclusão do ciclo realizado pela ONU, em Bruxelas, em 1951: um exame biológico, um exame psicológico, um exame psiquiátrico e um exame social.

O exame criminológico, portanto, não é confundível com o exame psiquiátrico, mas bem ao contrário, soma uma multiplicidade de interferências possíveis na vida de um ser humano.

Somente conhecendo-se essa multiplicidade de interferências será possível garantir ao acusado a certeza de que será examinado como se inocente fosse, antes de ser responsabilizado por qualquer ação ou omissão que tenha provocado um ilícito penal.

Em matéria de observação da personalidade, destaca Mayrink da Costa: "o homem é o que importa, pelo menos tanto quanto o delinqüente, e isso, deve ser considerado além do seu ato, em tudo o que ele foi, aquilo que ele é, aquilo que ele puder vir a se tornar." (Costa, 1972: 102)

Desse modo, o exame criminológico deve também considerar a unidade que é o homem, não desconhecendo a moralidade do delinqüente, a qual também deve reter a atenção do perito.

Nelson Pizzotti Mendes ensina que "este informe, para ser útil e aceitável, necessita reunir determinadas características: terá que ser completo, contendo todos os antecedentes de valor; fidedigno, constatando o perito, com exatidão, cada um dos antecedentes proporcionados pelo acusado e pelos outros interrogados; pertinente ao caso em estudo, com a máxima objetividade, evitadas as generalizações; breve, tão sintético, preciso e conciso, como seja possível, evitando-se toda e qualquer erudição; inteligível, ou seja, redigido em linguagem compreensível e direta, utilizando-se um mínimo de expressões técnicas, de maneira que até os leigos na matéria sejam capazes de entender os seus resultados; e rápido, posto à disposição dos órgãos judiciais em tempo breve, de modo a não contribuir indevidamente ao prolongamento do processo." (Mendes, 1973: 31)

Assim realizado, o exame criminológico será capaz de apresentar um quadro delineador da personalidade do acusado, o qual será de imensa valia quer para o julgador, quer para o tribunal, quer para as autoridades encarregadas da execução da pena. Finalmente, deve ainda conter o exame criminológico recomendações apresentando sugestões

capazes de gerar um programa de ação psicossocial que possa garantir a defesa da sociedade pela proteção do delinqüente, sem esquecer de determinar a probabilidade de reincidência ou de ressocialização do indivíduo, para desse modo se conseguir uma ação educativa e preventiva do Direito Penal.

Sem pretender entrar na discussão acerca do momento ideal à realização do exame criminológico, somos de opinião que ele deve ser realizado na fase de instrução criminal, pois assim estaremos desde o início tratando com dados concretos, numa situação realmente prática como meio de individualizar a pena.

Observe-se, entretanto, que a realização do exame criminológico na fase de instrução não impede o aperfeiçoamento ou a complementação do mesmo em outras etapas do processo ou da fase de execução da sentença, porquanto qualquer dado novo que se acrescente terá sempre valor.

Há humanização progressiva dos costumes a demonstrar que é chegada a hora de humanizar a pena dos delinqüentes, com uma educação racional, despertando-lhes na alma sentimentos nobres, como o remorso, o arrependimento, o perdão e a bondade; e com isso diminuiremos as bastilhas penitenciárias. Nada de sério se fará neste setor sem a obrigatoriedade do exame prévio, bio-psico-social do delinqüente, sem as clínicas criminológicas onde pessoal competente, de preparação científica e prática, analise a fundo o criminoso e investigue a causa terminante do delito. É tão evidente a necessidade deste exame, que é supérfluo enfatizá-lo mais, mesmo porque deve ser realizado já antes do julgamento do delinqüente. É a tese que defendemos."

Mira y Lopez, psicólogo de renome internacional, afirma: "A pessoa é inteira e indivisa e como tal deve ser estudada e compreendida pela ciência." Mais adiante, diz ainda: "No ato mais simples intervém todo organismo em virtude da sinergia funcional de que está dotado." E, em outra parte, conclui enfaticamente: "Já não é possível julgar nenhum ato humano sem conhecer as circunstâncias externas que o determinaram e o estado de quem o executou naquele momento, como também — o que é mais importante sem saber qual é o tipo de personalidade do autor." (Mira y Lopez, 1969)

O doente que quer sarar, levado de amor a vida, quando procura um médico, que é clínico geral, este, na primeira consulta não lhe diagnostica o mal, nem inicia o tratamento, sem antes submetê-lo a exames complementares de laboratório, e em alguns casos, para maiores subsídios, envia o paciente a outro especialista, para ouvi-lo depois. Pois bem, guardadas as devidas proporções, dá-se o mesmo, ou pelo menos, deveria dar-se em relação ao estudo do criminoso. Cada processo é um caso clínico, que requer o seu diagnóstico e a sua própria terapêutica. Para uma exata e eficaz aplicação das leis penais aos casos individuais, são necessários conhecimentos científicos especiais, não só de Direito, mas também de antropologia, de psicologia, de medicina legal e de psiquiatria, ao mesmo tempo que o juiz atual é fadado a um enciclopedismo absurdo, contrário a lei natural da divisão do trabalho, que exige e alenta mentalidades e aptidões diversas.

O ideal será a realização de tal exame antes do julgamento, pois, assim teríamos uma melhor personalização da pena. Por outro lado por uma questão de honestidade devemos salientar que muitos defendem a tese de que tal exame deve ser realizado antes de enviar o criminoso apenado a uma penitenciária a qual, adequar-se-ia a uma deficiência. Cada pessoa — fato sabido — tem necessidades especiais, razão pela qual não se pode pô-la em pé de

igualdade, sob pena de continuar indevidamente o mesmo estado de coisas, a mesma confusão, a mesma corrupção, a mesma promiscuidade.

O cárcere propõe-se a melhorar o delinqüente, ou reformá-lo. Mas, como ele vai melhorá-lo? Como é que pode reformá-lo se não o conhece, pois se o delinqüente é tratado como um ilustre desconhecido e se o tratamento que lhe é dispensado é feito às cegas e não a luz da ciência. Como é que vai se tratar quem não se conhece. Essa é a pergunta que se faz. E a resposta é única. É impossível.

A prisão não só corrige ninguém, como ainda lança por suas portas, ao término da pena, seguindo a sua duração, um pobre sujeito desalentado e radicalmente estéril para viver em comunidade. A falência da pena, deve-se portanto, à ausência de um tratamento penitenciário voltado para a figura humana delinqüente e adequado à sua personalidade criminal.

5. Conclusão

Observa-se no dia-a-dia que os juízes na elaboração das sentenças criminais ao analisarem a personalidade do delinqüente simplesmente desconhecem os princípios referentes ao assunto. Limitam-se, na maioria das vezes ao frisarem que "as circunstâncias judiciais são favoráveis ou desfavoráveis aos réus."

E os promotores de justiça permanecem silentes, pois se contentam com a mera condenação objetiva dos réus, o que é profundamente lamentável.

Às vezes, o próprio legislador colabora para isso, senão vejamos "a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) pratica um atentado contra a individualização da pena, pelo fato de que impondo um limite máximo da pena a ser aplicada, e ao mesmo tempo determinando a agravação da pena até a metade, o que consegue na realidade é impedir a aplicação da própria norma que institui a agravação." Um bom modelo é aquele dado pelo Prof. Damásio de Jesus em seu trabalho publicado por Sérgio Antônio Fabrismo fascículo de ciências penais denominado *Anotações a Lei 8.072/90.*

O exemplo trata do sujeito que tendo cometido um crime de extorsão mediante seqüestro de vítima de treze anos de idade, acaba por matá-la.

A pena mínima é de 24 anos de reclusão, chegando aos 36 anos em face da situação de menoridade da vítima; a máxima é de 48 anos de reclusão, entretanto, por força do art. 9.º da nova lei, igualam-se as penas, uma vez que não podem ultrapassar o teto de 30 anos, impossibilitando ao juiz aplicar pena maior ou menor que 30 anos de reclusão.

Desta forma, reconhecidos tipicidade, culpacidade e ilicitude, caem por terra os critérios de fixação da pena determinados pelo art. 5.º do Código Penal.

O estatuto da criança e do adolescente traz no seu bojo dispositivos que inovam a matéria, embora devamos levar em conta os princípios norteadores do mesmo, os quais não visam a aplicação objetiva de uma pena.

No § 1.º do art. 112 e no art. 113, o "Estatuto" está atendendo ao primado estabelecido no revogado código de menores, fixa os critérios norteadores para aplicação das medidas, repetindo as regras já contidas, respectivamente, nos arts. 4.º, 13.º e 15.º do anterior diploma amenorista, vale dizer, afasta-se portanto, da teoria da proporcionalidade do Direito Penal — severidade da pena proporcional à gravidade da situação — para declarar que toda atenção é voltada para a pessoa do adolescente, com sua condição sócio-econômica cultural; que as medidas não são definitivas, aos quais devem ter caráter pedagógico para propiciar a reintegração sócio familiar; que o ato infracional em si mesmo, é

secundário, ocupando o último lugar no enunciado banalizador para a escolha da medida. Em síntese o "Estatuto" consagra como atendimento judiciário o chamado estudo do caso como se observa no art. 186, § 2.º.

O mundo atual está a exigir uma nova posição do penalista no trato com o crime e a criminalidade.

Não podemos permanecer, mesmo que distantemente, ligados a posições como a de Lombroso, que pretendia fossem os criminosos portadores de uma particularidade especial psicofísica, constituindo-se num "criminoso nato". Tal tipo de posição absolutamente discriminatória não encontra o menor fundamento na Ciência.

É indispensável conscientizarmo-nos de que somente através de um estudo da personalidade do delinqüente, onde se busquem as possibilidades concretas de cada indivíduo, compreender-se-á o que o motivou ao crime. A partir dessa posição é que se poderá pensar em aplicar a pena. Afinal, "é psiquismo do agente, mais do que na materialidade do fato, que encontramos razões para condenar ou absolver." (Souza Netto, 1956: 74)

A pena a ser aplicada deverá, isenta de caráter punitivo e vingativo, procurar atingir as peculiaridades da personalidade do delinqüente e a gravidade do ilícito cometido, tendo sempre em vista que seu objetivo é a justiça e a defesa social, através da recuperação do criminoso.

Lembremos o magistério de Ernest Seelig: "por um lado o ambiente do crime com toda a abundância de circunstâncias determinantes, despertantes e inibidoras do ato, e, por outro lado, a personalidade do criminoso — tal como ela se forma a partir das disposições hereditárias sob influência constante do desenvolvimento do meio — que reage agora ao ambiente do crime com uma situação vivencial da qual resulta a prática do ato." (Seelig, 1957, v. I, 230)

Disso tudo resulta a necessidade urgente da realização do exame criminológico, como meio de individualizar a pena, procurando não esquecer que o criminoso é "um e é todos" ao mesmo tempo. É um na medida em que se apresenta uma unidade e uma personalidade com o somatotipo, temperamento, inteligência e caráter que lhe são peculiares. É todos na medida em que representa todas as características do ser humano.

Gabriel Tarde lembra que "nenhum de nós pode gabar de não ser um criminoso nato, relativamente a um estado social determinado, passado, futuro ou possível", o que nos deixa a intranquilizadora dúvida de como reagiríamos frente a determinadas situações ou condições que acabam por conduzir outros ao crime. (Tarde, 1957: 40)

É bem verdade que não estamos pretendendo transformar todos em criminosos, mas apenas lembrando aqueles que julgam ou que aplicam a pena, que o criminoso é antes de tudo um ser humano, produtivo de condições sócio-individuais.

Vale, ao final, lembrar a lição de Hugo Auler: "realmente, na hora que passa, a psicologia, contemporânea do fenômeno criminal não permite mais que se veja no delinqüente um indivíduo digno de ódio e de expiação como retribuição do mal cometido por outro mal que lhe é infligido (*malum porpter malum*) e que, por haver pretendido sobrepor o seu direito individual ao direito social, deva ser excluído do convívio da sociedade, mas, pelo contrário, um ser humano que merece, além da expiação, assistência pedagógica, e que deve ser readaptado para viver em sociedade, sem mais constituir nem mesmo lesão potencial ao equilíbrio social, não fosse a personalidade produto de fatores endógenos e exógenos, não

fosse a responsabilidade pena indicativa de capacidade normal de entendimento e de determinação, o fundamento ético do moderno direito criminal." (Auler, 1957: 37-38)

Portanto, insistir na aplicação da pena sem um prévio exame criminológico da personalidade do delinqüente, é autorizar a manutenção de seu caráter expiatório, o que demonstra a existência de um Direito sem qualquer compromisso com o homem como um ser sócio-individualizado. Será, em outras palavras, a aplicação de um Direito, jamais a garantia da Justiça.

O exame criminológico (ou parecer da CTC) é apenas realizado atualmente na fase da execução da pena. Porque não utilizar o exame criminológico como subsídio para a aplicação da pena? Seria o mesmo uma peça pericial, o qual analisaria o binômio delito-delinqüente, sendo foco central para o qual devemos convergir todas as avaliações, isto é, a motivação criminal, a dinâmica criminal, ou seja, o conjunto de fatores que nos ajudariam a compreender a origem e o desenvolvimento da conduta criminal do autor do delito. Refutar, tal conclusão como impraticável diante da estrutura do Poder Judiciário é "tapar o sol com peneira", pois, o que têm que ser mudado urgentemente é a burocracia do processo, enfim uma modificação substancial nos ritos processuais os quais colaboram sensivelmente para a procrastinação dos feitos. Não obstante não podemos jamais esquecer a pessoa que eventualmente se vê processada.

Nada obsta que tenhamos mecanismos que nos proporcionem uma avaliação do criminoso na fase da execução principalmente para avaliar também a progressão dos regimes.

A pessoa humana deve ser o centro de todo esquema primitivo, pelo fato de que todo estado democrático de direito deve observar em primeiro lugar a dignidade da pessoa humana. O exame criminológico inserido na aplicação da pena influirá certamente, para que esta torne-se mais justa, pois nas circunstanciais legais e judiciais, confere o Código ao juiz um amplo poder discricionário. Essa discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade. Por isso, o juiz tem a obrigação de motivar o exercício do poder discricionário que lhe foi conferido. É de bom alvitre que o julgador deixe dito como e por que chegou a fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença: como e porque reduziu certa quantidade de pena e não outra; como e porque segue este caminho ou outro distinto. A sentença não é um ato de fé, mas um documento de convicção racionada e as fases do cálculo de pena devem ser muito claras para que a defesa e o Ministério Público tenham ciência do julgado e possam dele recorrer. O réu, especialmente ele, não tem apenas o direito de saber por que é punido, mas também o direito de saber por que lhe foi imposta esta ou aquela pena.

O exame em pauta deve ser requisito indispensável para aplicação de quaisquer penas.

Mas poderia o legislador aplicá-lo inicialmente nas penas mais graves, como a de reclusão.

Filio-me à corrente de que a pena de prisão em vez de frear a delinqüência parece estimulá-la convertendo-se num instrumento que oportuniza toda espécie de desonestidade. A boa apreciação de um exame criminológico poderá ser o caminho para diminuição das condenações dos agentes ativos do delito em pena de prisão as quais poderão ser substituídas por outras penas alternativas, as quais são previstas no novo Código Penal e que se bem fiscalizadas terão resultados auspiciosos.

Ao cuidar da classificação do condenado, a LEP refere-se também ao exame criminológico, que será efetuado, obrigatoriamente, nos condenados a pena

privativa de liberdade em regime fechado (art. 8.º, *caput*) e, facultativamente, naqueles condenados ao regime semiaberto (art. 8.º, parágrafo único), com o objetivo de obter os elementos necessários, primeiro, à adequada classificação, e, segundo, à individualização da execução. O exame criminológico é uma espécie do gênero exame da personalidade e parte "do binômio delito-deliqüente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como o reclamavam os pioneiros da Criminologia". No exame criminológico, a personalidade do criminoso é examinada em relação ao crime em concreto, ao fato por ele praticado, pretendendo-se com isso explicar a "dinâmica criminal (diagnóstico criminológico), propondo medidas recuperadoras (assistência criminiátrica)" e avaliação da possibilidade de delinqüir (prognóstico criminológico).

Quanto ao tempo da realização do exame criminológico, a doutrina cogita de um "exame prévio", ou seja, antecedente à aplicação da pena ou da medida de segurança. Poderia ser ele efetuado diante da afirmação da culpabilidade do acusado, mas antes da condenação ou da aplicação da sanção penal. Everardo Cunha Luna, tendo em conta que o exame criminológico, no processo bifásico, tem como destino o fim para o qual foi criado, ou seja, a verificação da personalidade do criminoso e da periculosidade criminal, opta por esse sistema. Não seguiu essa orientação nosso legislador, preconizando a realização do exame criminológico, obrigatória ou facultativamente, apenas aos réus já condenados definitivamente. Segundo a exposição foi tomada em homenagem ao princípio da presunção da inocência, já que, pelas suas peculiaridades de investigação, e exame criminológico somente é admissível após declarada a culpa ou a periculosidade do sujeito. De acordo com o citado doutrinador, a legislação acertou ao não permitir exame criminológico na pessoa simplesmente denunciada e ainda não condenada, e desacertou ao privar o nosso processo penal de um exame de natureza científica que é, na essência, processual, e que prestaria inegáveis esclarecimentos para a aplicação mais justa da pena, o que vale dizer, para a aplicação do direito penal.

Compõem o exame criminológico, como instrumentos de verificação, "as informações jurídico-penais (como agiu o condenado, se registra reincidência etc.); o exame clínico (saúde individual e eventuais causas mórbidas, relacionadas com o comportamento delinqüencial); o exame morfológico (sua condição somatopsíquica); o exame neurológico (manifestações mórbidas do sistema nervoso); o exame eletroencefalográfico (não só para a busca de lesões focais ou difusas de ondas sharp ou spike, mas da correlação — certa ou provável — entre alterações funcionais do encéfalo e o comportamento do condenado); o exame psicológico (nível mental, traços básicos da personalidade e sua agressividade); o exame psiquiátrico (saber-se se o condenado é pessoa normal, ou portadora de perturbações mentais); e o exame social (informações familiares, condições sociais em que o ato foi praticado etc.)". A perícia deve fornecer a síntese criminológica. "Isso implica um enquadramento de cada caso em itens de uma classificação, na seleção do destino a ser dado ao examinado e em medidas a serem adotadas. Os informes sobre a periculosidade (no sentido de provável reincidência) e adaptabilidade (em sentido reeducacional) são básicos."

Assim, as duas perícias, a criminológica e a da personalidade, colocadas em conjunção, tendem a fornecer elementos para a percepção das causas do delito e indicadores para sua prevenção. Ade-

mais, pode impedir, como tem ocorrido, a transferência de reclusão para o regime de liberdade ou de prisão albergue, bem como a concessão de livramento condicional, de condenados que não estavam para tanto preparados, em flagrante desatenção aos interesses de segurança social. É preciso, contudo, como alerta Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, não privilegiar em demasia o exame criminológico. Itere-se que em perícia, em meio de prova, mesmo quando mero prognóstico da reincidência. A valorização cabe, sempre, ao juiz da execução, livre no apreciá-lo.

Enganam-se os que pretendem ver solucionado o problema criminal brasileiro como só reaparelhamento dos órgãos da repressão penal, seguido da construção de novos estabelecimentos de segregação social de acusados e apenados, pois para os mesmos poderíamos endereçar a seguinte observação: preparem-se, então, para, transformar as condições penais em pura ficção, em letra morta no papel em sentenças inexeqüíveis o que já vem ocorrendo nos grandes centros urbanos ou ainda, preparem-se para transferir recursos das áreas de educação, saúde, saneamento, transporte etc., para construção de um número cada vez maior de presídios, o que fatalmente nos levaria a um círculo vicioso interminável e insustentável.

Será isso o que deseja a sociedade brasileira?

Evidentemente que se faz necessário uma reforma do ordenamento jurídico penal brasileiro.

As últimas pesquisas criminológicas e sociológicas indicam que o controle de fenômeno do crime não pode ser levado a bom termo com emprego exclusivo de clássicas medidas de ordem jurídico-repressivo. Por outro lado, não podemos ser ingênuos de que em, algum lugar, algum dia será possível abolirem-se os instrumentos jurídicos, pelo fato de que se terá atingido o ideal, ou seja, de uma sociedade só de homens e mulheres bem comportados.

A realização de um exame criminológico, na fase anterior à aplicação da pena, faz-se necessário, pois numa reportagem divulgada pelo "Jornal Correio do Povo" datada de 10.11.1994, demonstra que os reclusos das penitenciárias gaúchas sofrem de distúrbios. O referido estudo mostra que o conhecimento dos desvios pode orientar tipos de pena. Diz a referida matéria colunista que a maioria dos presos gaúchos, 68%, apresenta algum distúrbio psiquiátrico. A conclusão é do Estudo Diagnóstico da população carcerária realizado pelos psiquiatras forenses Paulo Oscar Teitelbaum e Otávio de Oliveira. Os médicos apresentaram o trabalho, inédito na América Latina, durante a V Jornada Paulo Guedes, promovida pela Fundação Instituto Mário Martins.

O encontro reuniu 35 trabalhos. Para os pesquisadores, o levantamento é importante porque o conhecimento dos desvios de comportamento pode orientar qual o tipo de pena é mais adequada para o delinqüente. "A atual política criminal não está voltada para isso", aponta Teitelbaum, salientando que o diagnóstico psiquiátrico, quando o preso ingressa na prisão, além de não ser dispendioso é mais justo e eficiente.

Eles analisaram casos de 700 detentos de mais de 80 penitenciárias do Estado. Os dados, recolhidos de setembro de 92 a setembro de 94, apontam que 23% dos internos com diagnóstico psiquiátrico tem transtorno anti-social de personalidade (psicopatas). Esses indivíduos, que normalmente são líderes de fugas e motins, são impulsivos, agressivos e incapazes de sentir consideração, remorso ou culpa. Eles não têm capacidade para imaginar uma dimensão temporal, como conhecer o passado, viver o presente, e planejar o futuro, explica Teitelbaum, que trabalho no Centro de Observação criminal da Susepe.

O professor do instituto, Paulo de Oliveira, relata que geralmente essas pessoas morrem jovens, pois vivem perigosamente. E, na maioria dos casos, nunca tiveram condições de convívio social. O restante desses 68% possuem distúrbios sexuais sérios, como pedofilia (sexo com crianças), transtornos de personalidade não anti-sociais, usam drogas ou são alcoólatras.

Encerrando este trabalho e homenageando o Prof. Alberto Rufino Rodrigues de Souza, eminente colega do Ministério Público, que ministrou as inolvidáveis aulas em torno da teoria da pena neste curso de especialização em Ciências Penais, transcrevo algumas linhas da sua conferência sobre "bases axiológicas da reforma penal brasileira", proferidas no auditório da Faculdade de Direito da URGS em 1984 por ocasião da semana de Estudos sobre o Novo Código Penal, patrocinada pela Escola Superior do Ministério Público do RGS.

O saudoso Roberto Lyra certa feita falou nisso, ele sonhava com aquele dia em que o Direito Penal pudesse desaparecer. Dizia ele: "No dia quer conseguirmos inculcar no homem a tara bendita da compreensão, da estima, da amizade, da tolerância, da benevolência, o Direito Penal vai desaparecer; o direito de punir vai ser substituído pelo direito de ajuda, de assistência, de amparo." Será isso um sonho, um devaneio? Ele contava, a propósito, a história de uma velha senhora francesa, uma velha marechala, que não acreditava em balões. Mas um dia teve a notícia de que nas Tulherias, em Paris, os irmãos Montgolfier iam fazer uma demonstração de balões e ela foi, como toda Paris assistir o espetáculo. E quando ela viu o balão dos irmãos Montgolfier elevando-se nos ares, ela balbuciou, antevendo as novas e grandes conquistas científicas que aquela "performance" da técnica estava pronunciando. "Agora, os homens vão descobrir o segredo de não mais morrer, para quando eu já tiver morrido...". Pode ser que um dia se realize o sonho de Roberto Lyra, de um Direito Penal dispensável, ocasião em que — como ele dizia — nós, os seus humildes servidores, nos retiraremos para o recesso da nossa intimidade, porque nosso trabalho se terá tornado supérfluo.

Mas enquanto esse sonho não se realiza, nosso dever e nossa missão é fazer isso que estamos fazendo: procurar melhorar, aprimorar o texto de leis que nos são oferecidos, através do estudo da crítica serena, construtiva, sem preconceitos, através da meditação, através da colaboração para melhoria dos enunciados sugeridos, lembrando aquilo que um penalista americano, o prof. Gerhardt Muller, mencionou, certa feita com muita propriedade: depois de dizer que seu país, em matéria penal, estava em atraso, e depois de referir que Sebastian Soler, logo após o término da Segunda Guerra chegando aos Estados Unidos para uma série de conferências, lograra mostrar que naquele país era inadiável que se começasse a pensar cientificamente o Direito Penal, ele disse que o jurista, o dogmático, aquele que elabora o pensamento interpretativo da lei, na verdade compõe uma corporação que, se bem analisarmos, configura o quarto poder do Estado — o poder acadêmico. Porque é ilusão pensar que há um poder que faz a lei e outro poder que imediatamente a aplica — Poder Judiciário — o faz iluminado e esclarecido por todo um lento e meticuloso trabalho de elaboração conceitual, por todo um pensamento, por toda uma teoria que se constrói a partir desse material que o legislador fornece. Então, nós todos que pensamos o Direito, nós todos que integramos esta Assembléia, somos coadjutores, somos concriadores, nessa obra complexa e relevantista de realizar o Direito, de aplicá-lo aos fatos e às situações concretas. Enquanto o sonho de Roberto Lyra não for realidade, esta

é a nossa obrigação e a nossa posição: estudar, meditar, pensar a lei, para que ela chegue mais humanizada, mais clara, mais justa até seus destinatários. Lembremos que o destinatário último da lei penal é aquele homem cuja vida acontece no sofrimento, na miséria e na expiação, mas em cujo coração palpita, teimosamente, uma permanente esperança de redenção.

6. Bibliografia

ALBERGARIA, Jason. *Das Penas e da Execução Penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992.

ALLPORT, Gordon. *Personality a Psychological Interpretation*, New York, 1937.

ANTOLISEI, Francesco. *Manual di Diritto Penale*. Giuffre. P. Generale, Milano, 1963.

ARGYLE, Michael. *A Psicologia e os Problemas Sociais*. Rio, Zahar Ed., 1967.

AULER, Hugo. *Suspensão Condicional da Execução da Pena*, Rio, Forense, 1957.

BANOIR, Waisberg. *Elementos de Psicologia*, Melhoramentos, 1970.

BITENCOURT, Cesar. *Lições de Direito Penal*. Livraria Ed. Acadêmica Ltda., 1993.

CARVALHO, Irene Mello. *Introdução a Psicologia das Relações Humanas*. Fundação Getúlio Vargas, 1971.

CARVALHO, Hilário Veiga de. *Compendio de Criminologia*, S. Paulo, 1972.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*, 2.ª ed. Rio, Forense, 1988.

———. *Exame Criminológico*. S. Paulo, Ed. Jurídica e Universitária Ltda., 1972.

DOYLE, Iracy. *Introdução a Medicina Psicológica*, Rio, 1950.

ECHANDIA, Alfonso Reyes. *Licciones de Criminologia*, Ed. Têmis, 1988, Clássica Ed. 1973.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*, S. Paulo, Livraria Acadêmica, 1931.

GREEFF, E. de. *Les Instincts de defense et de Sympathie*, Paris, 1947.

JESUS, Damásio. *Estudos de Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1992.

KELSEN, Hans. *Was isn't Gerechtigkeit?*, Viena, 1953.

KRESTSHMER, Ernest. *La Sctructure du Corps et le Caractere*, Paris, 1930.

LYRA, Roberto, *Novo Direito Penal*, v. II, Rio, Editor Borsoi, 1971.

MENDES, Nelson Pizzotti. *Criminologia*, S. Paulo, Livraria e Ed. Universitária de Direito Ltda., 1973.

MIOTTO, Arminda Bergamini. *A violência nas prisões*, Goiânia UFG Ed., 1983.

MOLINA, Antônio Garcia Pablos de. *Criminologia*, RT, 1992.

MORRIS, Terense. *Desvio e Controle*, Rio, Zahar Ed., 1978.

MYRA y LOPEZ, Emilio. *Manual de Psicologia Jurídica*. Ed. Ateneu, 1961.

——. *Psicologia da Vida Moderna*, Livraria José Olimpio Ed., 1969.

NUTTIN, Joseph. *Psicanálise e Personalidade*. Agir, 1961.

ORTEGA y GASSET, José. *Que é Filosofia?*, Rio, Livro Ibero-Americana Ltda., 1961.

PENAGOS, Gustavo. *Los Estados Emotivos y Pasionales*, Bogotá, Libreira Têmis, 1968.

REVISTA Brasileira de Ciências Criminais, n. 3, ano L, 1993.

RIBEIRO, Leonidio. *Criminologia*, v. I, Ed. Americana, 1957.

ROSAL, Juan Leal. *Revista de criminologia e ciências penales de Potosi*, n. 4, maio, Bolívia, 1947.

SEELIG, Ernest. *Manual de Criminologia*, v. I e II, Coimbra, Armênio Amado Ed., Sucessor, 1957.

SIQUEIRA, Liborni. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, Ed. Forense, 1991.

SOUZA NETTO. *O Motivo e o Dolo*, Freitas Bastos S.A., 1956.

TARDE, Gabriel. *La Criminalite e Comparee*. Rio, Ed. Nacional de Direito Ltda., 1957.

INQUÉRITO POLICIAL SIMPLIFICADO: UMA TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA PARA A POLÍCIA BRASILEIRA DO TERCEIRO MILÊNIO

CARLOS ALBERTO MARCHI DE QUEIROZ

Sumário: 1. Considerações preliminares — 2. Inquérito policial e regime de força — 3. A progressiva debilitação do inquérito policial — 4. A Lei 9.099/95 e a derrogação do inquérito policial — 5. A flexibilização do inquérito policial — 6. Fundamento jurídico da simplificação do inquérito policial — 7. Histologia do inquérito policial simplificado — 8. Otimização do futuro inquérito policial simplificado — 9. A ab-rogação do inquérito policial e a municipalização da polícia — 10. Aspectos finais e conclusivos.

1. Considerações preliminares

O inquérito policial é procedimento criado pela Lei 261, de 03.12.1841 e regulamentado pelo Dec. 120, de 31.01.1842, que detalhou a execução da parte policial e criminal do primeiro, em seu art. 58, § 13.

Originário do Direito Romano, a partir da institucionalização da *cognitio extra ordinem*, sob forma de *inquisitio*, foi absorvido pelo Direito Canônico e, a seguir, pelo Direito Lusitano, chegando ao Brasil no contexto do Livro V das Ordenações, v.g., Afonsinas, Manoelinas e Filipinas.

Episodicamente afastado, em 1822, após a Proclamação da Independência, e, legalmente, pelo Código Criminal do Império, voltou à cena com a Lei 261 e com o Dec. 120, no biênio 1841-1842.[1]

Adquirindo foros de cidade, disseminou-se pelo território brasileiro, por ocasião da Proclamação da República, com o advento da descentralização do processo penal através dos códigos estaduais, consagrando-se, em definitivo, no atual Código de Processo Penal, e, também, nos diversos, anteprojetos e projetos até agora tentados por processualistas de vanguarda.

2. Inquérito policial e regime de força

No dizer de Laertes de Macedo Torrens, professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Guarulhos, "o inquérito policial é a mais evidente manifestação de um regime de força, posto que desconhecido nos países que praticam a democracia."[2]

Efetivamente, nascido durante o Império Romano, vicejou, de forma arbitrária, durante a Idade Média, em pleno

(1) Tabajara Novazzi Pinto, "Inquérito Policial simplificado. Uma urgente necessidade", Revista *ADPESP*, ano 16, n. 20, 1995, p. 89-97.

(2) Laertes de Macedo Torrens, Palestra proferida na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Guarulhos, aos 19.04.1996.

período do absolutismo dos reis, prestando relevantes serviços à Igreja Católica, através do Santo Ofício que instrumentalizou o inquérito, *rectius*, a Inquisição, de maneira feroz.[3]

Permanentemente presente durante os primeiros tempos da colonização, colocado nas mãos dos capitães e dos governadores-gerais,[4] prestou relevantes serviços no Segundo Império, notabilizando-se como procedimento inquisitivo e sigiloso durante a época Vargas, tanto que incluído no Título II do Livro I do Código de Processo Penal em vigor.

Manifestou seu corolário após a Revolução de 31.03.1964, sendo utilizado, à sociedade pelos detentores do Poder Executivo, principalmente pela Polícia Política, como fizera Vargas no período de ditadura, durante a época revolucionária que principiou e a estiloar-se com o governo Ernesto Geisel.

3. A progressiva debilitação do inquérito policial

Historicamente, o início da debilitação do inquérito policial deu-se com o progressivo desmantelamento da Lei 4.611/65 que permitia às autoridades policiais darem início à ação penal judicialiforme nos casos de lesões corporais e de crime culposos, principalmente pela incapacidade de descrever na portaria o que constituia imprudência, negligência ou imperícia, detalhes que levavam à declaração de inépcia das iniciais de polícia judiciária, circunstância que provocou o inchamento dos cartórios policiais, com evidentes reflexos sobre o andamento do tradicional inquérito policial.

Com a promulgação da Constituição Federal de 05.10.1988, que conferiu, em seu art. 129, inc. I, a exclusividade da promoção da ação penal ao Ministério Público, na forma da lei, a autoridade policial perdeu a iniciativa do processo sumário, até então regrado pelos arts. 531 *usque* 540, obrigando-a a instaurar inquéritos policiais para a apuração de contravenções penais, circunstância que agravou, pelo acúmulo de serviço, ainda mais a discutível eficiência do medieval inquérito policial.[5]

Essa pletora de serviços cartorários acabou provando que somente são eficazes inquéritos policiais instaurados mediante auto de prisão em flagrante, que, segundo Rafael de Almeida Magalhães, em extraordinária definição, "é a certeza visual do crime".[6]

4. A Lei 9.099/95 e a derrogação do inquérito policial

A Lei 9.099/95, ao instituir os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que depende, ainda, no Estado de São Paulo, de lei a ser votada pela Assembléia Legislativa, deverá trazer sensível nível de mudanças experimentadas pela Polícia Judiciária e pelo Poder Judiciário nos próximos anos, apesar da perplexidade causada no sistema.

Com o seu advento, ficam reservados à Polícia Judiciária os grandes momentos do Direito Penal, ainda que assoberbada por grande número de inquéritos policiais em andamento.

Todavia, as infrações penais de menor potencial ofensivo vem sendo tratadas pela Polícia Judiciária com extrema agilidade dentro de critérios impos-

(3) Umberto Eco, *O nome da rosa*, Ed. Nova Fronteira, Rio, 1993.

(4) Murillo de Macedo Pereira, "O aspecto formal, o procedimento, o inquérito policial. Anotações da atividade policial de Segurança Pública", Revista *ADPESP*, ano 16, n. 20, 1995, p. 98-169.

(5) Paulo Lúcio Nogueira, *Curso Completo de Processo Penal*, Saraiva, 7.ª ed., 1993.

(6) E. Magalhães Noronha, *Curso de Direito Processual Penal*, Saraiva, 2.ª ed., 1966.

tos pelo art. 2.º da Lei 9.099/95, v.g., oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.[7]

5. A flexibilização do inquérito policial

A exigência de dar-se pronta resposta a novos tipos de crimes, como os cometidos através da informática e da manipulação genética, infrações penais atualíssimas, ocorrentes antes mesmo do início do terceiro milênio, em 2001, aliada à necessidade de criar novas alternativas na dinâmica do inquérito policial, fez com que o Dr. Antonio Carlos de Castro Machado, Delegado Geral de Polícia do Estado de São Paulo, após ouvir as maiores autoridades cartorárias da Polícia Civil do Estado de São Paulo, determinasse à sua Assessoria Técnica, e por extensão, à Assistência Policial Técnica da Delegacia Geral de Polícia, a elaboração de estudos em torno do chamado inquérito policial simplificado.

O estudo, atualmente sob o crivo da Consultoria Jurídica da Pasta da Segurança Pública, discute a possibilidade da feitura do inquérito policial fundado em procedimento extremamente ágil, livre dos diversos termos processuais, que dificultam seu andamento.

6. Fundamento jurídico da simplificação do inquérito policial

O inquérito policial, como exaustivamente explicado pelos doutrinadores, não é processo, mas, sim, procedimento que integra a "fase pré-processual da persecução penal", no dizer de José Frederico Marques.[8]

"Peça meramente informativa", segundo o magistério de Pimenta Bueno, o maior jurista do Segundo Império do Brasil, o inquérito policial é procedimento inteiramente dispensável, à luz do art. 40 do Código de Processo Penal.

O estudo em andamento pretende, em síntese, abolir os termos de continuação que dizem respeito ao andamento do inquérito policial, lavrados e assinados apenas pelo escrivão, dentre eles os de juntada, de data, de conclusão, de remessa, de recebimento, de apensamento e de desapensamento.

A aparente heresia apresenta fundamento científico posto que termo, em sentido estrito, é "expressão escrita dos atos processuais",[9] não devendo, portanto, fazer parte integrante de um caderno inquisitorial que sem ser processo, constitui simples procedimento, uma vez que parte integrante do Livro I do Código de Processual Penal, que normatiza o processo em geral, e não do Livro II do código de ritos, que regra o processo em espécie.

7. Histologia do inquérito policial simplificado

Uma vez adotado, o inquérito policial simplificado seguiria a orientação-trabalho imposta pelo art. 6.º, inc. I, *usque* IX, do CPP, da maneira mais simples, despojado dos termos mencionados, composto, nos casos de indiciados em liberdade, de portaria, termo de assentada, pertinentes às testemunhas, declarações da vítima, quando possível e auto de qualificação e de interrogatório do indiciado, devidamente autuados e acompanhados de laudos periciais e médico-legais, autuados e relatados, mas, obrigatoriamente rubricados pela autoridade policial, nos termos do mandamento contido no art. 9.º, e encerrado no prazo

(7) Ada Pellegrini Grinover e outros, *Juizados Especiais Criminais — Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, RT, 1991.

(8) José Frederico Marques, *Estudos de Direito Processual Penal*, Forense, Rio, 1960.

(9) Gabriel de Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil*, Saraiva, 8.ª ed., 1965.

de 30 (trinta) dias, mantidos os atuais 10 (dez) dias para os casos iniciados por auto de prisão em flagrante.

8. Otimização do futuro inquérito policial simplificado

Mesmo não fazendo parte do projeto inicial do Dr. Antonio Carlos de Castro Machado, autor da idéia da simplificação do atual inquérito policial, quer nos parecer que, abolindo-se, também, o inicial termo de autuação e o relatório final, os papéis produzidos, no futuro, pela Polícia Judiciária, concernente à investigação de infrações penais poderiam cifrar-se em torno do boletim de ocorrência, termo de assentada, relativo a testemunhas, termo de declarações da vítima, laudos periciais e médico-legais, dispensando-se o interrogatório do indiciado, posto que, desde 05.10.1988, protegido pelo direito constitucional ao silêncio.

Essa moderna colheita de provas, posto que a Polícia Judiciária não as produz, reforçada pelo indiciamento, normalmente realizado pela Polícia, em todo o mundo (vide o filme "O Fugitivo", com Harrison Ford, e "Justiça para todos", com Al Pacino), poderia ser colocada, rapidamente, nas mãos do Ministério Público, para oferta, ou não da denúncia, como ocorre em sistemas processuais penais mais avançados da atualidade, Estados da União norte-americana, Austrália e Japão.

9. A ab-rogação do inquérito policial e a municipalização da Polícia

A dinâmica da civilização, que atinge o Brasil como um de seus palcos no Ocidente, trazendo para o País a modernidade na luta da Polícia e da Justiça contra o crime, fatalmente acabará por extinguir, de vez, o inquérito policial no próximo século.

Fonte de corrupção, de impunidade e de prescrições retroativas e antecipadas, o inquérito policial permanece unicamente hígido, em sua medula, no auto de prisão em flagrante, o que não satisfaz, em quase nada, o desejo da comunidade por uma boa prestação jurisdicional.

O Brasil do terceiro milênio, em termos de polícia judiciária uniformizada, com segmento não uniformizado, contará com polícias municipais, concentradas em Departamentos de Polícia, ou Secretarias de Segurança Pública municipais, como já existentes em alguns municípios do interior do Estado de São Paulo e, brevemente, em Campinas.

Com a provável extinção das polícias civis e militares estaduais no próximo século, e com a municipalização das polícias, através de inevitável desconstitucionalização das atuais, desaparecerão o inquérito policial e sua autoridade policial presidente, hoje nacionalmente conhecida como delegado de polícia.

Investigações policiais, como atualmente acontecem na Alemanha, na Itália, na Inglaterra, no Japão, na Austrália e nos Estados Unidos, serão futuramente orientadas no Brasil pelo Ministério Público, permitindo-se à defesa a produção de provas através dos advogados de defesa, a fim de não se prejudicar o equilíbrio da relação triangular.

10. Aspectos finais e conclusivos

O filósofo inglês George Bernard Shaw disse, certa feita que "todas as grandes verdades começaram com blasfêmias".

O inquérito, adjetivado de policial muito tempo depois, transplantado do minúsculo Portugal para equacionar problemas pré-processuais penais de um país gigantesco, como o Brasil, fracassou.

Instrumento de força, antidemocrático e de valor probante relativo, não se reveste de efeitos tendentes à condenação dos envolvidos, exceto por suas provas técnicas, conhecidas como testemunhas silenciosas.

Talvez sua simplificação seja o começo de uma revolução pré-processual do processo penal, a ser, futuramente convalidada pelo Poder Legislativo Federal.

6 — POLÍCIA E DIREITO

A POLÍCIA E A IMPRENSA NA PROFILAXIA DO CRIME

NEWTON FERNANDES

Sumário: 1. A polícia e a profilaxia criminal — 2. A imprensa e a profilaxia criminal

O tema por si só é, irretorquivelmente, complexo e amplo para ser analisado e esmiuçado em considerações feitas "currente cãlamo". Será objeto deste trabalho ligeiro, as medidas preventivas que devem ser encetadas, para evitar que o crime ocorra, ou seja, os meios materiais e humanos a serem empregados na prevenção à delituosidade, com vista ao papel desempenhado pela polícia e pela Imprensa.

A perspicuidade indica por evidente, ser a polícia o personagem principal na profilaxia criminal, pois, é seu mister inerente, quase que, por exclusividade. E à Imprensa, poder-se-ia atribuir uma missão coadjutora, nesse sentido? Rigorosamente, não; mas nada, também, a impede de auxiliar a polícia nesse difícil desempenho de colocar obstáculos aos passos céleres do crime, característica de uma sociedade de estrutura patogênica como a nossa, para obstar esse seqüencial incoercível de delitividade.

De ponderar desde logo, no entretanto, que tanto a Polícia nesse mister, que lhe é precípuo, quanto a Imprensa, se solicitada a auxiliar na ingente tarefa, não têm condições de taumaturgia, para garantir o sucesso da empreitada, que a sociedade exige da primeira e pode esperar da segunda.

De admitir-se, por acréscimo, que o conglomerado humano não pode prescindir do concurso de ambas as Instituições, pois sem a Polícia a paz e segurança sociais estariam, irremediavelmente, abolidas de convívio humano, e sem a outra, a Imprensa, sequer poderíamos cogitar da liberdade em seus mais variegados matizes.

Se é certo que a comunidade não subsistiria sem que o aparelhamento policial fiscalize a conduta e o comportamento de seus componentes, no desiderato de não ensejar que a força se sobreponha ao direito, é estreme de dúvida que a sociedade como um todo não pode abstrair-se no mundo moderno, dos meios de comunicação, pois eles são fatores indispensáveis no atendimento à miríade de necessidades essenciais à vida singular ou plural no grupamento social. Já disse alguém, que "a natureza não se faz aos saltos", e na medida em que se processam as transformações e mudanças sociais, mais se patenteia o papel da Imprensa na comunidade, podendo inclusive vir a ocorrer o que Pierre Schaeffer chama "uma imensa inflação de mensagens", criando situações que deveriam ser codificadas a fim de estabelecer direitos e deveres, assim como um sistema de sanções para conter ou coibir os usos indevidos ou abusos através dos meios de comunicação de massa (*A vítima nos meios de Comunicação de Massa* — Ramão Gomes Portão).

Outrossim, oportunas também são as considerações do editorialista do Estado de São Paulo, Carlos Alberto Di Franco, sobre os desmandos cometidos pela Imprensa televisiva: "A TV brasileira, tecnicamente competente, é refém da irresponsabilidade editorial. Por isso, é extremamente oportuna a discussão proposta pelo ministro das Comunicações, Sergio Motta, sobre o controle social dos meios de comunicação de massa. Impõe-se, por um lado, na expressão do ministro, "transparência absoluta" nos critérios para concessões de rádio e TV. Decisões políticas, subordinadas a interesses suspeitos, têm gerado perigosa promiscuidade entre o poder e setores da mídia eletrônica. Convém, por outro lado, desencadear uma verdadeira auditoria para aferir a qualidade ética da TV brasileira.

Uma coisa é liberdade de imprensa, base de qualquer sociedade civilizada. Seu exercício, desvinculado de indesejáveis intervenções do Estado, é o selo de garantia da democracia. O Brasil, graças ao vigor investigativo da mídia e à liberdade de seus repórteres, tem experimentado os benefícios sociais da livre informação. Outra coisa é o impacto comportamental provocado pela cultura de entretenimento.

A televisão, veículo com características peculiares, exerce um verdadeiro monopólio sobre o tempo de lazer das pessoas. Exporta, freqüentemente, para todos os rincões do País, um padrão uniforme de pretensos valores, de estilos de vida próprios de pequenos estratos sociais, que se quer impor a todos sem a menor consideração pela fisionomia do País real.

Justifica-se, portanto, um amplo debate, desarmado de preconceitos, sobre o futuro da televisão brasileira. Os novos rumos, contudo, não podem ser definidos nos surrealistas gabinetes da Ilha da Fantasia. A sociedade civil (a universidade, os jornalistas, os estudantes, as donas de casa, as associações de telespectadores, os representantes da Igreja, os consumidores da mídia eletrônica etc.) deve ser honestamente auscultada.

Sou contra a censura. Eu vivi, dentro da universidade, o clima estiolante do autoritarismo. Ninguém defende uma programação piegas, e cor-de-rosa. Trata-se apenas de evitar a gratuidade da violência e da apelação. É uma questão de bom-senso. E de competência. Com uma receita baseada na noção de que televisão é educação e entretenimento de qualidade, a TV Cultura ganhou audiência nacional e deu pistas interessantes às concorrentes comerciais. "Uma mídia educada", salienta o jornalista inglês Paul Johnson, "é essencial porque sua principal função é educar pela informação". Num país como o Brasil, asfixiado por crônica e impenitente crise educacional, a TV deve assumir uma responsabilidade social que ultrapasse a frivolidade das novelas.

O debate, urgente e necessário, a respeito do controle social dos meios eletrônicos não pode ser pautado por interesses políticos, ideológicos ou por ranços passionais. Mas, não duvidemos, chegou a hora do profissionalismo. A televisão precisa ter balizas éticas operativas, sem as quais ela se torna uma seqüestradora da cidadania.

Interessante também trazer à colação as palavras de Gilberto de Mello Kujawski sobre a farsa ocorrida no "affaire" Watergate. "Lugar-comum dos mais insistentes é repetir que não existe sociedade livre sem Imprensa livre. A Imprensa são os olhos, os ouvidos e a voz da sociedade. Sem liberdade de Imprensa, a sociedade é cega, surda e muda, e sua liberdade está gravemente comprometida. Que liberdade tem o homem ao mesmo tempo cego, surdo e mudo? O papel da Imprensa é fiscalizar com o máximo rigor os políticos, as instituições públicas e privadas, de-

nunciando com vigor qualquer desvio de conduta que venha lesar os princípios de liberdade e igualdade que fundamentam a ordem democrática. Sobre isso não há discussão possível. A Imprensa deve vigiar a tudo e a todos. Resta saber quem vigia a Imprensa. Liberdade de expressão? Onde se viu liberdade sem a correspondente responsabilidade? A liberdade sem responsabilidade é homicida, predatória e suicida. Exercida sem responsabilidade, a liberdade de Imprensa degenera em arma de chantagem e destruição, perdendo-se num maquiavelismo sem limites, funcionando como máquina infernal dedicada a derrubar reputações ilibadas, a dinamitar as instituições mais dignas, pulverizando em questão de horas prestígios sedimentados em anos de trabalho diligente, penoso e honesto, tudo isso em função de interesses inconfessáveis. Por exemplo, no Brasil, a mídia está em ebulição. Foi tomada por vertigem crescente de denúncias, algumas procedentes e fundamentadas, outras procedentes e não fundamentadas e outras nem procedentes nem fundamentadas. A mídia atira em todas as direções, a torto e a direito, o que é extremamente perigoso não só para terceiros inocentes como para o conjunto da sociedade, em função do estado de terror que, volta e meia, a Imprensa é tentada a implantar".

1. A polícia e a profilaxia criminal

Ressalta desde logo aduzir o seguinte: Prevenir e Prever do latim *praevenire* e *praevidere* significam: tomar a dianteira, dispor com antecipação, chegar antes de, impedir que se realize, vir antes e ver antecipadamente, calcular, conjeturar, supor.

Ora, a Polícia que além da sua atribuição repressiva que se manifesta após o cometimento do crime, tem por atividade principal, a atuação preventiva ou profilática, ou seja, a de evitar, de impedir que o delito ocorra. É aí, precisamente, que o organismo policial deve remeter sua ação à inteligência dos verbos citados, ou para ser mais sucinto, a Polícia como agente da profilaxia criminal precisa atuar de molde a ver e prever para destarte chegar antes que o crime aconteça. Para tanto, deve munir-se de todos os recursos materiais, humanos e estratégicos no sentido de alcançar a sua finalidade e razão maior da sua própria existência, que é, repetimos, a de prevenir a verificação do crime. Para essa tarefa de prevenção deve a Polícia utilizar-se de rondas motorizadas e a pé, sob o comando dos Titulares das Unidades Distritais. Aliás, sou daqueles que postula pela adoção da polícia territorial, abolindo-se as Delegacias Especializadas.

Não se concebe uma Polícia que aspira modernizar-se no combate a escalada, novelescamente, ascencional do crime (pelas condições mesológicas de miséria que estamos entregues), ter organismos, pretensamente especializados. Como dizia o insigne Loccard: "O tempo que passa é a verdade que foge". Enquanto se assiste a descentralização da Polícia no interior, a Capital continua com seus Departamentos Especializados. Isso por si só é uma imprevisão, uma imprevidência, uma desprevenção, na qual vêm incorrendo há muitos anos os escalões da hierarquia superior da Polícia Civil.

É sabido que quanto menor a faixa territorial e por conseqüência, quanto menos expressiva a densidade demográfica da área a ser policiada, bem mais eficiente será o policiamento preventivo. Faço essa afirmação alicerçando em mais de 35 anos de exercício na atividade policial, sendo que mais de 10 anos, no interior. Outro ponto em que a prevenção deixa a desejar é o fato de ser feita, principalmente, pelo policial uniformizado ou seja fardado.

Então verifiquem senhores a Polícia que deve prever e ver para evitar a ocorrência delituosa, é prevista e vista por aquele que vai delinqüir. As coisas estão ao menos trocadas e o resultado é que o crime muda apenas de lugar.

Um possível meliante ao se deparar em determinado local com o policial fardado, dali se afasta e vai furtar ou roubar em outro local. A ostensividade do policiamento transfere apenas o *locus delicti*. Outra falha é a abolição absoluta da chamada " campana preventiva", ou seja, aquela observação montada pela polícia, escamoteada à observação e que transforma a procurada consumação do crime, em mera tentativa.

A própria investigação policial, pode revestir-se de um aspecto preventivo, como ensinava o saudoso mestre dos Delegados de Polícia, Dr. Coriolano Nogueira Cobra, que ainda acrescentava: "Entre as diversas atividades próprias da Polícia Preventiva, vemos as de tomada de conhecimento e solução das pequenas queixas e a aplicação da Lei das Contravenções Penais."

Na solução das pequenas queixas, aludia Cobra, a finalidade é a de evitar que acontecimentos de enorme importância, crescendo por falta de providências, venham a se tornar motivo de crimes. Para bem solucionar pequenas queixas, a Polícia recorre, não poucas vezes, à investigação policial.

A Lei das Contravenções Penais é eminentemente preventiva, apregoava o preclaro Coriolano, pois, a sua aplicação visa impedir que, por ação ou por omissão, surjam ou cresçam causas de crimes. A investigação policial dá sua contribuição, nesse terreno, porque algumas das contravenções só podem ser patenteadas, com maiores indagações, que são feitas pelo policial investigador.

Pois bem, a Polícia de há muito relegou a um segundo plano, até por falta de condições materiais e humanas, a investigação policial, visando a prevenção delituógena.

O antigo registro de pequenas queixas foi substituído pelos malfadados B.Os. (Boletins de Ocorrência), retirando não raro, ao conhecimento da Autoridade Policial, a solução de inúmeras queixas, com as desastrosas conseqüências que disso podem advir.

E às prescrições contidas na Lei de Contravenções Penais muitas autoridades, infelizmente, a elas fazem ouvidos de mercador, diga-se a bem da verdade, bem sempre por desconsiderá-las no seu aspecto preventivo à prática de infrações maiores, mas, especialmente, pelo grande número de ocorrências de natureza mais grave, a que são obrigadas, a atender, em Distritos cujos índices de ocorrências registradas chegam a mais de vinte mil ao ano.

2. A imprensa e a profilaxia criminal

J. Edward Gerald da Universidade de Minnesota, assevera que os veículos populares de comunicação são instituições sociais, que se destinam, precipuamente, a servir à sociedade, ao reunir, escrever e distribuir notícias. Ora, essa sociedade é o somatório de indivíduos singulares, que têm a sua conduta e comportamento enfocados, analisados e criticados, por esses elementos massivos de transmissão de informações, o que aliás, sob determinado aspecto, não apresenta nada de novo, pois a conduta humana tem sido objeto de observações e análises desde a mais longínqua antiguidade; e a explicação para este ou aquele comportamento humano sempre foi procurado no exame do próprio homem.

O mistério sobre determinadas condutas do ser humano, ainda que considerados sob a égide de determinantes endógenas ou exógenas, ou seja, de fatores biológicos e mesológicos, ainda

não foi completamente desvendado, apesar da passagem do tempo, do adiantamento científico e do progresso da humanidade, circunstâncias essas, que, talvez, tenham escapado à teoria do possibilitismo de Paul Vidal de La Blauche.

Dizia o célebre grego Alcméon, de Cretona que "O homem é um elo entre o animal e Deus, havendo em cada homem um pouco de animal e um pouco de Deus".

Por sua vez, em sua teoria materialista sobre a origem do homem, enfatiza Ralph Lin que "O homem não é um anjo decaído e sim um animal evoluído".

A verdade então é que o homem continua sendo um desconhecido, como o era na Grécia dos filósofos e na Roma dos Césares.

E é sobre esse desconhecido, sobre o homem, que se faz sentir a ação policial e que se refere a maioria do noticiário da Imprensa.

Se bem que, perfunctoriamente já fizemos as considerações que entendíamos necessárias sobre a atuação da Polícia, centradas na atividade humana, com vistas a prevenir os possíveis desvios do comportamento; inclusive, houvemos por bem, declinar as inúmeras falhas do organismo policial, quando do seu desempenho. Resta-nos agora, para concluir o mister que a temática nos impõe, tentar esquadrinhar o trabalho da Imprensa.

Em sua obra "Direito de Comunicação", define Orlando Soares a comunicação como sendo: "a exteriorização do pensamento, através de diferentes meios, ou seja, verbal ou por intermédio de veículos, tais como escritos em geral, jornais, periódicos, livros, radiodifusão, cinematografia, através de satélites etc.", assevera ainda o professor Soares, que em razão de seu caráter universalista, o Direito da Comunicação se desdobra no Direito da Imprensa, no Direito Editorial, no Direito de Publicidade etc. (...).

Alerta porém, o mesmo autor, que "a liberdade de expressão e de Imprensa não deve colidir, entretanto, com os legítimos direitos do cidadão, no que se embasam as garantias individuais asseguradas inclusive pela nossa Constituição Magna". Isso significa entre outras coisas, como proclama Jacques Bourquim, citado por Gomes Portão, que "a vida privada do indivíduo é inviolável à bisbilhotice da imprensa", ou ainda que "o texto deixa de ser lícito quando o critério desborda para o insulto".

Enfim, como ensina Jean Rivero no Livro *Les Libertés Publiques*: "As liberdades de pensamento, de expressão, de Imprensa prevêem, em toda linha, o respeito ao direito dos indivíduos e também da coletividade, com todo um suporte de proteção legal, através das leis penal e de informação, para que não ocorram eventuais casos de danos através dos meios de comunicação". Isto quer dizer, que a Imprensa deve ser banalizada contra os abusos no seu exercício, no sagrado respeito à sua função social, que deve ser o verdadeiro sentido da informação. Outra não é a apreciação de Antônio Colela, também citado pelo insigne Gomes Portão, quando em *Direito de Comunicação*, aduz: "os meios de comunicação constituem um fenômeno na vida social do homem" e como tal estão subordinados ao Direito.

Alinhavadas a ponto largo alguns labores da Imprensa, torna-se imperioso por oportuno e justo se lhe reconheça as nobilitantes funções sociais, em especial, no que concerne ao tributo que presta à divulgação de informações e de colaboração na formação da opinião pública. É irrefutável, outrossim, a valiosa participação da Imprensa, através de seus diversos setores na difusão de assuntos relativos às ciências, às artes, à política, à economia, enfim a todos os ramos do saber e conhecimento humanos, o que consubstancia uma inestimá-

vel e imensurável contribuição ao aprimoramento intelectual e cultural dos povos.

Em decorrência das considerações até aqui feitas sobre o papel da Imprensa, é lícito que se indague, se essa mesma Imprensa desenvolve algum trabalho de colaboração junto às autoridades responsáveis pela prevenção à criminalidade? A resposta malgrado reconheçamos que tal mister não lhe é inerente, é negativa, pois nesse aspecto, embora não esteja obrigada a fazê-lo, seu concurso seria sumamente importante. Mas a esse respeito a Imprensa tem feito pouco, muito pouco ou quase nada e ao revés, alguns veículos informativos em busca mais do sensacionalismo, que nada constroe, de forma desavisada ou desinformada e muitas vezes até levianamente estampam notícia, revelam fatos, exibem programas, veiculam anúncios, que estariam por constituir, no dizer de Paul Aubry em sua obra *La Contagion du Meurtre* (O Contágio Moral), como elemento estimulador do crime. Evidentemente, certas manchetes de jornais e revistas e o conteúdo de determinados programas de televisão, têm se revestido de inegável caráter criminogenético pelo aludido contágio moral que exercem, transformando-se em fatores fortemente emuladores ou incentivadores de criminalidade.

Não fosse a existência de crimes de curandeirismo praticados através da televisão, de exploração da credulidade pública pelo mesmo veículo. Não fossem as telecamas, as novelas à explorarem toda uma torrente de sexualidade; não fossem os jornais, revistas e televisão, não raro, através de seus anúncios ou programas, verdadeiros propagadores do Lenocínio, tanto no que diz respeito à autêntica mediação para servir a lascívia de outrem, quanto do próprio favorecimento à prostituição, através de anúncios que facilitam a sua dissiminação, como são os casos de "anúncios diversos", e as mensagens de televisão do famoso telefone "900" (o que está por tornar passíveis das penas dos arts. 227 e 228 do Código Penal pátrio). Exibidos estes últimos, em horários, que podem, perfeitamente, tornar as nossas crianças as maiores vítimas, dessa decadência moral, que se propala às escâncaras com todo o seu deletério caudal de maus exemplos. Não fosse "a criança o pai do homem", como acentuava o genial Freud e a significar que a vida infantil é que condiciona o destino do homem. Não fossem a forma de noticiar os seqüestros, a quase erigirem os seqüestradores à condição de heróis bonzinhos. Não fossem os noticiários de atos praticados por maníacos, a estimularem a multiplicação de seus autores, como acontecia em outra época em Paris com os crimes intitulados de vitriolage (ácido sulfúrico jogado ao rosto das pessoas). Não fosse a divulgação de delitos de saques, de cujo conhecimento a ninguém aproveita, a não ser para estimular a sua repetição, principalmente em sociedades, como a nossa, que sofrem a desgraça da pobreza e da miséria. Não fossem, repetimos, os anúncios escamoteados sob títulos capiciosos e onde se pratica impunimente o crime de favorecimento à prostituição, dado o caráter apologístico de seu conteúdo, enaltecendo coreografias, estratégias, grandezas e perversões de seus ginásticos personagens, como por exemplo: "Rapaz bem dotado se oferece a mulheres casadas", "Loira insaciável e sado-masoquista só para executivos", "Virgens só para brincadeiras" e toda espécie de imoralidades sexuais ofertadas a preço estipulado ou a combinar e veiculadas por vários e conceituados jornais desta capital, em flagrante desrespeito à lei, pois plenamente tipificados nos ilícitos cujos *nomens juris* já foram por nós acima declinados.

Não obstante, estarmos concordes com aqueles que consideram fundamental a

aceitação do princípio da liberdade de Imprensa, não podemos contudo, nos esquecer da advertência, inserida por citação, às fl. 24 de *A vítima nos meios de comunicação de massa*, do saudoso amigo Ramão Gomes Portão, "Nenhuma liberdade tem tão alto pedestal que não o alcance as humanas questões". E em todas elas, a liberdade de Imprensa tem merecido sempre as atenções mais cuidadosas dos Estados. Todas as comunicações da sociedade entre si dependem da adequada liberdade de Imprensa. Isso tem criado a evolução do direito positivo da Imprensa que está em constante mudança como reflexo de ordem político-social.

Nessa mesma esteira de raciocínio é que pondera com muita propriedade o amigo Jorge Raul Calvo em sua obra *Periodismo para Nuestro Tiempo*, ao analisar o jornalismo dos tempos modernos. Segundo suas palavras, quando alcançarmos as hipotéticas e suficientes garantias, para que as tarefas do jornalismo se ajustem às normas éticas de proteção e segurança sociais e quando, por via de conseqüência, a comunidade se sentir cabalmente assistida em seu direito de estar ampla e verdadeiramente informada, não haverá razão válida para reclamar pela vigência de normas jurídicas destinadas a sancionarem os excessos da torpeza e irresponsabilidade profissional.

Sobre essa torpeza ou irresponsabilidade profissional, o Magistrado e Professor Titular de Processo Civil e Processo Penal de Marília, Dr. Paulo Lúcio Nogueira em *Comentários ao Novo Código de Menores*, fala "Mas ultimamente a própria família tem sido atingida no seu recesso pela televisão, sempre ávida de propaganda ou ibope, com programas atentatórios à moral social. E dificilmente os pais podem controlar ou impedir que os filhos sejam influenciados por essa propaganda deletéria. A freqüência com que são exibidos certos programas impróprios, torna-se uma rotina no costume brasileiro, e tudo que causa impacto passa depois a ser encarado com naturalidade. E o próprio mal ou mesmo violência, o erotismo de certos espetáculos que abalam os alicerces da família, passam a ser vistos como normais. Contudo, essa normalidade aparente já é um estado anormal de espírito. E a família vem sofrendo uma decadência moral preparada e impingida por uma classe artística, que não possui nenhum padrão moral, que seja próprio da família brasileira. Mas, como ela tem às mãos os meios de comunicação procura impingir uma falsa moral, adentrando os lares e enfraquecendo os próprios alicerces da nacionalidade brasileira".

Depois de analisar as corajosas assertivas do juiz Paulo Lúcio Nogueira, achamos justo extrair a seguinte conclusão, o grifo é nosso, — Ao lado do sagrado direito de informar, deve existir o sacrossanto direito de não querer saber, de preferir não tomar conhecimento, ademais, para que não sejamos contagiados pelo conteúdo malsão da notícia ou para que nossos filhos não o sejam. O que passa a ser irrespondível é que na intimidade dos nossos lares, sejamos agredidos com cenas que se constituem em paradigma de imoralidade, em cadinho da impudicícia em exemplos palpitantes de como a comunicação pode ser nociva ao caráter da infância e da adolescência. E esse estado de coisas acontece pela responsabilidade ou melhor pela irresponsabilidade de muitos.

Aliás, sobre a responsabilidade da Imprensa, escreve, com muita propriedade Gilberto de Mello Kujawski, por nós já citado. Diz ele sobre o assunto: "A Imprensa se arvora em fiscal da sociedade e da política. É bom que o faça. Assim, ambas se obrigam a prestam contas de seus passos, o que favorece seu contínuo aperfeiçoamento. A

dúvida está em saber quem fiscaliza a Imprensa. O questionamento não agrada ao pessoal da mídia, pode parecer impertinente, mas tem que ser feito. Principalmente nessa hora dramática que vivemos no Brasil, quando a mídia dilata sem limites seu raio de ação.

A Imprensa constitui o exercício de um direito democrático inalienável, o direito de informar e de ser informado. Como tal, a Imprensa é livre por definição, pois ao sofrer a pressão do governo ou de grupos clânicos, oligárquicos e econômicos, a informação por ela veiculada perderia toda idoneidade. A Imprensa está a serviço somente, da liberdade de expressão. Só que a liberdade de expressão, como toda liberdade, tem limites, ou seria irresponsável. Não há liberdade sem responsabilidade, de vez que minha liberdade não pode ferir cegamente o direito de outrem, sob pena de degenerar em ação destrutiva e antisocial. A liberdade sem responsabilidade é predatória, homicida e suicida, acabando por devorar-se a si mesma, a exemplo daqueles fanáticos que se imolam juntamente com suas vítimas. A prática intrinsecamente responsável da liberdade de Imprensa, seu controle interno, elimina por si só a necessidade de qualquer censura oficial.

A Imprensa é um poder. Este é o outro lado da liberdade da Imprensa. O exercício cotidiano da liberdade de expressão produz efeitos correspondentes no mundo exterior, mobilizando a opinião pública, corrigindo desacertos oficiais, reprimindo abusos de todo tipo, retificando injustiças, derrubando governos etc. A Imprensa não só quer informar como quer intervir na ordem das coisas. Querendo ou não, a Imprensa entra no jogo do poder. Constitui-se como poder paralelo ao poder político e econômico, podendo confrontar-se com os mesmos ou ser cooptada por eles. Dirá a Imprensa que ela não se erige em poder e sim em antipoder, na medida em que funciona como defesa contra as lesões ocasionadas pela má condução da política. Veja-se bem. Não se pode negar que a Imprensa, como órgão do poder espiritual (isento, imparcial) abrace com freqüência as boas causas. Ninguém nega que a Imprensa é sempre um sacerdócio. O que se sustenta aqui é que também os sacerdotes podem resvalar para o jogo dos malfeitores, terçando suas mesmas armas.

A Imprensa em nosso país passa por ebulição francamente descontrolada. A mídia atira a torto e a direito, atingindo culpados e inocentes. Não se distingue entre as denúncias procedentes e fundamentadas, as denúncias procedentes e não fundamentadas e as denúncias nem procedentes nem fundamentadas. Tudo serve de lenha para a fogueira. Instala-se o terrorismo da mídia, do qual ninguém está a salvo.

Ora, quando a mídia está superaquecida o risco maior é o País pegar fogo, independente do mérito das questões. O simples bombardeio continuado de informações explosivas altera a estabilidade do mercado, abala as instituições, acirra os ânimos e compromete a concórdia, aquela disposição para a boa convivência social. Que se passa, afinal? A resposta vem no parágrafo abaixo.

A Imprensa troca a informação pelo ruído. Chama-se "ruído", na teoria da informação, a informação deturpada, o boato, a zoada. A Imprensa perde a idoneidade à medida que se empolga com o poder, pois a maneira mais simples de atuar sobre o mundo é bombardeá-lo com boatos e balelas os mais variados. Por isso a mídia favorece o ruído, a informação deturpada e bombástica, que possa abalar amplas camadas de opinião e estarrecer o público no País inteiro. Quando a expectativa da semana depende da capa de uma revista de circulação nacional, escolhendo a seu bel prazer o personagem, a matéria e a maneira de enfocá-

los, algo estranho começa a cheirar no ar. A Imprensa nunca é inocente, mesmo nos seus melhores momentos. Nunca ela é puramente factual e descritiva, e isso não por dolo, mas porque todo conhecimento é seletivo, e ao destacar esta ou aquela notícia, com relevo maior ou menor, declara-se uma opção. A distinção acadêmica entre jornalismo informativo e opinativo não subsiste na prática. Toda informação traz uma opinião.

O réu da Imprensa é sempre culpado, mesmo com prova em contrário. Daí a responsabilidade da mídia em denunciar pessoas. Dificilmente alguém se livra da pecha disto ou daquilo que lhe foi atribuída pelos meios de comunicação. O imperialismo da Imprensa é implacável. Condena arbitrariamente, sem provas, sem defesa e sem recurso. Que o diga Richard Nixon, atingido por uma das maiores armações de que se tem conhecimento, a farsa de Watergate (cf. Paul Jonhson, *Tempos Modernos*).

O leitor desatento ou de má-fé concluirá que o colunista quer reduzir a Imprensa ao silêncio. Estará enganado. A imprensa tem que prosseguir na tarefa de denunciar quem merece, de informar sem restrições. O que se pede é a despoluição da mídia do excesso de ruído, do sensacionalismo bombástico, suspendendo essa retórica de terra arrasada. Em suma, que se dê fim ao terrorismo de Gutemberg e se erradique de vez o imperialismo eletrônico. Despoluir a Imprensa é também impedir que, como afirma Ignácio de Loyola Brandão, exista até jornal para fazer amor: " Agora, o solitário, o rejeitado, o tímido, o que tem dificuldades de arranjar uma namorada com quem transar numa boa, o paranóico, o tarado, todos estes tiveram a vida simplificada. Porque existe um jornal chamado *Só para maiores*. Há semanas que vejo, mas somente nesta me deu na cabeça de comprar. Bem produzido, bem impresso, traz a fórmula habitual. Uma ou duas entrevistas com sex-symbols; contos eróticos; uma pin-up, ou playmate central, uma série de anúncios de mulheres de programas, alguns com a foto. Anúncios e relações de bares onde se pode encontrar o que se quer, homem ou mulher. Sex-shops. Boates. Na seção Cidade oculta se pode saber que no Stravaganza há telefones que comunicam de uma mesa para outra (lembram-se do filme *Cabaré*?). No Estação Plaza circulam, todas as noites, 120 mulheres. O Le Masque (este antiqüíssimo) tem shows com travestis. O jornal facilita a tarefa. Não se vai mais à "caça" como antigamente. A inquietação é outra. Ficou tudo "fácil" ou os tempos são outros, temos que nos adaptar? Esse número do SPM tem coisas curiosas. Uma entrevista com a super-star do teatro erótico, Malu Bailo, onde ela declara: "Os atores de sexo explícito são todos uns chatos, burros e panacas. Eles transam com qualquer coisa, pode ser até o diabo".

Falamos das falhas da Polícia na esquematização do Policiamento preventivo (e aqui há de se ressaltar também, a falta de leis mais adequadas, por culpa exclusiva dos maus legisladores que temos), abordamos o disvirtuamento do trabalho de Imprensa, por responsabilidade de muitos dos seus representantes; é necessário que se aponte também a fraqueza do Poder Judiciário, no que tange à assistência aos menores e neste terreno, das respectivas entidades assistenciais. Existem no Brasil para mais de trinta milhões de menores abandonados, carentes ou infratores, portanto em situação irregular, que facilmente pode arrastá-los para a senda da criminalização, que por eufemismo devemos chamar de prática de atos anti-sociais. Ora, "os menores são o campo específico da profilaxia criminal", como magistralmente lembrava Vervaeck.

Do exposto, à guisa de encerramento, concluímos: Os governos instalados no

país, até há bem pouco tempo, não deram a devida atenção ao problema da criminalidade, mantida e estimulada, na sua escalada galopante, principalmente, pela mantença dos fatores mesológicos de criminogenia, que assolam o país, sob os olhares inertes e desidiosos das então classes dirigentes. Acreditamos, que com as mudanças que estão se processando no país, ao ensejo do novo governo, com a adoção de outras políticas públicas, se possa também, recriar uma política de segurança pública, no que diz respeito, especialmente, ao aspecto preveniente da ação policial em relação ao delito, para que não se tenha depois que agir repressivamente — Cesar Bonesana, o famoso marquês de Beccaria já anotava: "É preferível prevenir os delitos a precisar castigá-los depois"; Platão alertava: "que a lei se esforce por desviar os homens das ações criminosas e puni-las, uma vez cometidas".

Nessa prevenção à criminalidade, muito importante, também, é o papel da Justiça, mas falamos de uma justiça, eminentemente, rápida, célere, pois, se ela tarda em sua aplicação, se descaracteriza e passa a ser injusta — "a justiça quando não é urgente é injusta" —, em relação a quem a postula. Ademais, o atraso na sua efetivação, pode provocar a reincidência e a impunidade. E o que dizer-se da chamada Justiça Menorista, por nós aludida "de passagem"? A proteção à infância é exercício de Política Criminal, no que tange à prevenção à prática de atos anti-sociais. Isso não fugiu a percuciência de Pitágoras que magistralmente ensinou: "Eduquem-se as crianças e não será necessário castigar os homens".

De se ponderar, porém, que a Justiça Especial de Menores precisa ser melhor aparelhada, para aperfeiçoar seu desempenho; o governo, necessita, urgentemente, cumprir com sua função social, eliminando os estimulantes da criminalidade: miséria, fome, desemprego, subcultura, injustiça social etc. (...) e para tanto devem seguir as diretrizes da referida Política Criminal, doutrina sistematizada por Franz Von Liszt e que teve por cultores Manzini, Fuerbach, Kleinsrod e Henke e que se preocupa com o estudo científico da criminalidade, suas causas e os meios de evitá-la ou combatê-la, que deve ser implantada por seus organismos responsáveis por elaborar estratégias de repressão, e principalmente, de prevenção à criminalidade, como sói acontecer com a Polícia.

No que se refere à Polícia, como salienta Valter Fernandes na revista *Arquivos da Polícia Civil*, sob o tema Aspectos da Criminalidade em São Paulo, "de realçar que nossa polícia ainda carece de maiores recursos, desprovida que se acha do material humano necessário à prevenção e coibição dos delitos, e debatendo-se, exaustivamente, para enfrentar a gradativa dèmanda criminal e sempre exposta à execração pública (muitas e muitas vezes injustamente, o grifo é nosso), suscita esta, justamente, pelas deficiências que desprestigiam e impopularizam a Instituição Policial" e continua "Urge uma *reformulação técnico-profissional* da Polícia, e que seja eficazmente equipada, a permitir-lhe que tenha condições de lançar mão, em grande escalada, dos meios preventivos necessários a inibir ao máximo a delituosidade, através das rondas, do rastilhamento de ladrões e receptadores, infiltrando-se no submundo do crime. E inclusive reprimir o porte de armas, já que coibir o uso de armas, como apregoava Ferri é proteger a vida coletiva e reduzir a futura população carcerária, pela repressão imediata ao infrator".

Feitas essas considerações sobre a Polícia, referentemente à Imprensa, julgamos correto aduzir, que não obstante, entendermos que "de todas as artes, a mais bela, a mais expressiva e a mais difícil é a arte da palavra", esteja essa

Imprensa por merecer, se me permitirem, uma *recomendação*, qual seja, que ao esgrimir do texto, ao verbalizar a imagem, ao expressar califônico da palavra, malgrado se lhe reconheçamos a liberdade e independência de manifestação, deva ter por fronteira os padrões éticos-morais, como se ancila fosse dos mesmos, para que assim não coloque em risco a estrutura da família, mastro do teatro da sociedade humana, impedindo destarte que rompendo-se esse sustentáculo, o cenáculo teatral venha abaixo.

Como corolário de tudo até aqui consignado, opinamos pela formação por parte do governo de uma Comissão de Política Criminal, integrada por Advogados, Juízes, Promotores, Delegados de Polícia, Sociólogos, Psicólogos e Jornalistas, no sentido de colaborarem com os poderes constituídos na ingente tarefa de prevenção à criminalidade.

Atualmente fala-se muito no baixo astral da Imprensa brasileira. A ótica jornalística tem suas características de controle social. Mas de se ressaltar que o Brasil desenhado pela mídia nem sempre corresponde as condições da realidade nacional.

Malgrado o país tenha enormes problemas como a miséria, o desemprego, a infância desvalida e desamparada, as chacinas e a violência que afrontam os direitos humanos, além disso a delinqüência dourada ou de colarinho branco intronizadas na Ilha de Fantasia, essas situações estão a representar não o retrato completo da nação. É preciso preservar espaço para as boas notícias, indubitavelmente.

Em artigo recentíssimo ressalta o já citado jornalista Carlos Alberto Di Franco, professor de ética jornalística da Escola Cásper Líbero: "A mídia impressa, superada etapa do rejuvenescimento gráfico e dos investimentos tecnológicos, precisa travar a revolução nos conteúdos e na ética: a conquista pela qualidade editorial. Trata-se de um desafio empolgante. Chegou a hora de uma reformulação profunda nos conceitos e na operação jornalística. A revalorização da reportagem de qualidade e o revigoramento do jornalismo analítico devem estar entre as prioridades estratégicas.

As redações não podem ser redomas invulneráveis ao mundo real. O jornal precisa ter a sábia humildade de moldar o seu conceito de informação, ajustando-o às necessidades do público a que se dirige". Uma reportagem de bairro, pode despertar mais interesse do que a sensualidade de algumas páginas de jornais de maior veiculação. Uma transformação na cultura das redações será capaz de modificar a tendência de rotina ou burocrática de um trabalho jornalístico.

Voltando ao que diz Di Franco: "mecanismos de avaliação e premiação podem mudar a cara de redações sem alma. A incompetência deve ser punida, mas a competência precisa ser reconhecida e valorizada". O jornalismo moderno reclama, assim como as instituições policiais por atualização e treinamento permanente na formação de seu pessoal, reciclando-o nos moldes da modernidade, investindo, outrossim, seriamente no aprimoramento de suas técnicas de atuação. Com relação à Imprensa a de se ultrapassar a indesmentível superficialidade eletrônica. As denúncias devem ser bem fundamentadas e os textos obedecerem a um conteúdo ético e primarem pela correção da linguagem.

Fala-se atualmente em Brasília em um projeto de lei de Imprensa novo, que está tramitando na Câmara dos Deputados, mas que já está sendo criticado por proprietários de jornais e jornalistas. O principal alvo dessas críticas é o capítulo que trata da punição à profissionais e empresas que cometerem irregularidades na divulgação das notícias. Pelo projeto, empresa e autor da matéria considerada ofensiva podem ser condenados a pagamentos de multas. Isso ao

ver de alguns jornalistas é uma censura prévia de ordem econômica que eles consideram inadmissível.

Sob o ponto de vista analógico ao citado projeto de lei, podemos dizer que nos Estados Unidos a liberdade de Imprensa é um direito quase absoluto. Não há lei ou qualquer dispositivo legal que restrinja de forma substantiva a liberdade de expressão. A razão são quatorze palavras incluídas na Primeira Emenda da Constituição Americana: "O Congresso não aprovará nenhuma lei limitando a liberdade de expressão ou de Imprensa".

Na Itália a liberdade de Imprensa também é assegurada pela Constituição, que proíbe qualquer tipo de censura a revistas e jornais. Mas esse é apenas o princípio fundamental. A Lei de Imprensa Italiana de 1948 obriga porém, a publicação de retificações de pessoas que se sintam prejudicadas por textos, fotografias ou declarações consideradas falsas ou ofensivas pelos juízes. São sujeitos a multa e até a detenção os jornalistas cujos artigos possam incitar ao crime, perturbar a moral, a ordem familiar ou provocar suicídios e delitos. Na Itália os crimes de Imprensa mais praticados são os de calúnia e difamação.

Na França a lei admite a proibição de publicar certas informações, como a relação de toda informação militar não tornada pública pela autoridade competente, ou cuja divulgação pode prejudicar a defesa nacional.

Qualquer transgressão é crime previsto no Código Penal. Também é vedado divulgar atos de acusação ou de processos criminais, antes da sentença transitar em julgado. O direito de retificação e o direito de resposta são as duas únicas situações em que, um diretor de jornal não pode recusar a publicação de textos.

Na Inglaterra, por sua vez, não existe uma Lei de Imprensa, propriamente. Outras leis regulam ações como divulgação de informação que possa interferir com o andamento de um processo judicial ou vierem a desacatar as autoridades. As normas éticas são reguladas pela Press Complains Comission, uma comissão de queixas contra a Imprensa criada para controlar a observância do código de ética adotado pela indústria da informação na Grã-Bretanha.

De todo o exposto de se reconhecer que, efetivamente, a Imprensa para cumprir o seu importante papel na vida da sociedade, deve ser livre de censura, desde que isso não venha a extrapolar para o que os italianos chamam de incitação ao crime, perturbação à moral ou contribua para a prática de delitos e suicídios, como textualmente estabelece a Magna Carta italiana.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UM OLHAR SOBRE A DELINQÜÊNCIA JUVENIL

CELIA SOIBELMANN MELHEM

Sumário: 1. Procedimento de pesquisa — 2. Poucos, porém violentos — 3. Garotos em gangues — 4. A sociedade local produz seus criminosos — 5. Algumas conclusões

Ninguém pode subestimar o papel do Judiciário para a consolidação de uma Democracia, na garantia do efetivo cumprimento da Constituição e das leis. Um estudo sobre o Tribunal de Justiça não resulta, portanto, apenas em conhecimento sobre Justiça, mas também sobre Estado de Direito e cidadania, sobre a situação político-social em uma sociedade. Nessa linha de reflexão, o presente texto[1] procura divulgar aspectos menos explorados pela maioria dos trabalhos produzidos sobre o Tribunal de Justiça, distanciando-se das questões jurídicas neles predominantes, para considerá-lo como importante fonte produtora de dados sócio-econômicos. O objetivo é contribuir para a discussão de um tema bastante atual, a delinqüência juvenil, tentando desenhar o perfil sócio-econômico desses delinqüentes a partir das Varas Especiais[2] da Infância e da Juventude da cidade de São Paulo.

A pesquisa esbarrou em limitações da fonte escolhida, pois os dados contidos nos processos jurídicos das Varas atendem às necessidades do Judiciário, mas não incorporaram, até o momento,[3] a preocupação de produzir, com continuidade e homogeneidade, dados e estatísticas sócio-econômicos. Assim, não se obteve todas as informações desejáveis, mas apenas as possíveis nas condições de trabalho encontradas.

A hipótese de trabalho, para o desenho do perfil dos delinqüentes, considerava que o tema permanece envolto por ignorância e preconceitos, o que tem dificultado, entre outras coisas, ações públicas e/ou privadas efetivas para enfrentar tal problema social. É habitual que se superestime a quantidade de delinqüentes juvenis e muitas vezes, por preconceitos dominantes, se associem

(1) Este texto apoia-se em informações produzidas por pesquisa coordenada pela autora no Núcleo de Estudos de Políticas Públicas — NEPP da Unicamp, concluída em 1993 e realizada a partir de convênio entre o NEPP e o Centro Brasileiro para a infância e a Adolescência — CBIA.

(2) Em áreas de muita movimentação, como a Capital de São Paulo, os adolescentes que delinqüem são levados para as chamadas Varas Especiais. No interior, Varas da Infância e da Juventude costumam assumir tanto questões de desvio de conduta como demais problemas jurídicos envolvendo crianças e adolescentes, como adoção, guarda, autorizações específicas etc.

(3) Na medida em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo encontra-se em processo acelerado de informatização, espera-se que essas limitações possam ser ao menos parcialmente superadas em breve, com a inclusão de dados sócio-econômicos na planilha do sistema de acompanhamento cotidiano do movimento das Varas.

grosseiramente ocorrências policiais a adolescentes com pobreza, com migrantes de regiões mais carentes do país ou com meninos de rua. Em suma, visto desta forma distorcida, o delinqüente juvenil seria um migrante negro, analfabeto, sem atividade profissional, morador de rua ou de favelas. Quando o noticiário desmente esta crença, divulgando crimes cometidos por filhos das classes média e alta paulistas, por exemplo, a perplexidade toma conta de muita gente. Os dados aqui apresentados tentam abrir trilhas para a compreensão deste aparente paradoxo, para combater preconceitos enraizados e para outras reflexões profícuas sobre a delinqüência juvenil em São Paulo. Neste sentido, procurou-se edificar uma caracterização sócio-econômica dos delinqüentes que tanto produzisse dados clássicos (de sexo, idade, nacionalidade do adolescente e de seus progenitores, escolaridade, profissionalização, cor), como informações sobre as ações criminosas propriamente ditas (tipo de ocorrência, grau de periculosidade, forma de atuação — só ou em grupos —, níveis de reincidência).

Ao divulgar as informações coletadas, a pesquisa também, pretende estimular o desenvolvimento de um programa no Tribunal de Justiça que torne permanente e *on line* a produção de dados sócio-econômicos a partir dos processos, bem como produza constantemente análises desses dados. Sem esse acompanhamento, uma ação ou política pública no setor pode se equivocar com facilidade, por falta de efetivo conhecimento da realidade.

1. Procedimento de pesquisa

Para delimitar o campo de estudo, em uma primeira Vara Especial piloto foram selecionados processos abertos durante um mês (março) de 1988, de maneira que tivesse decorrido tempo suficiente (entre o fato e a pesquisa) para emergir alguma decisão processual, mesmo para casos mais complexos. Na Vara Especial seguinte foi sorteado um determinado número de processos movimentados naquele mês (recém abertos ou não), para que fosse possível avaliar reincidências, na medida em que um menor que deixe de ser primário terá qualquer ocorrência policial posterior registrada no mesmo processo aberto quando foi levado pela primeira vez à Justiça. O procedimento para adolescentes é diverso do observado para adultos, para os quais cada ocorrência criminal resulta em um processo.

Março foi escolhido por apresentar o maior movimento no ano, contabilizando 3.317 dos 31.864 processos registrados em 1988, significando 10,4% do movimento anual das Varas do Tribunal de Justiça de São Paulo. Nas Varas Especiais, para manter a proporção, trabalhou-se um número de processos que refletisse a diferença entre o movimento dos dois tipos de Vara, ou seja, as Varas Especiais correspondem a 1/4 do movimento das demais. Esta proporção foi mantida na amostra da pesquisa que, além dos dados aqui divulgados, tam-

Movimento total de Processos das Varas Incluídas na Amostra da Pesquisa
Município de São Paulo
Março de 1988

Varas	Movimento
Santo Amaro	635
Pinheiros	117
Lapa	117
1.ª Vara Especial	258
2.ª Vara Especial	216
TOTAL	1.343
Total das Varas da Capital	3.317

Fonte: Vara da Infância e da Juventude de Pinheiros, in Pesquisa NEPP/CBIA 1993.

bém incluiu as Varas da Infância e da Juventude de Santo Amaro, Pinheiros e Lapa, com o objetivo de captar outros aspectos sobre crianças e adolescentes da Capital.[4] Foram pesquisados 130 processos nas Varas Especiais.

2. Poucos, porém violentos

Os desvios de conduta apresentados por adolescentes em São Paulo revelaram-se numericamente pouco significativos, ainda que seja notório que nem todas as ocorrências são registradas. Somaram 713 processos nas três Varas Especiais do Município de São Paulo, em março de 1988, em uma cidade com cerca de 10 milhões de habitantes naquele ano.

Adolescentes processados: motivo da abertura do processo
1.º e 2.ª Varas Especiais
Município de São Paulo
Março de 1988

Motivo	Freqüência	Porcentagem
Roubo	38	29,2
Furto	36	27,7
Porte de arma	15	11,6
Agressão	8	6,2
Dirigir s/habilitação	6	4,6
Atropelamento	4	3,1
Homicídio	3	2,3
Agressão a tiros	3	2,3
Tóxicos	3	2,3
Outros	12	9,2
S/I	2	1,5
Total	130	100.0

Fonte: Amostra da Pesquisa NEPP/CBIA, 1993.

(4) As outras Varas cuidam sobretudo de processos que envolvem adoção ou guarda, vitimizações e questões similares, e os resultados desta parte da pesquisa podem ser encontrados no Relatório Final do Projeto, conforme referência bibliográfica.

Mas os dados alertam para os níveis de violência verificados, pois a maior incidência é de roubos (29,2%), aos quais se somam 11,5% de processados por porte indevido de armas. Acrescentando a esses dois tópicos as agressões a tiros e os homicídios, constata-se que 45,3% dos acusados exibem algum nível alarmante de violência. Logo são poucos porém violentos os jovens processados nas Varas Especiais.[5]

Os mais violentos apresentam maior reincidência: apenas 6,15% dos acusados de roubo na 2.ª Vara eram primários. Talvez seja possível supor, portanto, que impunidade e/ou prática persistente de crimes acentuam a periculosidade em adolescentes com propensão para a delinqüência, indivíduos ainda em processo de aquisição e consolidação de valores e, freqüentemente, em fase da vida de contestação do mundo adulto. Os dados sugerem a existência de um pequeno grupo de adolescentes que, por uma infeliz conjunção de fatores (públicos ou privados) adversos, tende a se graduar na "escola do crime", processo que, se não for evitado ou interrompido, pode conduzir à consolidação de um núcleo que, embora numericamente reduzido, por sua violência chega a abalar toda a sociedade. E evidentemente este grupo não espelha uma correlação simplista e imediata entre pobreza e criminalidade, pois é bastante elevada a taxa de pobreza da população paulista, confrontada com a

(5) Evidentemente este resultado também pode significar uma atuação policial mais severa em relação a adolescentes mais violentos ou perigosos, resultando em maior zelo em encaminhá-los ao Judiciário, enquanto casos de desvios mais brandos tendem a ser resolvidos nas Delegacias, com os responsáveis pelos menores. Mas o número de jovens mortos violentamente, que tem sido divulgado constantemente pela imprensa brasileira, também permite supor que os dados sobre violência obtidos nas Varas Especiais estejam subestimados.

proporcionalmente reduzida incidência quantitativa de atos de delinqüência juvenil.

É a partir dos quatorze anos que os adolescentes começam a se envolver mais significativamente em ocorrências policiais, com maior freqüência aos dezessete (31,5% dos processados), porcentagem apenas ligeiramente superior à verificada aos dezesseis anos (30,0%). Estas duas faixas etárias abrigam, portanto, a grande maioria dos delinqüentes, transformando o período final da adolescência, com a eminente inserção no universo adulto, em um momento especialmente crítico. Com a idade também aumenta o grau de periculosidade do delinqüente, pois até os quatorze anos praticamente só aparecem casos de furto.

Crianças e adolescentes processados: Relação entre fato desencadeador e idade
1.ª e 2.ª Varas Especiais
Município de São Paulo
Março de 1988 *(em porcentagem)*

Fato desencadeador	7 a 13 anos	14 a 18 anos	Total
Roubo	2,36	27,56	29,92
Furto	5,51	22,83	28,35
Porte de arma	0,79	11,02	11,81
Lesão corporal	0,00	10,24	10,24
Dirigir s/habilitação	0,00	4,72	4,72
Homicídio	0,00	2,36	2,36
Outros	0,79	11,81	12,60
Total	9,45	90,55	100,0

Fonte: Pesquisa NEPP/CBIA, 1993.

Crianças e adolescentes processados: Porcentagem por faixa etária
1.ª e 2.ª Varas Especiais
Município de São Paulo
Março de 1988

Idade (anos)	Porcentagem	Porcentagem Acumulada
9	0,8	0,8
10	0,8	1,5
11	1,5	3,1
12	2,3	5,4
13	3,8	9,2
14	10,8	20,0
15	18,5	38,5
16	30,0	68,5
17	31,5	100,0

Fonte: Pesquisa NEPP/CBIA, 1993.

3. Garotos em *Gangues*

A absoluta maioria dos delinqüentes juvenis são do sexo masculino (93,8%),[6] o que certamente não libera o universo feminino de tais ocorrências, pois os processos das Varas Especiais não incluem informações sobre prostituição de meninas, que certamente é bastante significativa em São Paulo. Apesar de que

(6) O predomínio masculino na criminalidade é um fato que prossegue no mundo adulto e também pode ser verificado em todos os países do mundo. Para maiores informações sobre a presença feminina no mundo do crime sugere-se a leitura de: Ayush Morad Amar, *Criminologia*, Resenha Tributária, S. Paulo, 1987.

prostitutas são muito mais vítimas de violência do que delinqüentes. Da mesma forma, se as ocorrências registradas nessas Varas fossem mais realistas em relação às questões de uso e venda de drogas, as mulheres provavelmente apresentariam maior freqüência entre os processados. De qualquer maneira, a presença feminina é mais marcante nas outras Varas de Infância e da Juventude, nas quais as mulheres predominam em seus papéis de mães ou parentes responsáveis por crianças e adolescentes, ou ainda como adolescentes trabalhadoras.

Delinqüentes juvenis gostam de agir em grupo, pois a maioria dos envolvidos com furtos e roubos estava com pelo menos um comparsa, quando não dois ou três. Estes dados reforçam a tese da importância fundamental do ambiente social e das companhias na decisão de delinqüir, pois criminalidade também é um aprendizado. Apontam igualmente para a necessidade de desenvolver métodos preventivos de atuação que considerem a intensa sociabilidade dos adolescentes e a mútua influência que exercem entre si.

Crianças e adolescentes processados: Relação entre motivo do processo e número de comparsas do acusado (em %)
Município de São Paulo
Março de 1988

	Número de comparsas						
Tipos de desvio	**0**	**1**	**2**	**3**	**4**	**9**	**Total**
Furto	6,15	12,31	6,15	4,62	3,08	0,00	32,31
Roubo	6,15	7,69	4,62	1,54	0,00	0,00	20,00
Porte de arma	1,54	6,15	1,54	4,62	0,00	0,00	13,85
Atropelamento	4,62	0,00	0,00	1,54	0,00	0,00	6,15
Agressão a tiros	3,08	0,00	0,00	0,00	0,00	1,54	4,62
Tóxico	1,54	1,54	0,00	1,54	0,00	0,00	4,62
Agressão	1,54	1,54	0,00	0,00	0,00	0,00	3,08
Dirigir s/habilitação	1,54	1,54	0,00	0,00	0,00	0,00	3,08
Ameaça	1,54	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	1,54
Apropriação indébita	1,54	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	1,54
Danos materiais	1,54	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	1,54
Estupro	0,00	0,00	0,00	1,54	0,00	0,00	1,54
Homicídio	0,00	1,54	0,00	0,00	0,00	0,00	1,54
Outros	1,54	1,54	1,54	0,00	0,00	0,00	4,62
Total	32,31	33,85	13,85	15,38	3,08	1,54	100.00

Fonte: Pesquisa NEPP/CBIA, 1993.

Rebatendo imagens preconceituosas sobre a delinqüência, mais da metade dos processados é branca e apenas 3,1% não apresentam qualquer escolaridade. Somente 2,3% deles não vivem com a família. Os jovens que mais reincidem são de famílias chefiadas por padrastos — metade dos quais apresenta pelo menos uma reincidência —, mas logo em seguida aparecem os reincidentes de famílias chefiadas pelo pai, que chegam a representar 2/3 dos casos com o maior

número destes retornos. Os meninos de rua, como se observa, são mais vítimas do que ameaças. Esses dados permitem supor que conhecer o tipo de família em que se cria o adolescente é um dos fatores mais relevantes para uma efetiva compreensão e ação junto à delinqüência juvenil.

Os dados não só comprovam que os delinqüentes vivem em família, como revelam que tampouco estão apartados de outra instituição socializante decisiva, a escola: apenas 3,1% desses jovens nunca a frequentaram, porcentagem igual aos que chegaram ao segundo e ao terceiro colegial (conforme tabela a seguir). A absoluta maioria, portanto, não é analfabeta, mas resta saber em que medida a escola vem falhando no desempenho de suas atribuições socializantes e educativas junto aos jovens.

Escolaridade dos adolescentes infratores (em %)
Município de São Paulo
Março de 1988

Escolaridade	%	% Acumulada
1.ª série	12,3	12,3
2.ª série	9,2	21,5
3.ª série	4,6	26,1
4.ª série	16,9	43,0
5.ª série	20,0	63,0
6.ª série	9,2	72,2
7.ª série	10,8	83,0
8.ª série	3,1	86,1
2.º colegial	3,1	89,2
3.º colegial	1,5	90,7
nunca estudou	3,1	93,8
sem informação	6,2	100,0

Fonte: Pesquisa NEPP/CBIA, 1993.

Com quem residem adolescentes infratores (em %)
Município de São Paulo
Março de 1988

	%	% Acumulada
pais	40,0	40,0
mãe	33,8	73,8
padrasto	6,9	80,8
pai	4,6	85,4
avós	4,6	90,0
vive só	2,3	92,3
irmão	1,5	93,8
outros	3,8	97,7
sem informação	2,3	100,0

Fonte: Pesquisa NEPP/CBIA, 1993.

Se a criminalidade norte-americana tem sido majoritariamente composta por negros e hispânicos, induzindo a generalizações racistas perigosas, os dados das Varas paulistanas não acusam uma presença majoritária de negros entre delinqüentes juvenis, ainda que a situação sócio-econômica desse grupo racial em São Paulo não seja mais favorável que entre norte-americanos, muito pelo contrário. E quando se considera que o preconceito pode levar a Polícia a deter mais negros e mulatos do que brancos, pode-se concluir que a delinqüência entre eles é ainda menos significativa. É lícito supor, portanto, que pobreza e marginalização étnica não resultem necessariamente em delinqüência, podendo gerar também esforço transformador ou comodismo, assim como outros tipos de revoltas e contestações, que não a violação das leis criminais.

Relação entre cor do infrator e motivo de abertura do processo (em %)
Município de São Paulo
Março de 1988

Motivo/cor	branca	parda	negra	sem inform.	total
agressão	0,00	3,08	0,00	0,00	3,08
agressão a tiro	1,54	0,00	3,08	0,00	4,62
ameaça	1,54	0,00	0,00	0,00	1,54
apropriação indébita	1,54	0,00	0,00	0,00	1,54
atropelamento	4,62	1,54	0,00	0,00	6,15
danos materiais	1,54	0,00	0,00	0,00	1,54
dirigir s/habilitação	3,08	0,00	0,00	0,00	3,08
estupro	0,00	1,54	0,00	0,00	1,54
furto	16,92	10,77	3,08	1,54	32,31
homicídio	0,00	1,54	0,00	0,00	1,54
porte de arma	6,15	6,15	1,54	0,00	13,85
roubo	7,69	9,23	3,08	0,00	20,00
tóxico	1,54	1,54	1,54	0,00	4,62
outros	1,54	1,54	1,54	0,00	4,62
Total	47,69	36,92	13,85	1,54	100,00

Fonte: Pesquisa NEPP/CBIA, 1993.

4. A sociedade local produz seus criminosos

É mais cômodo dizer que "os culpados são os outros", que os delinqüentes foram criados em outras localidades. Entretanto, confirmando a teoria de que infratores agem preferencialmente em lugares e sociedades que lhe são familiares, cujo conhecimento facilita a mobilidade e o esconderijo, 78,5% dos jovens processados em São Paulo são paulistas e, como a maioria deles é maior de dezesseis anos, não se pode negar, mesmo que a família seja de outra localidade, que eles são frutos da vida local. E isto é reforçado pelo fato de 49,2% de suas mães também serem originárias de São Paulo — apesar das deficiências processuais no tocante a dados sobre pai e mãe. Portanto os migrantes, com freqüência preconceituosamente apontados como delinqüentes em potencial, aparecem de maneira diversa nas Varas da Infância e da Juventude, onde se apresentam sobretudo como trabalhadores, procurando regularizar sua situação familiar e documentação, com vistas ao mercado de trabalho, muitas vezes incluídos em processos nos quais tias ou irmãs pleiteiam sua guarda, com esse fim.

Naturalidade dos infratores, por unidade da Federação (em %)
Município de São Paulo
Março de 1988

Naturalidade	%	% Acumulada
Alagoas	0,8	0,8
Bahia	2,3	3,1
Ceará	0,8	3,9
Espírito Santo	0,8	4,7
Mato Grosso do Sul	0,8	5,5
Minas Gerais	2,3	7,8
Paraná	3,8	11,6
Pernambuco	1,5	13,1
Rio de Janeiro	1,5	14,6
Santa Catarina	0,8	15,4
São Paulo	**78,5**	**93,9**
Sem informação	6,1	100,0

Fonte: Pesquisa NEPP/CBIA, 1993.

Naturalidade da mãe do infrator, por unidade da Federação (em %)
Município de São Paulo
Março de 1988

Naturalidade	%	% Acumulada
Alagoas	1,5	1,5
Bahia	4,6	6,1
Ceará	2,3	8,4
Minas Gerais	6,9	15,3
Paraíba	0,8	16,1
Paraná	1,5	17,6
Pernambuco	3,1	20,7
Piauí	0,8	21,5
Rio de Janeiro	0,8	22,3
São Paulo	**26,9**	**49,2**
Exterior	0,8	50,0
Sem informação	50,0	100,0

Fonte: Pesquisa NEPP/CBIA, 1993.

Naturalidade do pai do infrator, por unidade da Federação (em %)
Município de São Paulo
Março de 1988

Naturalidade	%	% Acumulada
Alagoas	1,5	1,5
Bahia	6,2	7,7
Ceará	0,8	8,5
Minas Gerais	3,1	11,6
Pernambuco	0,8	12,4
R.G. Sul	0,8	13,2
Rio de Janeiro	1,5	14,7
São Paulo	**9,2**	**23,9**
Sem informação	76,1	100,0

Fonte: Pesquisa NEPP/CBIA, 1993.

Além disso, os migrantes não são todos iguais, nem são vistos da mesma forma, dada a diversidade regional brasileira. Os nordestinos acabam sendo mais vítimas de preconceito de parcelas de paulistanos, mas a pesquisa mostra que os paranaenses são os mais numerosos entre os jovens migrantes delinqüentes, seguidos pelos mineiros, empatados com o grupo nordestino mais presente, os baianos. E todas essas cifras são inexpressivas, face ao percentual de 78,55% de paulistas entre os processados.

5. Algumas conclusões

As peculiaridades encontradas entre delinqüentes juvenis paulistanos dão bons subsídios para uma reflexão sobre a criminalidade nas regiões mais ricas do país, como São Paulo. Ela não parece estar simploriamente relacionada com miséria, mas ser mais diretamente influenciada pela questão da desigualdade social,[7] em conseqüência da qual, bombardeados pelos apelos consumistas dirigidos às classes mais abonadas, jovens com menor potencial profissional e de consumo, ainda que não miseráveis, em um momento de fragilidade, resolvem "encurtar" o caminho que leva a objetos de desejo.

Esta não é uma constatação original,[8] mas a pesquisa aponta como isto se

(7) Também existe a questão do consumo de drogas, tema extremamente complexo, que requer um maior espaço de reflexão.

(8) Em 03.09.1985, a Folha de São Paulo (p. 1-17) publicou artigo em que mostra, a partir de comparações entre ocorrências de homicídios e entre características de desigualdade social em diversos países, como são os lugares de grandes desigualdades econômicas e/ou raciais que apresentam o maior número de assassinatos, e não os países mais pobres. Neste sentido, Joahnesburgo (África do Sul), com seus conflitos étnicos e desigualdades, é a cidade mais violenta, seguida de New Orleans e Richmond (Estados Unidos). Tóquio, Paris e Madrid são as menos. Rio de Janeiro e São Paulo, cidades gritantemente desiguais, são mais violentas que Nova York, aglomerado urbano cosmopolita que aceita diferenças raciais e possui uma polícia comunitária. Evidentemente que outros fatores contam — como comércio de armas, organização da Polícia, consumo de drogas e álcool, baixos índices de escolaridade —, mas a desigualdade acentuada está sempre

traduz entre adolescentes paulistanos. Confirma que não são os mais carentes que optam pela delinqüência, mas os mais sensíveis à falta de possibilidades de ascensão social, à falta de um consumo mais diversificado, justamente porque tiveram algum acesso e informação sobre o mundo dos privilégios, sem conseguirem, em contrapartida, instrumentos para chegar lá, mesmo não estando no fundo do poço. Em algumas localidades, como o Rio de Janeiro e São Paulo, a criminalidade acaba sendo a única maneira de certas camadas ascenderem socialmente. E o apelo por esta ascensão é grande, em uma sociedade que valoriza essencialmente o sucesso financeiro. A pobreza relativa, portanto, muitas vezes é uma bomba pronta para explodir em criminalidade, sempre que condições sociais ou pessoais a estimulem. E esta motivação é ainda mais forte entre jovens solteiros, sem maiores encargos familiares ou pessoais, e à beira de entrar em um mercado de trabalho adulto que pouco tem para lhes oferecer, em comparação com as possibilidades de outras camadas sociais.

Para os migrantes, o mercado de trabalho paulista freqüentemente representa uma melhora sócio-econômica suficiente para atender às suas necessidades mais significativas ao migrarem: emprego, comida, um certo respaldo da legislação trabalhista, a possibilidade de ajudar outros membros da família. Em São Paulo conseguem se inserir melhor no mercado de trabalho, do que nas localidades de origem, ocupando espaços que exigem menor especialização profissional. Para os jovens paulistas, ao contrário, os padrões de trabalho e consumo que desenvolveram são mais exigentes, mas muitas vezes inacessíveis à formação educacional e profissional que conseguiram. A tentação é maior.

presente nos casos críticos de criminalidade e violência.

Mas fica a questão: será que, colocada nesses termos, a delinqüência juvenil é insolúvel, enquanto as escolas não formarem jovens mais preparados para o mundo moderno ou enquanto persistirem as desigualdades sociais que caracterizam a sociedade brasileira? É evidente que um sistema educacional eficiente e eficaz é condição indispensável para se obter uma mão-de-obra adequada às possibilidades atuais do mercado de trabalho, assim como constituir famílias mais preparadas para lidar com rebeldias adolescentes. E desigualdade social certamente é sempre um estopim pronto para incendiar a sociedade. Logo, políticas adequadas de educação e profissionalizantes, assim como melhor distribuição de renda certamente são básicas. Mas outros caminhos de atuação também devem ser explorados. Alguns são simples e podem dar resultados imediatos. Se os jovens tendem a delinqüir em grupos, porque não erigir cenários mais felizes de atuação para esses grupos? Atividades de lazer e esportivas, por exemplo, se favorecidas e estimuladas por ações públicas e privadas adequadas, podem canalizar energias adolescentes para coisas positivas. Também a desigualdade pode ser parcialmente abrandada com um reforço da cidadania. Ainda que esta seja uma questão mais complexa e demorada, quanto mais todos forem iguais perante a lei, quanto mais todos tenham seus direitos respeitados — para que se possa cobrar seus deveres —, menor será a desigualdade entre as pessoas.

Se os jovens problemáticos não são tão numerosos quanto faz crer o ruído em torno de suas ações, fica evidente que o problema da delinqüência juvenil, embora grave, talvez possa ser enfrentado com poucos recursos materiais, caso haja conhecimento adequado, reflexão e vontade política para tanto.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

7 — SOCIOLOGIA JURÍDICA

VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇA NA FAMÍLIA E FORA DA FAMÍLIA ABORDADA PELA IMPRENSA

MARIA INÊS CAETANO FERREIRA

Sumário: 1. Apresentação — 2. A imprensa escrita como fonte de pesquisa — 3. Violência contra criança: nova visibilidade — 4. Violência contra criança na família — 5. Violência contra criança na família registrada em OESP, FSP e JB — 6. Violência contra criança registrada pelo NP — 7. Discussão — 8. Violência contra criança fora do ambiente doméstico — 9. Violência contra criança fora da família registrada nos jornais OESP, FSP e JB — 10. Violência contra criança fora da família registrada no jornal NP — 11. As notícias ao longo das décadas — 12. Cruzamento dos dados e das explicações — 13. Bibliografia

1. Apresentação

Este artigo é o resultado parcial de uma grande pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência com o título de "Autoritarismo Socialmente Implantado", de 1991. Neste artigo abordaremos os indexadores que tratam da violência contra criança na família e violência contra criança fora da família. O objetivo é observar formas da violência contra a criança, traçando um paralelo com as transformações ocorridas no país, no cenário mais amplo da política institucional.

A pesquisa foi realizada através da coleta de casos de conflito que envolveram ações violentas, na imprensa entre os anos de 1946 e 1988. O largo período pretende abranger momentos democráticos do país, assim como épocas de violentas ditaduras. Dessa forma, podemos perceber se o relacionamento cotidiano dos brasileiros, abordado pela imprensa, sofre transformações ao longo do desenvolvimento de diferentes práticas políticas institucionais.

Foram coletadas notícias sobre casos de violência nos jornais O Estado de S. Paulo (OESP), Folha de S. Paulo (FSP), Jornal do Brasil (JB) e Notícias Populares (NP).

2. A imprensa escrita como fonte de pesquisa

Ao utilizarmos a imprensa escrita como fonte de informação devemos refletir sobre as suas características, que devem ser consideradas na análise do material, de tal forma que a realidade dos dados não seja distorcida. Isto porque estamos tratando com dados secundários, ou seja, os números que a imprensa nos oferece não são oficiais nem estatísticos, eles revelam critérios subjetivos. A quantidade de matérias publicadas sobre violência contra a crianças não corresponde ao número total de casos ocorridos naquele período: são apenas uma indicação dos mesmos. Há oscilação no número de casos publicados sobre o assunto nos vários anos da pesquisa. A oscilação reflete os interesses dos editores dos

jornais, que dedicam maior espaço para um certo tipo de crime em determinado ano, enquanto que, em outro, este espaço é reduzido. Nosso propósito não é compreender os motivos que norteiam a seleção de temas publicados pela imprensa, mas analisar o perfil da violência a partir do material selecionado.

Os jornais normalmente preferem destacar casos sensacionalistas, que envolvem homicídio. Dale, em seu estudo sobre a violência contra a criança na Grã-Bretanha, revela que apesar da constatação da diminuição da incidência da violência contra crianças na família, resultado de um trabalho preventivo que vem sendo efetuado por diversas agências, a mídia popular britânica não informa aos seus leitores esta conquista e segue publicando casos sensacionalistas a respeito deste tema (Dale, 1987: 29).

Pesquisas desenvolvidas nos Estados Unidos cotejam o número de matérias sobre crimes publicados nos jornais com dados oficiais da polícia e comprovam que há divergências entre um e outro. Jaehning (1981) cita estudos americanos realizados com jornais de Colorado e Houston e outro efetuado com três jornais ingleses e o resultado é que os dados oficiais sobre crimes diferem dos obtidos pelo levantamento do material de imprensa. Segundo Jaehning, a imprensa privilegia as ocorrências de homicídio e estupro em detrimento de crimes contra o patrimônio. Entretanto, os dados oficiais atestam maior incidência de crimes contra o patrimônio. Ashkins pesquisou um jornal de New Orleans e também constatou distorções entre os crimes publicados no periódico e as estatísticas policiais. Enquanto o homicídio representa 12% das matérias sobre crimes, publicadas pelo jornal, este tipo de ocorrência corresponde a apenas 0,4% nas estatísticas policiais. O mesmo ocorre com o estupro, 6% das matérias sobre crimes são sobre estupro e nas estatísticas policiais o estupro corresponde a 0,6%. Os números da polícia revelam que os furtos representam 46% dos crimes cometidos em New Orleans e na imprensa, apenas 8% das matérias os informam. Sheley (1981) revela a porcentagem de crimes violentos na imprensa: 68% contra os 20% registrados pela polícia, e, quanto a crimes contra o patrimônio: na imprensa são 32% e na polícia, 80%.

Pesquisas no exterior apontam a preferência dos editores por crimes violentos e isto é o que também podemos constatar em nosso estudo. As razões que norteiam a opção do editor por crimes violentos relacionam-se, de certa forma, com o comportamento do público diante das notícias sobre crimes. Katz (1987) investiga os motivos que possibilitam um crime se transformar em notícia e despertar o interesse do leitor. O autor destaca um estudo de Roshier que argumenta que as matérias são interessantes não pelo fato de relatar o crime, mas sim pelo que ela informa a respeito do interesse do leitor. Para Katz, a preferência por crimes violentos, sensacionalistas, não raramente com requintes de crueldade, explica-se pela atração do leitor pela audácia do criminoso.

Katz aponta ainda para o aspecto normal que as reportagens sobre crimes violentos trazem à tona. A ênfase em determinadas ocorrências se deve ao fato destes crimes ameaçarem a identidade coletiva, agredirem símbolos muito importantes para o grupo social. Nesta perspectiva, podemos compreender porque certos crimes merecem destaque nos meios de comunicação, apesar de se tratarem de ocorrências raras e que portanto não ameaçam o grande público no seu cotidiano, contrastando com o elevado índice de furtos. Podemos então entender a repercussão de casos de filhos da classe média que assassinam os pais. Ao contrário dos maus-tratos de crianças, uma ocorrência constante em

lares brasileiros e que não dispõe de muito espaço na mídia; o assassinato de pais pelos filhos é publicado por meios que normalmente não abordam o tema.

Se os jornais privilegiam ocorrências sensacionais que despertam o interesse de seus leitores, é preciso atentar para as diferenças entre os vários periódicos, inclusive porque cada publicação atende uma faixa de público. Os jornais FSP, OESP e JB atendem a leitores de classe média e alta. Trata-se de um público mais esclarecido, com elevado grau de escolaridade, com hábito de leitura etc. Os leitores do NP são, em grande parte da classe popular, com baixo nível de instrução. Os valores destes dois públicos são distintos e as publicações refletem a diferença de valores. O NP, por exemplo, é extremamente moralista e condena o agressor, além de o caracterizar como anormal etc. Katz explica que os jornais mais modernos e sofisticados tendem a moralizar menos, transferindo ao leitor a reação moral. A afirmação de Katz pode ser aplicada ao JB, o OESP e a FSP. Se no NP crimes violentos ocupam espaço de destaque, no primeiro quadrante da última página do caderno, com muitas fotos e manchetes na primeira página, em OESP, FSP e JB as notícias sobre violência contra criança não ocupam lugar de destaque, raramente mostram fotos ou são manchetes. Os casos mais destacados normalmente se relacionam a tráfico de crianças ou ao trabalho escravo. Pelas diferenças que existem entre o NP e os outros três jornais, optamos por analisar as notícias registradas pelo NP separadamente daquelas publicadas pelos outros três periódicos.

3. Violência contra criança: nova visibilidade

A violência contra a criança não é um fenômeno recente. Guerra nos recorda da violência cometida contra a criança no século XIX, registrada pela literatura, por nomes como Dickens. A preocupação com este tipo de violência só se tornou possível com as transformações ocorridas a partir da segunda metade do século XIX, momento em que a criança começou a ser percebida como um ser humano autônomo. Ciências como a psicologia, a pedagogia, a pediatria e a psicanálise passaram a se dedicar ao estudo sobre as crianças. O desenvolvimento técnico da medicina permitiu o diagnóstico de lesões, resultantes de agressões na família, que até então não eram detectadas (Guerra, 1985: 49).

Entretanto, a preocupação com a observação dos direitos da criança tomou impulso com os movimentos pelos direitos civis, a partir da década de 60. Pode-se dizer que a luta pelos direitos das crianças pegou carona no movimento feminista. Azevedo ressalta o trabalho de instituições feministas de proteção à criança que vêem tentando levantar estatísticas sobre o problema social da vitimização das crianças (Azevedo, 1988: 23). Furniss argumenta que a consciência contra o abuso sexual de crianças se deve, em parte, aos movimentos de direitos humanos que acompanharam a luta pelos direitos da mulher (Furniss, 1993: 11).

O modo como a legislação brasileira aborda os problemas vivenciados pelas crianças reflete as transformações que ocorreram no tratamento das questões da infância. Até 1935, por exemplo, o órgão do Estado responsável pela criança era a Secretaria da Segurança Pública. Entre 1935 a 1967, a Secretaria da Justiça e Negócios do Interior assumiu a responsabilidade pelos problemas da criança. E a partir de 1967, este âmbito foi ocupado pela Secretaria de Promoção Social. As questões da criança deixaram de ser percebidas como problemas de polícia ou de ordem jurídica e passaram a ocupar uma perspectiva

social (Arruda, 1982: 68). Atualmente, o país dispõe de um dos códigos mais refinados sobre a questão da criança.

4. Violência contra criança na família

O problema da violência na família, sem dúvida, relaciona-se à "dinâmica das relações interpessoais" no grupo. Fatores internos e externos se associam no desempenho cotidiano dos diversos papéis sociais atribuídos aos membros do conjunto familiar. A combinação desses fatores internos e externos (pressões econômicas, sociais etc.) podem resultar em alto grau de frustração. E esta frustração pode significar baixa tolerância no enfrentamento de conflitos e de situações desconfortáveis, abrindo possibilidades para reações violentas. Neste momento, motivos fúteis são suficientes para desencadear cenas violentas (o fato de uma criança chorar muito, por exemplo). "As crianças, de espectadoras, passam a se envolver dramaticamente nessa trama (...)" (Ferreira, 1986: 71).

A autora citada revela haver cumplicidade na sociedade diante da violência contra criança. A violência é compreendida como ação disciplinadora. Bater nos filhos é uma prática aceita socialmente. Ferreira aponta que é mais comum os vizinhos acudirem uma mulher espancada do que acudirem crianças que apanham dos pais (Ferreira, 1986: 72).

A cumplicidade da sociedade em relação ao direito dos pais de adotar a violência física como elemento disciplinar não é privilégio brasileiro. Em estudo realizado entre estudantes americanos e indianos, a maior parte dos jovens, de ambos os sexos, entrevistados nos dois países, apoiou a violência física dos pais contra os filhos. A maioria dos estudantes da pesquisa apanhou quando criança (entre os americanos: 93% dos homens, 92% das mulheres; entre os indianos: 91% dos homens e 96% das mulheres apanharam) e pretendia agir da mesma maneira quando pais (Graziano, 1992).

5. Violência contra criança na família registrada em OESP, FSP e JB

Foram coletadas 66 matérias de violência contra criança nos três periódicos. O teor da cobertura é semelhante nesses jornais. As oscilações no número de matérias publicadas parecem ser aleatórias. O fato de uma publicação destinar maior ou menor espaço ao delito obedece aos interesses do editor.

O número de meninos e meninas agredidos é próximo, não há preferência por um grupo sexual. A distribuição entre os sexos é praticamente igual entre as vítimas masculinas e femininas.

O número de casos com desfecho em homicídio corresponde a 44% do total de vítimas.

Em relação à idade, a época mais perigosa para crianças dentro do ambiente doméstico é de zero a oito anos. Nesta época a criança permanece mais tempo em casa e é mais frágil fisicamente, com menores possibilidades de defesa.

O tipo de delito que mais aflige as crianças é o espancamento. O número de conflitos com arma de fogo é alto, o que ressalta, mais uma vez, a periculosidade da violência familiar. A violência sexual é significativa, principalmente quando somamos os estupros aos atos libidinosos. Os casos de cárcere e as agressões com arma branca também aparecem com freqüência.

Os pais são os principais agressores, embora as mães também apareçam como um grupo violento. Provavelmente as mães formem um grupo agressor significativo, mas talvez a violência cometida por elas seja mais branda e cotidiana que a dois pais, afinal elas per-

manecem mais tempo com as crianças. Talvez a predominância dos pais seja porque a agressão por eles perpetrada seja esporádica mas mais violenta e, como já foi exposto, os jornais dão preferência para casos sensacionais e não para os casos cotidianos, onde poderíamos localizar as mães.

6. Violência contra criança registrada no NP

O total de matérias de violência contra a criança no NP é 61, o que revela que o NP privilegia casos de violência doméstica, pois este total supera os dos três jornais anteriores, apesar de a coleta ter sido realizada em apenas quatro anos.

No NP, as meninas correspondem ao grupo preferencial de vítimas, elas representam 64% do total de vítimas. Este índice se relaciona com o tipo de delito privilegiado pelo NP que, como veremos adiante, é a violência sexual.

O total de ocorrências com desfecho de homicídio é bem menor em relação aos jornais anteriores: aqui, 26% dos casos acabam em homicídio. Este resultado também é reflexo do privilegiamento dos casos de violência sexual pelo NP. O número de agressões sexuais que resultam em morte não é alto.

No NP, a idade mais perigosa para as crianças dentro da família é até oito anos. O índice de casos com crianças menores de um ano é mais baixo se comparado com os outros periódicos, novamente podemos atribuir o fato à violência sexual, raramente praticada em bebês.

A violência sexual, estupro junto com atos libidinosos, corresponde a 36% dos delitos. O número de espancamentos é significativo e o registro de violência com arma de fogo é menor que nos outros jornais.

Os pais aparecem como os principais agressores: eles correspondem a 55% do total, o que se justifica pois, no caso do NP, tal presença se deve à violência sexual. As mães são as principais responsáveis pela denúncia de violência sexual contra suas filhas.

As informações sobre violência contra criança na família revelam que este é um delito que sempre foi registrado pela imprensa e de forma regular. Embora possamos, muitas vezes, pensar que o perfil da violência vem se agravando nos últimos anos, pela sofisticação da sociedade, pela maior disponibilidade de arma de fogo e pela agudização dos problemas sociais, as notícias dos periódicos apontam uniformidade no perfil da violência doméstica contra criança.

Podemos perceber, através da leitura das matérias, que em 1946 a polícia era a fonte de informação para OESP e FSP. As notícias sempre informam que foi registrada queixa da ocorrência e também que a vítima foi socorrida pela assistência policial.

As notícias de 1946 geralmente são curtas, não informam muito sobre as vítimas e os agressores. Elas apresentam o perfil como: idade, sexo, profissão, mas não nos permitem perceber as condições de vida dos atores envolvidos, a identificação da classe social etc. A partir de 1976, as notícias são mais detalhadas, apresentam maior informação. A sensação é que a descrição da tragédia é maior. Em 1946, descreve-se que o pai atirou no filho. Em 1976, conta-se o caso, registram-se os momentos que antecedem o caso. Há melhor descrição sobre as condições de vida dos atores. Percebemos que a polícia já não é mais a única informante.

Os casos de violência doméstica contra criança normalmente têm como desfecho a abertura de inquérito, a prisão do agressor ou sua fuga e conseqüente busca pela polícia. Não há diferença de padrão de 1946 para 1988. Em muitos casos, mães que matam seus filhos tentam o suicídio logo em seguida. Os

vizinhos aparecem como testemunhas e responsáveis por denúncias. As mães geralmente denunciam a violência sexual perpetrada por pais e padrastos. Os casos de violência sexual surgem em 1976.

O NP é a principal publicação sobre violência doméstica. Não percebemos transformações no modo de registro dos casos de 1976 a 1988. O periódico sempre utiliza adjetivos que caracterizam o agressor como: bandidaço, desocupado, anormal etc. A polícia parece ser a mais importante informante do jornal: até 1988, a maioria das matérias descreve relatos dos agressores durante o interrogatório policial.

Os números apresentados pela imprensa estão longe de retratar a freqüência cotidiana da violência contra criança na família. Este é um tipo de violência bastante comum para grande parcela da população. Entretanto, a prática da violência familiar permanece invisível. Trata-se de um assunto tabu. A sociedade prefere ocultar a violência doméstica porque o enfrentamento do problema significa questionar uma de suas principais instituições, um de seus pilares, responsável pela introdução das crianças às regras sociais. A imprensa, principalmente aquela que atende o público de classe média e alta, não aborda muito o tema, prefere respeitar a privacidade familiar. A violência nas ruas é abordada de modo mais confortável. O NP, um jornal voltado aos interesses populares, retrata de forma mais exaustiva a prática da violência doméstica.

Os jornais, quando registram a violência contra criança na família, apontam para um perfil, para um padrão deste tipo de ocorrência. A leitura e a percepção do padrão de violência familiar construído pela imprensa constituem um dos aspectos mais interessantes que este estudo sobre violência familiar contra criança revela: Qual é a violência contra a criança na família que a imprensa informa?

A seguir, uma lista de alguns motivos que desencadearam agressões contra crianças:

- irritou-se com o choro da criança (esse é um dos motivos mais citados)
- desempenho escolar insatisfatório
- criança adiantou o horário do despertador
- criança é levada
- impedir que criança vá para rua (pode fugir, más companhias, não tem com quem deixar a criança, queria dar educação melhor, medo da filha ser estuprada)
- briga com a esposa
- crise de nervos
- baixou o espírito
- ficou com raiva da esposa que provavelmente o traía
- gravidez da mulher, fruto do pecado, criança filho do demônio
- trocou filha por caminhão
- vende filho para comprar apartamento
- mata filho para se livrar do pagamento da pensão
- casal mata filha para ter mais liberdade
- avó mata neto porque seu filho a tratara mal
- filho denunciara amigos da mãe à polícia
- estupra sobrinha para provar que é macho

Os motivos revelam que a vida destas crianças tem pouco valor, causas banais podem levar à morte dos menores. Mas uma leitura mais atenta do material nos aponta uma outra dimensão do fenômeno: o registro da violência contra a criança na família realizado pelos jornais localiza esta prática em uma determinada classe social, as classes trabalhadoras. A cobertura desta violência pelos jornais enfatiza a prática da violência nas classes trabalhadoras, o que

contribui para a construção de um imaginário em que as classes trabalhadoras emergem como personagens de um cenário assinalado pela violência como agentes agressivos. A localização da violência doméstica na classe trabalhadora não é, com certeza, uma trama maquiavélica, montada pela imprensa a fim de caracterizar a classe trabalhadora como classe violenta. A privacidade das classes média e alta certamente dificulta a visibilidade de suas práticas violentas. Mas o retrato da violência contra a criança na família perpetrado preferencialmente pelas classes trabalhadoras nas páginas dos jornais, sem dúvida, contribui para a associação dos pobres com um universo de violência.

7. Discussão

A violência contra criança está ancorada na "naturalização" do poder do adulto sobre o menor no âmbito social. Esta "naturalidade" legitima o abuso cometido contra os menores, em favor da disciplina e da socialização da criança. Guerra aponta que a obediência é obrigação da criança e a revolta infantil é uma transgressão à autoridade do adulto. Pensar a autoridade do adulto sobre as crianças como natural justifica esta autoridade, embora nem sempre ela seja justa (Guerra, 1985: 55).

A autora prossegue na busca da compreensão do tema violência contra criança na família. Ela apresenta a teoria do sociólogo americano Gelles. A teoria de Gelles é de que a violência contra a criança na família só pode ser apreendida por uma perspectiva que se preocupe com a multiplicidade de fatores envolvidos na questão. A violência não pode ser abordada apenas enquanto resultado de problemas neurológicos ou psiquiátricos do agressor, ou econômicos etc. Gelles propõe a análise social dos agressores, a pesquisa de variáveis como sexo, raça, religião, condições sócio-econômicas etc. Há de se considerar os valores, as normas e também a história da vida dos agressores quando criança, investigar as possibilidades de a socialização do agressor ter ocorrido num ambiente em que ele foi vitimizado. Gelles também recomenda observar traços de personalidade do agressor, problemas neurológicos, situações de estresse resultando de problemas econômicos, desemprego, relação conjugal etc. Outro ponto a que se deve atentar é para a atenção que a criança exige dos adultos, um menor com distúrbios neurológicos, problemas motores e outros exige grau maior de atenção por parte dos responsáveis, acelerando situações de desgaste psicológico dos adultos (Guerra, 1985: 50).

A nossa pesquisa realizada nos quatro periódicos comprova a prática da violência doméstica contra a criança. Este resultado pode ser cotejado com conclusões de outros trabalhos realizados sobre o mesmo tema, que permitem aprimorar o nosso conhecimento acerca deste drama que atinge significativa parcela da sociedade.

Azevedo pesquisou 186 casos de denúncia de agressão à criança a serviços públicos da cidade de São Paulo (polícia, Instituto Médico Legal-IML, Vara de Menores etc.), em 1981 (Azevedo, 1988). Alguns dos resultados são:

- as vítimas preferenciais são meninas agredidas preferencialmente por homens
- a maioria dos agressores encontra-se na faixa etária de 30 a 39 anos
- os agressores são preferencialmente pais biológicos, em vez de padrastos
- a maioria dos agressores trabalha no setor industrial
- as vítimas residem preferencialmente em áreas de menor poder aquisitivo
- a média de idade das vítimas é de dez anos

- este é um fenômeno com baixo índice de denúncia
- as mães e madrastas são as principais denunciantes

Os resultados obtidos por Azevedo sinalizam para a mesma direção por nós detectada. O predomínio do sexo feminino como vítima e a faixa etária das vítimas confirmam os dados por nós levantados. Outra descoberta que converge com o nosso levantamento é a figura da principal denunciante: mãe ou madrasta. Os pais biológicos são reafirmados como o principal grupo agressor.

A pesquisadora nos oferece dados que não dispomos, principalmente a caracterização do agressor, profissão e idade. Entretanto, a classificação dos agressores como preferencialmente membros das classes populares merece reflexão cuidadosa, reflexão que certamente não é desconsiderada pela autora. As classes média e alta desfrutam de maior privacidade a respeito de suas vidas. Cordeiro atenta para o fato de que a maioria das denúncias de violência contra criança provêm de pessoas com baixo padrão sócio-econômico, o que gera a falsa impressão de que a miséria é a responsável pelo maltrato de crianças (Cordeiro, 1986: 57). Um relatório da Fundação Ciba Geigy atenta para o fato de que muitas pesquisas que revelam famílias de agressores preferencialmente de classes trabalhadoras obtêm os dados de agressão através de Cortes e prisões. Segundo o estudo, as famílias de baixa renda estão mais suscetíveis a se transformar em notícia pelas agências de saúde e bem-estar do que aquelas de alta renda. Ressalta-se ainda que pais de família que enfrentam problemas financeiros, como o desemprego, estão mais sujeitos à pressão e ao consumo de álcool, e, uma vez desempregados, estes pais permanecem maior tempo em casa, o que pode ocasionar conflitos violentos com a família devido à instabilidade emocional destes homens (Ciba Geigy Foundation, 1984: 1984). Um outro estudo enfatiza que os maus-tratos a crianças não são privilégio de classe social ou raça, esta é uma prática universal. Imputar a preferência das agressões às classes populares ou aos negros é uma atitude preconceituosa, que desconsidera a injustiça social da realidade brasileira, composta em sua maioria por pessoas pobres (Santos, 1987: 75).

Uma pesquisa efetuada por Cohen no Instituto Médico Legal (IML) em São Paulo durante seis meses, em 1990, auxilia-nos a traçar um quadro mais aprimorado sobre violência contra criança no que se relaciona ao estupro, o tipo de delito de maior incidência em nosso levantamento. Entre as vítimas de estupro que recorreram ao IML, 49,64% (549) conhecem seu agressor, destas, 44,63% foram vítimas de parentes e, das vítimas de parentes, 83% coabitam com seu agressor. O grau de parentesco registrado: pai 42% e padrasto 20%. Cohen propõe transformações na legislação como um dos modos para se combater a violência sexual na família. O autor explica que o estupro na família é atualmente considerado apenas um agravante penal e sugere que este tipo de delito seja considerado um crime autônomo, na medida em que é um crime que atenta não apenas contra a criança, mas à família. Ele ressalta a necessidade do endurecimento na legislação, uma vez que 83% das vítimas de incesto coabitam com seu agressor (Cohen, 1992: 214).

Segundo Gelles, excetuando a polícia e o Exército, a família é provavelmente o grupo social mais violento na sociedade americana, realidade que se estende da África, à Grã-Bretanha e à Dinamarca, com grande proporção de assassinatos no âmbito da família (Gelles: 1979). Horshan informa que para cada quatro crianças vítimas de abuso sexual, no Canadá, uma teve como agressor um membro da família (Horshan, 1989: 7).

Um trabalho realizado na Grã-Bretanha revela que de 130 homicídios conhecidos, em 1970, um terço das vítimas é menor de 16 anos. Do total dos menores de 16 anos de assassinados, 25% foram mortos pelos pais (consangüíneos ou não). No ano de 1981, esta porcentagem diminui para 11%. O autor discute os dados da Home Office Criminal Statistics e afirma a possibilidade de que os números estejam subestimados; para ele, o questionamento da exatidão dos dados sobre violência contra crianças é um problema que atinge diversos países. Na Grã-Bretanha, há casos de crianças assassinadas e que haviam sido agredidas pelos pais anteriormente, entretanto, por falta de provas, não são registradas como vítimas de morte causadas por familiares (Dale, 1987: 28).

Marcovich pesquisou 665 casos de violência contra criança na cidade do México, em 1978 (Marcovich, 1985). Os casos foram registrados no Centro de Prevenção do Maltrato à Infância.

Os dados de Marcovich são interessantes principalmente porque aqui as mães representam o principal grupo agressor. Apesar de os nossos dados revelarem os pais como os grandes agressores, devemos nos questionar se este resultado não se deve à opção dos jornais por casos sensacionais. A predominância de mães agressoras a pais agressores é uma variável possível, na medida em que a mãe permanece maior quantidade de tempo com os filhos, e talvez as agressões registradas neste cotidiano não sejam publicadas pelos periódicos.

8. Violência contra criança fora do ambiente doméstico

Neste indexador foram coletadas notícias que informam casos e agressões contra a criança fora do ambiente doméstico. Os casos que abordam crianças mortas em linchamento ou por grupos de extermínio não estão inseridos neste levantamento, tendo sido indexados em "linchamento" e "esquadrão da morte".

9. Violência contra criança fora da família registrada nos jornais OESP, FSP e JB

Coletamos 108 casos de violência contra a criança, podendo, em cada um, haver mais de uma vítima ou de um agressor. O total de casos mostra que estas três publicações registram mais casos de violência contra criança fora da família do que a violência dentro do ambiente doméstico. A FSP foi o jornal que apresentou menor número de casos.

O índice de homicídios corresponde a 81% do total de casos, uma porcentagem altíssima. O jornal OESP publicou o maior número de homicídios (53%), uma porcentagem elevada principalmente porque se trata de um periódico que não reserva espaço significativo ao tema. É interessante observar que do total de vítimas mortas registradas pelo OESP, 61% são do sexo masculino, sendo que há dois casos onde não há informação sobre o sexo das vítimas. O predomínio de garotos como vítimas fatais converge com o resultado de outras pesquisas, em que o sexo masculino enfrenta mais riscos na rua, em comparação ao feminino.

A maior parte das vítimas se situa na faixa etária dos nove aos dezessete anos. Essa concentração parece razoável, porque nessa idade a criança permanece mais tempo fora de casa, estando mais sujeita a riscos.

Uma vez que registramos alto índice de casos com desfecho homicídio, os tipos de delito que podem levar ao homicídio são espancamento, agressão com armas de fogo e branca, além do estrangulamento. O número de casos de

violência sexual é elevado, principalmente se somarmos o estupro com a sedução, os atos libidinosos e o aliciamento.

Há também ocorrências em cortiços e favela, em que as pessoas vivem muito próximas uma das outras, e algum vizinho aproveita a ausência dos pais para agredir a criança. Há muitos agredidos na casa do agressor, a maior parte composta de crianças pequenas, em favelas e cortiços, em que o vizinho atrai a criança para a sua casa.

O número de agressões em escolas e creches é bastante alto, assim como algumas instituições são suspeitas de traficar crianças.

Temos ainda agressões cometidas por policiais, geralmente trata-se de casos de violência sexual. E em alguns estabelecimentos comerciais, em que uma criança furta algum produto de pequeno valor em mercados e são violentamente espancadas pelo proprietário ou seguranças. No garimpo, ocorrem os casos de exploração sexual de menores.

Em centros espíritas ou locais semelhantes, as crianças são oferecidas em sacrifício ou então encarnam a presença do demônio.

10. Violência contra criança fora da família registrada no jornal NP

O índice de violência contra crianças fora da família está equilibrado em relação à violência na família, são 65 matérias.

Apesar de haver o predomínio de vítimas femininas sobre as masculinas, a diferença que separa um sexo do outro é menor do que observada na violência contra criança dentro da família. Talvez seja um reflexo do perigo que as ruas oferecem para os rapazes.

O total de homicídios nas matérias do NP é inferior ao número dos outros jornais. Os menores mortos correspondem a 13,1% do total dos casos. O predomínio do estupro pode explicar este resultado.

Os menores com mais idade sofrem mais nas ruas e nos espaços públicos em geral. O resultado é semelhante aos dos outros três periódicos.

O NP é realmente a publicação da violência sexual. Somando o estupro com sedução, atos libidinosos e aliciamento, a violência sexual responde por 72% dos tipos de delito. Nenhum outro tipo de delito aproxima-se dos números registrados para a violência sexual. Os locais que mais se destacam no NP são exatamente aqueles onde a violência sexual é praticada, o terreno baldio, residência do agressor.

Em contraposição aos outros três periódicos, o NP não informa casos de agressão em escolas, tráfico, agressão por seguranças, trabalho escravo etc.

11. As notícias ao longo das décadas

A violência contra criança fora da família abordada pelos jornais sofre transformações ao longo das décadas, ao contrário da violência dentro da família. A utilização da arma de fogo e o desfecho homicídio ocorrem desde 1946. Mas as agressões registradas em 1946 aparecem mais como respostas a situações de provocação. A partir de 1976, as ações parecem ser planejadas, surgem casos de tortura, de violência sexual por policiais, quadrilhas de tráfico de bebês e trabalho escravo. São principalmente JB e OESP que noticiam, a partir de 1985, os inúmeros casos de tráfico de bebês, trabalho escravo e aliciamento de garotas em garimpos. As notícias sobre violência em família, alguns estupros e brigas na rua informam que houve prisão e abertura de inquérito, mas os casos de violência por policiais, trabalho escravo, violência cometida por seguranças e comerciantes dificilmente apresentam a

atuação das agências oficiais. A sensação que as notícias nos transmitem é que houve uma sofisticação na violência fora de casa. O universo desta violência também é preferencialmente o das classes populares, assim como ocorre com a violência familiar.

Apresentamos a lista de alguns motivos.

- invadiu a casa para colher frutas, para defender o cachorro preso no arame, para apanhar pipa, para apanhar flor
- agredido por seguranças de *shopping center* porque deixou sorvete cair no piso
- furtou um *drops*
- segurança matou menor suspeito de tentar assaltar loja
- era menino de rua
- garotos furtavam fios da rede elétrica
- garotos jogaram pedra no táxi
- garotos apedrejaram janela
- policiais suspeitaram dos pais e atiraram, matando o bebê, que estava no colo dos suspeitos
- barulho do *skate* incomodava
- pai agride crianças que brigaram com seu filho
- pai mata colegas de escola que não tratavam bem a sua filha
- vingou na criança o fato de a patroa não ter pago pelos serviço
- empregada perdeu paciência porque criança com diarréia se sujou mais de uma vez
- médicos vendem bebê porque mãe não tinha o dinheiro para pagar o parto
- queimou criança com taturana para ver o que acontecia
- aluno era indisciplinado
- crianças ficaram nuas na escola para revista por causa de um furto
- sacrifício religioso
- tentava curar a criança no centro espírita
- criança recebia Exu

Estes são alguns motivos reveladores de que, como na violência doméstica, a vida das crianças não tem muito valor, não raramente motivos banais levam ao homicídio.

12. Cruzamento dos dados e das explicações

Como foi exposto anteriormente, os dados da nossa pesquisa sobre violência contra criança fora do ambiente doméstico são insuficientes para traçarmos o panorama deste fenômeno no Brasil. A opção por uma coleta que rejeitou os casos de violência perpetrados por policiais e instituições oficiais exclui da amostra uma variável que nos parece fundamental para a compreensão da violência contra menores.

Entretanto, os problemas de nossa amostra podem ser solucionados com o cruzamento de dados de outras pesquisas que abordam principalmente as agressões efetuadas contra menores por grupos de extermínio, policiais etc. O cotejo dos dados de nossa pesquisa com os de outras é bastante enriquecedor, não apenas para complementar nossos resultados, mas porque realmente permite a compreensão mais ampla sobre o fenômeno da violência contra a criança fora do ambiente doméstico. Os dados de outras pesquisas revelam as agressões perpetradas contra menores carentes e que a sociedade habitualmente classifica como suspeitos de serem bandidos, estarem envolvidos com tráfico de drogas etc., sendo que a agressão é percebida como conseqüência do modo de vida por eles adotado. Os menores de nossa pesquisa escapam deste padrão, são menores agredidos nas escolas, trabalhadores escravos, meninas violentadas, crianças traficadas. Estes menores não são estigmatizados pela sociedade e as agressões efetuadas não são compreendidas como conseqüência

inevitável, mas como práticas censuradas. Portanto, os dados das pesquisas se complementam, construindo assim uma dimensão mais ampla sobre a violência contra a criança.

A comparação dos dados aponta para a banalização da violência cotidiana contra crianças e adolescentes.

O relatório do Ibase (1991) sobre mortes violentas entre crianças e adolescentes no Brasil revela que do total de mortes neste grupo, entre os anos de 1991 e 1993, 31,60% têm como causa o homicídio e 31,20%, acidentes de trânsito.

O relatório IBASE informa as principais incidências de causa da morte por idade:

zero a 4 anos	30%	afogamento
	28%	acidentes de trânsito
5 a 11 anos	34%	acidentes de trânsito
	28%	atropelamento
12 a 14 anos	30%	acidentes de trânsito
	23%	afogamentos
15 a 18 anos	43%	arma de fogo
	24%	acidentes de trabalho

O grupo masculino corresponde a 73% das vítimas em todo o período estudado e as meninas a 27%. Heise (1994: 139) aponta para o fato de que os homens costumam estar mais expostos a agressões em espaços públicos e por desconhecidos. Já, as mulheres são preferencialmente vítimas de pessoas conhecidas e dentro do ambiente doméstico.

Os resultados do relatório NEV (s/d) apontam para a mesma direção:

- 80,2% das vítimas de homicídio estão na faixa de 15 a 17 anos
- 85,9% pertencem ao sexo masculino
- a arma de fogo foi utilizada em 72,24% dos casos na faixa de 15 a 17 anos
- 76,51% das vítimas de arma de fogo são do sexo masculino.

Pesquisa realizada sobre mortes por causas violentas em todo o continente americano revela que, no Brasil, percebe-se o incremento do número de mortes por causas violentas em todos os grupos de sexo e idade, nas últimas décadas. As taxas mais relevantes são observadas entre o grupo de 15 a 19 anos de idade, com um aumento de 52% para os homens e 42% para as mulheres (Yunes, 1994: 96).

O trabalho de Assis informa "(...) que no Brasil, de 1980 a 1989, o percentual de causas violentas cresceu 65,2% entre crianças de 0-4 anos, 20,8% dos 5-9 anos; 16,9% dos 19-14 anos; e 19% nos adolescentes entre 15-19 anos (...) no estado do Rio de Janeiro, no ano de 1990, as mortes por causas violentas ocuparam o primeiro lugar entre as causas de óbito infanto-juvenis (0-19 anos) (...)". O autor descreve o perfil das crianças assassinadas "(...) são, na sua maioria (cerca de 90%), adolescentes de 12 a 17 anos, do sexo masculino — 90,4% em 1992 e 92% em 1993. Já o Centro de Articulação de Populações Marginalizadas — CEAP informa que, quanto às ocupações, as vítimas, na sua maioria, eram estudantes ou possuíam ocupações marginais, como avião/traficante e assaltante. Entretanto, ressalta que 60% das vítimas fatais de violência na Capital não tinham indicadores de envolvimento com a criminalidade" (Assis, 1994: 128).

Os números permitem inferir que a realidade dos jovens é perigosa e violenta. Os rapazes no Brasil são um dos alvos preferidos dos crimes violentos.

A pesquisa NEV (s/d) demonstra que esta violência tem um alvo privilegiado: as classes populares. Através dos registros oficiais da profissão/ocupação das vítimas descobre-se que a maior parte delas é composta por trabalhadores estudantes por entrar no mercado de trabalho. O nível de escolaridade é baixo, o que permite ocupar cargos com

pouca ou nenhuma qualificação: 20,42% são ajudantes gerais, 18,3% estudantes, 5,98 *office-boys*.

Segundo dados da ONU, o Brasil é o segundo país do mundo com maior polarização de renda, a distância que separa os mais pobres dos mais ricos é enorme. A alta disparidade de renda é uma das causas da situação de miséria da maior parte da população, que não é atendida em serviços básicos como saneamento, habitação, educação, saúde etc. Pode-se observar que a violência é um drama a mais no sofrido cotidiano das classes populares. O salário mínimo, o desemprego e o abandono intencional dos menores, associados aos maus-tratos dentro da família, muitas vezes, resultam na fuga das crianças para as ruas, a fim de complementar a renda familiar. Como criança de rua, ela é presa fácil da exploração do adulto (Santos, 1987) e também alvo privilegiado de policiais ou grupos de extermínio.

O relatório NEV (s/d) afirma que a intenção de matar, nos homicídios contra criança, é clara, uma vez que as mortes são por traumatismo craniano, hemorragia interna, asfixia mecânica. Os principais agressores não são identificados. A pesquisa NEV revela que 28,9% são do sexo masculino e os casos sem informação correspondem a 66,6%. A profissão também é um mistério, 10,9% são policiais, 0,6% são investigadores de polícia civil e não há informação sobre 77,8% dos casos. A pesquisa não consegue provar a atuação de grupos de extermínio, mas supõe que o número excessivo de agentes causadores desconhecidos seja resultado das atividades destes grupos, cujos crimes não são investigados, a autoria continua desconhecida, os culpados não são punidos, o que estimula a propagação deste tipo de delito. Os policiais militares, primeiro grupo de agressores identificados, dispõem do privilégio de serem julgados pela Justiça Militar. Este quadro de impunidade é fomentado pelo apoio de parcela da sociedade brasileira que acredita estarem estes jovens envolvidos com o tráfico de drogas ou se tratar de transgressores da lei, fatos não constatados pela pesquisa (NEV, s/d).

Se a violência contra a criança na família não se revela um privilégio brasileiro, pois é possível verificar este tipo de prática nos mais diversos países, inclusive no primeiro mundo, onde boa parte da população desfruta de um padrão de qualidade de vida muito além daquele experimentado pelas populações pobres do terceiro mundo, a violência contra a criança fora da família revela uma realidade que, se não é privilégio do Brasil, é característica de nações pobres que insistem na exclusão da maior parcela da população. A violência contra crianças e adolescentes fora do âmbito familiar acontece preferencialmente entre as classes populares e é realimentada pelo descaso das autoridades na investigação e apuração dos culpados.

Um survey realizado nos Estados Unidos, por McCurdy, revela altos índices de crianças maltratadas. Os números de crianças americanas vitimizadas é elevado, mas provavelmente a maior parte das agressões ocorre dentro da família, pois 46% das vítimas que morreram por negligência tinham menos de um ano. A diferença entre o cenário americano e brasileiro é que, além das vítimas da violência doméstica, no Brasil, parte dos seus jovens estão sendo eliminados nas ruas. Aqueles que sobreviveram à mortalidade infantil, enfrentam a prova de resistência ao atingirem os 15 anos.

Mas não apenas os índices de homicídios de jovens revelam a realidade discriminadora e autoritária brasileira. Os casos de trabalho escravo levantados em nossa pesquisa, um século após a extinção da escravidão, revelam que o país ainda explora o trabalho escravo,

inclusive de crianças. As denúncias de trabalho escravo acontecem em pleno período de transição democrática e permanecem notícia na mídia ainda na década de 90.

Além do trabalho escravo de crianças, há um elevado número de crianças que trabalham para ajudar na renda familiar. Azevedo argumenta que o número de crianças menores de 15 anos que estão no mercado de trabalho é de 8,5 milhões. Os profissionais entre 10 a 14 anos são 7% da mão-de-obra ativa e aqueles entre 15 e 19 anos correspondem a 16%. A maior parte na zona rural (Azevedo, 1986). Isto quando a Constituição proíbe o trabalho de menores de 14 anos. Segundo Melo (1985), o trabalho do menor no meio rural se deve à concentração de riqueza, à superexploração do trabalhador rural e à escassa oferta de emprego que obriga a inserção do menor no mercado de trabalho para auxiliar na sobrevivência da família. Blanchard (1983) alerta para o fato de que muitas das crianças que estão no mercado de trabalho estão sujeitas ao abuso de patrões e obrigadas a trabalhar em condições perigosas para a saúde e o desenvolvimento físico e mental, problema que merece atenção inclusive internacional.

Os casos de tráfico de crianças para o exterior registrados em nossa pesquisa se estendem até a década de 90. Com o agravante de denúncias de que parte do tráfico para a Itália tem a finalidade de atender ao mercado de órgãos humanos.

Observa-se ainda a escandalosa utilização de garotas menores como prostitutas em vários pontos do país, denúncias levantadas em nossa pesquisa e que se prolongam até a década de 90.

A Constituição Federal estabelece que a responsabilidade pela vida e bem-estar da criança e do adolescente é responsabilidade da família, da sociedade e do Estado. Infelizmente os direitos das crianças e dos adolescentes brasileiros não são observados e nenhuma das instituições responsáveis por eles têm desempenhado o seu papel de modo satisfatório.

A violência contra a criança revela o autoritarismo da sociedade brasileira, desvendando o caráter discriminatório, excludente, violento e hierarquizante das relações com a criança. A violência contra a criança aponta também para a cumplicidade dos órgãos estatais, que, ao não cumprirem as suas responsabilidades na investigação, na punição e na liquidação destes tipos de violência, contribuem para a continuidade de tais práticas violentas. Isto quando os responsáveis pela agressão não são os próprios agentes estatais, que deveriam estar combatendo a criminalidade.

O combate às práticas violentas contra o menor parece ainda não se beneficiar das transformações das instituições políticas no caminho para a democracia.

13. Bibliografia

ARRUDA, R.S.V. 1982, *De criança a infrator*; uma trajetória de classe. Tese de Mestrado em Ciências Sociais, S. Paulo, Pontifícia Universidade Católica (PUC).

ASSIS, S.G. de. 1994, "Crianças maltratadas e adolescentes violentadas: passado, presente e perspectiva para o futuro" in: *Caderno de Saúde Pública*. 10 (supl. 1), p. 126-134.

AZEVEDO, M.A. 1993, "As políticas sociais e a violência doméstica contra crianças e adolescentes: um desafio recusado em São Paulo", in: Azevedo, M.A. e Guerra, V.N.A. (org.). *Infância e violência doméstica*, fronteiras do conhecimento. São Paulo, Cortez.

AZEVEDO, M.A. 1988, *Pele de asno. Não, só história*: um estudo sobre a vitimização sexual de crianças e adolescentes em família. São Paulo, Roca.

AZEVEDO, M.A., 1986, "Prostituição infantil: uma incursão indignada pelo lado não respeitável da sociedade", in Steiner, M.H.F. (org.). *Quando a criança não tem vez*: violência e desamor, São Paulo, Pioneira.

CIBA FOUNDATION, 1984, *Child sexual abuse within the family*, New York, Tavistock/Routledge.

COHEN, C. 1993, "O incesto" in: Azevedo e Guerra (org.). *Infância e violência doméstica*: fronteiras do conhecimento, São Paulo, Cortez.

CORDEIRO, A.M. 1986, "A criança e seus pais: amada ou violada", in: Steiner, M.H.F. (org.). *Quando a criança não tem vez*: a violência e desamor, São Paulo, Pioneira.

DALE, P. e outros, 1987, *Dangerous families*: assessment and treatment of child abuse, London, Routledge.

FERREIRA, M.G.M. e Stenier, M.H. 1986, "Mulheres espancadas e seus filhos?" in: Steiner, M.H.F. *Quando a criança não tem vez:* a violência e desamor, São Paulo, Pioneira.

FURNISS, T., 1983, *Abuso sexual da criança*: uma abordagem multidisciplinar, manejo terapia e intervenção legal integrados. Porto Alegre, Artes Médicas.

GELLES, R. & STRAUSS, M.A., 1979, "Violence in: The American family", *Journal of Social Issues*, 35(20), 15-39.

GRAZIANO, A.M. e outros, 1992, "Physical punishment in: childhood and current attitudes: análise exploratory comparison of college students in the United States and India", *Journal of Interpersonal Violence*, 7(2) 147-155.

GUERRA, V.N.A., 1985, *Violência de pais contra filhos*: procuram-se vítimas, São Paulo, Cortez.

HEISE, L., 1994, "Gender-abuse: the global epidemic, *Caderno de Saúde Pública*, 10 (supl. 1), 135-145.

HORSHAM, P.A.M., 1981, *Practical guidelines to the assessment of the sexually abuse child,* Ontario, The Canadina Health Association.

JAECHNING, X.B. e outros 1981, "Reporting crime and fearing crime in three communities", *Measuring Media Influence*, winter, p. 88-96.

KATZ, J., 1983, "What make crime 'news'?" *Media, Culture and Society*, v. 9, p. 47-75.

MARCOVICH, J., 1985, "A criança maltratada" in: Krynski, S. (org.). *A criança maltratada*, São Paulo, Almed.

MCCURDY, K. & DARO, D., 1994. "Child maltreatment: a national survey and fatalities". *Journal of Interpersonal Violence*, 9(1), p. 75-94.

MELO, A.M.U., 1985, *O trabalho do menor*: ilusão e realidade. Tese de Mestrado em Serviço Social, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica (PUC).

Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMMR) Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE)/ Núcleo de Estudos da Violência (NEV), 1991, *Vidas em risco*: assassinato de crianças e adolescentes no Brasil. RJ.

Ministério do Bem-Estar Social Centro Brasileiro para Infância e Adolescência (CBIA), s/d. *Vidas Interrompidas*: mortes violentas de crianças e adolescentes no Brasil, 1991, 1992, 1993 (primeiro semestre).

NASCH, R. & O'KEEFE, G.J., 1987, "Crime news and real-world blues: the effects of the media ou social reality", *Communication Research*, 14(2): 147-163.

Núcleo de Estudos da Violência (NEV) Universidade de São Paulo (USP), 1993. *Os direitos humanos no Brasil*, São Paulo, NEV/CTV.

Núcleo de Estudos da Violência (NEV)/Universidade de São Paulo. s/d/ *Quando a vida não tem valor:* assassinatos de crianças e adolescentes no estado de São Paulo. relatório final (mimeo).

Núcleo de Estudos da Violência (NEV)/ Universidade de São Paulo (USP), 1991. *A criança menorizada*: banco de referências bibliográficas. Série Dossiê NEV (3).

ROIG, A.M.I., 1993, "Aspectos epidemiológicos del maltrato en el estado Español: medidas de pervención", in: Guerra e Azevedo (org.). *Infância e violência doméstica*: fronteiras do conhecimento, São Paulo, Cortez.

SANTOS, H.O., 1987, *Crianças espancadas*, Campinas, Papirus.

SHELEY, F.J. & ASHKINS, C., 1981, "Crime news, and crime views", *Public Opinion Quarterly*, vol. 45, 492-506.

YUNES, J. e ROIG, D., 1994, "Tendencia de la mortalidad por causas violentas en la poblacion general y entre los adolescentes y jóvenes de la region de las Americas". *Caderno de Saúde Pública*, 10 (supl. 1), p. 88-125.

CONVIVENDO COM MENINOS DE RUA EM SÃO PAULO: VIOLÊNCIA E VIRAÇÃO*

MARINA ALBUQUERQUE DE MACEDO SOARES

Sumário: 1. Introdução — 2. O caminho para a rua: um padrão de circulação — 3. As situações de rua: carência, mendicância e infração — 4. Os grupos de rua: natureza e composição — 5. Conclusões: o fenômeno da viração

1. Introdução

Apresentamos, nesse texto, alguns dos resultados de pesquisa realizada pelo Cebrap — Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (SP), durante os anos de 1992 e 1993, junto a grupos de meninos e adolescentes que moram nas ruas de São Paulo, principalmente nos bairros centrais da cidade.[1] Essa foi uma pesquisa essencialmente qualitativa onde optamos por trabalhar com um número relativamente pequeno de grupos de meninos de rua, visando com isso acompanhar da maneira mais próxima possível o seu cotidiano.[2] Tínhamos como objetivo desvendar as tramas, os dramas e as regras de sociabilidade que definiam não só o universo de cada grupo pesquisado como, também, as relações com outros grupos de menores de rua e com outros atores ou grupos sociais com os quais eram obrigados a conviver e a esclarecer acordos para que pudessem permanecer na rua: polícia, família, comerciantes locais, transeuntes, moradores da região, instituições de apoio, grupos de adultos de rua, marginais etc.

(*) Uma primeira versão desse texto foi apresentada na XIX Reunião Anual da ABA — Associação Brasileira de Antropologia, em março de 1994, em Niterói — RJ.

(1) Essa pesquisa foi coordenada pela Prof.ª Dr.ª Ruth Correa Leite Cardoso, executada por Maria Filomena Gregori e teve como auxiliares de pesquisa Veronica M. de Mello e Marina de Macedo Soares.

(2) A pesquisa de campo foi realizada em duas etapas. Na primeira, realizamos oito meses consecutivos de observação, levantamento de dados e entrevistas junto aos meninos e meninas de rua atendidos por duas unidades de apoio da atual Secretaria da Criança, da Família e do Bem-Estar Social na região central da cidade de São Paulo: o Projeto Criança de Rua (abrigo com atendimento 24 hs.) e o Clube da Turma da Moóca (atendimento diurno), além do acompanhamento do cotidiano de meninos e meninas de rua que ocupam a Praça da Sé (região central). Na segunda etapa, acompanhamos três grupos diferentes de meninos e meninas de rua atendidos pela Casa Aberta Antonio de Queiroz, nas imediações da Av. Paulista. Foram nove meses de convivência realizada quase sempre na rua, além de visitas à Febem e, em alguns casos, às casas de seus familiares. Em ambas as etapas, nos esforçamos por realizar algumas entrevistas em profundidade o que, temos certeza, foi possível apenas em função da convivência que se estabeleceu no período da pesquisa entre os grupos estudados e os pesquisadores. Podemos considerar que obtivemos bons resultados: um bom início de investigação e muitas questões que devem ainda ser investigadas.

Dirigimos o trabalho também em função de uma outra preocupação. Acreditávamos que, se "olhássemos mais de perto" um número relativamente pequeno de grupos de meninos de rua, poderíamos furar, desmontar, alguns dos modelos de explicação apressados e generalizantes através dos quais (certas versões sobre) a realidade das ruas e de seus personagens chega até nós. Mesmo que ultimamente os meios de comunicação venham reservando espaço para a denúncia de violações aos direitos da criança e do adolescente (ações de extermínio, prostituição infantil, rebeliões em instituições fechadas etc.), devemos admitir que se tornam fatos que — pela repetição e pela dificuldade em se tomar medidas efetivas em relação ao problema — tendem a se dissolver em si mesmos: revestem-se de uma notoriedade passageira, provocam a indignação coletiva e a busca de causas e culpados; mas, passados alguns meses, o tema sai de pauta e cai no esquecimento. Denunciar o grau de violência que impera em nossa sociedade vem se transformando num gesto que começa a perder o vigor e o significado. E aqui reside o perigo. A denúncia dessas violações dificilmente se transforma em punição ou solução. Ao contrário, para grande parte da sociedade, o problema do menor de rua termina quase que se "naturalizando": frutos da miséria e da violência e gerando mais miséria e violência, transformam-se num "problema de saída", com o qual se convive com medo ou indiferença, o que, em última instância, apenas repõe, confirma e recrudesce o estigma e o preconceito.

Foi basicamente através da conjugação dessas duas questões que procuramos desenvolver esse trabalho. É imenso o nosso desconhecimento sobre a realidade desses grupos e é nesse sentido que consideramos que investigações sobre o modo como vivem os meninos de rua, numa perspectiva mais qualitativa, fornecem todo um conhecimento que é imprescindível para o esclarecimento da sociedade, visando minimizar os preconceitos, os estigmas e a violência a que estes grupos se encontram expostos. Foi nessa direção, portanto, que procuramos conduzir nossas investigações: atentos às determinações mais gerais do problema mas procurando, principalmente, trazer para a superfície regras, práticas, estratégias, discursos e subjetividades que — por mais que sejam imaginados, previstos ou deduzidos — na verdade, pouco conhecemos.

2. O caminho para a rua: um padrão de circulação

Foi através do acesso às histórias de vida de muitas dessas crianças[3] que pudemos estabelecer alguns padrões mais gerais sobre o modo como acabam por escolher a rua — e grupos de meninos de rua — como local de convivência, de sobrevivência e de moradia. Em primeiro lugar, ficou evidente que o caminho para a rua é um aprendizado que, muitas vezes, se inicia com membros da própria família. É bastante grande o número de crianças que, desde muito pequenas, ajudam na composição da renda familiar — principalmente através da marretagem, já exercida por amigos, parentes ou outros membros da família. Isso signi-

(3) O acompanhamento na rua do cotidiano de várias dessas crianças, o estabelecimento de uma convivência e o concomitante acompanhamento de suas fichas e prontuários nos pontos de atendimento da Secretaria da Criança, da Família e do Bem-Estar Social do Estado de São Paulo por elas freqüentados, ao mesmo tempo em que nos permitiram muitas vezes cobrir longos períodos de suas vidas, nos permitiram confrontar as "diversas falas" e também alguns acontecimentos através das quais relatam suas trajetórias de vida, colocam seus problemas, projetam o futuro etc.

fica que, para a maioria, esse não é um "novo papel" que são convocadas a desempenhar, cujas regras lhe são totalmente desconhecidas. Ao contrário, desde muito cedo, exercem um certo domínio sobre certas relações e sobre alguns espaços da cidade: pontos e regras de comércio, estações ferroviárias, trajetos de ônibus, praças, esquinas e outros marcos da cidade são elementos que rapidamente são incorporados ao "mapa de idas e vindas" que, sem dúvida, desde muito cedo, fazem parte do seu cotidiano. Este aprendizado sobre a cidade também ocorre sob outras circunstâncias. Muitas dessas crianças nos relataram que aprenderam a se locomover pela cidade — e, principalmente a tomar conhecimento de locais para os quais poderiam porventura se deslocar e "procurar abrigo" —, acompanhando suas mães na procura de irmãos mais velhos ou outros familiares que já estavam na rua. Em ambas as circunstâncias — trabalhando ou procurando familiares — essas crianças realizam seus primeiros contatos não só com o espaço da cidade, como, também, com as regras da rua. Por exemplo, vendem balas em semáforos onde dividem o espaço com crianças que já estão na rua; nas andanças à procura de seus irmãos ou parentes, tomam contato com as regras que estão, naquele momento, orientando a vida daqueles que já estão na rua: mudar de grupo ou de ponto, estar escondido, estar preso, estar recolhido em alguma instituição, estar se dando bem etc. Vale a pena considerar, portanto, que, o que se aprende na rua ou indo para a rua não se configura como algo que é radicalmente diferente do que não estar na rua. Esta, desde cedo, aparece na vida dessas crianças como uma "estratégia possível" para a composição de regras de sobrevivência e também de moradia.

Ao nosso ver, esse padrão de circulação se articula pelo menos com duas outras questões. Primeiro, o fato de que se trata de um padrão já dado na trajetória dessas famílias ou já estabelecido como possível na esfera do universo familiar. Ou seja, trata-se de um padrão de circulação que, de certa maneira, já é vivenciado por suas famílias, em geral marcadas pelo fenômeno da migração. Suas trajetórias são sempre marcadas por mudanças constantes de casa, de cidade, de estado, de alterações na própria família (casamentos desfeitos, famílias inteiras que, de repente, se desfazem etc.),[4] de sua entrega a outros parentes mais remediados que por eles se responsabilizam etc. A segunda, diz respeito a padrões de violência[5] que muitas vezes nos foram relatados como a causa do abandono da família (ou de seus substitutos) e da ida para a rua. No relato, o aprendizado; no apontamento da causa, a violência. Mas na prática, o mais importante, nesse movimento, os motivos relatados acabam por se relativizar diante de um aprendizado de regras de convivência e sobrevivência que se realiza e se fortalece na rua.[6]

(4) Por exemplo, tivemos acesso a muito relatos nos quais mães ou pais que "desaparecem" ou mães ou pais (às vezes, os dois) são presos, promovendo a dissolução total do núcleo familiar; muitas vezes, os laços que estabelecem com famílias substitutas (tias, madrinhas etc.) são frágeis, marcados pela discriminação, pela indiferença ou pela violência; foram relativamente comuns também relatos em que pais e mães encontram-se internados em instituições, vítimas de doenças mentais ou em tratamento.

(5) Maus-tratos generalizados, surras e espancamentos são normalmente os motivos alegados pela maioria dessas crianças para o abandono da família; no caso das meninas, o estupro — realizado por membros da família, pais, padrastos e até irmãos — é o motivo mais alegado.

(6) Por exemplo, é em função desse padrão de circulação que esses meninos acabam por atribuir significados bastante especiais ao que eles consideram como violência ou sobrevivência: normalmente, na rua se

Essa questão se reflete no que pudemos observar durante o trabalho de campo. Esse padrão de circulação, esse ir e vir, além de ser sinônimo de liberdade, não elimina de maneira definitiva nem a casa nem a rua, nem as instituições onde, porventura, venham a procurar apoio ou proteção.[7] Faz parte de *estar na rua* ir para casa de vez em quando, seja para ajudar a família (levar dinheiro), seja para mostrar sua própria melhoria (a roupa tem que ser nova, o menino tem que levar presentes etc.), seja para "dar um tempo", seja para pedir ajuda.[8] Ao mesmo tempo, faz parte do comportamento da família procurar a criança na rua, seja para ter notícias, seja para pedir dinheiro, seja para pedir ajuda (mortes, doenças de família) etc. O que pudemos verificar, portanto, é que ambos — famílias de origem e crianças de rua — contam com um certo deslocamento mútuo, onde existem certas situações e certos espaços para que determinados aspectos de suas relações de sociabilidade permaneçam e continuem se realizando.[9] Ou seja, embora à primeira vista possamos imaginar que a ida do menino para a rua rompa com certos compromissos e relações familiares, podemos considerar que, na verdade, reitera um padrão de circulação já conhecido onde estes movimentos estão previstos por ambos — as crianças e suas famílias — como possíveis e até necessários. Isso significa que, a partir

sobrevive melhor (mais consumo, mais lazer e "mais liberdade") do que em casa e com a família, ao mesmo tempo em que a rua não é necessariamente mais violenta do que a família, a casa ou o bairro; mas isso não significa que casa e rua sejam consideradas universos completamente diferentes e regidas por regras excludentes: na verdade, o que muda é o jogo de forças que se estabelece praticamente entre os mesmos atores, a partir do modo como esses meninos podem com eles estabelecer relações: a família (como aquela que precisa sobreviver), a rua (como espaço onde essa sobrevivência pode se realizar) e outros atores que, em ambos os casos, participam da construção desse jogo: polícia, vizinhança, instituições sociais etc.; acrescente-se a isso o fato de que, na rua, as regras da sobrevivência dão ao menino uma maior ilusão de liberdade e autonomia e as regras da menoridade legal dão um estatuto diferente às suas relações como mundo da mendicância, da infração e da ilegalidade. Estes fatores, até certo ponto, ampliam o papel ativo que esses meninos imaginam desempenhar nesse universo, como espaço desejado de convivência e sobrevivência.

(7) Foi possível verificar que a presença ou não de instituições de apoio próximas aos locais ocupados pelos meninos modifica em parte o seu cotidiano, aumentando o tempo dedicado à circulação entre elas; mas não verificamos um padrão constante nessa utilização, há períodos de maior ou menor participação em suas atividades mas nunca de maneira permanente ou definitiva; o que pudemos verificar, também, é que, quando da presença dessas instituições, os meninos encontram-se concretamente mais afastados das ruas.

(8) Essa situação é mais acentuada no caso das meninas de rua; há uma certa cumplicidade entre os membros do sexo feminino dessas famílias, principalmente quando o pai ou substituto é ausente; os casos com os quais mais tivemos contato dizem respeito, principalmente, a gravidez dessas meninas; a regra é terem seus filhos sozinhas enquanto seus companheiros — normalmente, "de rua" — se eximem de qualquer responsabilidade; essa questão diz respeito a certos padrões desiguais de relacionamento entre os sexos que se acentuam no universo da rua: para a maioria dos meninos de rua, "meninas de rua" não servem para casar.

(9) Incluímos aqui as próprias instituições com as quais essas crianças mantêm contato mesmo que não seja de maneira permanente; através delas, recados entre mães e filhos são mandados, problemas familiares tentam ser encaminhados, pacotes, cartas e bilhetes são deixados; existem também os casos em que o contato entre a criança e sua família se perdeu (mudanças de endereço) etc. quando, muitas vezes, a própria instituição ajuda a localizar a família e estimula a criança a retomar esse contato.

de um certo momento, os motivos alegados para o abandono da família (violência e a procura de melhores condições de vida) acabam por se subordinar a esse padrão de circulação que, nesses relatos, aparece principalmente (acima dos motivos apontados) como sinônimo de *liberdade*.

Entretanto, isso não significa que, para essas crianças e adolescentes, *não abandonar em definitivo a família* seja a mesma coisa do que se fixar de maneira permanente na rua ou, ao contrário, que *se fixar de maneira mais permanente junto à família* signifique abandonar em definitivo a rua. Isso se confirma também quando analisamos o modo como se dá a passagem mais permanente dessas crianças da casa para a rua e, também, o modo como — mesmo quando se transferem na rua de um grupo para outro — não abandonam nenhum e não se fixam em nenhum outro de forma mais definitiva.[10]

A transferência mais definitiva para a rua também se dá em etapas. Na maioria dos relatos, "na primeira vez que se sai de casa, vai-se até um lugar conhecido ou para um lugar onde se imagina que se conhece alguém". As primeiras noites são bem difíceis e o retorno para casa implica quase sempre brigas e repreensões. Isso se repete algumas vezes, nas quais, normalmente, o período que a criança fica fora de casa vai se estendendo e, conseqüentemente, seu aprendizado sobre a rua também vai se ampliando. Ao que pudemos notar, há um momento em que, por um lado, seus pais ou responsáveis "desistem de procurá-la na rua ou de obrigá-la a ficar em casa"; ou seja, há um momento em que ambos — as crianças e suas famílias — reconhecem o fato de que estão nas ruas de maneira mais definitiva e, em função disso, estabelecem novos acordos para que seus arranjos de convivência permaneçam. E, por outro, quando isso ocorre, normalmente o entrelaçamento da criança nas ruas já se traduz em redes concretas de sociabilidade e de sobrevivência. Ou seja, podemos considerar que, em ambos os casos — seja nas relações que as crianças estabelecem com suas famílias, seja nas relações que vão desenvolver na rua — estamos, na verdade, diante de novas formas de acordo sobre estas mesmas relações que se realizam sempre a partir e através de uma mesma estratégia — já prevista e por todos conhecida — de sobrevivência através da "circulação".

(10) Esse aspecto será abordado de maneira específica no decorrer desse texto.

3. As situações de rua: carência, mendicância e infração

Como afirmamos anteriormente, considerar-se na rua e da rua é conseqüência de um longo aprendizado onde, finalmente, a criança se sente apta a lidar com as regras e redes de sociabilidade que são próprias desse universo. Em primeiro lugar, a sua permanência e circulação nas ruas depende basicamente do modo como cada grupo — ou cada criança em particular — é capaz de estabelecer relações entre a carência, a mendicância e a infração. Acreditamos que essa equação permeia e atravessa todas as situações de rua que essas crianças enfrentam, orientando não só o modo como agem e constroem suas experiências e representações de mundo, como, também, o modo como os grupos com os quais mantêm contato interpretam e reagem à sua presença na rua. Normalmente manipulando com maestria os limites que separam o universo da carência (pedir, ganhar) do universo da ilegalidade (infração), pudemos observar, que no cotidiano, esses grupos empenham-se permanentemente em separar e combinar as várias atividades

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

que compõem esses dois universos, o que significa principalmente saber definir em quais espaços e em relação a quais categorias de pessoas elas devem — ou podem — ser praticadas. Isso significa, portanto, que saber lidar com esses arranjos implica também saber exatamente quando e em quais situações quais aspectos dessas relações devem adquirir visibilidade. Verificamos também, que esses arranjos são fundamentais para o estabelecimento de suas relações com órgãos institucionais, repressivos ou não, pois é através deles que conseguem evitar ou acabam por provocar denúncias por parte da população, autuações, envios para o S.O.S Criança ou para a Febem etc., e também, evitar ou não maior ou menor violência por parte da polícia. São essas as condições básicas — aliadas à questão da menoridade legal — que vão permitir ou não a sua sobrevivência e permanência na rua. Pelo que pudemos observar, o modo como cada uma dessas crianças ou cada um desses grupos estabelece esses arranjos revela a sua capacidade de "se virar na rua". Nos grupos por nós estudados, as situações encontradas foram bastante variadas. Por exemplo, encontramos grupos que sabem estabelecer esses limites com mais perfeição, garantindo, assim, a sua permanência na rua: durante o dia — e através da mendicância — estabelecem "relações mais cordiais" com trauseuntes e comerciantes locais, recebendo deles roupas, dinheiro e alguma alimentação. Evitam ameaçar as pessoas, não as assaltam, não exibem armas, não consomem drogas nas calçadas, não assaltam casas ou estabelecimentos comerciais na área em que ocupam etc. Para estes grupos, as atividades ilegais são basicamente "atividades noturnas" (dotadas de pouca visibilidade) que normalmente são realizadas fora da área que ocupam como moradia e que só são praticadas durante o dia sob circunstâncias muito especiais, tais como, por exemplo, um aumento da repressão policial.[11]

Outros grupos, por exemplo, organizam seu cotidiano exatamente no sentido contrário, testando permanentemente até onde esses limites podem ser ampliados. Assaltam à luz do dia, de preferência "mulheres e velhinhos", "detestam criança limpa de tênis e bem arrumadinha", ameaçam a integridade física e emocional das pessoas (facas, revólveres, *fazer cara de drogado*, ficar bem rasgado e sujo etc.), ameaçam comerciantes locais e, principalmente, assaltam residências e realizam furtos na mesma área que tentam ocupar como moradia. O termo "tentar ocupar" é correto. Pois, nestes casos, esses grupos estão constantemente inviabilizando a sua permanência nesses locais: são vistos com mais hostilidade; sofrem mais violência por parte da polícia; circulam mais pelas instituições de apoio ou correção; precisam passar mais tempo escondidos etc.

Mas isso não significa que encontremos grupos que não estejam comprometidos com o universo da infração. Ela é praticamente obrigatória, não só como esquema de sobrevivência imediato, mas também como forma de se estabelecer acordos com outros grupos — marginais

(11) Nessas ocasiões, "simulam" (mais do que desempenham) os papéis ameaçadores e perigosos que lhes são atribuídos, testando de maneira mais ousada os limites e ambigüidades de sua própria situação. Mas, mesmo nessas situações extremas, tendem a manter as principais características que definem o perfil do grupo em situações de maior normalidade. Se se trata de um grupo que jamais ameaça a integridade física de quem passa — por exemplo, limita-se a roubar gravadores de carros estacionados nas proximidades — apenas vai transferir (em geral, simular) essa atividade da noite para o dia (do invisível para o visível), confirmando para os outros — mas dentro de limites próprios do grupo — as ambigüidades que podem ser estabelecidas entre carência, mendicância e infração.

ou não (às vezes, a própria polícia) — para que possam permanecer na rua. Sabidamente, fazem pequenos serviços de passagem de drogas, pagam tributos ou são obrigados a ajudá-los em outras infrações: olheiros, assaltos a residências etc. Essa questão, aliada ao fato de que normalmente consomem drogas (quando o dinheiro é pouco, cola ou esmalte de unhas; quando o dinheiro é maior, maconha, cocaína ou crack), faz com que essas crianças normalmente tenham pouquíssimo dinheiro ou, até, nenhum dinheiro. Nesse sentido, fazer dinheiro (pedir ou roubar) é necessidade de todo dia e de toda hora.

O que podemos considerar é que o caminho para a maioridade, aliado a passagens por instituições de controle e repressão, e o fato de — pela infração — tornarem-se mais conhecidos pela polícia, são os fatores que acabam por jogá-los em definitivo num "círculo mais revelado" (institucionalizado) de criminalidade. Mas não podemos nos esquecer que, antes dessa esfera de institucionalização, estas crianças se entrelaçam — às vezes de maneira definitiva — com o mundo do crime, através desses acordos que são obrigadas a estabelecer com outros grupos para que possam permanecer na rua. Essa questão nos surpreendeu sobremaneira em algumas das entrevistas que tivemos a possibilidade de realizar. Para muitos desses meninos, "corre-se muito mais risco, inclusive de vida, mais nas mãos de outros grupos de rua do que nas mãos da própria polícia,[12] embora costumem representar tais relações mais como "acordos entre grupos de iguais que ocupam a rua" do que como "relações obrigatórias ou desiguais".

Nessas entrevistas, ficou evidente que para esses meninos, as regras que regem, suas relações entre grupos de rua são *mais duras* do que aquelas que regem, por exemplo, suas relações com a polícia. Eles sabem de seus direitos como menores e, muitas vezes, afirmam utilizar-se deles com vantagem. Acreditam que a polícia cumpre o seu papel (defender a comunidade) e que comete injustiças; mas em seus relatos afirmam que, muitas vezes, são eles mesmos que — pela repetição visível de atos de infração — "provocam a polícia". Afirmam que podem morrer na mão dos policiais, principalmente quando são pegos à noite e postos na viatura. Exibem marcas de pancadas e de surras. Contam-nos sobre ameaças. Mas se consideram menos ameaçados do que em relação a outros grupos de rua ou a outros grupos privados de segurança, como, por exemplo, os grupos de extermínio. Em relação a essa questão, é possível levantar pelo menos duas considerações. Primeiro, devemos levar em conta que a polícia, bem ou mal, encontra-se comprometida com o cumprimento do Estatuto do Menor e encontra-se, portanto — pelo menos formalmente — submetida a ordens de controle e de punição. Verificamos também que, sob certas circunstâncias, alguns policiais (mais do que a polícia em geral)[13] dirigem-se a estas crianças levando em conta algumas daquelas ambigüidades que, como vimos, podem ser estabelecida entre mendicância, carência e infração. Por exemplo, tivemos a oportunidade de verificar mais de uma vez situações nas quais as próprias crianças

(12) Durante o período da pesquisa, tivemos conhecimento de três menores assassinados, pertencentes aos grupos que estávamos acompanhando; através do relato de seus companheiros, pudemos verificar que todos morreram em situações de briga com outros grupos de rua, por desavenças na divisão de produto de roubo.

(13) Normalmente essas crianças conhecem perfeitamente turnos de plantão de delegacias, cada delegado e cada policial, sabendo perfeitamente quais devem temer e com quais podem contar.

pedem a ajuda da polícia, para socorrer membros do grupo feridos em brigas com membros de outros grupos, em casos de parto ou doença e, também, situações extremas nos quais "entregam para a polícia" um membro do grupo que se comportou mal com outro membro do grupo, como, por exemplo, no caso de agressões violentas. Segundo, o fato de que os códigos da rua são os mesmos e igualmente rígidos para todos os grupos, além de permanecerem praticamente invisíveis para aqueles que não pertencem a esse circuito, sendo, portanto, formulados e aplicados de forma mais implacável, sem qualquer possibilidade de controle ou interferência por parte de outros atores ou personagens.

Além disso, não podemos deixar de levar em conta pelo menos mais dois fatores. O primeiro é que — como poderemos verificar no decorrer desse texto — faz parte da composição de suas próprias identidades transformar *relações desiguais* em *relações entre iguais*, nas quais enfatizam sobremaneira a sua autonomia e auto-determinação. Isso significa principalmente fixar a si mesmos como o centro (ativo) dessas relações, o que, na nossa opinião, não é um comportamento particular desses grupos; ao contrário, trata-se de uma estratégia normal à composição de identidades e que tende a ser exacerbada principalmente quando se tratam de grupos estigmatizados ou marginais.[14] Nesse sentido, não podemos deixar de relativizar um pouco suas colocações, visto que estes grupos — como quaisquer outros — carregam a necessidade imperiosa de atribuir a si mesmos um lugar onde consigam construir representações dignificadas e livres a respeito de si mesmos e de suas trajetórias. Ao mesmo tempo, isso não elimina "um certo acerto" que acompanha essas representações e é nesse sentido que podemos considerar que, para estas crianças, as relações (delicadíssimas) que conseguem estabelecer na rua são muitas vezes por elas consideradas "mais equilibradas" — inclusive do ponto de vista de proteção da violência — do que aquelas que poderíamos imaginar como "possíveis", se vivessem sob a tutela familiar ou no espaço familiar.[15] É possível considerar, portanto, que, para estes meninos e meninas, o ideário de liberdade que acompanha a vida na rua se contrapõe principalmente à família (e sua rede de relações e obrigações), como o espaço onde dominam as regras, a obediência e a hierarquia. Isso significa também que podemos considerar que, também em relação às suas avaliações sobre a violência, não mudam os atores principais, embora outros atores sejam chamados a entrar em cena; e, sim, muda o jogo de forças que se estabelece entre eles e o papel — mais ativo ou mais passivo — que cada criança imagina (ou consegue imaginar) que desempenha nessa série de configurações.

4. Os grupos de rua: natureza e composição

Já afirmamos anteriormente que aquele padrão de circulação que se encontra

(14) Isso ocorre tanto em suas representações em relação à polícia ou a outros grupos de rua, quanto, por exemplo, em relação às atividades que desenvolvem em relação à infração: nos seus relatos sobre furtos ou assaltos dedicam-se sobremaneira a enfatizar suas habilidades em "fazer dinheiro rápido", as diferenças sociais e as características pessoais que legitimam esses atos (coragem, injustiça) etc.

(15) Além dos dados já apresentados, não podemos ignorar, por exemplo, que — além ou antes das tramas da rua — muitas dessas crianças estão "juradas de morte" ou não voltam para sua casas porque "têm outros parentes ou amigos jurados de morte" nos bairros onde moram suas famílias, principalmente através do seu envolvimento com quadrilhas locais.

dado na base das vivências desses meninos e meninas permanece mesmo quando eles estão na rua. Como verificamos, é praticamente sozinha que cada uma dessas crianças vai aprendendo o caminho para a rua e lentamente se apropriando de suas regras e códigos de convivência e sobrevivência. Verificamos também que essa condição — *não abandonar e não se fixar* — permanece mesmo quando um menino se considera pertencente a algum grupo de rua. Isso se manifesta tanto na sua circulação entre grupos de rua diferentes, quanto na sua permanência instável em seus próprios grupos, ou no modo como — dentro de cada grupo — são estabelecidas as relações entre todos e cada um. Ou seja, também, dentro das regras do próprio grupo a questão da individualidade — como liberdade e como não-pertencimento — é enfatizada, chegando a determinar o modo como cada um participa e "pertence" a cada grupo.

Essa questão é importante. Embora tenhamos podido detectar muitos laços de parentesco (irmãos e irmãs, primos etc.) e de vizinhança (do mesmo bairro, da mesma cidade) na composição desses grupos, não podemos afirmar que se assemelham ao que a literatura especializada normalmente define como "gangs juvenis", pois portam regras muito menos rígidas e formais, tanto no que diz respeito ao que é necessário para que se pertença a um grupo quanto em relação à questão da liderança. É óbvio que encontramos regras que são comuns a todos os grupos. Por exemplo, não cagüetar, não roubar, não dever nada para membros do próprio grupo e praticar infrações preferencialmente fora da área ocupada por cada grupo, são regras valorizadas pelos grupos de meninos de rua em geral. As regras em relação a essas questões são bastante rígidas, e são causa, às vezes, de brigas, fuga ou abandono do próprio grupo ou, em relação ao último caso, de conflitos violentos entre membros de grupos diferentes.[16] No dia a dia, as relações ou disputas que se estabelecem entre eles são resolvidas objetivamente, o que inclui também ameaças e agressões; mas podemos considerar que, em seus termos gerais, são conflitos circunstanciais que dificilmente significam rompimento de relações ou a obrigatoriedade de se abandonar o grupo. Outra questão importante que pudemos detectar durante o trabalho de campo é que as disputas que se desenvolvem em torno de bens de consumo (roupas, drogas, relógios, gravadores etc.) implicam conseqüências mais graves do que aquelas que se desenvolvem em torno de "problemas pessoais" (xingar, bater, "zoar", provocar etc.). Por exemplo, dever alguma coisa para algum membro do grupo pode implicar que ele deva fugir e permanecer clandestino até que a dívida seja paga, mesmo que o que se deva seja um simples cigarro; os conflitos gerados por uma *divisão errada* do produto de um roubo podem levar à morte etc. Em compensação, quando o conflito não passa pela disputa desses bens tão desejados, normalmente agressores e agredidos retomam com normalidade as suas relações, mesmo naqueles casos nos quais ocorrem graves ferimentos. Nestes casos, embora possamos de imediato considerar essas relações "violentas", foi possível perceber que estas estão previstas como possíveis em seus padrões de sociabilidade e que permeiam inclusive seus padrões de atividade. Ao mesmo tempo, todos os membros do grupo, independentemente de sexo ou idade, não são poupados ou protegidos na dinâmica do cotidiano, sendo expostos aos mesmos rituais de aprendizagem de regras de convivência e de desen-

(16) Esses casos foram apresentados no item *As situações de rua: carência, mendicância e infração*.

volvimento de habilidades para sobreviver na rua (pedir, roubar, fugir da polícia etc.).[17] Mas isso não significa que estejamos diante de grupos sólidos e permanentes, rigidamente organizados. Na verdade, seriam mais agrupamentos onde meninos e meninas têm acesso a um aprendizado concreto sobre o cotidiano nas ruas e todas as suas implicações, mas onde a questão da "individualidade" — a autonomia e a capacidade de "se virar" de cada membro — continua se contrapondo a um "ideário comunitário" que poderia erroneamente ser atribuído a cada grupo. Ou seja, são mais agrupamentos — um "suporte" onde um certo número de crianças divide um território e aprende a "se virar" nas ruas — do que grupos onde todos os aspectos do comportamento e do imaginário de seus membros estejam ditados e devam ser observados. E é nesse sentido que poderíamos dizer que, mais uma vez, a ligação entre o padrão de circulação traduzido na trajetória de cada criança se sobrepõe a uma maior rigidez que, à primeira vista, poderia ser atribuída à vida nesses agrupamentos. Antes de se pertencer a um agrupamento — e mesmo quando se participa dele — *cada um* é (deve aprender a ser) *um*; e é através do aprendizado das regras da rua através do pertencimento a um agrupamento que a marca de cada uma dessas trajetórias se fortalece. Um certo "ideário comunitário" não deixa de existir; mas é bastante frágil diante do ideário de autonomia e individualidade que rege e acompanha o comportamento de seus membros. E é também nessa direção que podemos entender como, nesse contexto, passar de um grupo para outro ou manter relações positivas com mais de um grupo não se configura necessariamente num problema pois reforça o valor fundamental que cada menino atribui, na vida da rua (e que é também um valor da rua e de seus agrupamentos), à sua própria individualidade e liberdade.

Essa questão também se traduz nos padrões bastante frágeis e inconstantes que vamos encontrar nesses grupos em relação à formação de lideranças. Estas se configuram nos limites desse partilhamento de experiências, no esforço à individualidade e no aprendizado das regras da rua. Não existem líderes naquele sentido tradicional que estamos acostumados a imaginar. Existem membros que se sobressaem por sua experiência na rua; mas estes também partilham os mesmos ideais de autonomia e liberdade exibidos pelos agrupamentos de rua. Ou seja, são membros dotados de mais experiência — e essa experiência lhes dá uma certa ascendência sobre o grupo — mas que, nem por isso, organizam seu cotidiano em função do grupo ou para exercer essa liderança. Eles também exercem seus próprios padrões de circulação "vão e voltam" e, pela sua experiência, apenas exercem o papel de colaborar mais para a divulgação do aprendizado das regras da rua. E, como verificamos até o momento, as regras da rua significam ter o grupo como referência e como lugar e espaço de aprendizagem mas — também e principalmente — marcar a trajetória de cada um (e aqui o líder também exemplifica com a sua experiência) como

(17) A questão das meninas de rua merece considerações especiais que não cabem neste artigo, vale a pena apenas marcar o fato de que, embora sejam obrigadas a realizar "em igualdade com os meninos" todos os rituais que marcam o cotidiano na rua (roubar, correr riscos etc.), continuam inseridas em relações bastante desiguais no que diz respeito principalmente às relações de namoro e sexualidade que estabelecem com seus companheiros de rua; ou seja, podemos considerar que no universo da rua aquelas regras desiguais às quais as mulheres encontram-se normalmente submetidos tendem a se acirrar.

uma trajetória que — mais do que ao grupo — pertence, é fruto da experiência e da liberdade, de cada um.[18]

Esse mecanismo, bastante particular, se traduz, por exemplo, no que estamos convencionalmente acostumados a chamar de "mães de rua".[19] As relações que encontramos entre essas "mães de rua" e seus "filhos" não são regidas nem por uma questão de idade, nem de lugar de origem, nem de parentesco. São "relações simuladas", nas quais através da utilização do artifício de regras conhecidas (a família), essas crianças aprendem a "se virar" na rua. São laços frágeis e muitas vezes circunstanciais, onde o partilhamento de um certo afeto dentro de regras hierarquizadas de obediência — da mesma forma que outras formas de liderança — passa para essas crianças as regras básicas que sustentam o seu cotidiano na rua: as mães de rua batem, dão ordens, protegem "seus filhos" etc.; mas as famílias de rua não exigem de seus membros laços de fidelidade permanentes e se transformam fácil e rapidamente.[20]

Ou seja, através da pesquisa de campo, pudemos verificar que existem algumas formas básicas através das quais estes meninos estabelecem contato com o mundo da rua e entram e circulam entre esses agrupamentos: conhecimento de espaços da cidade onde sabem que vivem essas crianças; conhecimento de outras crianças ou parentes que já estão na rua, crianças com as quais travam contato em instituições de apoio, correção ou recolhimento etc. Mas em todas essas formas o que permanece é o fato de que — através da convivência — estabelecem laços às vezes bastante circunstanciais, nos quais as regras de pertencimento acabam por se subordinar às trajetórias de vida (ao padrão de circulação) de cada um. Isso justifica, por exemplo, o grande número de crianças que, embora partilhem um mesmo território e, em seus próprios discursos se associem a um grupo ou outro, permanecem sozinhas, ou agem sozinhas, desempenhando atividades em grupo apenas circunstancialmente. Ou seja, são relações que, na verdade, operam a partir de um mesmo procedimento: ensinam os códigos da rua (*se virar*), ampliam o seu universo possível de sociabilidade e sobrevivência, mas reforçam sobremaneira o fato de que a própria sobrevivência — antes de ser responsabilidade do grupo, é tarefa exclusiva de cada um.

5. Conclusões: o fenômeno da viração

Como vimos, a *viração* é o grande fenômeno que estrutura e articula a realidade desses grupos de meninos e meninas de rua. Traduz-se primeiramen-

(18) Obviamente, vamos encontrar na rua crianças que prestam "serviços compulsórios" para outros jovens; mas, normalmente, fazem parte daquelas "relações desiguais" entre grupos diferentes que disputam o controle e o uso da rua, às quais já nos referimos anteriormente, ou relações de caráter mais circunstanciado, internas a cada grupo, que não se revestem de um caráter mais permanente ou obrigatório.

(19) Encontramos as "mães de rua" principalmente na Praça da Sé que, ao nosso ver, é uma região que desempenha um papel específico na dinâmica de formação (e transformação) de grupos de rua; é um pólo de atração e de definição dessas relações: atrai crianças que acabam de sair de casa (muitas bastante pequenas), acolhe crianças que vêm de outros grupos (que estão em fuga ou apenas "em trânsito"), e redefine o universo de relações dessas crianças em função do grande número de instituições que se localizam na região etc.

(20) O importante é que, normalmente, são os "filhos de rua" que dispensam os ensinamentos e a proteção de sua "mãe de rua", mais do que o contrário; seria como se, após um certo aprendizado, estas crianças dispensassem essa "primeira fonte simulada" de aprendizado com as regras da rua, vividas, agora, na própria rua.

te num padrão de circulação que, ao mesmo tempo em que dilui certos limites entre a casa e a rua, também marca as suas diferenças. Traduz-se, também, na habilidade em lidar com os códigos e regras básicas da rua, seja no que diz respeito às relações internas de cada grupo, seja em suas relações com os outros grupos com os quais são obrigados a conviver e a estabelecer acordos para permanecer na rua. Traduz-se nos arranjos que são capazes de fazer entre carência, mendicância e infração e o estatuto da menoridade. Traduz-se na habilidade com que procuram driblar, com suas ações e discursos, jornalistas, assistentes sociais, pesquisadores, funcionários de instituições e até policiais. E é nessa direção que podemos considerar que o limite da viração, para cada menino, se dá a partir de duas questões fundamentais. Primeiro, a questão da entrada na maioridade aliada ao modo como — em sua trajetória pessoal — "freqüentou" ou "foi levado a freqüentar" instituições de correção ou punição. Este fator é, ao nosso ver, responsável pela "visibilidade" com que entra na maioridade comprometido ou não — para os órgãos de controle e repressão — com a infração e a criminalidade. Ou seja, um longo processo de institucionalização de sua condição de marginalidade que, até os dezoito anos, confunde-se ambiguamente com os privilégios da menoridade, finalmente explode, se efetiva e se esclarece. Segundo, antes dessa visibilidade, esses meninos encontram-se às vezes já bastante comprometidos não só com outros grupos marginais com os quais são obrigados a estabelecer acordos para sobreviver, como, também, com um "estilo de vida" que é por eles representado como "bom ou melhor" do que, por exemplo, a vida pobre e monótona do trabalho assalariado e dos compromissos que associam à vida familiar. Nesse sentido, a fronteira dos dezoito anos, embora seja por eles claramente formulada como bastante significativa para a definição de suas vidas, acaba por se diluir no próprio movimento do seu cotidiano. Fazem planos para a maioridade: casar, trabalhar, ter carro, dinheiro, levar a família para passear etc. Mas "o tempo passa" e o seu entrelaçamento nas ruas muitas vezes já não lhes permite mais se desviar de uma trajetória que, como verificamos, já se encontra muitas vezes definida antes deles mesmos, na própria trajetória familiar e nas condições de pobreza que marcam a vida de grandes parcelas de nossa população. Na verdade, podemos considerar que esse "ideário de liberdade" talvez se configure na única estratégia a partir da qual esses meninos possam compreender suas próprias trajetórias de vida como algo que lhes pertence, como algo sobre o qual exercem algum domínio e que é "fruto de sua própria vontade". Mas, como sabemos, compreenderem a si mesmos como "sujeitos ativos e livres" de suas trajetórias significa muitas vezes assumir para si próprios — *como pertencentes à sua natureza e ao seu próprio temperamento* — os mesmos sinais de estigma através dos quais são amplamente discriminados.

8 — PARECERES E TRABALHOS FORENSES

LIVRAMENTO CONDICIONAL CAUTELAR

MARIANO CASSAVIA NETO

Vistos, etc.

1. S.G.M. pugna pela progressão do regime de cumprimento de pena, do semi-aberto para o aberto.

O feito foi instruído com os pareceres técnicos opinativos, e do Ministério Público. Todos unânimes pelo deferimento do pedido.

É o relatório.

Decido:

2. Ante a notória inexistência de estabelecimentos prisionais adequados para o cumprimento de pena em regime aberto, em face do descumprimento, pelo Poder Executivo, do art. 203, da Lei das Execuções Penais, facultava este Juízo, em caráter excepcional e precário, que o sentenciado permanecesse em regime aberto, na modalidade de Prisão Albergue Domiciliar, mediante as condições previstas no art. 115, da Lei das Execuções Penais, além da condição de demonstrar, pessoalmente, em 30 dias de sua liberação, o desempenho de atividade lícita, ou justificação da impossibilidade de o fazer, enquanto se processava o pedido de livramento condicional.

Não mais!

A omissão do Estado tem gerado seríssimo dano à segurança pública. Premido pela indulgência irresponsável da falta de vontade política para construção de casas de Albergado, ou de presídios, vinha o Poder Judiciário, sustentando, à duras penas, a Prisão Albergue Domiciliar em regime cautelar.

A boa-fé dos Juízos de Execução Criminal, por 10 anos, aguarda a construção das casas para albergamento de condenados ao regime aberto.

Calcado no vazio argumento da explosão imensurável do aumento de criminosos (aumento da "criminalidade"), baseiam-se, os diversos governos responsáveis pela construção de presídios, no excesso de população carcerária para justificarem a falta de vagas no sistema Penitenciário. E na falta de verbas para tanto. E quando verbas existem, outras prioridades (hospitais, estradas, escolas etc.) também existem. E as penitenciárias "inchando", na proporção paralela do aumento geométrico da população.

Em decomposição, putrefeitos, a grande maioria dos presídios merecem, atualmente, somente interdição. Verdadeiras masmorras medievais, sequer o nome de presídio merecem.

Mas a situação é tão grave, o descaso é tão aviltante, a omissão é tão ativa que, se um deles for interditado, não haveremos onde colocar os centenas de prisioneiros ali "abrigados".

Mesmo interditadas, muitas cadeias continuam em "funcionamento"!

No caldo de tal panela de pressão, com válvula entupida, e prestes ao estouro, o descaso, o despreparo, a

doença virulenta, podridão, sordidez, miséria, ignorância, rebeliões, reféns, morte, injustiça.

Em meio a este pântano pusilânime (...) presos que não são presos! (...) e descontando pena! (...) e em casa!

E sobre os largos ombros do Judiciário, a pecha, pesada e injusta, da impunidade; porque aos Juízes cabia dar solução à afrontosa omissão Estatal.

Que se registre, para que não passe em branco: não há "excesso de criminalidade". Não é o povo brasileiro que não presta. Há, sim, falta de presídios. Falta de vagas nas prisões, porque prisões não são construídas. As administrações que não as constroem é que se fazem prestar.

As pessoas estão morrendo nas ruas, por falta de segurança. E entenda-se que segurança implica a construção de presídios.

Para deixar bem claro: as pessoas estão violentamente sendo mortas nas ruas por falta de presídios.

Os presídios são fundamentais. Muito mais necessários do que memoriais faraônicos projetados por caríssimos arquitetos "socialites". Muito mais prementes do que teatros, para cunhada ver, no interior do Estado. Muito mais econômicos do que estradas com exorbitantes túneis iniciados e não terminados, que ensejam astronômica conta de um desvio em terras a serem desapropriadas a serem pagas ao infeliz espoliado por outro qualquer, numa década futura, que não o subscritor do decreto expropriatório. Infinitamente mais importantes que sambódromos encrustrados entre favelas. Presídios cujas imagens serão muito menos aviltantes do que nove jovens corpos em frente da Candelária, ou 111 no chão do I.M.L.

Mas, infelizmente, presídios "não dão voto".

Nem Juízes (...).

A prisão Albergue Domiciliar cautelar deve ser extinta. E como página ruim do livro da História, deve fossilizar-se como ossos de um dinossauro enorme e estúpido.

O entrave burocrático do aguardo do legalmente necessário parecer o Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo deve ser combatido e, o mais rápido possível, eliminado.

E o Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, verdadeira tocha a iluminar o rumo no escuro e intrincado caminho da prognose da futura conduta de seres humanos que já erraram na senda do crime, deve, e sempre será, respeitado pelos bons e penosos serviços que presta, não raro com notório sacrifício pessoal de seus componentes, no auxílio da distribuição da Justiça.

Preciosas, verdadeiras lições de bomsenso, vem sendo as decisões da lavra do Dr. José Ernesto Bittencourt Rodrigues, DD. Juiz de Direito paulista, cujo teor de uma delas, reproduzimos em parte, a saber:

"(...) deveria o preso, ao se efetivar a progressão ora almejada (regime aberto), passar a cumprir sua pena no estabelecimento adequado, ou seja, a casa de albergado, conforme dispõem e regulamentam os arts. 93, 94 e 95 da Lei de Execuções Penais.

Contudo, é notória a inexistência, na quase totalidade das comarcas do Estado, de casas de albergados, imprescindíveis ao cumprimento da pena em regime aberto, em face do descumprimento, pelo Poder Executivo, do art. 203 da Lei das Execuções Penais, apesar de já transcorridos mais de dez anos da edição da referida norma legal.

"Art. 203. *No prazo de seis meses*, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis.

1.º *Dentro do mesmo prazo* deverão as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, *construção e equipamento de*

estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei.

2.º Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casa de albergados.

3.º O prazo a que se refere o *caput* deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação, instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos.

4.º O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as unidades federativas implicará na *suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança.*" (ressalvo negritos e sublinhados).

3 — Em razão de tal insustentável situação, ocasionada pelo descumprimento da Lei, o impasse se estabelece, e a solução, até que se construam as casas de albergados, esbarrará em novo descumprimento da norma legal, pois, tendo o sentenciado direito de cumprir sua pena no regime aberto, três alternativas se apresentam:

a — aguardará a respectiva vaga, até eventual e futura existência de casas de albergados, no regime semi-aberto, sendo-lhe violado o direito de cumprir pena no regime que lhe foi imposto;

b — aguardará respectiva vaga, até eventual e futura existência de casas de albergados, na modalidade de prisão domiciliar — ausente de qualquer controle ou fiscalização por parte do Estado (art. 36, § 1.º, do Código Penal) — em flagrante desrespeito ao determinado expressamente pelo art. 117 da Lei de Execuções Penais, a qual diz que tal modalidade somente se admitirá ao condenado que, beneficiário do regime aberto, for maior de setenta anos, esteja acometido de doença grave, for mulher com filho menor ou deficiente físico ou mental, ou for gestante; ou,

c — Ser-lhe-á concedido livramento condicional, em possível descumprimento de prazos mínimos para concessão ou manifestação prévia do Conselho Penitenciário (art. 83 do Código Penal e art. 131 da Lei de Execuções Penais).

A solução, qualquer que seja a escolhida, implicará, como dito, em violação a normas legais. Cabe, então, decidir qual a mais adequada, ante os interesses da sociedade, em primeiro lugar, e do preso.

4 — Excepcionalmente, e a título precário, vinha este Juízo permitindo que os sentenciados permanecessem, em regime aberto, na modalidade de prisão domiciliar.

No entanto, a experiência tem demonstrado a dificuldade de controle do cumprimento da pena em regime domiciliar, quer por falta de meios humanos, quer por falta de recursos materiais do Estado. Tal fato tem levado à impunidade aqueles que tornam a delinqüir ou descumprem as condições a que estão sujeitos, pois, ao ser levado ao conhecimento do Juiz da execução a prática de falta grave ou de novo delito, muitas vezes já ocorreu o cumprimento da pena que o sentenciado estava, inadequadamente, autorizado a descontar em sua casa.

No presente caso, o condenado demonstrou preencher os requisitos objetivos e subjetivos para ser beneficiado com o regime aberto, porém, para se resguardar o anseio social e condicionar sua liberdade ao senso de responsabilidade, deve ser-lhe concedido, ao invés da progressão — que teria de ser cumprida sob a modalidade domiciliar —, o livramento condicional, em caráter cautelar, situação jurídica que permite a fiscalização e controle das condições impostas (art. 132 da LEP) e, o que se mostra mais importante, situação de

comprometimento com o bom comportamento do condenado na ruas pois, cometido novo crime ou descumpridas as condições impostas, não se computará, como tempo de cumprimento da pena, o período em que esteve solto o liberado (art. 88 do CP e art. 142 da LEP), diferentemente do que ocorreria se estivesse no regime aberto, sob a irregular modalidade domiciliar.

5 — É certo que a concessão do referido benefício normalmente requereria a prévia manifestação do Conselho Penitenciário, entretanto, tal órgão tem demorado alguns meses para proferir seus pareceres, em razão de notório excesso e acúmulo de serviços, não se justificando que o sentenciado, na situação como ora se apresenta, permaneça à espera do referido parecer para que seu livramento seja concedido, uma vez já existirem os requisitos legais necessários ao deferimento do período, sob pena de constrangimento ilegal, mormente quando este Juízo conferiu prazo razoável para a apresentação do parecer, e o mesmo, pelas razões já mencionadas, não foi cumprido.

Assim, inexistindo casas de albergados, que tomo aqui como pressuposto, mais conveniente se me apresenta a concessão, cautelar, do livramento condicional, em lugar da mera progressão, pois, além das condições serem semelhantes, este Juízo, em prol da sociedade, poderá melhor analisar a recuperação do sentenciado, e, como anteriormente dito, em caso de descumprimento das condições e necessidade de revogação do benefício, o período em que estiver em liberdade será desconsiderado para fins de cálculo da pena, nos termos do art. 142 da Lei de Execução Penal."

Sereno, legal, e, especialmente, justo tal entendimento.

Ante a ausência de presídios, essa a melhor solução a ser dada à espécie.

Conceder o livramento condicional ao sentenciado, cautelarmente, até que enviado ao Juízo o necessário parecer do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, que os enviará decerto. Mas não mais conceder, cautelarmente, a Prisão Albergue Domiciliar, até que o Estado construa casas do Albergado, que por dez anos vem demonstrando que nunca o fará.

Evitar, assim, a existência de prisioneiros que não estão presos, a cumprir pena em casa. E, em concomitância, impedir que ocorra o desconto da pena enquanto "preso em casa" o sentenciado.

E manter paciente esperança de que os novos Administradores pensem seriamente na reestruturação do Sistema Penitenciário.

3. Ante o exposto, e o que mais consta dos autos, julgo procedente o pedido, e determino a progressão do sentenciado ao regime aberto. E lhe concedo, cautelarmente, até que enviado a este Juízo o parecer do E. Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, liberdade sob as seguintes condições:

a. Em trinta dias do compromisso, o requerente deverá demonstrar ter ocupação lícita.

b. Não alterar seu endereço sem expressa autorização do Juízo competente para a execução da pena.

c. Recolher-se até as 22:00 horas, salvo autorização expressa do Juízo competente para a execução de sua pena.

d. Não portar armas de espécie alguma ou objetos capazes de ofender a integridade física humana.

e. Não freqüentar, sob nenhuma hipótese, locais onde bebidas alcoólicas sejam vendidas ou servidas em balcão.

f. Apresentar-se trimensalmente no Conselho Penitenciário para fiscalização do cumprimento de sua pena.

g. Mesmo que, devidamente autorizado, venha a alterar seu endereço, manter correspondência, de 90 em 90 dias, com o Serviço de Fiscalização dos Liberados, do Conselho Penitenciário, esclarecendo quanto a sua ocupação, salários, e dificuldades para sua própria manutenção.

h. Pagar a multa a ele eventualmente imposta em sua sentença condenatória, sob pena de revogação do benefício, nos termos do art. 87, do Código Penal.

Requisite-se o parecer do E. Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, para fins de livramento condicional, enviando-se cópia do presente expediente.

Liquide-se a multa.

Após liquidação da multa, providencie-se admoestação.

Comunique-se.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

São Paulo, 18 de abril de 1996.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

8 — PARECERES E TRABALHOS FORENSES

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

RICARDO FELIPE R. MACIEIRA

Vistos, etc.

O representante do Ministério Público Estadual, no uso de suas atribuições legais, propôs a presente ação penal pública contra J.R.R.G., devidamente qualificado à fl. 02, dando-o como incurso nas penas do art. 155, § 4.º, II, do Código Penal.

Em síntese, narra a denúncia que no dia 19.10.1993, por volta das 10hs., o acusado, com abuso de confiança e destreza, penetrou no edifício sede da Prefeitura, de lá furtando um relógio de parede.

A inicial veio apoiada nos autos do Inquérito Policial n. 36/93.

Citado e interrogado na forma da lei, o réu declinou o nome do advogado C.A.A., cujas alegações preliminares e respectivo rol de testemunhas encontram-se às fls. 34-35.

Audiência de inquirição das testemunhas arroladas pela partes às fls. 38-39 e, 43-43-v., respectivamente.

Nada foi requerido na fase do art. 499 do Código de Processo Penal.

Em suas alegações finais de fls. 45-48, o ilustre representante do *Parquet* pediu a condenação do acusado pela prática de furto simples apesar de, por evidente equívoco, ter se referido ao art. 129, *caput* do CPB. De seu turno, a defesa, em suas alegações de fls. 49-50, se limitou, *sic et simpliciter*, a pedir a aplicação da penalidade legal com o benefício a ela inerente.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Com efeito, apesar de provadas autoria e materialidade do delito — conforme se vê do auto de fl. 11 e dos depoimentos prestados em Juízo, além da própria confissão do denunciado —, não merece prosperar o pedido de condenação, tal como formulado pelo douto Promotor de Justiça em suas alegações finais. Digo-o porque.

O exame do fato imputado ao réu deve ser analisado à luz do denominado *princípio da insignificância*, tal como proposto pelo Prof. Claus Roxin em sua obra *Política criminal y sistema del derecho penal.*

O Direito Penal, dado seu caráter fragmentário, não deve se preocupar com a chamada criminalidade de bagatela.

Dessa forma, quando através da análise do injusto atribuído a determinado agente chegar-se à conclusão de que sua conduta, por ser penalmente insignificante, não é típica, tal fato deverá receber tratamento adequado em outra área do Direito, não no âmbito criminal, cuja incidência só se justifica quando estiver em jogo um bem ou valor socialmente importante. Em outras palavras, a despeito de poder ser considerado como ilícito civil ou administrativo, não deve a conduta do agente ser considerada típica, na acepção técnica que lhe empresta a moderna Metodologia, pois

o conteúdo da tipicidade é o bem jurídico que, valorizado pela noção de injusto, permite chegar-se a um Direito Penal legítimo, fruto de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Essa, a tônica do pensamento do citado professor. Vejamos suas próprias palavras acerca do princípio em exame:

"(...) permite en la mayoría de los tipos excluir desde un princípio daños de poca importancia (...)".

Atualmente, a partir de um enfoque de modernização da Justiça Criminal, não mais se questiona que os responsáveis por lesões aos bens jurídicos só devem ser submetidos à sanção criminal quando indispensável à conformação da sociedade aos valores da justiça e segurança.

Busca-se, com esse posicionamento, evitar que o tipo penal não se limite a um superficial e apriorístico juízo de subsunção. O comportamento humano, para ser típico, precisa, também, ser materialmente lesivo.

Daí a lição do eminente Prof. Francisco de Assis Toledo, segundo a qual, *o tipo deixa de ser simples imagem orientadora, ou mero indicador de antijuridicidade, para erigir-se em portador de um sentido de ilicitude, dotado, portanto, de conteúdo material, com verdadeira função seletiva, ou seja, apto a distinguir, entre a multidão de comportamentos humanos, aquelas condutas que, por se apresentarem* dignas de castigo, *necessitam efetivamente submeter-se a processo e julgamento por parte da justiça criminal."* (in *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 1991, p. 121. Grifos no original.)

O estudo acerca da chamada criminalidade de bagatela tem experimentado notáveis progressos na Alemanha, cuja dogmática jurídica muito tem influenciado nossos estudos penais, notadamente os autores do anteprojeto que originou a atual parte geral do Código Penal.

Krümpelman, renomado penalista alemão e profundo estudioso da matéria, admite, quanto ao delito de bagatela, não apenas aquela conduta de escassa ou nenhuma lesividade, senão também aqueloutra que, apesar de potencialmente lesiva, não chegou a produzir o dano que poderia ter produzido.

In casu, a conduta do acusado não traz aquela carga de ilicitude de que nos fala o festejado penalista Francisco de Assis Toledo.

Assim, partindo da premissa de que ao tipo se chega, não através de simples juízo de subsunção mas, ao contrário, de um juízo de valor sobre a conduta do réu, chegar-se-á à conclusão de que o fato descrito na denúncia é atípico.

Socorro-me, uma vez mais, dos ensinamentos da moderna doutrina alemã, dessa feita, sob a inspiração do ilustre penalista Wilhelm Gallas, *in verbis*:

"La punición de una conducta está subordinada a la subsunción del comportamiento en un tipo en sentido no sólo formal, sino también material. Esta subsunción no será posible se el acto concreto muestra los caracteres de la descripción legal del hecho, pero no concurre el contenido material del injusto al que tiende el tipo de delito sujeto a discusión (...). Desde el momento en que se produce una limitación del tipo formal y no una extensión del mismo, no existen obstáculos de ordem político frente a una tal correción de la tipicidad formal por la material." (in *La teoría del delito en su momento actual*, Bosch, 1959, p. 31, trad. de Córdoba Roda)

Na hipótese trazida à apreciação deste Juízo, o denunciado, apesar do ato praticado, devolveu, voluntariamente, a *res furtiva* ao Município, que nenhuma lesão sofreu em seu patrimônio.

Além disso, as próprias testemunhas ouvidas em Juízo, pelo que consta dos autos, dão conta da insignificante lesividade social que representou a

conduta do réu que, inclusive, já foi punido ao ser desligado dos quadros da municipalidade.

Nem se argumente, no presente caso, que a simples previsão de tipos privilegiados, a permitir uma condenação mais branda, como quer o *Parquet*, representaria um obstáculo à aplicação do princípio analisado. Tal argumento, longe de convencer, comove. A valoração legal do fato apontado como criminoso permite ao julgador reconhecer que a conduta do agente, de tão ínfima, não se adequa, nem mesmo, aos tipos privilegiados.

Concluindo. Admitindo que o conceito de tipicidade é um conceito material, não há falar-se em conduta típica do acusado.

Isto posto, com base no art. 386, inc. III do CPPB, julgo improcedente a denúncia para absolver o réu J.R.R.G. da imputação que lhe é feita na denúncia.

Isento de custas.

Transitado em julgado, dê-se baixa na distribuição e arquive-se.

Encaminhe-se cópias dos atos de fls. 33-33-v. e, 38-39, à representante do Ministério Público, para apurar eventual responsabilidade quanto à prisão efetuada.

P.R.I.

Em, 27.09.1995.

9 — ANTIGUIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O PROCESSO AÍDA CURY (2.ª PARTE)

RENÉ ARIEL DOTTI

Sumário: 1. A reconstituição dos fatos segundo a denúncia — 2. A célebre decisão de impronúncia — 3. A reforma da sentença para pronunciar os réus — 4. Joaquim de Souza Neto se demite do cargo de Juiz — 5. A extraordinária atuação de um criminalista — 6. Os réus são condenados a penas severas — 7. O protesto por novo júri e as absolvições — 8. O tribunal anula a decisão do júri — 9. A aposentadoria do Ministro Nélson Hungria — 10. O parecer emitido pelo advogado Nélson Hungria; 10.1 Natureza e âmbito do estudo; 10.2 A interpretação do art. 593, inc. III, *d*, do CPP; 10.3 Inexistência da co-autoria; 10.4 Sobre o "fabulismo dos laudos" periciais; 10.5 Aída teria se suicidado?; 10.6 A inexistência do concurso de crimes sexuais — 11. O julgamento do HC pelo Supremo Tribunal Federal — 12. O tribunal popular julga Ronaldo pela terceira vez — 13. A condenação definitiva — 14. Fontes de consulta e agradecimentos.

1. A reconstituição dos fatos segundo a denúncia

Muito embora no texto anterior[1] a sentença de impronúncia dos acusados fosse o ponto de partida para o levantamento histórico do célebre caso, outros fatores contribuiram para a formação do *universo das dúvidas* que envolveu a tragédia. Nessas ocasiões, o sensacionalismo da imprensa e de outros meios de comunicação eleva ao infinito as mais distintas versões sobre o fato e seus protagonistas. Diante da multiplicação das controvérsias em torno das circunstâncias do crime, é imperioso que se proceda a uma "reconstituição" do evento segundo a denúncia oferecida pelo Doutor Marcelo Mário Domingos de Oliveira, 5.º Promotor Substituto, em exercício na Promotoria Pública do 1.º Tribunal do Júri, do Rio de Janeiro. A aludida peça, assinada em 18.08.1958, está redigida nos seguintes termos: "Exmo Sr. Dr. Juiz da 1.ª Vara Criminal.

O representante do Ministério Público em exercício neste Juízo, usando das atribuições que lhe são conferidas por lei, vem perante V. Exa. dar denúncia contra: 1.º) Ronaldo Guilherme de Souza Castro, brasileiro, estudante, com dezenove anos de idade; 2.º) Manoel Antônio da Silva Costa, português, estudante, com dezoito anos de idade; 3.º) Antônio João de Souza, brasileiro, porteiro, com vinte e sete anos de idade, já qualificados respectivamente a fls. 93, e 17 dêste inquérito, pelo seguinte: cerca de 19:30 horas do dia 14.07.1958, nas proximidades da esquina da rua Miguel Lemos com a avenida Atlântica, Ronaldo Guilherme de Souza Castro, o primeiro denunciado, conheceu Aída Cury, menor inexperiente e virgem, a quem procurou insinuar-se e cativar.

[1] O Processo Aída Cury I.

Depois, a fim de ter com ela conjunção carnal, atraiu-a ao terraço do último pavimento do edifício Rio Nobre, naquela avenida n.º 3.388.

Para a escolha do local, para ingressar no mencionado edifício e chegar até o terraço, Ronaldo Guilherme contou com o auxílio do segundo denunciado, Manoel Antônio da Silva Costa, que conhecedor das intenções criminosas do primeiro e a pedido dêste, se incumbiu de falar a Cácio Murilo Ferreira da Silva, menor de 16 anos, residente no Rio Nobre e que costumava ocupar aquêle terraço para fins libidinosos.

Obtida por Manoel a anuência de Cácio Murilo, comunicou-a o segundo denunciado a Ronaldo Guilherme que com Aída Cury foi ter ao mencionado edifício.

Alí, Cácio Murilo já em conluio com o terceiro denunciado, o porteiro Antônio João de Souza, dêste recebeu as chaves do apartamento 1201, aonde foram ter Aída, Ronaldo Guilherme e Cácio Murilo e daí passaram ao terraço.

No terraço, empregando as violências que se acham comprovadas pericialmente, Ronaldo Guilherme e Cácio Murilo, na companhia de Antônio João, constrangeram Aída a prática de conjunção carnal, rasgando-lhe as vestes, espancando-a, esbofeteando-a, sem, entretanto, lograrem realizar seus intentos dada a resistência oposta pela ofendida e iniciando assim a execução do estupro que não consumaram por circunstâncias alheias às suas vontades.

Vendo baldadas as possibilidades de uma conjunção carnal, prosseguiram nas violências, atentando já agora contra o pudor de Aída, com a prática de atos libidinosos, também positivados pelas perícias, até se esgotarem as energias da vítima na luta desigual que ela travara em sua própria defesa.

Aproximadamente às 21 horas, tendo as roupas rasgadas, bestialmente seviciada e em estado de completa exaustão física, praticamente desfalecida, quando já lhe era impossível qualquer defesa, Aída Cury foi lançada do terraço ao solo da Avenida Atlântica, e, assim assassinada como prova o auto de exame cadavérico de fls. 54/60v.

Para a morte concorreram Cácio Murilo e os denunciados Ronaldo Guilherme e Antônio João, que assim se tornaram co-autores de um homicídio cruel, perpetrado quando a vítima não mais se podia defender, tendo êles o objetivo de assegurar a impunidade e ocultar os monstruosos outros crimes, que pouco antes tinham cometido.

Estando assim incursos no Código Penal: o primeiro denunciado, Ronaldo Guilherme de Souza Castro nas penas do art. 121, § 2.º, n. II e 226, n. I: art. 214 combinado com o art. 12, n. II e 226, n. I; o segundo denunciado, Manoel Antônio da Silva Costa nas penas do art. 213 combinado com o art. 12, n. II e art. 226 n. I; art. 214 combinado com o art. 226, n. I; e o terceiro denunciado, Antônio João de Souza nas penas do art. 121, § 2.º, n. III, IV e V combinado com o art. 25; art. 213 combinado com o art. 226, n. I. Pelo que requer o adiante assinado que se instaure a ação penal, citando-se os denunciados para todos os seus têrmos, pena de revelia e intimando-se as testemunhas abaixo arroladas para deporem sôbre o fato sob as penas da lei."

Segue-se o rol de 8 testemunhas, inclusive o menor Cácio Murilo Ferreira da Silva, indigitado partícipe do delito.[2]

2. A célebre decisão de impronúncia

Como já foi visto no primeiro artigo, a decisão de impronúncia continha passagens que devem ser revistas. Por exemplo: "Tudo o que se expôs, sem prevenção e sem paixão, convence-nos

[2] Processo n. 2.958/1958, f. 2/5.

de que é injusto responsabilizar Ronaldo pela morte de Aída".[3]

Relativamente ao co-réu, Antônio João de Souza, o porteiro, a decisão acentua que o mesmo não foi com Aída ao terraço, limitando-se a dar a Cácio Murilo, filho do síndico, a chave do andar que levava àquele local.

Após afastar a participação, por falta absoluta de prova, de Ronaldo e Antônio João de Souza na morte de Aída, o Juiz apreciou a denúncia, no tocante aos crimes sexuais. Considerando que a família da vítima não se poderia valer da situação jurídico-processual da miserabilidade, em face dos sinais exteriores de capacidade financeira, o magistrado Joaquim de Souza Neto convenceu-se de que a ação penal deveria iniciar-se mediante queixa. A sentença que iria abalar a opinião pública, precocemente induzida pelo estardalhaço de jornais e rádios, foi entregue com a data de 6.02.1959, e encerra com os seguintes termos: "Em face do exposto, impronuncio os denunciados Ronaldo Guilherme de Souza Castro e Antônio João de Souza, no que se refere à morte de Aída, por falta absoluta de provas, e anulo o processo, por não estar provada a miserabilidade da família da vítima, no tocante aos crimes de índole sexual."[4]

3. A reforma da sentença para pronunciar os réus

Em decisão de uma folha e meia, a 1.ª Câmara Criminal do antigo Distrito Federal, deu provimento ao recurso em sentido estrito manifestado pelo Ministério Público e mandou os réus a julgamento pelo Tribunal do Júri. É oportuna — e fácil — a transcrição integral do acórdão, datado de 22.06.1959:

"Ementa: — Crimes complexos. Homicídio, atentado violento ao pudor e tentativa de estupro. Prevalência da prova técnica sobre a prova testemunhal contraditória. A impronúncia dos réus no crime de homicídio exaure a competência do Juiz do Júri para conhecer e anular os delitos de atentado violento ao pudor e de tentativa de estupro. Validade do atestado de miserabilidade, que não póde ceder a meras presunções. Tratando-se de crimes complexos cabe ao Ministério Público a iniciativa do procedimento criminal independente de iniciativa da parte ofendida ou de seus representantes legaes. A soberania do Júri subtrai ao Juiz o conhecimento — de provas que possam ser controvertidas. Pronúncia. Justifica-se a sua decretação, desde que, nos autos, existam provas suficientes da materialidade do crime e indícios de circunstâncias suficientes da autoria.

"Vistos, etc.:

Acordam os Juízes da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por unânimidade de votos, dar provimento ao recurso para o fim de se reformar a decisão recorrida e considerar-se válido o processo, na parte em que foi anulado pela mesma decisão, e, assim, de serem pronunciados Ronaldo Guilherme de Souza Castro, nas penas do art. 121, § 2.º, n. III, IV e V, c/c art. 25; art. 213 c/c art. 12, n. II, e 226, n. I; art. 214 c/c 226, n. I, todos do Código Penal; Manoel Antônio da Silva Costa, nas penas dos arts. 213 c/c art. 12, n. II, e 226, n. I; art. 214 c/c art. 226, n. I, todos do Código Penal; e Antônio João de Souza, como incurso nas penas do art. 121, § 2.º, n. III, IV e V, c/c art. 25; art. 213 c/c art. 12, n. II, art. 226, n. I; art. 214 c/c art. 226, n. I, todos do Código Penal os quaes deverão ser submetidos a julgamento perante o

(3) Processo n. 2.958/1958, f. 742. A decisão também foi publicada no livro escrito por Souza Neto, *A tragédia e a lei*, Ed. Borsoi, RJ, 1959. O trecho copiado está na p. 19.

(4) Processo n. 2.958/1958, f. 743/744 e *A tragédia e a lei*, cit., p. 19/20.

Tribunal do Júri, e na conformidade do Parecer do Dr. Procurador Geral de f. 874, *usque* 899.

Assim decidem, porque para a decretação da pronúncia basta que existam nos autos provas suficientes da materialidade do crime e indícios e circunstâncias suficientes da autoria. O processo não se encontrando extreme de qualquer dúvida, não autoriza a decisão de impronúncia, pois o pêso das provas é de ser examinado pelo Corpo de Jurados e que formam o Tribunal do Júri, protegidos pela própria Constituição Federal em art. 141, § 28. Tratando-se de crimes complexos — homicídio, atentado violento ao pudor e tentativa de estupro cabe ao Ministério Público a iniciativa do processo, independentemente de representação da parte ofendida ou de seus representantes legaes. A miserabilidade não póde ser posta em dúvida em face do atestado de miserabilidade passado por autoridade competente e como preceitua o art. 32, § 2.º, do Código de Processo Penal. É fóra de toda e qualquer dúvida que os crimes se sucederam após a formação de uma das famosas "curras" e cuja técnica se desenvolveu no emprego blandicia e até o desfecho final da mais requintada violência e que determinou a morte da inditosa Aída Cury. A prova técnica veio desautorizar os pretensos álibis apresentados pelos réus, e assim, possibilitou a indicação de seus autores. Afastada a hipótese de suicidio a prova colhida nos autos positivou a materialidade dos delitos que são imputados aos réus. Os bem lançados fundamentos do Parecer do Procurador Geral, vieram desfazer por completo a argumentação que a decisão recorrida lançou sobre a prova produzida contra os réus.

Pelos fundamentos expostos é de serem os réus, ora recorridos pronunciados nos termos dos dispositivos legaes acima enumerados e para o fim de serem submetidos a julgamento perante o Júri.

Custas legaes. Recomendem-se os réus na prisão em que se encontram."[5]

A motivação do aresto não chegou a preencher uma folha datilografada, em contraste com as longas razões de impronúncia[6] e de sua manutenção.[7]

Quanto a este último ato processual, amplamente analisado no artigo anterior, merecem reprise algumas partes, a começar pelas duas primeiras frases, assim postas: "O papel da Justiça. O Juiz precisa, antes de tudo, de uma calma completa, de uma serenidade inalterável, porque os acusados apresentam-se diante dele sob a paixão violenta e apaixonada da opinião".[8]

Após longas considerações sobre as circunstâncias do evento fatídico, os variados elementos de prova oral, documental e pericial, Souza Neto indaga: "Qual é a acusação formulada contra Ronaldo e o porteiro Antônio João, no tocante à morte de Aída?" E antes de responder, ele faz uma necessária introdução a propósito do comportamento do Estado e das garantias do acusado no processo penal: "Sabemos que, no exercício das profissões, e até nas ciências e nas artes, a habilidade é um instrumento de êxito. O Promotor Público, representante da sociedade e fiscal da lei, quando acusa os criminosos e pede a sua condenação, pode — melhor diríamos, deve — conduzir-se com habilidade, desde que não sacrifique a sinceridade, porque o processo penal, movido, pelo Estado, contra um cidadão, deve ser fundamentalmente sincero. O Estado só pode acusar diretamen-

(5) Recurso criminal n. 5.010, assinaturas ilegíveis; Processo n.º 2.958/1958, f. 903/904.

(6) Em *A tragédia e a lei*, cit., p. 13/20; Processo n. 2.958/1958, p. 736/744.

(7) *A tragédia e a lei*, cit., p. 35/88.

(8) *A tragédia e a lei*, cit., p. 35.

te, sem malícia, sem surpresa, sem subterfúgio, sem clandestinidade.

A defesa dos acusados, pela Constituição, é plena e a instrução criminal é contraditória. Êsse direito constitucional à defesa plena e ao processo contraditório significa que o poder estatal acusador nem parcialmente pode ocultar ou sonegar a acusação. Nem por habilidade seu órgão representativo pode proceder assim, porque o efeito da ocultação total ou parcial da acusação, por habilidade, é o mesmo que decorre da plena ou limitada sonegação por má-fé ou por arbítrio. Foi por isso que o douto João Barbalho considerou como incompatíveis com a defesa plena todos os procedimentos que embaracem a defesa. E nada pode embaraçar mais a defesa que o desconhecimento parcial, a acusação vaga, não definida, não concretizada.

O Estado não pode deixar a cargo do réu a obrigação de calcular, deduzir ou procurar a acusação, nos autos. Assim, o processo se tornaria um mistério — quase identificado com o processo secreto —, semelhante à chamada brincadeira da *mancha*, em que os promotores gritariam para os réus: *está na hora!* a fim de que se lançassem, cautelosamente e com sorte, à procura do conteúdo das denúncias, nos esconderijos das páginas."[9]

4. Joaquim de Souza Neto se demite do cargo de Juiz

No dia seguinte ao pronunciamento da Câmara Criminal, Souza Neto, que presidia os trabalhos do 1.º Tribunal do Júri desde 1946, apresentou pedido de demissão do importante cargo. O expediente foi encaminhado ao Presidente da República, através do Presidente do Tribunal de Justiça, o Desembargador Homero Pinho. Conforme um dos jornais que circularam no dia 24.06.1959, o magistrado teria afirmado: "Só me arrependo de ter tido a ingenuidade de acreditar que a 1.ª Câmara fosse julgar livre de coação".[10]

A sensibilidade que brota do texto e a grandeza moral dos termos de despedida, justificam a reprodução literal do expediente: "Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Respeitosamente, venho, perante v. exa., expôr o que se segue:

Para o sêr humano consciente, afeito ao estudo e à meditação, dedicado ao trabalho e à família, a vida tem, preponderantemente, um sentido moral. É mais sensitiva que física. Valem menos os dias a viver do que o modo como são vividos. A vida íntima, de consciencia de alma, de coração, é que importa. O que tem expressão, na conta dos anos, é o que os anos contam. O melhor tempo da vida é o que nos recusamos como os outros querem que sejam vividos. A vida é a liberdade ou o direito de não ter a alma sujeita a um contato ou a uma hierarquia sem idealismo e sem coerencia.

A minha vida há de expandir-se sem os entraves dos cargos e ofícios. Conquistei o lugar de juiz, com um concurso de provas, e o devolvo, ao Estado, no impulso de um desencanto. A ele me ajustei, pela vocação, e dele me afasto com a tristeza de quem perde uma amizade. Não posso ser juiz com a justiça dos outros, vária, mudável, inconstante, singular. A essa sujeição, prefiro partir-se dentro de mim mesmo, tombando, sobre as profundezas de minha sensibilidade, as ruinas de um ideal.

Dou o mais honroso dos cargos, difícil de conquistar, quase impossível de perder. Só tenho verdadeiro apego à minha consciência, à minha alma. Se fosse vingativo, nele me arraigaria,

(9) *A tragédia e a lei*, cit. p. 50/51.

(10) *Última Hora*, 24.06.1959.

entrenhadamente, até a consumação dos ódios. Dei-lhe tudo o que podia dar, mas sou obrigado a desterrar-me, porque não posso ir ao sacrifício de condicionar a minha justiça a uma que não se fixa, não é constante, nem impessoal.

Não desejo mais servir à justiça do Distrito Federal. É um direito, ou uma pretensão, de quem abre mão de tudo, inclusive do ideal e de um cargo nobilíssimo, para não ser infeliz, no seio dos que se sentem eternamente venturosos.

Não quero ofender ninguem. Conheço grandes juízes na magistratura local. Proclamarei, sempre, seus méritos e suas virtudes. Não aponto seus nomes agora, porque, ao escrevê-los, eu me lembraria do que me fizeram com o meu ideal.

Aproveito o ensejo para renovar meus protestos de sincera estima e elevado respeito."[11]

Mas o pedido não chegou às mãos do Presidente da República. Novamente conformado por colegas, amigos e admiradores, Souza Neto reconsiderou seu gesto e durante os anos seguintes continuou a servir à magistratura do Distrito Federal, inclusive após a mudança da Capital para Brasília. Chegou a integrar o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e o Tribunal Federal de Recursos, sendo cassado, em 1964, por um dos atos de exceção do regime militar.

Anos mais tarde o seu nome voltaria, com destaque positivo nos noticiários. Juntamente com Wilson Lopes dos Santos ele impetraria o famoso *Habeas Corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal para anular a decisão do Tribunal do Júri que, há muito tempo antes, condenara o *Tenente Bandeira*, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão no mais novelesco episódio levado ao tribunal popular no Rio de Janeiro, em meados dos anos 50.[12]

5. A extraordinária atuação de um criminalista

O célebre *case* Aída Cury iria revelar mais um dos grandes criminalistas a concorrer em prestígio e talento com os *monstros sagrados* do Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, como Evandro Lins e Silva, Carlos de Araújo Lima, Romeiro Neto, Francisco de Assis Serrano Neves, José Bonifácio Diniz de Andrada, Jorge Severiano, Adauto Lúcio Cardoso, Raul de Araujo Jorge e Hugo Baldessarini. Despontava no cenário do foro brasileiro a atuação de Wilson Lopes dos Santos como defensor do principal acusado: Ronaldo Guilherme de Souza Castro.

As alegações finais produzidas pelo causídico, em longas 36 (trinta e seis) folhas datilografadas, pleitearam a impronúncia de Ronaldo "aspirando Justiça (e não como quer o ilustre promotor: 'que se corteje a opinião pública')".[13] São muito insinuantes alguns trechos das razões, principalmente quando abordam a nova temática social, envolvendo a chamada "*juventude transviada*", classificação adotada no final dos anos 50 para indicar os jovens

(11) Jornal *Última Hora*, 24.06.1959.

(12) Alberto Jorge Franco Bandeira foi acusado de ter desferido tiros de revolver contra Afrânio Arsênio de Lemos, causando-lhe a morte. O fato, ocorrido em 06.04.1952, comoveu a sociedade carioca por envolver um *triângulo amoroso*, completado pela figura sensual de Marina Andrade Costa. O *crime do Sacopã* (designação da estrada onde a vítima foi encontrada, no interior de seu automóvel) teve os debates de seu julgamento registrados por Carlos de Araújo Lima, em *Os grandes processos do Júri*, Livraria Freitas Bastos, S/A, RJ, 1957, p. 199 e s.

(13) Processo n. 2.958/1958, f. 720.

transgressores. E Ronaldo Guilherme tinha 19 anos de idade à época do fato.

O Advogado Wilson Lopes dos Santos acusou o encarregado do inquérito e os agentes da autoridade policial, bem como os peritos do Instituto de Criminalística, de agirem "com ódio desenfreado, alheios ao propósito de apurar quem era o criminoso (...) mas, de antemão, esperançosos de mostrar à execração pública que, outra vez, tinham labutado os integrantes da 'juventude transviada'. Encarniçamento contra qualquer acusado, em outro qualquer processo jamais fôra visto".[14]

E insistindo no tema relativo ao preconceito contra os jovens de posição social destacada — como era o caso de Ronaldo Guilherme — o patrono desferiu firmes argumentos e vigorosas críticas: "A menoridade, apesar de a lei preceituar o contrário, transmudou-se em agravante. E os responsáveis pelo inquérito-policial, foram os primeiros a receber a influência dominadora dessa sugestão coletiva, que inspirou certos depoimentos, forneceu esdrúxulas explicações, enveredou o trabalho dos técnicos à grosseiras conclusões.

A prevenção contra os jovens, desde então, acarretou tudo o que se seguiu, motivando inimagináveis perfídias — denegação do mínimo de respeito (não a condenados) mas a acusados, escorraçamentos de tôda ordem, despontando embora, do saber do Ministro Nelson Hungria a ponderação de que se proscrevesse, em definitivo, tantos disparates, que se não cortejasse a opinião pública, apresentando-lhe, em meio a fanfarras, os desvios de uma juventude que não é transviada, porém escorraçada."[15]

A propósito do desempenho sensacionalista da imprensa e da *santificação* da vítima, Wilson Lopes dos Santos foi contundente: "De início, o papel da imprensa, mais uma em milhares de vêzes, se fêz presente. Confrontando Aída Cury com Maria Goretti, produzindo estrépito assáz nocivo sôbre as diligências policiais, os dignos e laboriosos jornalistas pareciam manipular a consciência popular, como se desejassem torná-la impermeável à verdade fria das provas. E Aída Cury foi alcandorada, por via de um processo emocional jamais presenciado nesta terra, com a agravante de se deixarem minar pelas opiniões apaixonadas, até as mais sabidamente circunspectas camadas.

Por ter freqüentado, anos a fio, um educandário de orientação religiosa, pensou-se logo fazer de Aída um ser sôbre-humano, em dissonância com o ritmo normal da vida de uma metrópole."[16]

As alegações finais foram apresentadas em 02.02.1959, portanto, em plena fermentação de um dos assuntos-tabú da sociedade brasileira: a liberdade sexual dos jovens e os freios religiosos e sociais. Esgrimindo com temas assim polêmicos como delicados, Wilson Lopes dos Santos não se inibiu: "Então, vislumbra-se uma impossibilidade de dar-se crédito à validade das sindicâncias dos peritos, que a apontam como recém-egressa de colégio sob direção de religiosos, onde frequentou tôdas as séries do curso. Não nos interessa perquirir sôbre a eficácia, ou não, do ensino ministrado nesse tipo de educandário (...) Importa-nos, e muito saber que está em fóco uma jovem que, indubitàvelmente, *não poderá ser havida como inexperiente*, à vista dessas pequeninas, mas esclarecedoras circunstâncias. Que suscetível de simular bem seus namoricos; que, aparentemente, adepta dos festejos do carnaval, saberia sopesar as

(14) Processo n. 2.958/1958, f. 685/686.
(15) Processo n. 2.958/1958, f. 686.
(16) Processo n. 2.958/1958, f. 690/691.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

consequências à aceitação de um convite para fazer "um amorzinho".[17]

Em vários momentos da defesa ressurge o tema da posição socialmente privilegiada de alguns acusados em contraste com outros: "Não atinaram os que se perdiam em acusações contra o implicado Ronaldo, tachando-o de "o play-boy milionário", que esta qualificação, se verídica, incompatibilizá-lo-ia com a situação de penúria do porteiro, nordestino, como tantos outros, que sonhou encontrar no Rio alívio para sua miséria, recalcada pelo ódio imenso das classes dominantes, e certo, não seria nessa oportunidade, nêsse envolvente caso Aída Cury, que daria guarida à idéia de 'coexistência pacífica' com filhis (sic) de milionários", a ponto de querer inocentá-los de tamanhos embaraços (...)".[18]

6. Os réus são condenados a penas severas

Reunido no dia 05.02.1960, o 1.º Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, iniciou às 9:00 horas, o julgamento do caso, sob a presidência do Juiz-substituto Octávio Pinto, presentes o Promotor Público, Maurílio Bruno, assistente do Ministério Público, José Valadão e os defensores Wilson Lopes dos Santos e Romeiro Neto, pelo acusado Ronaldo Guilherme, e Newton da Silva Feital e Augusto Thompson, pelo acusado Antonio João de Souza, o porteiro. O réu Manoel Antonio da Silva Costa estava foragido.

A primeira parte dos debates encerrou às 8:40 horas do dia 6 de fevereiro. Houve réplica e tréplica. Momentos antes de ler os quesitos o Presidente do Tribunal do Júri apelou à assistência "para que, qualquer que fosse o resultado, digo a decisão do Júri, fosse recebida com respeito, o Conselho de Jurados representava a sociedade, podendo, a defesa e a acusação, apresentar, se for o caso, o recurso cabível da decisão que fosse proferida."[19]

Os trabalhos foram encerrados às 16:00 horas do dia 6 de fevereiro, após a leitura da sentença que condenou os acusados. Ronaldo Guilherme de Souza Castro recebeu as penas de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, para o homicídio qualificado; 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão pela tentativa de estupro e 7 (sete) anos de reclusão pelo atentado violento ao pudor. Total: 37 (trinta e sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão. O porteiro Antonio João de Souza recebeu a pena de 30 (trinta) anos de reclusão pelo crime de homicídio qualificado.[20]

7. O protesto por novo Júri e as absolvições

Os condenados protestaram pela realização de novo julgamento, com base no art. 607 do Código de Processo Penal. O evento ocorreu no dia 11.03.1960, sob a presidência do Juiz Roberto Talavera Bruce e os mesmos patronos da acusação (pública e privada) e da defesa. A sessão do Júri teve início às 10:30 horas. Houve separação de julgamento dos acusados, em face da recusa, pela defesa do réu Antônio João de Souza, de um dos jurados. O julgamento prosseguiu somente quanto a Ronaldo Guilherme. Os debates foram encerrados às 23:50 horas, decidindo o Conselho de sentença, por seis votos contra um, que o réu não concorreu, de qualquer modo, para o crime de homicí-

(17) Processo n. 2.958/1958, f. 693.
(18) Processo n. 2.958/1958, f. 712.
(19) Cf. a ata da 5.ª sessão de julgamento da segunda sessão judiciária de fevereiro de 1960 (Processo n. 2.958/1958, p. 1.108 e s.).
(20) Cf. a ata já referida (Processo n. 2.958/1958).

dio em que foi vítima Aída Cury. Mas não foi expedido o alvará de soltura posto que a absolvição não fora unânime,[21] além do réu já estar condenado pelos crimes de tentativa de estupro e atentado violento ao pudor. As penas impostas para aqueles delitos não eram abrangidos pelo protesto por novo Júri.

O réu Antônio João de Souza, em outra sessão, também foi absolvido.

8. O tribunal anula a decisão do Júri

No pressuposto de que a decisão absolutória proferida pelos jurados fora manifestamente contrária à prova dos autos, o Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso do Ministério Público para submeter o acusado Ronaldo Guilherme de Souza Castro a novo julgamento (CPP, art. 593, inc. III, *d*).

Manteve, porém, as condenações pelos delitos de índole sexual.

9. A aposentadoria do Ministro Nélson Hungria

Após longa e fecunda carreira na magistratura, aposentou-se no Supremo Tribunal Federal, por atingir a idade limite de 70 anos, o Ministro Nélson Hungria. Na respectiva cerimônia, realizada em 12.04.1961, ele foi saudado por Evandro Lins e Silva que, falando em nome dos advogados brasileiros, destacou a "vocação com assento na magistratura" que o conduzia muitas vezes "à veemência de uma linguagem que provocava a perplexidade e o assombro na mansuetude dos tribunais". E também se referiu à qualidade de "polemista exímio" do homenageado que sempre encontrava a "réplica desconcertante para os opositores da tese que sustentava, com eloquência faiscante e dialética contundente" (...)."

"Nélson Hungria soube ser um grande juiz com esse espírito combativo de lutador bravo e indômito, mineiro na vontade e gaucho no panache, como o definiu o doce poeta e juiz Aldemar Tavares.[22]

Para comemorar a passagem de Nélson Hungria pela nossa Corte Suprema, Heleno Cláudio Fragoso recolheu e coordenou a publicação de textos de renomados penalistas para o livro *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nélson Hungria*. A obra veio a público através da Companhia Ed. Forense, no ano de 1962. Entre os colaboradores estrangeiros estavam Luis Jiménez de Asúa, Giuseppe Bettiol, Reinhart Maurach, José Beleza dos Santos e Francisco P. Laplaza. Além de Heleno Cláudio Fragoso, contribuiram os seguintes escritores nacionais: Oscar Stevenson, Anibal Bruno, José Frederico Marques, Jorge Alberto Romeiro, Darci Arruda Miranda, E. Magalhães Noronha, João Bernardino Gonzaga, Benjamim Morais, Roberto Lyra Filho, F. M. Xavier de Albuquerque, Romeu Pires de Campos Barros, Odin Americano, Alípio Silveira, Everardo da Cunha Luna, Laertes de Macedo Munhoz, Geber

(21) Dispunha o art. 596 do CPP, em sua redação original: "A apelação de sentença absolutória não impedira que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos". A Lei 263, de 23.02.1948, acrescentou o § 2.º ao mencionado artigo, para declarar que a apelação da sentença absolutória não teria efeito suspensivo, quando fosse unânime a decisão dos jurados.

(22) Cit. por René Ariel Dotti, em "O passageiro da Divina Comédia", discurso pronunciado no Supremo Tribunal Federal, em homenagem ao centenário de nascimento de Nélson Hungria (05.06.1991), publicado em OAB - *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. XXI, n. 56, jan./abr. 1992, p. 33 e s.

Moreira, Antenor Bogéa e J.A. César Salgado.

10. O parecer emitido pelo Advogado Nélson Hungria

Iniciando um vigoroso tempo de militância na advocacia, Nélson Hungria envolveu-se com a causa da defesa de Ronaldo Guilherme de Souza Castro. E, no interesse do acusado, elaborou um longo e judicioso parecer a fim de instruir um pedido de *Habeas Corpus* impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal pelo Advogado Wilson Lopes dos Santos. O documento, datado de 04.12.1961, pode ser considerado como importante peça histórica do foro brasileiro e merece transcrição de algumas passagens mais eloquentes.

10.1 Natureza e âmbito do estudo

Na petição dirigida ao Supremo Tribunal Federal, reiterando pedido de *Habeas Corpus*, o impetrante Wilson Lopes dos Santos junta o parecer e delimita a natureza e o âmbito da matéria, conforme os itens a seguir:

a) o veredicto de absolvição do paciente longe de ser *manifestamente* contrário à prova dos autos, como entendeu o acórdão, nela tem incontrastável apôio;

b) os juízes da apelação, ao invés de se limitarem a verificar se dito veredicto tinha ou não, algum arrimo na prova dos autos, atribuiram-se arbitrariamente a faculdade de livre apreciação das provas em conjunto, para dar preferência precisamente àquelas que o juiz repelira;

c) não existe nos autos, sequer, a prova indubitável de ter havido homicídio, e não suicídio, o que importa em ter-se de reconhecer a inexistência do próprio *corpo de delito* (como, em caso idêntico — "Caso Piza de Lara-Sonia Sampaio", que foi objeto do *Habeas Corpus* sob n. 32.940, decidido pelo Supremo Tribunal);

d) o dito acórdão apreciou *erradamente* as provas, pois não percebeu que aquelas a que deu prevalência já haviam sido radical e irrecusávelmente desacreditadas por outros elementos probatórios ulteriormente trazidos para os autos;

e) considerou como *indícios*, em franca antinomia com o art. 239 do Código de Processo Penal, circunstâncias sem qualquer relação necessária com o fato a provar;

f) para reconhecer a pseudo co-autoria imputada ao paciente, admitiu a existência de participação criminosa sem *consilium sceleris* e na ausência do pretenso partícipe, ou a identificou em atos que denominou *preparatórios*, mas sem qualquer nexo de meio a fim com o pretendido homicídio;

g) desatendeu a regra elementar segundo a qual um crime é absorvido por outro quando seja necessária fase de execução dêsse outro (*major absorvet minorem; ubi major minor cessat*).

Como se observa, tais destaques assumiram as características próprias dos quesitos a serem respondidos pelo parecerista que enfrentou as mais diversas questões conforme se verifica pelos sub-temas adiante.

10.2 A interpretação do art. 593, inc. III, d, do CPP

"Não tem o Tribunal de Justiça, a pretexto de livre apreciação das provas, a faculdade de preferir entre as versões existentes no processo aquela que lhe pareça mais bem fundada, quando o juri tenha adotado outra, que também encontra elementos probantes nos autos. Não se trata de uma questão de prova em tôrno de fatos a de saber se um acórdão infringe o art. 593, inc. III, letra *d*, do Código de Processo Penal, ao

cancelar um veredicto do júri que assentava em indissimulável prova existente nos autos, isto é, um alibi comprovado por testemunhas insuspeitas."[23]

10.3 Inexistência da co-autoria

"É, de todo em todo, aberrante dos mais elementares princípios de direito penal, o dizer-se que há participação criminosa, não apenas quando existe o *consilium sceleris*, a vontade consciente de concorrer para o crime de que se trate, senão também quando haja participação em atos anteriores ao crime, sem nenhuma relação causal, objetiva ou subjetiva, com êste, praticado inteiramente à revelia do pseudo-partícipe. A não ser um nexo de sucessão no tempo e posto que *in poenalibus* não vigora o *post hoc, ergo propter hoc*, a conduta de Ronaldo, levando Aída ao "local ermo e deserto" e contra ela exercendo violência para fim sexual, nada tem a ver com o fato posterior da queda de Aída, ocorrido quando Ronaldo já se retirara, totalmente alheiado à sorte da infeliz moça. Ronaldo não podia, sequer, prever o que iria acontecer na sua ausência. A teoria defendida pelo acórdão é novíssima e original, mas, no meu entender, não faz muita honra ao seu inventor."[24]

10.4 Sobre o "fabulismo dos laudos" periciais

Valendo-se frequentemente de expressões e imagens contundentes na defesa de suas convicções e de seus argumentos, Nélson Hungria escreveu páginas notáveis. Sobre a decisão do tribunal togado que anulou o veredito do Júri, sob o fundamento de ser manifestamente contrário à prova dos autos, Hungria afirmou que o acórdão "se alimenta do *fabulismo dos laudos* que são *rosários de hipóteses*". Vale repetir:

"O ilustre relator do acórdão revela um grande aprêço pelos laudos da polícia técnica, e mesmo quando êles apenas formulam hipóteses, endossa-as como se fôssem a verdade palpitante dos fatos. Deixou-se naturalmente influenciar pelo que disse um representante do Ministério Público a fls.: "(...) a prova técnica, a prova que não mente nunca (...)" Não se pode, entretanto, conceber afirmativa mais impensada, e é mesmo incrível que o papel não se haja enrugado para evitar que nele se imprimisse tamanho desconchavo. Seria verdadeiramente estranho que a prova técnica ou pericial não mentisse nunca e, no entanto, o Código de Processo Penal (repetindo, aliás, um critério universal), no seu art. 182, referindo-se às perícias, declare que "o juiz não fica adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte". O que não mente nunca são os *fatos* (*facts not lie*), e não laudos de exames periciais, notadamente quando peritos se deixam dominar por idéias apriorísticas ou preconcebidas, no sentido de tal ou qual tese, perdendo-se em interpretações arbitrárias dos fatos e metendo-se a fazer locubrações de "Sherlock Holmes de guardarropia", para usarmos uma expressão de Mira *y* Lopes. A perícia é um meio de prova como outro qualquer, sujeito às mesmas apreciações a que é levado o juiz para seu livre convencimento. Tem de ser cotejada com o restante das provas, pois, de outro modo, os peritos é que passariam a ser os juízes. Os peritos, como Osborn ("The Problem of Prof", p. 295) somente são dignos de crédito "whether their interpretation of the physical facts before you is correct interpretation".[25] (...) "Vê-

(23) O parecer foi juntado aos autos do Processo n. 2.958/1958 (f. 1.503 e s.) e impresso sob a forma de *plaquete*.

(24) Parecer, autos do processo n. 2.958/1958, f. 1.514.

(25) Parecer, autos do Processo n. 2.958/1958, f. 1.514/1.515.

se que o acórdão, ou se alimenta do fabulismo dos laudos periciais, a que empresta o mérito de registro de fatos reais (quando o que neles existe são meras hipóteses) ou se firma em circunstâncias que, se realmente indiciárias do atentado sexual, não tem qualquer relação necessária com a pretendida participação de Ronaldo no suposto homicídio de Aída. Quanto aos laudos periciais, já lhes fizemos a devida justiça: são um rosário de hipóteses em levitação pelo ar".[26]

10.5 Aída teria se suicidado?

Analisando o material probatório com extraordinária acuidade e refletindo sobre todas as hipóteses viáveis, Nélson Hungria chegou a sugerir que a desditosa Aída poderia ter se suicidado. São suas as palavras seguintes: "É de notar, sempre a propósito da impressão psíquica violenta experimentada pela vítima, que esta pode ser levada ao suicídio. Tardieu refere ter observado casos dessa espécie, entre os quais *o de uma mulher que se lançou de uma janela logo que se viu liberta da coação de quem dela abusara"*. Se os peritos tivessem lido esta página, não se teriam orientado com tanto afinco pela hipótese de homicídio. Dir-se-á que hipotética é também a versão do suicídio. Sem dúvida que o é, embora muito mais plausível que a do homicídio. Circunstância alguma a torna inviável ou improvável, enquanto a versão de homicídio se ressente, como adiante veremos, de chocante ilogismo.[27]

(....) "O laudo de "exame de atentado ao pudor seguido de morte" argumenta que, medindo Aída 1m,63, era-lhe impossível galgar o parapeito, que mede 1m,6, de altura, tanto mais quanto se a vítima tinha uma das mãos ocupada, segurando a blusa, livro, cadernos e caixinha de óculos. Os peritos positivamente abusam das palavras. Onde já se ouviu dizer que seja impossível a uma pessoa escalar um peitoril que é meio metro menos alto que ela? Não poderá, é certo, fazê-lo com uma simples "enjambée", mas, mediante pequeno autoimpulso e um pouco de esforço, servindo-se, a um só tempo, de mãos e pés, pode facilmente vencer o obstáculo. A afirmativa do laudo é gratuita, não se tendo procedido a experiência alguma para comprovação dela. De outro lado, ninguém disse que Aída, ao galgar a mureta, estava segurando ou sobraçando os objetos mencionados no laudo. O movimento natural de Aída teria sido o de primeiramente colocar tais objetos sôbre a mureta, para, em seguida, escalando esta, retomá-los (pois não queria deixar vestígios de sua passagem pelo terraço do Rio Nobre), antes de se depenhar.

Para corroboração de seu estranho raciocínio, os peritos aventam a hipótese de que êsses objetos, encontrados junto ao corpo de Aída, teriam sido arremessados por outrem, lá do terraço, após a queda da infeliz moça, e como naturalmente tivessem caído dispersivamente, é de presumir-se que populares ou curiosos os hajam reunido junto ao cadáver, "como é comuníssimo acontecer, quando ocorrem mortes violentas na via pública". Pura conversa fiada. Jamais se ouviu contar que populares arrebanhem "pertences" de vítimas de morte violenta na via pública para agrupá-los junto ao cadáver, pois ninguém ignora que isso unicamente pode ser feito pela autoridade policial, a cuja revelia não é permitida alteração do estado de coisas no local. E no caso concreto a hipótese dos peritos está excluída, pois aos curiosos que acorreram imediatamente não escapou circunstância alguma, nem mesmo o gesto

(26) Parecer, autos do processo n. 2.958/1958, f. 1.528.

(27) Parecer, autos do processo n. 2.958/1958, f. 1.524.

piedoso de uma senhora que abaixou a saia de Aída, para compor-lhe o cadáver".[28]

10.6 A inexistência do concurso de crimes sexuais

A respeito deste tema assim discorre o parecer:

"Um crime é *absorvido* por outro, formando-se unidade jurídica, quando é necessária fase de execução dêsse outro. Cabimento de *Habeas Corpus* quando a coação decorre de errônea interpretação da lei e errônea apreciação das provas".[29]

(...) "A má vontade do acórdão contra Ronaldo é surpreendente: para acarretar-lhe o máximo de punição, invalida a decisão do juri na parte em que estava irretorquivelmente certa, e a mantém na parte em que redundou num despropósito jurídico, isto é, a fragmentação das violências para fim sexual, para reconhecer um concurso material de dois crimes: tentativa de estupro e atentado violento ao pudor. A dupla condenação de Ronaldo, daí decorrente, constitui um intolerável *bis in idem*, pois o atentado violento ao pudor, praticado visando à conjunção carnal, mas não vindo esta a realizar-se, não é outra coisa que tentativa de estupro. Não há tentativa de estupro desacompanhada de atentado violento ao pudor de modo que êste é *absorvido* por aquela (*major absorvet minorem; ubi major minor cessat*), do mesmo modo que uma lesão corporal, infligida *necandi animo*, é absorvida pela configurada tentativa de homicídio. Segundo a elementar regra chamada da consumação (*lex consumens derogat lex consumptae*), um crime se deve entender consumido ou *absorvido* por outro, formando-se unidade jurídica, quando é necessária *fase de execução* ou *normal forma de transição* para êsse outro, que vem a ser, em relação ao primeiro, uma etapa mais avançada do malefício (veja-se Hungria 'Comentários ao Código Penal', v. I, t. I, p. 139, ed. de 1958)."[30]

11. O julgamento do HC pelo Supremo Tribunal Federal

A repercussão da causa criminal, o parecer do ex-Ministro Nélson Hungria e a natureza dos temas em discussão, convergiram para o grande debate que o Supremo Tribunal Federal iria travar no julgamento do *Habeas Corpus* n. 38.898, da Guanabara, ocorrido em 10.12.1962. O *writ* foi denegado na parte em que pretendia cassar o acórdão do Tribunal de Justiça que anulara a absolvição proferida pelo tribunal popular, no pressuposto de que atentara, manifestamente, contra a prova dos autos. A ordem, porém, foi deferida para, eliminando o concurso dos crimes sexuais, excluir o delito de atentado violento ao pudor. A decisão foi unânime.

É oportuna a transcrição do lúcido voto do relator, o notável Ministro Victor Nunes Leal, proferido nos seguintes termos: "Sr. Presidente, o crime de violência sexual, de que veio a resultar a morte de uma jovem, intencionalmente, ou não, é fato tão compungente, exprime tal perversidade, que qualquer ênfase seria desnecessária para dar a medida da minha repulsa. Entretanto, todos os crimes têm de ser julgados de acôrdo com o que consta dos autos e com as circunstâncias que os rodeiam.

No caso dos autos, o eminente Ministro Nélson Hungria, que há pouco honrava êste Tribunal, de tal modo se

(28) Parecer, autos do Processo n. 2.958/1958, f. 1.525.

(29) Parecer, autos do Processo n. 2.958/1958, f. 1.504/1.505.

(30) Parecer, autos do processo n. 2.958/1958, f. 1.530/1.531.

identificou com a defesa do paciente que conseguiu produzir uma peça merecedora dos maiores louvores, que é o parecer anexado à inicial.

Entretanto, não estamos julgando o feito em revisão criminal, mas apreciando a argüição de nulidade do julgamento anterior. Temos de nos ater à verificação de ter o acórdão ofendido, ou não, as normas legais aplicáveis.

Pela doutrina sustentada na inicial, com base no parecer de Nélson Hungria, o Tribunal de Justiça, ao julgar recurso de decisão do Júri, não deve funcionar como juízo comum de apelação quanto à matéria de fato. Segundo ensinamentos dos mestres, inclusive do eminente Ministro Ary Franco, deve apenas verificar se há disparidade contundente com a prova dos autos, sem fazer cotejo minucioso, indício por indício, circunstância por circunstância.

Essa norma de proceder, que não merece nenhuma ressalva, dirige-se ao Tribunal de Apelação; é um conselho, uma recomendação, um *standard*, para que os desembargadores, fazendo justiça, cumpram a lei de acôrdo com a sua melhor interpretação. Mas também nós, em julgamento do *habeas corpus*, estamos cercados por uma regra tradicional; não devemos reapreciar, miudamente, a prova dos autos. Como poderíamos fazer êsse minucioso exame da prova, para verificar se o Tribunal de Justiça errou, porque fêz, por sua vez, meticulosa reapreciação da prova? Iríamos cometer a mesma falta, para caracterizar a falta do Tribunal de Justiça?

Sr. Presidente, saio desta perplexidade, falando agora em tese, e não para o caso dos autos, como uma solução, já admitida pelo Supremo Tribunal, sendo o caso mais recente o do H.C. 39.128, julgado em 27.06.1962. Consiste esta solução em não admitir que o Tribunal de Justiça casse segunda vez a decisão do júri por manifesta contrariedade com a prova dos autos. Como não há gabarito legal para se saber até que ponto o reexame do Tribunal se contém nos limites da lei processual, o freio, que admito para êsse reexame da prova pelo Tribunal de Justiça, consiste em interpretar o Código de Processo Penal no sentido de não permitir a cassação de decisões do júri, pela segunda vez, no mesmo processo, por manifesta contrariedade com a prova dos autos.

Mas, aqui, trata-se de primeira anulação, ou cassação, e estamos apreciando o assunto em *habeas corpus*. Não podemos ir ao ponto de dizer que o Tribunal de Justiça examinou as provas mais profundamente do que devia, para, com êsse fundamento, anular sua decisão.

A convicção de que o pronunciamento contrário à prova dos autos é, em grande parte, subjetiva; dificilmente, poderíamos substituir pelo nosso o critério dos ilustres desembargadores que julgaram o processo.

Estas considerações, Sr. Presidente, me levam a rejeitar o pedido de *habeas corpus* no tocante ao homicídio. Tenho, assim, por prejudicadas as eruditas observações de Nélson Hungria sôbre o valor relativo da prova pericial e sôbre a conceituação dos indícios. O exame dessa matéria só seria pertinente se tivéssemos de reexaminar o julgamento da prova feito pelo Tribunal de Justiça.

Quanto, porém, ao crime sexual, Sr. Presidente, parece-me que procede o pedido, na parte em que sustenta a impossibilidade da acumulação de penas.

O parecer do Ministro Nélson Hungria convenceu-me completamente de que não houve concurso material de crimes sexuais. Embora não fôsse necessário, li o amontoado de depoimentos que se acham nos autos, lí os laudos, levei mais tempo do que seria de se esperar no estudo dêste processo. O objetivo dos acusados, conforme resulta da denúncia,

era praticar o estupro, caso a vítima não acedesse aos seus apetites. Todos os atos de violência sexual consumados naquela ocasião não podiam deixar de ser preparatórios do estupro, que afinal não se consumou. Não me parece lógico nem correto considerar êsses atos, de um lado, como consumação do delito de atentado ao pudor e, de outro, como preparatórios do estupro. Tenho, assim, por absorvido o atentado violento ao pudor na tentativa de estupro, e concedo, em parte, o *habeas corpus*, para declarar, nessa parte, subsistente apenas a pena imposta pela tentativa de estupro.

Existe aqui um pormenor que me deixou, durante algum tempo, em dúvida: o Juiz, tendo em conta que o atentado violento ao pudor foi consumado, enquanto que o crime de estupro não passou da tentativa, foi levado a impor pena mais grave ao primeiro. Pode parecer extranho (sic) que meu voto faça absorver a pena maior pela menor. Mas aqui, Sr. Presidente, não se trata de problema de absorção de pena, porém de conceituação dos crimes. O crime mais grave é o de estupro, punido com o máximo de oito anos de reclusão, enquanto que o atentado violento ao pudor é apenado com o máximo de sete. Não só é mais grave o crime de estupro, segundo a conceituação legal; também se chegará à mesma conclusão pela natureza dos atos imputados ao paciente. Os atos de violência ao pudor é que são preparatórios do estupro; êste pressupõe um resultado sexual ulterior, que no caso não chegou a verificar-se.

Estas considerações afastam a dúvida que me assaltou durante algum tempo no estudo do processo. Como, entretanto, ainda teremos duas sessões plenárias antes das férias, ficaria pessoalmente aliviado, se um dos eminentes colegas pedisse vista dos autos, para nos trazer as luzes da sua inteligência e do seu tirocínio."

O julgamento prosseguiu com o voto do Ministro Gonçalves de Oliveira, que aduziu os seguintes fundamentos:

"Sr. Presidente, pelo que verifico do longo e erudito relatório do eminente Sr. Ministro Victor Nunes, o *habeas corpus* é impetrado contra a decisão do Tribunal de Justiça da Guanabara que mandou o paciente a novo júri. É verdade que o Código de Processo Penal só admite a intervenção do Tribunal de Justiça nos crimes da competência do júri e por êle julgados quando a decisão do júri foi manifestamente contrária á prova dos autos. No Supremo Tribunal Federal, sempre tenho me recusado a examinar a prova dos autos para saber se a decisão do Tribunal do Júri foi ou não contrária á prova dos autos. Parece-me que tal exame contraria a índole mesma do *habeas corpus*. Por êste motivo, Sr. Presidente, acompanho nesta parte o voto do eminente Sr. Ministro Relator. Não obstante as longas e doutas considerações em que V. Exa. abundou, fica certo o meu ponto de vista a propósito do assunto, a saber, não examino, preliminarmente, a prova do processo penal para chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal do Júri. Tenho que a norma do Código de Processo Penal é uma diretiva para o Tribunal de Justiça, o qual deve sempre seguí-la. Mas nós é que não podemos, em linha de princípio, reexaminar a prova dos autos, no processo de *habeas corpus*. Esta questão fica entregue á instância ordinária, como disse. Quanto ao crime de atentado, também acompanho o eminente relator, entendendo que, no crime de estupro, está implícito o de atentado, como mostrou, com clareza, Sua Excelência o eminente Relator".

Seguiram-se os eruditos pronunciamentos dos Ministros Villas Boas, Luiz Gallotti, Hahnemann Guimarães, Ary Franco e Candido Mota e Pedro Chaves.

Os fundamentos do voto do Ministro Ary Franco devem ser transcritos não apenas pela sua adequação científica como também por ter sido ele o autor de prestigiada monografia sobre o tribunal popular.[31] Disse o notável magistrado: " Vou concordar com o eminente relator, sem abdicar de minha idéia que foi posta em relêvo, da tribuna, pelo eminente advogado que fêz sua sustentação oral.

"Estamos diante de um *habeas corpus*; de maneira que não é possível entrar na apreciação da prova. Mas acho que, juiz da apelação, não teria provido essa apelação, porque a lei exige que a decisão seja manifestamente contrária à prova dos autos.

"Não decide manifestamente contrário à prova dos autos o juiz de fato que, entre duas versões do processo, opta por uma, ainda mais um juiz de fato que, entre essas divergentes versões do processo, encontra uma delas alicerçada em impronúncia prolatada por um juiz togado. O juiz que conclui pela improcedência da acusação não decide manifestamente contrário à prova dos autos.

"Quem defende a competência constitucional do júri não é só o Supremo Tribunal, mas também o juiz da apelação.

"Antes da vigência do atual Código de Processo Penal, estava em vigor o Decreto-lei 167, que modificou, então o critério imemorial do júri, que não era o de permitir que tribunal superior entrasse na apreciação da matéria para reformar a decisão e aplicar a pena. O preceito constitucional veio como reação a esse Decreto-lei 167. Quem examinar os anais da Assembléia Constituinte, verificará que o autor dêsse preceito foi o senador Aloísio de Carvalho Filho, que fê-lo como reação ao critério que vigorava, durante o período do Estado Novo.

"Nessa oportunidade, escrevi um estudo na Revista Forense, inserido sob o título 'Desembargador Jurado ou Jurado-Desembargador', dizendo que o desembargador, exigindo que o jurado tenha a sua mentalidade, devia descer à mentalidade do jurado para apreciação do julgamento das apelações nos processos vindos do Tribunal do Júri".[32]

12. O tribunal popular julga Ronaldo pela terceira vez

No dia 10.10.1963, Ronaldo Guilherme de Souza Castro sentaria pela terceira vez no banco dos réus do Tribunal do Júri. A sessão, iniciada às 13:45 horas, foi presidida pelo Juiz Roberto Talavera Bruce e o Promotor Público foi o Doutor Pedro Henrique de Miranda Rosa. Naquele tempo o criminalista Romeiro Neto integrava o Superior Tribunal Militar, após ter exercido as funções de Procurador-Geral da Justiça Militar. Em seu lugar funcionou o advogado Eurico Resende que colaborou com o patrono natural da causa, Doutor Wilson Lopes dos Santos. Os trabalhos do Júri se encerraram às 20:30 horas do dia seguinte, com a leitura da sentença de condenação que aplicou a pena de 6 (seis) anos de reclusão (CP art. 121, *caput*, c/c o art. 25). Os jurados desqualificaram o homicídio e reconheceram a atenuante da menoridade (CP art. 48, I) bem como a causa de especial diminuição de pena, por ter o agente querido participar de crime menos grave (CP art. 48, parágrafo único).

13. A condenação definitiva

A 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do então Estado da Guanabara,

(31) Ary Azevedo Franco, *O Júri e a Constituição Federal de 1946*, Livraria Freitas Bastos S/A, 1950.

(32) Petição de *Habeas Corpus* n. 38.898 — Guanabara.

por votação unânime, na sessão de 13.08.1964, negou provimento ao recurso do réu e deu provimento ao apelo do Ministério Público para aumentar a pena para 8 (oito) anos de reclusão. Ficou vencido, em parte, o Desembargador João Frederico Russel que fixava a sanção privativa de liberdade em 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Atendendo ao parecer do Procurador Geral, a Câmara impôs a medida de segurança "como imperativo que deve ser atendido".[33] O sistema positivo então vigorante admitia a aplicação sucessiva de pena e medida de segurança (*doppio binario*), solução que a reforma introduzida com a Lei 7.209/84 iria rejeitar em favor do sistema vicariante.

14. Fontes de consulta e agradecimentos

A publicação desses dois artigos, que procuram recompor um célebre *affaire* judiciário, somente foi possível graças ao valioso apoio de alguns amigos e colegas. Agradeço ao Doutor Wilson Lopes dos Santos a remessa de fotocópias de peças do processo n. 2.958/1958; ao Doutor Clemente Hungria, a correspondência e a *plaquete* contendo o parecer elaborado por seu ilustre pai; ao Ministro Evandro Lins e Silva, pelas informações sobre fatos que estão fora dos autos, e ao Professor Nilo Batista, pelo estímulo em favor de todos os projetos que tratem da memória de acontecimentos forenses.

Ao fundo, vai a manifestação de respeito e admiração pela independência do Poder Judiciário e pela liberdade de consciência que devem ter os juízes de Direito. A obra-depoimento de Souza Neto,[34] cuja primeira leitura tanto me impressionou nos *verdes anos* de advocacia, constituiu uma das fontes principais dos textos ora produzidos, bem como um poderoso guia para procurar a verdade em meio à tempestade dos ventos que transportam a areia para esconder as estradas e distrair o caminhante no deserto.

Mas, em algum tempo ou lugar é possível *aviventar rumos* e se solidarizar com quem sofreu injusta campanha de descrédito, simplesmente por ter julgado segundo a sua livre convicção. Tal solidariedade brotou também do voto do Ministro Ary Franco, *reabilitando* o intimorato Souza Neto quando proclamou:

"Juiz da apelação, eu não teria dúvida em manter essa absolvição, apesar de todos os ataques que foram feitos ao juiz que teve a coragem moral de impronunciar o acusado dêste processo. O que não está neste processo são precisamente as acusações feitas a êsse acusado, através da imprensa."[35]

(33) Apelação Criminal n.º 44.081.

(34) *A tragédia e a lei,* cit.

(35) *Habeas Corpus* n.º 38.898 — Guanabara.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS