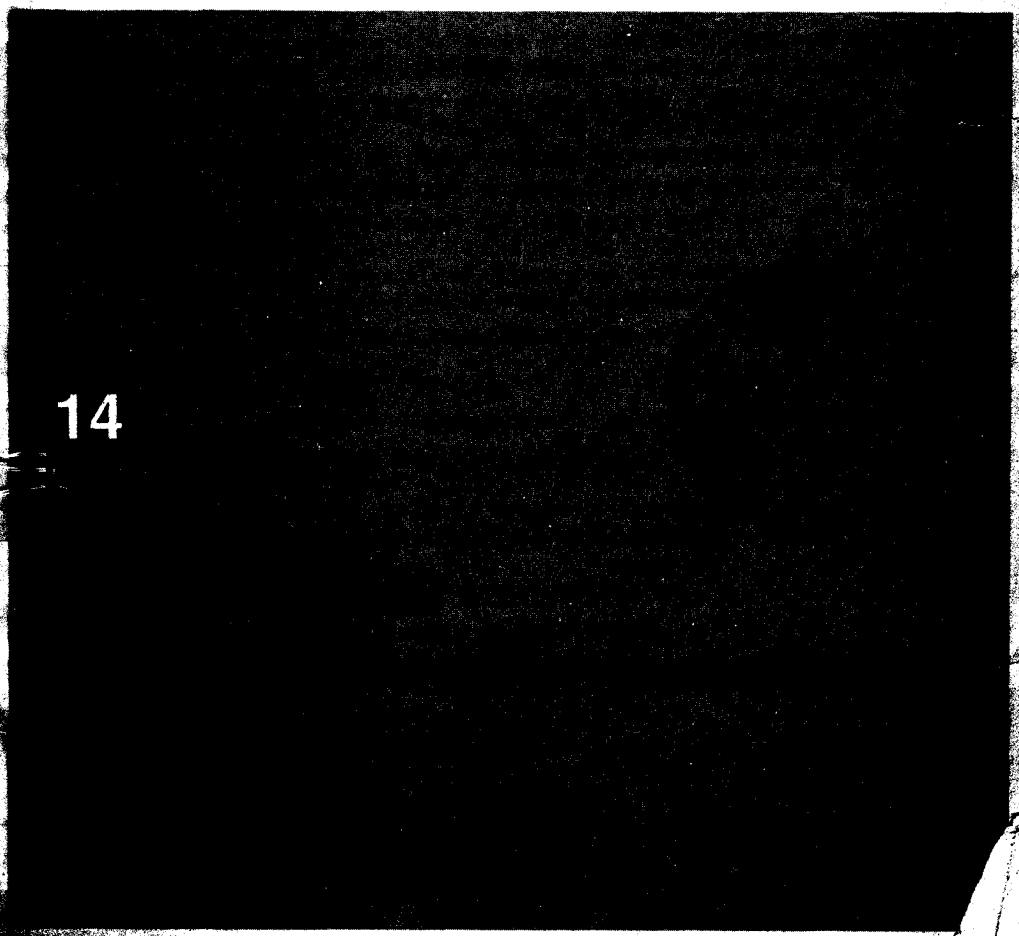
ciências criminais

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ano 4 - n. 14 - abril-junho - 1996



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

Trimestral — ANO 4. número 14 Abr.-Jun./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 de Coordenação Editorial: Alcides Tomasetti Junior
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 Chbane
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

Este décimo quarto volume da Revista Brasileira de Ciências Criminais não só reflete como confirma a dialética que se processa no IBCCrim e que tem sido, talvez, a razão mais importante do sucesso da Revista, e do próprio Instituto. Demonstra, acima de tudo, a ausência de preconceito intelectual e, conseqüentemente, a constante assimilação de novos valores culturais. Daí a confirmação da "capa nova", moderna, significando a dialética revolucionária de novos valores que se refletem nas novas seções da Revista, abrindo novos horizontes para o complexo leque de assuntos a serem publicados.

A "capa nova" não exterioriza apenas um moderno e bom gosto visual. Significa também que, passados quase quatro anos de existência, a Revista e o Instituto foram assaltados por novos valores ideológicos os quais, numa perfeita assimilação dialética com dogmas irreversíveis de nossa origem e existência, acabaram por refletir profundamente em nossa essência, transformando-nos, na busca de um aperfeiçoamento que reflita os anseios de nossos leitores. Portanto, mais do que uma simples "capa nova", há um "rosto novo" na Revista Brasileira de Ciências Criminais, o qual, sem fugir da ideologia original e germinadora do Instituto, procura significar a profunda influência intelectual que vimos recebendo de todos aqueles que conosco contribuem.

Desta forma, todas as novidades contidas no décimo terceiro volume aqui são confirmadas, numa demonstração de que vieram para ficar. Além das tradicionais, também as novas seções apresentam-se com importantes artigos. Aí estão, novamente, "Direito Penal Econômico", "Direito de Trânsito", "Criminologia e Medicina Legal", "Polícia e Direito" e "Sociologia Jurídica".

O famoso e corajoso abolicionista penal holandês Louk Hulsman nos proporciona reflexões sobre o tema da descriminalização em intrigante entrevista, onde insiste em novas maneiras de enfrentarmos e administrarmos os conflitos sociais, sem que se utilize do recurso de tipificá-los penalmente.

A "Doutrina Internacional" apresenta artigo de Enrique Bacigalupo Zapater, onde trata do conceito de erro de proibição vencível e não vencível. Publica, também, outros importantes artigos, especialmente aquele de Kurt Madlener que trata do problema da compensação da vítima do delito, tema atual das legislações mais avançadas do mundo e que agora começa a surgir no Brasil, especialmente com o advento da Lei 9.099/95.

Numa demonstração de que nossa Revista encontra importantes leituras no exterior, o professor José Luiz Gusmán Dalbora publica seu artigo sobre a atualíssima Teoria da Insignificância e envia carta onde afirma que seu interesse "por fazer conhecer seu trabalho no meio jurispenal brasileiro" decorre de sugestão de seu professor Manuel de Rivacoba y Rivacoba.

Há ainda artigos de Paulo de Souza Mendes e Raúl Cervini.

Na Doutrina Nacional, tema não menos importante, dada sua atualidade, é desenvolvido por Antonio Milton de Barros e trata da defesa técnica do acusado

vislumbrada no postulado constitucional da ampla defesa e a hipótese de defensor nomeado em interrogatório e sem recursos.

O Procurador de Justiça de São Paulo, Eduardo Silveira Melo Rodrigues escreve sobre "a relevância causal da omissão" e o faz com a consciência de que é "um dos temas mais difíceis e uma das questões mais tormentosas da ciência do Direito Penal".

Também há artigos do professor Fábio Ulhoa Coelho, do Procurador da Justiça Federal Francisco Dias Teixeira, dos advogados Laertes de Macedo Torrens, Leônidas Ribeiro Scholtz, Oscar Vilhena Vieira e Ivan Lira de Carvalho.

A nova seção sobre "Direito Penal Econômico" publica artigo de José Inácio Gonzaga Franceschini, sob o título "Introdução ao Direito de Concorrência", no qual trata este tema como "ramo do Direito Econômico" que cuida das relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando o pleno exercício de direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa em prol da coletividade. Ainda há artigos de Waldyr de Abreu e do Procurador de Justiça do Estado de São Paulo Sérgio de Oliveira Médice.

Há um interessante parecer da lavra de Xavier de Albuquerque onde se vê que seus constituintes são P. C. Farias, Jorge W. T. Bandeira de Melo e Giovani Carlos Fernandes de Melo.

Se na última edição publicamos artigo sobre o crime de tortura, agora há jurisprudência sobre este tema, além de comentários sobre os vocábulos "filho" e "promessa", no crime do artigo 238, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

As seções sobre jurisprudência, legislação, resenha, noticiário e resumos continuam sendo elaboradas com oportunismo e atualidade, tornando-se importante fonte de consulta de nossos leitores.

Este décimo quarto volume cumpre a importante missão de manter acesa a chama de estimular o pensamento crítico de nossos leitores e operadores do direito.

Conselho Diretivo

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 03

1. ENTREVISTA

Práticas Punitvas: um Pensamento Diferente — Uma Entrevista com o Abolicionista Penal Louk Hulsman — JUAN FELIX MARTEAU 13

2. DOUTRINA INTERNACIONAL

La Evitabilidad o Vencibilidad Del Error de Prohibición — ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER 27
La Insignificancia: Especificación y Reducción Valorativas En El Ámbito de Lo Injusto Típico — JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA 41
Compensação, Restituição, Sanção Pecuniária e Outras Vias e Meios de Reparar o Dano às Vítimas do Crime Através dos Tribunais — KURT MADLENER 83
Crítica à Idéia de "Diminuição do Risco" de Roxin — PAULO DE SOUSA MENDES 102
Relación Entre La Etica y El Derecho En La Actual Dinámica Legitimadora de La Norma Penal — RAÚL CERVINI 119

3. DOUTRINA NACIONAL

A Defesa do Acusado e sua Intervenção no Interrogatório Judicial — ANTÔNIO MILTON DE BARROS 131
O Ministério Público e a Separação de Poderes — EDUARDO REALE FERRARI .. 141
A Relevância Causal da Omissão — EDUARDO SILVEIRA MELO RODRIGUES .. 149
Breves Notas sobre o Crime de Duplicata Simulada — FÁBIO ULHOA COELHO . 167
A Titularidade da Ação Penal e o Arquivamento do Inquérito — FRANCISCO DIAS TEIXEIRA 174
Ao Lado das Vítimas — LAERTES DE MACEDO TORRENS 183
A Eficácia Temporal das Normas sobre Prisão e Liberdade — LEÔNIDAS RIBEIRO SCHOLZ 192
Neoliberalismo e Estado de Direito — OSCAR VILHENA VIEIRA 201

4. DIREITO PENAL ECONÔMICO

A Criminalização de Ilícitos Praticados por Particular Contra a Administração Pública — O Descaminho de Mercadorias — IVAN LIRA DE CARVALHO 215
Introdução ao Direito da Concorrência — JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI 220

5. DIREITO DE TRÂNSITO

Uma Interpretação do Artigo 77 do Código Nacional de Trânsito — GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO 253
A Educação de Trânsito — WALDYR DE ABREU 261

6. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

O Processo de Desviação na Visão de David Matza — LYCURGO DE CASTRO SANTOS 266
Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: Mudança e Permanência de Paradigmas Criminológicos na Ciência e no Senso Comum — VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE 276

7. POLÍCIA E DIREITO

Abuso de Poder x Poder de Polícia — ÁLVARO LAZZARINI 288
Aspectos da Prisão em Flagrante — SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI 302

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

O Poder em Exercício: O Caso das "Lettres de Cachet" — CRISTINA NEME 311
Sob o Domínio do Medo: O Seqüestro na Sociedade Brasileira (1985-1990) — GLAUBER SILVA DE CARVALHO 321
Criminalização: Este Corpo, Esta Justiça — JUAN FELIX MARTEAU 342

9. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

Crime de Militar na Justiça Civil — RENÉ ARIEL DOTTI 351
Contas Bancárias "Fictícias" — XAVIER DE ALBUQUERQUE 361

10. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O processo Aída Cury (1.ª Parte) — RENÉ ARIEL DOTTI 374

11. JURISPRUDÊNCIA

11.1 Jurisprudência Comentada

Tortura — Prova Ilícita — Inaceitabilidade de Elementos de Convicção por Ela Viciados — FAUZI HASSAN CHOUKR 387
Delimitação dos Vocábulos "Filho" e "Promessa" no Crime de Promessa de Entrega de Filho mediante Paga ou Recompensa — Artigo 238 do ECA — LUIZ ANTÔNIO BOGO CHIES e JOSÉ OLAVO BUENO DOS PASSOS 394

11.2 Jurisprudência Recente

Apelação em Liberdade — Maus Antecedentes: Não Configuram 44 Inquéritos Policiais e/ou Ações Penais em Andamento — Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO 400
Garantia Constitucional da Ampla Defesa — Efetividade que Depende da Avaliação do Desempenho do Defensor Nomeado — Rel. Min. MARCO AURÉLIO DE MELLO 403
Lei 9.099/95 — Representação — Despacho — Min. CELSO DE MELLO 406
Quadrilha ou Bando. Necessidade de Individualização da Conduta — Art. 41 do Código de Processo Penal — Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE 409

11.3 Ementário de Jurisprudência

Roberto Delmanto Júnior 421

11.4 Jurisprudência Organizada

Habeas Corpus — Atualização — ALBERTO SILVA FRANCO e LUIZ CARLOS BETANHO 441

12. LEGISLAÇÃO

Decreto de 3 de agosto de 1993 459

13. RESENHAS

Sobre o Direito a Prova no Processo Penal — Antonio Magalhães Gomes Filho — FAUZI HASSAN CHOUKR 468

14. RESUMOS — FAUZI HASSAN CHOUKR 470

15. ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 472

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.

ÁLVARO LAZZARINI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Professor de Direito Administrativo da Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

ANTÔNIO MILTON DE BARROS

Promotor de Justiça e Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Franca.

CRISTINA NEME

Pós-graduanda do Departamento de Ciência Política da USP.

EDUARDO REALE FERRARI

Advogado em São Paulo e Mestrando da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

EDUARDO SILVEIRA MELO RODRIGUES

Procurador de Justiça em São Paulo.

ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER

Catedrático de Direito Penal da Universidade Complutense (de Madrid, Espanha). Magistrado do Tribunal Supremo.

FÁBIO ULHOA COELHO

Advogado em São Paulo e Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FAUZI HASSAN CHOUKR

Promotor de Justiça. Professor de Direito Penal da Universidade de São Paulo e da Universidade São Judas Tadeu.

FRANCISCO DIAS TEIXEIRA

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

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

GLAUBER SILVA DE CARVALHO

Pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da USP. Pós-graduando em Sociologia na USP.

IVAN LIRA DE CARVALHO

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

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI

Advogado em São Paulo.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Professor de Direito Penal na Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade de Antofagasta, Chile.

JOSÉ OLAVO BUENO DOS PASSOS

Promotor de Justiça. Professor da Universidade Católica de Pelotas.

JUAN FELIX MARTEAU

Advogado. Mestre pelo Departamento de Sociologia da USP.

KURT MADLENER

Professor no Max-Planck Institut em Freiburg, Alemanha.

LAERTES DE MACEDO TORRENS

Advogado em São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Guarulhos. Membro do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo.

LEÔNIDAS RIBEIRO SCHOLZ

Advogado em São Paulo. Professor de Direito Penal das Faculdades Metropolitanas Unidas.

LOUK HULSMAN

Professor Emérito da Universidade Erasmo de Roterdã, Holanda.

LUIZ ANTONIO BOGO CHIES

Advogado. Professor da Universidade Católica de Pelotas.

LUIZ CARLOS BETANHO

Juiz Aposentado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

LYCURGO DE CASTRO SANTOS

Promotor de Justiça. Professor de Direito Penal das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo.

OSCAR VILHENA VIEIRA

Procurador do Estado de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. "Master of Laws" pela Universidade de Columbia, EUA.

PAULO DE SOUSA MENDES

Professor Assistente da Universidade de Lisboa, Portugal.

RAÚL CERVINI

Professor de Direito Penal da Universidade da República e da Universidade Católica do Uruguai. Secretário para América Latina do ICEPES — Centro Internacional de Estudos de Direito Penal Econômico.

RENÉ ARIEL DOTTI

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

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR

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

SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI

Procurador de Justiça em São Paulo. Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Araraquara.

VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE

Doutora em Direito pelo CPGD/UFSC. Professora de Direito Penal, Criminologia e Políticas Criminais nos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da UFSC.

XAVIER DE ALBUQUERQUE

Advogado. Ministro Aposentado e Ex-presidente do Supremo Tribunal Federal. Ex-professor da Faculdade de Direito do Amazonas e da Universidade de Brasília.

WALDYR DE ABREU

Magistrado Aposentado. Professor de Direito Penal.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

1 — ENTREVISTA

PRÁTICAS PUNITIVAS: UM PENSAMENTO DIFERENTE

UMA ENTREVISTA COM O ABOLICIONISTA PENAL LOUK HULSMAN

JUAN FELIX MARTEAU
TRADUÇÃO DO INGLÊS: HELENA SINGER*

Louk Hulsman, criminólogo holandês de reconhecido prestígio internacional, conversou com IBCCRIM sobre sua polêmica perspectiva que promove a abolição dos sistemas penais. Professor emérito da Erasmusuniversiteit Rotterdam, membro do Comitê Europeu para Problemas Criminais (Council of Europe), ativo pesquisador de diversos institutos europeus, Hulsman nos relata a trajetória de sua crítica às agências punitivas modernas, insistindo na possibilidade de novas formas de administrar os conflitos sociais que hoje são criminalizados.

O autor de *Peines perdues. Le système pénal en question* (trad. port. Edit. Luam) e de numerosos artigos publicados em várias línguas, utilizando os métodos das ciências sociais, renova nossa linguagem sobre a questão do controle social, convidando-nos sugestivamente a nos despojar dos hábitos com os quais pensamos nossa relação com os outros homens.

P. Desde seu nascimento, o sistema penal estatal tem sido submetido às mais diversas críticas (ele não opera de modo justo, não ressocializa, a polícia é violenta, as leis penais não protegem os interesses fundamentais da sociedade etc.) que visam a sua constante reforma. A perspectiva abolicionista adota, por sua vez, uma postura radical: propõe erradicar os sistemas penais daquelas sociedades que se pretendem regimes políticos democráticos. Como você nos introduziria a essa abordagem?

R. Primeiro, eu acho necessário fazer uma distinção analítica entre o que chamo de *abolicionismo acadêmico* e *abolicionismo institucional. A abolição institucional* é, para mim, o movimento social que deseja se livrar da justiça criminal da mesma forma que, no passado, as pessoas quiseram se livrar da escravidão e, hoje em dia, querem se livrar de práticas que consideram discriminatórias quanto à raça e ao gênero (*apartheid*). À abolição institucional pertencem também as mudanças mais pessoais na percepção, na atitude e no comportamento daqueles que estão individualmente ou coletivamente empenhados nessas transformações. Este é o fruto de uma nova consciência sobre justiça criminal e da decisão de tentar não ser mais parte disto como quando, por exemplo, nos utilizamos da linguagem e aceitamos suas imagens como se fossem naturais. Ainda com relação ao aspecto "institucional", a abolição penal

* Helena Singer é doutoranda em Sociologia pela FFLCH/USP e pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência (USP).

é comparável ao que podemos ver nos movimentos pacifista, feminista, homossexual e nos movimentos envolvidos na construção nacional sem discriminação racial, como o atual na África do Sul.

A *abolição acadêmica* é parte da questão de como abordar o fenômeno do crime e da justiça criminal: como eles aparecem no debate e se desenvolvem em diferentes práticas profissionais, que formam a "base material" da justiça criminal, em um *contexto acadêmico*. Sabemos que as atividades das ciências legais e sociais têm uma dupla face: por um lado, estão "*produzindo conhecimento*" e, por outro, estão *constituindo campos de práticas profissionais* e as *legitimando*. Diante dessa perspectiva, a *abolição acadêmica* é a abolição de certas maneiras de olhar o crime e a justiça criminal. Ela enfoca as atividades de uma das organizações que sustentam a justiça criminal: a universidade e, mais especificamente, os departamentos de direito criminológico, criminologia e sociologia jurídica. Esta forma de abolição recusa, portanto, os discursos dominantes sobre crime e justiça criminal por sua falta de independência em relação às práticas sociais existentes e na medida em que estes discursos sustentam a idéia de uma justiça criminal "natural e necessária".

Nesse sentido, essa abolição é a abolição da linguagem prévia sobre justiça criminal e a substituição desta linguagem por uma outra, que permita submeter a justiça criminal a uma hipótese crítica, que desafie a sua naturalidade e necessidade.

Subscrevo o modo pelo qual Foucault define o papel da academia nestas questões. De acordo com ele, o acadêmico não deveria se esforçar por desempenhar um papel de intelectual-profeta que fala às pessoas o que devem fazer e prescreve formas de pensar, objetivos e significados. Ao contrário, o papel do acadêmico é mostrar 1) como as instituições realmente funcionam, e 2) quais são as reais conseqüências do seu funcionamento para os diferentes setores da sociedade. Além disto, ele tem que 3) desvendar os sistemas de pensamento que sustentam estas instituições e suas práticas. Deve mostrar o contexto histórico destes sistemas, as coerções que exercem sobre nós e o fato de que eles se tornaram tão familiares que agora fazem parte de nossas percepções, atitudes e nosso comportamento. Por último, 4) ele pode trabalhar junto com aqueles diretamente envolvidos e com os que lidam com a prática, para modificar as instituições e suas práticas e desenvolver outras formas de pensamento. É desse modo, portanto, que eu tento contribuir para um novo "conhecimento" sobre justiça criminal e crime, conhecimento que é naturalmente útil no contexto da abolição institucional.

Isso me leva à segunda consideração preliminar. Na última metade deste século, o conhecimento científico sobre controle social e especificamente sobre justiça criminal passou por um importante progresso, que levou a questionar as representações da justiça criminal enquanto justiça legítima e necessária. A compreensão dessas noções sobre justiça criminal como "legítimas e necessárias" está fundada em duas representações. A primeira delas apresenta o direito penal como elaborado adequadamente em virtude das "situações problemáticas reais" e do "comportamento prejudicial e desacreditável real" dos sujeitos. Apresenta, também, a prática penal como uma resposta efetiva e limitada aos valores de um 'estado de direito'. Através de uma grande quantidade de pesquisas nos processos de elaboração da legislação em geral e da penal (criminalização primária), em particular, hoje sabemos que esta representação é fundamentalmente falsa.

Uma segunda forma de representação da justiça criminal ensina que uma resposta penal é uma resposta "normal" ao evento criminalizável, tanto no sentido estatístico quanto no sentido normativo. Sabemos agora, através de uma grande quantidade de pesquisas em vários países, que em todos os campos nos quais a justiça criminal é ativada suas intervenções são estatisticamente reduzidas e, mais freqüentemente, de fato, muito excepcionais. No campo do crime tradicional (roubo, assalto), a criminalização secundária (a ativação da justiça criminal em um caso concreto) depende de atividades policiais de natureza reativa (uma reclamação de alguém se sentindo contrariado ou vitimizado). Neste contexto, a principal razão pela qual estatisticamente o grau de intervenções penais é tão baixo é que a maior parte das vítimas não denuncia os eventos para a polícia, mas os encaminha de outro modo. A criminalização é um serviço cujos "clientes potenciais" (as vítimas) não querem comprar. O que eles normalmente querem é proteção e reparação. Estes são produtos que a justiça criminal não vende, da mesma forma que a normatividade da criminalização não é "normal" para as vítimas.

P. Em virtude de quais princípios teóricos, em relação a quais valores torna-se possível a reflexão abolicionista?

R. Em primeiro lugar, vou tentar deixar claro qual é o meu tema. O fenômeno que estudo é a "justiça criminal" e seus processos: a criminalização. Para mim, justiça criminal é uma forma específica de interação de uma gama de agentes: a polícia, os tribunais, a prisão (produtores da criminalização secundária), o executivo, o parlamento, a universidade (produtores da criminalização primária e da linguagem da justiça criminal). Cada um deles tem uma vida própria com práticas específicas. Nenhum desses agentes é completamente "casado" com a justiça criminal; cada um deles tem uma vida própria com práticas específicas fora do quadro de referência da justiça criminal. Neste quadro de referência criminal é possível distinguir uma organização cultural e uma organização social. Quais são as características dessas organizações? A *organização cultural* da justiça criminal tem por fim construir (ou reconstruir) a realidade de um modo muito específico. Ela produz uma construção da realidade enfocando um incidente, estritamente definido e focalizado em um tempo e um espaço, congela a ação ali e articula o incidente com uma pessoa, um indivíduo, ao qual a instrumentalidade (causalidade) e a culpa podem ser atribuídas. O resultado é que o indivíduo fica então separado. Ele é, devido àquele incidente, isolado de seu ambiente, seus amigos, sua família, o substrato material de seu mundo. Ele é também separado daquelas pessoas que se sentem vitimizadas por uma situação que pode ser atribuída à sua ação. Estas "vítimas" são separadas de um modo comparável. Então, a organização cultural de referência artificialmente coloca certos indivíduos a parte de seus ambientes distintivos e separa as pessoas que se sentem vitimizadas das pessoas consideradas, nesse contexto específico, "perpetradoras". Nesse sentido, a organização cultural da justiça cria "indivíduos fictícios", e uma interação "fictícia" desses indivíduos. No processo de atribuição da culpa, tenta-se construir um quadro coerente e consistente em torno de uma hierarquização da "gravidade". Tenta-se expressar essa hierarquia nas sanções.

Chego agora às características específicas da *organização social* da justiça criminal. Vou mencionar duas. A primeira é que a justiça criminal não tem

clientes. Os profissionais geralmente reivindicam "clientes". Os profissionais da medicina têm "pacientes", os professores têm estudantes, mas a justiça criminal não parece ter clientes. No campo do "crime tradicional", o candidato natural para o papel de cliente seria a "vítima". Esse é o caso do direito civil e administrativo mas não do direito criminal. Suas vítimas têm uma posição muito fraca. Uma segunda característica é sua extrema divisão de trabalho, orientada para um direito criminal centralizado (direito escrito ou direito comum). Isso torna muito difícil para os funcionários direcionarem suas atividades em relação aos problemas tais como foram vivenciados por aqueles diretamente envolvidos, e também assumirem responsabilidade pessoal por suas atividades. Nesse sentido, pode-se dizer que uma das principais características da justiça criminal é que ela prega em seu discurso "responsabilidade pessoal" para os "infratores" mas suprime essa "responsabilidade" para aqueles que trabalham em seu quadro de referência.

Em segundo lugar, vou tentar ser claro sobre os valores que desempenham um papel-chave na minha concepção das atividades profissionais no setor público. Do que eu disse nos pontos preliminares, ficará claro que eu acho que uma das mais importantes tarefas acadêmicas é jogar luz sobre o que está dentro da "figura escura" dos eventos criminalizáveis que não ativam a justiça criminal, sendo encaminhados de outros modos. Vimos que estes outros modos são estatisticamente a regra e a criminalização é uma exceção. Mas estes outros modos não figuram no debate público, eles permanecem na escuridão. O que precisamos é um debate público no qual o modo de a justiça criminal lidar com os eventos seja comparado com estes outros modos à luz de certos valores que são capazes de mobilizar um grande apoio. Eu resumo estes valores e noções básicas do seguinte modo: a) respeito à diversidade e a produção de uma solidariedade ativa, em um sentido ecológico mais amplo; b) respeito aos interesses concretos das pessoas; para serem legitimados, profissionais e autoridades têm que servir a interesses concretos de clientes concretos e só são capazes de fazê-lo quando esses clientes potenciais têm poder para orientar suas atividades; c) construção válida da realidade; o cardápio não é a refeição, o mapa não é o território. Um evento que é objeto de um debate ou qualquer forma de tomada de decisão é sempre reconstituído e reduzido. Ao acessar práticas sociais, o primeiro aspecto que tem que aparecer é a qualidade da reconstrução de um evento ou um *state of affairs*. Esta é a reconstrução "válida". A reconstrução de eventos, que pertencem (também) ao domínio do mundo da vida, só é válida se é baseada nos significados dos atores diretamente envolvidos no mundo da vida (em sua diversidade).

Para fechar esta questão, podemos dizer que as atividades acadêmicas convencionais relacionadas com a justiça criminal, mesmo com uma natureza crítica, têm uma tendência a se manterem fechadas para a abordagem básica da justiça criminal: orientadas para os infratores, orientadas para a alocação da culpa em uma hierarquização da "gravidade". A linguagem abolicionista é muito diferente. Seu foco está: nas situações ao invés dos comportamentos; na natureza problemática ao invés da natureza criminal ilegal; na pessoa/instância para quem a situação é problemática, a vítima, ao invés do infrator (este apenas entra no quadro quando a vítima define o evento de um modo que o torna relevante); na questão sobre o quê pode ser feito a respeito e por quem sob a perspectiva do futuro (menos problemas ou menos problemático) e do passado (reordenado) ao invés da gra-

vidade e da alocação da culpa no infrator.

Considerando tudo isso, é preciso analisar e avaliar o que está em andamento na vida social no campo da justiça criminal, no mundo dos eventos criminalizáveis e nos campos que se tornaram fundamentais nos debates sobre criminalização primária. Mas ao entrar nesses campos, eu não poderia me referir aos espetáculos da justiça criminal. Nesses espetáculos, todos os eventos são transformados em uma variação específica do modelo de punição de controle social. A vida real é vista neles exclusivamente sob esse aspecto. Mas os atores sociais envolvidos têm milhares de modos de construir e reconstruir os eventos criminalizáveis. Eu tenho que entrar no campo de um modo que me permita descobrir os eventos a partir das construções muito diferentes dos atores envolvidos. E tenho que respeitar as construções dos indivíduos diretamente envolvidos e avaliá-los em termos dos valores que mencionei.

Muito freqüentemente, as pessoas que definem um evento como problemático não o fazem no sentido de procurar por uma pessoa responsável, um infrator. Às vezes, elas vêem o evento como um ato de Deus ou Alá; outras vezes, como um acidente. Conheço muitas pessoas que vêem certos tipos de furto ou batida de carteira nas grandes cidades como acidentes, do mesmo modo que vêem as revistas agressivas nas batidas feitas pela polícia, para dispersar ou detectar posse ilegal de drogas, como acidentes. Às vezes, elas vêem essas situações como conseqüência necessária de uma estrutura social que deve ser transformada, como, por exemplo, a violência racial e religiosa na África do Sul e na Irlanda do Norte. Mesmo quando elas procuram por uma pessoa responsável, não o fazem necessariamente no contexto do modelo punitivo de controle social, mas, talvez, no contexto de um modelo compensatório, educacional, terapêutico ou conciliatório. E ainda que utilizem um modelo punitivo, fazem-no provavelmente de uma forma distinta da justiça criminal. Continuamente, todas essas construções de realidade são negociadas entre os diretamente envolvidos e os profissionais quando são chamados a intervir. Eu preciso de uma ferramenta específica para descrever essa situação e descobrir o que acontece nos raros casos em que a justiça criminal entra nesse campo. Quase sempre, esses processos têm como ponto de partida a pessoa (ou grupo) que se sentiu injustiçada: a "vítima". Praticamente nunca o "agressor". O agressor entra no meu campo (de qualquer modo, no campo do crime tradicional) somente quando a vítima reconstrói o evento de um modo tal em que está procurando por um agressor.

Essas mudanças na (no foco da) linguagem são necessárias para tornar possível saber se as atividades desenvolvidas são adequadas ou não aos valores que mencionei.

Enfim, as críticas à justiça criminal, que resultam da análise que desenvolvi acima, podem ser resumidas da seguinte forma: a crítica mais fundamental à justiça criminal é que ela tende a oferecer uma construção inválida (não-realista) do que aconteceu e, conseqüentemente, também a dar uma resposta não-realista e não-efetiva. Tende, mais a fundo, a influenciar organizações como a polícia e os tribunais de um modo tal que ela se torna autopoiética e não pode lidar de um modo criativo com as situações problemáticas nem aprender com elas. A justiça criminal parece estranha aos três valores que mencionei. A "criminalização" é injusta na medida em que, por sua própria estrutura, nega a existência de variedades na vida social e de "significados" diferentes conseqüentemente gerados, e porque é incapaz de percebê-los e lidar com eles. É

também injusta — nos seus termos — porque não pode lidar eqüitativamente com infratores e vítimas: a maior parte deles nem sequer aparece na justiça criminal (cifra escura); como regra, eles são tratados em qualquer outro lugar de um modo que não é nem mesmo conhecido pela justiça criminal.

Eu não desafio, em minha abordagem da justiça criminal e dos eventos criminalizáveis, a reivindicação pelo Estado do monopólio da coerção física. Isso significa que eu trabalho sob a hipótese de que, às vezes, a coerção física pode ser necessária e que precisamos de um contexto legal no qual ela possa ser mobilizada. Eu acredito que o direito civil e o administrativo oferecem esse contexto.

P. Justamente com referência à atividade estatal, tem-se falado da "expropriação" ou do "roubo" do conflito dos particulares. Nas sociedades germânicas da alta Idade Média, por exemplo, as práticas penais desenvolviam-se com base em um princípio binário: os indivíduos administravam seus conflitos sem a presença de um terceiro que, reconstruindo a "verdade" do sucedido, ditaria uma sentença. Outra prática penal, outra sociedade. A perspectiva abolicionista inspira-se neste tipo de sociedade onde a presença do Estado não era decisiva na vida dos indivíduos?

R. Eu me *inspirei* em estudos históricos como os que você mencionou. Os cursos de direito, por muito tempo, treinaram advogados na idéia de que a justiça criminal era muito velha e de que se tratava de uma instituição universal fundada na natureza humana. Você sabe quão difundida tem sido tal concepção. Muitas das idéias durkheimianas sobre justiça criminal e seu progresso foram baseadas nesse mito. Então, a entrada nessa dimensão histórica me deu liberdade para ver as coisas de um modo diferente e descobrir em que grau esses modelos da Idade Média ainda estão vivos nas atuais sociedades industriais e pós-industriais e também testá-los nas ainda existentes sociedades tradicionais. Estudos sobre o atual procedimento introdutório dos tribunais municipais em Papua—Nova Guiné são extremamente interessantes para entender quais foram os "sistemas e problemas de justiça" que o desenvolvimento causou e como nós podemos enfrentar esses problemas.

Vou tentar ser, em certa medida, mais concreto sobre o modo como procuro — como já disse na resposta à primeira pergunta — analisar e trabalhar com o que está em andamento na justiça criminal, no mundo dos eventos criminalizáveis e nos campos que se tornaram importantes no debate sobre criminalização primária.

O código criminal e outras legislações penais contêm muitas "incriminações"; eles são como "caixas" prontas que podem receber a realidade de fora recortada e simplificada para adequá-la à prefiguração da caixa ou como formulários nos quais temos que apresentar a realidade aos burocratas. No caso da violência física nos códigos holandeses, por exemplo, um policial poderia escolher *apenas* entre simples ataque, ataque agravado ou até mesmo tentativa de assassinato. Todas essas caixas têm, como se vê, nomes e números. Elas são construídas como "pecados" de acordo com o modo de lidar com os casos.

No caso da justiça criminal a vítima não pode escolher a caixa. Isto é feito pelo policial e pelo promotor público principalmente de acordo com os hábitos e as práticas em uso na organização. Essas escolhas podem ter importantes conseqüências para a possibilidade de prisão do suposto criminoso e muitos outros efeitos no procedimento judicial. Esses fatores determinam em primeiro lugar a escolha da caixa.

Se o acusado é condenado, a vítima não tem influência na escolha e na execução da sentença. Na América do Norte, uma mulher que havia chamado a polícia apenas para se proteger contra um cônjuge violento descobriu que a polícia havia decidido processar todos os casos de suposta violência doméstica e criminalizar a mulher vitimizada que se recusasse a colaborar e dar testemunho.

Projetando esse exemplo para o sistema da justiça civil, a posição da mulher que inicia o processo é completamente diferente. Ela decidiria como levar a reclamação. O direito civil não conhece nesse campo um sistema de "caixas-formulários", mas trabalha com conceitos amplos, como atos ilegais. Esses conceitos permitem uma individualização quase completa. A vítima pode parar o processo a qualquer momento. E se sua reclamação for atendida pela decisão judicial, ela é livre para usar essa decisão ou não. A decisão tem a característica de *autorização* para mobilizar o poder do Estado em benefício dela, mas não é obrigatório que ela aja desse modo.

Está claro que as duas importantes diferenças do direito civil — uma organização cultural diferente (sem "caixas" para a reconstrução do evento, uma decisão em benefício do cliente, para que ele a use com seu discernimento) e uma organização social diferente (um cliente que tem poder e emprega profissionais) —, comparadas com a justiça criminal, têm conseqüências importantes para a relação entre profissionais e clientes e trabalha por um contexto muito diferente, no qual as decisões são tomadas a partir dos estudos empíricos.

As diferenças entre justiça criminal e justiça administrativa são muito complexas e operam em diferentes campos para serem explicadas aqui, nesta entrevista. Mas elas mostram muitas analogias com a comparação com o direito civil. Deixe-me dar também um exemplo mais concreto da diferença entre sistemas legais que roubam e que não roubam os conflitos de seus proprietários. Desde março de 1984, temos um estudo em andamento na Holanda sobre a possibilidade de fazer mais uso da justiça civil nos casos em que um certo tipo de justiça criminal pudesse ser aplicado. Um exemplo dessa possibilidade é o uso dos procedimentos sumários do direito civil pelas vítimas de violência sexual. Mulheres que eram continuamente incomodadas ou ameaçadas por seus ex-cônjuges ou vítimas de ataques ou estupros podem, agora, requerer uma sentença do tribunal que proíba o homem de entrar na área onde a mulher vive.

Em primeiro lugar, este tipo específico de procedimentos sumários parece altamente atraente e acessível às pessoas que não têm meios legais para lidar com seus problemas. Para as mulheres holandesas que são dependentes do estado de bem-estar, por exemplo, estes procedimentos representam um custo baixo e são facilmente compreensíveis, flexíveis, e possuem uma alta chance de sucesso. Ao mesmo tempo, levam em consideração, também, a experiência da vítima em sua vida diária. A vítima, assim, permanece no controle do procedimento desde o início até o fim. Em qualquer momento, ela pode decidir ir adiante com os procedimentos, barganhar com a outra parte, executar ou não a sentença do juiz. Ela, então, não é dependente no todo de outras instituições, como ocorre no caso dos acontecimentos da justiça criminal. Ela precisa apenas de um procurador, e o tipo de procurador especializado nesses procedimentos é altamente motivado e dedicado a seus clientes.

Isto me leva à segunda razão que faz a decisão do tribunal tão adequada para lidar com os casos de violência sexual.

De vítima de violência sexual e de uma pobre humilhada, dependente do Estado, ela se torna uma parte ativa, uma reclamante em caso de direito civil. Fazendo assim, ela mostra não apenas a quem a ameaçou, mas também a si própria e ao mundo exterior, que tem vida e identidade próprias, e é capaz de decidir seu próprio destino. E só isso já aumenta sua defesa. De agora em diante, ser um reclamante nos procedimentos civis pode contribuir para o crescimento pessoal e trazer com isso uma função individualmente emancipatória.

O terceiro elemento ao qual quero me referir é a publicidade. Não apenas as vítimas da violência sexual, mas também os jornalistas acham os procedimentos sumários e, especificamente, a decisão do tribunal civil uma lei acessível e adequada. Isto significa muita publicidade. Os advogados feministas podem deliberadamente usar essa publicidade para chamar a atenção para o problema da violência sexual, e mostrar ao mundo e às outras mulheres que é realmente possível imprimir sua marca e colocar um ponto final no problema. Podemos chamar isto de um efeito estruturalmente emancipatório, se a combinação do primeiro e do segundo elementos aos quais me referi criou um efeito individualmente emancipatório.

Também em outras áreas problemáticas encontramos exemplos interessantes de possibilidades do direito civil de preencher uma função emancipatória no trato com os eventos criminalizáveis, permitindo em muitos casos a integração de atividades de comunidades e movimentos sociais de natureza preventiva legal e não-legal.

P. Nietzsche não se cansou de afirmar quão cristãos os homens modernos continuam a ser, apesar do processo de secularização. O sistema penal não estaria, neste sentido, fundado em determinados princípios religiosos? Pensemos na idéia de culpa, nos próprios pressupostos normativos que visam a orientar as condutas e, também, no fundamento do castigo etc. Se isto é verdade, em que medida o abolicionismo, em sua crítica à estrutura punitiva, é uma crítica a estes princípios?

R. Sim, eu acho que toda a idéia básica por trás da justiça criminal — sua organização cultural — é completamente oposta à idéia de Estado secular. Ela se adequa somente em um Estado fundamentalista construído de acordo com a idéia da teologia moral escolástica. Esta teologia e a doutrina do direito criminal são como duas gotas idênticas de água. Quando eu era um garoto, nos primeiros anos do ginásio, fui colocado em um internato, onde me sentia muito infeliz. Naquela instituição, bispos em potencial eram educados. Então, porque eu me sentia infeliz e queria me concentrar em alguma coisa, comecei a estudar teologia moral escolástica por uns poucos anos. Eu esqueci de tudo isso quando escapei daquele internato e fui para uma "escola aberta", onde descobri poesia e teorias monistas e dualistas. Porém, mais tarde, quando fui para a universidade estudar direito, descobri que já o conhecia. Tinha estudado organização cultural do direito criminal quando garoto, estudando teologia moral.

O "programa" de atribuição da culpa típico da justiça criminal é uma cópia verídica da doutrina do "último julgamento" e do "purgatório" desenvolvida em certas variedades pela teologia cristã ocidental. É marcado também pelas características da "centralidade" e do "totalitarismo", específicas dessas doutrinas. Naturalmente, essas origens — essa "velha" racionalidade — estão escondidas por trás de novas *palavras*: "Deus" é substituído por "Lei", "con-

senso do povo", "purgatório" é substituído por "prisão" e, em certa medida, por "multa". É estranho ver que atores como juízes, promotores públicos e profissionais do direito criminal, de países onde as pessoas não ouvem mais falar de julgamento final e não têm idéia do que seja um purgatório, envolvem-se exatamente nos mesmos exercícios mentais de seus ancestrais escolásticos desconhecidos.

Mas não apenas *eles*. Também *nós* quando dizemos "Como isso pode ficar impune?". Na teologia moral escolástica, tudo era medido em uma escala de pecado e virtude por um Deus computadorizado que tudo sabia e era programado por aquela lista de pecados construída hierarquicamente. Esse era o fundamento da ordem social. Não para as pessoas, mas para aqueles profissionais em seus papéis profissionais.

Os valores que formulei anteriormente servem como instrumentos para promover uma secularização do Estado e esta secularização significa o respeito pela diversidade.

P. Os conceitos fenomenológicos de "experiência" ou "o vivido" ou aquele outro de "situação problemática" parecem premissas lógico-metodológicas fundamentais de seus trabalhos. Sua importância radica em que através deles seria possível reconstruir o conflito social que o delito supõe a partir do próprio sentido que ele tem para os sujeitos envolvidos e demonstrar que a solução punitiva não é a única desejada por esses atores. Entretanto, muitos trabalhos empíricos revelam, por exemplo, que a criminalização, a prisão e até a pena de morte são legitimadas inclusive por aqueles que mais sofrem o peso do sistema penal. Isto não aparece como um obstáculo no trabalho de reconstrução do fenômeno? Frente a estes riscos, qual deve ser a tarefa do cientista, do intelectual?

R. Na vida real, muito poucas pessoas ficam satisfeitas com o que está acontecendo com a justiça criminal quando elas (ou pessoas próximas a elas) são diretamente envolvidas em um evento que é criminalizado. Mas é verdade, também, que quando se dá a estas pessoas a possibilidade de escolher outras soluções elas têm muitas dificuldades para achar uma solução fora do modelo punitivo. Mais grave ainda é quando se pede uma manifestação àqueles que não estão diretamente envolvidos nas situações problemáticas, na medida em que manifestam solidariedade com o sistema da justiça criminal e pedem, inclusive, uma solução mais grave.

Esse estado de coisas faz com que os políticos, na maioria das vezes, combatam as medidas de minimalização ou abolição da justiça criminal. Eu acho que um modo de escapar dessa armadilha é mudar a maneira como falamos sobre os eventos. Como vimos, uma grande parte dos eventos criminalizáveis escapa ao âmbito da justiça criminal, e uma das razões para que isto aconteça deve-se ao fato de eles nunca terem sido discutidos na linguagem da justiça criminal. Um segundo modo é abordar as pessoas que sofrem e/ou sentem-se injustiçadas por eventos criminalizáveis mais sérios e orientar as agências para dar-lhes o apoio necessário.

P. Mas uma sociedade que administre seus conflitos mais graves sem apelar ao sistema penal não corre o risco de converter-se em uma sociedade altamente moralizante, com um controle e uma vigilância mais sutis, mas mais rigorosos?

R. Primeiro eu quero esclarecer que não considero as atividades da justiça criminal como uma *resposta* aos conflitos sociais, mas como uma *fonte* de

conflitos. Os enormes conflitos gerados ao redor das drogas ilegais não têm nada a ver com as características supostamente especiais dessas substâncias ilegais, mas sim com sua criminalização. Essas substâncias ilegais não têm características específicas que as distingam das drogas legais. Quando você define drogas como "psicotrópicas", a única diferença entre as legais e as ilegais é que as legais (álcool, tabaco etc.) já pertencem ao estilo de vida normal das nações colonizadoras, e as ilegais, ao estilo de vida das nações colonizadas no momento em que a regulamentação institucional tornou-se uma força. Eu considero que a justiça criminal não tem clientes, não é dirigida por interesses externos, é em larga medida autopoiética, cria sua própria realidade em alto grau de independência em relação ao ambiente. Um bom exemplo são as atuações no campo das drogas, geralmente bastante desconhecidas. Nessas operações, a importação e a distribuição das drogas têm lugar sob a "licença e a direção não-oficial" da polícia. O objetivo é tornar-se parte das redes ilegais para infiltrar-se nelas, e ser capaz desse modo de prender e fazer "justiça" com agentes importantes. Recentemente tivemos um escândalo na Holanda, quando se ficou sabendo que a polícia tinha se tornado, desse modo, a *principal* responsável pela importação e distribuição de drogas em certas cidades.

Nas áreas onde a justiça criminal não é parte da resposta para resolver os problemas, mas somente uma fonte deles, seu desaparecimento naturalmente não traz como conseqüência direta outras formas de controle. Mas também em outros campos onde ela é parte de tais respostas parece não haver motivo para tal medo.

Mas voltemos ao principal ponto de sua questão. Como eu mostrei, considero que a justiça criminal é muito marginal na regulação das "situações problemáticas". A "cifra escura" é muito elevada. O processo real de regulação social nós já o encontramos em outros lugares. Então o desaparecimento da justiça criminal não pede uma transferência da regulação social para novas formas de controle. Como regra, essas outras formas de regulação social já são ativadas.

Não deixemos mal-entendidos. Eu não estou dizendo que as atividades policiais não têm importância nos campos problemáticos. Em alguns contextos, elas podem ser muito importantes. Mas muitas dessas atividades policiais não estão na "chave" da justiça criminal, isto é, não fazem parte de sua organização social e cultural. Na Holanda, nos anos 60 e início dos 70, muitas atividades da justiça criminal diminuíram. A primeira causa desta diminuição, a meu ver, é que a polícia e, em certa medida, os promotores públicos tornaram-se mais receptivos ao público em sua diversidade. Tornaram-se mais sensíveis aos valores formulados no começo desta entrevista. Naquele mesmo período, vimos um desenvolvimento comparável em outros lugares: mais tolerância à diversidade em casa, no trabalho e no espaço público; mais coordenação nas relações entre assistentes sociais, médicos, educadores e seus clientes.

P. Foucault disse que os trabalhos que você desenvolve trazem como principal desafio o fato de que, frente ao fundamento do castigo, se pense que não se deva castigar mais. Mas o mesmo Foucault se pergunta se isto não pode levar a uma psicologização da questão, ou seja, a uma intervenção médico-psiquiátrica nos conflitos. O que o senhor pensa desta observação?

R. Para responder a esta observação de Foucault, talvez seja útil olhar as

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

diferentes lógicas de reconstrução da realidade às quais eu me referi antes. A "psicologização", sem dúvida alguma, seria uma transferência da lógica do controle social do modelo punitivo para o modelo terapêutico ou, com algumas variantes, para o modelo educacional. Mas temos também transferências que não têm nada a ver com psicologização. Pode-se produzir, por exemplo, uma transferência para a lógica do modelo compensatório ou, também, para as lógicas nas quais nenhum infrator é reconstruído. A própria realidade aponta para uma variada gama de respostas possíveis diante de acontecimentos que podem ser atribuíveis a uma pessoa. Pensemos em um exemplo simples: cinco estudantes moram juntos; em um determinado momento, um deles se atira contra a televisão e a danifica. É evidente que essa conduta produzirá uma reação dos outros colegas, mas esta se manifesta de acordo com a compreensão que cada um tem do fato. Um deles, furioso, diz que não quer mais morar com ele e fala em expulsá-lo da casa; outro, traumatizado com o que acabou de presenciar, grita: "ele está doente, precisamos procurar um médico ou levá-lo a um psiquiatra"; o terceiro estudante pensa que ele deveria urgentemente comprar uma nova televisão e encerrar o assunto por aí; o último integrante da comunidade, enfim, sussurra: "a gente pensava que estava se dando bem, mas alguma coisa deve estar errada entre a gente para que uma coisa como essa aconteça; precisamos conversar e refletir sobre tudo isso".

Este exemplo permitiria então relativizar a observação de Foucault, na medida em que demonstra que, frente à solução punitiva, não existe como única alternativa a solução terapêutica e, sim, uma diversidade de soluções de acordo com a natureza da situação problemática (reparatórias, conciliatórias, etc.).

P. Os trabalhos de François Ewald, na França, indicam como a idéia de risco no âmbito do direito do trabalho funciona a partir da lógica da normalização, própria de sociedades disciplinares. Em que medida a invocação que seus trabalhos fazem a princípios jurídicos do direito civil e administrativo ou, indo mais longe, aos direitos humanos positivados em documentos internacionais não implicaria continuar utilizando elementos que se baseiam na mesma lógica racionalizante do sistema que se critica?

R. Não há, que eu saiba, vida humana sem processos de normalização e disciplinarização. O problema com a normalização e a disciplina parece ser um problema de mistura: em que grau, em que contexto e combinado com que tendências "contraditórias"? Diante desse fato, prefiro ter como referências os valores que formulei, relativos à *diversidade, ao fato de os profissionais terem que servir os interesses concretos dos clientes* — tendo os clientes poder de influenciar seus profissionais — e a uma *válida reconstrução da realidade.*

Estou muito consciente de que, às vezes, o direito civil e o direito administrativo podem também sucumbir às exigências desses valores. Isso depende. Parece necessário fazer uma distinção entre a organização cultural do direito civil e do direito administrativo e sua organização social (o contexto no qual estes operam). Em muitas áreas da vida, a organização cultural dessas formas de direito parecem adequadas a estes valores, mas é possível que haja problemas com a organização social. Por exemplo, quando os advogados não estão treinados para compreender os problemas de seus clientes, ou quando os clientes, por razões financeiras, não podem ter um bom profissional. No que diz respeito à questão dos direitos humanos há dois aspectos a serem

mencionados. Uma parte dos direitos humanos refere-se à esfera da liberdade na qual as autoridades públicas não podem interferir ou apenas fazê-lo de um modo limitado e levando em conta alguns procedimentos. A forma legal da abordagem dos direitos humanos refere-se especificamente ao modo pelo qual a reivindicação de um monopólio do Estado pela coerção física tem que ser trabalhada.

O outro aspecto dos direitos humanos refere-se a seus textos, nos quais diferentes grupos sociais tentam concretizar suas idéias sobre "a boa vida" e a boa organização da vida social. Aqui as questões sobre os "modelos de vida" podem ser debatidas e encontrar seu caminho nos textos. Isso pode implicar certos riscos para o caráter secular do Estado e as reivindicações de universalidade podem entrar em contradição com o respeito pela diversidade. No entanto, parece-me que um debate sobre essas questões no contexto dos direitos humanos tem muitas vantagens em relação a um debate no contexto da justiça criminal. No passado e mesmo agora, muitos desses debates sobre a questão da criminalização primária são colocados no contexto da justiça criminal. Ali eles são certamente incompatíveis com os valores humanísticos como formulados anteriormente. No contexto dos direitos humanos este não é necessariamente o caso, embora se possa às vezes correr o risco de sê-lo. Este risco, no entanto, não me parece sério quando o outro lado dos direitos humanos (o lado limite) permanece forte e vivo e complementado com os princípios diretamente almejados pela diversidade, como, por exemplo, o princípio da não-criminalização.

P. A sociologia jurídico-penal marxista analisa o sistema penal como instrumento de dominação destinado a reproduzir as desigualdades sociais. Suas análises descartam esta finalidade. Existe algum outro "sujeito", que não a burguesia, que seja o responsável da operatividade penal?

R. Na análise marxista a que você está se referindo, interpreta-se o fato de que principalmente as "classes baixas" sofrem a justiça criminal e a burguesia é, em certa medida, imune a seus efeitos, a partir de uma estratégia mais ou menos consciente. Mas não considero que esta seja a explicação mais adequada para a complexidade do sistema da justiça criminal nos dias de hoje, onde não são só as diferenças de classe que contam, mas também as de gênero e raça, entre muitas outras.

Ninguém é responsável pelo que encontra ao nascer. Nós nos deparamos com a justiça criminal quando somos socializados nela. Tornamo-nos responsáveis apenas depois que descobrimos que ela não é compatível com nossos valores. De acordo com meus valores, eu penso que deveríamos tentar aboli-la, primeiro, de nós mesmos; talvez isto ajudasse a acelerar seu desaparecimento.

P. Sérias violações aos direitos humanos têm acontecido diretamente através de ações das agências penais ou de setores ligados a elas no Brasil. Qualquer pessoa mais ou menos progressista pediria, ao menos, a prisão e a condenação dos responsáveis por esses crimes. Qual seria a resposta abolicionista a esses sérios conflitos sociais?

No começo desta entrevista eu falei sobre meu papel de "intelectual específico". Seria contraditório com o que eu disse se tentasse agora, de longe da realidade do debate que envolve os acontecimentos, tentar dar uma receita de como lidar com eles. Há dois lados para tais eventos que envolvem serviços públicos.

Em primeiro lugar, há o lado remediador que pode servir para reparar aqueles que estão sofrendo ou que estão indignados por serem próximos às vítimas daqueles acontecimentos e por se identificarem com elas. Tal reparação tem aspectos simbólicos e instrumentais. Não creio que a prisão dos responsáveis seja "reparatória" mas é certamente possível que não fazer nada a respeito seja um obstáculo à reparação. Na Idade Média, tivemos na Europa a instituição do asilo, que desempenhava um papel a este respeito. Uma pessoa identificada como perpetradora envolvida em eventos terríveis podia refugiar-se em uma cidade ou um mosteiro e de lá iniciava-se um processo de reparação. Os antigos povos indígenas do continente tinham certamente também suas instituições voltadas para isso. Lévi Strauss descreve muitas delas entre os povos americanos, como por exemplo a queima da casa dos culpados seguida pela reconstrução de uma outra casa por toda a comunidade. Há não tanto tempo, um ex-presidente da Coréia do Sul aposentou-se em um monastério por arrepender-se de certas coisas que havia feito durante seu mandato. Acredito que seria uma boa coisa se os agressores públicos importantes (políticos e servidores públicos) fizessem algo nesse sentido.

Passemos ao segundo lado dos eventos que envolvem serviços públicos. Uma análise mais profunda do evento buscaria tanto os fatores que levaram a ele quanto a ausência dos fatores que o teriam prevenido. Na base de tal análise, procedimentos e organizações poderiam ser adotados.

Há uma forte evidência de que a justiça criminal é uma falácia tanto em relação à operação quanto à prevenção.

P. Alguns setores, como universidade, ONGs, movimentos sociais e até mesmo a Igreja têm formulado sérias críticas à operatividade dos sistemas penais. Mas, quando alguns conflitos especiais eclodem, perturbando a sociedade como um todo, parece que se gera uma certa inércia como resultado da seriedade e da intensidade desses conflitos. A inércia impede a oposição específica às políticas governamentais que reforçam o sistema punitivo. O caso recente da intervenção militar nas favelas do Rio de Janeiro é um exemplo disso. Qual seria o programa abolicionista ao controle militar violento do tráfico de drogas?

R. Em parte, sua questão é da mesma natureza que a anterior e eu começo então fazendo referência ao começo da minha resposta àquela questão. Na medida em que você pergunta sobre a abordagem do tráfico de drogas ilegais remete a um problema de natureza interna sobre o qual há muitos dados confiáveis e interessantes à disposição. Como eu já disse anteriormente, a política de drogas é a base dos problemas específicos de que você está falando. É cristalino que a parte mais importante do problema está na ilegalidade do mercado. Apenas aceitando um mercado legal (naturalmente não sem exigências e controles), estas dificuldades poderão ser superadas. Sobre os modos a serem seguidos para fazer a transição da situação atual para um mercado "legal", nada de genérico poderá ser dito. As proibições não são compatíveis com um estado secular. A política em relação às drogas ilegais é uma invenção dos Estados Unidos. Os recentes desenvolvimentos das atividades da justiça criminal nos centros urbanos americanos são tão dramáticos que todo país que preza o desenvolvimento democrático tem que abandonar a política americana. Naquelas cidades, a atividade do mercado ilegal é uma das poucas atividades interessantes e compensatórias abertas aos indivíduos com baixa

escolaridade dos grupos minoritários. Se o desenvolvimento atual continuar em um ritmo até mais acelerado, de acordo com os planos da administração Clinton, logo a maior parte da população masculina negra vai estar ou na prisão ou sob custódia ou liberdade condicional, e terá também, como complemento, perdido seus direitos civis (por exemplo, direito de votar e de ser eleito).

Agora é o momento certo de o novo governo brasileiro procurar em seus arquivos e trazer para o debate o interessante relatório do Conselho Federal de Entorpecentes, "Proposta para uma Política Nacional de Drogas", feito em Brasília em 1992. Esse relatório, que foi "enterrado" pelos procedimentos governamentais, contém muitos dos elementos necessários para responder às questões que você me coloca.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

LA EVITABILIDAD O VENCIBILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER

El art. 6 bis a) CP ha establecido en su tercer párrafo las reglas para el tratamiento del *error de prohibición*. De acuerdo con esta disposición el error sobre la antijuricidad excluirá la punibilidad cuando haya sido invencible. "Invencible" es el error cuando el autor no hubiera podido evitarlo. Por lo tanto, se habla de la evitabilidad del error de prohibición. En este contexto la inevitabilidad se convierte en un presupuesto de la exclusión de la punibilidad por error de prohibición. La evitabilidad del error de prohibición, por el contrario, determina la punibilidad con la pena del delito doloso del hecho típico, antijurídico y culpable, aunque con una pena atenuada según el art. 66 CP.

La dependencia de la exclusión de la punibilidad de la inevitabilidad del error es explicable desde diversos puntos de vista. Pero, en todo caso, dogmáticamente la no punibilidad será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad. Sea porque cuando el error es inevitable el autor no ha podido obrar de otra manera,[1] sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad,[2] sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser alcanzado por el mandato normativo,[3] o sea finalmente, porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello,[4] en todo caso, la exclusión de la punibilidad se basa en la ausencia de culpabilidad. Sólo excepcionalmente se postula que el error inevitable de prohibición debe operar como una causa de justificación.[5]

Esta dependencia de la no punibilidad del error de prohibición de su inevitabilidad tiene también una *significación político-criminal*. En esta materia el legislador ha tenido que optar por el principio del conocimiento o por el principio de la responsabilidad como punto de partida y lo ha hecho por el último: la responsabilidad penal no dependerá del *conocimiento* de la antijuricidad, como lo postula la *"teoría del dolo"*,[6] sino sólo de la *posibilidad de su conocimiento,* en el sentido de la llamada *"teoría de la culpabilidad"*. En otras palabras: el *principio de la responsabilidad,* establece que las

(1) Welzel Das Deutsche Strafrecht, 11.ª ed. 1969, p. 171 y ss.

(2) Jakobs, Strafrecht, 2.ª ed. 1991, p. 557; Neumann, en AK-StGB, 1, 1990, & 17, 51.

(3) Roxin, Strafrecht, 1992, p. 597.

(4) Rudolphi, SK StGB, 1, 2.ª ed. 1977, § 17, 24

(5) Confr. Zielinski, Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, p. 266 y ss.; en la misma dirección MIR PUIG, en la Ley de 16-2-91 p. 1 y ss. Sancinetti, Teoría del Delito y Disvalor de acción, 1991, p. 524 y ss.

(6) Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3.ª ed. 1949, p. 325 y ss.

personas serán responsables por la correción de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad etico-social.[7] De esta manera, la punibilidad del error evitable tiene lugar porque el autor *pudo haber tenido* la conciencia de la antijuricidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho, es decir, porque pudo obrar de otra manera.

Desde una *perspectiva procesal* la inevitabilidad del error de prohibición tiene una notable influencia sobre las exigencias de motivación de la sentencia. La *teoría estricta del dolo,* es decir aquella que excluye el dolo cuando el autor ha desconocido la prohibición, pone al Tribunal ante la difícil tarea de demostrar que el acusado que alega un error sobre la antijuricidad, por absurdo que éste resulte, no dice la verdad.[8] Para evitar estas dificultades el programa inicial de la teoría estricta o rígida del dolo[9] fue reducido mediante la *teoría limitada del dolo,*[10] que introdujo el límite de la *'ceguera jurídica"*. De acuerdo con esta variedad de la teoría del dolo, la actitud desviada del que no reconoce el derecho o no lo quiere reconocer, es decir del que padece una "ceguera jurídica", producto de una actitud incompatible con el orden jurídico, determina que el autor, "en verdad, no haya infringido el derecho, no obstante lo cual se lo sanciona en todo caso como un agente doloso".[11] De esta manera, también la teoría limitada del dolo lograba desplazar el problema de la fundamentación de la prueba de un elemento subjetivo, que, precisamente por su naturaleza, es de difícil acceso a la comprobación de una actitud del autor incompatible con el orden jurídico.[12]

También parte del mismo problema práctico la llamada *teoría de la culpabilidad*, que considera que la conciencia de la culpabilidad es un elemento ajeno al dolo y que, por lo tanto, su ausencia, causada por un error de prohibición, no excluye el carácter doloso de la acción típica.[13] Para ello se vale de la evitabilidad del error. Comprobado (o alegado) el error por el acusado la cuestión que se presenta para la teoría de la culpabilidad consiste en determinar su evitabilidad o inevitabilidad, con lo que la fundamentación de la decisión se relaciona con el conjunto de circunstancias, en principio objetivas, en las que el autor ejecutó la acción y no ya con la comprobación del contenido de su conciencia en el momento del hecho.

A partir de estos problemas prácticos se demuestra que tanto la teoría "*del dolo*" com la teoría "*de la culpabilidad*" han introducido diversas limitaciones, cuya finalidad es la de reducir las absoluciones fundadas en el error de prohibición sólo a los casos en los que ésta aparezca como merecida por el autor. Ambas teorías difieren, sin embargo, en la caracterización de los casos de absolución merecida.

Esta problemática ha sido mal resuelta por el art. 6 bis a) CP. En efecto, al haber extendido al error de prohibición evitable el régimen de consecuencia jurídicas previstas para las eximentes incompletas, el legislador ha olvidado

(7) Confr. Welzel, loc. cit. p. 162 y ss.
(8) Sobre esta problemática ver: Schmidhaeuser, Strafrecht, AT, 2.ª ed. 1975, p. 417 y ss.
(9) Así en la terminología de Jakobs.
(10) Confr. Mezger, en LK, 7.ª ed. 1954, tomo I. § 59, II, B, 17.b. (p. 454).
(11) Mezger, en Probleme der Strafechtserneurung, FS für Kohlrausch, 1944, p. 180 y ss. (184).
(12) No se puede negar que este punto de vista debió cargar con el descrédito de haber sido adoptado por los Proyectos alemanes de 1936 y 1939, que caracterizaron la actitud incompatible con el orden jurídico como una "actitud incompatible con una sana concepción popular del derecho y de la ilicitud", confr. Mezger, loc. cit. p. 184.
(13) Schmidhaeuser, loc. cit. p. 416 y ss.

que el problema que se debe resolver no es idéntico. La atenuación obligatoria en uno o dos grados que prevé el art. 66 CP. puede resultar, a menudo al menos, una atenuación excesiva, es decir, inmerecida. Por lo tanto, los Tribunales se verán con frecuencia tentados de evitar una atenuación excesiva sosteniendo que el autor no los ha convencido de su alegación de error. Ello determina que el problema práctico que pretende resolver la teoría de la culpabilidad, con el art. 6 bis a) CP, sólo pueda serlo a medias. La necesidad de reforma, en consecuencia, es urgente.

La teoría española ha reflejado estas mismas tendencias frente a los errores evitables. En este sentido se debe destacar la tesis que propone sancionar los casos de error de prohibición vencible a través del art. 565 CP, considerando justificada su aplicación como *imprudencia iuris*, aun en los casos en los que la *imprudencia facti* no se estimara punible.[14] En igual sentido — aunque desde otra perspectiva — no se puede negar que también se propone un límite a la no punibilidad del error similar al propuesto por la teoría de la "ceguera jurídica", cuando un partidario de la teoría del dolo como Torio afirma que "el autor que obra con error vencible de prohibición debe ser inmune ante el Derecho Penal, salvo en los delitos donde es exigible indiscutiblemente un esfuezo personal de conciencia para elevar la pretensión del respeto que surge del bien jurídico (...) pues "la realización dolosa del tipo, en el homicidio, falsedad, robo o violación conlleva simultáneamente una advertencia sobre la antijuricidad".[15]

Sin embargo, no faltan en la teoría española quienes tienden a negar toda justificación a la punibilidad del error del prohibición vencible. Así, en primer lugar, el mismo Torio, quien ha criticado seriamente los fundamentos de la actual regulación del error contenida en el art. 6 bis a) CP.[16] Sostiene Torio que el legislador habría resuelto un problema de justicia con criterios utilitarios, pues "se ha transitado de la perspectiva de la retribución de la culpabilidad al pensamiento de la prevención general".

Esta crítica se desarrolla luego en dos objeciones fundamentales. *En primer lugar* la punibilidad del error evitable, se argumenta, "coopera al fortalecimiento del principio de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley", toda vez que no sería posible imponer el conocimiento de todo el derecho y sería injusto condenar a un labriego por ignorar lo que también ignora un juez. Sin embargo, esto no es así. La teoría de la culpabilidad, en tanto mantiene la pena del delito doloro (aunque, en su caso, atenuada) para el error evitable de prohibición, no reprime la ignorancia lisa y llana del derecho, sino al autor que, habiendo tenido razones para pensar en la antijuricidad, no ha intentado aclarar la situación jurídica para orientar su comportamiento según las normas del orden jurídico. Consecuentemente,

(14) Confr. Cordoba Roda. El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, 1962, p. 134.

(15) Torio, en la Reforma Penal y Penitenciaria, 1980, p. 249 y ss. (p. 258 y ss.). El punto de vista de Torio deja abierta, sin embargo, respecto de cómo se fundamenta desde la teoría del dolo en estos casos la permanencia del dolo, pues no parece posible que de otra manera puedan ser sancionados el robo y la violación cometidos con error evitable del prohibición. Por evitable que sea el error, el autor no ha tenido conciencia de la antijuricidad y si ésta, como conciencia actual, es, en todo caso, un elemento del dolo, es evidente que éste desaparecía. La cuestión es importante, pues es dificilmente sostenible la punibilidad de un robo o una violación no dolosos.

(16) Loc. cit. p. 254 y ss.

el labriego, lo mismo que cualquier ciudadano, no será punible por ignorar el derecho, sino por su ignorancia reprochable en la medida de lo exigible.[17]

En *segundo lugar*, se sostiene contra la punibilidad del error evitable sobre la prohibición que "constituye un peligro para el ciudadano que accidentalmente obra en un sector en que existen normas de Derecho Penal administrativo", pues "debe poner un ojo en las cosas y otro ojo en la ley".[18] Tampouco este argumento es convincente, pues en realidad, muestra lo contrario de lo que combate. En efecto: no se entiende que exigir "poner el ojo en la lay" sea contrario a la justicia, dado que la justicia requiere — como mínimo — que cada uno obre tomando en consideración a los demás y esto sólo es posible si se piensa en los derechos de los otros y, por lo tanto, en las normas que los establecen.[19]

Como se ve, no parece que estas críticas puedan conmover en general la decisión del legislador de limitar la no punibilidad del error de prohibición a los casos en los que el autor lo merezca. El legislador no podía, en verdad, premiar la indiferencia, pues ello vulnera indudables deberes de solidaridad social y generaría una injusta distribución de los riesgos de la vida en común entre los autores y las víctimas. Por otra parte, es indudable que un orden jurídico que renuncia a imponerse frente a los que les es indiferente no puede garantizar las espectativas de los ciudadanos en el cumplimiento de las normas.

Como se dijo, la inevitabilidad del error de prohibición excluye la culpabilidad. La explicación dada por la doctrina dominante es clara: "la capacidad de una motivación adecuada a la norma es el elemento constitutivo del reproche de culpabilidad de carácter decisivo";[20] si el error no era evitable, el autor carecía de capacidad para comportarse según su deber jurídico pues no se podía motivar por la norma. Por el contrario, cuando el autor hubiera podido evitar el error, su capacidad de culpabilidad, es decir su posibilidad de obrar de acuerdo a derecho, no ha desaparecido; en todo caso puede haber disminuido. La cuestión que esta concepción plantea consiste, por lo tanto, en establecer cuándo el autor que no tuvo una conciencia (actual) de la antijuricidad hubiera podido teneral. Se trata de saber, en consecuencia, cuándo "es posible decir que el autor hubiera sido capaz de alcanzar un estado de conocimiento, de representación, de conciencia, antes no existente".[21] Dicho con otras palabras: "la evitabilidad de un error de prohibición se identifica con la conciencia potencial de la antijuricidad, con la capacidad del autor de adquirir el conocimiento de la antijuricidad que presupone la formulación de un reproche de culpabilidad sin reducción".[22]

En la doctrina española la determinación de estos extremos no ha merecido hasta ahora una atención especial. Un

(17) Confr. Rudolphi, SK StGB, 1, 5.ª ed. 1987, parágrafo 17, 30; Neumann, AK-StGB, 1990, parágrafo 17, 56 y ss; Dreher-Troendle, StGB, 43 ed. 1986, parágrafo 17, 7; Cramer, en Sch./Schr., StGB, 24 ed. 1991, parágrafo 17, 13 y ss; Schroeder, LK, 10.ª ed. 1985, parágrafo 17, 27 y ss; Lackner, StGB, 19 ed. 1991, parágrafo 17, 8.

(18) *Torío*, loc. cit. p. 257.

(19) También muestran su desacuerdo con la punibilidad del error vencible sobre la prohibición: *Cobo/Vives*, Der. Penal, PG, 3.ª ed. 1990, p. 511, sin aceptar los límites que postula *Torío*.

(20) Armin Kaufmann, en Fest. F. Eb. Schmidt, 1961, p. 319 y ss (321).

(21) *Horn*. Verbotsrrtum und Vorwerfbarkeit, 1969, p. 78.

(22) *Rudolphi*, Unrechtsberwusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, p. 193.

número importante de autores no trata el tema.[23] En consecuencia sólo excepcionalmente se ha prestado atención a la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición,[24] a pesar de su extraordinaria significación en la planificación del art. 6 bis a) CP.

¿Cómo se explica esta situación? Muy probablemente la doctrina mayoritaria parte, calladamente, de una teoría objetiva en la que "el poder de otros se convierte en deber del autor"[25] o de una teoría que entiende la evitabilidad del error como la infracción de un deber jurídico. Desde tales puntos de vista la cuestión de la capacidad del autor concreto no es, en principio, un problema para la decisión sobre la evitabilidad del error de prohibición, pues, en realidad, no se debe atender a la capacidad del autor en el momento concreto, sino a las "posibilidades de eficacia de la norma de determinación en el processo de motivación del ciudadano medio".[26] Este punto de vista conduce, sin embargo, a problemas insolubles.

Por una parte, porque recurriendo como criterio al poder haber conocido del término medio, se llega prácticamente a la exclusión de toda inevitabilidad. En efecto, en un sistema en el que el derecho penal es escrito y público, el término medio tendrá siempre — en abstracto — la posibilidad de haber conocido el derecho.[27]

Por otra parte, la teoría que entiende la evitabilidad como infracción de un deber requiere afirmar la existencia de un deber general de conocer el derecho. Pero, este camino parece no tener salida en una teoría de las normas, pues de esta manera, el problema se volverá a plantear respecto del conocimiento de este deber de conocer el derecho y ello requeriría entonces otro nuevo deber de conocer el deber de conocer el derecho, y así *ad infinitum*.[28]

Ciertamente se ha intentado superar este *regressus ad infinitum*, aunque, claramente sin éxito. En este sentido ha sostenido Hardwig[29] que "nadie podría invocar el desconocimiento" del deber "de conocer sus deberes", pues, dice, tanto el deber infringido sin conocimiento como el de conocerlo "se deducen directamente del sentido de la una vida en común ordenada".[30] Pero, de una

(23) Confr. *Bustos Ramírez*, Manual de Der. Pen, PG, 3.ª ed. 1989, p. 346 y ss; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, loc. cit. p. 510 y ss; *Mir Puig*, Der. Pen. PG, 3.ª ed. 1990, p. 659 y ss; *Muñoz Conde*, Teoría Geral. del Delito, 2.ª ed. 1989, p. 144 y ss; *Muñoz Conde/García Arán*. Derecho Penal (P.G.) 1993, p. 345 y ss; *Quintero Olivares*, Der. Pen. PG, 1986, p. 401 y ss; *Rodrigues Ramos*, Compendio de Der. Pen. 1988, p. 221 y ss.

(24) Confr. *Bacigalupo* Principios de Der. Pen. 2.ª ed. 1990, p. 181 y ss y Comentarios a la Legislación Penal, 1985, V-1, p. 53 y ss.; *Gómez Benítez*, Teoría Jurídica del delito, 1984, p. 487 y ss; *Octavio de Toledo/Huerta*, Der. Pen. PG, 2.ª ed. 1986, pp. 314 y ss; *Zugaldía Espinar*, en CP Comentado, 1990, p. 30 y ss.

(25) Según la caracterización de Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961, p. 225, 229 y ss; ver al respecto, Horn, loc. cit. p. 79.

(26) Confr. *Horn*, loc. cit., p. 70 y ss.

(27) Confr. en esta dirección: *Roxin*, Strafrecht, AT, I 1992, p. 597. Sin embargo, esta tendencia se percibe en algunas sentencias del Tribunal Supremo.

(28) Confr. *Armin Kaufmann*, Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, p. 144 y ss; Fest. f. Eb. Schmidt, 1961, p. 330: "El error de prohibición sólo sería culpable, si se hubiera infringido un deber de comprobación de la antijuricidad. Si el autor no tuvo conocimiento de este deber de comprobar la existencia del deber de comprobar ha sido infringido, continuando así "la cadena de infracciones". Coinciden en este punto de vista: *Rudolphi*, Unrechtsbewusstsein, p. 195 y ss; *Horn*, loc. cit., p. 76 y ss.

(29) Confr. ZStW 78 (1966), p. 1 y ss.

(30) Loc. cit. p. 3.

parte, es evidente que de esta manera se reduciría sin fundamento alguno la relevancia del error de prohibición sólo a algunos deberes, pero se excluirían otros, respecto de los que se admitiría una infracción no culpable. De otra parte, el incumplimiento del deber de conocer los deberes no demuenstra la evitabilidad del error de prohibición, dado que cabe imaginar que, a pesar de dicha infracción, el error no se hubiera podido despejar: p. ej. cuando en cumplimiento de su deber hubiera debido consultar a un funcionario que, por carecer de conocimientos adecuados, hubiera dado una respuesta errónea.[31] Dicho de otra manera: si la evitabilidad del error se quiere fundamentar en la infracción de un deber la única salida practicable consiste en la interrupción abrupta, es decir infundada, de la cadena de deberes; algo inconsecuente en cualquier teoría de las normas.

El otro sector de la doctrina española que aborda el tema expresamente ofrece distintas respuestas.

1) Gomes Benitez coincide explícitamente con el llamado *criterio objetivo*. A su modo de ver el juicio sobre la evitabilidad del error debe ser objetivo: "teniendo en cuenta la situación concreta del sujeto, cualquier persona que se encontrase en la misma situación podría haber realizado — antes de actuar típicamente — una serie de comprobaciones que habrían esclarecido el carácter contrario al Derecho del hecho. Este baremo objetivo no coincide con el que mide si una conducta ha sido imprudente".[32] Las críticas que se formularon más arriba al criterio objetivo son, naturalmente, aplicables aquí en forma directa a la posición de Gomez Benitez, que — como se vio — coincide totalmente con él.

2) Por su parte Octavio de Toledo/ Huerta, vinculan la cuestión de la evitabilidad con la capacidad del autor. De acuerdo con su punto de vista, "el error evitable de prohibición podría definirse como aquella situación en la que el sujeto, hallándose en condiciones de conocer — al menos potencialmente — el carácter antijurídico de su conducta, no lo ha conocido, sin embargo, por causas a él achacables (descuido, indiferencia, desidia, precipitación, etc.)". A su vez el "error inevitable de prohibición será aquella hipóstesis en la que el sujeto no ha podido acceder a la motivación derivada del mensaje normativo porque no se encontraba en condiciones de captarlo ni siquiera potencialmente".[33] Esta escueta formulación no es incorrecta, pero, muy probablemente, no permitirá diferenciar adecuadamente entre el problema de la inevitabilidad y el de la inimputabilidad, pues, si se vincula la primera con el "acceso de motivación" sin más, es indudable que se superpondrá con la cuestión de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad en sentido estricto. La conocida sentencia del BGHSt 2, 194 y stes. muestra esta diferencia con claridad: en los estados psicológicos que determinan la inimputabilidad, el desconocimiento de la antijuricidad es "consecuencia de un destino inevitable del autor" y no puede fundamentar el reproche de culpabilidad[34] y esto los diferencia de los propios del error de prohibición. Esta observación no significa negar, como es claro, que el conocimiento (potencial) de la prohibición y la capacidad de culpabilidad en sentido estricto sean supuestos especiales de la capacidad de motivarse de acuerdo con el deber jurídico, constitutivos del núcleo de la responsabilidad que funda-

(31) *Bacigalupo*, loc. cit. p. 181.
(32) Loc. cit. p. 487.
(33) Loc. cit. p. 315.
(34) Confr. también, *Rudolphi*, loc. cit. p. 200 y ss.

menta la culpabilidad.[35] Sin embargo, es indudable la necesidad de una diferenciación más rigurosa de los presupuestos de la evitabilidad y de la capacidad de culpabilidad, toda vez que la inevitabilidad del error constituye un problema diferenciado, en la medida en la que se presenta cuando el autor del hecho típico y antijurídico tiene, además, capacidad de comprender la norma y de obrar según esta comprensión, es decir, cuando es imputable y se encuentra, por lo tanto, en condiciones (psíquicas) de captar el sentido de la norma y de motivarse por ella. Dicho con otras palabras, la cuestión de inevitabilidad del error requiere establecer qué elementos específicos permiten su determinación con independencia de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad en sentido estricto.

3) El resto de los autores que tratan la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición[36] han seguido los desarrollos de la dogmática alemana, estableciendo que la evitabilidad presupone que el autor haya tenido: a) *razones*, para pensar en la antijuricidad, es decir, que las circunstancias sean tales que haya debido preguntarse por la infracción de la norma, y b) la *posibilidad* de obtener una correcta información sobre el derecho, que le hubiera permitido comprender la ilicitud de su comportamiento. De estos elementos se tratará en los siguientes apartados.

Como se vio, la evitabilidad del error depende, según la opinión generalizada en la doctrina alemana y en la seguida por parte de la española, de dichas condiciones: el autor debe haber tenido *razones* para pensar em la antijuricidad y la *posibilidad* de esclarecer la situación jurídica. ¿Cómo se establecen ambos elementos que fundamenten el juicio sobre la evitabilidad del error?

1) Las razones para pensar en la antijuricidad se deben referir a *circunstancias del hecho* que proporcionan al autor un *indicio de posible antijuricidad*. La cuestión de cuáles son estas circunstancias es discutida.

a) El Tribunal Supremo Federal Alemán (BGHSt, tomo 2, p. 201) ha sostenido un punto de vista extremo: todas las circunstancias de todos los hechos constituyen razones para pensar en su antijuricidad. Es decir, actuar es ya una razón para pensar en la antijuricidad. El BGH fundamentó este punto de vista de la siguiente manera: "no todo error de prohibición excluye el reproche de culpabilidad. Las carencias de conocimiento son en cierta medida subsanables. Las personas, en tanto están estructuradas sobre su autodeterminación moral libre, están en todo momento llamadas, como partícipes de una comunidad jurídica, a comportarse de acuerdo al derecho y a evitar lo ilícito. Este deber no se satisface si ellas sólo dejan de hacer aquello que resulta a sus ojos claramente ilícito. Por el contrario, las personas tienen que tomar conciencia, *ante todo lo que piensan hacer*, de si ello está en consonancia con los principios del deber jurídico. Las dudas se deben despejar mediante reflexión o informándose".

Este criterio, vinculado, como se ve, a la concepción de la evitabilidad del error como infracción de un deber de información que existiría en todos los casos, ha merecido fuertes objeciones. Se entiende que si se partiera de una

[35] Confr. Armin *Kaufmann*, Fest. f. Eb. Schmidt, cit. p. 322; *Bacigalupo*, loc. cit. p. 175.

[36] Bacigalupo, loc. cit. y especialmente en Comentarios a la Legislación Penal. Dir. por Cobo/Bajo, V-1.º 1985, p. 53 y ss (83 y ss); Zugaldía, loc. cit.

exigencia tan rígida la "vida social se paralizaría".[37]

b) Frente a esta concepción (objetiva) de la razón para pensar en la antijuricidad se ha respondido con una *subjetivización extrema* de la cuestión de la capacidad de conocer la antijuricidad. En este sentido Horn[38] ha desarrollado el punto de vista de Armin Kaufmann, según quien en el ámbito de los mandatos de acción (por lo tanto, en el de los delitos de omisión), el conocimiento de la situación típica debe generar en el omitente al menos una tenue duda respecto a su deber de intervenir evitando el resultado. "Al que — dice Kaufmann — no se le produce la menor advertencia (...) tampoco se le puede ocurrir informarse si se le exige la realización de una acción".[39] Horn afirma entonces, a partir de estos conceptos, que "capaz de acción sólo es aquél que conoce el fin de su acción. El fin de una acción de conocer sería, precisamente, eliminar una laguna de conocimiento". De ello se sigue, sostiene, que la capacidad de realizar la acción de informase presupone "la conciencia de la carencia del conocimiento al que ella se refiere".[40] De estas premisas deduce Horn que el sujeto sólo es capaz de motivarse a una acción de conocimiento de la antijuricidad cuando ha tomado conciencia de un motivo posible. Ello le permite concluir que "quien no tiene por lo menos conciencia actual de que su acción podría estar prohibida, es incapaz de mortivarse por la norma para la omisión de su proyecto de acción".[41]

(37) Confr. Roxin, loc. cit., p. 601 y ss; F-Chr. Schroeder, en LK, 10.ª ed. 1985, parágrafo 17, 29.

(38) Loc. cit. p. 84 y ss, (87).

(39) Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, p. 146.

(40) Loc. cit. p. 94/95.

(41) Loc. cit. p. 105.

c) Las demás posiciones procuran reducir las exigencias individuales. En esta línea aparece en primer término la teoría de la *"función de advertencia de la tipicidad"*, formulada por Engisch.[42] De acuerdo con este criterio la reprochabilidad del error de prohibición se apoya "en que el conocimiento comprobado de las circunstancias sugieren al autor verificar la educaución al derecho o la ilicitud de su conducta o de solicitar información sobre ello".[43] Sin embargo, el convertir el conocimiento del dolo del hecho en suficiente razón para verificar la antijuricidad no es admisible como un criterio general. En la doctrina se ha señalado que el conocimiento de las circunstancias del tipo no siempre genera razones para comprobar la antijuricidad. Por lo tanto, la teoría de la "función de advertencia de la tipicidad" sólo podría explicar un número reducido de supuestos, en los que — por regla — cabría descubrir la antijuricidad por medio de la autorreflexión. Por lo tanto, ello sólo sería posible cuando el tipo penal estuviera inmediatamente vinculado con la ética social.[44] En los delitos de pura creación política o administrativa, por ejemplo, esta función de advertencia sería prácticamente inexistente. La teoría de

(42) Confr. ZStW 70 (1958) p. 566 y ss (575 y ss.).

(43) Loc. cit. p. 576; confr. también en sentido similar: *Jescheck*. Lehrbuch des Strafrechts. AT 4.ª ed. 1988, p. 412; *Torío*, loc. cit. p. 259 siguiendo el punto de vista de *Jescheck* pero, al parecer, con el objeto de lograr los resultados prácticos de la teoría de la "ceguera jurídica", es decir para reducir los alcances de la teoría estricta del dolo, que él postula.

(44) Así lo propone actualmente *Jescheck*, loc. cit. p. 412, donde reconoce que "naturalmente la fuerza de la advertencia que proviene del dolo del tipo para comprobar la antijuricidad es diversa según la especie de delitos: coincidente también *Torío*, loc. cit. p. 258 y ss.

la "función de advertencia", por otra parte, no modifica sustancialmente los alcances de la jurisprudencia del BGH, toda vez que termina reduciendo todo el problema a la comprobación del dolo y no proporciona criterios precisos para los delitos imprudentes o para aquellos en los que el conocimiento de las circunstancias típicas no es razón suficiente para pensar en la antijuricidad. La solución ofrecida por Torio, consistente en definitiva en aceptar dentro de la teoría del dolo una parte de la teoría de la culpabilidad con el criterio de la "función de advertencia" en ciertos delitos (homicidio, robo, violación, etc.), pero manteniendo la teoría estricta del dolo en los otros, tiene similares resultados prácticos. Sin embargo, es difícil de justificar teóricamente, dado que, por un lado, cuestiona los resultados de la teoría de la culpabilidad en sus principios mismos, pero a la vez renuncia a los principios de la teoría del dolo por razones puramente prácticas.

d) Otros autores sostienen que la capacidad de comprobar la situación jurídica no sólo se da cuando el autor ha tenido una duda sobre la antijuricidad, sino también cuando el autor no tiene dudas, pero sabe que actúa en un ámbito en el que existe una regulación específica y cuando el autor es consciente de producir un daño a otro o a la comunidad. "Si no se da ninguna de estas situaciones, se debe reconocer en favor del autor que no ha sabido de la ilicitud de su acción, un error de prohibición inevitable".[45]

Similar es el punto de vista de Rudolphi que excluye la disculpa del error inevitable en los casos de acciones realizadas dentro de un ámbito de actividades especialmente reguladas o en supuestos de normas fundadas en valores fundamentales del orden jurídico sobre la base de la "culpabilidad por la conducta vital" o de un "reproche mediato de la culpabilidad por el hecho".[46] Estos puntos de vista tienen sin duda notorias ventajas prácticas, pues permiten, en relación al punto de vista de Horn (vid. supra *b*), una razonable limitación de los casos de inevitabilidad del error de prohibición. Sin embargo, no se puede negar que, en realidad, no son totalmente consecuentes con su punto de partida. En efecto, si se pretende fundamentar la reprochabilidad del error de prohibición en la capacidad (no empleada) del autor, lo cierto es que de esta manera no se lo logra, pues al extender los casos en los que el autor no ha tenido una duda sobre la antijuricidad — o sea al reducir el componente individual de la evitabilidad del error — se aparta de la cuestión de la capacidad personal del autor, para retornar — calladamente — al criterio de la evitabilidad muy cercano al de la infracción del deber de informarse sobre la antijuricidad.[47] En otras palabras: introducen algo muy cercano al "*deber de dudar*".

e) Un punto de vista diverso, aunque orientado en el mismo sentido, es el que ha propuesto Jakobs,[48] que no se refiere a la capacidad del autor sino que determina la evitabilidad según el fin preventivo general (positivo). Desde esta perspectiva el concepto de evitabilidad habría sido concebido de forma doblemente errónea. De una parte, la evitabilidad no es un fin en sí mismo, dado que si el autor evita el error — dice Jakobs — habría tenido conciencia de la antijuricidad, pero ello no significa

(45) Confr. Roxin, loc. cit. p. 602; en parte también F- Ch. Schroeder, LK, 10.ª ed. 1985, parágrafo 17, 30; Stratenwerth, Strafrecht, AT, 3.ª ed. 1981, Nos. 586 y ss, Rudolphi, loc. cit.

(46) SK StGB, parágrafo 17, 44 y ss.

(47) Confr. sobre esta problemática: *Bacigalupo*, en Comentarios, V-1.º, p. 86.

(48) Strafrecht, AT, 2.ª ed. 1991, p. 556 y ss.

que se lo deba disculpar, sino todo lo contrario. De otra parte, el concepto de evitabilidad conduce a una inadecuada asociación con el concepto psicológico de "capacidad", tal como éste es entendido en el marco de la imputabilidad. Por el contrario, la evitabilidad *no debe constituir un problema psicológico sino normativo:* se trata de la respuesta a la pregunta sobre cuáles son los factores psíquicos del error que el autor puede invocar en su beneficio y cuáles son aquéllos por los que él mismo tiene que responder.[49]

A partir de estas premisas la evitabilidad del error de prohibición depende de si el autor es o no competente (responsable) respecto del defecto de conocimiento de la antijuridicad. La cuestión tendrá diferentes respuestas según que el error recaiga sobre normas fundamentales (Grundlageirrtum) o sobre normas de un ámbito "disponible", es decir normas cuyo contenido no es, en una sociedad determinada, "evidente". En el campo de las *normas fundamentales* la competencia del autor, es decir las razones para pensar en la antijuricidad, sólo puede faltar si éste presenta un "*déficit de socialización*" (p. ej. porque pertenece a una cultura diversa, en la que tales normas no son reconocidas); en tales casos se trata de una situación similar a la de la inimputabilidad.[50] A las normas fundamentales pertenecen, además, las que regulan un ámbito vital en el que el autor ha actuado un tiempo considerable,[51] por ejemplo, las que regulan el ejercicio de su actividad profesional. En el ámbito de las normas "disponibles", por el contrario, el autor no puede invocar en su descargo un déficit real de conocimiento jurídico, si la norma hubiera entrado en su conciencia en el caso de que hubiera tenido una suficiente disposición de cumplir la norma. Ello es consecuencia de que el derecho penal debe garantizar que no se pueda contar con tal déficit para merecer una disculpa, pues, de otra manera, "no se podría proteger la confianza en que toda persona capaz de culpabilidad (imputable) no permitirá que se produzca dicha situación".[52] En suma: Jakobs entiende que el autor debe responder por su error si de su compartimento surge un reconocimiento insuficiente del derecho positivo[53] y considera que existen razones para pensar en la antijuricidad "cuando la conducta del autor es incompatible con la validez del orden jurídico positivo y el error no es causal ni puede ser imputado a otro sistema".[54]

f) El punto de vista de Jakobs es, en principio, consecuente con sus premisas.[55] Lo mismo ocurre con el de Horn. La diferencia entre ambos reside en la distinta concepción a partir de la cual cada uno entiende la función del derecho penal. Mientras Horn postula una dogmática ontologicista, es decir, que se refiere a la estructura del objeto de las normas (la acción), Jakobs tiene como punto de partida la función social del derecho penal, entendido como la estabilización de la confianza en la

(49) Loc. cit. p. 558.
(50) Loc. cit. p. 557/545.
(51) Loc. cit. p. 546.
(52) Loc. cit. p. 558.
(53) Loc. cit. p. 560.
(54) Loc. cit. p. 561. La palabra "sistema" en la terminología de *Jakobs* se puede entender provisionalmente como sinónimo de "sujeto", pelo teniendo en cuenta que, en todo caso, no se refiere sólo a sujetos psico-físicos, es decir, a personas individuales.
(55) Aquí no es posible estudiar hasta qué punto es, además, inevitable dentro de su concepción, pues ello requeriría una prolija discusión de la cuestión de la culpabilidad y la prevención general positiva. Ver: M. *Pérez Manzano*, Culpabilidad y Prevención, 1990.

vigencia de las normas (prevención general positiva). En este contexto "conceptos como casualidad, poder, capacidad, culpabilidad, entre otros, pierden su contenido prejurídico y, devienen conceptos adecuados a niveles de competencias".[56] Por lo tanto, lo que para Horn aparece como *esencial*, la capacidad real (es decir, en sentido "ontológico-psicológico")[57] de reflexionar sobre la situación jurídica dentro del proyecto de acción, para Jakobs es sólo *relativo*, pues su alcance depende de la estabilización de las espectativas fundadas en la vigencia de la norma.

Desde el punto de vista de las consecuencias prácticas, sin embargo, es indudable que requerir la duda del autor no tiene en cuenta que es posible que éste haya conocido, p. ej., la existencia de opiniones serias que señalen la antijuricidad de su acción (p. ej. una sentencia judicial y, sin embargo, de hecho, no haya dudado, o que, consciente de lesionar a otro, tampoco haya tenidos dudas respecto de la decuación a derecho de su acción. En tales casos, sin embargo, el merecimiento de una disculpa es, indudablemente, discutible. Ello explica, en principio, que tanto Rudolphi como Roxin o Jakobs hayan propuesto no tomar sólo en cuenta la duda sobre la antijuricidad, sino también otras *circunstancias que hubieran debido generarla*. Sin embargo, como se dijo, este aumento de las exigencias a cargo del autor no se puede fundamentar en la capacidad psicológica de motivarse de acuerdo con la normal. Tal incremento de las exigencias respecto del autor se debe apoyar bien en un "deber de dudar", cuya construcción resultaría ampliamente problemática y, acaso, poco realista, o bien en una cofiguración de la culpabilidad basada en fines preventivos que permita una fundamentación normativa de la evitabilidad.[58] Desde esta perspectiva es posible sostener que la evitabilidad del error se debe determinar "según que al autor concreto le hubiera sido posible, en caso de suficiente esfuerzo, llevar a cabo la conducta que corresponde a su rol",[59] sin detenerse en la capacidad real estricta, condicionada — como lo propone Horn — por la duda sobre la antijuricidad. Por lo tanto, la decisión respecto de cuándo se deben considerar cumplidas las exigencias del primer presupuesto de la evitabilidad, es decir, de las razones para pensar en la antijuricidad, dependerán de una opción básica sobre el concepto de culpabilidad, que no es posible discutir más profundamente en el marco de este trabajo.

2) Si el autor tuvo razones para pensar en la antijuricidad, tendrá que cerciorarse respecto del significado jurídico de su conducta.[60] Los medios señalados en la doctrina como idóneos para despejar la incógnita a este respecto son la *autorreflexión* y la *información en una fuente jurídica confiable*. Ambos han sido señalados por la citada sentencia del BGHSt (tomo 2, p. 194 y ss), en la que — como se vio — se dijo que un sujeto responsable debe despejar las dudas sobre la antijuricidad mediante *autorreflexión* o *información*.

a) La *autoreflexión* se caracteriza por un esfuerzo de conciencia para comprender la significación jurídica de la

(56) Loc. cit. (Prólogo) VII. Sobre la posición contraria a *Jakobs* ver: *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990 (especialmente p. 164/178).

(57) Verbotsirrtum, p. 123/149.

(58) Confr. Jakobs. Schuld und Praevention, 1976; Stratenwerth Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977 (críticamente); Bock, en ZStW103 (1991), p. 636 y ss.

(59) *Jakobs*. Das Schuldprinzip, 1993, p. 21.

(60) Doctrina dominante: ver *Bacigalupo*, comentarios, p. 87 y ss.

acción. Pero, es evidente que se trata de un medio totalmente condicionado por los contenidos de conciencia que son producto del processo de socialización y que sólo puede alcanzar su objetivo cuando se trata de normas ético-sociales generalmente reconocidas, es decir, en la terminología de Jakobs, pertenecientes al núcleo fundamental del derecho penal. Es claro que si se trata de personas de una fuerte conformación religiosa o ideológica, es posible que el esfuerzo de conciencia no les permita llegar precisamente al contenido de las normas del orden jurídico.[61]

b) La *información*, por el contrario, ofrece mejores posibilidades, siempre y cuando provenga de una *fuente confiable*. Normalmente ésta será um abogado, pero también los notarios, procuradores y los funcionarios competentes en el ámbito en el cual se debe desarrollar el proyecto de acción. El ciudadano no debe cargar con la tarea de verificar la corrección del consejo jurídico, pues ello lo llevaría a una cadena interminable de comprobaciones que prácticamente impediría todo comportamiento,[62] lo que resultaría incompatible con el derecho genérico a la libertad de acción que se deduce de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que le es inherente (art. 10.1 CE).

En la teoría se asigna una gran importancia como fuente de información a la *jurisprudencia*. Cuando el autor ha proyectado su acción sobre la base de decisiones judiciales su error sobre la antijuricidad será, por regla general, inevitable.[63] Problemática puede resultar en este sentido la *jurisprudencia contradictoria*. Pero, en tales casos es evidente que no cabe exigir al autor alcanzar un conocimiento que los propios Tribunales no han podido establecer. En estos casos si el autor se ha comportado en uno de los sentidos admitidos por la jurisprudencia su error debe ser declarado inevitable. De aquí se deduce una razón más para lograr una unificación de la jurisprudencia, hoy lamentablemente reducida por el procedimiento abreviado.

La aplicación práctica de estas teorías requiere, por lo tanto, distinguir claramente entre los problemas de prueba del error o la ignorancia de la antijuricidad y el problema de su evitabilidad. En este sentido se debe tener presente que el error de prohibición o sobre la antijuricidad sólo puede ser considerado cuando el acusado de una manera explícita o implícita lo haya alegado en su defensa. Si el Tribunal entiende que esta alegación es veraz o puede serlo, el error o la ignorancia se tendrán por probados. Cuando, por el contrario el Tribual estime que puede fundamentar racionalmente la no veracidad de la alegación deberá rechazarla *motivando su decisión* (art. 120.3 CE).[64]

Probada la ignorancia o el error sobre la antijuricidad se debe plantear la cuestión de si eran o no evitables. El juicio sobre la evitabilidad se debe realizar separando dos momentos diversos: 1) la cuestión de si el autor tuvo razones para suponer la antijuricidad y b) si tuvo a su disposición la posibilidad de aclarar la situación jurídica.

Esto mismo se puede expresar en el siguiente esquema:

(61) Confr. *Jakobs*, loc. cit. p. 545; Bacigalupo, comentarios, p. 87.

(62) Confr. *Roxin*, loc. cit. p. 604.

(63) Confr. *Roxin*, loc. cit. p. 605; *Schroeder*, LK, parágrafo 17, 32 y ss. En la doctrina española: *Cobos Gómez de Linares*, Presupuestos del error de prohibición, 1987.

(64) Confr. SSTS de 15.4.89. Rec. N.º 753/86; 3.5.89, Rec. N.º 1.452/87

1. El acusado alega haber desconocido la antijuricidad de su acción (ignoraba, dice, que el hecho estaba prohibido, que era punible, que era delito, etc.) y el Tribunal estima creíbles sus dichos o no puede excluir que lo sean.

2. ¿Pudo evitar el autor su error de prohibición?

a) ¿Tuvo *razones para pensar* en la antijuricidad?

Las tuvo:

— si tuvo dudas sobre la antijuricidad.

— si sabía que producía un daño a otro o a la sociedad.

— si actuaba en un ámbito regido por regulaciones especiales.

b) ¿Tuvo *posibilidad de despejar el error?*

Las tuvo:

— si pudo despejar el error mediante *autoreflexión*

— si pudo acudir a una fuente fiable de información jurídica que hubiera podido dar una respuesta adecuada a la cuestión jurídica planteada.

Estas reglas tienen aplicación tanto en los casos de errores directos como de errores indirectos de prohibición, es decir, sea que el autor haya errado sobre la existencia de la norma o que su error haya recaído sobre la existencia de una causa de justificación o sobre los presupuestos objetivos de la misma. En este último caso, por regla, el agente habrá tenido razones para pensar en la antijuricidad, dado que sabe que realiza una acción dañosa y, en general, prohibida (el que entiende que es agredido y que esa agresión sólo puede ser detenida lesionando al atacante, sabe que produce un daño a otro). Sin embargo, en la gran mayoría de los casos de esta especie no habrá tenido la posibilidad de informarse sobre la situación jurídica dentro del tiempo en el que (según su representación) debería actuar para evitar que la agresión le produzca un daño.

Por último, es preciso señalar que la cuestión referente a la credibilidad de la alegación del error, en todo caso, no se debe ver sobrecargada por el problema político criminal implícito en el art. 6 bis a), tercer parágrafo, CP, es decir, por la atenuación obligatoria en uno o dos grados de la pena que impone el art. 66 CP cuando el error sea creíble. En muchos casos esa atenuación puede aparecer como excesiva, pero esta es una decisión del legislador que no se puede ni se debe corregir mediante una infracción de los principios de valoración de la prueba. En este sentido, se debe tener presente que nada obliga en el texto del Código Penal a entender que la disminución de la pena en uno o dos grados se deba realizar una vez individualizada la pena dentro de los tres grados de la misma. Por lo tanto, nada excluye que la pena atenuada se pueda fijar dentro de toda la extensión del marco penal, lo que permitiría, como es claro, disminuir en gran medida los efectos negativos de la decisión del legislador en lo referente a la atenuación obligatoria de la pena para el error de prohibición evitable.

Todo ésto no debe hacer perder de vista la necesidad de limitar cuantitativamente la reducción de la pena el error de prohibición evitable en un futura reforma penal, probablemente estableciendo simplemente que la disminución de la pena deberá ser proporcionada a la atenuación de la reprochabilidad del autor. En realidad una atenuación tan drástica como innecesaria sólo ha contribuido a demorar el establecimiento pleno del principio de culpabilidad en materia de error. Lamentablemente los proyectos de reforma no han tomado en consideración este problema, pues no se ha tomado conciencia de que la remisión a la pena prevista para las eximentes

incompletas sólo aparecía como necesaria antes de la reforma de 1983, pero no es en modo alguno una consecuencia inexorable del reconocimiento de relevancia al error de prohibición y, mucho menos, un rasgo esencial de una regulación del error fundada en la teoría de la culpabilidad.

LA INSIGNIFICANCIA: ESPECIFICACIÓN Y REDUCCIÓN VALORATIVAS EN EL ÁMBITO DE LO INJUSTO TÍPICO

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

"Cuando se traspasa la línea de lo *justo* y de lo *necesario*, no queda ya barrera para la arbitrariedad (...) Acostumbrar a los hombres a violar las leyes en lo que tiene poca o mínima importancia, es tanto como incitarlos a hacerse reos de lo que tiene grande o máxima trascendencia..." (Romagnosi, *Génesis del derecho penal*, 1.122).

1 — Al interior del *mare magnum* de problemas que actualmente concentran la atención de la Dogmática jurídicopenal y de la Criminología descuella la consideración del desmedido crecimiento que ha venido experimentando el Derecho punitivo, sobre todo a partir del término de la segunda conflagración mundial, y contra el que justamente reclama la doutrina. Como es bien sabido, el tema no alcanza únicamente a aquellos segmentos más o menos nuevos de esta rama del Derecho, que se integran con bienes jurídicos de novel protección penal, o con objetos de acostumbrada o tradicional tutela en la historia contemporánea de esta rama del Derecho, pero cuyo refuerzo más intenso se he hecho sentir vivamente, en especial por lo que concierne a modalidades y subespecies de dichos bienes. El crimen es — muy bien se ha dicho — *un producto cultural*, una creación de la cultura en su constante desenvolvimiento,[1] por lo que nada tiene de sorprendente, por um lado — en el orden valorativo —, que las sociedades de nuestros días tiendan a criminalizar comportamientos que antiguas concepciones confinaban en el terreno de lo atípico, o que, sin llegar a tanto, merecían una desvaloración pública modesta, que ahora se estima imprescindible redoblar; ni que — esta vez en el orden empírico, pero con immediatas consecuencias políticas y especulativas —, por otro — retocando apenas una conocida y antigua frase —, cada sociedad exhiba la criminalidad

(1) "El delito es, ante todo, un fenómeno de cultura, creado por la cultura e inherente a ella." Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Elementos de criminología*. Edeval, Valparaíso, 1982, cfr. p. 137, así como todo el Capítulo V ("Criminología y Derecho penal"). Sobre el particular, véase, además, el espléndido capítulo segundo ("Il reato: il suo significato in rapporto al diritto, alla religione, ai costumi e alla morale") del *Trattato di criminologia comparata*, de Hermann Mannheim. Traducción de Franco Ferracuti. Einaudi, Torino, 1975, 2 v. V. I, p. 31/91; también, Seeling, Ernesto, *Tratado de criminología*. Traducción castellana y notas de José María Rodríguez Devesa. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 251/302; Exner, Franz, *Criminología*. Vallardi, Milano, 1953, p. 90/105, y, en sentido diametralmente opuesto, Tarde, Gabriel, *Las transformaciones del Derecho*. Traducción, prólogo y notas de Adolfo Posada. Atalaya, Buenos Aires, 1947, p. 23/32.

que produce y merece.[2] Sobre este extremo del problema lo que cabe preguntarse es si, desde el punto de vista políticocriminal, el temperamento de extender los confines del *ius poenale* ha sido suficientemente meditado y, sobre todo, si se justifica, pues jamás debe olvidarse que el Derecho penal constituye la *extrema ratio* del ordenamiento jurídico,[3] y no debe convertirse en la primera, so pena de desdibujarse su magisterio en la comunidad de sujetos de derecho — ya se sabe cómo su espada, templada en demasía, se mella con facilidad, y no cumplirá su función coactiva allí donde debe intervenir —, así como que, por muchos y muy inteligentes que fueren los esfuerzos por dotarlo de un espíritu liberal y compatible con la dignidad humana (o sea, por humanizarlo, lo que implica reducir su esfera de acción y moderar elo posible sus consecuencias, esto es, las penas), la dolorosa disciplina, "aun circunscrita por límites y garantías, conserva siempre una brutalidad intrínseca, que hace incierta y problemática su legitimad moral y política".[4] Mientras algunas reformas parecen bien encaminadas en términos absolutos — piénsese en lo ocurrido en España con la omisión de socorro,[5] y outras captan el trasfondo axiológico que modernas exigencias dictan, pero abren una espiral de complicaciones dogmáticas y, a la postre, prácticas — *v. gr.* la tutela penal de lo que en Italia corre con el nombre de *intereses difusos;* o la de la salud, física y psíquica, al anterior de agrupaciones humanas jurídicamente vinculadas, o bajo ciertas circunstancias propicias, criminológicamente hablando, para desencadenar una violencia desatada; o la de la honestidad,[6] en repetidas opor-

(2) "*Les sociétés ont les criminels qu'elles méritent*", fue la sentencia de Lacassagne en el Primer Congreso Internacional de Antropología Criminal, celebrado en Roma, en 1885. Cfr. Radzinowicz, Leon, *Ideologia e criminalità*. Uno studio del delitto nel suo contexto storico e sociale. Traducción de Franco Ferracuti. Giuffrè, Milano, 1968, p. 41 y nota (22).

(3) Sobre el instrumento punitivo como *ultima ratio* del ordenamiento y su relación con el principio de intervención mínima, cfr. Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal*. Parte general. Civitas, Madrid, 1977, tomo I (único publicado) p. 20; Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*. Temis, Bogotá, 1990, p. 39/40; Jescheck, Heinz-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*. Parte general. Traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde. Bosch, Barcelona, 1981, 2 v. V. I, p. 5, 11 y 12; Zipf, Heinz, *Politica criminale*. Traducción de Adriano Bazzoni. Giuffrè, Milano, 1989, p. 87/90, y Maurach, Reinhart; Zipf, Heinz y Göessel, Karl Heinz, *Derecho penal*. Parte general. Traducción de Enrique Aimone Gibson y Jorge Bofill Genzsch, supervisada por Edgardo Donna. 2 v. Astrea, Buenos Aires, 1994. V. I, p. 104 y ss.

(4) Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Laterza, Bari, 1.989 (primera edición), pág. XV de la *Introduzione*, y nuestro trabajo *Exposición y crítica de una reducción del Derecho penal*. en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Publicación de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, número 11, 1993, p. 209/228.

(5) Que desde 1951 pasa a figurar en el catálogo de los delitos (artículo 489) en sentido estricto, dejando de ser una modesta falta, como, en cambio, todavía ocurre en códigos iberoamericanos inspirados por el modelo español del siglo pasado. Cfr. Rodríguez Devesa, José María: *Derecho penal español*. Parte especial. Decimotercera edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Dykinson, Madrid, 1990, p. 119/127; Cobo del Rosal y colaboradores. *Derecho penal*. Parte especial. Tirant lo blanch, Valencia, 1990 (tercera edición), p. 772/777, y Muñoz Conde, Francisco: *Derecho penal*. Parte especial. Universidad de Sevilla, 1985 (sexta edición), p. 156/162.

(6) Sobre una de las especies de estos intereses difusos, esto es, bienes jurídicos cuyo

tunidades las inclinaciones criminalizadoras de hoy más bien denotan un afán autoritario y protector de intereses de grupos política y económicamente privilegiados que auténticas demandas racionales de la colectividad, como sucede — y el ejemplo vale por muchos — con la paroxística extensión y exasperación a la que se ha llegado, en muchos países, en la tutela de la salud pública ante el tráfico de substancias estupefacientes.[7] Pero hay, todavía, otra dimensión en eso que Carrara llamó *nomorrea penale* y Frank — recordado por Paliero — *hipertrofia del Derecho penal*,[8] aunque ésta queda estrechamente emparentada con la primera. Y es que, en contra del principio de fragmentaridad del Derecho penal, perfectamente descrito por Binding aun antes del

titular es, bien la sociedad indiscriminadamente considerada, bien segmentos, que igualmente adolecen de una cierta indeterminación, al interior de la misma sociedad, cfr. la notable monografía de Juan José González Rus, *Los intereses económicos de los consumidores.* Protección penal. Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1986; la ambigüedad, que oscila entre lo individual y plural, del titular de estos bienes jurídicos — extremo del que se ocupa el autor en p. 79/93, nota que, a mi entender, no aleja demasiado ni substancialmente a estas infracciones de lo que antaño en la Dogmática alemana se denominaba como delitos *vagos* (cfr. Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal.* Publicados, siete vols. Losada, S.A., Buenos Aires, quinta edición, actualizada, tomo III (1.990), p. 92, es y no puede ser menos que sólo el punto de arranque de una serie de dificultades intepretativas.

En cuanto a los efectos criminógenos a los que puede conducir una precipitada y defectuosa técnica en la redacción de tipos delictivos que se mueven en torno a los malos tratos físicos ejercidos sobre parientes muy cercanos, cfr. Rodríguez Devesa, op. et. ed., cits., p. 157/159 (a propósito de la vulgarmente llamada *violencia intrafamiliar*, que en España quedó plasmada como un delito de peligro concreto). No menos preocupante es la dudosa justificación y la imperfecta técnica con que en algunos ordenamientos se ha querido, más con un sentido declamatorio que real, enfrentar penalmente la cuestión de los actos de violencia al interior de recintos donde se desarrollan eventos desportivos. Valgan como ejemplo de ello la ley chilena número 19.327 (publicada en el Diário Oficial del día 3 de agosto de 1994), en especial su artículo sexto, y la ley argentina n. 23.184 (sobre la última cfr. Soler, Sebastián: *Derecho penal argentino.* 5 vols. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1987-1988. Tomo III, actualizado por Manuel Bayala Basombrío, p. 146): las dos recurren a esa fórmula criptográfica, tomada del robo con homicidio del Código español, para agravar la responsabilidad criminal en las lesiones o daños que se cometieren *con motivo u ocasión* de eventos deportivos. Por lo que se refiere a los problemas actuales de la tutela peal de la honestidad, y al margen de la cuestión fundamental de bien jurídico ofendido, considerando que hay ordenamientos que se resisten a la afirmación, sin más, de la llamada *libertad sexual* (cfr. López Rey y Arrojo, Manuel, *Estupro*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba.* Driskill, S.A., Buenos Aires, tomo XI, 1987, p. 236/259, con una severa crítica a la noción y una inteligente defensa de la *honestidad*, más modesta y tradicional, pero también más certera), es interesante el breve trabajo¿ *Criminalizar el acoso sexual?*, de Manuel de Rivacoba, en *Gaceta Jurídica*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, número 174, diciembre de 1994, p. 20/21.

(7) Cfr. Zaffaroni, Eugenio, *La legislación "anti-droga" latinoamericana: sus componentes de Derecho pena autoritario*, en el volumen colectivo *Derecho penal.* Homenaje al doctor Raúl Peña Cabrera. Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, p. 713/728.

(8) Cfr. Carrara, *Delito y matrimonio eclesiástico*, en *Opúsculos de Derecho criminal.* Temis, Bogotá, 1976, siete vols. Vol. IV, p. 106; y Paliero, Carlo Enrico, "*Minima non curat praetor*" Ipertrofia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari. Cedam, Padova, 1985, p. 4/5.

descubrimiento, por Beling, de la idea del tipo y la tipicidad,[9] el legislador punitivo de nuestro tiempo parece impulsado por un endémico *horror vacui*,[10] lo que, si bien, para otros efectos, resulta muy congruente con las exigencias axiológicas vinculadas al principio de la inexcusabilidad de los tribunales de justicia, y al hecho, hoy por hoy poco discutible, de que no existen zonas adiáforas o carentes de regulación en el Derecho, ni un segmento, en el seno del obrar humano, de que quepa predicar jurídicamente la indiferencia,[11] en el ámbito penal suscita legítima preocupación por sus graves consecuencias, tanto en lo que concierne a lo substantivo cuanto en lo estrictamente adjetivo o procesal, llegada la hora de declarar el Derecho para un sinfín de situaciones que se han tornado penalmente relevantes por un afán de perfeccionismo en que el *legis lator* se ha involucrado, extendiendo la órbita punitiva hasta abarcar buena parte de lo que en la terminología alemana se denomina *bagatelas*. Ya se trate de acompañar, a cuenta ley especial de contenido no punitivo se sanciona, nuevos delitos en miniatura o faltas, ya se recurra a la censurable técnica del casuismo en la configuración de los núcleos típicos, el resultado es, en definitiva, desolador, tanto para los requerimientos de certeza jurídica — que en lo penal adquieren máxima significación; no por nada Beccaria, Marat y Foronda recomendaban en el siglo XVIII que el sagrado libro de las leyes penales estuviera en manos de todos los ciudadanos, al paso que esta técnica sólo contribuye a la moderna *descodificación* del Derecho —, de seguridad — por cuanto la atención de los Tribunales se distrae y concentra en innumeras causas de poca monta, obligando, a menudo, a los jueces, a interpretaciones tortuosas para desembarazarse de ellas, o sea, a recurrir a una de las especies de la denominada descriminalización *de facto*, con desmedro de la consideración que merece la pesquisa de delitos graves —, y de economía procesal y pública. El resumen de este estado de cosas, al que ningún ordenamiento se sustrae, lo condensa Paliero — que ha calado hondamente en el tema — en los siguientes términos: "a) la dilatación del campo del Derecho penal comporta (*también* y, a menudo, *esencialmente*) la criminalización *en abstracto de hechos* "de *mínima importancia política*" (representados, en esta primera fase, por las transgresiones a disposiciones administrativas, por los ilícitos de polícia, por las ínfimas lesiones a la persona o al patrimonio); b) el consiguiente "crecimiento de las causas penales" *en concreto* conduce a la parálisis de la justicia, y en todo caso produce *faltas a la economía procesal* (generalizado "retardo en la administración de la justicia punitiva" y

(9) Cfr. Binding, *Compendio di Diritto penale.* Parte generale. Prefazione note e traduzione sulla ottava edizione tedesca di Adelmo Borettini. Roma Athenaeum, 1927, p. 124/127 y 399.

(10) Paliero, op. cit., cfr. 27.

(11) Sobre el fundamento valorativo del principio de inexcusabilidad, cfr. Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del Derecho*. Traducción y apéndice por Juan Ossorio Morales y prólogo de Felipe Clemente de Diego. Bosch, Barcelona, 1979 (tercera edición), p. 41/42. Acerca de la inexistencia, en el ordenamiento jurídico, de una zona de conductas jurídicamente indiferente, cfr. Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho penal.* Nueva edición, revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, 2 v. V. I, p. 338 ("No existe una zona intermedia integrada por un *actuar jurídicamente indiferente*"); Jiménez de Asúa, *Tratado*, ed. cit., tomo III, p. 959/960, y Jiménez Huerta, Mariano, *La antijuridicidad.* Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 22/24.

deficiencias de operación frente a los delitos más graves); c) el problema de economía procesal, en fin, se traduce inmediatamente en un *problema económico tout court*, por los costos elevadíssimos que requiere — tanto en su fase de aplicación como en la de su ejecución — la pena criminal, cuya dilatación excesiva no puede, por lo mismo, dejar de desajustar las *finanzas públicas*".[12]

El tema objeto de este estudio pretende abordar uno esos conatos con que en nuestro tiempo se quiere contribuir a morigerar el estado de cosas descrito, haciendo, en todo caso, abstracción de las peculiares manifestaciones de éste en cada ordenamiento punitivo. En general, las soluciones más comunes propuestas para el problema provienen, como es noto, de la óptica político-criminal, y ésta es la vía por la que transitan las demandas en pos de la descriminalización, la despenalización y la desjudicialización,[13] así como, en un esquema de ideas de radio más amplio, también las pretensiones extremosas del abolicionismo contemporáneo.[14] Nuestro punto de mira es distinto. No, indudablemente, porque entendamos volver la espalda a las exigencias contemporáneas de reforma de las instituciones vigentes. Aquí se trata simplemente de destacar las posibilidades dogmáticas del discutido *principio de insignificancia*, convencidos, como estamos, de que, sin perjuicio de las tareas de *lege ferenda*, al dogmático corresponde sobre todo indagar las posibilidades que sugiere la reconstrucción científica de los respectivos ordenamientos, con especial énfasis en aquellos principios generales, aplicables a todos los delitos y a todas las penas, que, como la antijuridicidad — en cuyo corazón, entendemos, esta enclavada la idea de la insignificancia —, todavía dan pábulo a discusiones y aún exhiben terrenos que recorrer teóricamente, por escasos que éstos furen. Pero en esta tarea no se puede prescindir de consideraciones iusfilosóficas, que, en lo punitivo, fijando el sentido de Derecho penal a partir de su fundamento y naturaleza, así como la finalidad de sus consecuencias, contribuyen a dar mejor sustento a la construcción dogmática, despejando a menudo cuestiones que un huero tecnicismo jurídico no sabe ni puede dilucidar. Con otras palabras: el carro de la moderna reducción del Derecho penal corre principalmente sobre el riel de la Política criminal, por cierto; pero, en la espera de su desenvolvimiento y concreción reales, hay que indagar todavía en las posibilidades que ofrezca la reconstrucción dogmática de los ordenamientos, y en su trasfondo político y iusfilosófico. No hay que exponerse innecesariamente al riesgo de que las demandas políticocriminales se frustren y queden en lo que el corrosivo verbo de Binding llamó "esa bella música del futuro",[15] sin adoptar alguna

(12) Op. cit., p. 23.

(13) Cfr. Cervini Sánchez Raúl, *Los procesos de decriminalización*. Segunda edición, actualizada y ampliada. Editorial Universidad, Montevideo, 1993, especialmente p. 61/66, y Ramos Mejía, Enrique, *Desincriminación, despenalización, desjudicialización*, en el libro colectivo *El poder penal del Estado*. Homenaje a Hilde Kaufmann. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 205/217.

(14) Cfr. Hulsman, Louk, y Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Ariel, Barcelona, 1984, y Christie, Nils, *Los límites del dolor*. Traducción de Mariluz Caso. Fondo de Cultura Económica, México, 1988. Para una crítica decisiva del abolicionismo, pero no ciega a cuanto puede resultar aprovechable en él, cfr. *Ferrajoli*, op. et ed. cits., p. 235/239.

(15) A la que el criminalista no debe, según Binding, prestar atención alguna. Cfr. *Compendio*, cit., p. XXXI/XXXVII, y

elemental precaución. En este sentido, convendrá, para ocuparmos convenientemente de lo último, parangonar, bien que con la mayor concisión, los intentos que hoy se elucubran en pro de la humanización del ámbito de lo punitivo, con los delicados equilibrios que estuvieron tras la primera gran reducción del Derecho penal, que sobreviene a fines del siglo XVIII, o sea, con la reforma penal ilustrada y revolucionaria, animada, como estuvo, ante todo por exigencias de valor, lo que no siempre, o por lo menos no siempre de modo consciente, exhibe las tendencias reductoras de nuestra época.

2. Quienes han estudiado a fondo las bases espirituales de la reforma penal diciochesca, que fue, casi sin solución de continuidad, ilustrada primero, y revolucionaria después, la vinculam con el iusnaturalismo clásico característico de esa escuela que, a partir de Grocio, domina especulativamente el panorama de la Filosofía jurídica y política durante el siglo XVII y la primera mitad del XVIII, y destacan su importancia, no tanto para lo inmediato — la abstracción de sus elaboraciones, jamás circunscritas a un Derecho positivo determinado, no podía consentirlo —, sino para lo futuro, puesto que el racionalismo ínsito en sus doctrinas sembraría, en verdad, "el germen de las elaboraciones críticas y renovadoras que, cuando bajo su estímulo se vuelquen las mentes a reflexionar sobre el Derecho criminal, aflorarán en el siglo XVIII y, junto con servir de piqueta que demuela los ordenamientos penales del *antiguo régimen*, planearán los que han de sucederles y plantearán su necesidad ineludible y su urgencia perentoria".[16] Es más, para un historiador de lo que fue el Derecho privado durante la Edad Moderna, la mentada escuela, que tuvo una enorme significación para el conjunto de la cultura jurídica europea, señaladamente la desplegó en el ámbito de lo penal, añadiendo que "el Derecho racionalista y la Ilustración europea de los siglos XVII y XVIII tienen en parte un origen común, por proceder el sistema del Derecho racionalista intermedio del pensamiento de la Ilustración incipiente, especialmente del Cartesianismo; y efectos comunes, por basar aún la Ilustración sus exigencias humanitarias de una cultura jurídica avanzada, tal como, por ejemplo, la abolición de los delitos de magia y del tormento, en argumentos de Derecho racionalista"; y si bien, en su concepto, no hay ni puede hablarse de total identidad entre los iusnaturalistas clásicos y los ilustrados, la secularización del pensamiento, alentada por los primeros, estimuló los ingredientes morales de una visión racional del mundo y de la vida, de suerte que "este racionalismo moral es el elemento que vincula la Ilustración y el Derecho racionalista".[17] Es posible caracterizar este influjo de la escuela moderna del Derecho natural sobre el pensamiento ilustrado y su reforma penal en un

Rodríguez Mourullo, op. et vol. cits., p. 1.

(16) Rivacoba, *Los iusnaturalistas clásicos y el pensamiento penal*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, cit., n. 2, 1984, p. (229/258) 230/231. Cfr., además, desde una perspectiva más amplia, Windelband, Wilhelm, *Historia de la filosofía moderna*. En su relación con la cultura general y las ciencias particulares. Traducción de Elsa Tabering, 2. v., Editorial Nova, Buenos Aires, 1951. Tomo I, p. 31/36, y Hazard, Paul, *La crisis de la consciencia europea* (1680-1715). Traducción de Julián Marías. Pegaso, Madrid, 1975 (tercera edición), p. 243/260.

(17) Cfr. Wieacker, Franz, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*. Traducción de Francisco Fernández Jardón. Aguilar, Madrid, 1957, cfr. p. 207/208 y 279.

cuáduple sentido. En lo substancial — por cuanto constituyó la más importante delimitación del ámbito de lo punitivo realizada por el último —, la secularización del pensamiento jurídico, que si fuera todavía incipiente en el mundo de ideas en el que se movía Hugo Grocio, ya aparece desplegando su fruto en la batalla ideológica que Pufendorf y Thomasius libraron para excluir del catálogo de figuras delictivas del *ancien régime* delitos que, como la magia, la hechicería o el comercio carnal con el diablo, se castigaban con atroz fruición desde el medioevo, y la discusión a la que el primero de filósofos indicados sometión a otros, como el incesto y el adulterio,[18] todos ellos vinculados a concepciones religiosas cuyo origen es impertinente recordar aquí; además, este esfuerzo por delimitar lo jurídico de lo religioso se complementa, en Thomasius, con su conocida distinción de las esferas del Derecho y de la moral, dato que — como es noto — si en un principio tuvo el objetivo precipuo de salvar la libertad de pensamiento en el campo religioso y moral ante los inevitables y conocidos desbordamientos del Estado y, a la sazón, también de la Iglesia,[19] en manos de la ideología de ilustrados y revolucionarios resultará decisivo para la configuración del nuevo Derecho penal, en el que sólo admitirán la consideración de delitos aquellos actos que supongam un genuino daño público, según la conocida frase de Beccaria.[20] En seguida, y siempre en el terreno contenutístico, el haber avizorado los iusnaturalistas, como aparece paladinamente en Pufendorf, la idea de la dignidad humana, será, asimismo, importantíssimo elemento para el pensamiento revolucionario. Welzel, uno de los mejores conocedores del pensamiento del iusnaturalista de Heidelberg, ha destacado cómo Pufendorf, antes que Kant, "fue el primero en subrayar con palabras enérgicas la idea de la dignidad del hombre, como ser moral-libre, haciendo de ella el fulcro de su sistema de Derecho natural, y de ella se derivaron aquellas ideas de los derechos del hombre y de la libertad, que fueron determinantes para el siglo sucesivo",[21] en el sentido de que la dignidad humana ya no es vista desde entonces y en adelante como el exclusivo patrimonio

(18) Cfr. Welzel, Hans, *Diritto naturale e giustizia materiale*. A cura di Giuseppe De Stefano e Presentazione di Enrico Paresce. Giuffrè, Milano, 1965, p. 195/216; del mismo, *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*. Un contributo alla storia delle idee dei secoli XVII e XVIII. A cura di Vanda Fiorillo. Giappichelli, Torino, 1993; Cavanna, Adriano, *Storia del Diritto moderno in Europa*. Le fonti e il pensiero giuridico, I. Giuffrè, Milano, 1982, p. 338/343; Blasco y Fernández de Moreda, *Magia, Hechicería, brujería y nigromancia* (Crimen de), en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, cit., v. XVIII, 1991, p. 902/924; del mismo, *Relaciones y nupcias incestuosas*, en la misma *Enciclopedia*, tomo XXIV, 1987, p. 572/578, y Radbruch, Gustavo, y Gwinner, Enrique, *Historia de la criminalidad* (Ensayo de una criminología histórica). Traducción del alemán con notas y adiciones de Arturo Majada. Bosch, Barcelona, 1955, p. 120/128 y 177/191.

(19) Cfr. Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*. Traducción de Luis Legaz y Lacambra. Bosch, Barcelona, 1974 (novena edición), p. 72/75 y 332; López de Oñate, Flavio, *Filosofía del Derecho*. Traducción de Alberto Bianchi. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, 2. v., Tomo I, p. 240/241, y Opocher, Enrico: *Lezioni di Filosofía del Diritto*. Cedam, Padova, 1993 (segunda edición), p. 127/132.

(20) *Dei delitti e delle pene*. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento. A cura di Franco Venturi. Einaudi, Torino, 1973 (terceira edición), p. 22/23.

(21) Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale*, cit., cfr. p. 211.

del sujeto virtuoso, como pensó Santo Tomás, ni será tampouco idea necesitada de ulteriores precisiones, como ocurre con la concepción, característica del Renacimiento, de Pico della Mirandola, sino una firme noción que subraya la calidad, que todo hombre posee, de ser un fin en sí, y que se menosprecia esta nota valorativa específica y distintiva de lo humano cuando un hombre — y, con él, todos — es tratado como objeto; y por esto Beccaria, genuino revolucionario, anticipándose incluso a Kant, podrá escribir que "*non vi è libertà ogni qual a volta de leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere* persona e *diventi* cosa".[22] En tercer lugar, la idea de la prevención general negativa, fundamental en la obra de Beccaria, así como entre los primeros clásicos — basta pensar en Romagnosi, Bentham y Feuerbach,[23] había sido adelantada por el pensamiento iusnaturalista del siglo XVII, pues sus miembros, "radicando los orígenes de la sociedad en el contrato, y los de éste, por más distintas y hasta contrapuestas que sean las maneras de entenderlo, en la necesidad de procurar la seguridad de los individuos", tenían que reconocer en, y asignar a, la pena que se asocia a la comisión de los delitos "un propósito utilitario y preventivo, de evitar la perpetración de otros nuevos, sea mejorando al criminal o, *con mayor eficacia, impresionando a los demás para que se abstengan, en lo futuro, de delinquir*".[24] Por fin, la construcción de un sistema de conocimientos jurídicos, lógicamente ordenado y coherente, a partir de ciertas premisas — las normas — de las que en lo sucesivo se obtiene, por deducción, conclusiones cada vez más particulares, hasta llegar al detalle, o sea, el análisis y la síntesis, lo que Cavanna denomina "la geometría y la arquitectura del Derecho",[25] que propiciaron Leibniz y la escuela de Wolff en Alemania, deviene la clave para entender cómo, alimentados por el mismo espíritu racionalista de los ilustrados, la escuela clásica del siglo XIX podrá construir la Parte general de nuestra disciplina, sometiendo al más riguroso y menudo análisis el contenido de la infracción criminal, en el entendimiento de que el estudio analítico del delito está al servicio de la libertad individual y contribuye efectivamente a morigerar, privándolos de todo respaldo teórico, los excesos del arbitrio judicial, y levantar sobre el todo un sistema completo, por lo regular cerrado, en que cada parte encuentra su congruo enclave y se adecua perfectamente con las demás. Es ésta la aportación fundamental de los clásicos, que se empeñarán en llevar hasta sus últimas consecuencias los principios del individualismo abstracto de la centuria precedente y en barrer con las últimas rémoras que se oponen desde un pasado todavía reciente a la conformación de un Derecho penal liberal; pero el análisis y el sistema entroncan, con la Ilustración,

(22) Op. et ed. cits., cfr. p. 50.

(23) Romagnosi, Giandomenico, *Génesis del Derecho penal*. Traducción de Carmelo González Cuesta y Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, 1956, especialmente p. 125/126 (§§ 333 a 337, ambos inclusos); Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 60/62 (§§ 13 a 16); sobre Bentham, a quien se debe la distinción entre prevención general y prevención particular, cfr. Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 25/26, y Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal*. Parte general. Ediar, Buenos Aires, 1.987-1988, 5 v., tomo II, p. 193/199.

(24) Rivacoba, *Los iusnaturalistas clásicos y el pensamiento penal*, cit., cfr. p. 257. La bastardilla nos pertenece.

(25) Op. cit., cfr. p. 343/355.

primero, y más atrás con el iusnaturalismo moderno, y sin estos antecedentes no se comprenden.

De los elementos que integran lo que podría llamarse el arco toral de la reforma punitiva del Siglo de las Luces, la que se acelera bajo el aliento de las mentalidades más avanzadas y al calor de la realidad de la revolución, Rivacoba[26] destaca tres grandes principios que la desarrolan y realizan, y todos ellos contribuyen decisivamente a la reducción del ámbito de lo punitivo. En primer lugar, la consagración del principio de legalidad. En verdad, sería una injusticia negar que muchos y muy graves son los solapados atentados que contra el axioma de la legalidad de los delitos y las penas encierra su intelección puramente formal, y de allí su complemento contemporáneo con la exigencia que los italianos llaman *determinatezza della fattispecie* y nosotros, derechamente, tipicidad; pero hay que situarse en la realidad del Derecho intermedio, y sobre todo en la del siglo XVIII, en el que, según el fiel y elocuente retrato de un clásico tardío, parecía que cada siglo había ido sumando y multiplicando, como nefasta herancia, la brutalidad de los anteriores,[27] para comprender la significación que incluso una legalidad formalmente entendida hubo de representar para lo punitivo, en un sentido, amén de garantista, reductor de su esfera, no sólo por lo que concierne a las penas — basta pensar en las penas arbitrarias, que desde su remoto origen en la época de la *cognitio extraordinem* del Derecho penal romano, la humanidad hubo de soportar hasta su intensificación muy común en el siglo que nos ocupa —, sino, asimismo, en punto a los delitos, con el atajo que de esta guisa se opuso al arbitrio desmedido de que se servían los jueces, señaladamente mediante el recurso a la analogía.[28] En seguida — y esto es lo que más no interesa — "otra línea esencial de la reforma consiste en la supresión o atenuación de los delitos que ya no condicen con las valoraciones de la época, o sea, lo que hoy denominamos descriminalización o despenalización; y así es cómo desaparece por primera vez en la *Reforma* toscana el de lesa majestad, con las excrecencias absurdas y terribles que habían ido ampliándolo heterogénea e inaceptablemente en un proceso de milenios. Desparecen asimismo los delitos de magia, hechicería y otros análogos, con la consiguiente racionalización y laicización del Derecho criminal; y se somente a demoledora crítica, hasta reducirlos a sus justas dimensiones, delitos que venían y continuaban siendo

(26) *La reforma penal de la Ilustración*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, cit., n. 5, 1987, p. (183/209) 197/199.

(27) "En la primera mitad del siglo XVIII, la justicia penal presentaba en Europa el más triste espetáculo: incertidumbre y confusión en las leyes y en su interpretación, excesivo rigor y atrocidad en la penalidad, exagerada incriminación, conculcación de todo derecho de la personalidad humana en los juicios penales. Los abusos habían llegado a su más alto grado, porque cada siglo había ido amontonando el funesto patrimonio que había heredado de los anteriores." Pessina, Enrico, *Elementos de Derecho penal*. Traducción del italiano por Hilarión González del Castillo. Prologado y adicionado con arreglo al Derecho penal de entonces por Félix Aramburu y Zuloaga. Cuarta edición, anotada conforme a la legislación vigente y adicionada con las doctrinas científicas modernas por Eugenio Cuello Calón. Reus, Madrid, 1936, p. 124/125. No extrañará, pues, que un genuino testigo de la época, Voltaire, afirmara que el Derecho penal de la Francia del siglo XVIII parecía "planificado para arruinar a los ciudadanos". Cfr. Radzinowicz, op. cit., p. 3.

(28) Cfr. Blasco y Fernández de Moreda, *Interpretación de la ley penal*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, cit., Tomo XVI, 1978, p. (483/494) 485/486.

gravísimos, como la sodomía, el infanticidio, el contrabando y la caza",[29] a los que cabe agregar el incesto.[30] La tercera gran tarea de la reforma penal se orientó hacia la humanización de las puniciones, mitigándolas y haciéndolas acordes con la sensibilidad de la hora. "Comienza lo que luego se convertirá en campaña continuada y secular contra la pena de muerte, que queda ya abolida, lo mismo que la mutilación, la confiscación y la marca, así como la infamia, que importaban algunas de ellas en el código leopoldino. Se consagra el principio de la personalidad de los puniciones, y se proporcionan éstas a la diversa gravedad de los respectivos delitos",[31] reparándose, con Blackstone — en cuyo pensamiento penal fueron decisivos Montesquieu y Beccaria —, que las penas desproporcionadas no previenen delitos futuros; por el contrario, favorecen la impunidad y — lo que es peor — acostumbran al pueblo a un tenor de vida feroz: en dos palabras, que las leyes sanguinarias y desproporcionadas son un claro y funesto síntoma de la debilidad o mala constitución del Estado, pues cuando el pueblo no ve una gradución o proporción en las penas, aquél lo induce a creer que no la hay tampoco en los delitos.[32] Como cualquiera puede fácilmente advertir, este proceso de humanización — reducción — del Derecho penal estuvo fundamentalmente animado por exigencias de valor, asociadas principalmente a la mutación de la estructura y sentido de la sociedad política, con la consiguiente redefinición del puesto que en su interior ocupa el individuo. Esto tenía que repercutir inmediata e intensamente en lo punitivo. Por lo demás, el siglo XVIII no dejó de entenderlo así incluso teóricamente. Ese efeto de lo político sobre lo penal es descrito, y — diríamos — casi preanunciado en su próxima concreción, por Montesquieu en su *De l'Esprit des Lois*,[33] toda vez que, en

(29) Rivacoba, *La reforma penal de la Ilustración*, cit., cfr. p. 198. Respecto de la magia y la hechicería, véase, además, Blasco, *Magia, hechicería, brujería y nigromancia*, etc., cit.; en punto a la sodomía, Mezger, Edmund, *Derecho penal*. Libro de Estudio. Parte especial. Traducción de Conrado Finzi. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, cfr. 121/125; acerca del infanticidio, Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*. 4 v. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, tomo I (segunda edición, puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig), v. I, p. 426/476, y Stampa Braun, *Las corrientes humanitarias del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como "delictus exceptus"*, en *Anuario de Derecho penal*, de Madrid, 1953, p. 47 y ss.; acerca del contrabando y la caza, *Quintano*, op. cit., tomo III (segunda edición puesta al día por Carlos García Valdés), p. 915/927 y 750/756. No puede dejar de mencionarse las sobrecogedoras líneas que dedican Radbruch y su discípulo (op. cit., p. 227/240) a la represión crudelísima de la caza durante el Derecho intermedio.

(30) Cfr. Blasco, *Relaciones y nupcias incestuosas*, cit., p. 574/575.

(31) Rivacoba, *La reforma penal de la Ilustración*, cit., cfr. p. 198.

(32) Blackstone, William, fragmento del primer capítulo de sus *Commentaires on the laws of England*, en el apéndice de la edición citada en nota (20) del célebre libro de Beccaria, p. 550/560.

(33) *Del espíritu de las leyes*. Introducción de Enrique Tierno Galván y traducción de Mercedes Blásquez y Pedro de Vega. Tecnos, Madrid, 1985. "Siempre que tengo a mi favor a los romanos me afirmo más en mis máximas, y cuando veo cómo este gran pueblo cambiaba las leyes civiles según iba cambiando las leyes políticas, *me afirmo en la creencia de que la penas se relacionan con la naturaleza del Gobierno*" (Libro VI, capítulo XV, "De las leyes romanas con relación a las penas". La bastardilla, nuestra). En este sentido, Montesquieu se anticipa y con mucho a la asimismo genial intuición de Marat

verdad, la transformación de las concepciones acerca del puesto del hombre dentro de una sociedad jurídica y políticamente organizada, esta vez en un sentido ya no absolulista, sino liberal, irradia *ipso iure* sus consecuencias en orden a delimitar aquellas esferas en las que de otra manera el Estado entraría con prepotencia, con evidente desmedro de los derechos individuales. Y dicho cambio político fue el resorte inmediato de dos exigencias de valor: libertad y seguridad individuales, que constituyeron la estrella polar de lo que Hobsbawmn llamó — refiriéndose a la francesa — *revolución burguesa*,[34] y sentaron las bases espirituales para que durante la centuria siguiente se pudiera construir un Derecho penal más humano, lo que quiere decir un Derecho penal liberal.

3. El siglo XIX, heredero de la reforma penal ilustrada y revolucionaria, estaba destinado a ser, empero, también en el terreno punitivo, por sus antítesis, "el siglo de las contradicciones".[35] No se trata ciertamente de traer aquí a colación los debates ideológicos entre escuelas de pensamiento tan distantes como el clasicismo, el correccionalismo y el positivismo penales. Por muy certero que resulte afirmar que esos debates, que en buena medida laceraron con sus recurrentes tópicos de fondo — siempre cuestiones de fundamentación y finalidad de nuestra disciplina, y jamás extremos contingentes o superficiales —, sobre todo en el ambiente italiano y español, y, por ende, iberoamericano, la actitud dogmática, inhibiendo por varias décadas el progreso que en la ciencia de los delitos y las penas no hubo de detenerse en los países del área germánica, singularmente Alemania, fueron el crisol especulativo de un siglo rico y creador en lo penal, aunque asimismo agitado como se desvela y retuerce una mente en procura de una más profunda conciencia de las bases de su pensamiento, aquí interesa destacar otro fenómeno, igualmente contradictorio, pero ocurrido en el seno del Derecho positivo. Es que, frente a un afán teóricamente racionalizador de lo penal, evidenciado *in primis* por la consolidación del proceso codificador que se iniciara en la centuria precedente, el Derecho penal del nuevo mundo liberal experimenta un inopinado y desmedido crecimento en su catálogo de infracciones. Es suficiente, para apercibirnos del fenómeno, traer a colación el juicio de algunos contemporáneos. Escribe justamente Paliero que el proceso de inflación de la pena, que hoy vuelve a despertar el interés de la doctrina y a ocupar a más de un legislador en la búsqueda de "remedios", es, en realidad, un fenómeno para nada reciente: basta pensar que, para permanecer en el ámbito de la doctrina alemana, ya al inicio del siglo XIX Carl Joseph Anton Mittermaier

acerca de la dependencia íntima de lo penal respecto de lo político, señalada por Rivacoba en su trabajo *Relaciones del Derecho penal con el Derecho político*, en la revista *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, año 3, n. 11, julio-septiembre de 1989, p. 595 y ss.

(34) Cfr. *Le rivoluzioni borghesi* (1789-1848). Il Saggiatore, Milano, 1971. De idéntica expresión se sirve el célebre historiador francés Albert Soboul, en *La rivoluzione francese*. Newton Compton, Roma, 1974, especialmente p. 101 y ss.

(35) Cfr. Carrara, *Un nuevo delito*, en *Opúsculos de Derecho criminal*, cit., v. IV, p. (399/406) 402. Estas contradicciones, que para Bertrand Russell se resumíam en el conflicto entre la técnica proporcionada por la segunda revolución industrial y la teoría política, que no anduvo *pari passu* con la primera, llevaron al siglo en cuestión a su término desastroso con la primera conflagración mundial. Cfr. *Storia delle idee del secolo XIX*. Mondadori, Milano, 1970, especialmente p. 654/660.

indicaba entre los "*errores fundamentales* del tratamiento reservado al Derecho criminal en los códigos penales" la escesiva extensión del mismo sector criminal y la convicción, común entre la mayor parte de los legisladores, de que "sólo a través de la coacción penal se podía combatir toda fuerza hostil que se colocara en contradicción con el ordenamiento jurídico",[36] reconociendo, el mismo jurista tudesco, en la proliferación de leyes penales de que era testigo su siglo, un síntoma de decadencia del ordenamiento globalmente considerado, puesto que "la misma historia demuestra que la legislación penal ha sido tanto más simple y circunscrita a un menor número de figuras criminales, cuanto más desarrollada y perfecta resultaba la correspondiente legislación civil".[37] Si bien, por nuestra cuenta, no podamos sin alguna reserva suscribir el último de los asertos de Mittermaier — piénsese sólo en las excelencias del Derecho civil romano y, en cambio, en la cantera inagotable y farragosa de figuras que en lo criminal suministraban la *iniuria,* el *furtum* y el *crimen vis,* sólo por dar ejemplos muy conocidos de un ordenamiento que desconoció el principio de legalidad —, tampoco se puede negar que las décadas que suceden a la codificación ilustrada y revolucionaria, o sea, a ese proceso que condujo a un corte y reducción netos de lo punitivo, iban a emborcar un *iter* inverso, por factores de variada índole aunque en substancial medida ligados a los mismos fundamentos liberales del nuevo Derecho y proceso penales. El individuo, que había sido erigido en piedra de toque y razón de ser del Estado y del ordenamiento jurídico, tenía que quedar rodeado de toda suerte de garantías, especialmente la jurisdiccional y sobre todo en el terreno punitivo, aunque ello fuera al precio de introducir en éste una variada gama de conductas que bajo el antiguo régimen apenas rebasaban lo meramente contravencional-administrativo o insignificante. En efecto, con la instauración del Estado de Derecho en Europa, "las exigencias garantistas que demandaban la reserva de jurisdicción para todo sector acompañado por instrumentos sancionatorios, habían, en cambio, producido las disolución de todas las instancias inferiores y la correspondiente ampliación de las competencias en lo criminal. Sin embargo, los efectos fueron perversos, porque la tutela jurisdiccional se obtuvo a cambio de una asperación del castigo".[38] Este singular corolario — en abierta pugna con ese máximo de garantías y ese mínimo de tipos penales en los que ha insistido en los últimos años Ferrajoli,[39] indudablemente no querido por el pensamiento penal liberal, aparece ya en ciernes en la siguiente advertencia de Feuerbach, que Mattes recuerda, a propósito de la resistencia, en la Alemania de la centuria pasada, a la configuración independiente del así denominado Derecho penal administrativo: "Que és lo que queda, en cuanto a libertad civil y garantía de los derechos en un Estado, donde no los tribunales, sino funcionarios de polícia pueden condenar a los ciudadanos a penas de multa de hasta quinientos florines, a la pérdida de su industria.. a prisión (arresto de policía)... la respuesta yace ya en la pregunta (...) Quién puede, sin burlarse, afirmar: El patrimonio, el honor, la libertad de los ciudadanos están asegurados por la protección de tribunales independientes, allí donde un súbdito ciertamente no puede ser con-

(36) Op. cit., cfr. p. 5.
(37) Ibidem, p. 5/6 (nota 5).
(38) Ibidem, p. 14/15.
(39) Cfr. op. et ed. cits., así como *Il Diritto penale minimo*, en la revista *Dei delitti e delle pene*, año III, n. 3, septiembre-diciembre de 1985, p. 493 y ss.

denado, si no es por una sentencia judicial a *prisión penal* de algunos días — pero *sin* intervención judicial puede serle impuesto *un año de arresto...*".[40] No se trata, por cierto, de perder de vista el alcance y sentido garantistas de las prevenciones del jurista bávaro, ni el hecho de que, por los motivos que apuntó, las faltas quedaram a largo andar inseridas en el primer Código unitario alemán. Es que acaso sus preguntas debieron abrazar otra dimensión del problema, a saber, la conveniencia y aun la justificación de penar, incluso a título de modesta falta, entidades modestas o nimias, como, en cambio, a propósito de lo que denominó *los escrúpulos de la conciencia política* hubo de notar Romagnosi en 1791. Efectivamente, para el autor de la cita que encabeza estas líneas "así como en el régimen de salud no se recurre al médico o al cirujano ante malestares muy leves, así también en le régimen civil no conviene hacer que intervengan siempre jueces, corchetes y alguaciles". Es más: "en todas las cosas de este mundo hay un *mínimo* que se debe pasar por alto, ya porque toda posible ordenación humana no se puede establecer sino por una burda *aproximación*, ya porque el tiempo y los dispendios consumidos en estas minucias impiden adelantar cosas más importantes, o exigen pagar gravosos estipendios".[41] Y estas palabras estaban pensadas precisamente para la esfera de la llamada justicia administrativa, cuyas puertas, según Romagnosi, debían estar siempre abiertas a todo aquel que tenga derecho a implorar su protección, pero que tampoco tenía que ponerse en movimiento ante una infinidad de pequeñas colisiones de interesses, que los mismos particulares podíam compensar, o remitir de modo expresso o tácito![42] Sobre todo para Carrara, cuyo pensamiento en orden al fundamento del Derecho punitivo y la finalidad de la pena, esto es, la tutela jurídica, tanto diferia del de Romagnosi, su tiempo parecía atacado por el morbo de la nomomanía o nomorrea, puniéndose, merced a lo que calificaba como un "progreso de antipatía por el cual se castigan como delitos graves ciertos hechos que en tiempos antiguos se miraban como dignos de risa y de mofa",[43] conductas que la más elemental prudencia política aconseja dejar penalmente impunes, a fin de que ni el Estado difumine inútilmente su enegía, ni el Derecho penal autoaniquile de hecho su magisterio por el prurito de querer gobernar demasiado a costa de los casos verdadeiramente importantes, que sí requieren que se interesse su majestad.[44] Mientras, durante las décadas sucesivas, la doctrina persistia en la enervante e improductiva *lucha de las escuelas,* el legislador hacía lo suyo, y el Derecho punitivo extendía sus confines antes que, por sobre la nota influencia del pensamiento clásico sobre la codificación europea e iberoamericana, que se intensifica mano a mano que avanza la centuria, el liberalismo penal acabara de enterarse totalmente de lo que estaba aconteciendo. Nada

(40) Mattes, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo*. Historia y Derecho comparado. Vol. I (único vertido al castellano). Traducción y notas por José María Rodríguez Devesa. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979, cfr. p. 149.

(41) Op. cit., cfr. p. 404 (§ 1.139).

(42) Ibidem, p. 404/405 (§§ 1.140/1.141)

(43) *Programa de Derecho criminal.* Traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero. 10 v. Temis, Bogotá, 1987 (reimpresión de la cuarta edición). Parte especial, V. IV, p. 419, § 2.314, nota (1).

(44) *Un nuevo delito*, en op. et vol. cits., p. 402/403, y *El delito y el matrimonio eclesiástico*, cit., p. 106.

tiene de sorprendente, pues, que el primer y consciente llamado a la idea de la insignificancia, como um medio eficaz para conjurar, por lo menos en parte, este estado de cosas, proviniese del más importante de los miembros de una de las vertientes del llamado positivismo crítico,[45] Franz Von Liszt, sobre la base de ese más acusado conocimiento empírito — y, desde luego, estadístico — del delito al que los clásicos fueron en general refractarios y que la Joven Escuela Alemana supo combinar con el estudio jurídico de la infracción criminal, para alumbrar, con el jurista vienés, una nueva dirección en la política criminal entendida como lucha consciente contra el delito, pero obrando de un modo individualizado sobre su agente mediante una *pena fin*.[46] Nada hay de insólito, pues, en que el campeón del combate contra las penas cortas de privación de libertad escribiera en su *Tratado* que "nuestra legislación actual hace de la pena, como medio de lucha, un empleo superabundante. Debía pensarse si no merecería ser restaurado el antiguo principio "*minima non curat praetor*", bien como precepto jurídico del procedimiento (quebrantamiento del principio legal), bien como regla de derecho material (impunidad por insignificancia de la agresíon)".[47] Esta "profecía" del penalista tudesco[48] alude de modo inmediato, como se ve, al mismo problema que se arrastraba desde la pasada centuria y que, hoy por hoy, en casi todos los países, se presenta con renovada y perturbadora actualidad. Y lleva toda la razón Paliero cuando sostiene que lo más interesante de la observación de Von Liszt, y aquello que de alguma manera anticipa el nuevo e incontrolado crecimiento de lo punitivo durante el siglo presente, es su genial intuición de las dos posibles soluciones que para aporía la doctrina contemporánea ha venido construyendo, unas de corte procesal (ligadas a la introducción o al más elástico empleo del principio de oportunidad), y otras de tipo substancial, especialmente en el seno de la Teoría general del delito. Pero de esto, a su momento.

La progresión intensificada del fenómeno que nos ocupa en el marco de la presente centuria es cosa de todos conocida, por lo que aquí resultará impertinente insistir en ella. El crecimiento del Derecho punitivo, que en la perspectiva europea y occidental en sentido lato se vincula constantemente, por quienes han estudiado la cuestión, a factores en rigor extravagantes a nuestra rama del Derecho, en el sentido de que han tenido su origen en los respectivos ordenamientos constitutivos, parece incontenible, sobre todo en el llamado Derecho penal especial, esto es, el no codificado. Piénsese apenas en lo ocurrido con el Derecho administrativo en el período convulsionado de

(45) Mote común en el que encajaron todas las direcciones de pensamiento que surgen como *tertium* en la llamada *lucha de las escuelas*. Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado*, ed. cit., v. II, p. 84/87.

(46) Se alude evidentemente a su famoso discurso *La idea de fin en el Derecho penal*. Traducción directa del alemán por Henrique Aimone Gibson. Revisión técnica y prólogo por Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Edeval, Valparaíso, 1984. El pensamiento de Von Liszt ha sido recogido con exactitud y limpieza, sobre todo en lo criminológico, por Mezger, en *Criminología*. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 237/240.

(47) *Tratado de Derecho penal*. Traducido de la 20.ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña. 3 vols. Reus, Madrid, 1916. V. II, cfr. p. 16/17.

(48) Así la denomina Paliero, op. cit, p. 3, al punto de comenzar con esta referencia su monumental investigación.

entreguerras, y en la consiguiente expansión de la ingerencia pública en áreas que en otro tiempo quedaban reservadas a la autonomía de la voluntad de los particulares,[49] en las transformaciones experimentadas en el Derecho político y constitucional, con el tránsito, no siempre uniforme, desde las formas clásicas del Estado liberal típico del siglo pasado a aquellas, así denominadas, sociales, del nuestro,[50] lo que se ha traducido en un cada vez más intenso interés de la Administración en orden a impulsar la satisfación de necesidades que las valoraciones contemporáneas reputan esenciales para los sujetos y la comunidad; en las nuevas formas que la técnica contemporánea ha abierto para atentar contra tradicionales bienes jurídicos de titularidad individual, como ocurre, *verbi gratia*, con los que giran e torno a los derechos de la personalidad que provienen de la esfera del Derecho civil, etc.[51] Sin embargo, todo ello, a menudo sin solución de continuidad, se ha reflejado en un inmediato impacto en el penal, y sus causas de son asimismo notas: la incoercible tendencia a la precipitación y a la improvisación, tan característica del legislador contemporáneo, incluso en países que han conseguido estructurar una genuina Política criminal, cuyas exigencias racionales, empero, han tenido que ceder a menudo ante leyes que "*corren prisa*" (y no digamos nada de los Estados que carecen totalmente de ella); el prescindir de adecuadas y profundas evaluaciones de la realidad desde la óptica criminológica, y la lamentable y recurrente confusión y desorientación en punto al peso valorativo de las correspondientes infracciones y de los bienes objeto de la tutela.[52] A todo lo anterior hay que sumar la falta de lo que en el siglo XVIII se llamó, com alguna impropiedad pero con exacta consciencia de su importancia para las prometedoras e ineludibles tareas jurídicas de la hora, *ciencia de la legislación*, carencia que, técnicamente hablando, repercute — se ha dicho ya — en la maldiestra configuración de los nuevos tipos penales, de guisa que funestos casuismos y no menos deleznables tipos abiertos o *de caucho* reducen cada vez más el ámbito de la libertad individual. ¿Y será preciso insistir en la adopción, sin más — a veces simple transcripción —, en América, de ciertos ejemplos legislativos europeos, sin conciencia de su oportunidad o conveniencia, y sin aquilatarse sus defectos e imperfecciones, sólo para que un Estado imitador pueda decir a los ciudadanos: estoy a tono con las exigencias del progreso civil?

Se ha dicho que el *principio de insignificancia* constituye una de las

(49) Cfr. Paliero, op. cit., p. 23/82.

(50) Sobre el particular, cfr. Díaz, *Elías, Estado de Derecho y sociedad democrática*. Taurus, Madrid, 1991, y Bettiol, Giuseppe, *Diritto penale e tipi di Stato di Diritto*, en sus *Scritti giuridici* (1966-1980). Cedan, Padova, 1980, p. 87/96.

(51) Un aspecto peculiar de este fenómeno se refiere a la tutela jurídicopenal del ámbito de intimidad individual, que, por lo regular muy insuficiente en los códigos liberales de la pasada centuria, ha recibido interesante disciplina en recientes reformas legislativas, particularmente en la ley italiana número 98, del 8 de abril de 1974, que modificó varios artículos del Código de Rocco en lo relativo a la libertad de morada y de correspondencia e introdujo un artículo 615 bis, sobre "interferencias ilícitas en la vida privada". Cfr. Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto penale*. Parte speciale. 2 v., Giuffrè, Milano, 1986 (novena edición, integrada y actualizada por Luigi Conti). V. I, p. (182/212) 191/193.

(52) En este sentido, críticamente, López Rey y Arrojo, Manuel, *Compendio de criminología y política criminal*. Tecnos, Madrid, 1978, cfr. especialmente p. 163/165.

tantas proposiciones que la doctrina de nuestro tiempo ha venido articulando como solución posible al estado de cosas anterior, pero no en su dimensión global, sino en una de sus facetas, aunque ciertamente no sea ésta la de menor importancia. Se trata del, cuantitativamente hablando, dilatadísimo terreno de los delitos de bagatela, comprensivo de dos órdenes de infracciones: la pequeña criminalidad y la llamada "criminalidad de masa", cuestiones, éstas, que, como oportunamente recuerda Zipf[53] — y el dato, por lo que se desarrolló más arriba, no deja de resultar sugestivo —, aunque despierten una atención muy especial en la Dogmática y Política criminal de las últimas décadas, no quedaron ajenas al pensamiento reformador de fines del siglo XVIII. Sin perjuicio de lo que más adelante se subrayará a propósito de su clasificación y de la consiguiente esfera de aplicación del principio que nos ocupa, excedería con mucho a nuestro propósito examinar aquí, aun de pasada, los diferentes criterios de definición — criminológicos, estadísticos, jurídicos y sistemáticos — de estas subcategorías de la criminalidad.[54] En cambio, sí resulta pertinente, a objeto de acotarlo, circunscribir el tema de lo insignificante dentro del horizonte más amplio que ofrecen las "numerosas y variadísimas propuestas de solución"[55] para los delitos de tenue y nimia entidad. Tantas, que hasta se ha sentido la necesidad de clasificarlas, como se verá de inmediato. Pero es preciso que se advierta, para evitar cualquier riesgo de equívoco, que a pesar de lo que indudablemente sugiere su formulación en Von Liszt, el principio de insignificancia, hablando rigurosamente, *no* pertenece ni ha sido contemporáneamente propuesto para emplearse en un sentido político criminal exclusivo, como, en cambio, parecen entender en América Fragoso y, sobre todo, Cervini:[56] cualesquiera fueren los innúmeros servicios que la idea de lo insignificante pueda prestar a los movimientos de reforma de las instituciones punitivas en trance de *lege ferenda*, su sede natural — dictada incluso por el remoto origen de la máxima *minima non curat praetor* — es dogmática, esto es, interpretativa, lo que significa que hasta para aquella concepción que entiende la Dogmática en un sentido dinámico, como comprensiva de la Política criminal, en conjunto de ideas que encierra el mentado principio debiera corresponder y obtenerse de la reconstrucción científica de ordenamientos punitivos dados, siquiera erigiéndose a partir del substrato de principios generales que en cualquier caso deben informar al respectivo *ius positum*, pero siempre antes de pasar a su consideración crítica. Ahora bien, siguiendo a Paliero — que, a su turno, se inspira en la cita de Von Liszt a la que se hizo ya referencia —,[57] para enfrentar ese "aluvión de los ilícitos menores", cuyo origen es, antes que nada, normativo, al cerrase cada

(53) Op. cit., cfr. p. 187/188.

(54) Sobre el tema, extensamente, cfr. Paliero, op. cit., p. 627/652. Desde la perspectiva criminológico-descriptiva, véase, además, Kaiser, Günter, *Introducción a la criminología*. Traducción de José Arturo Rodríguez Núñez. 7.ª edición, reelaborada y completada, Dykinson, Madrid, 1988, p. 80/87.

(55) Zipf, op. cit., cfr. p. 188.

(56) Cervini, op. et ed. cits., cfr. p. 97/98 y 103/104, donde escribe que la exclusión del sistema penal de la criminalidad de bagatela constituye lo que denomina *indicación extra-dogmática*, por oposición a las pautas operativas de contracción de lo punitivo *intra-dogmáticas*, esto es, aquellas que "deberían manejarse dentro de las interpretaciones y aplicaciones del dogma penal (Derecho penal integrado)" (*ibidem*).

(57) *"Minima non curat praetor"*, etc., cit., cfr. p. 408/519.

vez más las redes de los tipos penales sobre la vida de los ciudadanos, con el consiguiente efecto empírico, a menudo criminógeno, representado, en las estadísticas e incluso en la proyección aproximada de su cifra negra, por su recurrente perpetración, las "técnicas de despenalización" elaboradas por la doctrina y por algunos ordenamientos son las siguintes. En primer lugar están las que Paliero llama soluciones de caráter *penal*, en el sentido de que se orientan a resolver el problema de las bagatelas al interior y sin exceder los límites del Derecho punitivo, tomando éste en un sentido amplio, esto es, comprensivo tanto del Derecho penal material cuanto del Derecho procesal penal. A su turno, estas soluciones se desdoblan en dos grupos: el primero, que el autor que venimos siguiendo llama *soluciones de Derecho material*, abarca las técnicas de tipo dogmático y aquellas que se han convertido en Derecho vigente al haber sido adoptadas por algunas legislaciones entre sus normas (por ejemplo, el parágrafo 42 del actual texto del Código penal austríaco); y el segundo se corresponde con la respuestas de tipo procesal, todas las cuales giran de modo más o menos acusado en torno a la introducción del princípio de oportunidad o a una reformulación del principio de legalidad en el proceso penal. Luego se tiene, en cambio, las soluciones *extrapenales*, lo que debe entenderse en el sentido de que ellas postulan lisa y llanamente extraer del ámbito de punitivo los tipos de bagatela, y eventualmente repensarlos conforme a técnicas propias de otras ramas del ordenamiento (la llamada despenalización propiamente dicha, o conversión de ciertos delitos en ilícitos administrativos, y los recursos civilísticos de tipo conciliatorio, arbitral y, más ampliamente, de "privatización de los conflitos"). Al margen del puesto y del alcance que le corresponden en el conjunto de conocimientos de esta rama del Derecho — cuestiones muy debatidas, como veremos —, el principio de insignificancia se inscribe como una construcción de corte substancial, esto es, dogmático, y aun de Parte general,[58] como principio regulador de todo el sistema del Derecho penal. Y a él nos abocamos a continuación.

4. Hace ya bastantes años que Erik Wolf, en su interesantísima monografia sobre el nacimiento de la ontología jurídica en el pensamiento griego, destacó, con hermosas palabras, la esencial historicidad del Derecho,[59] lo que, dicho de otra manera y al hilo de las ideas del iusfilósofo alemán, se traduce en que del mismo modo como nada comprende y se extravía sin remedio quien se introduce en el estudio del Derecho sin estar provisto de un cierto bagaje de conocimientos filosóficos, así también deviene tarea improductiva — o, por lo menos, incompleta y desorientada — la reconstrucción de normas, instituciones y principios jurídicos sin consideración alguna de su origen histórico y de las peculiaridades

(58) Conforme, Paliero, op. cit., cfr. p. 409, 529/530 y 556/563.

(59) "Toda vuelta a la "historia" es una huida del "presente" sólo para el hombre que no comprende que todo lo presente sólo puede ser entendido únicamente como "histórico" y que todo lo histórico sólo puede ser entendido "presentemente". "Historicidad es la esencia del espíritu mismo siempre presente. Porque el derecho "existe" históricamente, como un ente espiritual y solo puede ser concebido espiritualmente como una parte de la "historia", su esencia es, precisamente, su "historicidad". Cfr. *El origen de la ontología jurídica en el pensamiento griego*. 2 v., en versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Dirección General de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1965. V. I., p. 14/15.

que ofrece su ulterior evolución en el mundo de las ideas y en el terreno positivo. El empleo del método histórico, uno de los ingredientes de toda interpretación teleológica en el Derecho penal,[60] es recurso imprescindible en la misma medida en que lo interpretado, esto es, el Derecho positivo, recorta uno de los aspectos en que la cultura se va haciendo objetiva en la vida individual y comunitaria, y esta objetivización sólo se da en la historia.[61] Además, sólo con este recaudo deviene hacedero que la Historia del Derecho, especialmente la del punitivo, se inscriba armónicamente en la más amplia Historia de la cultura, como quiera que ésta — y aquí estriba su mayor dificultad — consiste en una gran continuidad espiritual que, empero, se divide en numerosas categorías singulares, a menudo aparentemente arbitrarias,[62] para una de las cuales — el Derecho — es el jurista el primer llamado a dar su contribución a fin de que su objeto cognoscitivo y sus transformaciones puedan inserirse en aquel panorama global.

Este orden de consideraciones es indispensable para compreender cabalmente el denominado *principio de insignificancia*. En efecto, su formulación contemporánea y aun de nuestros años, no ha de ocultarnos su antiguo — bien que asimismo obscuro — origen, encapsulado en el brocardo romanístico *minima non curat praetor, o de minimis non curat praetor* o, todavía, *de minimis praetor non curat*, según aparece mencionado en numerosos autores que desde el siglo pasado lo invocan y piden su restauración: así, ya Carrara,[63] el ya mencionado Von Liszt,[64] Quintiliano

(60) Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado*, ed. cit., v. I, p. 453/454.

(61) Cfr. Rivacoba, *El Código de Netzahualcóyote o el término de una evolución frustrada en el Derecho penal americano*, en el volumen colectivo *Derecho penal*. Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera, cit., p. (535/543) 542/543, y Millas Jiménez, Jorge, *Ensayos sobre la historia espiritual de occidente*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1960, p. 103.

(62) Burckhardt, Jacob, *La cultura del renacimiento en Italia*. Traducción de Ramón de la Serna y Espina, Edaf, Madrid, 1982. Cfr. p. 8.

(63) A propósito de una, a la sazón, reciente ley francesa, que castigaba la típica estafa de gorronería que consiste en consumir, en un establecimiento destinado a ello, alimentos o bebidas que después no son pagados por el agente, quien, sin embargo, aparentaba solvencia, Carrara anotó, criticando su introducción en el Derecho positivo francés y anticipándose a su posible adopción por el italiano de entonces: "Limitándome a esta hipótesis, convengo en que existe una *laguna*, mas no convengo en que sea necesari una ley especial, pues recuerdo un sabio axioma de la prudencia romana, que durante dieciocho siglos le evitó a la sociedad civil esa multitud de empleados que devoran las finanzas el Estado y amenazon con una quiebra general; me refiero al que dice *De minimis non curat praetor* (el pretor no se preocupa por asuntos mínimos). El cáncer de este siglo es precisamente haberse olvidado de ese axioma y desperdiciar tiempo y dinero para correr tras las más leves transgresiones, en perjuicio de los cuidados exigidos por los delitos más graves". Cfr. *Un nuevo delito*, en op. et vol. cits., p. 402. Esta ley francesa, fechada el 26 de julio de 1873, que castigó lo que en ese país se llama *filouterie d'aliments*, fue seguida por otras, en 1926, 1937 y 1956, que modificaron el tipo añadido al *Code pénal* siempre en sentido agravatorio. A pesar del escaso favor de que gozó en la doctrina y de las mordaces críticas de Carrara, en Italia el parecer incriminatorio a largo andar prevaleció, como lo confirma el tipo de *insolvenza fraudolenta* del artículo 641 del Código de 1931. Véase Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, cit., tomo II, p. 733/735.

(64) Cfr. supra, texto y nota (47).

Saldaña,[65] Roxin,[66] Baumann,[67] Blasco y Fernández de Moreda,[68] Soler[69] y Zaffaroni,[70] entre — presumiblemente — muchos otros. Pero ninguno, que sepamos, ni siquiera Paliero en su exhaustiva investigación — lo que no deja de sorprender, tomando en cuenta las dimensiones de su trabajo y el dato de que lo intitule precisamente con la máxima latina —, ha abordado su origen histórico, tarea, en verdad, nada fácil, como veremos a continuación. La primera dificultad que presenta esta pesquisa va ínsita en el ropaje latino de la regla, dato que, en una primera aproximación, conduce a suponer una hipotética raigambre romana. Pero las cosas no están así. De acuerdo a nuestras informaciones[71] y estudios, del *minima non curat praetor*, en esta forma o en otra cualquiera semejante, no da cuenta el *Corpus iuris civilis*, así como tampouco puede hallársele en otras fuentes romanas más antiguas, sobre todo las que vieron la luz modernamente bajo los auspicios de la jurisprudencia erudita de los siglos XV-XVI. Con lo que — adviértase — no se quiere decir que en esa "imperfecta e inorgánica obra de mosaico, plena de redundancias, de repeticiones, de contradicciones"[72] que fue la compilación justinianea, faltara del todo material para que juristas de un tiempo muy posterior, mediante procedimientos generalizadores, pudieram llegar a la construcción del adagio. Es muy llamativo que no figure entre los notos principios que se contienen en Dig., I, III, así como tampoco en Dig. L, XVII (*De diversis regulis iuris antiqui*) ni en Cód. VI, XXXVIII (*De verborum et rerum significatione*). En términos generales, el *corpus iuris* sólo nos permite concluir que los romanos tuvieron más bien conciencia de cierta intelección o aspecto de la insignificancia que, empero, no es la que interesa aquí. Lo que conocieron los juristas de Roma fue lo cualitativo de lo nimio, y afirmaron su consiguiente irrelevancia para el Derecho, pero en un sentido general, esto es, referido al tema de las fuentes del Derecho — no ya al simples *officium* del pretor —, especialmente la ley. Esto resplandece sin parangón en el célebre pasaje de Pomponio, que sigue las ideas de Teofrasto, el escolarca que sucedió

(65) Cfr. Von Liszt, *Tratado*, op. vol. et ed. cits., p. 83/85, donde Quintiliano Saldaña exponc su programa de un curso de Política criminal, que explicó en la Universidad de Madrid el año académico 1912-1913. Allí incluye bajo el título "lo que pide la Política criminal", como forma negativa, el punto "contra la pena, como único medio de lucha contra el delito (*minima non curat praetor*)".

(66) Cfr. *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbergründende Merkmale im Strafrecht*, en su obra miscelánea *Strafrechliche Grunlagenprobleme*. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973, p. (184-208), 193.

(67) Cfr. *Minima non curat praetor*, en *Einheit un Vielfalt des Strafrechts*. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag. Tübingen, 1974, p. 4 y ss.

(68) Cfr. la voz *Lesiones*, en la *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, tomo XVIII, 1991, p. (235/272) 241.

(69) Cfr. su *Derecho penal argentino*, cit., v. III, p. 125, y v. V (1988), p. 431.

(70) *Tratado de Derecho penal*, cit., cfr. v. III, p. 553/557.

(71) Debemos dejar aquí constancia de nuestro agradecimiento al eminente romanista e historiador del Derecho, profesor Alejandro Guzmán Brito, de la Universidad Católica de Valparaíso, quien privadamente nos ha suministrado buena parte de los datos que se exponen en lo que sigue, respecto del Derecho romano y de la obra de los glosadores, así como lo medular de la conjetura que se fundamenta en punto a los juristas del *mos gallicus*.

(72) Calasso, Francesco, *Medio Evo del Diritto*. I. Le fonti. Giuffrè, Milano, 1954. Cfr. p. 531.

a Aristóteles en el Liceo: "*Iura constituti oportet, ut dixit Theophrastus, in his, quae ((ut plurimum) accidunt, non quase ..... (ex inopinato)*" (Dig., I, III, 3). Aquí puede apreciarse cómo el *corpus iuris* incluye lo insignificante en el principio más amplio de que lo raro, lo insólito, aquello que acaece pocas veces, no requiere ni debe ser objeto de prescripción jurídica, singularmente la legal. "*Nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frecuenter et facile, quam quae perraro eveniunt*" (Dig., I, III, 5). Y esta idea, que posee, en rigor, un indiscutible fondo aristotélico,[73] se repite, a veces aplicada a problemas singulares, en otros pasajes del Digesto.[74] No será aventurado afirmar, en cambio, que en su faz cuantitativa, es decir, en cuanto a que la ley — o el magistrado — se cuide de dar tutela jurídica a lo nimio o mínimo, por muy *frecuente* que resulte su acontecer, la insignificancia es — sin perjuicio de lo que más adelante se dirá — virtualmente desconocida en el *corpus iuris*. En éste último sentido de ella no se encontrará prácticamente rastro en Inst., IV, I a V (delitos privados) y XVIII (juicios públicos); tampoco en Dig., III, VI (*De calumniatoribus*); Dig., IX, II (*Lex Aquilia*); Dig., XLII, XVI (*De vi et de vi armata*); Dig., XLVII y XLVIII (los "libros terribles"), ni en Cód., VI, II (*De furtis et servo corrupto*), y Cód., IX (en su integridad), esto es, en el conjunto de pasajes que permitieron, durante el pasado siglo, reconstruir el *Derecho penal romano*.[75] Vistas así las cosas, no sorprenderá que en esa gran compilación aúlica, uno de los principales monumentos normativos en que plasmó, durante el bajo medioevo, la recepción del Derecho romano, que fueron Las Partidas, del Rey Alfonso X, el Sabio, la máxima esté ausente, incluso en el Título XXXIII de la Partida Séptima que, como se recordará, a imitación del Digesto, contiene una serie de *regulae iuris* y reduce a treinta y siete las doscientas onde del último e incluye, suplementariamente, otras tomadas de diversos textos romanos y de

(73) Aristóteles, *Moral, a Nicómaco*. Editorial Universo, Lima, 1967. Cfr. Libro V, capítulo X, donde, a propósito de la diferencia y, al mismo tiempo, la relación entre lo que llama lo justo y lo equitativo, el Estagirita escribe: "La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja." Véase, asimismo, sobre el particular, Squella Narducci, Agustín, *La concepción de la equidad en Aristóteles*, en el opúsculo *Dos concepciones de la equidad*, por Agustín Squella y Abel González. Edeval, Valparaíso, 1981, p. (11/54) 29/30.

(74) *V. gr.*: Dig. I, III, 6 (Paulo), ... (*quod enim semel, aut bis existit) ut ait Theophrastus ..... (praetereunt legislatores)*; en tema de interpretación, Dig. L, XVII, 114 (Paulo), *In obscuris inspici solere, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet;* sin embargo, es interesante Dig. L, XVII, 64 (Juliano), *Ea quae raro accidunt, non temere in agendis negotiis computantur;* aplicado a la cuestión del número de partes de la herencia que hay que reservar cuando el marido fallecido dejó a su cónyuge encinta, de modo de esperarse hijos póstumos, aunque sin conocerse cuántos, Dig., V, IV, 3; además, Dig. V, I, 28, y otros.

(75) Cfr. Mommsen, Teodoro, *Derecho penal romano*. Traducción del alemán por Pedro Dorado Montero. Temis, Bogotá, 1976; Ferrini, Contardo, *Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano*, en *Enciclopedia del Diritto penale italiano*. Raccolta di monografie a cura di Enrico Pessina. Società Editrice Libraia, Milano, v. I, 1905, p. 1/428.

la glosa. Por otra parte, a pesar de que *minima non curat praetor* presenta el aspecto característico de lo que desde Odofredo se denominó *brocarda* o *generalia*, procedimiento de trabajo característico de los glosadores y que hunde sus raíces en los mismos inicios de la Escuela de Boloña,[76] hay varios motivos para suponer que no fue obra de los glosadores ni de los comentaristas. Desde luego, es muy aleccionador que uno de los juristas que más brillara en la técnica de elaboración de estos *dogmata*, Azo (+1.230), no lo incluya en su colección de *Brocarda,* que suele acompañar como apéndice a su *Summa codicis*. Tampouco figura en la *Glossa magna* de Acursio (+1.263, aproximadamente). Eis, en verdad, harto significativo que dos de las figuras que representan la concentración del trabajo científico de los glosadores, resumiendo los resultados de las generaciones de juristas que los precedieron para consignarlo a las sucesivas, no lo mencionen. En la material imposibilidad de poseer referencias de otros juristas bajomedioevales, los restantes fundamentos de esta elucubración descansan en consideraciones más abstractas. Por cierto, debe considerarse la típica y bien conocida falta de sentido histórico de los glosadores, unida a una carencia de mentalidad crítica — y la observación vale también respecto de los comentaristas — para captar la integral realidad del pasado, de suerte que ésta, "no percibida con el sentido de la historia, se transfiguraba en realidad contemporánea, se enmascaraba con las apariencias del presente",[77] sin solución de continuidad ni conciencia de la originaria *mens legis,* tratando de adecuar en un *esfuerzo desesperado* — la expresión es de Calasso — las viejas normas de la compilación de Justiniano a una realidad muy diferente. Es difícil pensar, sin embargo, que un glosador, y menos un comentarista — considerando la actividad práctica de los últimos como consejeros; lo que Calasso llamó *giurisprudenza consulente*,[78] haya acuñado una máxima que habla del *pretor*, figura que había desaparecido de la administración de justicia y no existía en tiempos de aquéllos: la conmovida veneración de un glosador a las normas antiguas, a las que, en caso de discordancia, debía, en concepto de éste, plegarse la realidad de la vida de su tiempo, no podía impulsarse hasta el extremo de entender como existente un órgano y una función periclitados; menos cabe suponerlo de los comentaristas, que bajo el influjo de la dialéctica escolástica formalizaron, en estadios obligados, el estudio de las fuentes romanas, alejándose psicológicamente del texto legislativo. Aludir a una figura del mundo clásico genuinamente muerta en el medioeval difícilmente pudo ocurrirse a quienes no contemplaban espiritualmente aquél como modelo digno de inspiración integral: para ello era indispensable otra *forma mentis,* un pensamiento para el cual el pasado grecorromano fuese algo más que una norma que adaptar simplemente a las nuevas realidades. En fin, tengamos presente que al modesto ambiente cultural de los siglos XII-XIII en que estos hombres se movíam y al miserable bagaje de cogniciones históricas y filológicas[79] a disposición de los juristas que labraron la Recepción en Italia, hay que agregar otro dato espiritual, a saber, que "la actitud mental que caracterizó

(76) Calasso, op. cit., cfr. p. 533.
(77) Cavanna, op. cit., cfr. p. 118/119.
(78) Op. cit., cfr. p. 588/593.
(79) Idem, cfr. p. 525. "*Graecum est: legi non potest*", era la inevitable y resignada constatación que los glosadores hacían para saltar todos los pasajes de la compilación justinianea escritos en griego (ibídem, p. 524).

a la obra de los glosadores (y también la de los comentaristas), fue la de una absoluta subordinación a los elementos autoritarios. El vínculo a la autoridad, el proceder bajo el domínio y en el respeto de un principio 'teológicamente' autoritario fue, por otra parte' típico de todo el pensamiento medioeval y escolástico, que pudo desarrollarse sólo en la medida en que partió de dogmas estimados absolutamente invulnerables".[80] Y estos dogmas — lo subrayan los modernos historiadores del Derecho — eran los del Derecho justinianeo, con los que poco podía condecir un principio que, en su significado puro, más pudo ser fruto del espíritu liberal del Derecho romano de la época republicana, que del *élan* autoritario de la imperial, con su decadente jurisprudencia judicial, su subordinación de las fuentes de creación jurídica a la *voluntas* del príncipe, y la omnipresencia de ésta en todos los ámbitos de la vida. Basta — para corroborar lo anterior — con que pensemos, en lo que al Derecho penal concierne, en las diferente situación de la libertad individual que resulta de parangonar el período de las "*quaestiones*", con su rigidez característica, y el amplísimo arbitrio judicial que signa el de la *cognitio extraordinem*. Para que el pretor, esto es, el magistrado, no se cuide de lo nimio, ha de estar de algún modo autorizado a ello por una voluntad legiferante dotada de una cierta largueza de miras y de una comprensión muy especial, diríamos casi magnánima; pero no nos referimos — es claro — a esa magnanimidad caprichosa propia de los volubles y paternalistas designios del autócrata. Este, en cambio, más propicio estará a castigar lo nimio en cualquier hipótesis, por cuanto el rasero con que se calibra y reconoce el espíritu autoritario en el Derecho — haciendo abstracción de sus concreciones en la historia — es la perpetua tendencia del gobernante a defenderse, de lo grande y de lo pequeño (que puede anunciar o esconder lo primero), y aun de lo último con dureza y sin guardar proporción alguna entre la infracción y el castigo. Que el juez se despreocupe de lo cuantitativamente insignificante responde más bien al sensato y razonado juicio de quien sabe — o intuye — que el instrumento de la coacción jurídica no puede estar para el servicio de cualquier asunto, sino sólo para los de alguna monta, aquellos que posean un significado jurídicamente relevante. Y esto, me parece, cuadra mejor con un pensamiento liberal que con uno autoritario. Los glosadores y comentaristas bebieron, en las fuentes justinianeas, especialmente el Digesto, con la mentalidad que les caracterizaba, éste, no aquél.[81]

Las condiciones culturales e ideológicas que se presentaban, en cambio, a los juristas del Renacimiento, eran *toto coelo* diferentes, de modo que los continuadores de la obra de forjamiento

(80) Cavanna, op. cit., cfr. p. 118.

(81) "Es verdad que en la immensa compilación justinianca no todos los textos favorecían la creación de un poder político de tipo absolutista; también es cierto que glosadores y comentaristas interpretaron los preceptos antes citados y otros semejantes sacándolos a veces de su contexto y dándoles un sentido más autoritario que el que tuvieron en su tiempo. Pero lo cierto es, y de eso se trataba, que tales preceptos y la interpretación dominante de los juristas convenían a los emperadores del bajo medievo, que se veían así, gracias al Derecho romano y a los glosadores y comentaristas, dotados de unas facultades casi omnímodas (...) En este contexto se comprende fácilmente la alianza patente y duradera entre los emperadores y los juristas del Derecho común..." Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de Historia del Derecho español*. Tecnos, Madrid, 1981 (tercera edición), cfr. p. 196.

del Derecho común en Europa durante el siglo XVI, aunque no abandonen integralmente el surco metodológico trazado por sus predecesores, se abren a nuevas solicitaciones espirituales con una actitud renovada — *renovatio* fue, en efecto, el motivo central del humanismo — ante las fuentes clásicas. Es la hora, como se sabe, del *humanismo jurídico*, esto es, de aquella jurisprudencia elegante o culta de cuyo seno germinará, en oposición a los bartolistas, el *mos gallicus*.[82] Bien ha descrito Koschaker el alma de la nueva tendencia: "El humanismo, al situar el ideal formativo del hombre, en el estudio de la antigüedad pagana, lo secularizó, independizándolo de la Iglesi, a y librándolo de todas las ataduras medioevales que lo constreñían. Creó y elaboró la idea de la moderna personalidad, esto es, de una personalidad, que al menos en lo que atañe a las cosas del espíritu, no se somete a autoridades extrañas, sino que halla en sí misma la medida y el canon ejemplares".[83] Y este redescubrimiento del hombre y del mundo — según la célebre caracterización de Burckhardt y Michellet para el distinguir espiritualmente este período — "influyó, como no podía menos de ocurrir, en la valoración del *corpus iuri*, y fue penetrando en época relativamente tardía en el círculo de los humanistas".[84] No es cosa de recordar aquí todos los aspectos que distinguieron a la jurisprudencia humanista del trabajo de los epígonos del *mos italicus*, sino sólo en lo indispensable para razonar una nueva conjetura. Parécenos, en efecto, que el adagio *minima non curat praetor* tiene que haber surgido con mucha mayor probabilidad entre los humanistas que lo que es lícito suponer a propósito de los juristas de la Recepción. Adviértase, en primer lugar, que si bien del aforismo se inspira en giros usuales desde el bajo medioevo — la locución *praetor curat* no falta en las fuentes romanas, aunque con referencia a aquello que el pretor debe o no debe hacer, o sea, a su *officium* —, tiene, indudablemente una presentación formal culta, elegante, que cuadra muy bien con las preocupaciones filológicas y eruditas de estos juristas, y no con las deficiencias estilísticas de aquellos que el humanista Hotmann llamaba, con desprecio e iracundia, "*impuri, sordidi, barbari, sycophantae, vitiligatores*".[85]

(82) Sobre el humanismo jurídico de siglo XVI la literatura es abundantísima. Con todo, puede consultarse con provecho Koschaker, Paul, *Europa y el Derecho romano*. Traducción por José Santa Cruz Teijeiro. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.955, p. 167/190; Wieacker, op. cit., p. 54/59 y 113/126; Calasso, op. cit., p. 597/603, y Cavanna, op. cit., p. 172/190, con amplia bibliografía en p. 640/643.

(83) Op. cit., cfr. p. 167.

(84) Ibidem.

(85) Cavanna, op. cit., cfr. p. 180.
El profesor Guzmán Brito me ha sugerido como ejemplo de una posible generalización a partir de un determinado pasaje del *corpus iuris*, sobre el que — acaso — pudo llegarse a la regla en estudio, el siguiente. El fragmento se encuentra en Dig. XXV, 1, 12, donde se discurre sobre las impensas a que el marido tiene derecho cuando, demandado con la *actio rei uxoriae*, debe restituir la dote. Paulo, autor del fragmento, dice que el árbitro (*arbiter*) no debe tomar en cuenta las impensas módicas, porque de lo contrario se trataría más de una gestión de negocios que de dote; y lo afirma con esta expresión: *modicas impensas non debet arbiter curare*. Si se generaliza *modicas impensas* en el sentido ya no circunscrito a las impensas, sino respecto de "asuntos", latamente hablando, y llegamos a *minimas*, y si luego se substituye *arbiter por praetor*, se está a dos pasos de concluir que *de minimis non curat praetor*.
Debo, asimismo, a la gentileza del iusfilósofo brasileño, profesor Luiz Luisi, una referencia del Digesto que acaso se apro-

Pero esto no es todo. Especialmente en nuestro siglo se ha podido penetrar más en lo substancial del humanismo jurídico, denunciándose y debelándose los prejuicios que, respecto del pasado, caracterizaron la perspectiva de Savigny y su Escuela Histórica, llamada también, como se sabe, la del segundo humanismo. Así es como se ha puesto a la luz cómo los humanistas ya no miraron el *Corpus iuris* con la reverencia obsecuente y sumisa del medioevo, ni están tan interesados en servirse de él con inmediatos fines prácticos, esto es, de aplicación de sus normas. El Digesto representaba para ellos un tesoro de la antiguedad clásica, un fragmento de cierta cultura pasada, es cierto, pero también digna, por sus méritos, de ser imitada y aun superada. Ya no fue posible continuar con la absoluta despreocupación histórica de los glosadores y comentaristas, porque de lo que entonces había que preocuparse era de inserir el Derecho romano en *su* mundo histórico y en *su* ambiente de cultura y valoraciones, para comprenderlo "y recuperarlo fielmente en su aspecto original de documento de la *humanitas* antigua, y de instrumento de conocimiento del Derecho romano como Derecho histórico".[86] Cuando se piensa que esta nueva disposición espiritual requiere de un gran poder teórico y de una correspondiente capacidad de abstración, entonces no parece imposible que, en congruencia con esa actitud mental, una figura del admirado pasado, el pretor, pudiese ser incorporada en la construcción del brocardo, esta vez con

xime con mayor claridad a las bases para la reconstrucción de la máxima. Cuando, en el Título primero del Libro cuarto, se discurre sobre las restituciones por entero (*de in integrum restitutionibus*), luego de recordarse que ellas deben ser concedidas por el pretor con concocimiento de causa (fragmento tercero, Modestino), añádese: "*Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si maiori rei vel summae praeindicetur, audiatur is, qui in integrum restituti postulat*" (Calistrato). Si se combina la idea de que lo cuantitativamente mínimo no puede perjudicar cosa mayor, y que, por consiguiente, en semejante hipótesis el pretor no debe oir al que pide ser íntegramente restituido, con una regla que atañe, en el fondo, a las condiciones de la tutela jurídica, es facilísimo generalizar: no se cuide, pues, el magistrado, de lo mínimo.

Volviendo a la culta presentación de la máxima, no deja de presentar interés, por otra parte, el hecho de que ella está lejos de haber sido manejada, cual patrimonio exclusivo, sólo por los juristas. Al contrario, puede hallársela con frecuencia citada, para reforzar con sustento clásico alguna aseveración, en la literatura, e incluso en otras disciplinas científicas y aun en la Filosofía. Así, por ejemplo, la recuerda Arthur Schopenhauer en uno de los eruditos apéndices a su obra *Parerga y paralipomena*, si bien no con la línea textual conocida, al referirse a "aquellos perjuicios que el Estado pune levemente o, según el principio *de minimis lex non curat*, no castiga en absoluto en cuanto son insignificantes o simples chanzas" (Cfr. *Aforismi sulla saggezza del vivere*. Versión italiana de Ermio Pocar. Mondadori, Milano, 1991, p. 93). Igualmente, se la encuentra mencionada en la obra e investigaciones de Sigmund Freud, otro gran conocedor de la literatura grecorromana y de la del renacimiento italiano. Cfr. *La histeria*. El mecanismo psíquico de los fenómenos histéricos, en sus *Obras completas*. Traducción de Luis López-Ballesteros y de Torres. 3 v., Biblioteca Nueva, Madrid, 1948. V. I, p. (25 y ss)

42, donde el creador del Psicoanálisis dice a una paciente, "parafraseando el antiguo principio de *minima non curat praetor*, que entre lo bueno y lo malo existe todo un amplio grupo de cosas pequeñas e indiferentes, de las que nadie debe hacerse un reproche". Acerca de ésta última cita ha llamado mi atención el magistrado don Oscar Clavería Guzmán, Juez Titular del Cuarto Juzgado de Letras de la ciudad de Antofagasta.

(86) Cavanna, op. cit., cfr. p. 175.

exacta conciencia de se la empleaba sólo con fines eruditos y especulativos. No por nada se ha dicho que con el humanismo jurídico, en los albores de la Edad Moderna, se columbra ya el barrunto de una auténtica Dogmática jurídica, que sublimando el método casuístico y analítico de la jurisprudencia del *mos italicus*, se aventurará, con fines puramente cognoscitivos, en una actividad sistemática, que preludia aquella que nace, siglo y medio más tarde, con la escuela de Leibniz y Wolff en Alemania; ni que — como apunta Koschaker — con la jurisprudencia elegante apareció un Derecho profesoral, que estudiando y descubriendo las interpolaciones de las fuentes y criticando la obra de Triboniano y su señor, Justiniano, contribuyó a socavar poderosamente la autoridad del *Corpus iuris*.[87] Lo último ons lleva sopesar una última reflexión. "La penetración de las direcciones histórico-filológicas del humanismo literiario en el mundo del Derecho, generada por el nuevo culto a la antigüedad, es acompañada por una natural atracción, no tanto y no solamente por el Derecho justinianeo, sino más bien por aquel Derecho romano clásico que Justiniano había, según la acusación de no pocos humanistas, manipulado arbitrariamente y sustraido a la posteridad. Y si esto implicaba un interés particular por el proceso histórico-formativo de la compilación justinianea, tal desprejuiciada actitud crítica frente al *corpus iuris* (...) no podía dejar de subvertir peligrosamente, por primera vez, su monolítica, su unitaria autoridad de Derecho positivo y de depósito de una justicia eterna y universal. Así, en términos siempre más límpidos, se perfiló la cuestión de la validez del Derecho justinianeo como normativa vigente y actul".[88] Es, en el fondo, la *spinta* vital de todo humanismo: racionalizar el objeto de conocimiento, someterlo a reglas conocidas y verificables, alzaprimar la valoración crítica de cualquier elemento que se presente con visos de autoridad indiscutible. Y en esto se encierra *in nuce* — permítasenos la licencia — el espíritu liberal; de otro modo no podríamos entender *substancialmente* el por qué de esa preferencia material por el redescubrimiento del Derecho romano clásico, expurgado de elementos autoritarios. De esta suerte, que los humanistas construyeram el apotegma *minima non curat praetor,* que, conforme quedó explicado, tiene un sentido eminentemente liberal y refractario a cualquier imposición autoritaria, no parece — dentro, por supuesto, de las posibilidades de una conjetura — hipotéticamente infundado. Ahora bien, ya se sabe que el humanismo, de sus orígenes de crítica literaria y filológica, arribó al campo de la elaboración jurídica, aunque en ésta inflamara principalmente el espíritu de los cultivadores del Derecho romano privado, y no tanto el de los juristas que construíam incipientemente una ciencia del Derecho penal, de forma de sustraerlo a su tradicional yugo en la otra ribera del Derecho. Federico Schaffstein ha ilustrado este particular, destacando cómo el retorno humanista a las fuentes no surtió, en verdad, idéntico efecto ni penetró en la misma medida en el ambiente jurídico previo a la consolidación del Derecho común, esto es, el del siglo XVI. Mientras la ciencia del Derecho privado experimentaba un segundo rejuvenecimiento por obra de los esfuerzos elegantes del historicismo, de aquella acentuación de la consideración histórica del Derecho romano la ciencia penal del Renacimiento no hubo de obtener el mismo fruto. Y la razón de ello es muy comprensible, vistas las relaciones que lo punitivo guarda con lo político, harto más intensas que el

(87) Op. cit., cfr. p. 180.
(88) Cavanna, op. cit., cfr. p. 177.

influjo de los factores históricos sobre esta rama del Derecho. Los inmediatos problemas del presente que el Derecho penal debe resolver están más ligados por el áncora del *hic et nunc*, con sus condicionamientos políticos inmediatos y sus valoraciones sociales, que a la evolución histórica de normas e instituciones. Fueron, en cambio, otras manifestaciones — que Schaffstein llama secundarias — del humanismo jurídico el vehículo con que la jurisprudencia culta penetró en la ciencia europea del Derecho penal de la época en cuestión, especialmente por lo que se refiere al diferente *entourage* filosófico del renacimiento, tan diferente del que gobernó al mundo medioeval.[89] Tomando en cuenta, en fin, que, hablando con propiedad, no hubo penalistas del humanismo, sino más bien, ciencia del Derecho penal en la época de éste movimiento intelectual — de hecho, el ropaje, apenas formal, de humanismo de los autores que Schaffstein estudia, lo revela —, período que, al contrario, estuvo dominado por los prácticos — y ya se sabe que éstos estaban enfeudados en el *mos italicus* (ejemplo típico, Farinaccio),[90] creo que esta conjetura se puede cerrar suponiendo un origen más bien civil que penal del aforismo *minima non curat praetor*.[91]

5. Sin embargo, cual se ha visto, el pensamiento penal viene insistiendo en su recuperación por lo menos desde la centuria decimonónica. Y en los últimos treinta años, su restablecimiento se solicita con urgencia, bajo el nombre de *principio de insignificancia*, del que habló por primera vez Claus Roxin en un artículo aparecido en 1964, en una época de acentuada preocupación políticocriminal en Alemania y que concluiría, diez años después, con la completa substitución del centenario Código penal de ese país. El punto de partida de Roxin es muy interesante por cuanto pone sobre la pista de los ulteriores desenvolvimientos de la noción en manos de otros autores, además de resultar indiciario de la clase o tipo de delitos em que — como tendremos ocasión de comprobar — la insignificancia adquiere sentido y puede ser dogmáticamente invocada. En la especie, el material de trabajo del jurista alemán fue el delito de coacción, contenido en el párrafo 240 del antiguo Código de su país, conforme al cual — según el professor de Munich — la protección penal "de la libertad de decidir volunta-

(89) *La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*. Traducción castellana de José María Rodríguez Devesa. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, especialmente p. 19/27.

(90) Cfr. Calisse, *Svolgimento storico del Diritto penale italiano dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, en *Enciclopedia del Diritto penale italiano*, cit., v. II, p. (5/538).

(91) El "sabio axioma" no parece tener la antigüedad de dieciocho siglos que promediando el pasado le asignó Carrara en el pasaje citado en nota (63). Quizá el maestro de Pisa tenía en mente, al escribir su diatriba contra la mencionada ley francesa, Dig. IX, II, 30 (Paulo), donde leemos: "*Si quis alienum vinum vel frumentum consumserit, non videtur damnum iniuria dare; ideoque utilis danda est actio*", una de las desacostumbradas concesiones del Derecho penal romano a la faceta cuantativa de la insignificancia, en que se adopta una clarísima preferencia por la acción civil (téngase presente que el fragmento forma parte del título dedicado a la responsabilidad regulada por la Ley Aquilia). Otro de estos insólitos pasajes puede encontrarse en Dig., XLVIII, XIX, 11: "*Furta domestica, si viliora sunt, publice vindicanda non sunt*". La rareza de ésta última excepción en el Derecho penal romano imperial es subrayada por Mommsen: "Únicamente en casos de hurtos domésticos de escasa importancia es cuando no se debía incomodar a los tribunales" (cfr. op. cit., p. 470).

riamente y la de participar"[92] en la vida social ofrécese concebida, merced al empleo de una cláusula general, con una extensión que parece desconocer, por un lado, la realidad de la vida, que desde la rutina cotidiana muestra cómo raras veces se puede tener una decisión totalmente libre acerca de lo que se quiere hacer — de modo que la libertad de participar voluntariamente en la vida comunitaria se presenta siempre, a nivel individual, como un *quid* condicionado, esto es, limitado y temporal —,[93] y, por otro, que la violencia, entendida "en un sentido social es, más allá de la relación de regla y excepción, un elemento básico en la vida humana en sociedad".[94] La dificultad estriba, según el autor, en que en tipos delictivos como la *Nötigung* alemana, la ley no puede aislar descriptivamente un ámbito de conductas con precisión, de modo que el núcleo del tipo permite, en principio, abarcar "un área de aplicación que atraviesa todas las referencias sociales". Dicho sea de otra manera: en tipos delictivos como el de la coacción, el substrato del juzgamiento es, en consecuencia, "múltiple", al no estar determinados de un modo preciso y agotador todos los elementos que componen la acción delictiva. Ahora bien: el problema de la delimitación de la órbita del tipo no se puede conseguir mediante una simples interpretación construida sobre los elementos descriptivos de la acción; bien miradas las cosas — explica Roxin — lo último implicaría volver al origen de la aporía.[95] Es indispensable, en cambio, concretar — en el sentido de darle un sentido — el principio de la antijuridicidad material que aparece en la *vis* característica de la coacción, más allá de la mera descripción del acto prohibido, determinación que, evidentemente, no puede ni debe quedar entregada al arbitrio del juez — pues de lo contrario se comprometería el principio de legalidad. Según este autor, la respuesta se encuentra en el propio ordenamiento jurídico, globalmente considerado, en el que está contenido un conjunto de principios cuya recíproca imbricación sirve para esclarecer el ámbito de lo prohibido en el tipo de la coacción.[96] Uno de estos principios, el tercero de los seis que enumera y desarrolla escuetamente, es el que llama *Geringfügigkeitprinzip,* y lo explica en estos términos: "La antigua máxima '*minima non curat praetor*' tiene especial validez en la coacción. Las influencias coercitivas sin un tiempo determinado de duración y las consecuencias no dignas de mencionarse, no son socialmente dañinas en sentido material. Por ejemplo, quien, para jugarle una mala pasada a otro, le mantiene cerrada la puerta en sus narices durante un instante, actúa de manera formalmente inadmisible. Pero aquí el perjuicio no es relevante; se debe negar una perturbación en la vida en común ordenada, y con ello se excluye una coacción punible. Esto adquiere un papel muy significativo en las fugaces ingerencias del tráfico callejero. En el caso de la amenaza, el principio ya está contenido en la carcterística legalmente exigida de la 'sensibilidad del mal'.[97] Sin abandonar esta fundamental línea de pensamiento, especialmente en lo que concierne al método de interpretación del sentido de los tipos delictivos, en trabajos posteriores Roxin ha vuelto sobre el problema e insistido en la necesidad del principio, aunque procurando, esta vez, encuadrarlo en el marco de su bien conocida concepción general de la

(92) Cfr. *Strafrechtliche Grunlagen probleme,* cit., p. 185/186.
(93) Ibídem, p. 186.
(94) Ibídem.
(95) Ibídem, p. 188/191 y 192/193.
(96) Ibídem, p. 192/193.
(97) Ibídem, p. 193.

ciencia del Derecho penal, en la que, como es sabido, las exigencias político-criminales vienen en causa no en un trance crítico, como un *posterius* lógico a la reconstrucción del ordenamiento, sino antes y derechamente en el terreno de la interpretación de las normas.[98] Así, sobre todo, la tipicidad debe ser, según Roxin, considerada, desarrollada y sistematizada desde la óptica de su concreta función político-criminal, la cual finca en las exigencias de determinación de los tipos conforme lo demanda el respeto del principio *nullum crimen sine lege*.[99] En este sentido, el decisivo "criterio de distinción válido (de los tipos de delito), desde el perfil sistemático, debe consistir en la verificación del modo en que las exigencias del principio de legalidad hayan sido realizadas por el legislador".[100] Una concreta consecuencia metodológica de este planteamiento, consiste en que la interpretación de los diferentes tipos delictivos no tiene que asentarse exclusivamente en los elementos de los mismos, como, en cambio, frecuentemente se piensa; ni basta, asimismo, la consideración del bien jurídico respectivo para esclarecer siempre y en todo caso el ámbito de incriminación que corresponde a cada figura de delito conforme a su concreta determinación del principio de legalidad. Explica Roxin que precisamente la otra manera de abordar la interpretación puede traer consigo consecuencias peligrosas, como ha ocurrido con la jurisprudencia alemana, que al socaire de la necesidad de brindar una amplia y completa tutela a los respectivos bienes jurídicos, ha llegado a interpretaciones extensivas de los tipos, lo que a su juicio ha contribuido en no escasa medida al aumento de la criminalidad. En cambio, y en congruencia con lo ya anticipado, "para hacer activo el principio del *nullum crimen*, debe justamente recurrise al procedimiento opuesto, esto es, a una interpretación restrictiva que actualice la función de *magna charta* del Derecho penal y su 'naturaleza fragmentaria', y que conceptualmente se extienda sólo a aquel ámbito de punibilidad irrenunciable para la tutela del bien jurídico. Para esto son necesarios principios regulativos, como el de la adecuación social introducido por Welzel: éste no es un elemento constitutivo del *Tatbestand*, sino un irrenunciable medio de interpretación para restringir el alcance de expresiones literales, que también comprendem tipos de comportamiento socialmente tolerables. Y a esto pertenece, asimismo, el, así denominado, principio de insignificancia (...) que permite, en la mayor parte de los tipos, excluir *a priori* infracciones de poca monta...".[101] Esto hizo pensar a Paliero

(98) Así, en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, que manejamos en la edición italiana cuidada por Sergio Moccia (*Politica criminale e sistema del Diritto penale*. Guida, Napoli, 1986, especialmente p. 42/50), y en *Recht und Soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, en la obra colectiva *Kriminologie und Strafverfharen*, dirigida por los criminólogos Göppinger y Kaiser. Stuttgart, 1976, p. 16 y ss.

(99) Cfr. *Politica criminale e sistema del Diritto penale*, cit., p. 40.

(100) Idem, cfr. p. 42. Cfr., además, críticamente, Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, 1. Teoría de la pena y de la culpabilidad. Astrea, Buenos Aires, 1992, especialmente p. 175/177.

(101) Ibídem, p. 50. Y prosigue: así "es maltrato no cualquier daño a la integridad física, sino sólo un daño relevante; del mismo modo, es obsceno, en el sentido del Código penal, sólo un comportamiento sexual de un cierto relieve; injurioso, para el Derecho penal, es sólo un grave perjuicio a la pretensión del respeto social. Por 'violencia' no debería entenderse una impedición cualquiera de escaso significado, sino únicamente un impedimento relevante, así como también una amenaza debe ser 'sensible' para superar el umbral de la criminalidad. Si, partiendo

que en la concepción de Roxin la insignificancia se presentaría — siguiendo una terminología asociada a la obra de Pietro Nuvolone — como una suerte de límite tácito de la norma penal, en términos de suficiencia cualitativo-cuantativa.[102] En efecto, emparentado — en el pensamiento de Roxin — con la teoría de la adecuación social, o de la acción socialmente adecuada, de Welzel, el principio de insignificancia encontraría, a primera vista, su terreno en la esfera de la tipicidad; pero no en cualquier tipo, sino únicamente en aquellos que, por no tener descrita na acción delictiva de un modo objetivamente exhaustivo, o sea, agotador, disuelven la función indiciaria de la antijuridicidad que el tipo cumple regularmente y obligan a una comprobación *positiva* de la antijuridicidad por parte del juzgador.[103] Más acertada es, con todo, la apreciación de Zaffaroni — de quien nos ocupamos en seguida — sobre las ideas del penalista alemán, por cuanto, de heco, el principio de insignificancia "puede ser entendido como una apelación a la antijuridicidad material y, en realidad, ha surgido vinculado en cierta forma a la misma".[104] Ya se ve entonces que, en el fondo, la insignificancia, desde el punto de vista dogmático, supone la resolución previa de una cuestión técnica y sistemática de mayor envergadura, a saber, las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad. En este tema, naturalmente, no podemos entrar aquí. Pero, aun a riesgo de adelantar conclusiones que se sentarán más adelante, parece difícil refutar que toda vez que se formule la pregunta: ¿cuándo la lesión de un determinado bien jurídico puede estimarse como insignificante?, la respuesta sólo se encontrará en la teoría de la antijuridicidad, a menos que se violente la índole descriptiva del tipo y se lo recargue, innecesariamente, con condicionamientos valorativos.

Lo último es lo que — a nuestro entender — ocurre en la originalíssima concepción de una *tipicidad conglobante*, de que es autor Zaffaroni. En la elaboración del ilustre jurista argentino, el principio de insignificancia aparece como una especificación correctiva de la tipicidad legal, esto es, como una de las cuatro hipóteses en que la adecuación formal de un episodio de la vida real a un tipo — tipicidad legal — impide la aserción del segundo de los elementos del delito (lo que llama tipicidad penal), por cuanto si el tipo legal —

de este planteamiento, se reordenara coherentemente el instrumental utilizado para interpretar el tipo, no sólo la interpretación resultaría favorecida, sino que se haría una significativa contribución para la reducción de la criminalidad en nuestro país" (p. 50/51), fundamentalmente, la criminalidad que este autor en otra obra (cfr. *Recht und Soziale Wirklichkeit im Strafverfharen*, en loc. cit.) denominó *kleinere Massenkriminalistät des Alltags*, esto es, la "más pequeña criminalidad cotidiana de masa". Cfr. sobre lo último Paliero, op. cit., p. 186/189.

(102) Cfr. Paliero, op. cit., p. 659.

(103) El propio Roxin ha examinado críticamente la denominada *teoría de los tipos abiertos*, de Welzel y Kaufmann, en su libro *Teoría del tipo penal*. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Versión castellana del prof. Dr. Henrique Bacigalupo. Depalma, Buenos Aires, 1.979. No deseja de ser interesante recordar que la coacción fue, para Welzel, uno de los ejemplos más característicos de estos tipos o estructuras abiertas. Véase, en la obra citada, p. 6/7, y Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*. Parte general. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, especialmente p. 40/41 y 119-121.

(104) *Tratado*, cit., v. III, p. 553. "Así como la teoría de la adecuación social de Welzel es una apelación a la antijuridicidad material, de la misma manera ha apelado a ella Roxin al anunciar su llamado 'principio de insignificancia'" (ibídem).

"adecuación de la conducta a la individualización predominantemente descriptiva hecha en el precepto legal aislado, con su aspecto objetivo y su aspecto subjetivo" —[105] no puede incluir ni soportar el examen de la afectación de los bienes jurídicos — reduciéndose, por consiguiente, a una descarnada descripción de conductas tras la cual las exigencias de coherencia, esto es, de exención de contradicciones internas del ordenamiento, pueden quedar comprometidas —, ya que las normas no pertenecen a él y, en rigor, quedan, a su respecto, antepuestas, el *tipo conglobante*, que también pertenece al tipo penal al requerírsele para determinar la tipicidad penal de un acto,[106] corrige las posibles e indebidas extensiones de la descripción. El tipo conglobante "requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado mediante la comprobación de la antinormatividad por la contradicción de la conducta con la norma, conglobada con las restantes del orden normativo que integra",[107] y su función es "operar como correctivo de la tipicidad legal, reduciendo a la verdadera dimensión lo que la norma prohíbe, dejando fuera de la tipicidad penal aquellas conductas que sólo son alcanzadas por la tipicidad legal, pero que el orden normativo no prohíbe, precisamente porque las ordena o fomenta o no las puede alcanzar, por exceder del poder represivo del Estado o por ser insignificante su lesividad".[108] Por eso, una afectación insignificante del bien jurídico prodicirá el efecto de excluir derechamente la tipicidad, toda vez que ésta "sólo se puede establecer a través de la consideración conglobada de la norma: todo el orden normativo persigue una finalidad, tiene un sentido, que es el aseguramiento jurídico para posibilitar una co-existencia que evite la guerra civil (la guerra de todos contra todos). La insignificancia sólo puede surgir a la luz de la función general que da sentido al orden normativo y, por consecuencia, a la norma en particular, y que nos indica que esos supuestos están excluidos de su ámbito de prohibición, lo que es imposible de establecer a la simple luz de su consideración aislada".[109] Y esta conclusión, a la que hasta la fecha se ha llegado en el ámbito de la aplicación práctica del Derecho por una vía más bien intuitiva, ya que "la experiencia judicial nos enseña que cualquier juez medianamente razonable al que se le denuncie el hurto de una cerilla o la privación de libertad cometida mediante el transporte de los pasajeros un parada más adelante, pensará con metodo 'tópico', es decir, partiendo de la premisa de que eso no puede ser penado com delito, tratará de hallar la forma de instrumentar la solución",[110] representa, en el fondo — si bien Zaffaroni no lo dice expresamente — una contribución racionalizadora de la Dogmática jurídica respecto de su objeto, el ordenamiento, contribuyendo, de paso, a la salvaguarda de la *seguridad*.[111] Como en

(105) Cfr. *Tratado*, cit., tomo III, p. 236.
(106) Ibídem, p. 235.
(107) Idem, p. 236.
(108) Ibídem.
(109) Ibídem, p. 555.
(110) Ibídem, p. 555/556.
(111) O, como tiene escrito en otra parte, con la búsqueda de la voluntad objetiva de la ley "la ciencia jurídica busca determinar el alcance de lo prohibido y desvalorado en forma lógica (no contradictoria), brindando al juez un sistema de proposiciones que, aplicado por éste, hace previsibles sus resoluciones y, por consiguiente, reduce el margen de arbitrariedad, proporcionando seguridad jurídica, aunque, por cierto, la seguridad jurídica no sólo dependa de la previsibilidad de las resoluciones judiciales. En este sentido es correcto afirmar que la ciencia jurídica "proyecta

otros extremos de la teoría del delito, el escritor argentino toma, en efecto, el buen recaudo de no desconectar el problema de su general y más amplia valoración, por cuanto — en contra de lo que piensa uno de sus críticos en la Argentina,[112] el principio de insignificancia, así entendido, no atenta contra la seguridad jurídica. Al contrario: "no puede llamarse `seguridad jurídica' a una aplicación mecánica y exegética de la ley penal, que en vez de ser republicana (esto es, racional), se convierte en irracional, renunciando a preguntarse por el `para que' (el sentido) de la norma y del orden normativo, minimizando la función del bien jurídico y aproximándose peligrosamente ao concepto de delito como pura lesión al deber...".[113]

Una importantísima contribución al esclarecimiento de la categoría de los *delitos de bagatela*, así como una utilización muy inteligente del principio de insignificancia, han sido conducidas a puerto por Paliero, aprovechando,

jurisprudencia". Cfr. *Manual de Derecho penal.* Parte general. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988 (segunda edición), p. 131.

(112) Cfr. Spinka, Roberto, *El principio de insignificancia o de bagatela.* ¿Una solución de base legal o de justicia abstracta? Lerner, Córdoba, 1986. El contenido de este libro, en el fondo, se desarrolla como una larga diatriba a la concepción de Zaffaroni sobre el principio, que viene rechazado por el autor por atendibles consideraciones de seguridad jurídica, dictadas, empero, por un ya no tan plausible positivismo legalista, que no se sostiene hoy en ninguna rama del Derecho. Tampoco en el Derecho penal, en el que la máxima *nullum crimen sine lege* está al servicio — como lo revela su fundamentación filosófica y su origen histórico — de la libertad y seguridad individuales ante los inevitables desbordamientos del poder del Estado, y no para comprometerlas. Véase, además, el comentario crítico de este opúsculo en la revista *Doctrina Penal,* cit., año 10, n. 37, enero-marzo de 1987, p. 179/181. Allí se destaca esa "exacerbada vocación positivista del autor, que lo lleva a negar por vía de consecuencia y con regular grado de sistematicidad la naturaleza ontológica del Derecho penal".
No es el caso de exponer aquí las razones que nos impidem aceptar la teoría de la tipicidad conglobante de Zaffaroni, que — parécenos — conduce a una confusión entre la adecuación típica y la antijuridicidad sobre la base de una acaso muy sutil línea que separaría la *antinormatividad* de lo antijurídico, y de una opción gnoseológica fundamental acerca del principio de intercorrelación entre el objeto y el método de conocimiento. Para Zaffaroni "la valoración no crea el objeto, sino que, por el contrario, la "naturaleza" del objeto condiciona el método de conocimiento y su valoración" (*Tratado,* cit., v. III, p. 219). La — a nuestro entender — confusión entre tipicidad y antijuridicidad en la que remata la teoría del penalista argentino reposaría mejor sobre postulados metódicos diametralmente opuestos, esto es, si el método de conocimiento — función cognoscitiva del tipo — determinara su objeto — lo antijurídico —. En Chile, la compleja construcción de Zaffaroni ha sido en parte aceptada por Cousiño Mac Iver (cfr. su *Curso de Derecho penal chileno.* Parte general. Publicados, 3 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975-1992. Tomo II, p. 114/116), y vivamente discutida por Novoa Monreal, en su libro *Causalismo y finalismo en Derecho penal.* Temis, Bogotá, 1982, especialmente p. 106/109.

(113) "Punto de vista — añade Zaffaroni — desde el cual la 'seguridad jurídica' desparece como objetivo del derecho penal, siendo reemplazada por la voluntad omnímoda de un Estado napoleónico. Es así que el rechazo del principio de insignificancia o de bagatela en nombre de la 'seguridad jurídica' es una falacia, porque, llamándola por su verdadera denominación, el rechazo se operaría en nombre de la realización incondicional de una voluntad irracional del Estado, que sería el único bien jurídico que ese derecho penal tutelaria" (ibídem, p. 557).

fundamentalmente, los logros alcanzados en el tema por la ciencia penal y la criminología alemanas, y con un norte más bien políticocriminal que interpretativo. La identificación de las notas de lo exiguo, como quintaescencia de la categoría del delito de bagatela, debiera *de lege ferenda* permitir — según este autor — un empleo sistemático de lo insignificante para dar debido sustento a la política de descriminalización, "según un modelo, o una serie de modelos *jurídico-formales* que nos pongan al abrigo de arbitrariedades, de la irracionalidad y, en la medida de lo posible, de incertidumbres en la aplicación" de las normas positivas.[114] Este modelo de Paliero, que tiene un valor indicativo o de orientación para futuros movimientos políticocriminales de descriminalización, descansa en lo que los juristas italianos denominan *concezione gradualistica del reato*, esto es, en la conocida idea de que el delito, todo delito, se compone de ciertos elementos que por su carácter eminentemente valorativo — pues no se comprendem sin su referencia a valores, y participan de una de las características de éstos, a saber, su polaridad —, son susceptibles de graduación: la antijuridicidad y la culpabilidad. Sólo que si tradicionalmente dicha graduación se ha hecho converger efectivamente en el *quántum* de la punición, de modo de individualizarla y conseguir así la vieja aspiración de que la pena resulte, por fin, la *aestimatio delicti*,[115] en el pensamiento de este discípulo de Bettiol debe utilizarse, además, en el ámbito de la responsabilidad criminal y, eventualmente, influir sobre el *an* de la punibilidad,[116] con la consecuencia de excluir aquélla del todo. Para esto es menester - indica Paliero — manejar dos parámetros. En primer término, la culpabilidad, dato a cuyo propósito la doctrina — desde el noto trabajo de Frank —[117] comenzó por primera vez a fijar su atención en las posiblidades de graduación de la responsabilidad criminal que brota de cada delito concreto. A continuación, la antijuridicidad, frente a la cual ya no es posible seguir en una concepción rígida, de *aut-aut*, pues al interior de la relación de contradicción objetiva de un acto típico con el Derecho, hay una infinidad de matices, cuya variación depende de múltiples condicionamientos — la especie de bien jurídico de que se trate; la forma, lesiva o de peligro que adopte el resultado; el modo de sua afectación, etc. —, pero que admiten y exigen una graduación. Los casos excepcionales — aquellos bienes jurídicos en que el resultado del

(114) Op. cit., cfr. p. 692.

(115) Papianiano, en Dig. XLVIII, XIX, 41. Aunque hoy tradicional, fue conquista contemporánea, y aun de nuestro siglo el servirse de la antijuridicidad y la culpabilidad como criterios mensuradores de la pena en el terreno — también descrito contemporáneamente — de la individualización judicial de ésta. La bibliografia sobre el particular hoy se ha hecho francamente inabarcable. Véase, con todo, Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal.* Parte general. 2 v. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch, Barcelona, 1981. V. II, p. 1.207/1.210; Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, cit., v. II, p. 422/429; Maurach, Göessel y Zipf, *Derecho penal*, op. cit., v. II, p. 721/749; Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*, cit., especialmente p. 85/87, y del mismo, *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*, en *Doctrina Penal*, cit., año 11, n. 41/44, 1988, p. 473/495.

(116) Paliero, cfr. p. 695.

(117) Cfr. *La estructura del concepto de culpabilidad.* Versión castellana dc Sebastián Soler. Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Univesidad de Chile, Santiago, 1966.

delito correspondiente se traduce en su total destrucción,como la muerte de um hombre en el homicidio —, son raros, y en todo caso confirman la regla. Así — explica Paliero, siguiendo los estudios de Zimmerl, Krümpelmann y Kerr —, una "graduación hacia abajo de la ilicitud penal" debe tomar en cuenta la voluntad del titular del bien jurídico ofendido — pues en aquellos delitos en que este dato puede ser tomado en consideración, resultará evidente la mayor antijuridicidad de quien procede contra la expresa voluntad de aquél, respecto de aquellas situaciones en que se actúe sólo sin esa voluntad —; además, el valor del objeto material agredido, el tipo de conducta agresiva, la peculiaridad de la situación y la conducta del ofendido, e incluso — lo que ya resulta francamente inaceptable en un Derecho penal de acto — cuestiones que atañen al *post factum*, en especial el comportamiento del agente después de la comisión del delito.[118] Paliero sabe muy bien que, *de iure condendo*, el problema de la esencia del delito de bagatela, o insignificante, no reside tanto en el análisis de la exiguidad como un *quid* en sí, cuanto en determinar sus componentes. De otra manera se viene a caer en brazos de esas fórmulas generales, hueras en verdad de contenido jurídico, que algunos códigos contemporáneos anteponen o incluyen en su Parte general, como auténticas declaraciones de los principios de ofensividad o culpabilidad, al paso que, en rigor, si se quiere prestar un genuino servicio a las exigencias garantistas del Derecho penal liberal, dichos principios tienen que materializarse a través de una inteligente construcción técnica, valorativa y estilística de la Parte especial de los cuerpos punitivos. Por eso, Paliero observa que desde el punto de vista de la *estructura* del delito de bagatela que personalmente construye tiene que existir una jerarquía entre sus componentes, según su significación relativa. Para el autor "tal orden jerárquico debe asignar la *supremacía* al desvalor de resultado, seguido, en orden de importancia, por las *modalidades objetivas* de la conducta y, en fin, por la *culpabilidad* del acto, la que, empero, es sólo un criterio de 'confirmación', más que de 'fundación' del tipo de bagatela. La exeqüidad del desvalor de resultado — incluso en el procedimiento lógico de la prueba — tiene que constituir el *primer* revelador, la *ratio cognosciendi* del delito improprio de bagatela. La verificación de los restantes componentes — también desde la óptica procesal —, en cambio, tiene que servir para *confirmar* este primer y fundamental *indicio* de la exiqüidad...".[119]

6. Bien que el principio de insignificancia "constituye, efectivamente, desde hace tiempo una presencia constante en la dogmática de lengua alemana",[120] el plexo de ideas que se amadriga en su seno no es del todo conocido, tampouco está suficientemente precisado su fundamento valorativo (no por nada, cual se ha visto, la máxima *minima non curat praetor* ha renacido contemporáneamente bajo el signo de exigencias a veces estrictamente interpretativas, y otras por dictados de corte políticocriminal) y hasta por cuantos lo admiten desde el prisma dogmático falta un acuerdo esencial acerca de su sitio en el sistema de la Teoría general del delito. Así las cosas, no mueve a extrañeza el disfavor con que es visto en buena parte de la doctrina, incluida, por supuesto, la germánica, que es donde más se ha trabajado. Mayor consenso, en cambio, se da entre sus fautores en punto a la

(118) Paliero, op. cit., cfr. 790/811.

(119) Idem, cfr. p. 744.

(120) Ibídem, cfr. p. 656.

clase de delitos — las llamadas *bagatelas impropias* — en que su admisibilidad resultaria pertinente, y el mismo acuerdo generalizado existe acerca de excluir terminantemente de su férula todos los demás. A nuestro juicio, y para desbrozar este terreno polémico, es imprescindible advertir que en todos aquellos ordenamientos que no lo han consagrado expresamente — los que, como es sabido, constituyen la inmensa mayoría — ni en su Parte general ni en la configuración de algunos delitos concretos de la especial, el problema que plantean aquellos actos típicos que ofenden de modo francamente irrelevante el bien jurídico en cada caso tutelado, debe resolverse de la misma manera como la doctrina en general hoy enfrenta aquellos casos en que el acto típico resulta del todo inofensivo, esto es, acudiendo a la interpretación teleológica puesta en contacto con el plano de la ofensa.[121] Para decirlo con la autorizada voz de Maurach, "así como tradicionalmente se han (*sic*) protegido muchos bienes jurídicos sólo contra ciertas formas de ataque, debería ser natural que respecto a bienes jurídicos que son básicamente merecedores de protección, la actuación del Derecho penal comenzara sólo a partir de una determinada intensidad del daño a ese bien (...) Dentro de la actividad de aplicación debería recurrise a la interpretación restrictiva, en mucho mayor medida que hasta ahora, con el propósito de lograr una restricción desde el punto de vista de la eliminación de infracciones de poca monta; esta es una legítima parte integrante de la interpretación teleológica".[122] Esto significa que la cuestión reclama y no puede satisfacerse sin recurrir a la deteminación del campo de lo injusto típico en cada caso particular, pero — y aquí se encierra el *quid* del tema — según las exigencias de un principio hoy generalmente admitido, el *principio de ofensividad (nullum crimen sine iniuria)*, del cual, bien miradas las cosas, el de insignificancia representa, *en parte*, un lógico complemento o, si se quiere, una especificación obtenida por empleo del método deductivo. Por lo demás, vincular el fundamento del último en un principio que se ha venido consolidando en la Dogmática de nuestro tiempo, al punto de resistir satisfactoriamente cualquier objeción,[123] convierte las cuestiones relativas a su puesto sistemático y su contenido en problemas no digamos menores, pero sí de más sencilla resolución, por cuanto del fundamento de las instituciones — bien que, evidentemente, no se trate aquí de una institución — depende, como se sabe, su naturaleza jurídica y su congrua inserción en el sistema. Es un error considerarlo en la teoría del tipo y la tipicidad. Con todo, esto es lo que ha ocurrido, y prueba suficiente de ello la ofrecen las dos primeras elaboraciones que hemos examinado en el acápite anterior de este trabajo. Somos de la opinión, en efecto, de que en buena medida el principio de insignificancia se ha convertido en una cámara de eco de las críticas que hace tiempo hicieron blanco en la *teoría de la adecuación social*, a la que inapropiadamente mas con insistencia se le ha querido vincular — el caso de Roxin es paradigmático —; solo que, de esta guisa, su fundamento deviene vidrioso y se complica sin necesidad la cuestión del elemento del delito al que el principio atañe, cosa, ésta última, que, identificado correc-

(121) Padovani, Tullio, *Diritto penale*. Giuffrè, Milano, 1990, cfr. p. 171.

(122) Op. cit., v. I, p. 218.

(123) Sobre el principio de ofensividad, cfr. Mantovani, Ferrando, *Diritto penale*. Parte generale. Cedam, Padova, 1988 (segunda edición), p. 198 y ss., y Frías Caballero, Jorge, *Teoría del delito*. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 50/59.

tamente su fundamento, y por ende su naturaleza, debería simplificarse. De hecho, no es insólito leer afirmaciones de este jaez: "visto que el principio de insignificancia coincide parcialmente con el concepto de adecuación social, resulta más oportuno proseguir con la circunscripción de éste";[124] o bien que la insignificancia se mueve "en un plano no muy distinto" del que correspondería a aquél.[125] La confusión, en rigor, se remonta al propio Welzel, para quien, "por ser socialmente adecuadas" hay que excluir de la esfera de lo típico ofensas irrelevantes a determinados bienes jurídicos.[126] No parece necesario recordar aquí cuantos razonamientos, vertidos desde luego en su país de origen,[127] han debelado, y con razón, los riesgos que se esconden en una fórmula tan borrosa e insegura como aquella de lo socialmente adecuado, criterio que guarda relación con, y depende de, una noción — la de "socialidad" — cuyos contornos no sólo son imprecisos, sino además absolutamente impertinentes para decidir la más honda y circunscripta cuestión de la relación de contradicción de un acto con el Derecho. Como bien tiene escrito Rodríguez Mourullo al hacerse cargo de la mencionada teoría welzelniana "lo que importa decidir en esta sede (...) es la adecuación al Derecho, ya que de lo que se trata es de establecer la relevancia o irrelevancia jurídico-penal de ciertos hechos".[128] Si es verdad que lo antisocial puede resultar del todo indiferente para el Derecho,[129] no lo es menos que entre el binomio "socialmente adecuado-socialmente inadecuado" y la inquietante interrogación acerca de cuándo un acto debe considerarse antijurídico, media un abismo, por la sencilla razón de que lo social y lo jurídico — así como lo antisocial y lo antijurídico — no son

(124) Zipf, *Politica criminale*, cit., cfr. p. 204.

(125) Creus, Carlos, *Derecho penal.* Parte general. Astrea, Buenos Aires, 1988, cfr. pág. 166. Parecen identificarlos, asimismo, Bajo Fernández, Miguel, y Díaz-Maroto, Julio, cfr. *Manual de Derecho penal* (Parte especial). Publicados, 3 v. Editorial Centro de Estudios Ramón Arceses, S.A., Madrid, 1992-1993 (segunda edición). V. III, p. 123.

(126) *Derecho penal alemán*, cit., cfr. p. 84.

(127) Baumann, Jürgen, *Derecho penal.* Conceptos fundamentales y sistema. Traducción por Conrado A. Finzi. Depalma, Buenos Aires, 1981, cfr. p. 186/190.

(128) *Derecho penal.* Parte general. Tomo I (único publicado). Civitas, Madrid, 1977, cfr. p. 265. Del generalizado rechazo de la teoría de la adecuación social en España da cuenta Sáinz Cantero, José, en *Lecciones de Derecho penal.* Parte general. 3 v. Bosch, Barcelona, 1982-1985 (primeira edición), cfr. vol. II, p. 302/305. Frente a una más bien limitada admisión de la teoría en otros ambientes científicos europeos — en Italia la acogió la autorizada pluma de Bettiol (cfr. su *Diritto penale.* Parte generale. Dodicesima edizione riveduta e integrata, al cuidado de Luciano Pettoello Mantovani. Cedam, Padova, p. 358/362), así como Fiore y Gregori, los últimos en estudios monográficos —, en Iberoamérica le es singularmente adverso Zaffaroni. Cfr. *Tratado*, cit., v. III, p. 490/501, donde, tras destacar la vinculación de la teoría con el concepto material de la antijuridicidad ("del que no es más que una de sus consecuencias") y su "amplitud peligrosa" consigna estas certeras frases: "La 'relevancia social' o el 'desvalor social' de una conducta es independiente de la tipicidad (...) La conducta típica es *para la ley* 'socialmente inadecuada', pero para la sociedad es muchas veces difícil decirlo y, en modo alguno, ello depende de la ley".

(129) Hace muchísimos años Jiménez de Asúa, examinando críticamente la concepción de Von Liszt acerca de la antijuridicidad material, escribió: "Lo antisocial puede carecer de importancia para el Derecho". Cfr. *La ley y el delito.* Principios de Derecho penal. Editorial Sud Americana, Buenos Aires, 1973 (sexta edición), p. 275.

círculos de idéntico radio que quepa yuxtaponer libremente. Por otra parte, tampoco se divisa la conveniencia de establecer un maridaje entre la insignificancia y una idea que incluso en el pensamiento de su creador fue oscilando y transmigrando alternativamente entre la tipicidad y la antijuridicidad. Estos devaneos e inseguridades han resultado funestos para el *minima non curat praetor:* piénsese que en la misma Alemania, al socaire de estas incertidumbres, hasta se ha llegado a hablar de una colocación *ubicua* de la insignificancia en el sistema de los elementos del delito! Ahora bien, todos sabemos que "en la historia y en la lógica del Derecho penal el *principio de ofensividad* del delito se contrapone al principio del delito como mera *violación de deber*"; que, por imposición del primero "el delito debe substanciarse en la ofensa de un bien jurídico, pues no se puede concebir un delito sin ofensa: *nullum crimen sine iniuria*".[130] Sólo desde una perspectiva de descarnado formalismo, que reduzca la ofensa a una pura condición objetiva de punibilidad que se repetiría de modo constante en cada infracción — exceso al que, con todo, cierto contemporáneo conceptualismo ha llegado —, o bien, desde otra netamente substancialista, que reduzca la antijuridicidad a la expresión de una pura desobediencia y convierta a la culpabilidad en el único eje del delito, el bien jurídico deviene una *quantité négigeable*, un elemento contingente y adventício, del que cabría prescindir sin riesgo del sistema. Pero hoy por hoy se ha asentado firmemente, en la reconstrucción de los ordenamientos y en el diseño de sus reformas futuras, la idea de que "para que una conducta sea delictiva no solamente es indispensable que constituya un comportamiento externo (trascendente al mundo exterior) circunstanciadamente descripto en una ley formal previa, sino que además debe dañar u ofender en cada caso, de manera indefectible, el bien específicamente protegido por la norma".[131] Repárese, empero, en que también una ofensa insignificante al bien jurídico en cada caso tutelado, esto es, una afección nimia del objeto de la protección, resulta, para los requerimientos del principio de ofensividad, satisfactoria. El principio de ofensividad sólo impone que se descarte de plano — por cuanto no pueden dar pábulo para establecer ulteriormente una responsabilidad criminal — aquellos actos típicos en que sea imposible columbrar alguna afectación del bien jurídico de cada categoría delictiva; pero, bien miradas las cosas, no se le hace violencia con el llamado Derecho penal de bagatelas. Con esta consideración, parece que se precluye toda posibilidad de admitir el principio de insignificancia con el sustento del de ofensividad. Entonces estarían en lo cierto todos los escritores que piensan que — privado así de su lógico asidero en la teoría de la antijuridicidad — la identificación del criterio de lo *mínimo* sería siempre e inevitablemente arbitraria. Sin embargo, creemos que no es así. No debe olvidarse que la esencia de lo antijurídico y, en definitiva, el contenido del juicio de antijuridicidad, lejos de agotarse en la ofensa de bienes jurídicos y en el criterio de regla-excepción que ministram las sólitas causas de exclusión de lo injusto que es costumbre incluir expresamente en los códigos, demanda algo más. Si es verdad que la tipicidad constituye — según la dominante teoría de la *ratio cognoscendi* — un indicio de que el acto en cuestión con un alto grado de probabilidad será antijurídico,

(130) Cfr. Mantovani, *Diritto penale*, cit., p. 197/198.

(131) Cfr. Frías Caballero, *Teoría del delito*, cit., p. 53.

y si no es menos certero que el juicio de desvalor con que se comprueba objetivamente la antijuridicidad de un acto típico requiere verificar la contradicción de ese acto con el Derecho, tampoco puede desconocerse que la *materia*, o sea, el *contenido* del juicio de antijuridicidad, va algo más allá y exige un *plus* que se añade a la mera lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. La vida cotidiana, e incluso las mismas causas de justificación tradicionalmente admitidas en los códigos, así lo corroboran, como hace bastantes años lo demostró Jiménez Huerta. Este, en efecto, razonó convincentemente cómo el concepto de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico — noción que, en todo caso, denota una evidente relación de valor, culturalmente condicionada, pues en el mundo de la naturaleza no existen ofensas ni daños —, para que pueda contribuir a forjar la cúspide de lo injusto, debe ser considerado apenas como su antesala, antesala que hay que completar con otro ingrediente, y sólo entonces se podrá formular ese juicio negativo de valor en que consiste la antijuridicidad. Sólo vinculando dicha lesión con la referencia más amplia de lo que aquel discípulo de Jiménez de Asúa denominó "las aspiraciones valorativas de la comunidad estatal",[132] y que nosotros, conforme a una vieja línea de pensamiento en la que asimismo descansa el de Jiménez Huerta, hallamos en las normas de cultura estatalmente reconocidas,[133] se reconstruye y constata la substancia de lo antijurídico.

En esta imagen más completa acerca del contenido material del juicio de antijuridicidad que se predica de un acto típico, las ofensas irrelevantes a un bien jurídico — entendiendo por irrelevante aquel menoscabo que, por su entidad, *puede parangonarse no cuantitativa, sino cualitativamente a la ausencia de toda lesión, según el juicio que semejante situación merece ante los ojos del Derecho y sus exigencias de valor*, en el sentido de que *existiendo dicha ofensa*, ésta, desde el prisma de la norma de cultura ostenta, empero, *idéntico valor*, o sea, *ninguno, que la ausencia de toda lesión* — encuentran la explicación de la irremediable exclusión de su antijuridicidad. Si Mezger dijo cosa cierta cuando afirmó que no hay una antijuridicidad en sí, sino sólo una antijuridicidad referida a un caso concreto,[134] son precisamente las normas de cultura renocidas por el Estado las que nos suministrarán los criterios fundamentales para resolver de proficuo modo esta *vexata*, pero asimismo concreta quaestio de las bagatelas, las que, en la medida em que no entren en contradicción con las normas de cultura, no son ni puede considerárselas antijurídicas. Por esto se apuntó más arriba que sólo *en parte* la insignificancia se deduce del principio de ofensividad. Como fruto restrictivo de una interpretación teleológica del ámbito de lo prohibido en los tipos y allí donde resulte admisible, el principio de insignificancia se obtiene, en verdad, de la misma esencia de la relación de contradicción del acto típico con el Derecho, o sea, del contenido del juicio objetivo y valorativo que reconoce en dicho acto su carácter antijurídico, aunque no empleando la lógica formal característica del conceptualismo, sino con esa *logica contenutista* de la que

(132) Jiménez Huerta, Mariano, *La antijuridicidad*, cit., especialmente p. 92/113.

(133) Véase mi trabajo *Bien jurídico y norma de cultura: revisión de la teoría de Max Hernst Mayer*, en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, de Madrid, n. 3, 1993, p. 227/240.

(134) Mezger, *Tratado*, ed. cit., v. I, p. 410.

habló Bettiol[135] y a la que es menester recurrir ineludiblemente, si es verdad que el Derecho decide la calificación de las conductas que regula según su adecuación o incongruencia con fines valorados.

Ahora bien, si se admite este fundamento valorativo y se reconoce, asimismo, dicha índole objetiva en el principio, el que, por lo demás, se asentará en un acto cuya adecuación típica no se discute, queda por examinar su contenido. Va de suyo que, a su propósito, evidentemente, consideraciones ajenas a un resultado ya cumplido (el denominado el *post factum*) no pueden ser llamadas en causa, por lo menos si no se quiere escapar del Derecho penal de acto so capuz de las formas soterradas — valga especialmente como ejemplo la llamada culpabilidad por la conducción de la vida — com que en alguna doctrina se pretende introducir el Derecho penal de autor. Pero tampoco es pertinente echar mano a cuestiones relativas a la culpabilidad del agente revelada en el acto. Por lo último, tenemos que discrepar de Paliero cuando, al interior de la estructura jerárquica de los elementos que componen el contenido de la insignificancia, alude a la culpabilidad — bien que disimulada bajo la locución "desvalor de acto", tan cara al pensamiento finalista —, siquiera como criterio de confirmación de una ofensa cuya irrelevancia con efectos desincriminantes ya se ha — curiosamente — establecido. Considérese que de la misma manera como no se admite que de una antijuridicidad poco grave a la que se sume, empero, una acusada culpabilidad plasmada en el acto, tenga que seguirse una responsabilidad criminal mayor — o, conforme tiene escrito Rivacoba a propósito de otro extremo, "una culpabilidad muy elevada, en un delito de reducido injusto, que lesiona un bien jurídico de reducido valor, nunca podrá obtener una pena comparable a la de un delito de menguada culpabilidad, pero que recae sobre un bien muy importante",[136] menos se aceptará, por ejemplo, que la sola adición de un dolo intensísimo a una ofensa nimia quiebre en pedazos una insignificancia "no confirmada" por el intérprete y obligue, eventualmente, a una condena. El contenido del principio de insignificancia debe ser examinado sólo desde el punto de vista que dicte la naturaleza del elemento del delito del que se obtiene; de lo contrario, se confunde sin remedio la exclusión de lo injusto con la inculpabilidad y, lo que es peor, se acaba violentando una de las notas características del Derecho como ordenamiento regulador de la conducta exteriorizada de los hombres, o séase, su predominante objetividad. Convenimos, en cambio, en la idea de Paliero de que el principio de insignificancia, atendido el *télos* de las respectivas infracciones, halla su riguroso enclave únicamente entre las que Hellmuth Mayer denominó *bagatelas impropias*, es decir, microviolaciones que, con todo, por la descripción típica, el bien jurídico tutelado y, muy especialmente, el amplio margen que cubre la amenaza penal, se adecuan en tipos que en abstracto describen delitos graves y en los que la punición de aquéllas parecería dictada sólo por el propósito de reforzar la represión penal del delito grave en si.[137] No ocurre lo propio con las *bagatelas propias*, esto es, todos aquellos

(135) Cfr. *Il problema penale,* en seus *Scritti giuridici*. 2 v. Cedam, Padova, 1966, v. II, p. (620/707) 676.

(136) *El principio de culpabilidad en el código penal chileno*, en el volumen *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código penal chileno*. Edeval, Valparaíso, 1975, cfr. p. (49/126) 56.

(137) Paliero, op. cit., cfr. p. 646/652 y 693/695.

tipos que ya en abstracto, ante los ojos del legislador, tienen la índole de microviolaciones, y como tales son igualmente castigadas, a pesar de su escasa gravedad — categoría que históricamente ha estado vinculada a las contravenciones, y en buena medida, pero no siempre, coincide con éstas —. En punto a las últimas, la doctrina afirma, y con razón, que el problema de su descriminalización está exclusivamente en manos de su fuente de producción, con tal que ésta se inspire en el principio de intervención mínima. "La exiguidad 'originaria' de los delitos *propios* de bagatela y los eventuales criterios para su verificación, o para desmentirlos, conciernen (...) a otro orden de problemas, que en todo caso competen *sólo al legislador*",[138] punto de vista que admiten, asimismo, Zipf y Maurach, entre muchos otros,[139] y es por de contado, ineludible. Pero esto no implica que deba seguirse forzosamente a quienes piensan que el principio de insignificancia queda precluido por la mera descripción de faltas en los respectivos Códigos,[140] a menos — es claro — que la presencia de un *delito venial* revele inequívocamente una *voluntas legis* en punto a castigar incluso hipótesis de bajísima entidad objetiva contra el respectivo bien jurídico. Pero esto no es siempre así, por cuanto — sobre todo en los ordenamientos inspirados por la codificación española decimonónica — mientras hay delitos que suelen ir acompañados, entre las faltas, de la correspondiente *bagatela propia* (piénsese en las lesiones, en el hurto, en las defraudaciones, en los daños, en la injuria, en los delitos contra la salud y la seguridad públicas), hay otros en que ello no acontece. Por otra parte, cumple advertir, por cierto, que el bien jurídico tutelado en los delitos a los que las

(138) Idem, p. 694.

(139) "En materia de los delitos propios de bagatela, la decisón de sancionar las conductas en cuestión, debe, por lo mismo, darse sólo en el nivel del legislador", escribe Zipf, quien — por el contrario — sobre las bagatelas impropias añade: "Si bien la necesidad de tutelar penalmente un determinado bien jurídico esté fuera de discusión y, por lo tanto, el tipo penal correspondiente sea legítimo (...), ello no implica que toda conducta escasamente lesiva requiera, en el caso singular, ser perseguida penalmente (...) El problema de la criminalidad de las bagatelas impropias consiste, pues, en *moderar una dilatación excesiva de las normas penales* (...)" Cfr. *Politica criminale*, cit., p. 193. Para Maurach, a su turno, "en la tarea de superación del problema de la criminalidad de poca monta deben distinguirse las formas de conducta que sólo tienen un típico carácter de ilícito de ese carácter (delitos de poca monta *per se* o propiamente tales, en la nomenclatura de Dreher (...)); no caben dentro del concepto material de delito y no son, por ello, objeto de punición admisible (...) No obstante, en los casos de delitos de poca monta (o delitos de poca monta impropios según Dreher (...) puede hallarse una solución tanto en el derecho material cuanto en el formal..."; la preferencia de Maurach por una solución de Derecho penal material ya la conocemos. Cfr. Maurach, Göessel y Zipf, *Derecho penal*, cit., v. I, p. 218.

(140) Tras anotar que el principo de insignificancia está en pugna con la seguridad jurídica, pues "la delimitación de los casos de bagatela quedaría confiada a la doctrina y la jurisprudencia, siendo el límite siempre discutible", Cerezo Mir (en su *Curso de Derecho penal español*. Parte general. Publicados, 2 v. Tercera edición, actualizada y considerablemente ampliada. Tecnos, Madrid, 1993, cfr. v. I, p. 321) añade que "este principio es, además, incompatible con la configuración de las faltas en el Libro III del Código Penal español donde se regulan expresamente infinidad de casos de bagatela". Sin embargo, los casos que Cerezo cita (lesiones, hurtos, estafas, apropiaciones indebidas, daños, coacciones e injurias, todos ellos ligeros), confirman cuanto se dice a continuación en el texto.

bagatelas impropias se refierem, tiene que resultar susceptible de compresión, sin que la última fase de su respectivo *iter criminis* suponga, por necesidad, la destrucción total de aquél. Así como en la genuina individualización judicial es decisivo, a la hora de calibrar la gravedad objetiva — esto es, la antijuridicidad — de la ofensa, que el bien jurídico no tenga que resultar necesariamente destruido con la consumación del delito, sino que sólo se le menoscabe, impidiéndose o restringiéndose su ejercicio — en cualquier caso, lesionándoselo —, también para la insignificancia cuenta de modo determinante dicha posibilidad de menoscabo o disminución. Este es, por ejemplo, el caso de los delitos contra la libertad, entre cuyas diferentes manifestaciones penalmente tuteladas, hay que tener especialmente en cuenta el secuestro, la substracción de menores y — para cuantos reconozcan en ella a la libertad como bien tutelado — la coacción; pero es, asimismo, entre los delitos contra la honestidad, la situación de los abusos deshonestos. Lo anterior, naturalmente, en la misma medida en que a los dichos bienes jurídicos el resultado típico no se combine con una lesión ulterior, llegándose a situaciones que la ley describa como un delito complejo y pluriofensivo. Esto, por lo que se refiere a delitos cuyo resultado consista en la lesión del objeto de la tutela. Pero no se debe descartar el recurso al principio de insignificancia en las bagatelas impropias que se oculten entre algunos delitos de peligro, sobre todo entre los de peligro abstracto, en los que — como anota Paliero — la exiguidad puede derivar de la escasa idoneidad objetiva del medio empleado. Y en este sentido se orienta la no muy numerosa jurisprudencia sobre el tema.[141]

(141) Paliero, op. cit., cfr. p. 747. Un ejemplo do suministra la jurisprudencia argentina, a propósito de un delito contra la salud pública. Véase Virgolini, Julio, *El artículo 31 de la ley de vinos y un caso de aplicación del principio de insignificancia en la afectación del bien jurídico*, en "Doctrina Penal", cit., año 7, abril-junio de 1984, n. 26, p. 334/351; del mismo — pero esta vez a propósito de un delito de lesión — *Las lesiones levísimas: un caso de atipicidad por insignificancia*, en la revista apenas citada, año 8, enero-marzo de 1986, n. 29, p. 119/120. Otro reconocimiento del principio de insignificancia — según la formulación de Roxin — lo ha dado la jurisprudencia alemana a propósito de la substración de bienes pignorados. Cfr. Paliero, op. cit., p. 530 (nota 35).

7. Una observación sumamente recurrente en contra de los diferentes métodos con que en nuestro tiempo se ha querido resolver la cuestión de la criminalidad de poca monta, sobre todo aquellas propuestas que no suponen una directa descriminalización — ya se sabe que la despenalización en sentido estricto, como mera conversión de ciertos delitos en ilícitos administrativos despierta una desconfianza cada vez mayor en la Política criminal de hoy, por el riesgo de recargar, en beneficio de la penal, la justicia administrativa[142] — de los correspondientes ilícitos, es que pueden comprometer los requerimientos de la *seguridad jurídica*. Esto es lo que sucede principalmente con aquellos ordenamientos — caso paradigmático, el alemán — que han optado por una incipiente reformulación del principio de legalidad procesal, mediante la introducción del *principio de oportunidad*[143] en el proceso penal. Pero para quien no pierda de vista que el Derecho procesal penal carece de todo

(142) Cfr. Maurach, Göessel y Zipf, *Derecho penal*, cit., v. I, p. 218/219.

(143) Sobre el principio de oportunidad, en castellano, véase Maier, Julio, *Derecho procesal penal argentino*. Publicados, 2 v. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, v. I, p. 189/192.

sentido sin los contenidos que debe suministrarle el Derecho penal material, es claro que ninguna solución profícua para los delitos de bagatela puede esperarse de las normas procesales, por lo menos en tanto se las considere aisladamente. Bien dice Zaffaroni que una respuesta de corte procesal "estará siempre necesitada de un criterio material, por lo que en definitiva también reconducirá a los mismos interrogantes, sólo que considerados como problema de punibilidad",[144] con el conseguiente y efectivo riesgo de la certeza y seguridad del Derecho. Hasta para cuantos se muestran partidarios de combinar las soluciones de Derecho penal material con las del procesal penal, las primeras ofrecen la ventaja de precisar de antemano los criterios substantivos de selección que producirán el archivo de la causa.[145] Esta materia exige, en verdad, mucha cautela, para no permutar, en pro de exigencias de pura utilidad — que convertirían lo insignificante en una pseudoexcusa absolutoria o en una condición de procesabilidad —, más profundos condicionamientos de valor. Por otro lado, es siempre digno de recordarse que de la seguridad jurídica — requerimiento valorativo que estuvo igualmente tras el gran proceso de reducción del Derecho penal de fines del siglo XVIII, sobre todo bajo los auspicios teóricos de Bentham y Montesquieu —, depende la seguridad individual (como lo vio el último, para quien la libertad política, en relación con el ciudadano, consistía francamente en su seguridad o en la opinión que cada uno tiene de su seguridad,[146] y que la consolidación, junto al Estado de Derecho, de la primera, se obtuvo durante la centuria sucesiva justamente con la introducción, sin excepciones, del principio de legalidad dentro del proceso penal y la generalidad obligatoriedad de la acción para el Ministerio Público. Es, empero, dudoso que el principio de insignificancia contradiga la seguridad que todo Derecho positivo debe procurar; no, por lo menos, si se lo encuadra en el ámbito al que pertenece, que no es el de la tipicidad, sino el del contenido del juicio de antijuridicidad. Por lo demás, debe recordarse que si bien hace tiempo se dejó en claro que no existe una antijuridicidad "formal",[147] la oposición del positivismo legalista — "todo el Derecho en la ley" — en contra del contenido material de la antijuridicidad se manifestó, con argumentos de seguridad jurídica, desde los mismos inicios de la elaboración del último, cuando todavía, en oposición a la "formal", se hablaba de una antijuridicidad material y se había empezado a poner en tela de juicio el criterio de regla-excepción de las justificantes, para ir en pos del alcance más amplio que envuelve la relación de contradición con el Derecho. Esto lo hizo ver hace muchísimo tiempo Ernesto Heinitz, para quien las razones de seguridad del Derecho no podían ofrecerse como convincente argumento por cuenta de los partidarios del positivismo legalista, en contra de una construcción del juicio de antijuridicidad a partir de los dictados del objetivismo cultural de M.E. Mayer y las normas de cultura.[148] Y el motivo de contraste lo veía en que sólo cuando

(144) *Tratado*, cit., v. III, cfr. p. 554.
(145) Zipf, *Politica criminale*, cit., cfr. p. 200, y Maurach, Göessel y Zipf, *Derecho penal*, cit., v. I, p. 218.
(146) *De espíritu de las leyes*, ed. cit., Libro XII, capítulo I.
(147) Bettiol, *Diritto penale*, cit., cfr. p. 343.
(148) *El problema de la antijuridicidad material*. Traducido directamente del alemán por los Dres. Roberto Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. Depalma, Buenos Aires, 1947, cfr. p. 138.

pesudoprincipios se introducem bajo pretextos especiosos en la teoría de la justificación, la seguridad queda irremediablemente comprometida. Las mismas razones de seguridad se esgrimieron, como es noto, en contra de una idea de la que hoy, lamentablemente, se habla tan poco, la justificación supralegal, bajo la equivocada representación de que en el terreno de lo injusto la seguridad jurídica se plantea del mismo modo cómo, en cambio, viene impuesta por el *nullum crimen sine lege* en el tipo, esto es, como "seguridad legal" (lo que — dicho sea de paso — viene a ser un nuevo argumento para abandonar de una vez por todas la inclinación a referir la insignificancia al último). "Por supuesto que la exigencia en el Derecho penal de tipos determinados y exactamente circunscriptos, tiene un núcleo enteramente legítimo, que encuentra su expresión especialmente en el precepto *nulla poena sine lege*;[149] en este sentido es como el principio de legalidad se erige en *Palladium* de la libertad y de la seguridad. Nadie, en verdad, negará que la seguridad jurídica, tomando en cuenta que conforme a aquél sólo la ley se erige como fuente inmediata creadora de delitos y penas, se diluye en toda condena por actos no descriptos expresa y exhaustivamente como delictivos por la misma ley. Pero si se observa, por el contrario, que, servidas las exigencias de la legalidad y de su precipitado técnico, la tipicidad, todavía queda por reconocer que el carácter antijurídico de un acto típico lo fija su oposición, no con la ley, sino con el Derecho, entonces se reparará en que se ha penetrado — ahora sí — de modo decisivo en los domínios de la seguridad jurídica. Esta quedaría francamente lastimada si nos empecinamos en reconocer como antijurídico un acto típico que, por su nimiedad, no puede quebrantar las exigencias de valor que están tras las pautas culturales estatalmente reconocidas y fijan la esencia de lo injusto. Siempre se puede retrucar — es cierto — que así se abre una espiral para el arbitrio de los tribunales; que la — por lo demás, indiscutible — dificultad para reconocer las normas de cultura haría incierta la aplicación del Derecho y, todavia, que en poder de mano caprichosa, su espada podría cortar aquí y no allá. Mas, y al margen de lo que más arriba se intentó fijar en punto al contenido y ámbito de aplicación de la insignificancia, estos son los riesgos ínsitos en toda operación de valor, y no se advierte la razón por la cual un fenómeno tan típicamente cultural como el Derecho, así como lo que lo afirma o contradice, pueda substraerse a ellos, lo que es tan cierto como que, ontológicamente y metódicamente hablando, la determinación con arreglo a fines valorados no estará jamás en condiciones de brindarnos la confianza absoluta de la causalidad natural. Considérese, finalmente, que del rechazo de la indiferencia cultural de lo insignificante se sigue esta fatal consecuencia: condenarlo siempre, en circunstancias que las sociedades y los individuos no entenderán una condena vista como algo inextricable. Siendo éste el caso, habrá que aceptar con resignación incómoda la sabia admonición de Freudenthal. "Cuando no se comprende el lenguaje de las crónicas policiales y se comprende, aunque sólo sentimentalmente, que se castiga a personas que en el propio lenguaje se llaman inocentes, entonces se genera o ahonda el abismo tantas veces lamentado entre el pueblo y el Derecho".[150] Y el más inseguro de todo Derecho concebible es, por cierto, el Derecho desconocido.

(149) Idem.

(150) Citado por Heinitz, en op. cit., cfr. p. 139.

2 — DOUTRINA INTERNACIONAL

COMPENSAÇÃO, RESTITUIÇÃO, SANÇÃO PECUNIÁRIA E OUTRAS VIAS E MEIOS DE REPARAR O DANO ÀS VÍTIMAS DO CRIME ATRAVÉS DOS TRIBUNAIS

KURT MADLENER

2.ª Parte[1]

Sumário: 3. Aspectos histórico-comparativos — 4. A reparação como um meio de obter a extinção da punibilidade — uma chance de descriminalização; 4.1 Reparação em lugar de punição numa sociedade culturalmente distinta: a África Negra tradicional; 4.2 Modelos ocidentais — 5. A integração da reparação no sistema e sanções penais: a Escola Positiva na América Latina — 6. O juízo da reparação no Processo Penal: o assim chamado Processo Adesivo; 6.1 A lei de letra morta: o caso da Alemanha; 6.2 Título judicial de tipo platônico: a tradição mediterrânea — 7. Uma idéia do Século XVIII volta à tona: os fundos de compensação — 8. Conclusão.

3. Aspectos histórico-comparativos

O problema da compensação à vítima do delito tem evoluído de maneira muito diferente em diversos países. Isso faz com que se torne interessante estudar a sua evolução baseando-se em análises comparativas.

No início a vingança foi a reação do lesado. Então a reparação e a restituição vieram a substituir a vingança. O ponto de partida é o que poderíamos chamar de princípio da restituição: depois de uma lesão ter sido cometida, a vítima ou os seus familiares obtinham a reparação pelo dano sofrido. Neste sistema, que no Direito histórico germânico se chama de *Kompositionensystem*, o pagamento de uma determinada quantia ou a entrega de bens (por exemplo, bois) à vítima ou a sua família era a conseqüência legal do dano punível, e liquidava o assunto, restabelecendo desse modo a paz na comunidade.

O princípio da restituição era suplementado pelo princípio da retribuição, na medida em que a organização do Estado foi obtendo mais força e proveu-se de sanções penais. Já nos tempos de Merovingos e dos Reis Francos o crime e a pena foram mais e mais considerados como noções de direito público, um ponto de vista hoje geralmente aceito como resultado de uma evolução que durou muitos séculos.[2]

O fato de que a noção de direito público do crime e da punição ter prevalecido, nos faz algumas vezes

(1) A primeira parte deste artigo foi publicada no número 10 (abril-junho 1995) p. 52/57.

(2) Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2.ª ed., Göttingen 1951, p. 23 e ss. (39).

esquecer de que no Direito Penal, por muito tempo, o princípio da restituição e o princípio da retribuição coexistiam. Isto pode ser observado em muitos sistemas legais.

Um exemplo é a Lei espanhola das *Siete Partidas*, a tão importante legislação do Rei Afonso X chamado "O Sábio" (Alfonso, el Sabio) decretada no século XIII. A *Septima Partida* deste estatuto enumera "Dos crimes, das sanções penais e das compensações". Além da obrigação de restituir há por exemplo no caso de roubo a obrigação de pagar danos múltiplos, o dobro ou inclusive mais, de acordo com as circunstâncias do dano e da espécie de participação, como uma sanção penal.[3] Este empreendimento legal de Afonso, o Sábio, foi aplicado como lei subsidiária na Espanha e em alguns países da América Latina inclusive no século XIX.

Mas, em geral, o fortalecimento da organização do Estado conduziu ao enfraquecimento da posição legal da vítima. Sem embargo, uma reação contra esta evolução, já estava em vias de modificá-la há mais de 200 anos. Podemos observar em alguns países que comissões de reformas e legisladores se debruçaram na ânsia de desenhar novos caminhos de proteção à vítima. Na legislação italiana do século XVIII, realmente foi dispensada considerável atenção à vítima. O Estado inclusive cuidou da reparação que a vítima tivesse que receber. Como o réu freqüentemente era incapaz ou sem vontade de reparar, o Estado organizou um fundo público o qual foi sustentado pelas multas e através do qual a vítima pode ser compensada.[4]

Esforços para assegurar a reparação à vítima podem também, ser encontrados nos primórdios do século XIX nos projetos legislativos brasileiros. A influência de Jeremias Bentham foi muito importante neste aspecto.[5]

Em tempos mais recentes, a partir da segunda metade do século XIX, a Escola Positiva Italiana tratou com importância a compensação da vítima no processo penal. Os principais proponentes da Escola Positiva, *Garofalo e Ferri*, não tiveram muito êxito nos seus ensinamentos sobre a reparação à vítima no Direito italiano. Todavia, a Escola Positiva teve uma longa e duradoura influência na América Latina. Mesmo nos códigos penais promulgados nos últimos anos, pode ser percebida esta influência.

(3) Sétima Partida, Título XIV "De los furtos", Lei XVIII e passim. Regulamentos similares podem ser encontrados no direito alemão; ver Heinrich Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 2.ª ed., Berlin 1928, reimpresión 1958, p. 832 e ss. Sobre as Sete Partidas veja Benito Gutiérrez Fernández, Exámen histórico del derecho penal, Madrid 1866, p. 163 e ss.; Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 3.ª ed., Buenos Aires 1964, n.º 203-207.

(4) O Código Penal de Toscana, o Codice Leopoldino de 1786, assim intitulado depois de *Leopoldo, o Sábio*, instituiu tal fundo no art. XLVI (o texto deste código está reproduzido em *Carlo Paterniti*, Note al Codice Criminale Toscano del 1786, Padua 1985). Este fundo e um outro similar são encontrados no art. 35 do Código "per lo Regno delle Due Sicilie" de 1819 foram recomendados por *Bonneville de Marsangy* como modelos excelentes de legislação neste campo (De l'amélioration de la loi criminelle, Paris 1864, vol. II, p. 310 e ss.).

(5) A influência de *Bentham* no Brasil foi duradoura. Veja: Galdino *Siqueira*, Direito Penal Brazileiro, vol. I. Parte Geral, 2ª. ed., Rio de Janeiro 1932, pág. 717. Sobre a legislação brasileira do início do século XIX veja Kurt *Madlener e Silma Marlice Madlener*, The Past and Present State of Victim's Compensation in Brazilian Law and the Need for Reform, in: G. Kaiser/H. Kury/H.-J. Albrecht (ed.): Victims and Criminal Justice, Legal Protection, Restitution and Support, Freiburg i. Br. MPI 1991, Kriminologische Forschungsberichte, v. 51, p. 305-355.

De fato, há legislações na América Latina que mostram uma grande influência da Escola Positiva até os dias presentes.[6]

Observamos, porém, no século XIX e XX muitas tendências diferentes de evolução. Na Alemanha, a vítima tem sido removida de sua posição central no processo penal à uma posição marginalizada. Agora, o papel da vítima é somente a de testemunha, e, por isso, ela tem muitas obrigações e poucos direitos. No que se refere à reparação do dano no Código de Processo Penal de 1877, quase não se oferecia à vítima qualquer possibilidade de reaver o dano no processo penal, mas a obrigava ao procedimento civil, o que significava que em muitos casos ela deveria pagar as custas processuais e os honorários para poder prosseguir no assunto.

O que resultou desse tipo de procedimento, cuja evolução se arranca no século XIX, foi que o réu passou a ocupar o centro de interesses do direito moderno alemão. Isto se acentuou pelo fato de que a ressocialização do réu tornou-se mais e mais importante.

No período depois da Segunda Guerra Mundial, os Direitos Humanos obtiveram particular atenção no Processo Penal, em conseqüência da Declaração das Nações Unidas, em 1948, e de numerosas convenções internacionais. Mas estes direitos humanos são em primeiro lugar, e principalmente, os direitos humanos do réu e do acusado.

Na Alemanha, a vítima foi extremamente marginalizada no Processo Penal. O interesse pela vítima no Direito Penal é um fenômeno que aparece tardiamente, como se observa pelo aumento de publicações que somente foram registradas durante os últimos anos. O legislador alemão só recentemente fez alguns esforços para resguardar a reparação à vítima. A reparação foi instituída como condição prévia para garantir certos benefícios como a suspensão da pena à prova (*Strafaussetzung zur Bewährung*), soltura do cárcere por meio da prova (*Aussetzung des Strafecthes bei zeitiger Freiheitsstrafe*), etc.[7]

Porém, esses esforços não têm surtido muito êxito. As estatísticas claramente mostram que o Ministério Público e os tribunais não empregam com muita freqüência tais instrumentos desenhados pelo legislador. Há outras condições que podem ser impostas ao réu para obter esses benefícios e que são usadas muito mais, como, por exemplo, o pagamento de uma importância em dinheiro a uma instituição beneficente. Portanto, o requisito de pagar-se a reparação à vítima é raramente imposto.

Isto não seria particularmente de se preocupar se a tendência fosse aumentar o uso dessa condição. Porém, o fato é que decresce. O resultado é que a iniciativa legislativa na Alemanha em relação a isso não tem sido bem-sucedida.[8]

(6) Mais detalhes sobre isso veja item n.º 5.

(7) Veja arts. 56b parágrafo 2.º n.º 1 e 57 parágrafo 3.º StGB. O Ministério Público ou Juiz podem também em certos casos arquivar o procedimento se o réu reparar o dano causado á vítima, total ou parcialmente; veja o art. 153a, § 1.º, n.º 1 StPO.

(8) Veja Peter Rieß, Statistische Beiträge zur Wirklichkeit des Strafverfahrens, in: Rainer Hamm (ed.), Festschrift für Werner Sarstedt zum 70. Geburtstag, Berlin 1981, p. 253 e ss. (317); Wolfgang Heinz, Strafechtsreform und Sanktionsentwicklung — Auswirkungen der sanktionsrechtlichen Regelungen des 1. und 2. StRG 1969 sowie des EGStGB 1974 auf die Sanktionspraxis, ZStW 94 (1982), p. 632/668 (644 e ss.); Hans Jörg Albrecht, Legalbewährung bei zu Geldstrafe und zu Freiheitsstrafe Verurteilten, Freiburg i. Br. 1982, p. 167 e ss.; Peter Rieß, Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153a StPO, ZRP 1983, p. 93/99; Edwin Kube, Systematische Kriminalprävention. Ein strategisches Konzept mit praktischen Beispielen, 2.ª ed., Wiesbaden 1987, p. 128

Nem em todos os países, esta evolução teve como conseqüência uma erosão tão grande da posição legal da vítima no processo penal como na Alemanha. Os países clássicos do chamado procedimento adesivo como Itália, Espanha, França e Grécia, e, também, os países escandinavos, nunca aceitaram a marginalização da vítima. A questão é saber se realmente as suas legislações dão efetivamente vantagens à vítima necessitada de reparação, ou se só a pagam da "boca para fora".[9]

4. A reparação como um meio de obter a extinção da punibilidade — uma chance de descriminalização?

Se tentarmos analisar qual o papel que a reparação à vítima do delito pode ter no processo penal, pensamos, não só no benefício à vítima, mas, também, na possibilidade de substituir parcial ou totalmente as sanções penais pela reparação. Propostas a esse respeito têm sido feitas durante os últimos anos por alguns autores alemães.[10]

A idéia, porém, não é nada nova: já os positivistas italianos, os proponentes da Escola Positiva, tentaram há mais de cem anos integrar o instituto da reparação à vítima do delito no sistema penal de modo a torná-lo até certo ponto um substitutivo da ação penal (... costituire un vero succedano della pena).[11]

4.1 Reparação em lugar de punição numa sociedade culturalmente distinta: a África Negra tradicional

Quando pensamos nas sociedades que preferem a reparação à punição, a África Negra é o caso em questão. Há mais de quarenta países da África Negra, e conseqüentemente a variedade de soluções é impressionante.[12]

O que há de interessante é o diferente espírito que rege o assunto nestas civilizações quando o comparamos com os países ocidentais. A reparação é certamente muito mais importante para a África Negra do que a punição do réu. Uma minha assistente colocou tal espírito numa pequena história que ela inventou depois de leituras e conversações com colegas da África Negra:

Imagine que uma bicicleta tenha sido furtada. O proprietário é um estudante, que está aborrecido, já que a usa diariamente para ir à universidade e assistir as aulas. Ele e os seus amigos investigam o caso. Quem pode ter furtado a bicicleta? Uma velha senhora, que gasta o seu tempo espreitando e prestando

e ss.; Detlev Frehsee, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafechtlicher Sozialkontrolle, Berlin, 1987, p. 305 e ss.

(9) Mais detalhes sobre isso veja subitem n.º 6.2.

(10) Veja Detlev Frehsee (nota n.º 19), p. 119; Claus Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, in: Heinz Schöch (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, München 1987, p. 37/55, e Roxin, Die Stellung des Opfers im Strafsystem, Recht und Politik 1988, p. 69/76.

(11) R. Garofalo, Riparazione alle vittime del delitto, Torino 1887, p. 42 e passim. Enrico Ferri, op. cit. (supra nota n.º 5), p. 696: "Il risarcimento del danno sofferto dalle vittime del delitto puó essere considerato (...) come sanzione da sostituirsi alla pena carceraria nei piccoli delitti commessi da delinquenti occasionali."

(12) Um aspecto particular de vitimização é tratado por Kwame Frimpong, Victimising the Accused and the State Through Incarceration — The Experience of Botswana, in: G. Kaiser/H. Kury/H.-J. Albrecht (ed.), Victims and Criminal Justice, Particular Groups of Victims, Part 2, Freiburg i. Br., Freiburg i. Br. 1991 (Kriminologische Forschungsberichte, v. 52/2, p. 733/745). Veja, também, Sekou Condé, Selected Questions in Relation to Victimological Research in French Black Africa, in: G. Kaiser/H. Kury/H.-J. Albrecht (ed.), Victims and Criminal Justice, Victimological Research: Stocktaking and Prospects, Freiburg i. Br. 1991 (Kriminologische Forschungsberichte, vol. 50), p. 207/217.

atenção no que passa na rua, viu o ladrão e pode descrevê-lo. O ladrão, de fato, também vive na vizinhança. O estudante e os seus amigos vão lá e lhe perguntam a respeito da bicicleta. Depois de alguma discussão ele admite ter furtado a bicicleta e a restitui ao pobre estudante. À noite, o estudante e os seus amigos, felizes com o resultado, organizam uma festa, para a qual toda a vizinhança é convidada — inclusive o ladrão e a sua família. Com isso se liquida o assunto.[13]

Este exemplo ilustra um conceito de lei e de justiça profundamente arraigado na África Negra tradicional. Restituição ou reparação é o decisivo. Através disso a paz pode ser restabelecida na comunidade. Punição, de outro lado, não é importante: nada de positivo resulta disso.

Não obstante, seria uma ilusão tentar transferir tais modelos de reparação e de fazer as pazes para as anônimas sociedades dos modernos Estados industrializados. Mas mostra claramente a importância da reparação do dano na África Negra. Quando eu, o articulista, fiz com um grupo de 12 estudantes e uma etnóloga uma pesquisa sobre a Administração da Justiça na República dos Camarões, também constatamos esse fenômeno.[14] De fato, não importa à pessoa lesada que o réu vá à prisão, mas sim que o dano seja reparado. E é óbvio que, na África Negra tradicional, o fazer as pazes é sobretudo o objetivo do sistema da lei costumeira.

4.2 Modelos ocidentais

Hoje, a reparação à vítima, pelo réu, está praticamente em toda parte prevista como uma circunstância atenuante.[15] Isso conduz, portanto, só a uma redução de punibilidade. Alguns países foram mais avante no uso da reparação.

Um desses países é a Áustria com a regulamentação do "arrependimento ativo". É interessante notar nesta instituição austríaca, que existe, há muito tempo, que de fato é aplicada comumente na prática judicial. Já que recentemente foram publicados artigos sobre este tema,[16] não vou entrar em maiores detalhes. Há de se evidenciar, porém, que podem ser encontradas regulamentações similares em outros sistemas legais, por exemplo no direito grego, português e brasileiro.

(13) Christine Sottong, Schwarzafrikanische Rechte — Modelle der Wiedergutmachung, in: G. Kaiser/H. Kury/H.-J. Albrecht (ed.), O.s.c. (nota supra n.º 2), p. 419.

(14) Veja Peter Bringer, Entwicklung und aktuelle Probleme der Strafrechtspflege in Kamerun, Yearbook of African Law, v. 1.º (1980), p. 25 ss. (48). Também: Hans-Heinrich Jescheck/Kurt Madlener (ed.), Strafrechtspflege in Kamerun, Part 1: Peter Bringer, Stellung und Aufgabe des Richters in Kamerun, Baden-Baden 1981, p. 237 e ss.

(15) Veja por exemplo o Art. 9 n.º 9 do Código Penal Espanhol, § 46 par. 2 StGB, § 34 n.ºs 14 e 15 do Código Penal Austríaco. Onde não haja expressamente determinação sobre isso (veja e. g. 1991 Código Penal Peruano, Livro I, Título I, Capítulo III), pode-se presumir que os tribunais levam em conta a reparação à vítima dentro dos limites de penalidade fixados pela lei.

(16) Veja os artigos de Frank Höpfel, Die strafbefreiende tätige Reue und verwandte Einrichtungen des österreichischen Rechts, e Klaus Krainz, Zur praktischen Bedeutung der Wiedergutmachung in Österreich, in: Albin Eser/Günther Kaiser/ Kurt Madlener (ed.): Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, Freiburg i. Br. 1992 (reimpressão), págs. 171-196 e 197-217. Veja, também, Klaus Krainz, The position of Injured parties no Código de Processo Criminal Austríaco, First Results of an Empirical Investigation, in: G. Kaiser/H. Kury/H.-J. Albrecht (ed.), Victims and Criminal Justice, Legal Protection, Restitution and Support, Freiburg i. Br. 1991 (Kriminologische Forschungsberichte, v. 51), p. 629/668.

O primeiro Código Penal Grego data de 1834. Foi publicado em Atenas nas duas línguas oficiais do Reino grego da época, quer dizer em alemão e em grego. No sétimo capítulo desse código, o art. 114 contém o princípio do "arrependimento ativo". De acordo com este artigo, um delito que, por definição foi consumado pela ocorrência de certo resultado, não é punível se o ofensor voluntariamente reparou o dano que ele causou, antes que ele de qualquer maneira tenha sido contatado pela autoridade, em relação a esse delito.

A parte especial do código define em que casos o princípio incorporado no art. 114 se aplicaria. O art. 378 determinava, por exemplo que, no caso de furto, o delito não seria punível e que de fato o caso não seria investigado se o ladrão fizesse a reparação ou a restituição do que ele havia pego, assim é que não restaria nenhum dano nem ao lesado e nem a nenhum terceiro como conseqüência do delito. A liquidação do assunto pela plena compensação isentaria o réu da investigação e da pena, somente se o ladrão tivesse reparado o dano antes da atuação da polícia ou de uma autoridade judicial no caso. Isso não se aplicaria quando a reparação ou a restituição fosse só parcial, porém, nesse caso a penalidade seria atenuada.

Este princípio do Código Penal de 1834 também é aplicado no caso de fraude, apropriação indébita, etc. Tanto o modo como esta instituição do arrependimento ativo foi projetado, como a sua história legislativa nos mostram que há estreitas relações com a regulamentação austríaca. Não se deve esquecer que o Rei da Grécia, Otto, o Primeiro, era filho do Rei da Baviera e que os seus conselheiros, em sua maioria, eram do Sul da Alemanha.[17]

O atual Código Penal da Grécia, isto é, o Código de 1951, guardou esta instituição no art. 379, sem modificação material, no que se refere ao furto e à apropriação indébita. Neste código, também, esse princípio é estendido a outras ofensas, por exemplo, fraude, uso de veículo a motor sem habilitação, receptação de coisas furtadas, etc.[18]

Há regulamentações similares em outros sistemas legais. A lei portuguesa, por exemplo, possibilitava a isenção da punibilidade no art. 301, inc. 2 do Código Penal se a coisa furtada fosse restituída ou o dano fosse pago "antes de ser instaurado o procedimento criminal". Não obstante, isto era assim só se a coisa roubada fosse de "pequeno valor", se não a pena seria apenas reduzida. Contudo, este princípio se estendia a outros delitos, como alteração de marcos, burla (fraude), infidelidade (semelhante a *Untreue* del § 266 Código Penal alemão), auxílio material ao criminoso.[19] Porém, tinha um alcance menor do que na legislação grega e austríaca, porque a sua aplicação ficava a juízo do Juiz e se referia só a assuntos de pequeno valor.

O novo Código Penal português, de 15 de março de 1995, modificou substancialmente tais disposições. Não se refere mais ao valor do prejuízo causado, e dá validade à reparação efetuada até ao início da audiência de julgamento

(17) Veja a influência do Código Penal da Baviera de 1813 e os projetos bávaros de 1822, 1827 e 1831 no primeiro Código Penal do Reino da Grécia, o qual foi promulgado por Georg Ludwig von Maurer, veja: Telemachos G. Philippides, Der Einfluß der deutschen Strafrechtswissenschaft in Griechenland, ZStW 1958, p. 291 e ss. (295 e ss.). Estes projetos bávaros foram reeditados por Werner Schmidt (editor), Frankfurt 1988, em três volumes.

(18) Art. 384, 393, 395, 402, 404 parágrafo 6.º, 405 parágrafo 2.º do Código Penal Grego de 1951.

(19) Art. 312 n.º 4, 313 n.º 2, 315 n.º 3, 319 n.º 2, 330 do Código Penal Português.

em primeira instância. Porém, prevê só uma atenuante e não isenção da pena. Essa regulamentação é aplicável aos delitos de furto, abuso de confiança (apropriação indébita), delito de dano, alteração de marcos, burla (estelionato), infidelidade (a *Untreue* del § 266 Código Penal alemão) e abuso de cartão de garantia ou de crédito.[20]

No direito brasileiro o Arrependimento Posterior está previsto no art. 16 do Código Penal que determina que "nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços".

O direito penal brasileiro, também, prevê que em relação a certos delitos, não há punibilidade se o réu efetuar a reparação do dano.[21] Um desses casos, se pode encontrar no art. 143 do Código Penal, o qual isenta o réu de punibilidade, no caso de calúnia ou de difamação, se ele se retrata cabalmente antes da sentença. Um outro caso se encontra em alguns artigos do Código Penal no que concerne à apropriação indébita por funcionários públicos. Segundo o art. 312 n.º 3 do Código Penal, se o funcionário público concorreu culposamente para o crime de peculato praticado por outrem (peculato culposo),[22] extingue-se a punibilidade se se reparar o dano antes da sentença irrecorrível. Se a reparação é posterior à sentença transitada em julgado, então a punibilidade é diminuída reduzindo-se de metade a pena imposta ao réu.

O projeto de 1984 da Parte Especial do Código Penal brasileiro conserva estas regras sem modificações especiais.[23] A aplicação deste conceito foi ampliada por lei e por Súmulas do Supremo Tribunal Federal ao crime de contrabando ou descaminho, extinguindo a punibilidade pelo pagamento do tributo devido, sendo que a sua aplicação posteriormente foi restringida tanto pelo legislador como pelo julgador.[24]

Um outro exemplo de extinção da punibilidade em muitos países encontra-se em estatutos legais que determinam que a emissão de cheques sem fundos não será punida, se o cheque for pago num certo período de tempo antes de sua apresentação.[25] Isto, porém, é um assunto que depende muito da construção legal da natureza do cheque.

(20) Arts. 206, 209 inc. 3.º, 212 inc. 4.º, 213 inc. 3.º, 216 inc. 3.º, 217 inc. 4.º, 218 inc. 3.º, 219 inc. 5.º, 220 inc. 3.º, 221 inc. 5.º, 224 inc. 4.º, 225 inc. 6.º todos do Código Penal Português de 1995.

(21) Sobre isto veja: Kurt Madlener, A reparação do dano como medida de política criminal na Parte Especial do Código Penal, in: João Marcello de Araújo Jr. (editor), Livro-homenagem a Heleno Cláudio Fragoso, Rio de Janeiro 1992, págs. 377-396.

(22) Quanto às diversas formas pelas quais este delito pode ser cometido veja Paulo José da Costa Jr., Comentários ao Código Penal, Parte Especial, v. 3.º, São Paulo-1989.

(23) Arts. 148 e 322 n. 3.º do Anteprojeto do Código Penal, Parte Especial, Brasília 1984.

(24) Art. 18 Decreto-lei n.º 157 de 2 de fevereiro de 1967; Coleção das Leis, Atos Legislativos do Poder Executivo, 1967, v. 1, p. 177 e ss. (180). Súmula n.º 560 do Supremo Tribunal Federal, in: José Nunes Ferreira, Súmulas do Supremo Tribunal, 2.ª ed., São Paulo 1980, p. 319 e ss. A edição da Editora Atlas (Regimento Interno e Súmula do Supremo Tribunal Federal, São Paulo 1990) informa que a Súmula n.º 560 "Não tem mais aplicação" (p. 130).

(25) Por exemplo veja o art. 563 bis do Código Penal Espanhol (5 dias). No Direito Brasileiro a punição está determinada no art. 171 parágrafo 2.º n.º VI do Código Penal. Não se pune se o cheque for pago antes de que a denúncia seja oferecida; isto resulta da súmula n.º 554 do Supremo Tribunal Federal (Nunes Ferreira, O.s.c., nota n.º 25 supra, p. 314 e ss.). Veja, também, o projeto Italiano de 5 de outubro, de 1987 (L'Indice Penale 1988, p. 106 e ss.).

É interessante notar que as normas que prevêem a substituição de sanções penais pela reparação, geralmente só são aplicadas em certos tipos de danos. Este é o caso, como se viu, no Brasil, Grécia, Portugal e, também, na Áustria.[26]

5. A integração da reparação no sistema de sanções penais: A Escola Positiva na América Latina

A *Scuola Positiva* iniciada no século passado deu impulso a uma nova visão do problema da vítima no processo penal e na reparação do dano por ela sofrido. No *sistema razionale di penalitá* proposto por *Garofalo*, a reparação (*riparazione del danno*), está classificada como uma sanção penal independente tanto quanto a pena de morte, a de prisão, etc. Este sistema de reparações de *Garofalo* assume duas formas: de um lado pode ser a multa, que vai para o Estado, e de outro lado a indenização (*indennitá*) que se destina à vítima. Em lugar do pagamento em dinheiro (*pagamento di una somma* ou *rilascio di parte del salario*) pode ser, também, execução de trabalhos (*lavoro coatto senza carcerazione*).[27] De qualquer modo, a reparação à vítima não deve cobrir só o dano causado: de acordo com *Garofalo* ela deve ser *larga e superiore al danno ricevuto*.[28]

Ferri, também, considerou a obrigação do réu de reparar o dano causado como uma obrigação *essenzialmente e sempre di diritto pubblico*[29] e como uma sanção, quer dizer parte do sistema penal de sanções, respectivamente se fosse em forma de multa ou de compensação.

O Código Penal italiano de 1930, não aceitou esta idéia. O *Codice Penale* contém, nos arts. 185 a 198, determinações sobre a reparação do dano causado pelo delito. Estes dispositivos, entretanto, encontram-se sob o título "*delle sanzioni civili*". No segundo Título "*Delle pene*" (art. 17 e ss.) do Livro Primeiro, da Parte Geral do *Codice Penale*, a reparação do dano não é mencionada.

Isto não significa que a idéia do positivismo italiano não tenha sido útil. Ela teve certamente profunda influência no direito penal e processo penal da América Latina,[30] de lá até nossos dias, e em muitos lugares foi introduzida pelo legislador, às vezes seguindo-a de maneira estrita, como por exemplo no direito mexicano. O modelo legislativo do positivismo é muito interessante para a discussão hodierna da integração da reparação à vítima do crime dentro do processo penal: de acordo com o direito mexicano, a reparação não é somente de

(26) Veja Kurt Madlener, Die Wiedergutmachung im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: Albin Eser/Günther Kaiser/Kurt Madlener (Hrsg.): Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, Freiburg i. Br.: MPI 1992, (reimpressão), S. 18. Nota n.º 2 supra p. 9/42 (35 e ss.).

(27) Veja a descrição esquemática do sistema de Garofalo em Ferri, O.s.c. (note n.º 5 supra), p. 682/683.

(28) R. Garofalo, Criminologia, 2.ª ed., Torino 1891, p. 457 e ss., p. 115/493.

(29) Veja a explicação preliminar do projeto de 1921 da Commissão Real de Reforma das Leis Penais, que foi presidida por Ferri (Garofalo, também, foi um dos membros da Commissão); Ministerio della Giustizia, Relazione sul Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano, Libro I/Denkschrift und Vorentwurf zu einem italienischen Strafgesetzbuch, Livro I, Roma, 1921, p. 126/324. Veja também Fernand Collin, Enrico Ferri et l'Avant-projet de Code pénal italien de 1921, Bruxelles 1925, p. 175.

(30) Esta influência se iniciou rapidamente com as traduções, por exemplo, do livro de Garofalo "Indemnización a las víctimas del delito", traduzido por P. Dorado Montero (Madrid, sem indicação do ano de publicação) e do seu livro de Criminologia, traduzido por Julio de Mattos (São Paulo 1893).

interesse público, mas, também, é assunto de ordem pública,[31] e tem o caráter de uma sanção penal.[32]

O art. 29, parágrafo 1.º, do Código Penal Federal Mexicano de 1931 (*Código Penal para el Distrito Federal, CPDF*) reza o seguinte:

"La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del dano".

O legislador emprega aqui a noção de "sanção pecuniária", que compreende duas subnoções, a saber: a multa e a reparação do dano. Ambas subnoções estão situadas no mesmo plano.

O art. 34, CPDC, caracteriza a natureza legal da reparação inequivocadamente:

"La reparación tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público."

A reparação do dano causado pelo delito, conseqüentemente, tem o caráter de sanção penal. Porém, não é uma sanção penal privada: O legislador expressamente determina que a compensação é uma "pena pública". Como tal, o promotor público a requer de ofício contra o acusado, o que, aliás, está em conformidade com o que ensina a *Scuola Positiva*.[33]

Partindo deste conceito de reparação como uma sanção penal pública, seguem-se muitas conseqüências específicas. Uma é que o réu e o acusado não podem fazer um acordo quanto à reparação. Já que a reparação é uma sanção penal pública, o réu e a vítima não podem dispor de suas pretensões.[34] A vítima, também, não pode renunciar ao seu direito à compensação. Então, de acordo com o art. 35 parágrafo 3.º do CPDF, se ele não quiser aceitar a reparação, o valor correspondente será pago ao Tesouro Público. A obrigação de reparar é executada de acordo com o art. 37 do CPDF, como se fosse uma multa.

Este conceito de reparação como uma pena pública, nos possibilita expor, sem contradizer os princípios básicos do Direito Penal, que, de acordo com o art. 30, n.º III, CPDF, os servidores públicos têm que pagar em dobro os danos decorrentes dos delitos cometidos por eles contra o Estado no exercício de suas atribuições:[35] a reparação é uma sanção penal e pode por essa razão ser fixada acima do montante do dano causado. Danos múltiplos em matéria penal não são, de qualquer maneira, contrários à tradição jurídica hispano-mexicana: como pudemos ver (supra n.º 3) houve precedentes na imposição de danos múltiplos com sanção nas "Siete Partidas", o corpo legislativo espanhol do século XIII, o qual vigorou no México mesmo depois da independên-

(31) "La reparación no es sólo de interés público, sino de orden público" (Francisco Gonzáles de la Vega, El Código Penal Comentado, 8.ª ed., México 1987, p. 118).

(32) As idéias do positivismo influenciaram o Código Penal Federal Mexicano de 1929, o qual foi substituído em 1931 por um novo código que até agora está em vigor. Segundo Franco Sodi, não obstante, o autor do primeiro Código Penal Mexicano Federal, de 1871, Martínez de Castro, já considerou a reparação com um caráter penal (O.s.c. nota supra n.º 1, p. 40/41).

(33) Ferri, O.s.c. (nota supra n.º 5), p. 700. No Codice de Procedura Penale Italiano de 1930 (art. 105) e no de 1988 (art. 77 parágrafo 4) isto é a exceção. O Promotor Público espanhol (o fiscal), de outro lado, como o seu colega mexicano tem a obrigação de solicitar a reparação à vítima (art. 108 Ley de enjuiciamento criminal). O "Codice de Procedura Penale Italiano" de 1865 resolveu o problema de um modo tecnicamente diferente: o juíz que decide sobre a reparação *ancorché non si fosse costituito parte civile* (art. 569).

(34) Gonzáles de la Vega, O.s.c. (nota supra n.º 38), p. 119.

(35) Isto também se aplica aos participantes do delito (art. 212 parágrafo 2.º Código Penal para el Distrito Federal).

cia, no século XIX, como uma legislação subsidiária.[36]

Também, é digno de nota, tanto quanto concerne ao Direito mexicano, que a multa e a reparação estão inicialmente no mesmo plano, como subnoções da "sanção pecuniária". Mas, quando a multa ou a compensação tiverem que ser executadas, a reparação à vítima terá precedência. Isto, aliás, é também a regra em outros países da América Latina, por exemplo, no Brasil, já desde 1830.[37] E, também, o caso do Direito espanhol no art. 111 do Código Penal. A possibilidade de permitir-se o pagamento da multa em parcelas, caso o réu não tenha meios suficientes para o pagamento concomitante da multa ao Estado e da reparação à vítima, introduzida há poucos anos no Código de Processo Penal alemão (§ 459a, inc. 1.º, frase segunda) é fraca comparando-se com os dispositivos legais ibero-americanos.

O conceito positivista da multa e da reparação não é considerado antiquado no México. Mesmo os mais recentes códigos penais mexicanos seguem este conceito, por exemplo, os do Estado Guerrero (art. 34 e ss.), Sinaloa (art. 41) e Zacatecas (art. 25 e ss.), todos datados de 1986, o Código de Defesa Social do Estado de Yucatán (art. 33) e o Código Penal do Estado de Querétaro (art. 27), ambos de 1987.

Foram feitas algumas críticas a tal conceito,[38] que, no entanto, não prevaleceram.

A tradição positivista é de fato muito viva em toda a América Latina. O art. 53 do Projeto da Nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro de 1981 propunha a multa reparatória em favor da pessoa lesada. Ela seria fixada em dias-multa (reparatória). O número máximo de dias-multa (reparatória) corresponderia ao mesmo tanto do que o previsto para a fixação da multa (multa penitenciária) ou seja 360 dias-multa (art. 49 do projeto). O número de dias-multa a ser imposto deveria ser o resultado da soma a ser fixada pelo Juiz, para cada dia-multa, e do dano comprovado no procedimento penal. Esta proposta foi elaborada por uma comissão de juristas brasileiros eminentes (entre outros René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Miguel Reale Jr.), que, no entanto, não foi aceita pelo legislador.[39]

Encontramos, também, idéias positivistas no Código Penal Tipo para a América Latina, que foi elaborado durante o período de pós-guerra por penalistas de muitos países Latino-americanos. O Código Penal Modelo, determina no art. 93 § 2.º, que a obrigação de ressarcir faz parte da ordem pública.

Qualquer discussão quanto à integração da reparação à vítima no sistema do Direito Penal deveria levar em conta os esboços legislativos elaborados na América Latina com base no Positivismo Italiano.

(36) Sobre a importância das Siete Partidas no México veja Juan N. Rodriguez de San Miguel, Pandectas hispano-mexicanas, vol. 171, I, Mexico 1980.

(37) Art. 30 Código Criminal do Império do Brasil. O texto deste famoso código está reproduzido em: José Henrique Pierangelli, Códigos Penais do Brasil, Evolução Histórica, Bauru (São Paulo) 1980, p. 165/265.

(38) Veja por exemplo Niceto Alcala-Zamora y Castillo (Derecho procesal mexicano, v. II, 2.ª ed., México 1985, p. 542) que considera ser um erro a classificação da reparação como uma sanção penal. O único autor que ele cita a favor disso é um espanhol, Silva Melero, e ele próprio é de origem espanhola, e está no exílio desde a Guerra Civil Espanhola. Censuras dos autores mexicanos referem-se mais propriamente aos detalhes da regulamentação, do que aos princípios; veja por exemplo Franco Sodi, op. cit. (nota supra n.º 1), p. 40/41.

(39) Sobre este projeto e sobre a Nova Parte Geral veja Kurt Madlener/Silma M. Madlener, O.s.c. (Nota n.º 5).

6. O juízo da reparação no Processo Penal: o assim chamado Processo Adesivo

6.1 A lei de letra morta: o caso da Alemanha

O primeiro Código Penal para toda a Alemanha, a *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, tem alguns artigos sobre a reparação à vítima. Em conseqüência disso, formou-se o costume de requerer-se a reparação no processo penal. Com base nesta prática judicial desenvolveu-se o procedimento adesivo do direito comum (*gemeines Recht*) da Alemanha. *Mittermaier* o definiu como uma espécie de procedimento "pelo qual a pessoa que sofreu um dano causado por um delito participa no procedimento penal que se iniciou por causa desse delito, a fim de que apresente as suas reclamações cíveis.[40]

Este procedimento encontrava-se nas codificações de diversos Estados alemães até a metade do século XIX. Depois disso, ele foi progressivamente abolido. Quando no Império Alemão já se preparava um procedimento uniforme para todo o país, somente as leis processuais penais de Baden, Braunschweig, Hamburg, Lübeck, Sachsen e Türingen ainda previam o processo adesivo.[41]

O projeto de 1872 do Código de Processo Penal alemão possuía uma secção intitulada: "Sobre a adesão da vítima como requerente civil" ("Von dem Anschluß des Verletzten als Civilkläger", §§ 322-336).[42] De acordo com o § 332 a decisão sobre as pretensões civis no processo penal deveria ser tomada sem a participação de juízes leigos, ou seja, só por juízes profissionais. Além disso, a combinação de assuntos penais e pretensões civis terminaria com a interposição de recurso de apelação. Uma apelação contra a decisão concernente à reparação seria exigida exclusivamente pela lei processual civil (§§ 333, 334): seria um assunto puramente civil.

Porém, o Código de Processo Criminal do Império de 1.º de fevereiro de 1877,[43] não seguiu este modelo: o procedimento adesivo desapareceu com o advento deste Código.

De acordo com o Código de Processo Penal (*StPO*) do Império, a vítima poderia, entretanto, participar como assistente da acusação (*Nebenkläger*) ou como queixosa (*Privatkläger*), segundo os §§ 444-446 *StPO*, e faria a petição para obter uma espécie de multa compensatória (*Buße*) imposta ao réu. Se a *Buße* fosse determinada judicialmente e se fosse necessária a sua execução judicial, então segundo o § 495 *StPO*, se procederia de acordo com o Código de Processo Civil. A *Buße* efetivamente foi considerada como "uma reparação exclusivamente de direito civil",[44] a parte do procedimento dedicado à reparação como uma espécie de processo adesivo.[45] No entanto, só era possível requerer a concessão da *Buße*, no caso de alguns tipos de delitos (por exemplo insultos).

(40) C.J.A. Mittermaier, Das Deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichts-Gebrauch und Landes-Gesetzbücher und in geriauer Vergleichung mit den englischen und französischen Strafverfahren, v. II, 4.ª ed., Heidelberg 1846, p. 682.

(41) Peter Hill, Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs im Strafverfahren, Freiburger Dissertation bei Eduard Kern, Frankfurt 1935, p. III.

(42) Ver Motive zu dem Entwurf einer Deutschen Strafprozeß-Ordnung, Berlin 1872, p. 267 e ss.

(43) Reichsgesetzblatt 1877, p. 253/346.

(44) Ernst Heinrich Rosenfeld, Der Reichs-Strafprozeß, Berlin 1912, p. 308.

(45) Heinrich Gerland, Der deutsche Strafprozeß, Mannheim 1927, p. 458.

Só se admitiu de maneira geral que a vítima fosse compensada no curso do processo penal durante a Segunda Guerra Mundial e quando foram causadas muitas dificuldades à Administração da Justiça.[46] Isto foi incluído na terceira secção com o título "Reparação às Pessoas Lesadas", no Quinto Livro do Código de Processo Penal. A possibilidade de conceder a *Buße*, também, foi tratada nesta seção.[47]

No período de pós-guerra um grande número de leis eliminou as idéias nazistas da legislação e as consolidou depois que as três zonas de ocupação ocidentais (americana, francesa e inglesa) foram unificadas. A "Lei sobre o Restabelecimento da Unidade legal no campo da Organização dos Tribunais, Processo Penal e Custas Judiciais" de 12 de setembro de 1950, manteve a seção "Reparação ao lesado" ("Entschädigung des Verletzten") no Código de Processo Penal.[48] A tão extensa Lei de Introdução ao Código Penal de 2 de março de 1974 suprimiu o § 406d sobre a concessão da *Buße*.

A par disso, no entanto, a secção "Reparação ao lesado" permaneceu praticamente inalterada.[49]

O fato é que durante séculos o processo adesivo era corrente na prática; ele foi abolido pelo Código de Processo Civil do Império de 1877, por um período maior do que meio século, e depois foi reintroduzido na lei há mais de cinqüenta anos. No entanto, o restabelecimento pelo legislador não foi útil, pois, na prática do dia-a-dia dos tribunais, é muito pouco usado.

A razão desta abstinência parece ser em parte de natureza psicológica. Há, obviamente, resistência por parte daqueles que têm que tratar com o procedimento, quer dizer, pelos juízes, os quais na maioria são exclusivamente juízes criminais, e pelos promotores que, na Alemanha, geralmente não têm nada a ver com o direito civil, e, também, pelos advogados militantes.

No que se refere aos juízes e promotores, há uma portaria não muito favorável sobre a distribuição da carga de trabalho dentro dos tribunais e ofícios de persecução, que pode ter nisso, também, alguma importância. Efetivamente, a carga das causas dos juízes ou promotores não será aliviada, ao contrário, será aumentada porque, ao lado das decisões penais, têm que lidar, também, com os problema de reparação. Conseqüentemente, eles não estão muito desejosos em entrar nestas questões, que poderiam ser muito complicadas e um tanto difíceis de serem decididas por especialistas da área penal. No que se refere aos advogados militantes, poderíamos dizer que, também, há um ponto muito prático: os honorários advocatícios, que são fixados em lei, não levam muito em conta o fato de que dentro do procedimento penal a questão da reparação civil seja, também, decidida.[50]

Uma outra razão do quase desuso do processo adesivo pode ser que a secção do Código de Processo Criminal que o regula foi introduzida no Código pelo Governo nazista durante a guerra, embora o processo adesivo certamente não

(46) Terceiro Regulamento para a Simplificação da Justiça Criminal de 21 de maio de 1943, Reichsgesetzblatt 1943 I, p. 342/345. Veja: Heinrich Henkel, Das deutsche Strafverfahren, Hamburg 1943, p. 482 e ss.

(47) Art. 406 do StPO.

(48) Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts, Bundesgesetzblatt 1949/1950, p. 455 e ss. (498 e 499).

(49) Bundesgesetzblatt I 1974, p. 469 e ss. (513).

(50) Arts. 31 e 89 Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung. A Kostenrechtsänderungsgesetz 1994 melhorou a situação em algo.

deva ser considerado como sendo parte da ideologia nazista. O resultado líqüido, em qualquer grau, é que o procedimento adesivo é muito pouco usado.

Deveria ser dito, também, que o processo adesivo apresenta um certo número de dificuldades imanentes porque em conformidade com a sua estrutura, a mesma situação fática, o acontecimento histórico a ser julgado, que causou a lesão, tem que ser analisado dentro do processo penal, de um lado de acordo com os princípios do direito penal, do direito processual penal, e de outro lado, também, em conformidade com as normas de direito civil e processo civil, que em grande parte são muito diferentes. Conseqüentemente, é duvidoso saber se por acaso se superasse a resistência psicológica e outras ao processo adesivo, se isso o conduziria à uma prática exitosa.[51] Realmente, não parece que nos países, como por exemplo França, Itália e Espanha, em que a prática do procedimento adesivo tem sido ininterrupta praticamente durante séculos a reparação seja obtida através dele.[52]

6.2 Título judicial de tipo platônico: a tradição mediterrânea

Como foi dito antes, a vítima nunca foi marginalizada na mesma extensão, por exemplo no Direito espanhol, tanto com o foi no caso do Direito alemão. De acordo com o art. 108 da *Ley de Enjuiciamento Criminal* (*LECRIM*) de 1882, ainda em vigor, o promotor tem a obrigação de requerer *ex officio* a reparação à vítima. Oferecer uma denúncia ao tribunal significa para o promotor, também, ter que requerer o dano. Isto está em conformidade como art. 112 da *LECRIM*, mesmo que não haja declaração expressa a esse respeito na denúncia apresentada pelo promotor. Assim é que o legislador espera assegurar que em cada julgamento criminal haja uma decisão sobre a reparação à vítima, que será proferida se houver razão para fazê-lo.

O oferecimento da denúncia na justiça bloqueia, de acordo com o art. 114, *LECRIM*, em qualquer procedimento civil em matéria de reparação.[53] Um processo civil para se requerer a reparação não pode ser iniciado enquanto o assunto criminal não for decidido, e, se foi proposto antes do início da causa penal, terá que ser suspenso. Por conseguinte, é importante que a vítima ofereça o seu pedido no processo penal. Caso contrário ela terá, talvez, que esperar muitos anos até que consiga uma oportunidade para apresentá-lo a um foro cível e, por sua vez, também, esse processo pode durar muito tempo até que finalmente a vítima venha a obter, ou não, o pagamento da reparação.

Há outro aspecto do processo adesivo espanhol que também se encontra nos regulamentos sobre o processo adesivo de outros países, e que é muito problemático. Se no procedimento do juiz de instrução (*sumario*) houver *indicios de criminalidad*, então o juiz de instrução

(51) A opinião sobre isto está dividida na Alemanha. Veja: Kurt Madlener, Die Wiedergutmachung im spiegel der Rechtsvergleichung, in: Eser/ Kaiser/ Madlener, op. cit. (nota supra n.° 2), p. 21, nota n.° 38.

(52) Veja as indicações na nota de rodapé n.° 56.

(53) Art. 114 parágrafo 1.°, *LECRIM*: "Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; (...)". Veja, também, o Art. 44 Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985: "El orden jurisdicional penal es siempre preferente...". O art. 149 do Código de Processo Civil Alemão dá ao juiz civil somente a possibilidade de suspensão do procedimento se ele o considera apropriado. E o mesmo na legislação brasileira; veja o art. 64 Código de Processo Penal.

deve determinar *ex officio*, já que nesta fase do procedimento há o confisco de bens em conformidade com a legislação civil. Este confisco é para assegurar as responsabilidades pecuniárias contra o réu se ele for condenado. Estas são, de acordo com o art. 111 do Código Penal, as pretensões da reparação à vítima, as quais estão reguladas no art. 101 do Código Penal, bem como as custas judiciais e a multa. A fim de assegurar estas responsabilidades, o juiz determina que se preste uma fiança, que deve ao menos cobrir um terço do provável valor do pedido apurado contra o indiciado (art. 589, *LECRIM*). Se o réu não a prestar no mais tardar um dia depois da notificação da ordem judicial, então, segundo o art. 597 da *LECRIM*, se procederá à penhora dos bens do indiciado. De acordo com o art. 610, *LECRIM*, igualmente parte do salário do réu pode ser confiscada, atendo-se ao estipulado no art. 1.451 da *Ley de Enjuiciamento Civil*.

Segue-se disso que a abertura do processo (*procesamiento*) é extremamente importante, já que podem resultar certas conseqüências muito negativas contra o réu. Ele é, ainda, considerado inocente, e pode inclusive estar em liberdade, mas parte dos seus bens ou todos eles encontram-se bloqueados. Isto pode causar-lhe muitas dificuldades em seus negócios e à sua família, bem como em contratar os serviços profissionais de um advogado de defesa que lhe solicita o pagamento adiantado dos honorários.[54]

O procedimento adesivo é bastante complicado. Inúmeros artigos do Código de Processo Penal, isto é, do art. 100 a 117 e 589 a 621, do *LECRIM*, tratam sobre el "ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y faltas" e as "fianzas y embargos (...) para asegurar las responsabilidades pecuniárias."[55] Parte da complexidade é que não há só os confiscos contra o acusado, mas, também, contra terceiros, porque em certos casos criminais uma terceira parte é responsável pelo dano por alguma razão de direito civil.[56] Normas similares podem ser encontradas em muitos sistemas legais onde há um procedimento adesivo.

Há de perguntar-se se este tão complicado procedimento adesivo, que encontramos duma ou de outra maneira em muitos sistemas legais, conduz na prática à satisfação da reparação do dano sofrido pela vítima do delito. Infelizmente, são muito poucas as pesquisas empíricas sobre a eficiência do procedimento. Isto parece que dá ao lesado, de modo geral, de maneira simples e fácil, um título legal contra o réu. Mas, se a vítima realmente obtém a reparação, é uma questão aberta. Se acreditarmos no que os advogados militantes desses países nos contam e se considerarmos a estas poucas pesquisas sobre

(54) Na Itália o Estado tinha, até há pouco, de acordo com o art. 189 do *Codice Penale*, a hipoteca legal sobre os bens do acusado como condição para assegurar o pedido do lesado (como proposto por *Ferri*), multas, custas judiciais, e assim por diante. Esse artigo do *Codice Penale* foi revogado pelo art. 218 del D. Lgs. do 28 de julio 1989, n.º 271 "Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e regolamento per l'esecuzione". Veja, também, art. 316 e ss. *Codice Penale* "Misure cautelari reali".

(55) O novo Código de Processo Penal Modelo para a América Latina, também, dedica mais de vinte artigos sobre a "La reparación privada"; *Ministerio de Justicia* (ed.), Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica, Madrid 1990, p. 286 e ss., p. 400/403.

(56) Veja art. 615 a 621, LECRIM: "De la responsabilidad civil de terceras personas", e sobre isso Vicente Gimeno Sendra et al., Derecho procesal, vol. II, Proceso Penal, 3.ª ed., Valencia 1989, p. 181 e ss. (Víctor Moreno Catena) e p. 398 e ss. (Valentín Cortés Dominguez).

o assunto como representativas, então não emergirá muito desse procedimento, a favor da vítima, exceto o título legal.[57] Realmente, parece que, não são muitas as vezes em que a vítima consegue obter a reparação do dano.

Esse resultado, ou seja, que o processo adesivo realmente só dá à pessoa lesada um título legal geralmente sem valor, não é novo: *Garofalo* já falava sobre a *platonica azione di danni ed interessi*.[58] *Ferri* não era menos franco quando se referia à *platonica dichiriazione di condanna generica ai danni ed alle spese, contenuta proforma in ogni sentenza*.[59]

De fato na Itália, a prática corrente é que se houver um procedimento adesivo, o tribunal criminal só decidirá se a reparação deverá ser dada ou não, porém, não sobre o montante a ser pago. Conseqüentemente, este procedimento adesivo facilita à vítima a apresentação do seu pedido perante um tribunal civil, mas, isto não a poupa de ter que fazê-lo se quiser tentar obter a reparação.

Segundo o novo *Codice de Procedura Penale* de 1988, o juiz penal está apto a admitir o que se chama de *provisionale*, uma concessão provisória da petição, que será final e definitivamente fixada pelo juiz civil.[60] Na prática, isto é particularmente usado em casos de acidentes de trânsito, e é só esta nova legislação que conduziu a uma certa, mas até agora modesta, importância para o procedimento adesivo. A vítima, todavia, tem que se dirigir ao tribunal civil depois de terminar o processo penal, se quiser a completa indenização e não estiver satisfeita com a *provisionale*.

O novo *Codice di Procedura Penale* de 1988 regula nos arts. 74 a 88, o processo adesivo em detalhes, exatamente como no caso do *Codice di Procedura Penale* de 1930. Não obstante, há a tendência no novo código de que as petições da vítima de índole cível sejam julgadas por um juiz civil. O legislador tenta obter esse resultado para tornar procedimento mais rápido.[61]

Se observarmos as legislações que prevêem o processo adesivo e não só isso, mas que de fato se ocupam da vítima dentro do processo penal, temos que admitir que a efetividade deste procedimento é pelo menos duvidosa.

7. Uma idéia do século XVIII, volta à tona: os fundos de compensação

Há uma outra evolução que também se originou na Itália. Refiro-me aos fundos públicos para a reparação à vítima do delito. Tais fundos foram instituídos em muitos países no decurso

(57) Cifras dadas sobre a França por Renée Zaubermann (veja Kurt Madlener, O.s.c. nota supra n.º 56, p. 26, nota n.º 49) e sobre a Espanha por Antonio Beristain et al. (Estudio criminológico de sentencias en materia penal, Datos de las sentencias dictadas en San Sebastián en 1975, Juzgados de Instrucción y Audiencia Provincial, Madrid 1983, ps. 63, 94/96, 117/119), e por Pedro Larranaya Mugica (La indemnización en las víctimas del delito, un estudio basado en las sentencias dictadas en la Audiencia Provincial de Guipuzcoa durante el año 1986, em: Eguzkilore 1988, p. 139/224), são desapontadoras. Veja, também, Martine Mérigeau, Überblick über die neuen Wege einer opferbezogenen kriminalpolitik in Frankreich, em: Eser/ Kaiser/ Madlener, O.s.c. (nota supra n.º 2), p. 325/342.

(58) Riparazione alle vittime del delitto, Torino 1887, p. 10.

(59) O.s.c. (nota supra n.º 5), p. 699.

(60) Art. 489 parágrafo 2.º, 489 bis do CPP de 1930; arts. 539, 540 do CPP de 1988, em vigor desde 24 de outubro de 1989. Essa regulamentação baseia-se numa legislação suplementar ao *Codice di Procedura Penale* de 1930.

(61) Ennio Amodio, Das Modell des Anklageprozesses im neuen italienischen Strafverfahrensgesetz, ZStW 102 (1990), p. 171 e ss. (192).

de décadas passadas, com o fim de assegurar o pagamento da reparação à vítima se o réu não tivesse a possibilidade de efetuá-lo, ou ao menos não se pudesse executar a sua obrigação de pagar. Em geral, estes fundos são somente para indenizar vítimas de certos delitos (geralmente crimes de violência),[62] e o pagamento está a cargo do Estado. Nestes casos não há conseqüentemente a reparação pelo ofendido, mas sim pelo Estado.

No entanto, desde o século XVIII, estavam previstos fundos públicos na Itália, e mais recentemente foram desenhadas caixas de ressarcimento sob a influência do positivismo italiano, com outras características.

Um desses fundos é a *Caja de Resarcimiento de Cuba*. Este fundo é diferenciado de outros fundos à vítima, pois não substitui simplesmente o pagamento que não foi efetuado pelo réu, ao menos não de um modo geral: é tarefa do fundo de pagar à vítima e recobrar do réu a importância paga.

Este fundo foi introduzido na lei cubana pelo *Código de Defensa Social* (*CDS*), de 1936, arts. 121 a 126. Parece que essa é uma idéia que foi aproveitada da Escola Positiva, mas os positivistas a formularam com os precedentes dos velhos códigos penais italianos. Já o Código Penal Toscano, o *Codice Leopoldino* de 1786, assim intitulado depois de *Leopoldo, o Sábio*, definiu a criação de um fundo para a reparação no art. XLVI. O famoso penalista francês do século XIX *Bonneville de Marsangy*[63] recomendou este fundo do *Codice Leopoldino*. Houve, também, um fundo semelhante previsto no art. 35 do *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* de 1819, que foi chamado *Casse delle amende*. Certamente estas realizações estavam em conformidade com as teorias de *Bentham*.

A *Caja de Resarcimientos de Cuba*, do Código de Defesa Social, não só intervém se o réu for insolvente ou se os danos forem resultado de delitos dolosos contra a vida e a saúde. É uma agência governamental que sempre tem que pagar a reparação se a sentença penal impuser um certo pagamento. O seu papel é, por assim dizer, o de um intermediário entre o réu e a vítima. A *Caja* paga à vítima, com base na sentença proferida contra o réu a favor da vítima. Conseqüentemente, a vítima não tem que se aborrecer para tentar obter alguma coisa do réu. De outro lado, a *Caja* recobra do réu o montante pago.

A este propósito a *Caja* deveria, de acordo com os arts. 123, 125, *CDS*, requerer à vítima em seu próprio nome e poderia executar a sentença contra o réu. Se não fosse possível obter dele o pagamento, então ele, de acordo com o art. 125, letra E, *CDS*, teria que ser internado em um *establecimiento, taller o reclusorio criminal de labor*, para que trabalhasse dentro do estabelecimento, a fim de que satisfizesse a sua obrigação para com a *Caja* do que ele ganhasse com o seu trabalho. Se isto não fosse possível, o tribunal deveria determinar a prisão subsidiária (art. 125 letra F *CDS*). Esta prisão substitutiva não poderia ser de mais do que seis meses.[64]

A *Caja* deveria ser financiada, ou ao menos deveria ser financiada, quando foi criada, *inter alia*, através de multas e através do produto dos bens confis-

(62) Por exemplo veja Ulrike Weintraud, Staatliche Entschädigung für Opfer von Gewalttaten in Großbritannien und der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1980.

(63) De l'améloriation de la loi criminelle, Paris 1864, v. II, p. 310 e ss.

(64) O Art. 125 F CDS é algo surpreendente, porque *Ferri* pensou que aqueles que estivessem impossibilitados de pagar (gli insolvabili) deveriam ter só a obrigação de trabalhar. O.s.c. (nota supra n.º 5), p. 701.

cados,[65] e além disso por um numero de outros pagamentos, especialmente o pagamento da reparação pelos réus, na medida do que foi paga por eles, e naturalmente, também, através de subsídios do Tesouro Público.

O Código de Defesa Social permaneceu em vigor até 1978, portanto, até muito tempo depois da Revolução Cubana de 1959, quando então foi substituído pelo primeiro Código Penal da Revolução Cubana,[66] que manteve a *Caja* nos arts. 72 a 75.

As mudanças feitas pelo legislador não são, comparadas com o Código de Defesa Social de 1936, nada revolucionárias. Não há mais uma disposição permitindo que o réu seja compelido a trabalhar num estabelecimento, caso falte o pagamento. A *prisión subsidiaria* de acordo com o art. 22, inciso 3, do CP, só é admissível se ele se recusar a realizar atos que foram a ele impostos com o fim de reparar um dano não material (isto parece que se refere a apresentar justificação, ou retratação, etc.). Essa disposição permite uma prisão subsidiária de três a seis meses. A prisão nestes casos tem o caráter de uma medida coercitiva. Isto torna-se claro pelo fato de que o réu se livra solto tão logo ele satisfaça as suas obrigações. Se ele não pagar à *Caja* a soma a que está obrigado, aí só podem ser confiscadas as suas entradas (*sueldo, salário o cualquier otro ingreso económico*) conforme determina o art. 73, parágrafo 5.º, CP.

(65) Isto já era contido no art. XLVI do Código Leopoldino de 1786 e no art. 35 do Codice per la Regno delle Due Sicilie de 1819. Na Alemanha esta idéia era uma proposta de *lege ferenda* de Albin Eser (Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, Tübingen 1969, p. 116/118, e p. 381).

(66) Veja Kurt Madlener, Die Entwicklung des kubanischen Strafrechts nach der Revolution, in: Rafael Sevilla/ Clemens Rode (ed.), Kuba. Die isolierte Revolution, Bad Honnef 1993, págs. 278-303.

Nesse meio tempo, o primeiro Código Penal da Revolução Cubana foi substituído pelo novo Código Penal, o qual foi promulgado em 1987 e que entrou em vigor em 1988.[67] Este código manteve, também, a *Caja de Resarcimientos*. A reparação à vítima e à *Caja* são tratadas nos arts. 70 e 71 do novo Código Penal, com algumas poucas modificações quando comparadas com a legislação anterior.

Em virtude do art. 71, inc. 3, *in fine* CP, no caso de não pagamento da reparação, qualquer bem (*toda clase de bienes e derechos*) está sujeito a confisco na medida que isto for possível no procedimento civil. O código, também, admite *prisión subsidiaria*, porém, somente é concedida como aprisionamento coercitivo: o tribunal pode determinar a prisão subsidiária, só se o réu se recusar a cumprir com a obrigação que lhe foi imposta a fim de reparar o dano moral (art. 70, inc. 2, CP).

As autoridades cubanas insistem em que a *Caja* funciona muito bem na prática. A única dificuldade noticiada e que é mencionada, consiste no fato de que as corporações podem, também, requerer a reparação perante a *Caja*, e de acordo com o art. 71, inciso 1.º, CP, se iguala àquele que não sofreu o dano diretamente, mas só indiretamente pela infração (por exemplo, que pagou o dano e agora requisita a reversão do pagamento por ele efetuado). A opinião é que esta possibilidade das corporações de recobrar da *Caja* é supérflua, porque geralmente estão na posição de apresentar os seus pedidos diretamente. Parece, também, que esta possibilidade de apresentação dos pedidos pelas corporações à *Caja* conduz a um importante escoamento financeiro da *Caja*.

Uma outra mudança a ser observada no novo Código Penal é que as multas

(67) Gaceta Oficial de la Republica de Cuba, edição especial de 30 de dezembro de 1987.

já não são utilizadas para o financiamento da *Caja*, como era o caso conforme o art. 73, inc. 2 b, CP de 1978. É uma questão aberta se esta modificação faz as finanças da *Caja* consideravelmente mais difíceis ou não.

Caixas similares têm sido criadas nos sistemas legais de outros países latino-americanos, por exemplo na Bolívia[68] e no Peru.[69] Porém, elas intervêm só no caso de que o réu não tenha capacidade de pagar, e usualmente elas só pagam pelo dano sofrido em conseqüência de alguns danos específicos.[70] Uma instituição que tenha um certo total de competência em benefício da vítima do delito como a *Caja de Resarcimientos* da lei cubana, não parece existir em nenhum outro lugar. É lamentável que nesse ponto não haja sido feito até agora qualquer estudo empírico sobre o funcionamento da *Caja de Resarcimientos* cubana. Seria certamente altamente interessante estudar esta instituição, que vem funcionando há mais de meio século, para determinar-se o que se poderia adaptar a outros sistemas legais.

8. Conclusão

Há de fato um número de idéias interessantes de como a vítima pode ter mais chance para conseguir uma reparação ao dano por ela sofrido. Entretanto, tem que ser levado em conta que para a reforma legal é necessário, não ter somente teorias brilhantes, mas idéias práticas que funcionem. Aqui estão as dificuldades que têm que ser superadas. Há muitos conceitos teóricos que não funcionam nada ou defeituosamente. Nós vimos acima que o processo adesivo é um deles. Em muitos países, através dele, a vítima obtém um título judicial contra o réu, mas depois dificilmente o pode executar. O motivo disso é principalmente que o réu, muitas vezes, não tem nada com que pagar.

Há, também, de ser levado em conta que nos países industrializados, e mesmo em certo grau nos assim chamados países do Terceiro Mundo, as leis sobre a reparação pelo réu não são a coisa mais importante para a vítima. A Seguridade Social e os seguros privados se responsabilizam em muitos casos pelos danos sofridos pelas vítimas. O resultado líquido é que na maioria dos casos de danos causados por negligência não é o réu que paga indenização, mas um seguro, e mesmo em muitos casos de delitos intencionais pelo menos uma parte da reparação é paga pelos seguros ou por outras instituições.

Provavelmente a reparação poderia ser usada como um instrumento de política criminal só para um número relativamente pequeno de casos. Possivelmente estes casos são os mesmos que a *Scuola Positiva* considerava quando se requeria a reparação como *sanzione da*

(68) Art. 94 Código Penal Boliviano de 1973: *Caja de Reparaciones*.

(69) Arts. 47, 77, 403, 404 Código Penal Peruano de 1924: *Caja de indemnización a las victimas del delito*. Alcântara Machado propôs a organização de um fundo, tomando ese código peruano como modelo; veja o seu Anteprojeto da Parte Geral do Código Criminal Brasileiro, São Paulo 1938, p. XXIII. Sobre este projeto veja Kurt Madlener/ Silma M. Madlener, O.s.c. (nota n.º 5), p. 523/524. O Código Penal peruano de 1991 não mantém esta instituição; veja o n.º 3 das Disposições Finais e Transitórias desse código.

70. Assim, no direito brasileiro, a Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, instituiu em seu art. 13 um fundo aos quais se destinariam indenizações por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e qualquer outro interesse difuso ou coletivo. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990) também utiliza esses fundos (art. 100, parágrafo único). Veja Kurt Madlener/ Silma M. Madlener, O.s.c. (nota n.º 5), p. 346/347.

sostituirsi alla pena carceraria nei piccoli deliti commessi da delinquenti occasionali.[71] Atualmente, deveríamos pensar mais na possibilidade de aplicar a reparação como um substitutivo da pena de multa, pois que em muitos países, por exemplo na Alemanha, em um grande número de casos a multa já passou a ocupar o lugar da pena de prisão, que anteriormente se aplicava em casos de pequena criminalidade. Uma possibilidade seria que se introduzisse uma espécie de *sursis* para a pena de multa com a condição de que o réu sentenciado pague a reparação à vítima. Realmente é necessário que seja reconsiderada a relação entre a pena e a reparação, pelo menos nestes países como a Alemanha que em geral ainda dão preferência ao pagamento das multas do Tesouro, à reparação das vítimas.[72]

Ferri já viu as dificuldades que existiam no fato de que o réu freqüentemente não possui qualquer bem, e ele por essa razão sugeriu a *sostituire al risarcimento pecuniario l'obbligo del lavoro a favore del dannegiato, individuo o societá.*[73]

Problemas que nós encontramos no que se refere à reparação à vítima do crime são assim questões longamente assentadas e bem conhecidas. Muitas soluções interessantes que foram desenhadas desde o século XVIII na legislação italiana, no século XIX na Áustria, no Brasil e na Grécia e no século XX na legislação cubana, só para mencionar algumas, são tão importantes que justificam estudos mais aprofundados a respeito.

Não obstante deve ficar claro que qualquer esforço para introduzir uma idéia compreensiva de política criminal neste campo tem que ser precedida de uma decisão sobre o objetivo de tal política criminal. De um lado, há a vítima que em muitos casos está numa situação patética, já que ninguém se importa com o dano que ela sofreu. De outro lado, há o réu que tem que ser reintegrado na sociedade. Se colocarmos a reparação à vítima em primeiro lugar, então a reintegração do réu pode sofrer. Uma carga financeira que é muito pesada para ele pode conduzi-lo a reincidir. De outro lado, se só pequeninas reparações forem feitas à vítima que sofreu grandes danos, isto pode dar a impressão, além do mais, que se a ridiculariza pela pouca ajuda que lhe é prestada. Assim não é fácil reconciliar estes interesses tão contraditórios.

A solução pode ser encontrada em instituições similares à *Caja de Resarcimiento* cubana, que vem operando de maneira bem-sucedida desde 1936. Com certeza esta solução custa dinheiro, quer dizer o dinheiro do contribuinte. Mas valeria a pena pesquisar sobre esta solução de maneira mais detida: compensação plena à vítima paga por um fundo estatal, e compensação pelo réu segundo as suas possibilidades econômicas, revertendo ao fundo importância paga por eles. Uma vez, que já existem em alguns Estados instituições que têm a seu cargo determinados casos de reparação à vítima, uma ampliação cuidadosa deste sistema, levando em conta evidentemente as limitações do Tesouro Público, poderia ser uma solução prática do problema. O financiamento de tal fundo não deveria ser muito difícil se, entre outras coisas, o resultado das multas e da venda dos bens embargados fossem utilizados para isso.

71. Ferri, O.s.c. (nota supra n.º 5), p. 696.
72. Veja § 459a inc. 1.º StPO.
73. O.s.c. (nota supra n.º 5), p. 697. Nota na parte I.

2 — DOUTRINA INTERNACIONAL

CRÍTICA À IDÉIA DE "DIMINUIÇÃO DO RISCO" DE ROXIN*

PAULO DE SOUSA MENDES

Sumário: 1. Aspecto do problema — 2. Evolução da "teoria de imputação objetiva" — 3. Conspecto das modernas "teorias do risco" — 4. Explicação da idéia de "diminuição do risco" — 5. Apreciação geral da idéia de "diminuição do risco" — 6. Crítica interna à idéia de "diminuição do risco" — 7. Rejeição da idéia de "diminuição do risco" como critério material — 8. Conclusões.

1. Aspecto do problema

Ofereça-se um caso, pouco importa que seja real ou construído, que é sempre a melhor forma de apresentar um problema jusdogmático: A aponta um revólver à cabeça de B, visando provocar-lhe a morte através do disparo de um projétil; no derradeiro instante, um golpe no braço de A, desviando deste modo a trajectória da bala para um ombro da vítima, que assim é salva da morte.

Qual é o problema?

Não fazemos tenção de escalpelizar, *hic et nunc,* as questões conexas com a determinação da responsabilidade criminal de A. Sumariamente, convenhamos que esse agente responderá, como autor (singular imediato), por um crime de tentativa de homicídio, não importando agora saber qual o tipo de homicídio doloso aplicável, já porque o exemplo figurado não faculta, nem interessaria que facultasse, informação suficiente para a escolha dessa particular norma incriminadora. Tal tentativa, uma vez punível, prevaleceria sobre as ofensas corporais efectivamente provocadas. Esta é, *grosso modo,* a solução defendida pela maioria dos autores. Tal solução decorre da chamada "teoria da fase instrumental" ("*Durchgangstheorie*"), que se baseia no reconhecimento da *função instrumental* das ofensas corporais em relação ao homicídio, e consiste tão-só na aplicação das regras doutrinárias do concurso de normas.[1]

* Texto publicado, originalmente, no livro comemorativo do "*150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*". Lisboa: Ministério da Justiça, 1995.
No ensejo desta republicação, renovo os meus agradecimentos ao Dr. Manuel Cortes Rosa pela sua leitura crítica de uma versão preliminar deste texto.
Agradeço ainda ao Prof. Doutor Juarez Tavares a oportunidade concedida para a publicação deste trabalho no Brasil.

(1) Em verdade se diga que a própria caracterização em género e espécie da relação de concurso entre as ofensas corporais e o homicídio, mormente quando este se queda pela forma imperfeita da tentativa, não pode ser eliminada do inumerável conjunto de *quaestiones disputatae.* Todavia, não cabe aqui a discussão do problema. Há diversa bibliografia relacionada com o assunto embora lhe tenham sido dedicadas escassas monografias (para referências, cf. Maurach/Schröder/Maiwald, *Strafrecht, Besonderer Teil,* tomo I, 7.ª ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1988, p. 101).

No presente contexto, interessa-nos de sobremaneira cuidar da determinação da responsabilidade criminal de C.

À primeira vista, não seria problemático remir C. de qualquer responsabilidade na produção daquela concreta ofensa, pois, se ele resgatou a vítima da morte certa, repugnaria sequer ponderar a hipótese de poder vir a merecer uma pena por ter praticado uma acção louvável, quer objectiva quer subjectivamente.

Mas, ao contrário das aparências, temos aqui um problema. Na perspectiva da dogmática, a razão por que não deve ser punido aquele que actuou em salvamento da vítima não é evidente. De facto, ele mesmo causou, aliás dolosamente, ofensas corporais na vítima.

Em atenção à construção dogmática da infracção criminal, cabe perguntar qual a sede própria para resolver o problema vertente e que solução lhe dar, de jeito que possa identificar-se uma constelação unitária de casos, construída em função de uma linha de força precisa. De resto, as alternativas de inserção sistemática do problema resumem-se num dilema: falta de preenchimento do tipo objectivo ou justificação do facto?

Não há razão para nos precatarmos de esmiudar esta questão, porventura temendo que redunde em assunto platónico. Muito pelo contrário, seja porque há vantagem em desvendar as rotinas do nosso sentido de justiça primário seja porque casos deste género haverá em que as tais rotinas não sobejam para nos fazer surpreender uma solução justa que lhes convenha, é importante reflectir sobre o problema.

Uma tentativa de resolver *ex professo* estes casos, que merece ser analisada com destaque, foi protagonizada por Roxin. Para este autor, na medida em que a actuação de C. reduzira o risco já existente, não se consubstanciaria sequer no preenchimento do tipo das ofensas corporais. Portanto, a idéia de *diminuição do risco ("Risiko-verringerung")* funcionaria como *critério negativo de imputação objectiva* nos crimes materiais de resultado.

Questão prejudicial para a exploração da idéia de *diminuição do risco* é, porém, o entendimento da *teoria da imputação objectiva*. Sob pena de não se poder, doutro modo, compreender o alcance da discussão, segue-se o exame, necessariamente sinóptico, do desenvolvimento da teoria da imputação objectiva.

2. Evolução da "teoria da imputação objectiva"

Em inúmeras vezes interessa à valoração contida em variados tipos legais de crimes a realização de um evento distinto da conduta humana e dela separável no espaço e no tempo, exigindo-se a sua produção para considerar o crime como consumado. A doutrina reserva a designação de *crimes materiais* para estas infracções, acrescentando-lhes o rótulo de *crimes de resultado* no caso de comissão por acção (*stricto sensu*).[2]

Nestes crimes, entre a conduta antecedente e o evento lesivo subseqüente, o chamado *resultado típico*, tem de estabelecer-se uma certa relação objectiva, no mínimo uma *conexão de causalidade*.

Segundo a *teoria da equivalência das condições ("Bedingungstheorie")*, ainda hoje predominantemente aceite na ciência jurídica e na jurisprudência germânicas, causa seria qualquer condição sem a qual não se verificaria o resultado.

Todavia, a simples exigência de uma relação de causa-efeito (no sentido da teoria da equivalência das condições) é critério de apuramento da responsabili-

(2) Também são materiais os crimes omissivos impróprios ou impuros, mas não serão abordados no presente trabalho.

dade de malha muito larga, carecendo de restrições ainda em sede de subsunção do evento lesivo no tipo objectivo. Pois bem, entre essas restrições avulta a exigência de uma *relação de adequação* entre a acção e o resultado típico, por vezes impropriamente apelidada da relação de causalidade adequada.

A *teoria da adequação ("Adäquanztheorie")* foi inventada, quase findo o século passado, por um fisiólogo alemão, Johanes von Kries,[3] mas só adquiriu uma formulação aceitável com Traeger,[4] não obstante toda a controvérsia que ainda hoje rodeia a delimitação precisa da idéia que lhe subjaz. A economia da exposição não aconselha que derivemos pelos meandros desta questão, sendo suficiente referir que a teoria da adequação é, essencialmente, reconduzível a um juízo de *previsibilidade objectiva* (no momento da actuação) da ocorrência da lesão. Não sendo previsível a ocorrência da lesão, o sujeito agente, apesar de a ter causado (no sentido da teoria da equivalência das condições), não merece ser responsabilizado por uma conseqüência que não era susceptível de antevisão.

Inicialmente inserida na matéria da causalidade, a teoria da adequação só veio a conquistar, definitivamente, uma correcta inserção sistemática, desta feita como matéria de *imputação objectiva*, graças a Larenz.[5]

Por sua vez, foi Honig[6] quem, baseado no contributo de Larenz, carreou para a doutrina juspenalista recente tal conceito de imputação objectiva, com o inerente conteúdo.

A despeito da ampla aceitação que a idéia de adequação tem merecido, tem sido sobejamente declarado, mesmo pelos seus defensores, que a mesma não fornece orientações seguras para a resolução de casos concretos.

Designadamente, a idéia de adequação é problemática porque a possibilidade de atribuir, caso a caso, o evento lesivo ao sujeito agente, como obra sua, aumenta à proporção inversa da pormenorização dos factos. Vale o mesmo dizer que, quanto mais vaga for a descrição dos factos feita pelo julgador, tanto mais este poderá concluir que a ocorrência do evento lesivo era previsível no momento da prática da ação, a ponto de se poder dizer que qualquer resultado descrito num tipo legal de crime é sempre previsível, caso não seja tomado em consideração, minimamente, o contexto da sua ocorrência. Mas não é solução exigir do julgador que miudeie, *à outrance*, todos os aspectos factuais, porque, no limite da máxima concretização, tudo se torna imprevisível. Todavia, no espaço que medeia entre as estremas da máxima abstracção e da máxima concretização, cabe uma imensa graduação para a descrição dos factos. Ora, há capricho em demasia quando os resultados da aplicação do juízo de previsibilidade objectiva variam consoante o rigor que lhe é imposto, no tocante ao grau de concretização usado na descrição dos factos relevantes, e esse rigor apenas depende do critério do aplicador.

(3) *Apud* Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed. refundida, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, p. 256.

(4) Cf. Ludwig Traeger, *Der Kausalbegriff im Straf-und Zivilrecht*, 2.ª reimpr. da ed. de 1904, Marburg: Lippert & Co., 1929, p. 159.

(5) Cf. Karl Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung — Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der 'juristischen Kausalität'*, Leipzig: A. Deichertsche Verlagsbuchandlung Dr. Werner Scholl, 1927, *passim*.

(6) Cf. Richard Honig, "Kausalität und objektive Zurechnung", *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70, Geburtstag*, tomo I, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, p. 174/201.

Quem mais contribuiu para dar resposta cabal ao problema do grau de concretização dos factos relevantes para a formulação do juízo de previsibilidade objectiva foi Engisch.[7] Com efeito, este autor estabeleceu a destrinça entre *dois* juízos de previsibilidade, um *abstracto* e outro *concreto*. O primeiro juízo, que se cinge ao resultado na sua configuração típica (abstracta), serve, no caso de resposta afirmativa, para qualificar como proibida, permitindo que se faça a subsunção dessa conduta no tipo de crime de que se trata, ao menos na forma da tentativa. O segundo juízo, que atende já às circunstâncias concretas da verificação do resultado descrito no tipo de crime, permite, no caso de resposta afirmativa, concluir pela responsabilidade do agente por crime consumado.

Porventura poderá admitir-se que este problema do grau de concretização dos factos tenha encontrado solução, mas subsistem muitos outros aspectos prejudiciais ao bom rendimento da teoria da adequação.[8] No entanto, esta não é via que queiramos explorar. Antes interessa referir que, baseando-se na referida fluidez da teoria da adequação, há autores que defendem a necessidade de critérios adicionais, mais seguros, de imputação objectiva.

Surgiram então as chamadas "*modernas teorias da imputação objectiva*", desenvolvidas por vários autores, com destaque especial para Roxin[9] e Rudolphi,[10] e, entretanto, amplamente divulgadas na dogmática jurídico-penal germânica. Melhor seria denominá-las de *teorias do risco*, pois que é nele que agora se fincam os múltiplos critérios de imputação objectiva.

Segundo Roxin, nos crimes materiais de resultado interessaria descobrir se a conduta do agente criou um risco mensurável de lesão de um bem jurídico,[11] risco esse que se teria de concre-

(7) Cf. Karl Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin: Scientia Verlag, 1930, p. 74 e ss.; também, cf. *Die Kausalität als Merkmal der Strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen: J. C. B: Mohr (Paul Siebeck), 1931, p. 41 e ss.

(8) À parte as dificuldades inerentes ao desenho perfeito da teoria da adequação, convém ainda não deixar no esquecimento que há vozes que se opõem, radicalmente, à essência da adequação. De entre os detractores, ressalta Günther Jakobs (cf. *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1972, p. 89 ss.; também, cf. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechungslehre*, 2.ª ed. refundida, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1991, p. 7/29 e ss.).

(9) Os trabalhos essenciais de Claus Roxin, dedicados a este tema, são os seguintes: "Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten", *ZStW74* (1962), p. 411 e ss.; "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", *Festschrift für Richard M. Honig zum 80, Geburtstag*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1970, p. 133/150; "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten", *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70, Geburtstag*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1973, p. 241/259; *Die Zurechnung zum objektiven Tatbestand — Zur entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland*, texto da conferência proferida em Seul (cópia dactilografada),1985; *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992, p. 215/265.

(10) Cf. Hans-Joachim Rudolphi, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, vol. I, 5.ª ed. refundida, Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1990, antes do § 1.º n. m. 57 e ss.

(11) Cf. Claus Roxin, *Honig-Festschrift*, como na nota 9, p. 135.
Pela primeira vez, no Tratado (*Strafrecht, AT*, como na nota 9, § 11, n. m. 39), Roxin afirma que o *risco* se dirige contra o *objecto da acção ("Handhungsobjekt")* e não contra o próprio bem jurídico, se bem que não tenha tornado explícitas as suas razões para esta mudança de perspectiva. Somos de parecer que esta nova perspectiva

tizar no resultado lesivo para este poder ser imputado ao agente.

Roxin vai, pois, erguer esta dupla idéia de *criação* (averiguável *ex ante*) de um risco juridicamente relevante e *concretização* (averiguável *ex post*) desse risco no resultado, a qual já se encontra presente, embrionariamente, na teoria da adequação,[12] como ponto de partida para a sua teoria da imputação objectiva.

3. Conspecto das modernas "teorias do risco"

No contexto das chamadas modernas teorias da imputação objectiva, é conferido um papel diminuto à causalidade (no sentido da teoria da equivalência das condições), estando-lhe apenas reservada a função de *derradeiro limite indispensável* para a imputação,[13] e mesmo esse papel mínimo nem sempre foi devidamente realçado. Assim, se tomássemos como ponto de referência apenas os primeiros passos, encetados por Roxin,[14] em direção a uma teoria geral da imputação objectiva, ficaríamos certamente com a impressão de que o autor citado hesitava ainda com respeito à relevância que deveria ser atribuída à causalidade nos crimes materiais de resultado. Atente-se na seguinte passagem: "[o princípio do risco] poderia permitir, no domínio dos delitos de resultado, a elaboração de uma teoria geral da imputação *completamente desligada do dogma causal*".[15]

é, de facto, preferível. Na verdade, não se vê como poderia um risco dirigir-se contra um valor social ideal (bem jurídico), inatingível por excelência. Só pode atacar-se um *objecto concreto* que constitua o suporte corpóreo de um bem jurídico e, só nessa medida, se pode dizer que o ataque também se dirige, alegoricamente, contra o bem jurídico.

(12) Esta idéia fora já defendida por Karl Engisch, *Die Kausalität...*, como na nota 7, p. 67, n. 1; também, cf. Hans-Heinrich Jescheck, como na nota 3, p. 256.

(13) Cf. Claus Roxin: *Strafrecht, AT*, como na nota 9, § 11, n. m. 10.

(14) Cf. Claus Roxin, *Honig-Festschrift*, como na nota 9, p. 135.

(15) Cf. Claus Roxin, *ibidem* (itálicos nossos). Segundo Hans-Joachim Rudolphi (*Systematischer Kommentar, AT*, como na nota 10, antes do § 1, n. m. 38), Otto ter-se-ia destacado da opinião dominante, que exige a verificação de uma conexão causal para se poder imputar o resultado à conduta do agente, e teria proposto a substituição da causalidade por um princípio amplo de aumento do risco. Não cremos, contudo, que esta interpretação do pensamento de Otto seja correcta. É certo que Otto critica o "dogma da causalidade"; no entanto, se prefere exigir uma "*possibilidade* de evitar o resultado" a reclamar, simplesmente, uma conexão causal entre acção e resultado, não deixa de reconhecer que, "[...] com a imposição do dever de evitar determinados resultados, o legislador dirige-se, através da norma jurídica, directamente à *capacidade de a pessoa dirigir um acontecimento causal de forma determinada* [...]" (Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 3.ª ed. refundida, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1988, § 6, p. 67, sublinhados no original), nem deixa de acrescentar também que o resultado é devido ao incumprimento do *dever de evitar o resultado ("Erfolgsvermeidepflicht")* somente se o perigo criado ou ampliado em conseqüência da violação desse dever se *realizar* numa lesão do bem jurídico (cf. Harro Otto, *idem*, § 6, p. 68 e ss.). Portanto, para Otto, o dever de evitar o resultado estriba-se na causalidade.

Porém, já nos domínios da participação criminosa, mormente na teoria da cumplicidade, encontramos autores que, baseando-se na noção de risco, se opõem à opinião dominante segundo a qual o contributo do cúmplice deveria ser causal para o resultado lesivo concreto da ação principal. Assim, Schaffstein adaptou o princípio do aumento do risco ("Risikoerhöhungsprinzip") de Roxin a dogmática da cumplicidade: mas, onde este empregava o referido princípio como critério limitador da responsabilidade acrescido ao da causalidade, aquele aplica-o como único critério em

Os chamados modernos critérios de imputação objectiva foram sendo, paulatinamente, estruturados em torno de determinadas constelações de casos. No entanto, nota-se uma evolução no pensamento recente de Roxin, em ordem a imprimir organização a esses critérios, designadamente, derivando-os de duas idéias *estruturantes*,[16] uma com valor de *regra geral*, outra com valor de *excepção*.

a) Um resultado lesivo causado pelo sujeito agente só deve ser subsumido no tipo objectivo quando a conduta criou um perigo (=risco) não permitido para o objecto da acção e esse perigo se concretizou efectivamente:

b) Excepcionalmente, deve ser excluída a imputação objectiva quando o *alcance do tipo ("Reichweite des Tatbestandes")*[17] não abranger o género de perigo criado pelo sujeito agente nem as conseqüências dele derivadas.

Nenhuma destas idéias constitui, em sentido próprio, uma inovação dogmática.

Quanto à *regra geral*, tal como foi demonstrado pelo próprio Roxin, representa uma noção subentendida na teoria da adequação.

Quanto à *excepção*, representa uma nova inserção sistemática, agora em sede de imputação objectiva, da noção de *espírito da lei (ratio legis)*. Esta noção é, indispensavelmente, aplicável a *todos* os casos. De facto, por mais clara que seja a fonte, a tarefa do hermeneuta não se cinge, nem poderia alguma vez cingir-se, à simples redescrição do texto legal. Toda fonte procura transmitir um sentido (= norma), o qual só pode ser extraído e assimilado por *compreensão*, segundo as regra de interpretação e de descoberta da idéia fundamental que preside à regulamentação (*ratio legis*); mais fácil será também a sua aplicação ao caso. Obviamente, Roxin não se limita a aludir à necessidade de descobrir o espírito de cada regulamentação. O alerta para a teleologia imanente à lei serve, na sua aplicação a grupos especiais de casos, para a demonstração de que a regra geral necessita de uma *restrição* que a lei não formula. A excepção acima referida consiste, portanto, numa

substituição da causalidade. Daí que Schaffstein defenda soluções completamente diferentes das que nos aparecem na doutrina dominante em duas constelações de casos: por um lado, defende a existência de cumplicidade punível sempre que o contribuinte do auxiliador tiver aumentado o perigo de lesão do bem jurídico, mesmo que a sua contribuição não tivesse sido causal para o resultado do facto principal (por exemplo, empréstimo de uma arma de fogo que não chega a ser utilizada na execução do crime) (cf. Friedrich Schaffstein. "Die Risikoerhohung als objektive Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe", *Festschrift für Richard M. Honig zum 80, Geburtstag*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1970, p. 170); por outro lado recusa a existência de cumplicidade no caso inverso em que, apesar da causalidade do referido contributo, este não tivesse aumentado o risco de lesão do bem jurídico (casos em que um terceiro poderia ter facilitado uma acção que o próprio autor poderia ter realizado sozinho) (*idem*, p. 182). Segundo Schaffstein, quando a simples facilitação da acção do autor não tivesse aumentado as possibilidades de verificação do resultado, a punição só encontraria explicação num sistema de *direito penal da atitude interior (ibidem)*.

(16) Cf. Claus Roxin, *Strafrecht, AT*, como na nota 9, § 11, n.s ms. 39 e 90.

(17) Em trabalhos anteriores, Roxin preferira o emprego da expressão *fim de protecção da norma ("Schutzzweck der Norm")* àquela agora utilizada. A nova expressão tem o mérito de impedir que se confunda o conceito de *fim de protecção de cada norma incriminadora*, agora visado, com o conceito de *fim de protecção da(s) diversa(s) norma(s) de diligência*.

aplicação da idéia de *redução teleológica*, procedimento pelo qual se aduz o âmbito de aplicação demasiado amplo da regra contida na fonte, em ordem a respeitar o fim ou o contexto significativo da lei.[18] A aplicação do procedimento de redução teleológica facultará, sem dúvida, a possibilidade de solucionar inúmeros grupos de *casos difíceis*.

Agora a partir destas idéias básicas, Roxin retorna à indicação de múltiplos critérios, especialmente orientados para a solução de variadas constelações de casos.

Mas será que, com este ensaio de construção de um *sistema* de imputação objectiva, Roxin consegue apartar a crítica, que pode fazer-se-lhe,[19] de que teria concebido os múltiplos critérios de imputação objectiva de forma *problemática*, tão ao gosto do raciocínio tópico-retórico, revelando afinal falta de homogeneidade interna na edificação da própria teoria?

Convenhamos que, anteriormente, o procedimento de Roxin nesta matéria redundava numa desesperante casuística. Com efeito, dava aparência de fazer depender a solução diferenciada dos casos de puras intuições de política criminal, gerando assim, por via indutiva, uma plêiade de situações prototípicas, a cada uma das quais apunha o rótulo de um critério. Suposto que a preferência por argumentos de política criminal fosse (seja) sinal de fina sensibilidade jurídica, tal modo de raciocinar lançava-nos, contudo, a inquietação de podermos ficar com uma porção de critérios avulsos, cuja manipulação roçava a arbitrariedade. Esta sensação de relativa liberdade na escolha dos critérios aplicáveis a cada situação, contanto que a solução aprouvesse aos desígnios de política criminal, quais verdadeiros arcanos da argumentação, decorria não tanto de possíveis redundâncias entre eles mas, fundamentalmente, da sua aglomeração sem égide de qualquer directriz com dignidade material. Por vezes, só mesmo o recurso a uma qualquer mnemotecnia permitiria operar a subsunção do caso concreto no critério que lhe conviria.

Todavia, não fica provado que tais critérios de imputação objectiva sejam agora corolários daquelas idéias estruturantes, referidas *supra*, quer porque não decorrem, lógica e naturalmente, do *soi-disant* "princípio do risco", quer porque nem sequer é trivial demonstrar que a tal princípio pertença a necessária dignidade material.

Mas não nos seria possível, sem sermos prosaicos, ceifar à foice larga todos aqueles critérios de imputação objectiva, nem isso caberia nos objectivos deste trabalho. Ao cabo e ao resto, apenas nos interessa a fórmula da *diminuição do risco* para análise de pormenor.

4. Explicação da idéia de "diminuição do risco"

Segundo a fórmula da *diminuição do risco*, deveria recusar-se a imputação objectiva quando um agente tivesse modificado um processo causal de modo a atenuar uma situação preexistente de perigo para o objecto da acção, quer esse perigo preexistente adviesse a uma acção de terceiro ou de um acontecimento fortuito.

(18) Cf. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do Direito*, [trad. de J. de Souza e Brito e J. A. Veloso da 2.ª ed. (1969) do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*], Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1978, p. 450/457. Sobre o mesmo tópico, com alterações de forma mas não de conteúdo essencial, cf. do mesmo autor, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ª ed. [trad. de José Lamego da 5.ª ed. revista (1983) do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*], Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 473/480.

(19) Seguindo a nossa crítica, cf. Margarita Martinez Escamilla, *La imputación objectiva del resultado*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992, p. 172.

Para ilustrar o seu pensamento, Roxin constrói alguns casos, dentre os quais já respigámos um, no começo. Recapitulando: A aponta um revólver à cabeça de B, visando dar-lhe a morte com um tiro; C, presenciando o perigo, golpeia o braço de A, desviando assim a direcção do disparo para um ombro da vítima.[20] Neste caso, a actuação de C, segundo a teoria da equivalência das condições, teria sido causal para a lesão do corpo (ombro) do ofendido; por outro lado, recorrendo a qualquer uma das fórmulas da teoria da adequação, também se concluiria, forçosamente, que aquela ofensa era previsível e, portanto, objectivamente imputável a C. Segundo as doutrinas tradicionais, a solução do problema seria então diferida para momento posterior da avaliação da responsabilidade de C, procedendo-se, com certeza, a uma isenção de responsabilidade com fundamento na verificação de uma causa de justificação.[21] Para Roxin, porém, na medida em que a actuação de C reduziria o risco já existente, não haveria sequer realização de uma acção típica de ofensas corporais.

Para referir outro exemplo, também não se consideraria como acção típica de homicídio a actuação do médico que, respeitando as *leges artis*, não conseguisse salvar a vida do moribundo, mas conseguisse prolongá-la por alguns dias, ainda que neste caso, tal como no anterior, se pudesse afirmar que o médico causara aquela morte concreta (no sentido da teoria da equivalência das condições) e que a mesma fora previsível.[22]

[20] Cf. Claus Roxin, *Strafrecht, AT*, como na nota 9, § 11, n.s ms. 43/44.

[21] Quanto à justificação da ofensa corporal realizada por C sobre B, poder-se-ia considerar, como hipótese de trabalho, ter havido estado de necessidade justificante, nos termos do art. 34.º C.P. (no direito alemão: "*rechtfertigender Notstand*", § 34 StGB; antes da entrada em vigor, em 2 de janeiro de 1975, do novo texto do *Strafgesetzbuch* de 1871, a jurisprudência alemã construíra a figura de um estado de necessidade supra-legal — sentença do *Reichsgericht* de 11 de março de 1927 — socorrendo-se de um longo desenvolvimento doutrinário começado por Binding).
No entanto, é discutível que o estado de necessidade justificante tenha aplicação ao caso acima referido, tanto mais que domina na doutrina a opinião de que este comporta apenas a lesão de interesses jurídicos não envolvidos na situação de perigo que é suposto esconjurar. No caso vertente, a salvaguarda da vida do ofendido foi conseguida à custa da lesão da sua integridade física. Por isso, parecer-nos-ia mais correcto fundamentar a exclusão da ilicitude do comportamento de C com base no consentimento presumido (no direito português: art. 39.º C.P.).
Esta causa de justificação do facto não se encontra regulada no StGB. Por isso, mantém-se viva a controvérsia na doutrina alemã acerca da questão de saber se o consentimento presumido deve revestir-se de uma eficácia autónoma como causa de justificação ou se deve ser apenas considerado como uma variante do estado de necessidade justificante. No entanto, ganha terreno a tese que defende que o consentimento presumido deve ser reconhecido como causa de justificação autónoma, mesmo sem consagração legal (neste sentido, cf. Claus Roxin, "Über die mutmaßliche Einwilligung", *Festschrif für Hans Welzel zum 70, Geburtstag*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1974, p. 447/475, em especial p. 448).
Por outro lado, se se pudesse falar, neste caso, de ofensa corporal praticada por C sobre A (golpe no braço), outra causa de justificação entraria em jogo, a saber: a legítima defesa pessoal de terceiro. Há quem sustente que os actos de pura defesa praticados pelo defendente não devem assumir, regra geral, relevância típica (neste sentido, cf. Maurach/Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 1, 5.ª ed., Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1977, p. 383). Ainda que pudéssemos concordar com tal tese, não cremos que, no caso vertente, o golpe no braço do agressor valha como pura defesa.

[22] Cf. Claus Roxin, *Strafrecht, AT*, como na nota 9, *ibidem*.

Seguindo ainda o pensamento deste autor, os casos acima referidos deveriam ser distinguidos daqueles em que o agente não diminui um risco anterior, mas substitui o risco já existente por um outro diferente, cuja realização acaba por se traduzir num resultado menos nocivo do que aquele que era pressuposto no perigo original. Por exemplo, seria o caso em que alguém lança uma criança pela janela de uma casa em chamas, causando-lhe ferimentos consideráveis, mas salvando-a de morrer queimada; também o caso em que alguém priva outra pessoa da sua liberdade, porque, naquelas circunstâncias, não tinha outro meio disponível para a salvaguardar de um rapto iminente. Em ambas as situações o agente teria realizado acções típicas, mas ambos os factos estariam justificados através do consentimento presumido ou do estado de necessidade justificante.[23]

Roxin afirma, pois, que o critério da diminuição do risco só deverá ter aplicação nos casos em que o contributo causal de um agente tiver apenas modificado um risco preexistente, mas nunca nos casos em que a acção causal de um agente tiver substituído um risco por outro de sua autoria.[24] Com esta delimitação, Roxin parece querer dizer que o critério da diminuição do risco só valeria nos casos em que a acção que, supostamente, reduziu o risco preexistente tivesse concorrido causalmente com outras condições de um processo causal preexistente, embora diverso porque tendente para um evento lesivo mais gravoso, ou seja, nos casos ditos de concorrência efectiva de causas.

Roxin, no entanto, não nos fornece quaisquer indicações acerca do método utilizável para distinguir entre a simples *modificação* do mesmo perigo e a *substituição* de um perigo por outro reconhecendo mesmo a dificuldade prática de proceder a tal destrinça em casos isolados.

Modificação do risco (ou do perigo), por um lado, e substituição do risco (ou do perigo), por outro, poderão parecer, à primeira vista, noções independentes daquele outro critério que distingue entre modificação e substituição de processos causais. No entanto, não se descortina de que modo o risco poderia valer como uma entidade independente do processo causal que lhe dá substância. Portanto, em última análise, a possibilidade de distinguir entre a modificação do risco e a substituição de um risco por outro dependerá, inexoravelmente, dos mesmos termos em que se apoia a distinção entre modificação e substituição de processos causais. Se nada tivermos a opor à destrinça entre modificação e substituição da causalidade, tão-pouco havemos de contestar a distinção entre modificação e substituição do risco.

5. Apreciação geral da idéia de "diminuição do risco"

Pode dizer-se do critério da diminuição do risco que é *relativo,* porquanto acarreta, na sua aplicação, a necessidade de um cotejo entre a *situação real* e o *rumo hipotético* que os acontecimentos teriam tomado, se abstraíssemos *in mente* da intervenção do sujeito agente. Agora, considerando os casos de diminuição do

(23) Ibidem.

(24) Na verdade, no trabalhos anteriores ao Tratado, não era claro que Roxin viabilizasse a referida distinção entra *modificação* e *substituição* do risco, embora os casos exemplares escolhidos pudessem alimentar essa suspeita. Esta falta de explicitação do referido critério de imputação objectiva foi, aliás, objecto de referência crítica por parte de Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1972, p. 45. Todavia, no Tratado, Roxin confirma, com clareza, a aludida distinção.

risco apresentados pelo próprio Roxin, vemos que a comparação entre o rumo efectivo e o rumo hipotético dos acontecimentos só lhe permite concluir que, graças à intervenção do agente, neles tenha havido uma mitigação do próprio risco quando no final tiver ocorrido também uma *mitigação da gravidade da lesão* ou, pelo menos, uma *postergação da sua ocorrência*. Portanto, sob a designação enganosa de diminuição do risco, que deveria ser verificada *ex ante* (*i.e.*, considerando o momento da acção), o que se procura é averiguar, numa perspectiva *ex post* (*i.e.*, considerando o momento do resultado), se o perigo preexistente propendia, *de facto*, para a consumação de um evento juspenalmente mais grave do que aquele que se realizou efetivamente ou, então, se esse perigo tendia para a produção antecipada de um evento da mesma gravidade, o que também não é, convenhamos, juspenalmente irrelevante. Todavia, nada garante que uma acção *aparentemente* redutora do risco não venha por fim produzir, comparativamente, uma lesão de igual ou maior gravidade do que aquela para que parecia apontar o risco inicial. Mas Roxin não parece estar ciente disso, e esta é uma primeira crítica que lhe podemos endereçar. E é uma crítica tanto mais grave quanto, na realidade, a tomada de consciência daquilo que está em jogo obrigaria a procurar outra fundamentação para a exclusão da imputação objectiva nestes casos, se porventura se continuasse a pretender ser essa a solução que lhes convinha. Em última análise, a diminuição do risco (*ex ante*) somente valeria como critério negativo de imputação objectiva quando encontrasse tradução prática (*ex post*) numa lesão menos gravosa (*lato sensu*) do que aquela que teria ocorrido sem a intervenção do sujeito agente, cuja acção modificou um processo causal em curso. Portanto, o critério decisivo não é a diminuição do risco mas a *menor gravidade da lesão (lato sensu)*.

6. Crítica interna à idéia de "diminuição do risco"

Fundamental é, agora, apreciar a capacidade de rendimento do critério da diminuição do risco proposto por Roxin dentro dos limites em que este autor defende a sua aplicação. No aglomerado de casos de diminuição do risco construídos por Roxin, fere a vista de um leitor atento à persistência — que não é mera coincidência — de outro denominador comum para além daquele que expressamente justificaria o seu agrupamento. Em todos os casos referidos, a suposta diminuição do risco (que só é observável *ex post*) é conseguida através de uma *acção de salvamento* não apenas fortuita, mas intencional. Mas, se o critério tiver a pretensão de valer para todos os casos de mitigação da gravidade de sucessos danosos, haverá que testá-lo noutros casos em que a dita diminuição do risco também esteja presente, mas que não constituam acções de salvamento. Se este último aspecto não for um puro elemento acidental nos casos referidos até agora; se for, pelo contrário, um elemento fixo para a atribuição de relevância à aludida diminuição do risco no sentido de negar a imputação objectiva, então transforma-se no fulcro dissimulado do próprio critério.

Num dos exemplos de Roxin, se um médico tivesse prolongado por vários dias a vida insalvável do paciente, então teria diminuído o risco de morte, não devendo esta ser-lhe imputada. Roxin parece, portanto, perfilhar a opinião de que a modificação benéfica do risco de morte se realiza já com o adiamento da morte.[25]

[25] O entendimento semântico-axiológico do verbo *matar* como *encurtamento da vida* de

Esta opinião é, por certo, contestável, mas dado que se trata de uma interpretação que o próprio Roxin faz do seu princípio da diminuição do risco, vamos tomá-la como ponto de partida para a construção de um exemplo: A aponta um revólver à cabeça de B, porém, antes de disparar o tiro mortal, um terceiro, C, sugere-lhe que atire sobre o estômago, para assim prolongar a agonia e aumentar o sofrimento da vítima. Considerando os factos, sempre se poderá afirmar que a vítima ganhou (?) algumas horas de vida, graças à intervenção de C.

Segundo a opinião tradicional, teríamos aqui uma instigação à prática de um crime mais grave (homicídio qualificado).[26] Esta posição não defronta, neste caso, quaisquer dificuldades: o conselho do instigador reflectiu-se na execução do facto típico pelo autor, tendo mesmo constituído um motivo para a prática do crime mais grave. Não nos demoraremos, pois, na explicação desta solução.

Será que o critério da diminuição do risco, coerentemente aplicado, levaria à mesma conclusão? Posto existir uma relação de concurso aparente entre o homicídio qualificado e o homicídio simples, mormente uma relação de especialidade (o homicídio qualificado incorpora todos os elementos caracterizadores do homicídio simples, todavia contém circunstâncias agravantes qualificativas especiais), então, para haver lugar à qualificação, também todos os elementos caracterizadores do tipo fundamental terão de estar presentes. Ora, tendo Roxin defendido que o adiamento do evento lesivo, nos casos em que o agente modifica um processo causal em curso, comporta já uma mitigação do risco, na situação vertente não só não haveria instigação à prática de um crime mais grave, como nem sequer haveria responsabilidade penal de C na realização do homicídio consumado. A esta conclusão, Roxin não poderia opor o argumento de que este não seria um caso de modificação do risco preexistente, mas antes de um caso de substituição de risco. De facto, procurámos construir um exemplo semelhante na sua estrutura ao primeiro dos casos referidos por Roxin. Também no nosso exemplo já havia um processo causal em curso (neste caso, um começo de tentativa), tendo C conseguido, através do seu conselho, alterar apenas a direção do disparo.[27] Restaria ainda a possibilidade de punir C por omissão de socorro,[28] se se conseguisse fundamentar a opinião de que não teria prestado o auxílio que estaria ao seu alcance. Mas, neste contexto, sem considerar quaisquer objecções, esta solução de recurso seria inaceitável.

Se construímos este exemplo foi porque quisemos partir de um caso semelhante àquele que foi citado por Roxin para ilustrar o critério da diminuição do risco. Mas é, seguramente, possível construir outras situações do mesmo género, que não envolvam problemas de participação criminosa.

uma pessoa encontra-se, curiosamente, bastante difundido na doutrina alemã (neste sentido, cf. Erich Samson, como na nota 24, p. 97 e s.; também, cf. Armin Kaufmann, "Objektive Zurechnung' beim Vorsatzdelikt?", *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70, Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 254/255).

(26) Nos termos do art. 132, n. 1 e n. 2, alínea b), C.P. (no direito alemão: § 211 StGB).

(27) Roxin poderia opor o argumento de que o seu critério da diminuição do risco só deveria valer para os casos de autoria singular, nunca para os casos de co-autoria ou de participação criminosa. Todavia, sendo certo que o referido autor não testou a validade daquele critério à margem dos casos de autoria singular, não vemos que pudesse aventar e fundamentar tal objecção.

(28) Nos termos do art. 219, n. 1, C.P. (no direito alemão: "*unterlassene Hilfeleistung*", § 323 c. StGB).

Já secundamos a opinião de Roxin de que não realiza uma acção típica de homicídio o médico que prolongar, precariamente, a vida do paciente, insalvável com os meios que a ciência médica possui no estado actual, ainda que se possa dizer que a intervenção médica causou (segundo a teoria da equivalência) a morte retardada. Mas esta concordância pontual não advém do reconhecimento do mérito do critério da diminuição do risco. Defenderíamos a mesma solução em casos nos quais a intervenção médica poderia constituir um acréscimo de risco, reconhecível *ex ante*, para a vida ou para a integridade física do paciente, sendo apesar disso aconselhável de um ponto de vista clínico, sem prejuízo de esse risco se vir mesmo a realizar *ex post*.

Por hipótese, pensemos numa situação cardíaca extremamente grave, que levaria à morte em poucos meses se não se recorresse a uma transplantação. É sabido que, mesmo realizando todos os testes de compatibilidade entre os soros do dador involuntário e do receptor, mesmo empregando a mais eficaz das chamadas drogas imuno-supressoras (a ciclosporina), o risco de episódios de rejeição do novo órgão — em princípio, o organismo reage contra todos os corpos estranhos — e de infecções é particularmente elevado nos dias subseqüentes à transplantação. Pode, portanto, concluir-se que uma tal operação aumenta o risco de morte no prazo imediato, ainda que crie expectativas de vida a médio prazo que, de outra forma, seriam impensáveis. Mesmo se esse risco se realizasse numa eventual antecipação da morte, provocada pela rejeição do transplante, nem por isso poderia falar-se de uma acção típica de homicídio. Trata-se aqui de uma aplicação da idéia de *adequação social,* desenvolvida por Welzel. Com efeito, a essência dos tipos penais reflecte um juízo valorativo de cunho vincadamente social e histórico acerca de condutas que são insuportáveis para a manutenção da vida social ordenada.[29] Pelo contrário, o exercício correcto da medicina é, desde sempre, um dos pilares da vida social.[30] Ou, se se preferir, trata-se de uma aplicação da idéia de *risco permitido*.

7. Rejeição da idéia de "diminuição do risco" como critério material

Estamos, finalmente, em condições de formular um juízo global sobre o critério da diminuição do risco.

Incorreríamos em desonestidade intelectual se pretendêssemos afirmar que à idéia de diminuição do risco nunca poderia caber uma delimitação correcta, de molde a poder expurgar do seu seio situações tais como o "caso do tiro no estômago". Neste tocante, é suficiente proceder com cautela, tentando definir, com outro rigor, o âmbito da diminuição do risco. Provavelmente, a percepção fiel da diminuição do risco só se torna possível *no concreto*, porque não pode prescindir de uma *avaliação material* do objecto da acção no estado de repouso seqüente à concretização da lesão, por comparação com a situação hipotética em que o mesmo se encontraria, caso não tivesse havido a intervenção estranha ao processo causal em curso. No entanto, porque essa avaliação só releva *ex post*, deveria reconhecer-se que a dita comparação de riscos traduz-se, afinal, numa comparação de resultados.

Vistas as coisas por este prisma, vamos então assentar em que a discus-

(29) Cf. Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht, Eine Systematische Darstelhing*, 11.ª ed., Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1969, p. 55 e ss.

(30) Entre nós, o problema não apresenta dificuldades, graças ao contratipo previsto no art. 150.º, n. 1, C.P.. Diferentemente, no direito germântico não encontramos nenhuma previsão normativa de teor semelhante.

são tem a sua razão de ser limitada às acções que concorram para o salvamento, ainda que incompleto, do objecto da acção.

Há, fundamentalmente, *quatro* grupos de casos diferentes em que poderia ter sentido debater a eventual vantagem do critério da diminuição do risco no confronto com as posturas tradicionais. São os seguintes:

a) Em primeiro lugar, quando a intervenção salvadora de terceiro modifica uma cadeia causal orientada por outrem, mas, considerando as circunstâncias do caso, só consegue ter uma *eficácia relativa.* Isto é, o sucesso do salvamento implica a realização de uma ofensa de menor gravidade no mesmo objecto da acção.[31]

A lesão provocada é, portanto, *necessária* para evitar a outra. Os casos citados por Roxin cabem sempre neste grupo, mas, dado o cenário de uma causa de justificação inevitavelmente presente, o critério da diminuição do risco não apresenta aqui interesse prático. Além de que, se abrangesse só estas situações, significaria o seguinte: quando o agente, através de uma interferência no processo causal, diminui mas não evita o risco de lesão do objecto da acção, se a sua acção estiver justificada, então não é sequer uma acção típica. O paradoxo contido nesta afirmação apócrifa quase não carece de demonstração. Com efeito, se o tipo legal for definido como ilícito tipicizado, na análise de um comportamento é dogmaticamente correcto verificar, primeiro, se é subsumível num tipo e, só depois, acrescentar a ilicitude, mas ambos os elementos constituem materialmente o tipo unitário de ilícito.[32] Obviamente, isto não significa que tipicidade e ilicitude sejam conceitos similares. O tipo de ilícito é dado por uma norma imperativa (proibitiva ou preceptiva), portanto, a realização do tipo traduz-se numa contradição do comportamento com a norma. Diferentemente, a ilicitude é a contradição da realização do tipo com o ordenamento jurídico no seu conjunto. Por isso, a tipicidade contém apenas um *indício* de ilicitude, ou seja, quando a realização do tipo não encontra justificação numa norma permissiva, a violação da norma imperativa é também contraditória com o ordenamento jurídico no seu conjunto. Por outro lado, dada a relativa autonomia lógica entre as normas imperativas (tipos de ilícito) e as normas permissivas (causas de justificação), estas não excluem a tipicidade de uma conduta, mas antes a sua ilicitude. Estes desenvolvimentos vieram a propósito do interesse em demonstrar que, nos presentes casos, primeiramente há que investigar se constituem comportamentos jurídico-penalmente relevantes, ou seja, saber se realizam tipos de ilícito. E poderia sempre defender-se, contra a opinião de Roxin, que, mesmo que em todos estes casos fosse imprescindível a acção que produziu a lesão para evitar outra mais grave, tal não prejudicaria a aferição da tipicidade, antes diria respeito à verificação dos pressupostos da causa de justificação do facto. Assim, para que concorresse um estado de necessidade justificante, a acção típica levada a cabo para salvar o interesse merecedor de protecção tinha que constituir o *único* meio para a conservação do substrato material do bem jurídico ameaçado pelo perigo; caso contrário, não estaria justificada se o bem foi

(31) Repare-se que falamos do mesmo objecto da acção porque, tratando-se de outro (ainda que do mesmo titular), já não poderia falar-se em diminuição do risco. Por exemplo, caso alguém utilizasse um vaso valioso como arma, partindo-o na cabeça daquele que tentava estrangular a vítima, com relação ao dano não haveria qualquer diminuição do risco.

(32) Cf. Harro Otto, como na nota 15, § 6, p. 67.

sacrificado apesar de o agente dispor de outras medidas menos gravosas e igualmente eficazes.[33] Também, para que concorresse consentimento presumido, porque no desconhecimento da vontade real do ofendido deve adoptar-se um juízo hipotético objectivo fundado na previsão daquilo que seria razoável supor que o ofendido autorizaria se tivesse tido o conhecimento da situação — por isso, é irrelevante que, posteriormente, se venha a verificar que a vontade presumida não coincidia com a vontade real — não seria razoável supor que correspondesse ao interesse do ofendido a realização de uma ofensa quando outra solução menos prejudicial e igualmente eficaz era possível nas circunstâncias do caso.

b) Existe, todavia, um outro quadro de possibilidades semelhante ao anterior, salvo no tocante à representação que o agente tenha do benefício que poderia resultar da sua interferência com o processo causal em curso. Ou seja, o agente pode não ter tido consciência de que estaria a operar uma diminuição do risco, pode mesmo ter pretendido o inverso.

Caso fosse proposta a solução desta espécie de situações em sede de ilicitude, concluir-se-ia que, sem embargo de estarem verificados os pressupostos objectivos da causa de justificação do facto, faltava o elemento subjectivo da mesma. Em geral, quando o agente actua no desconhecimento da situação justificadora objectivamente existente, não beneficia de justificação para o seu comportamento, embora o castigo correspondente deva equivaler, tão-somente, à pena de tentativa.[34]

Analisando o mesmo cenário à luz do critério da diminuição do risco, o qual não pode entrar em linha de conta com as representações do agente, sustentar-se-ia que havia interrupção do nexo de imputação objectiva. Mas, na seqüência, nada se poderia opor à solução de punir o salvador involuntário como autor da tentativa inidónea que quadrasse com a lesão que quis cometer, contanto que não fosse manifesta a inidoneidade do procedimento utilizado, *i.e.*, que não fosse aparente que decorreria da sua acção uma diminuição do risco.

Portanto, no plano das conseqüências jurídicas, as doutrinas em confronto chegariam a soluções com o mesmo valor prático.

Neste contexto, Roxin poderia quiçá bastar-se com reclamar para si o mérito de ter promovido uma mais correcta inserção sistemática do problema. Mas, no terreno da ciência jurídica, que é uma modalidade de razão prática, tal não seria ainda suficiente para impulsionar uma nova teoria.

c) Ora o critério da diminuição do risco, para conquistar alguma valia prática, não pode depender de considerações sobre a necessidade impreterível de escolha entre dois males. Tem de abranger outros casos em que essa necessidade não seja patente, a saber, aqueles em que a suposta diminuição do risco provocada pela intervenção salvadora do terceiro se realiza à custa de uma lesão menos intensa mas, ainda assim, *evitável* do objecto da acção.[35] À primei-

(33) Por todos, cf. Maurach/Zipf, como na nota 21, p. 398.

(34) No âmbito da *teoria do ilícito pessoal*, esta é a solução que reúne a maioria dos sufrágios (por todos, cf. Hans-Heinrich Jescheck, como na nota 3, p. 294/297).

(35) Constitui um problema a definição do momento próprio para aferir da necessidade *vs.* evitabilidade da lesão provocada para impedir um mal maior. Com efeito, se a questão for discutida em sede de justificação do facto, a evitabilidade da lesão menos intensa do objecto da acção deve ser apreciada *ex ante*, ou seja, considerando o momento da acção e abstraindo de todas as conseqüências que, segundo um juízo de mediania, não eram previsíveis. É que as

ra vista, neste terceiro grupo de casos, o critério assumiria já relevância prática, tanto mais que a sua refutação parece implicar o reconhecimento da realização do tipo, sem posterior exclusão da ilicitude do comportamento do agente. Sirva de exemplo o caso do golpe no braço, com a seguinte alteração: C, em vez de desviar o ângulo do tiro da cabeça para um ombro da vítima, teria podido realmente evitar o ferimento se empurrasse o braço do atirador noutra direcção.

Todavia, nestes casos o vector da diminuição do risco não constitui um *argumento material*, o qual pudesse servir de explicação para impor uma solução diversa das posturas tradicionais. Ao fim e ao cabo, o que impede que se possa falar aqui de realização por C da acção típica correspondente ao resultado que se verificou são considerações de eqüidade. Com efeito, se, num caso em que o agente simplesmente não tivesse actuado — não sendo garante do bem jurídico — só poderia responder por omissão de socorro (art. 219, n. 1, C.P.),[36] seria inaceitável pretender que, no caso em que prestou um auxílio imperfeito, estando ao seu alcance a prestação do auxílio necessário, a ilicitude material deste socorro imperfeito pudesse exceder a da pura omissão de socorro. As dificuldades de construção dogmática desta solução não são intransponíveis, sobretudo se nos socorrermos da figura da *omissão através de acção*, desenvolvida por Roxin noutro contexto.[37] Se é certo que, num plano naturalístico, logo pré-jurídico, se pode distinguir entre *agir* e *não agir* com o simples critério do "emprego de energia numa direcção determinada", no primeiro caso, e "não emprego de energia numa direcção determinada",[38] no segundo, já a subsunção nos tipos comissivos ou omissivos depende de critérios normativos e não necessariamente do aspecto naturalístico do comportamento. Assim, num caso de prestação insuficiente de socorro, de um ponto de vista jurídico, o agente não pode ser responsabilizado por aquilo que fez, mas por aquilo que poderia ter

causas de exclusão da ilicitude, quais normas de conduta, não podem depender de testes empíricos de segurança. Na urgência requerida pela situação, que é pressuposto de facto de todas as causas de justificação, não pode o agente, temendo pelas conseqüências incognoscíveis do seu acto, sentir-se compelido à inacção. Deve dar-se por conta de fatalidade, sem prejudicar a eficiência da justificação, tudo quanto não pudesse inscrever-se no cálculo da acção. Porém, no domínio do apuramento da diminuição do risco, que, sumo rigor, é uma comparação de resultados, tal evitabilidade deve ser averiguada em função dos elementos disponíveis no momento do julgamento dos factos.

Tal discrepância pode comprometer, em certos casos, o cotejo das soluções decorrentes da aplicação das duas doutrinas, posto que introduz alguma flutuação nos bastidores da discussão. Mas não é grave, porquanto ocasiona apenas uma diversa arrumação de uma mão-cheia de casos concretos nas famílias de situações que vimos apresentando, consoante o ponto de vista correspondente à doutrina adoptada, seguindo-se depois o percurso traçado para as mesmas.

Este problema não deve ser confundido, a esmo, com aqueloutro da evitabilidade da lesão, considerada em si mesma (sobre a discutível relevância de um juízo relativo à evitabilidade da lesão como condição da realização da tipicidade, cf. Hans Jürgen Kahrs, *Das Vermeidsbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Hamburg: Cram, 1968, *passim*).

(36) No direito alemão: § 323 c. StGB.

(37) Cf. Claus Roxin, *Problemas fundamentais de Direito Penal* (trad. de Ana Paula Natscheradetz e outros), Lisboa: Vega, 1986, pp. 169/195.

(38) Cf. Karl Engisch, *Vom Weltbild des Juristen*, 2.ª ed. (1.ª ed., 1950), Heidelberg: Carl Winter, Universitätsverlag, 1965, p. 38, n. 70.

feito e não fez. Claro, só se for demonstrado, *primo*, que a prestação do socorro não teria implicado grave risco para a vida ou integridade física daquele que estivesse em situação de o poder prestar (art. 219, n. 3, C.P.), e é razoável supor que, havendo uma agressão em curso, aquele que se aprestasse a socorrer a vítima enfrentaria a possibilidade de uma agressão contra si próprio; *secundo*, que teria havido dolo (pois que tal crime só existe na forma dolosa, *ex vi* art. 13, C.P.) na omissão do auxílio necessário (desde logo, faltaria o elemento intelectual do dolo se, no embaraço da situação concreta, o inábil socorrista não houvesse tomado consciência da possibilidade de remover, na íntegra, o perigo que ameaçava a vítima). Raciocínio idêntico deve aplicar-se, também, quando o agente estava investido numa posição de garante, com a diferença de que responderá aqui por comissão por omissão do respectivo crime material.

De todo o modo, ponto é que, com esta argumentação, nos intrometemos no perímetro da tipicidade, demonstrando com isso, finalmente, que há necessidade prática de sacrificar as posturas tradicionais.

d) Resta referir o quarto grupo de casos abrangíveis pela formulação corrigida da diminuição do risco. São os casos em que o agente diminui o risco criado por uma cadeia causal natural. Também aqui, se essa diminuição do risco foi realizada à custa de uma lesão menos intensa mas, ainda assim, evitável do objecto da acção, são as mesma considerações de eqüidade que foram desenvolvidas para o grupo de casos anterior que impedem que se possa falar aqui de comissão por acção do delito de lesão correspondente ao resultado que se verificou.

8. Conclusões

Em conclusão, vemos que há um quadro de situações, circunscrito às acções que acarretam a lesão menos intensa de *unum et idem* objecto da acção, que parece merecer um tratamento unitário.

Apesar de essas situações serem, aparentemente, credoras de tratamento uniforme, sujeitá-las a sindicância através dos mecanismos da justificação do facto acarretaria o encontro de soluções diferenciadas. Este seria o desfecho natural do problema, equacionado no espaço da dogmática tradicional.

Caso se mantivesse a intuição da carência de tratamento uniforme para essas situações, suposto que contraditada pelo crivo das causas de justificação do facto, a mesma redundaria em pura obstinação, se não houvera razões ponderosas, susceptíveis de verbalização à luz de argumentos de justiça material, que investissem noutro sentido.

Subjacente à lógica das causas de justificação do facto está, *grosso modo*, a ponderação entre dois prejuízos, devendo a ordem jurídica assentir no sacrifício do interesse menos valioso, salvaguardadas certas restrições. Também nas situações vertentes, consideradas *ad litteram*, há confrontação entre dois males. Porém, nestes casos dá-se a circunstância de os termos da sinistra alternativa onerarem uma só vítima, acrescendo que o fazem na direcção de um único objecto material, mesmo que neste possam espelhar-se diferentes bens jurídicos.

Neste contexto, evitar o pior, mesmo na hipótese em que todo o mal fosse evitável, nunca é sinônimo, segundo as valorações sociais correntes, de ser responsável directo por um prejuízo. É um ponto a favor da argumentação de Roxin. Trata-se, desde logo, de aquilatar da

relevância penal que convém ao facto, no plano da tipicidade, se porventura alguma lhe houver de convir.

Pode então dizer-se que, nas situações ditas de diminuição do risco, contanto que valham como prestação efectiva de socorro, a lesão provocada na esfera da vítima em função do desvio no processo causal introduzido pela intervenção daquele que prestou o auxílio, ainda que tivesse actuado sem essa intenção ou com inépcia, não deve ser atribuída à sua acção. Há, pois, interrupção do nexo de imputação objectiva.

Todavia, o cenário da diminuição do risco não fundamenta a própria interrupção do nexo de imputação objectiva. A diminuição do risco é, tão-somente, uma condição necessária para se poder chegar a tanto. Se quisermos, a fórmula da diminuição do risco, usada com cautela, pode apenas desempenhar a função de mera heurística, qual sinal intuitivo para a busca das verdadeiras razões materiais que sirvam de arrimo à interrupção do nexo de imputação objectiva.

Tais razões resumem-se, fundamentalmente, num *princípio de proporcionalidade na aferição dos títulos de responsabilidade.* A enunciação do princípio, na contingência vertente, faz apelo à idéia de que não é justo que alguém possa, em virtude de ter evitado a consumação de maior mal para o ofendido, sofrer pena superior àquela que lhe caberia pela omissão da conduta devida, caso lhe coubesse o dever (geral ou pessoal) de agir.

Ademais, somos de parecer que este é *princípio geral,* cujo campo de aplicação supera, em larga medida, a constelação de casos de que nos ocupamos.

RELACIÓN ENTRE LA ETICA Y EL DERECHO EN LA ACTUAL DINÁMICA LEGITIMADORA DE LA NORMA PENAL

RAÚL CERVINI*

Sumário: 1. Planteo — 2. Esquema del debate historico — 3. Sentido de la evaluacion moral para un Derecho Penal de perfil garantizador

1. Planteo

Constituye para nosotros un inmenso honor haber sido convocados a reflexionar con ustedes sobre un tema relevante como lo es el de las relaciones siempre fermentales y dinámicas entre la Moral y el Derecho.

Y no es casual que el ámbito de exposición sea precisamente éste, el de la XV Conferencia Nacional de la Orden de Abogados de Brasil, ya que esta asamblea de ciudadanos dignos en la historia reciente supo hacer primar, a través del Derecho, el universo ético del pueblo de Brasil sobre los desbordes de un Poder corrupto, con una actitud valerosa y responsable que nos dignificó a todos los hombres de Derecho.

En el decurso de este trabajo procuraremos esbozar ciertas aristas notables del tan debatido relacionamiento entre el Derecho y los Valores Eticos, un tema aparentemente teórico pero que, especialmente dentro del área del Derecho Penal, cobra una natural y trascendente proyección sobre las garantías del Hombre concreto al cual el Derecho en su conjunto debe servir.

Normalmente se señala que durante un largo período histórico — coincidente en grandes líneas con el Iusnaturalismo — el Derecho en su conjunto y el Derecho Penal en particular estuvieron confundidos en sus rasgos esenciales con la Etica y la Teología, al punto de que, durante las primeras fases de la evolución del Derecho Penal, éstas condicionaron y determinaron de un modo directo su alcance y contenido.[1]

También se suele expresar que las acaloradas discusiones en torno al tema "Derecho-Moral" se gestan a partir del momento en que Christian Thomasius, a fines del siglo XVII y comienzos del XVIII, propuso no solamente la tesis de la separación del Derecho y la Moral, sino también de la Política.[2]

* Cervini, Raúl: Profesor Adscripto Grado 4 en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República; Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga; Secretario General para América Latina del ICEPS (International Center of Economic Penal Studies).

(1) Polaino Navarrete, Miguel: "Derecho Penal, Parte General", Tomo I, Edit. Bosch, Barcelona, 1990, p. 220 y ss. En el mismo sentido: Devlin, Patrick: "The Enforcement of Morals", Edit. Yenser, N. J., 1984, p. 36.

(2) Llompart, José, S. J.: "Teoria y Realidad del Derecho", Colección Jornadas Académicas

En realidad, esta polémica nace mucho antes. Una revalorización objetiva de conceptos permitirá no sólo flexibilizar la apreciación histórica del mencionado debate Derecho-Moral sino también, y principalmente, plantear una inquietud que atañe en forma directa e inherente al Derecho Penal y a sus garantías. Ocurre que a lo largo de la referida polémica sobre la influencia de los preceptos éticos sobre las normas jurídicas en general y penales en particular, por medio de una desnaturalización parcial de las raíces filosóficas originales de las teorías involucradas, se pasó de un extremo a otro, de la plena confusión del Derecho con la Moral a la propugnación de un Derecho secularizado meramente utilitario, básicamente apartado de las valoraciones éticas y morales.

A nuestro juicio, esta radicalización maniqueísta en el enfoque no se corresponde ni con la historia del pensamiento ni con la esencia del Derecho, ya que resulta tan peligroso sostener la proclamada identificación entre el Derecho y la Moral como el divorcio total entre ellos. Tanto disociando como identificando el Derecho con la Moral, la discrecionalidad del Estado desbordará todo control en detrimento de los derechos del individuo.

2. Esquema del debate historico

2.1 Ante todo debe expresarse que una observación atenta permite concluir que, en rigor a la verdad, ningún autor iusnaturalista afirmó sencillamente que el Derecho y la Moral son lo mismo, que son dos nombres distintos que expresan la misma cosa y la misma realidad. Por otra parte, tampoco hemos podido encontrar ningún autor positivista que afirme que *en la realidade* y *de hecho* el Derecho prescinda de la moralidad.[3] Esta primera reflexión nos permitirá más adelante ensayar, con un enfoque realista, cierta amalgama de conceptos que, desde otras bases, se verían como inconciliables.

2.2 Hay otro elemento que no debe pasar inadvertido y se vincula directamente con la génesis de este tema: el *planteamiento global y, por lo tanto, abstracto* del problema Ética-Derecho pertenece ciertamente a la Edad Moderna y también a la actualidad, pero *su planteamiento concreto* y los intentos de solucionarlo son muy antiguos,[4] aunque poco conocidos. Socrates sabía que moría con la conciencia tranquila com víctima de unos hombres que aplicaban la ley injustamente y, sin embargo, no quiso sustraerse a esa decisión injusta tratándose de su persona. La posición de Socrates puede ser discutible y para muchos no del todo compresible, pero ella encierra un compromiso y un planteamiento claro del problema del Derecho y la Moral.[5]

Por su parte Aristoteles afirma en un pasaje de su libro solve la "Política" (Lib. 3, Cap. 4), que para ser "un buen ciudadano" hace falta cumplir todas las leyes del país, pero esto no es garantía de ser sencillamente un "hombre bueno" y perfecto.[6]

11, Universidad de Valparaíso, Faculdad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Escuela de Derecho, Valparaíso, 1989, p. 97.

(3) Llompart, José, S. J.: "Teoria y Realidade del ...", op. cit. supra, p. 98 y ss.

(4) Hubner Gallo, Jorge I.: "Derecho y Moral", en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, N.8, 1990, Homenaje a Norberto Bobbio, Edit. Sociedade Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, 1990, p. 267 y ss.

(5) Aguilera, Concha (coordinadora): "Historia del Pensamiento, vol. 1, Filosofía Antigua, Comienzos de la Patrística", Sarpe Editores, Barcelona, 1982, Cap. VII (Sócrates), p. 87 y ss.

(6) Ibidem, Cap. XI (Aristóteles), p. 205.

También Santo Tomas de Aquino ("Summa Theologíe", I-II qu. 96 — art. 2) afirma claramente que el legislador de la ley humana no puede castigar todo lo que moralmente está prohibido. Indudablemente el "bien común" de los escolásticos tenía también, *aunque no exclusivamente*, el sentido del bien moral, pero Suarez ("De la Ley", II-10), enriqueciendo la concepción, también nos habla del "bonum politicum" y considera a la moralidad como condición indispensable pero *no suficiente* para conseguir esse "bonum politicum" que es el bienestar social de la comunidad.[7]

Estos ejemplos demuestran a las claras que ya en la Antigüedad y en la Edad Media no se confundía el Derecho y la Moral.

Es muy interesante observar que el primer intento de separar completamente, aunque sea de un modo parcial (no generalizado a todas las leys), la obligación jurídica de la moral, no se debe ni a los positivistas ni a los penalistas de la Edad Moderna. Fueron los defensores del Derecho Natural de la escolástica los primeros que intentaron de un modo imperfecto segregar el Derecho de la Moral a través de las llamadas "leyes meramente" penales (que obligan jurídicamente pero no obligan en conciencia, o sea, no obligan moralmente) de las cuales Suarez fue el propagador más destacado.[8] El error de Suarez y sus defensores consistió en olvidar que esta categoría originaria del Derecho Canónico de las órdenes religiosas no podía ser trasplantada, sin más, al Derecho estatal.[9]

Otro planteamiento concreto del problema Ética-Derecho puede rastrearse en la Teoría del Derecho Internacional que antiguamente se llamaba Derecho de Gentes. Durante muchos siglos se discutió sobre la relación y diferencias entre el Derecho de Gentes y el Derecho Natural (entendido como regla de moralidad).

Isidoro de Sevilla[10] manifiesta que la prohibición de matrimonio entre extranjeros constituía un claro ejemplo del Derecho de Gentes, pero ya en su tiempo estaba muy claro que, según el Derecho Natural y por ser todos los hombres iguales, tal clase de matrimonio estaba moralmente permitida.

El caso contrario lo podemos ver con la esclavitud, prohibida según el Derecho Natural que dice que todos los hombres son libres e iguales, pero permitida y justificada según el Derecho de Gentes. Puede finalmente agregarse incluso el caso de la prostitución, en clara contradicción con el Derecho Natural y la moralidad más elemental, pero de hecho extendida e incluso institucionalizada en casi todos los países de la antigüedad y como tal aceptada por el Derecho de Gentes.

Finalmente cabe recordar que, si bien los juristas de la antigüedad aceptaban plenamente los tres famosos preceptos de Ulpiano, el primero de los cuales es una clara proclamación de moralidad: "... vivir honestamente, no dañar a los demás, dar a cada uno lo suyo..." ("Instituciones", lib I, tít. I, 3), también a la misma época corresponden unas palabras muy breves pero expresivas de Paulus, que tienen un sentido muy moderno y que dicen todo lo que se puede decir sobre el tema "no todo lo que está permitido (jurídicamente) es

(7) Devlin, Patrick: "The Enforcement...", op. cit., ut supra, p. 42.

(8) Aguilera, Concha: "História del Pensamiento, vol. 2, La Escolástica", op. cit., ut supra, p. 63 y ss.

(9) Devlin, Patrick: "The Enforcement...", op. cit., ut supra, p. 50.

(10) De Sevilla, Isidoro: "Sobre el Derecho de Gentes", citado por Peragallo Silva, Roberto: "Religión y Orden Social", en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, n. 8, 1990, op. cit. ut supra, p. 271 y ss.

honesto (moralmente)" ("Digestae", lib. L, tít. VII, 1.144).[11]

2.3 Hechas estas salvedades corresponde adentrarse en el fermental pensamiento de Samuel Pufendorf, autor que originalmente se inscribe en la corriente del Derecho Natural tradicional y cuya obra mantiene hoy día un importante sedimento garantizador.[12]

La obra principal de Pufendorf, "De jure naturae et gentium" apareció en 1672. Al año siguiente agregó un corto apéndice titulado "De officio hominis et civis" que fue mucho más difundido aún que la obra anterior. En su texto principal el autor sostiene que el concepto de Derecho es ambiguo. Para explicar esto recurre al concepto de deber (obligatio) que lo separa estrictamente del de coacción (coactio). Por cierto que ambos conceptos conllevan una influencia sobre el sujeto por medio del temor, pero la *coacción* intimida la voluntad sólo en una forma exterior, mientras que *el deber* afecta la voluntad moralmente y la rodea internamente de un sentido especial mediante el cual ella es forzada a reprimirse y a considerarse merecedora de un mal cuando, como tal, no está conforme con lo prescripto por una norma.

El deber comprendería aquellos fundamentos que afectan la conciencia del hombre de tal forma que pueda reconocer sobre la base de su propio juicio que resistir no es correcto, es decir adecuado, a Derecho.

Un año después, en el Prefacio de su obra "De officio hominis et civis" Pufendorf clarificó la diferencia esencial entre Etica y Derecho: el *forum humanum* se ocupa solamente de las acciones exteriores del hombre, pero no penetra lo que queda escondido en el pecho de éste y no se exterioriza mediante algún efecto o de una manera perceptible. O sea que el Derecho Natural se ocupa en su mayor parte de la conformación de las acciones exteriores de los hombres. Muy por el contrario, en el ámbito del *forum divinum*, para la teología moral no es suficiente el solo ordenamiento de los aspectos exteriores de las costumbres de los hombres en relación a la decencia de ellas, sino que se ocupa, ante todo, de que las convicciones y los impulsos internos del hombre se conformen de acuerdo con la voluntad de Dios, y por lo tanto, censura también aquellas acciones que exteriormente se presentan com correctas pero que están vinculadas a un ánimo impuro. En esto percibió Pufendorf, premonitoriamente, los límites originarios que separan al Derecho Natural de la Teología Moral.[13]

Contra estas ideas de Pufendorf reaccionó en 1678 en Leipzig, Valentin Alberti ("Compendium Juris Naturae", I-42), escolástico ortodoxo y luterano. A su juicio, lo "honestum" consistiría no meramente en una acción exterior sino que se apoyaría en la bondad intrínseca de la acción. Las expresiones de Alberti dieron oportunidad a Pufendorf ("Specimen Controversiarum", 1677 — Cap. IV y XIX) de aclarar más su concepción según la cual el Derecho Natural se ocuparía *en su mayor parte* de la conformación del aspecto exterior de las acciones de los hombres, con lo cual se indica suficientemente que *los motivos anímicos interiores de ninguna manera son completamene irrelevantes.*

A juicio de Pufendorf las acciones que de alguna manera se relacionaran con una falta del ánimo tendrían que

(11) Llompart, José S. J.: "Teoría y Realidad del Derecho", op. cit. ut supra, p. 101.

(12) Sobre este pensador, ver: Brufan Prats, J.: "La Actitud Metódica de Pufendorf", Edit. Eneas, Madrid, 1968.

(13) Cf. Welzel, Hans: "El Nacimiento del Moderno Concepto del Derecho", en Revista Panameña de Ciencias Penales, Edic. Salinas, Panamá, 1987, p. 71.

censurarse necesariamente en el forum divinum de la Teología, y no en el forum humanum del Derecho Natural, pues la razón humana no podía encontrar ningún medio adecuado y seguro para los delitos que debían expiarse ante Dios. Sería precisamente el omnipotente el único capaz de conocer lo interno del alma, mientras que los hombres sólo tendrían capacidad de captar lo que se manifiesta en una acción exterior y lo que cae bajo los sentidos. Pufendorf puso en claro el malentendido de que el Derecho Natural se vinculaba exclusivamente con las acciones exteriores. Por el contrario, afirmó con buenos fundamentos que el Derecho Natural se ocupaba en su mayor parte (magnam partem) de las acciones exteriores del hombre. Ocurre que el derecho carece de "meios idóneos" para penetrar en la motivación de una acción externamente correcta pero interiormente impura, el único medio para alcanzar la motivación impura o inmoral de una acción exteriormente correcta (legal), o de una acción sin una manifestación exterior hubiera sido el tormento y este autor lo rechazaba radicalmente por ser un medio inadecuado e inmoral.

En esse contexto el Derecho se ocuparía solamente de las acciones que tienen en el mundo exterior efectos perturbadores en las relaciones sociales. Todas las acciones que no tienen efectos en el mundo exterior, o bien que a persa de tenerlos son, sin embargo, exteriormente correctas están fuera del ámbito del Derecho. Estas acciones caen dentro de los alcances de la Teología Moral o sea de la Etica que también desaprueba la acción exteriormente correcta cuando ella se motiva en um ánimo impuro. Encontrándose las meras faltas de ánimo fuera del ámbito del Derecho Natural desaparece también la posibilidad de una coacción jurídica y los tribunales humanos tendrían vedado indagar respecto al mero impulso anímico por carecer de medios apropiados legítimos.

Como vemos, el pensamiento de Pufendorf no se redujo a lo meramente conceptual ni a desarrollos teóricos sobre la delimitación entre Derecho y Etica; por el contrario, sus ideas resultaron medularmente garantizadoras y de un enorme alcance práctico, en especial en lo que atañe a la historia de la tortura. Con la eliminación de las faltas de ánimo del ámbito del Derecho, este pensador privó a la tortura de su ámbito esencial de aplicación que eran los procesos de brujas, tan funestos en su época. Por cierto que sus presupuestos ideales no alcanzaron para resolver el problema, todavía tendría que ser librada por Thomasius una fuerte lucha para eliminar esos abyectos mecanismos de control y represión de la conciencia.[14]

Debe señalarse a esta altura un aspecto realmente importante en la obra de Pufendorf. *Este autor había partido del fundamento unitario de la razón práctica,* como lo demuestra su concepto del deber jurídico: *el deber jurídico (obligatio), al contrario de la pura coacción (coactio), es una vinculación interna, de conciencia, del hombre con la conducta jurídicamente correcta, en este sentido, el deber jurídico es también deber moral.* Recién en el *forum humanum* entran a jugar ambos conceptos separados en la medida en que lo interno es indiferente en la conducta adecuada a Derecho (legalem) y sólo es relevante para el Derecho en la conducta antijurídica (illegalem), mientras que para la Etica, el ánimo interno siempre — aún en las conductas exteriormente legales — es decisivo.[15]

Christian Thomasius, básicamente un seguidor de Pufendorf, en su obra pos-

(14) Devlin, Patrick: "The Enforcement...", op. cit. ut supra, p. 72.

(15) Welzel, Hans: "El nacimiento del Moderno Concepto...", op. cit. ut supra, p. 77 y ss.

terior, "Fundamenta juris naturae et gentium" de 1705, sostuvo en este aspecto una posición sustancialmente diferente a la de su maestro al decir que el Derecho y la Etica ya se separan en su raíz común: sólo el deber de honestidad (de la moral) sería un deber interno (obligatio interna), mientras que el deber jurídico es únicamente exterior (obligatio externa), un "deber coactivo, que se apoya en el temor frente a la coacción ejercida por otro hombre". Con su separación de Derecho y Moral, solve la base de la coacción y el "deber coactivo", Thomasius tuvo con el correr del tiempo una influencia determinante en la "teoría coactiva" del Derecho (Jhering, Hold von Ferneck, Julius Binder), que encontró su desenvolvimiento más consecuente en la Teoría Pura del Derecho de Kelsen.[16]

A su vez puede decirse que la línea de pensamiento de Pufendorf fue seguida por Kant ("Metafísica de las Costumbres", 1797) quien en último término, a través de sus conceptos de "legalidad" y "moralidad", se acerca mucho a su concepción e, incluso, puede verse recogida en la fermental obra de Carlos Christian Federico Krause ("Fundamentos del Derecho Natural", 1815).[17]

La discusión relativa a ambas interpretaciones del moderno concepto del Derecho sigue manteniendo una militante vigencia.

La teoría coactiva inaugurada por Thomasius mediante la radical separación de Derecho y Etica, involuntaria pero también necesariamente, abrió nuevamente la posibilidad de convertir el Derecho en instrumento de terror, discrecionalidad absoluta, de anulación de la libertad de conciencia y tortura. En cambio, el camino indicado por Pufendorf distinguiendo entre Derecho y Etica, pero sin separarlo en sus raíces, hacía posible que el Estado respetara el processo valorativo y el derecho de los ciudadanos.

2.4 Lo cierto es que la tesis de la separación del Derecho y la Moral, en su visión más radical, resultó una concepción que con los años vendría a consolidarse constituyendo la esencia del *Positivismo Jurídico*, que además de identificar por completo el Derecho como tal con la ley lo separa de la Moral. Y no es pura casualidad el hecho de que, aunque muchos positivistas disienten en la manera de explicar eso que llamamos Derecho, todos están completamente de acuerdo en defender esa tesis. Hans Kelsen al propugnar su teoría pura del Derecho criticó no solamente el iusnaturalismo, sino también al positivismo de su tiempo.[18] Hart, que fue sustancialmente un positivista, dirigió agrias críticas tanto contra John Autin como contra Kelsen. En las últimas décadas vienen aumentando las críticas de los positivistas contra Kelsen, pero no todos los positivistas de nuestro tiempo aceptan incondicionalmente la teoría de Hart y, sin embargo, la tesis de la separación del Derecho y la Moral continúa siendo un axioma evidente e indiscutible para todos los mentores del positivismo.[19]

La concepción positivista respecto de la separación del Derecho y la Moral parte, entre otras cosas, de sus observaciones sociológicas respecto de la crisis actual de la moralidad de una sociedad pluralista y de una perspectiva teórica vinculada a la manera de concebir el fin y la función del Derecho Penal.

(16) Ibidem, op. cit. ut supra, p. 78.

(17) Devlin, Patrick: "The Enforcement...", op. cit. ut supra, p. 81

(18) Kelsen, Hans: "El Derecho como Técnica Social Específica", The University of Chicago Law Review (diciembre de 1941) citada por Casamiglia, Albert, en "Qué es Justicia", Edit. Ariel, Barcelona, 1983, p. 171.

(19) Llompart, José S. J.: "Teoría y Realidad del...", op. cit. ut supra, p. 97 y ss.

Respecto al primero de estos temas se señala que no todos los países tienen el mismo Código de Derecho Penal, pero que por lo menos cada país civilizado tiene un Código. Sin embargo, la moralidad de los ciudadanos ni está codificada ni puede decirse que sea una, pues hoy en día las creencias religiosas pueden ser muy dispares. El Estado debe dejar las valoraciones morales a la conciencia de los ciudadanos y el imponer a través del Derecho un determinado sistema moral violando sus conciencias sería una inmoralidad de primer grado. Por otra parte, cualquier sociedad que tenga un Derecho Penal, por mínimo que sea, nunca podrá tildarse como una sociedad básicamente permisiva pues, tanto el ciudadano judío, como el creyente islámico, el cristiano o el budista, estarán de acuerdo en *ciertos valores fundamentales* cuya preservación resulta imprescindible para la mutua convivencia, y que desde una concepción de "intervención mínima" del Derecho Penal son los únicos merecedores de protección penal.

Es esta clase de moralidad (en singular), cuya negación supone la propia negación de la vida en sociedad la que ningún autor ha podido divorciar de hecho del Derecho Penal, por mucho que en teoría proclame la separación del Derecho y la Moral.

Con relación al tema teórico relativo a la manera de concebir el *fin* y la *función* de Derecho Penal, debemos advertir que a nuestro juicio existe sobre el punto una generalizada confusión de ideas en muchos penalistas.

Ciertamente los conceptos de fin y función de la ley son muy parecidos pero deben y pueden ser distinguidos acabadamente. Esa clarificación de conceptos nos dará mucha luz para aclarar los problemas que estamos analizando. Antiguamente se hablaba siempre del fin de la ley; modernamente con la influencia de la Sociología del Derecho se ha generalizado la expresión función de la ley.

Estrictamente el fin de la ley está relacionado con lo que debe ser y presupone necesariamente una valoración sobre la cual puede haber diversas opiniones. El tomar las debidas medidas para conseguir un fin es algo típico y exclusivo del hombre. La función alude a producir de modo continuo un efecto, o sea "el funcionar" y se relaciona a una cosa de lo producido por el hombre, algo específico de las máquinas. El fin es siempre una cosa que debe ser pero que a veces no se consigue, una cosa prevista y deseada por el hombre; la función es sencillamente la producción continua de un efecto, una cosa que es, aunque a veces puede ser que no haya sido pretendida.

Puede ser que la palabra función aparezca como moderna pero no lo es su contenido. Es aquello que los escolásticos sobre todo Suarez ("De la Ley", 1590) llamaron el "effectus legis" o sea el efecto producido por la ley distinguiéndolo claramente del "finis legis". Aunque Suarez dice que lo ideal es que el "finis" y el "effectus" coinciden perfectamente esto es lo ideal reconoce que no siempre ocurre así en la realidad y solamente la experiencia nos puede decir si la ley funciona conforme al fin para el cual se dictó.[20]

En nuestra opinión y con esto creemos demostrar la importancia de distinguir ambos conceptos, no se puede afirmar que el fin como tal del Derecho Penal sea moralizar a los ciudadanos, pero tampoco se pueda negar que teniendo el Derecho Penal un básico contenido ético, de fundamento antropológico, tenga de hecho también una función reafirmadora de esa misma moralidad (en singular) sobre el colectivo. Este *hecho* como puro hecho es innegable, por mucho que

[20] Op. cit. ut supra, p. 108/109.

en teoría se siga proclamando la separación del Derecho y la Moral.

Por último debe advertirse que los positivistas que por una parte afirman que la Moral no tiene nada que ver con el Derecho caen en la incongruencia de negar por otra parte el "espacio jurídico vacío" o el "ámbito de lo no jurídico". Como ha explicado de una manera convincente Arthur Kaufmann,[21] solamente si se admite ese ámbito de lo no jurídico, es posible una verdadera tolerancia en sentido jurídico social, pues si el Derecho lo abarca todo y hace que toda acción sea "ipso facto" y como tal jurídica o antijurídica (que es la consecuencia lógica de no admitir el ámbito de lo no jurídico), la ley debería proteger de un modo *positivo* todo lo que no está prohibido por el Derecho, aunque fuera claramente contrario a la Moral y violentara la conciencia de la mayoría de los ciudadanos.

3. Sentido de la evaluacion moral para un Derecho Penal de perfil garantizador

3.1 Tras la superación definitiva del período histórico en que el Derecho Penal aparece — en grandes líneas — aparentemente confundido en su contenido y rasgos esenciales con la Etica y con la Teología, lo que aparece con carácter preponderante, pero no exclusivo, en la etapa anterior al Siglo XVII, se fue perfilando gradualmente el concepto de que siendo las leyes mecanismos de protección social, deben alejarse del control de la vida espiritual de los individuos. En tal sentido se afirmó que no siempre es y no siempre debe ser punible lo que es inmoral, rescatándose la idea de que *el fin último del Derecho es la regulación de un determinado comportamiento externo, consistente en un hacer u omitir, procurando salvaguardar bienes jurídicos*, pero esos bienes jurídicos, no pueden estructurarse despegados de la realidad y menos aún de la autonomía ética de los individuos.

3.2 Corresponde, en el mismo sentido, profundizar respecto a la trascendencia del componente ético en la conformación de los bienes jurídicos. Hemos dicho en publicación anterior anterior que el Derecho Penal debe intervenir utilizando el poder coactivo del Estado, representado por la pena pública, únicamente ante aquellas perturbaciones especialmente peligrosas del orden social, referidas a intereses muy valiosos para la comunidad, y siempre que no sean suficientes las otras barreras protectoras que deparan el orden social y las demás ramas del orden jurídico.[22] Estos intereses, que para gozar de la tutela penal deben ser reconocidos por la sociedad o, en defecto de una identidad en la valoración ética, por las capas sociales dirigentes de la colectividad estatal,[23] se denominan "bienes jurídicos", por lo que, finalmente, *la misión del Derecho Penal* será, conforme a la doctrina dominante, *proteger bienes jurídicos*, procurando impedir su lesión o puesta en peligro. Podría decirse que hasta aquí, en principio, hay acuerdo general en la doctrina,[24] pero es precisamente a partir de este punto, momento

(21) Kaufmann, Arthur: "Esencia del Derecho", en Revista Colombiana de Filosofía del Derecho, Año II, n. 6, Medellín, 1990.

(22) Cervini, Raúl: "Los Procesos de Descriminalización, 2.ª ed., Edit. Universidad Ltda., Montevideo, 1993.

(23) Maurach, Reinhart: "Tratado del Derecho Penal" (Traducción de Juan Córdoba Roda), t. 1, Barcelona, 1962, p. 249 y ss.

(24) Aunque, com señala Hernán Hormazabal Malaree ("Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho — El Objeto protegido por la Norma Penal", Barcelona, 1991, p. 7), citando a Jakobs, en la actualidad la capacidad y utilidad de la teoría del bien jurídico está siendo cuestionada por los

en el cual se hace necesario definir las funciones y el contenido del concepto de bien jurídico, cuando tienen lugar los principales acuerdos doctrinarios.

En líneas generales, siguiendo los planteos de Bustos Ramirez[25] y de Devlin,[26] en relación al contenido o naturaleza del bien jurídico, es posible encontrar dos principales orientaciones teóricas.

Una dirección trascendente, que a su vez puede partir de un punto de vista iusnaturalista — de onde nace el concepto de bien jurídico con Birbaum (1834), cuyo antecedente inmediato lo constituye la teoría de los derechos subjetivos de Von Feuerbach[27] — que entendía que lo protegido por el Derecho Penal eran objetos provenientes de la "naturaleza de las cosas", o desde un punto de vista político-criminal, habiendo sido, en este caso, su primer y principal exponente Von Liszt (1881), quien señaló que los bienes jurídicos surgen de la vida social y, por lo tanto, al Derecho sólo le cabe reconocer estos intereses que aparecen para el individuo en su actividad social. "El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico".[28]

La otra dirección desde la cual se ha intentado explicar la naturaleza del bien jurídico, corresponde a las concepciones inmanentes. Su principal sostenedor fue Binding (1872), quien planteó precisamente que los bienes jurídicos son inmanentes a la norma, vale decir, que cada norma tiene y determina totalmente su bien jurídico, resumiéndose todo, en el fondo, en un mero problema interpretativo de lo que quiso legislador (criterio teleológico).

El colocar el bien jurídico dentro del sistema, como hacen las concepciones inmanentes, trae aparejado consecuencias muy gravosas: el legislador, por esta vía, no tiene límites en la creación de bienes jurídicos, con lo cual se los limita a cumplir sólo una función sistemática e interpretativa y no, como es de esperar, de garantía para los individuos. En cambio, las concepciones trascendentes, al ubicar el objeto de tutela fuera del sistema, sí permiten que el mismo cumpla, además de las funciones sistemática e interpretativa, la tarea crítica que permite limitar al Estado, vedándole el acceso arbitrario a aquellas áreas donde no puede intervenir penalmente.

El bien jurídico, entonces, no integra el tipo legal, ni tampoco la norma, sino que constituye la piedra fundamental sobre la cual se deben construir los tipos legales. De esta forma, el mismo asume un importante cometido teológico-sistemático, convirtiéndose en una herramienta indispensable de interpretación que permitirá reducir a sus justos límites la materia de prohibición, cumpliendo, como ya se indicó, la importantíssima función político-criminal de cuestionar la actuación legislativa en el proceso de criminalización primaria, formulando una primera distinción entre aquello que puede o no puede ser protegido por el

penalistas que colocan en la base de sus propuestas al funcionalismo en su expresión más extrema: teoría funcionalista sistémica de Luhmann.

(25) Bustos Ramirez, Juan: "Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal", Edit. Temis, Bogotá, 1982, p. 14; del mismo autor: "Manual de Derecho Penal Español, Parte General", Edit. Ariel, Barcelona, p. 50 y ss.

(26) Devlin, Patrick: "The Enforcement of..." op. cit., ut supra, p. 86.

(27) Von Feuerbach, Paul Johann A. R.: "Tratado de Derecho Penal Común vigente em Alemania" Traducción al castellano de 1.ª 14.ª edición alemana de 1847, por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Buenos Aires, 1989, p. 19 y ss.

(28) Von Liszt, Franz: "Tratado de Derecho Penal (Traducción de Luiz Jiménez de Asúa de 1a 20.ª edición alemana), t. II, Madrid, p. 6.

Derecho Penal,[29] en todo caso, respetando aquellos substractos culturales y éticos que definen la fisonomía de una comunidad determinada en un momento histórico, también determinado.[30]

Por ello, bien señala Jescheck que por bien jurídico ha de entenderse todo valor ideal del orden ético-social recepcionado (protegido), en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad y que puede atribuirse, como a su titular, tanto al particular como a la colectividad.[31]

3.3 Todas estas consideraciones referidas a la evolución del discurso filosófico del control penal y al propio componente ético de la objetividad jurídica por él tutelada se corresponden con la idea de que, si bien es útil al Derecho Penal y a la Moral, por el bien de ambos, que puedan distinguirse claramente, esto no quiere decir que sea siempre posible, ni en la práctica ni en la teoría, separar de modo adecuado el mundo del Derecho del mundo de la Moral. Y estamos hablando del Derecho viviente en la sociedad y no en la simple idea del Derecho como contrapuesta a la idea de la Moral, nos referimos al Derecho Real y no al Derecho elaborado y refinado en la mente de los teóricos.

Consecuentemente, resulta pertinente recordar una aguda afirmación de Manzini citada profusamente, quien partiendo de la propuesta de Jellinek corroborada por Welzel de que "el Derecho es el mínimo ético"[32] ha dicho que el Derecho Penal "frente a los otros ordenamientos jurídicos y en el aspecto moral, se presenta como el mínimo de la cantidad ética que se considera indispensable y suficiente para mantener las condiciones necesarias de una determinada organización social".[33]

Debe advertirse nuevamente, como lo hizo hace más de 300 años Pufendorf, respecto del peligro de divorciar completamente la responsabilidad penal de la responsabilidad moral.

La responsabilidad penal nace solamente en los casos previstos por la ley. Esto lo puede y debe admitir tanto un positivista como un iusnaturalista. Sin embargo, el divorciar completamente el Derecho de la Moral significa que de hecho y de derecho el Estado — bien sea absolutista, o se proclame democrático — tiene la total e inapelable facultad de determinar lo que debe o no debe penalizarse, convirtiéndose (el Estado) en la fuente última de la responsabilidad penal.

Es evidente también que al Estado no se le puede exigir ninguna clase de

(29) Conf.: Hassemer, Winfried: "Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico". Traducido del original alemán publicado en 1989 por Patricia S. Ziffer, en "Doctrina Penal", año 12 (1989), Buenos Aires, p. 275 y ss.

(30) Conf.: Dentro del Campo de la Política Criminal: Jaeger, Gertrude y Selznick, Philip: "A Normative Theory of Culture", en American Sociological Review, 1964, 28:251. En el ámbito dogmático, Bettiol, Giuseppe: "Derecho Penal, Parte General", Edit Temis, Bogotá, 1965, p. 149. Idem Welzel, Hans: "Derecho Penal, Parte General", Edit. Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 1-2. Especificamente Bettiol, dentro de su concepción valorativa, señala: "el bien jurídico está íntimamente ligado a las concepciones ético-políticas dominantes y asume, por ende, diverso significado y contenido diverso con el mudar del tiempo y el ambiente", señalando más adelante: "el Derecho Penal no es más que la tutela de un concepto ético sobre el que reposa la Sociedad".

(31) Jescheck, Hans-Heinrich: "Tratado de Derecho Penal, Parte General", V. I, Bosch Casa Editorial S. A., Barcelona, 1981, p. 351.

(32) Welzel, Hans: "El Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.

(33) Manzini, V.: "Tratato del Furto", Turín, 1902-1905, citado por Wanderley, Jorge William en: Curso de Direito Penal", vol. 1, Parte General, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 36.

responsabilidad por sus actos legislativos, estará más allá del bien y del mal, manifestándose como el Estado amoral de Nietzche ("Más allá del bien y del mal", 1885),[34] o como fuente y concretización de su propia Moral de acuerdo a la concepción de Hegel. Este último, en su obra "Filosofía del Derecho" de 1821, expresa que el Estado, como vida divina que se realiza en el mundo, no puede hallar en las leyes humanas de la moral un límite o un impedimento a su acción. El Estado, como sustancia ética, tenía en su concepción exigencias diversas y superiores a la de la moral humana.[35]

Resulta claro a nuestro juicio que sólo una coincidencia de base — aunque sea mínima — entre el Derecho Penal y la Etica, respetará la designación conjunta de mandatos sociales emanados de un proceso valorativo culturalmente condicionado, evitará el autoritarismo valorativo desde el Poder, la desnaturalización de bien jurídico y aventará el peligro de que el colectivo social vea frustradas sus expectativas respecto del Derecho o, lo que es aún peor, que algunos "iluminados" sufran la tentación de apartarse de las normas buscando una justicia sustantiva.

Riesgos autoritarios parecidos a los que generan ciertas interpretaciones desmesuradas del iusnaturalismo provoca también la radicalización de los positivistas. Se puede decir que los extremos se tocan. Tan peligroso es el divorcio total del Derecho y la Moral como lo proclamó el capitalismo y el liberalismo a ultranza de fines del siglo pasado como su identificación propugnada en tiempos no tan lejanos por la teoría marxista leninista del Derecho. Tanto disociando com diferenciando el Derecho y la Moral es el Estado el que sale ganando pues con su poder y con sus medios de coacción puede actuar virtualmente a su exclusivo arbitrio.

Solamente una diferenciación inadecuada teórica y práctica del Derecho y la Moral puede hacer posible que el Estado respete a los ciudadanos como éstos deben respetarse mutuamente, y evitar el que la máquina estatal y las personas que la mueven se convierta en el Leviatán de nuestros días. Ciertamente no estamos propugnando reconcentrar la norma jurídica con la moral sino simplemente reivindicando el necesario reconocimiento normativo de esse mínimo substrato ético que permite viabilizar el colectivo social en un marco de dignidad para todos, ya que el Estado no puede, aunque quiera, ignorar las leyes físicas, pero sí puede verse tentado a ignorar la más elemental dignidad ética del hombre medio.

Entendemos, siguiendo la concepción del Professor Zaffaroni,[36] y desde la perspectiva realista de las nuevas teorías normativas de la cultura,[37] que la obligatoriedad de la ley Penal estriba en su fundamento antropológico, en la sustancial identificación de la misma con las normas de la cultura cuya vigencia es conocida y reconocida por el individuo en la realidad de un lugar y momentos determinados. Estas normas de la cultura traducen un proceso valorativo que plasma en una designación conjunta la totalidad de los mandatos y prohibiciones que son dirigidas al individuo, en su condición de convencionales, morales, religiosos o como exigencias de tráfico o profesión.

(34) Aguilera, Concha (Coordinadora): "Historia del Pensamiento" vol. 5: Filosofía del Romanticismo, op. cit. ut supra, p. 221 y ss.

(35) Ibidem, p. 13 y ss.

(36) Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Manual de Derecho Penal — Parte General", 4.ª ed., Edit. Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 301 y ss.

(37) Jaeger, Gertrude y Selznick, Philip: "A Normative Theory...", op. cit., ut supra, 29:653-669.

La evaluación moral no podrá ser — por tanto — ajena a esta particular dinámica de legitimación de la norma. Es más, puede decirse que su participación es básica, aún cuando no constituya el único y exclusivo principio fundamentador de la ley como lo era, a juicio mayoritario, en la época teocrática y metafísica del Derecho de punir, sino uno — aunque muy importante — entre otros factores conformadores del universo cultural.

Observamos finalmente que gran parte de los delitos suponen la realización normativa de un mandato moral, pero que, por otro lado, también la realidad exhibe otras figuras tipificadas penalmente que sustancialmente no implican la violación de principios éticos (muchos delitos culposos, delitos políticos, etc.).[38] El punto crucial de debate se centrará precisamente en torno a aquellos hechos que son calificados como delitos sin que los integrantes de la comunidad los sientan como ética o socialmente indeseables. En tales casos podría decirse con Zaffaroni que careciendo tales normas del imprescindile fundamento antropológico, no constituyen una manifestación de Derecho sino un mero ejercicio de Poder que no es Derecho.

(38) Cairoli, Milton: "Curso de Derecho Penal Uruguayo", tomo I, Parte General, La Ley Penal, Delito. Edit. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1986, p. 26 y 27.

3 — DOUTRINA NACIONAL

A DEFESA DO ACUSADO E SUA INTERVENÇÃO NO INTERROGATÓRIO JUDICIAL*

ANTÔNIO MILTON DE BARROS

"Não tem o Ministério Público por missão ir contra o imputado, senão pedir a atuação da pretensão frente ao imputado, devendo agir no interesse da verdade e da justiça".[1]

Sumário: 1. Introdução — objetivo do trabalho — 2. Conceito de defesa — 3. Natureza jurídica do interrogatório — 4. Interrogatório e Constituição de 1988 — 5. Propostas de modificação do Código de Processo Penal — 6. Conclusões — 7. Bibliografia.

1. Introdução — objetivo do trabalho.

O presente trabalho visa enfocar o tema defesa do acusado, em sentido amplo, ainda que de forma menos aprofundada, mas sobretudo tendo em conta o aspecto de prática processual corrente em nossos dias, no que pertine ao interrogatório e à defesa técnica, com destaque para a hipótese do defensor nomeado para o réu sem recursos e o efetivo cumprimento, ou não, por essa forma, do postulado constitucional da ampla defesa.

Pretende-se analisar e encampar algumas das sugestões sobre o tema e acrescentar outras, com base no exercício profissional do autor, como Promotor de Justiça criminal, bem como enfatizar que mais importante do que a discussão (ainda hoje de todo não superada) quanto à natureza jurídica do interrogatório, como meio de defesa ou meio de prova, é fazer com que não se torne, como às vezes ocorre, em ato inócuo, que não se preste a qualquer uma das hipóteses, constituindo-se em peça sem conteúdo aproveitável e ato que se realize apenas para dar cumprimento à ritualística processual; e a não participação das partes, conferindo-lhe maior legitimidade, de um lado, e como forma de oferecerem aos juízes importante contribuição, entre outras causas, contribui de forma decisiva para essa deficiência que eventualmente se registra.

2. Conceito de defesa

Defesa, em sentido estrito, preleciona Tourinho, é aquela atividade das partes acusadas, de oposição à atuação da pretensão punitiva. Daí se segue que Defensor é o sujeito que realiza os atos em que consiste a defesa. Citando Fenech, diz que a defesa pode ser genérica e específica, sendo aquela leva-

* Painel sobre Processo Penal, apresentado no II Encontro de Direito da UNESP-Faculdade de Direito de Franca, em 18.10.1994.

(1) Cf. Fenech, "apud" Tourinho Filho, *in* Processo Penal, v. 2, ed. 1994, p. 504.

da a cabo pela própria parte e esta promovida por pessoa habilitada.[2]

Seria o que Ada Pelegrini Grinover, Antonio Scarance e Antonio Magalhães conceituam como autodefesa e defesa técnica, respectivamente, para assinalarem que "a primeira é indisponível, na medida em que, mais do que garantia do acusado, é condição da paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz (...). Já a autodefesa, não podendo ser imposta ao acusado, é considerada renunciável por este. Mas essa renunciabilidade não significa sua dispensabilidade pelo juiz (...), pena de nulidade do processo".[3]

Nesse sentido, inegavelmente, toda a participação pessoal do acusado, inclusive o interrogatório, assume a característica de defesa (autodefesa).

Mas seria essa, efetivamente, a natureza jurídica do interrogatório, a de funcionar como meio de defesa? Vejamos o que dizem os mestres.

3. Natureza jurídica do interrogatório

Como se sabe, o interrogatório foi, ao longo dos séculos, a mais importante das provas criminais, tida por uns como a rainha das provas, a prova por excelência, *probatio probatíssima*, como a ela se referem, respectivamente, Mário Guimarães e R. Garraud, citados por Carlos Biasotti, em artigo publicado no Boletim n. 13, do IBCCrim; paradoxalmente, era obtida sem qualquer garantia dos acusados, na realização dos interrogatórios, não obstante serem estes considerados *meio de defesa*; ao contrário, eram realizados sob torturas, ou de forma insidiosa e com ameaças, e assim obtida a confissão, a rainha das provas, como lemos nos manuais de história do processo criminal e no sempre lembrado dos Delitos e das Penas, de Beccaria.[4]

E assim continuou, também no Brasil, até o advento de suas primeiras cartas políticas, desde a *Constituição do Império, promulgada a 25 de março de 1824.*

Mesmo quando evoluiu a legislação pátria, assegurando maiores garantias aos acusados, a exemplo do que previa o Código Criminal do Império, promulgado a 29.11.1932, os magistrados não lhe deram a devida atenção, fugindo das perguntas sacramentais que eram estipuladas, a ponto de merecer a preocupação de comentadores de sua época, como Pimenta Bueno, referido por Leôncio de Salignac e Souza, *in Justitia*, v. VII, Fascículos I, II e III, jan./jun. de 1944, p. 53 e s., que conclamava aos juízes para observarem os verdadeiros fins dos interrogatórios, que eram de fazer conhecer a identidade do acusado, retirar do espírito do júri qualquer equívoco e sobretudo fornecer um meio de defesa ao acusado, por isso deveriam evitar dirigir aos acusados perguntas insidiosas e promessas de absolvição ou ameaças para seduzi-los a arrancar a confissão porventura falsa.

Embora tenha sofrido o Código Criminal do Império profundas modificações, pela Lei de 3.12.1841, o interrogatório não sofreu alterações, e assim acontecendo com as legislações que se sucederam, mantido como *meio de defesa*, inclusive na legislação revogada pelo atual Código.[5]

Analisando o art. 185 do Código de Processo Penal vigente,[6] Espínola Filho conclui que a necessidade da oitiva do

(2) Tourinho Filho, ob. cit., p. 408.
(3) As nulidades no processo penal, Ed. Malheiros, p. 68.
(4) C. Beccaria, Dos delitos e das penas, Tecnoprint S/A.
(5) Cf. José Antonio de Andrade Goes, *in Justitia*, V. 83/131, de 1973.
(6) Decreto-Lei n. 3.689, de 3.10.1941.

acusado é intuitiva, não apenas para o fim de anotar a identificação da pessoa contra quem a ação está sendo proposta, e a colheita de sua versão, como também para a obtenção de dados e elementos que propiciem a correta individualização da pena, para o que não interessa apenas o fato criminoso, nas suas circunstâncias objetivas e conseqüências, relevando conhecer, da mesma forma, o delinqüente e sua personalidade.

E o consagrado mestre considerava o interrogatório como ato indeclinável, primeiro porque não concebia possa ter como ampla uma defesa em que o acusado não foi ouvido. Em segundo lugar, porque o interrogatório não é somente uma peça de defesa, "mas uma franca oportunidade de obtenção de prova", como adverte o sr. ministro Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código de Processo.[7]

O mencionado José Antonio de Andrade Goes lembra que o interrogatório está situado no capítulo da prova, o que já indica sua característica.

Adalberto José Q. T. Camargo Aranha, referindo-se a decisões do Supremo Tribunal Federal e do TACrim-SP que consideraram o interrogatório como meio de prova, conclui que "inegavelmente, diante da lei processual em vigor, é um meio de prova, tanto que serve como alicerce condenatório, funcionando, *acidentalmente como meio de defesa*.[8]

O interrogatório surge, então, como meio de defesa e meio de prova, ou "como meio de defesa e fonte de prova" eis que o acusado tem a oportunidade de oferecer sua versão, ao tempo em que o juiz observa-o e colhe outros dados de que necessita para aferir sua responsabilidade e dosar a pena a ser-lhe aplicada.

Nesse sentido, a posição de Tornaghi, mas aduzindo que o Código, ao considerar o interrogatório como meio de prova, tomou posição num debate que divide opiniões.[9]

E, de fato, essa controvérsia referida por Tornaghi persiste, como se vê pelo posicionamento de outros importantes processualistas, senão vejamos:

Damásio, citando decisão do STF (RTJ 73/760), o tem como meio de prova e de defesa.[10]

Tourinho alterou posicionamento anterior e o vê agora como exclusivo meio de defesa, notadamente em face do disposto no art. 5.º, inc. LXII, da Constituição de 1988, que reconheceu o direito ao silêncio.[11]

Mas a melhor observação, segundo nos parece, se pode colher de Vicente Greco, que conquanto considere ser mais aceita a natureza de meio de defesa, critica de forma contundente a lei, *verbis:*

"quer como ato de defesa, quer como ato instrutório, porém, o interrogatório está mal regulado no Código vigente. Como ato de defesa porque vem antes da nomeação ou indicação do defensor. Como ato instrutório porque não admite perguntas, especialmente da parte adversa ou de co-réu. Esse tratamento inadequado, contudo, não tem levado ao reconhecimento de que há inconstitucionalidade na disciplina legal, ficando a correção das impropriedades para futura reforma legislativa".[12]

Não há como negar-lhe razão, certamente, pois essa distorção vem sendo apontada ao longo dos anos, em diversos trabalhos publicados em Revistas

(7) Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, ed. 1955, Ed. Borsoi, R. de Janeiro.
(8) Da Prova no Processo Penal, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1944.
(9) Curso de Processo Penal, Saraiva, S. Paulo, 1994.
(10) CPP Anotado, Ed. Saraiva, p. 141.
(11) Proc. Penal, Ed. Saraiva, v. 3, ed. 1994, p. 240
(12) Manual de Proc. Penal, Ed. Saraiva, 1991, p. 200/201.

especializadas, como se passará a analisar.

Com efeito, já em junho de 1956, o advogado Ovidio Bernardi alertava que a *Constituição de 1946* ampliara os direitos individuais consagrados por sua antecessora, assegurando no âmbito processual penal o princípio da *plena defesa,* com a instrução criminal contraditória e afirmativa:

"No entanto, por aberrante que pareça, ainda é rigorosamente cumprido o Código de Processo Penal, promulgado na Constituição de 1937, na parte que preceitua que o defensor do acusado não poderá intervir, ou influir de qualquer modo no interrogatório (art. 187)...".[13]

E há mais de vinte anos, José Antonio de Andrade Goes, Juiz de Direito de Sergipe observou:

"Sendo certo que o interrogatório é *meio de prova,* resta a indagação: porque o Ministério Público e, de igual modo a Defesa, nele não intervém, inquirindo, a mais importante figura da relação processual, o acusado?"[14]

Na mesma época, outros juristas escreveram a respeito, destacando-se o Procurador de Justiça de São Paulo Affonso Leme Machado[15] e o então Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça de Minas, Agostinho de Oliveira Leite,[16] ambos preconizando a participação do Ministério Público e da defesa no interrogatório, sendo que o último se referia ao Anteprojeto do Código de Processo Penal do Prof. José Frederico Marques, que já sinalizava nesse sentido, pela adoção explícita do sistema exclusivamente acusatório no Processo Penal, eliminando-se qualquer resquício de inquisitoriedade.

Havia quem apontasse desigualdade processual pelo fato de o Código determinar a notificação do Ministério Público, do querelante e do assistente.[17]

Essa preocupação pode parecer, hoje, despicienda, mas não era definitivamente desarrazoada na época, pois sustentava-se a legitimidade da participação do Ministério Público no interrogatório, como se extrai de artigo do Promotor Público Teófilo Siqueira Filho, que, assinalando não pretender analisar o acerto ou desacerto da proibição quanto ao defensor, assegurava ser legítima e mais do que isso, indispensável, tal participação, como forma de obtenção, pelo titular da ação penal, de elementos para requerer novas diligências em busca da verdade colimada no processo penal, mormente considerando-se o ônus probatório para quem acusa.[18]

Para aqueles que justificavam a desnecessidade de tal intervenção, com o texto da Exposição de Motivos do CPP, que diz ser "facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade", o articulista respondeu que aquelas considerações ensejavam inferir que o juiz age mais com o papel de acusador do que com o de julgador.

É certo que, há muito tempo, não se admite também a participação do Ministério Público, a despeito de não haver proibição expressa e formal no Código, o que, para alguns, equivale à existência de autorização implícita.

Quanto a isso, ironiza Tornaghi com o argumento do sujeito que pensa: "João, meu amigo, proibiu José, que lhe cortejava a esposa, de tentar namorá-la. Ora, a mim não me proibiu; logo, permitiu-mo".[19]

Avançando no tempo, nos deparamos com a *Constituição de 1969,* melhor dizendo da Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969, em pleno regime de

(13) Ed. RT, v. 248, p. 20/22.
(14) *Justitia,* v. 83/131, de 1973.
(15) Ed. RT, v. 439, p. 306.
(16) Ed. RT, v. 437, p. 273.
(17) Ed. RT, S. Paulo, v. 248, p. 20/22.
(18) *Justitia,* S. Paulo, v. VI, fasc. III, p. 521.
(19) Ob. cit., p. 361.

exceção, que a despeito disso não baniu essa carta os princípios da ampla defesa e do contraditório, como se podia ler no art. 153, §§ 15 e 16.

Pois bem. Mesmo nessa época, muito antes portanto de se cogitar da assim denominada "Constituição cidadã", já se preocupava com o fato de os juízes apenas fazerem referências, quando o faziam, ao Código de Processo Penal e às exigências nele contidas, que dizem respeito às garantias individuais, como a obrigação de fundamentarem-se as decisões (art. 381) e o direito de apelar em liberdade, "sem a preocupação de cotejá-lo com as leis posteriores, para eventualmente lobrigar alteração substancial na sistemática em vigor", como destacou o Juiz Adauto Suannes.

Aduziu o então juiz do TACrim-SP:

"Tal cotejo mais se mostra necessário se sobrevém nova Constituição, pois, como dizia Jorge Miranda, 'a Constituição faz recriação ou novação do ordenamento jurídico. Fá-la no sentido de que a validade de todas e de cada uma das normas legislativas, regulamentadoras ou outras, é aquela que lhes transmite a Constituição'. Disso decorre, como diz o mesmo mestre, que:

a) os princípios gerais de todos os ramos de Direito passam a ser os que se infiram da Constituição;

b) as normas legais e regulamentares em vigor à data de entrada em vigor da Constituição têm de ser reinterpretadas em face desta e apenas subsistem enquanto conformes com as suas normas e seus princípios;

c) as normas anteriores contrárias à Constituição, mesmo que contrárias às normas constitucionais programáticas, não podem subsistir, quer se entenda que a Constituição as revoga, as torna caducas ou as torna inconstitucionais".

Nesse contexto, o magistrado asseverava que a confissão policial não deveria servir como meio de prova, criticando decisões judiciais que assim a consideravam, pois se assim ocorresse estaria o Ministério Público exonerado até mesmo do dever de comprovar a imputação. E com razão.

Mas, a par disso, considerava ser imperativo constitucional, devido aos princípios da ampla defesa e do contraditório (lembre-se a Constituição é a anterior), *a presença e a participação efetiva* do Ministério Público e da defesa no interrogatório judicial, como forma de profligar equívocos decorrentes de:

1) negligência na coleta dos dados fornecidos pelo interrogado;

2) equívocos possíveis ao ouvir, ao ditar, ao datilografar;

3) do fato de não se dar ao acusado para ler e conferir o termo;

4) de o acusado, por temor reverencial, não ter coragem, no mais das vezes, de impugnar algo redigido que não coincida com seu pensamento, mesmo que lhe seja lido o texto.

Além disso, no caso de existir mais de um réu, o art. 189 do CPP determina que sejam ouvidos separadamente. No entanto, a jurisprudência considera como prova a imputação feita por um co-réu ao outro, e isto sem que se dê ao imputado a oportunidade de provar, com reperguntas, que o imputante está mentindo?

Sua conclusão, em decorrência disso, é no sentido de que o acusado tenha contato com o defensor, constituído ou nomeado, *antes* do interrogatório, mormente para orientação quanto aos "prejuízos" a que se refere o art. 186, sobre o silêncio do réu, ou a mentira, tendo sido aprovada, por unanimidade, perante o VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, realizado em Belo Horizonte, sua proposta no sentido de tornar obriga-

tória a presença do defensor, constituído ou dativo, ao interrogatório do réu, e determinando que o ato citatório deve conter a advertência ao citando para, querendo, fazer-se acompanhar de advogado.[20]

Em São Paulo, anota Damásio, a Corregedoria-Geral da Justiça, por intermédio do Comunicado n. 263/83, recomendou aos juízes providência no sentido da "realização de entrevistas entre os réus e seus defensores antes do interrogatório judicial" (DJE 10.12.83, p. 14).[21]

Com o devido respeito, trata-se de recomendação inócua, sobretudo tendo em vista que a grande maioria dos réus não possui defensor. Aqueles que o possuem não necessitam de tal oportunidade, pois certamente estão orientados desde a fase policial.

4. Interrogatório e Constituição de 1988

Como observamos, já existiam posicionamentos considerando a possibilidade e, para alguns até mesmo a necessidade, de ser o interrogatório realizado na forma do contraditório, portanto com a intervenção das partes, como o referido Adauto Saunnes e, ainda, Paulo Affonso Leme Machado e Agostinho de Oliveira Júnior, também citados.

Mas, se tais posicionamentos não encontravam maior eco e ressonância, inclusive perante aqueles que, aceitando muito embora a presença do defensor e até entendendo-a indispensável, não admitiam, entretanto, que tivessem as partes participação no ato, como Paulo Lúcio Nogueira, que assim se coloca em relação ao caso:

"Também entendemos que deve ser obrigatória a presença do promotor e do defensor ao interrogatório, para acompanhar esse meio de prova importante. Mas, com a devida vênia, discordamos da possibilidade de reperguntas pelas partes, o que contraria a natureza do ato, que é privativo do juiz do processo e personalíssimo do réu, além de haver proibição legal a respeito". E para o eminente Juiz aposentado e professor, "o interrogatório visa obter a admissão de culpa"(...).[22]

Todavia, após o advento da Constituição de 1988, passou-se a defender com maior ênfase a opinião de que o interrogatório é ato contraditório, podendo a acusação e a defesa nele interferir. Uma das vozes destacadas sobre o assunto, logo após o início de vigência da referida Carta, é a do Promotor de Justiça de São Paulo, João Estevam da Costa.

Citado por importantes processualistas, como Paulo Lúcio (ob. cit.), Mirabete (Processo Penal, 2.ª ed., p. 269); Damásio (ob. cit.) sustenta, sem meias palavras, que o interrogatório é ato contraditório. Aliás, esse é o título de artigo que fez publicar RT 662/387. Também o ilustre membro do *parquet* paulista se louva em constitucionalista, transcrevendo trecho da obra de José Afonso da Silva: "Do princípio da supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com a norma superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau superior, que funcionam como fundamento de validade das inferiores

(20) Rev. RT, v. 580, p. 465.

(21) Código de Processo Penal Anotado, Ed. 1993, p. 141.

(22) Curso Completo de Processo Penal, ed. 1991, p. 149.

(Curso de Direito Constitucional Positivo, 3.ª ed., Ed. RT, 1985, p. 16)".[23]

Na prática, porém, nada disso acontece: nem se exige a presença do defensor, pois continua a ser regra que o acusado somente venha a ter um após o interrogatório, nem se costuma permitir a intervenção do defensor quando se apresenta ao ato;

Por isso, não será absurdo sustentar que, eventualmente, pode ser melhor que o acusado não se apresente para o interrogatório designado, pois poderá ser interrogado a qualquer tempo, conforme dispõe o art. 185, do Código de Processo Penal, com a diferença de que já estaria acompanhado por defensor nomeado pelo juiz, ainda que já não lhe seja possível a indicação de provas, por ter ultrapassado o prazo da defesa prévia.

A propósito, Ada, Scarance e Antonio Magalhães consideram que, enquanto a defesa técnica é indisponível, com garantia de paridade de armas, a autodefesa, vale dizer o interrogatório, é ato renunciável, ao alvedrio do acusado, não lhe podendo ser imposto, decorrendo disso dois aspectos a serem considerados em favor do réu: direito de presença e direito de audiência. Daí, para os autores, o interrogatório assume configuração nítida e exclusiva de meio de defesa: "meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor sua própria versão"; embora possa constituir-se em fonte de prova, não é essa sua finalidade. "Por isso", aduzem, "nova leitura exige o art. 186 do CPP, quando determina que o juiz, ao informar o acusado sobre a faculdade de não responder às perguntas formuladas, deve adverti-lo de que o silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Somente a primeira parte do dispositivo há que ser observada pelo juiz, em face da Constituição superveniente, não sendo de se aplicar qualquer ameaça ou alusão velada que possa coibir o acusado. Pela mesma razão, nenhuma eficácia pode ser atribuída ao art. 198 do CPP ("o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação de convencimento do juiz")". Os autores de "As nulidades no Processo Penal" consideram imprescindível a presença do defensor no interrogatório, inclusive como corolário lógico do dispositivo constitucional que assegura esse direito desde o momento da prisão em flagrante (art. 5.º, LXIII, da CF), mas não contestam a constitucionalidade do art. 187, entendendo razoável que o defensor não possa formular perguntas ou influir nas respostas, "para que se resguarde plenamente a liberdade de consciência do acusado".[24]

Em outro artigo publicado mais recentemente no Boletim do IBCCrim, Adauto Suannes sustenta que o interrogatório deve ser facultativo, como toda a prova. Trata-se, raciocina, de ingenuidade considerar o interrogatório prova de defesa, inclusive pelo momento em que é realizado, antes da prova da acusação, ferindo o princípio do contraditório. Ademais, para ele, os juízes não ouvem o acusado com a disposição de acreditar nele, mas pretendem isto sim ir em busca de uma confissão, para ser usada como prova (e no caso, quase sempre, contra o confidente). Sugere, então, que os advogados não devessem apresentar o cliente para ser ouvido antes de conhecer as provas produzidas pela acusação.[25]

Embora apreciando muito algumas das ponderações do eminente desembar-

[23] Revista dos Tribunais, S. Paulo, p. 662/383.

[24] As Nulidades no Proc. Penal, 3.ª ed., Malheiros, São Paulo.

[25] Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 17.

gador aposentado, penso que é injusta a generalização de que os juízes tenham prevenção contra os acusados. Até penso que, ao contrário disso, ouvindo a versão do acusado em primeiro lugar, tem-se uma situação equivalente à do queixoso que se apresenta à delegacia antes do imputado, ficando este com a difícil tarefa de contrariar tudo quanto aquele disse a seu respeito. No interrogatório judicial, o acusado geralmente apresenta versão que difere daquela dada à polícia, revertendo para vítima e testemunhas o ônus de desmenti-lo.

Por outro lado, se o acusado possui advogado para orientá-lo a não apresentar-se ao interrogatório, num primeiro momento, de duas uma: ou ele não precisa fazer isso porque estaria preparado para as perguntas do juiz no interrogatório, ou já sabia da inexistência de prejuízo por não comparecer àquele ato.

Mas a sugestão não resolve o problema do acusado que não possui defensor, e que também, por esta razão, mais precisaria adiar o momento de ser ouvido, pois não terá como aquele outro a orientação de como proceder e o que dizer perante o juiz.

Mais grave nos parece é, como salientado no início, a deficiência que não raro se apresenta nos interrogatórios, que poderia ser sanada ou minimizada com a efetiva participação das partes.

Analise-se a proficiente e oportuna observação de Edilson Mougenot Bonfim, a propósito dos interrogatórios judiciais que são colhidos sem maior compromisso, pelo magistrado, por razões diversas:

"Tais interrogatórios não atendem a *voluntas legem*, e não justificam sua realização: avolumam papéis sem elucidar fatos, burocratizam ainda mais a emperrada Justiça, obliteram, por fim, precioso tempo. Se a economia de palavras ou o silêncio teimoso são direitos do acusado, a fiel observância dos parâmetros do art. 188 é dever do magistrado na feitura do ato. Versões ocas do réu, sem conteúdo algum — aquelas que enrolam, confundem logomaquicamente e nada dizem — objetivamente não deveriam tomar assento no termo(...). É o reverso da medalha: quantos réus inocentes não acabam por ser prejudicados, pois, mal conduzidos em sua oitiva, acabam por deixar de oferecer valiosos elementos comprovadores, v.g., de um álibi verdadeiro?[26]

Essa explanação me faz lembrar um fato recente ocorrido na Comarca de Franca, quando fomos procurados por um acusado, que respondia processo por lesão corporal dolosa.

Tendo sido interrogado a respeito do fato, respondeu afirmativamente à pergunta do juiz sobre ter, ou não, agredido a vítima, mas reclamava que o magistrado não lhe dera oportunidade de dizer a razão de tê-lo feito, contentando-se com a confissão simples da agressão.

Como eu já conhecia o fato e seus antecedentes, disse-lhe que nada poderia fazer, senão oferecer-me como testemunha de defesa, já que, pelo conhecimento pessoal com o réu e com o fato, estaria impedido de oficiar na acusação. E assim foi feito, sendo aquele réu absolvido (apesar da dispensa de nossa oitiva e das demais testemunhas de defesa), pois a prova de acusação já servira para elucidar as questões que justificavam o ato praticado.

Por aí se vê que não é despicienda a preocupação com o interrogatório, e nem é motivada por uma intenção de obrigar a que o réu produza prova contra si, mas objetiva-se que tal ato se preste, efetivamente, à importância que lhe é reservada.

[26] Júri — Do Inquérito ao Plenário — Ed. Saraiva, São Paulo, 1994, p. 88.

5. Propostas de modificação do Código de Processo Penal

Como sabemos, uma Comissão, constituída por determinação do Ministério da Justiça, estuda diversas modificações a serem feitas no Código de Processo Penal, tendo sido publicados, no D.O.U. de 16 de março de 1994, os anteprojetos destas propostas de alteração.

Dentre elas, no que respeita ao tema ora em estudo, destacam-se duas que prevêem alteração nas formas procedimentais, a saber:

a) quando se tratar de crime apenado com reclusão, alterações dos arts. 394 a 405 introduzem um contraditório prévio, com apresentação de resposta escrita, por defensor constituído ou nomeado, antes de ser recebida a denúncia, ou por conseguinte, anteriormente ao interrogatório;

b) no concernente às contravenções e crimes apenados com detenção, visando dar cumprimento ao art. 98 "caput" da Constituição Federal, que prevê a flexibilização dos princípios da legalidade e da indisponibilidade da ação penal, quanto às infrações de pequeno potencial ofensivo, propõe-se a realização de audiência de conciliação, em que estariam presentes os envolvidos, com seus advogados, e o Ministério Público. Não havendo conciliação, passar-se-ia ao processamento da causa, com a denúncia, citação e contestação, para só depois realizar-se, se caso, o interrogatório.

Dessa forma, estaria obviada a preocupação quanto à existência de defesa antes do interrogatório do acusado, ficando assim solucionada uma parte da problemática levantada neste trabalho e em tantos outros aqui referidos.

Em primeiro lugar, porque o advogado estaria sempre presente ao interrogatório, que seria realizado após uma defesa preliminar, no caso do rito do procedimento ordinário (nos crimes apenados com reclusão) ou após uma tentativa de conciliação, no caso do rito para o procedimento sumário (nos crimes de menor potencial ofensivo), conforme arts. 399, 537 e 538, VII, do Código de Processo Penal, com as novas redações.

Em segundo lugar, porque, nas duas hipóteses, tratando-se de audiência concentrada, interrogatório e oitivas de testemunhas, com eventual julgamento subseqüente, não deveria haver dúvida de que as partes terão oportunidade de participação plena, inclusive no interrogatório.

Todavia, nem se sabe quando entrarão em vigor tais modificações, conhecendo-se a lentidão dos processos legislativos, também porque as modificações alvitradas são objeto de estudos e certamente encontrarão oposições e contrapropostas, eis que elas são vulneráveis à críticas, inclusive quanto à possibilidade de manobras e procrastinações tendentes a adiar o processo.

Ademais, a experiência tem mostrado que mesmo em procedimentos com essa característica (como é o da Lei 4.898/65, que regula a apuração dos crimes de abuso de autoridade), não tem havido a participação livre das partes no momento de interrogar o acusado, providência que tem ficado como ato exclusivo do juiz, de tal forma que poderá haver resistência, exigindo-se medidas para resguardar tal direito e eventualmente alteração legislativa, para que expressamente se faculte a participação efetiva das partes nesse ato.

E, uma vez viabilizada a participação, é importante que os advogados e os Promotores de Justiça demonstrem interesse e empenho, participando efetivamente, como já fazem (?) em relação às demais oitivas.

Portanto, não se trata apenas de criação, pelo Estado, de mecanismos que

assegurem o efetivo cumprimento dos mandamentos constitucionais e resguardem o direito à plena cidadania, mas torna-se imprescindível a inequívoca vontade de seus agentes, em todas as esferas, visando a implementação das medidas e para que se tornem eficazes.

6. Conclusões

1. O interrogatório é meio de prova e de defesa.

2. Como meio de prova, devem o Ministério Público e a defesa dele participar, propiciando-se-lhes a formulação de reperguntas.

3. Também por isso, a nomeação do defensor dativo deve anteceder o interrogatório.

4. As alterações a serem introduzidas ao Código de Processo Penal, com a realização de audiência concentrada, incluindo-se na mesma oportunidade o interrogatório, espanta as dúvidas quanto à possibilidade de participação das partes neste, com a formulação de eventuais reperguntas.

5. Se, entretanto, persistir o impedimento de que participem, deve ser formulada proposta legislativa, prevendo expressamente a participação das partes no interrogatório judicial.

7. Bibliografia

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo, Da Prova no Processo Penal, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1994.

BECCARIA, Cesare, Dos Delitos e das Penas, ed. Tecnoprint S/A.

BERNARDL, Ovidio, Ed. RT, S. Paulo, v. 248.

BIASOTTI, Carlos, A Confissão Judicial, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, S. Paulo, n. 13.

BONFIM, Edilson Mougenot, Júri — Do Inquérito ao Plenário, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1994.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, ed. 1955, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro.

GOES, José Antonio de Andrade, Da Intervenção do Ministério Público e da Defesa no Interrogatório do Acusado, *Justitia*, S. Paulo, v. 83.

GRECO FILHO, Vicente, Manual de Processo Penal, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1993.

GRINOVER, Ada Pelegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance, As Nulidades no Processo Penal, Ed. Malheiros, S. Paulo, 3.ª ed.

JESUS, Damásio Evangelista de, Código de Processo Penal Anotado, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1993.

LEITE, Agostinho de Oliveira, Da Intervenção das Partes no Interrogatório do Réu, Ed. RT, São Paulo, v. 437, 1972.

MACHADO, Paulo Afonso Leme, A Intervenção da Acusação e da Defesa no Interrogatório, Ed. RT, S. Paulo, v. 439, 1972.

MIRABETE, Júlio Fabrini, Processo Penal, 2.ª ed., Ed. Atlas, S. Paulo, 1993.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio, Curso Completo de Processo Penal, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1991.

SIQUEIRA FILHO, Teófilo, Intervenção do Ministério Público no Interrogatório do acusado, *Justitia*, S. Paulo, v. VI, Fasc. III, set./dez.-1943.

SILVA, João Estevam da, O interrogatório é ato contraditório, Ed. RT, v. 662.

SUANNES, Adauto Alonso S., O Interrogatório Judicial e o Art. 153, §§ 15 e 16, da Constituição Federal (de 1969), Ed. RT, S. Paulo, v. 572/283.

——. VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, Ed. RT, S. Paulo, v. 580.

——. Interrogatório é ato facultativo, Revista Brasileira do Instituto de Ciências Criminais, S. Paulo, n. 17.

SOUZA, Leôncio de Salignac e, *Justitia*, v. VII, Fasc. I, II e III, jan./jun. de 1944.

TORNAGHI, Hélio, Curso de Processo Penal, 7.ª ed., Ed. Saraiva, S. Paulo.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, v. 3, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1994.

——. Processo Penal, v. 2, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1994.

3 — DOUTRINA NACIONAL

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

EDUARDO REALE FERRARI

Sumário: 1. Introdução — 2. O Ministério Público e sua evolução — 3. O Ministério Público e sua relação com os três poderes — 4. Conclusão — 5. Bibliografia

1. Introdução

O presente trabalho visa maior reflexão sobre uma das questões mais discutidas doutrinariamente: a posição do Ministério Público dentro da tradicional divisão tricotômica dos poderes.

Sem se aprofundar nas origens da questão, indagar-se-á da evolução por que passou esta importante instituição como ponto de partida a uma compreensão atual do conceito de Ministério Público.

Nesse sentido, importa uma relevante reflexão sobre sua relação com os três poderes, acentuando-se inclusive sua pertinência constitucional, ora atribuída ao Legislativo, ora ao Executivo, ora ao Judiciário.

Por fim, buscarei analisar a pretensão de ver-se o Ministério Público como um quarto poder, ainda que subsidiariamente correlacionado como os outros três que a doutrina tradicional consagra.

O essencial é, a meu ver, dar-lhe configuração jurídica própria que preserve sua autonomia e a especificidade de suas altas atribuições como instituição de defesa de interesses individuais indisponíveis e de interesses coletivos, ainda que difusos, contrapondo-se a todas as formas de abuso de poder econômico ou de abuso de direito, mesmo contra o Estado.

2. O Ministério Público e sua evolução

Para melhor compreensão da posição atual do Ministério Público, imprescindível, a meu ver, é uma breve análise da evolução histórica de tão importante instituição.

Sem me reportar a presumidos antecedentes do Ministério Público possivelmente discerníveis em instituições gregas, romanas, ou da época medieval, parece-me mais plausível começar o presente estudo a partir do Direito francês.

Embora discutível doutrinariamente, ao que parece, foi no século XIV que, a bem ver, as condições políticas existentes em França propiciaram o aparecimento do Ministério Público com mais clara configuração jurídica.

Desaparecido o regime feudal, a administração da justiça necessitou de uma regulamentação estável, na qual a magistratura surge como uma ordem permanente e sedentária, reconhecendo os monarcas a necessidade de instituir, junto aos tribunais, advogados e procuradores que mantivessem a autoridade da coroa como símbolo do mandamento legal e do interesse da nação contra as prerrogativas dos grandes vassalos e as pretensões do foro eclesiástico.

Aos poucos, essas funções foram se ampliando, e, devido a múltiplos fato-

res, ocorreu a acentuação da tutela do interesse público apesar de operar-se em sintonia com os direitos patrimoniais da coroa ou seus planos políticos.

Com o correr do tempo distinguiram-se diversas categorias de patronos na tutela dos bens jurídicos, tais como a dos advogados do rei, a dos defensores dos bens dominiais e a dos incumbidos de zelar pelos interesses sociais —, o que não impedia que tais atribuições se concentrassem em um só agente — mas sempre sob a égide do critério e vontade do monarca que, no mais das vezes, se confundia com a vontade do Estado.

Embora haja discussão sobre a anterior existência de tais defensores da ordem jurídica, parece certo que foi tão-somente no século XIV que eles começaram a exercer funções de natureza parajudiciárias, quer em matéria criminal, quer em outros campos de caráter privado ou público.

É, com efeito, o século XIV o momento em que a generalidade da doutrina situa a origem do Ministério Público, constituído em virtude de uma Ordenação (*Ordonnance*) francesa, quando o soberano Felipe IV incumbiu seus procuradores da defesa judicial de seus interesses, sendo, por isso, denominados "gente do rei".

Nesse sentido, Cesar Salgado aduz ser a Ordenança de 25-3-1391 a certidão de batismo do Ministério Público, muito embora tenha surgido como expressão do poder pessoal do soberano.

Foi apenas com o advento da Revolução Francesa que se deu uma distinção essencial entre a pessoa jurídica do Estado e a de seus governantes, o que não podia deixar de refletir-se no contexto do Ministério Público, por sinal que recebido, a princípio, com certa desconfiança. Prevaleceu, porém, a idéia de manter-se a instituição, mas com necessária reforma em sua estrutura e atribuições. Os "advogados do rei" passaram a ser, em suma, "advogados do povo".

Tais reformas decorriam, como se vê, das próprias transformações sócio-políticas por que passou a humanidade, especialmente a partir do século XVIII, com a derrubada do absolutismo e a implantação progressiva dos primeiros modelos de Estado de Direito, cuja concepção é incompatível com um Ministério Público constituído como mera projeção do poder, e não como expressão de valores transpessoais.

Foi o que aconteceu, de início, em França, onde a instituição começou a adquirir um *status* relativamente autônomo, revestido de funções de ordem jurídica, destinadas à defesa do interesse coletivo como tal, retirando-se-lhe as de natureza política pertinentes aos bens dominiais, transferidas a outros órgãos especializados.

Isso não significou, todavia, desde logo, a sua total desvinculação do poder real, pois um decreto de 1790 ainda estabelecia que a escolha dos membros do Ministério Público cabia livremente ao monarca. O fato, porém, de serem vitalícios, só podendo ser demitidos pela prática de corrupção, já lhes conferia inegável garantia e isenção no exercício de suas atribuições.

Cabe notar que, em 1810, o Ministério Público é reorganizado, em França, por uma lei que lhe atribui de forma expressa, funções de representação do Poder Executivo junto à autoridade judiciária para defesa de direitos dos cidadãos e da administração pública, primeira tentativa de situá-lo como elo de ligação entre os poderes do Estado.

De qualquer modo, fato é que, realçados os ideais de igualdade entre os homens com imposição de direitos e deveres, com a salvaguarda dos direitos e garantias individuais do cidadão, compreendeu-se a necessidade de confiar a um órgão especialmente constituído com a finalidade de proteger, concomitan-

temente o interesse público e interesses e direitos essenciais ao indivíduo enquanto titular da cidadania.

Ora, o exemplo francês, superado o trauma causado pelas guerras napoleônicas, acabou se impondo a todos os países do continente europeu, não se devendo olvidar que, na Inglaterra, a mesma exigência de defesa dos interesses individuais levou à criação de entidades análogas, mas inseridas na experiência secular do Direito anglo-saxão.

Por outro lado, em aditamento às apontadas transformações políticas, sobrevieram profundas alterações no plano econômico e tecnológico, as quais tiveram como conseqüência o superamento do alheiamento do Estado perante o fato cada vez mais grave de haver imenso número de cidadãos desprovidos de capacidade de defender seus direitos fundamentais, o que impôs a necessidade de reforçar a posição jurídica do Ministério Público, enquanto defensor dos direitos populares.

Parece-me inegável essa correlação entre o crescente intervencionismo do Estado e as modificações operadas na estrutura e fins do Ministério Público. Diante da complexidade das diversas formas de relação ocorridas na sociedade, teve ele de atuar, com efeito, sempre mais como "agente ou promotor social em geral", não fazendo sentido sua mera atuação no campo penal ou de agir a favor de determinadas pessoas ou instituições. Passava a ser, principalmente, fiscalizador e defensor da aplicação das leis e da Constituição, personificando-se como órgão de defesa dos interesses sociais em juízo, até mesmo contra o Estado.

Pode dizer-se que essa linha evolutiva também foi seguida em Portugal.

É no século XIV que a doutrina portuguesa situa o aparecimento do Ministério Público como organização estável e permanente, sendo nomeados os procuradores ou advogados do rei, encarregados dos negócios do fisco e da coroa. Não havia, porém, cargos permanentes e institucionalizados, visto como as nomeações dos agentes ou promotores se destinavam a casos específicos.

Já no tempo de Afonso III aparece o cargo de "procurador do rei" com características de permanência e o privilégio de "chamar à casa do rei" as pessoas que com ele tivessem pleitos a dirimir.

Como em França, também em Portugal se reconheceu, posteriormente, a necessidade de estabelecer uma organização representativa da sociedade junto aos tribunais, aparecendo o Ministério Público com uma fisionomia própria por assim dizer parajurisdicional, pois sempre é ele considerado uma magistratura dotada de poder jurisdicional.

Sob a influência das já expostas transformações e a posterior implantação do regime liberal, também em Portugal o Ministério Público sofreu natural reestruturação, e diversas disposições legais ao longo dos séculos seguintes tentaram atribuir a esse órgão um caráter mais autônomo e participativo como agente de defesa dos valores pertinentes a toda a sociedade, com a amplitude de atribuições a que fiz referência no intróito desta exposição.

3. O Ministério Público e sua relação com os três poderes

Deve reconhecer-se, desde logo, que é iriçada de dificuldade uma rigorosa configuração jurídica do Ministério Público no sistema dos poderes do Estado.

Tratando-se de uma instituição que surgiu desordenadamente na experiência social, dando lugar a disposições legais esparsas, sem corresponder a um único modelo, com atribuições uniformes, diversas têm sido suas definições.

Como afirma Carnellutti "se há uma figura ambígua no processo tanto civil como penal é esta do Ministério Público".

Neste sentido para uns ele representa os olhos do governo, um ente encarregado de, em nome do Executivo, perseguir os crimes e fiscalizar a função do Poder Judiciário; para outros, é o órgão que vela pela observância da lei, colocando-se como representante de todo o corpo social para assegurar a promoção e a defesa da legalidade; para outros, ainda, é um órgão judicial integrado nos tribunais, ou, pelo menos, exercendo funções junto deles, com iniciativa, representação e controle de direitos e interesses sociais.

Bastam essas considerações para dever-se reconhecer que diversas conjunturas históricas influíram e continuam ainda a influir no modo de conceber-se o Ministério Público. O direito positivo, dos países mais evoluídos, confirma essa característica.

Analisando, por exemplo, as diversas Constituições Brasileiras, vemos que a Imperial de 1824 é omissa quanto ao Ministério Público, sendo previsto apenas, em seu art. 48, que "no juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados (art. 38) acusará o Procurador da Coroa". No mais, deixava-se a disciplina do assunto à legislação ordinária.

Com o advento da República, a Carta Magna de 1891 manteve a orientação da Constituição do Império, fazendo referência tão-somente ao Procurador Geral da República, nos arts. 58, parágrafo 2.º, 81, parágrafo 1.º, devendo suas atribuições ser definidas em lei. Realizava-se, portanto, o regramento do Ministério Público à legislação ordinária.

Já na Constituição de 1934, surge o Ministério Público como um dos "*órgãos de cooperação nas atividades governamentais*", ao lado do Tribunal de Contas. Sua organização e atribuições são fixadas nos arts. 95 *usque* 98. Consoante se vê, é dada uma configuração própria ao Ministério Público, cujo chefe, o Procurador Geral da República, passa a ser nomeado pelo Presidente da República com aprovação do Senado Federal, o que demonstra a importância assumida pela instituição no ordenamento constitucional, embora o Procurador Geral possa ser exonerado *ad nutum*.

Todavia, a Constituição de 1946 abandona o critério, aliás interessante, da conceituação do Ministério Público como "órgão de cooperação nas atividades governamentais" para, em seus arts. 125 *usque* 128, situá-lo no Capítulo IV relativo ao Poder Judiciário. Quanto à sua competência, é seguida a linha do Estatuto Político anterior, mas sem cuidar de estabelecer parâmetros de vencimentos para os Procuradores-Chefe.

Cumpre lembrar, outrossim, que já é exigido que os membros do Ministério Público sejam organizados em carreira, após concurso público, não podendo, após dois anos, ser demitidos senão por sentença judiciária, nos termos da lei.

A concepção do Ministério Público como órgão "junto" aos órgãos judiciários é mantida no primeiro momento do regime tecnocrático-militar implantado no Brasil em 1964, sendo mantido nos arts. 137/139 da Carta de 1967, as mesmas disposições da de 1946.

Grande retrocesso na disciplina da matéria tivemos, porém, com a Constituição outorgada em 1969, na qual o Ministério Público, passa a integrar o "poder executivo", sendo contemplado com três arts., dois deles prevendo que a lei organizaria o Ministério Público da União e dos Estados, dispensada a aprovação do Procurador Geral da República pelo Senado Federal (arts. 94 *usque* 96).

Antes de analisar as inovações na Constituição brasileira de 1988, seja-me lícito tecer algumas considerações sobre

a evolução que, em todo o mundo, desvinculou o Ministério Público do Poder Executivo, do qual foi, por longuíssimo tempo, uma espécie de *longa manus*, dando-lhe a medida de sua interferência na tutela dos direitos individuais e sociais.

Essa evolução acompanha, tudo somado, o progresso da idéia democrática, assistindo razão a Paulo Frontini quando declara "filho de democracia clássica e do Estado de Direito".

Integrando, com efeito, o Estado de Direito, o Ministério Público não pode deixar de ser forte e independente com garantias e prerrogativas que possibilitem o eficiente desempenho de suas relevantes funções, funções estas que o posiciona como verdadeiro defensor em juízo dos interesses da sociedade em geral. Nessa trilha, o Ministério Público adquire posição de relevo na sistemática constitucional sem, para tanto, chegar a constituir um novo poder.

Foi nesse quadro cultural que a Assembléia Constituinte Brasileira de 1988 houve por bem aditar ao título IV "Da Organização de Poderes", o capítulo IV denominado "Das Funções Essenciais à Justiça", disciplinando minuciosamente a organização e funções do Ministério Público Brasileiro, ao qual foi assegurada a mais ampla autonomia funcional e administrativa, até o ponto de poder propor diretamente ao Legislativo a criação e extinção de seus cargos, bem como elaborar, de maneira independente, sua proposta orçamentária, obedecidas as diretrizes fixadas para o orçamento geral da União (art. 127 e seus parágrafos). Isto não obstante, não lhe é conferida competência jurisdicional, na acepção rigorosa deste termo.

Concebido como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado", o Ministério Público é incumbido da defesa da "ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", cabendo-lhe propor inquéritos e ações civis públicas para "proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". (arts. 127, e seu parágrafo 1.º e 129, III).

Também em Portugal a Constituição de 1976 veio inverter a tendência de colocar o Ministério Público junto ao Poder Executivo, sistematizando-o num capítulo próprio e dotando-o de um estatuto inovador, ainda que relativamente ambíguo.

Situado no capítulo IV do Título VI, relativo aos tribunais, esta posição permite algumas reflexões até sobre a natureza da instituição e seu relacionamento com o Poder Judiciário. Esse novo regime e, em especial, a previsão de órgãos paralelos, fornecem uma diretiva, ou pelo menos uma importante sugestão para a estruturação de duas magistraturas como carreiras separadas, a dos juízes e a dos promotores, empregando-se o termo "magistratura" em seu sentido lato.

Creio eu, à vista das normas vigentes, que não há uma nítida separação institucional e funcional entre o membro do Ministério Público e o juiz.

Como bem salienta o Prof. Figueiredo Dias, tal separação não pode, porém, "evitar uma ampla correlacionação e coactuação material das duas entidades dentro do processo penal. Basta ponderar, desde logo, que num e noutro se trata de entidades públicas, órgãos do mesmo Estado, o que tende a conferir-lhes a categoria de magistraturas paralelas, e sobretudo que as atividades de um e outro convergem na consecução de um fim substancialmente idêntico: a perseguição e punição dos criminosos, ou seja, em termo, o cumprimento do dever, que ao Estado incumbe, de administração e realização da justiça".

Tenta-se, com isso, atribuir certa autonomia ao Ministério Público, po-

dendo ele agora aparecer sob três formas:

1. como integrante do Poder Executivo, na defesa dos interesses pessoais do Estado e dos cidadãos;

2. compondo, juntamente com a magistratura judicante, o Poder Judiciário do Estado; e

3. integrando a ordem judiciária como uma magistratura "de pé" com plenas garantias.

Sob essas diversas formas, acentuou-se a busca de uma mais rigorosa caracterização do Ministério Público.

Afinal, seria ele caracterizado por uma organização simultaneamente judiciária e executiva e por formas políticas de vinculação e responsabilidade, como se dá nos Estados Unidos da América?

Ou, ao contrário, surge ele como entidade judiciária, organizada *ad instar* das carreiras comuns da magistratura, mas com nítida dependência do governo, caracterizada pelo estabelecimento de poderes diretivos ou de vigilância de magistrados e agentes, como ocorre na Alemanha, na Bélgica e em França?

Ou, ainda, não possui a estrutura de uma magistratura autônoma, mas sim a da magistratura comum, muito embora destinada a exercer, dentro do mesmo poder e segundo o estatuto idêntico, atribuições jurisdicionais peculiares, tal como acontece na Itália?

Qualquer que seja a resposta, o que parece descartável é a hipótese de ser o Ministério Público totalmente vinculado ao governo, pois, se assim o fosse, deixaria de ser uma legítima instituição do Estado de Direito.

Resta assim analisarmos se o Ministério Público deve fazer parte do Poder Judiciário, completá-lo, ou, então, radicalizar-se, convertendo-se em quarto poder.

Quanto a constituírem duas magistraturas, ambas integradas no mesmo órgão, tenho sérias reservas, pois temo que seja um eventual e forte vínculo entre os procuradores e os juízes, colocando em causa a própria imparcialidade de ambos, além do que poderia haver uma recíproca proteção entre eles gerando plena impunidade.

Quanto à já lembrada tendência de converter o Ministério Público em quarto poder, são justificadas as apreensões que essa eventualidade suscita.

Não há dúvida que é louvável a característica hoje presente no Ministério Público, no que se refere a unidade, indivisibilidade e autonomia, mas a sua completa independência, à margem dos três poderes tradicionais, levanta sérias reservas.

Compreendida a autonomia como sinônimo de ausência de vínculo de qualquer relação hierárquica, corremos o risco de uma conceituação abstrata. Dizer-se que o agente do Ministério Público, no Brasil, por exemplo, onde a instituição alcançou o máximo de autonomia funcional, guia sua conduta tão-somente com base na lei e em sua convicção pessoal, é algo de discutível, pois, de acordo com a Constituição brasileira, nenhuma questão pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário, o que demonstra que este controla a aplicação da lei pelo Ministério Público...

Se é verdade que os atos do Ministério Público, no plano funcional e processual somente estão submetidos à apreciação judicial, cabe concluir que ele não dispõe de uma esfera reservada e exclusiva de poder, a cobro dos três poderes soberanos, como, aliás, a prática o tem demonstrado.

Tais fatos levam a crer que, em razão de contingências múltiplas, de ordem política ou material, o Ministério Público apresenta, às vezes, fortes resquícios de *longa manus* do Poder Executivo.

Tais afirmações são, aliás, confirmadas pelos próprios membros do Ministério Público, sendo prova disto o fato de que alguns deles, indignados com a chefia da Procuradoria do Estado, acabaram por criar a Associação do Ministério Público Democrático.

Paradoxal assim, a "luta" no sentido da conquista do *status* de quarto poder, sem ao menos se desvencilhar, ainda que parcialmente, do poder que detém os meios essenciais à programada independência.

Se não bastassem tais óbices, indago-me afinal da legitimidade *qua talis* de tornar-se o Ministério Público um quarto poder.

Será mesmo que a "sociedade", representada por todas as classes sociais e políticas, exige a presença de um órgão fiscalizador e promotor, a ponto de lhe atribuir o poder de definir e controlar seu próprio poder fiscalizador?

Será correto dizer, como afirma Alfredo Valadão, que o "Ministério Público se apresenta como verdadeiro poder do Estado e que, se Montesquieu tivesse escrito hoje o *Espírito das Leis*, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a divisão de poderes"?

É exatamente partindo da lição de Montesquieu que acabo por negar a existência de um quarto poder.

Entendida, com efeito, a divisão de poderes como um critério de coordenação e cooperação entre poderes, emerge a imprescindível harmonia que deve haver entre eles, não obstante o que cabe privativamente a cada um, preservando-se a unidade do Estado. É exemplo dessa harmônica cooperação a possibilidade do Executivo editar excepcionalmente decretos-leis, bem como a atribuição ao Legislativo de competência para proferir julgamento, como se dá no processo de *impeachment* previsto na Constituição brasileira, sem que tais atribuições conflitem com a imperativa complementaridade entre os três poderes.

Ora, como órgão de cooperação, entendo que, em última análise, o Ministério Público é indispensável e essencial à administração da justiça, tendo a sua função um *caráter essencialmente instrumental*, a serviço da sociedade, sim, mas na medida traçada genericamente pelo legislador, atualizada concretamente pelo juiz e garantida materialmente pelos agentes do Executivo.

Embora autônomo e participativo, não pode, em suma, o Ministério Público, a meu ver, deixar de atuar como um *órgão de mediação* entre os poderes do Estado, ora propondo ações que cabe ao Poder Judiciário julgar; ora elaborando projeto de lei sobre sua própria organização, mas cabendo ao Legislativo aprová-lo ou não; ora exercer controles sobre atos administrativos, quando previsto na Constituição, mas competindo a decisão final às autoridades administrativas mais altas ou ao Poder Judiciário. Não dispõe ele, por conseguinte, da "competência da competência", que, no dizer sábio de Jellinek, é o apanágio do poder soberano.

4. Conclusão

Diante do exposto, verifica-se uma enorme dificuldade em se encontrar um conceito único de Ministério Público.

A tarefa torna-se ainda mais difícil, caso notarmos que inexistem princípios gerais abstratos, pois a sua caracterização depende do que dispõe a Constituição de cada país.

Tudo somado, no entanto, poder-se-á afirmar que o Ministério Público se apresenta prevalecentemente como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e à salvaguarda dos interesses individuais e so-

ciais indisponíveis, atuando com órgão de mediação entre a sociedade civil e os poderes soberanos do Estado.

5. Bibliografia

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, Coimbra, 1974.

GOMES, Mauricio Augusto, *O Ministério Público na Constituição de 1988*, in Revista dos Tribunais, 635 - setembro de 1988.

INACARATTO, Marco Antonio. *O Ministério Público na Ordem Jurídico Constitucional*, in Revista de Informação Legislativa, jan./mar./1979.

PIZZORUSSO, Alessandro. *L'organizzazione della giustizia in Itália — La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Turim, 1985.

RASSAT, Michèle-Laure. *Le Ministére Public entre son passé et son avenir*, Paris, 1967, p. 7 e s.

ROCCA, Franco Morozzo. *Publico Ministero*, in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Giuffré Editore.

RODRIGUES, Cunha. *As funções instrutivas do Ministério Público*, conferência proferida na Univ. Complutense de Madrid, 1992.

———. *A Constituição e os Tribunais*, 1977.

———. *Constituição da República Portuguesa*, 2.ª revisão, 1992, 4.ª ed., Estante Edit.

———. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Saraiva, 1989.

3 — DOUTRINA NACIONAL

A RELEVÂNCIA CAUSAL DA OMISSÃO

EDUARDO SILVEIRA MELO RODRIGUES

Sumário: 1. A questão dos crimes comissivos por omissão — 2. A proposta de Alcântara Machado — 3. A relevância da omissão perante o CP de 1940 — 4. O crime comissivo por omissão e o princípio da legalidade — 5. A fórmula adotada na reforma penal de 1984 — 6. Alguns aspectos relevantes; 6.1. A natureza da omissão imprópria; a) A teoria causal; b) A teoria normativa; c) Conclusão; 6.2. O campo de abrangência dos crimes comissivos impróprios: a) Sua generalidade; b) Crimes comissivos impróprios culposos; c) Crimes comissivos impróprios tentados; d) A participação por omissão; 6.3. A questão da possibilidade de agir — 7. Conclusão e síntese — 8. Bibliografia.

1. A Questão dos crimes comissivos por omissão

Apesar da enorme dificuldade que cerca o tema da relevância causal da omissão, ou talvez precisamente devido à necessidade de se buscar a sua clarificação, é que o abordamos neste trabalho. Trata-se de *"Um dos temas mais difíceis e uma das questões mais tormentosas da ciência do Direito Penal"*,[1] não acolhido como fórmula expressa porque entendido desnecessário pelo legislador de 1940, conforme justificativa apresentada, à época, por um, e talvez o principal, dos artífices da reforma:

"Fez bem a Comissão Revisora em riscar o dispositivo. Desde que se reconhece, do ângulo de vista lógico, (como já fazia o Projeto Alcântara), que a omissão é Causal, redunda numa incoerência declarar-se, em seguida, que a omissão **equivale a causa**. *E inteiramente ocioso é dizer-se que a omissão só tem relevância penal, como causa, quando represente o descumprimento de um dever jurídico. Ora, também a ação só tem sentido penal, como causa, quando é contrária ao dever jurídico. O evento lesivo resultante de uma omissão LÍCITA não pode entrar na estrutura de um crime: é objetivamente lícito".*[2]

Alcançava já, portanto, o renomado Hungria, que a relevância causal da omissão repousava, em muito, no caráter de antijuridicidade da conduta, mas não antevia, com o costumeiro acerto, o vazio tipológico que adviria da falta de disposição a respeito.

Redimindo-se de tal falha, o próprio grande doutrinador acolheu dispositivo semelhante ao proposto por Alcântara Machado, assim se justificando:

"Importante é o que agora aparece como referência aos crimes comissivos por omissão. Não se encontram especificados na lei vigente, nem nos Códigos de sua época, os pressupostos da con-

(1) Heleno Cláudio Fragoso, Comentários, v. I, t. II, n. 12.

(2) Nélson Hungria, Comentários ao Código Penal, v. I, t. 2, n. 60.

duta típica, dessa categoria de delitos, defeito que as legislações penais modernas vêm corrigindo. Como se demonstrou, amplamente, a ilicitude aqui surge, não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque o não impediu, violando o seu dever de garantidor. É indispensável fixar na lei as fontes de tal dever de atuar".[3]

Deve-se verificar, portanto, que Hungria ia além da justificativa, para afirmar, nas entrelinhas, incompleta a proposta Alcântara, por prever expressamente a hipótese em que a omissão valesse como causa mas não frisar as suas fontes de dever jurídico. Tal não fora, entretanto e como visto, o motivo da supressão anteriormente feita.

Sabido, mais, que a reforma que instituiu a nova Parte Geral do Código Penal (Lei n. 7.209/1984) acolheu dispositivo praticamente idêntico ao redigido por Hungria (art. 13, § 2.º), nada mais interessante que analisar o instituto dos crimes comissivos por omissão também sob a perspectiva histórica positiva, no Brasil, indagando se a proposta de Alcântara Machado era, efetivamente, errônea, ou incompleta; se melhor seria, efetivamente, a supressão da previsão legal, como o fez o nosso CP de 1940, deixando à jurisprudência e à doutrina a sua solução; ou se a fórmula proposta por Hungria (CP de 1969 e CP vigente) era a mais adequada à solução do problema. É o que, ousadamente, passamos a fazer.

2. A proposta de Alcântara Machado

Assim se redigia o aludido dispositivo, no Projeto Alcântara Machado:

Art. 9 — O agente só responderá pelo evento que for efeito de sua ação ou omissão.

§ 1.º — Faltar à obrigação de impedir o evento equivale a causá-lo. (...).

Se insurgência houve, ainda que morigerada, quanto ao Caput (Costa e Silva, principalmente, discutiu sua necessidade), muito maior foi a reação ao parágrafo primeiro, na qual se sobressaiu o próprio Hungria. A previsão, para ele haurida do Código italiano, fora reproduzida no uruguaio e era, ao seu ver, incoerente.

De tais críticas procurou defender-se o próprio Alcântara, com a proverbial clareza de sempre:

"Toda a atoarda vem, afinal de contas, de mero equívoco do censor. O de que trata o dispositivo é, pura e simplesmente, de afirmar que na espécie há um nexo causal entre a omissão e o evento. Mas o reconhecimento da relação de causalidade não importa evidentissimamente, por si só, no reconhecimento da responsabilidade criminal do omitente em apreço. De fato, sabe toda a gente que, além do elemento material ou objetivo, a responsabilidade pressupõe o elemento subjetivo ou psicológico, isto é, o dolo ou a culpa. De sorte que se não houver dolo ou culpa, da parte do omitente, este não responderá pelo evento. Ainda mais: se o evento relacionado com a omissão realizar hipótese considerada pelo legislador somente quando dolosa, e culposa for a omissão, não existirá para o omitente responsabilidade penal, embora exista o nexo de causalidade".[4]

O que pretendia o venerando mestre, pois, era demonstrar que o dispositivo não implicava estruturar o crime, vale dizer, que o só reconhecimento do nexo causal com o resultado não esgotava o

(3) Exposição de Motivos n. 1, D.O.U. de 21.10.69, n. 9.

(4) Alcântara Machado, O Projeto do Código perante a Crítica, in: "Revista da Faculdade de Direito", v. XXXV, Fasc. I, janeiro a abril de 1939, p. 63/64.

delito, da mesma forma quanto aos comissivos puros, porque havia que se indagar, ainda, do tipo subjetivo, do dolo ou da culpa. Cabia, assim, a previsão genérica quanto à omissão, porque quanto a esta havia que se estabelecer um nexo normativo, diferentemente da ação, em que o nexo era naturalmente causal.

Estabeleça-se, desde logo: não havia dissidência doutrinária quanto à causalidade omissiva em si, afirmada por todos, desde Costa e Silva, resultante do dever jurídico de impedir o evento. O que se discutia era a necessidade de se estabelecer a equivalência causal entre a ação e a omissão, expressamente, bem como os pressupostos da conduta típica omissiva.

Se o legislador de 1940 repudiou a fórmula de Alcântara Machado (que era, reconhecidamente, colhida na lei italiana), não o fez porque a considerasse de pioneirismo temerário. Já a admitiam, viu-se, os códigos italiano e uruguaio mencionados, o projeto penal alemão de 1913 (§14), e até o Código Penal Chinês de 1935.[5]

Alcântara Machado, entretanto, apenas propôs que a relevância omissiva ficasse consignada, adquirindo base normativa. Não se propôs a fixar as hipóteses do dever jurídico. Isto foi objeto do CP de 1969, acolhido pelo legislador de 1984. Num aliviar de seu erro, diga-se, Hungria desenvolveu e ampliou a fórmula de Alcântara, como a afirmar, publicamente, que errara, mas também o seu criticado.

3. A relevância da omissão perante o Código Penal de 1940

O silêncio do legislador de 1940 suscitou reações doutrinárias díspares. Àquela altura já se consolidara, mundo afora, a idéia de que a lei penal procura, sempre, um fim de tutela para certos interesses, e que toda e qualquer conduta, desde que resulte em ofensa ou ameaça a tais interesses, deve ser condenável, "*quer consista num Facere ou num Omittere*".[6]

E a doutrina alienígena, com a nacional, bem estabelecia os pressupostos do dever de evitar um resultado, como os oriundos da lei, da ordem de superior hierárquico, de uma situação contratual ou profissional. A estes, a doutrina portuguesa acrescentaria os resultantes de uma situação de fato (o que adviria de uma ação anterior lícita, como o do que promove queimada e tem que impedir que alastre) ou dos deveres resultantes da moral e dos costumes, numa ampliação arrojada para a época (exemplificava-se com o não andar nu pelas ruas, quando, aí, a conduta era nitidamente comissiva).[7]

Em sua obra principal, o mestre Basileu Garcia teceu comentário bastante sucinto quanto aos próprios delitos comissivos por omissão, sem qualquer preocupação de detalhamento:

"*Caracteriza-se a existência da infração quando o sujeito ativo tem o dever jurídico de praticar o ato de que se abstém*".[8]

Calava-se quanto ao tema, seguindo os passos do legislador, ao tratar da relação causal.

(5) "Art. 15 — Where the prevention of a specified result is an obligation under the law, the failure to prevent what is preventable is equivalent to the active commission of such a result" — The Criminal Code of Republic of China — 1936 — Shangai, Kelly & Walsh Ltda.

(6) Código Penal Português Anotado, Vitor Antonio Duarte Faveiro e Laurentino da Silva Araújo — Coimbra Ed. Ltda., 4.ª ed., 1966, p. 11/13.

(7) Idem, Ibidem.

(8) Instituições de Direito Penal, v. I, t. I, 5.ª ed., p. 222.

Aníbal Bruno, igualmente, pouco discorre acerca da matéria, limitando-se a pouco mais que dizer:

"A punibilidade da omissão é outro problema, cuja solução depende da comprovação de concorrência de outros elementos do fato punível, a partir da antijuridicidade, resultante do dever jurídico de agir, que incumbia ao omitente".[9]

Afirma, pois, o grande mestre do Recife, um elemento natural na ação omissiva (em nota de rodapé, inclusive, anota a divergência entre as teorias naturalística e normativa quanto à omissão), que deveria ser melhor explicitado com a análise da antijuridicidade da conduta. Assim, resolvida a questão de que se houvesse a ação omitida o resultado desapareceria (omissão causal, na *Conditio Sine Qua Non*), haver-se-ia de perquirir o outro elemento do crime, o antijurídico, verificando se o agente tinha o dever jurídico de agir. Isto significa que a omissão, revelada causa, seria típica desde logo, restando a indagar de sua antijuridicidade, que seria afirmada se o agente tivesse o dever jurídico de evitar o resultado (cujas bases não vinham afirmadas na lei) e seria arredada se não tivesse o agente tal dever jurídico (quando, entretanto, as causas de exclusão de antijuridicidade, deviam ser expressas, como entendido à época).

Magalhães Noronha parece ter sido um dos que mais atento olhar dirigiu à questão. Admitiu, expressamente, a omissão sob um ponto de vista naturalístico, lembrando percuciente indagação de Masimo Punzo:

"Se não é exato que as flores secam tanto quando o jardineiro não as rega, como quando as água com uma solução de sublimado", depois de ter afirmado que *"Quanto à ação negativa, ou omissão, entra no conceito de ação (Genus) de que é espécie. É também um comportamento ou conduta e, conseqüentemente, manifestação externa, que, embora não se concretize na materialidade de um movimento corpóreo — antes é a abstenção desse movimento —, por nós percebida como Realidade, como Sucedido ou Realizado".*

Para o renomado autor, razão está com a Teoria Naturalística, portanto, mas nem por isso afasta a necessidade de afirmação de seu conteúdo antijurídico: *"Mas, ao Direito Penal elas só interessam quando têm relevância, quando importam o descumprimento de um dever jurídico ou se opõem ao Comando da norma legal, o que lhes dá o conteúdo normativo".*[10]

Não se cansa de demonstrar que a omissão é um fato, e não uma abstração:

"Ela é tão real como a ação, pois é expressão da vontade do omitente, porque é reconhecível e verificável no tempo e no espaço, e porque não é um Não-Ser, porém, modo de Ser do autor. E se tem um conteúdo real, não é um nada, mas alguma coisa suscetível de determinação e percepção. Como tal, pode dar lugar a um processo causal".[11]

Para arrematar, quanto à nossa indagação primária:

"O Código Penal italiano é expresso: 'Não impedir um acontecimento que se tem a obrigação jurídica de evitar equivale e causá-lo'. Tal dispositivo, entretanto, é superfetação, desde que se declare ser a omissão causa, como faz o legislador pátrio no art. 11".[12]

Desde então, refutando-o e aos adeptos de tal **superfetação**, erguia-se a voz de Paulo José da Costa Jr., de formação nitidamente clássica italiana:

(9) Direito Penal, Parte Geral, t. 1.º, Forense, 3.ª ed., 1967, p. 321.

(10) E. Magalhães Noronha, Direito Penal, Ed. Saraiva, v. 1, 17.ª ed., p. 106.

(11) Idem, Ibidem, p. 125/126.

(12) Idem, Ibidem, p. 125/126.

"O Projeto Alcântara Machado, que antecedeu o Código Penal de 1940, continha dispositivo que a Comissão Revisora deliberou suprimir: "....." Não poderia o legislador brasileiro de forma alguma suprimir o dispositivo em questão. Sem ele, não será possível promover a condicionalidade hipotética omissiva à categoria de causa. Necessário, portanto, o decreto de promoção normativa. Ausente a ficção legal, a omissão perde sentido. Dilui-se, desnorteia-se.

.....

Dois, portanto, os pressupostos da causalidade omissiva: a conexão condicional hipotética entre conduta e evento; e a violação de uma obrigação jurídica de intervir".[13]

Vê-se, pois, e claramente, que o ex-Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo afirmava o que outros apenas intuiam: a falta de tipicidade dos delitos comissivos por omissão.

Esta, precisamente, a grande crítica que se fazia, a cada vez mais tomando espaço na doutrina mundial. Se faltava tipicidade aos denominados delitos omissivos impróprios, faltava-lhes legalidade, ou seja, constituíam-se em violação ao vetusto e básico Princípio da Legalidade.

4. O crime comissivo por omissão e o princípio da legalidade

O que parece é que o legislador de 1940, e os doutrinadores que o influenciaram, além de boa parcela dos comentaristas da época, não se deram conta do grave problema da infringência que o tratamento dado à questão representava para o Princípio da Reserva Legal.

É verdade que Paulo José da Costa Júnior, bem mais tarde, afirmaria a necessidade da previsão legal dos crimes omissivos impróprios. Mas afirmaria, também, que *"No crime comissivo, uma única violação se perpetra da norma principal. No crime comissivo-omissivo, duas: da principal e da acessória, que estabelece o dever de agir. Conseqüentemente, somente uma parte do tipo acha-se legalmente descrita. A outra incumbe ao Juiz construir, complementando o tipo".*[14]

Assim o afirmou quando já aceita a reforma que introduziu, em 1984, o dispositivo acerca da relevância causal da omissão. Entretanto, vê-se, deixava a solução pela metade, incumbindo ao Juiz parcela do tipo a realizar, o que significa menos que o arbítrio tão só pela segura orientação doutrinária a respeito.

Sobre o assunto, discorre Carlos Creus, sendo de se lembrar que o Código Penal argentino não acolhe a previsão, em tipo próprio da Parte Geral, da causalidade omissiva:

"Sin duda, lo que más preocupa a la doctrina contemporánea al tratar dos delitos de Comisión por Omisión, es el hecho de que su reconocimiento puede colasionar com el principio de legalidad encuanto se trata de tipos 'no escritos' (son 'tipos de interpretación', Schmidthäuser): la ley pune al que mata, pero un lado se plantea esa objeción, por el otro, dejar de reconocerlos importaría poner al descubierto un amplio campo de permisividad al ataque del bien jurídico que el mismo tipo omisivos improprios aparecerían como el agotamiento necesario del contenido prohibitivo del tipo escrito (Zaffaroni)".

Elide, entretanto, a suposta agressão ao princípio da legalidade, da seguinte forma:

(13) Direito Penal Objetivo, Forense Universitária, 1989, p. 32.

(14) Idem, Ibidem, p. 32.

"Por supuesto que la objeción del principio de legalidad se rebate cuando la omisión impropria es tratada legalmente como una extensión del tipo (como lo hizo nuestro Proyecto de 1960 — Soler, en su art. 10), o cuando excepcionalmente el legislador lo revé taxativamente (entre nosotros ciertos casos de abandono de personas del art. 106, Cód. Penal). Creemos que la corrección jurídica de la causalidad permite incluir en ella toda condición típica de un resultado, sea esta la de producirlo — cuando no se lo debía producir — o la de no impedirlo — cuando se lo debía impedir —, por lo cual no nos parece violatoria del principio de legalidad la consideración de la comisión por omisión (en un significado socialmente adecuado de la acción de "matar", tanto mata el que quita la vida a otro, como el que permite que se extinga la vida cuando puede imperdirlo)".[15]

E prossegue, com observação a ser pensada:

"Por muchas razones el tema puede parecer sobredimensionado en la doctrina con abundancia del debate teórico, sin poner demasiado atención a suas verdaderas consecuencias prácticas (dogmáticas)".[16]

A questão, todavia, subsiste. Não ofenderia ao princípio da legalidade a inexistência de uma norma que expressamente previsse a extensão ao tipo incriminador? A conduta incriminada só o poderia ser se fosse hipótese de adequação típica de subordinação mediata, como o é a tentativa, ou o são as modalidades culposas, mas para tanto deveria haver a previsão genérica da relevância causal da omissão e a específica, a cada tipo penal em que cabente, como se faz com os delitos culposos.

Ainda em terras argentinas, Ricardo C. Nuñes dá uma solução simplista ao problema:

"Fracasada la tesis de la relación causal física, la atribución del resultado físico al omitente encontró un nuevo fundamento en el principio de la 'acción esperada'... la omisión es causal si el resultado desaprobado por el ordenamiento jurídico hubiera sido impedido por la acción que se 'esperaba del autor'". E apressa-se em corrigir a fórmula:

"La acción esperada no puede, empero, explicar satisfactoriamente el fundamento jurídico de la obligación de actuar para evitar el resultado delectivo en el caso de ingerencia, *esto es, en el caso en que ese deber tiene como fuente un hecho precedente ala omisión realizada por el autor".*[17]

Aponta, a seguir, fórmula simplista ou, pelo menos, insuficiente para tão magno problema, ao afirmar que a responsabilidade do omitente por um resultado delitivo é uma questão de tipicidade inerente aos tipos dos delitos de comissão, que são aqueles que prevêm um comportamento contrário a uma norma proibitiva. A infração a tal espécie de norma tanto se dá pela causação física do resultado como pela omissão, quando se tenha uma situação jurídica particular que lhe atribua a responsabilidade.

Com a costumeira clareza inovadora, afirma Welzel:

"Si se desea desarrollar los tipos de los delitos de omisión improprios mediante una conversión de los tipos de comisión, se evidencia un sensible vácio en la elaboración de los tipos legales.

.....

El no evitar el resultado típico en el sentido de un delito de comisión, por una persona con poder para ello, nunca

(15) Carlos Creus, Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed., Astrea, p. 181.

(16) Idem, Ibidem, p. 184.

(17) Manual de Derecho Penal, Parte General, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 3.ª ed., p. 160.

es suficiente para fundamentar la autoría, en al sentido de correspondiente delito de omisión improprio. En estos casos, más bien, la autoria tiene que ser fundada independientemente, junto ala conducta típica, por características especiales de autor: sólo el no evitar un resultado típico por parte de una determinada persona con poder para ello, convierte a dicha persona en autor en el sentido de un delito de omisión improprio".[18]

Pretende, portanto, o renomado autor, resolver (ou buscar o campo de solução) do tema sob um outro ângulo, o dos crimes próprios, em que só determinados autores podem fundamentar o injusto punível. Assim, se um qualquer revela segredo privado alheio, a conduta é atípica. Se se trata de um sacerdote, entretanto, há crime. Também só haveria o delito comissivo impróprio quando e para o autor que tivesse o dever jurídico de impedir o resultado que a norma pretende evitar.

"El no evitar el resultado típico es típico en el sentido de un delito de omisión improprio sólo para determinadas personas con poder del hecho, que de antemano estén en una relación estrecha respecto al bien jurídico. Los delitos de omissión improprios comparten, por lo tanto, con los delitos especiales proprios, la particularidad de caráter típico de que la antijuridicidad de la conducta del autor sólo se funda mediante la adición de características objetivas especiales de autor".[19]

E conclui, aceitando a exceção ao Princípio da Legalidade:

"En los delitos de omisión improprios, el juez mismo mediante una complementación del tipo, tiene que encontrar las características objetivas de autor"... "El principio Nulla Poena Sine Lege experimenta en estos casos una profunda limitación: sólo la conducta del autor está 'legalmente determinada' y no las características objetivas de autor. Por esta razón, se han hecho valer siempre reparos de índole constitucional en contra de los delitos de omisión improprios. Del vacío en la descripción legal típica resulta dogmáticamente la inseguridad para el juez de circunscribir con suficiente precisión las características típicas nos escritas del autor de la omissión. Esta dificuldad dogmática no radica en las deficiencias de una ley determinada, sino en la naturaleza de la cosa. **Es impossible, por principio, circunscribir concreta e exaustivamente en tipos legales la inmensa variedad de posibles autores de omisión"** — *grifo nosso.*[20]

Se assim o é, como, ao menos, minorar tais defeitos congênitos da espécie normativa em questão?

"Sin embargo, estos deberes señalados expresamente en la ley, son sólo parte de un círculo de deberes más amplios que está detrás de ellos. Así, por ejemplo, el deber de garante jurídico penal de salvar la vida no debe identificarse con el deber civil de dar alimentos. Por otra parte, se corre el peligro de que mediante la 'des-positivation' de los deberes de acción, se pierda la línea divisoria entre un deber meramente ético-social y otro consolidado juridicamente; la antigua fundamentación formal de los deberes es sustituida en medida creciente por la figura de la 'estrecha comunidad de vida'. Sin embargo, aunque no se pueda volver al primitivo y restringido punto de partida de un deber jurídico formulado en la ley, hay que exigir la consolidación jurídica del deber de garante: esto es, la responsabilidad del garante, aunque se lea directamente en

(18) Hans Welzel, Derecho Penal Aleman, Editorial Jurídica de Chile, 3.ª ed., p. 286/287.

(19) Idem, Ibidem, p. 287.

(20) Ob. Cit., p. 288.

la ley, tiene que poder ser confirmada por la ley".[21]

Ora, assim, rechaça o mestre de Bonn a fórmula entre nós preconizada por vultos da estatura de Alcides Munhoz Netto, da inclusão, na Parte Geral, de cláusula pela qual a omissão imprópria só fosse punida em casos expressos, excepcionais, em que a conduta constasse do preceito da parte especial, assim como ocorre com os delitos culposos.[22] Neste mesmo sentido o preconizado na Segunda Reunião da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina.[23]

De qualquer modo, vê-se, é eivada de dificuldades a proposta de uma fórmula genérica com as hipóteses de dever jurídico quando o que se tem, antes de tanto, é a figura do devedor jurídico, imprevisível genericamente. Por outro lado, o nível de detalhamento por alguns preconizado, na Parte Especial, seria mais um, entre tanto outros, imenso óbice ao já abalado dogma do 'conhecimento presumido da lei', ante a sua extensão e diversidade.

Teria sido, indague-se, mais feliz o legislador de 1940, calando-se quanto ao não positivável, que o atual?

Esta era a resposta dada, à época, por doutrinador do porte de Luis Jiménes de Asúa, que, após esmiuçar as várias correntes explicadoras da natureza do delito comissivo por omissão, analisou a oportunidade do art. 40 do Código Penal italiano, onde a proposta de Alcântara confessadamente abeberou-se, além de trazer à colação autorizadas vozes do país de Carrara, cada uma a trazer sua fundamentação à necessidade do dispositivo, tendo por base a própria natureza da omissão enquanto causa. O grande mestre não deixou de observar, após demonstrar as muitas dificuldades, que:

"Cuanto antecede es aplicable a los Códigos Iberoamericanos que han copiado lo dispuesto por el Código de Italia, y ante las dudas que existen para esclarecerlo, queda justificada nuestra censura a cuantos han transcrito, sin demasiadas preocupaciones, un precepto que origina tantos debates".[24]

A dificuldade, entretanto, não poderia justificar o gravame da aceitação da ofensa ao princípio da legalidade. O Código Penal de 1940, pode-se afirmar hoje sem medo, perdeu excelente oportunidade de, pela previsão normativa ainda que sumária, iniciar o grande esforço no sentido de que a tipificação dos delitos omissivos impróprios não seja aberta, como incrivelmente pregado por alguns.

"O Direito Penal, todavia, pelo princípio da legalidade e da tipicidade, não pode abrir mão da exigência de ligar o juízo, de responsabilidade a uma norma-comando. Por isso, a omissão juridicamente relevante é a que infringe uma Obrigação Jurídica de Fazer".[25]

Essa obrigação a que se refere Nuvolone pode estar especificamente prevista pela própria lei, e assim o deve ser, embora possa estar sancionada por uma norma jurídica diferente: e esta norma pode, ainda, ser deduzida do sistema. Sem dúvida, entretanto, a única maneira de cumprir o rigor da reserva legal, será a previsão expressa, no próprio texto penal.

É preciso não esquecer a advertência de Zaffaroni, lembrada por Alcidez Munhoz Netto:

(21) Ob. Cit., p. 293.

(22) Crimes Omissivos, Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, Curitiba, v. 326, jul./dez., 1984.

(23) Código Penal Tipo para Latinoamérica — Academia Mexicana de Ciências Penales, México, 1967, 2.ª r. Plenária, p. 84/109 e 493.

(24) Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Ed. Losada, Buenos Aires, 1951, n. 1154, p. 600.

(25) Pietro Nuvolone, O Sistema do Direito Penal, v. 1.º, Ed. RT, 1981, p. 198.

"E o uso indiscriminado da tipificação pode redundar num autoritarismo penal muito restritivo do âmbito ou espaço da liberdade das pessoas e em abertas violações a direitos fundamentais do homem".[26]

Refere-se, o autor, à necessidade de limitar a faculdade do legislador na citação de figuras delituosas da espécie, e assim o deve ser, de fato. Todavia, nada impede a previsão genérica e a seqüente especificação, como se tem com os crimes culposos.

Bem por isso afirma o mesmo consagrado estudioso:

"Sob outro prisma, para os crimes omissivos impróprios, enquanto permanecer o critério de não limitar sua punibilidade na parte especial, nem definir legislativamente as situações de que surge o dever de evitar o resultado, tais delitos continuarão previstos em tipos abertos, que necessitam de complementação judicial, para que neles possam ser subsumidas determinadas inações.

A segurança do direito impõe que não se deixe ao livre critério dos Juízes o equiparar a omissão à comissão, para castigá-la como se também esta fosse causadora do resultado. Sem limites obrigatórios, quanto ao dever do omitente em evitar a lesão, e quanto à punibilidade do comportamento, se enfraquece a garantia do Nullun Crimen Sine Lege, mediante a qual se afirma a função limitadora do Direito Penal. Importante, pois, o esforço de condensar, em fórmulas legislativas precisas, as hipóteses em que alguém possa ser responsabilizado por um resultado que não causou, mas que poderia e deveria evitar. Importante, igualmente, estudar a maneira de criar tipos fechados de crimes omissivos impróprios".[27]

(26) Autor citado, Os Crimes Omissivos no Brasil, In Ajuris, n. 29, Ano X, 1983, novembro, Porto Alegre, p. 35.

(27) Alcides Munhoz Netto, ob. cit., p. 36.

Discorria o professor paranaense, sobre a matéria, às vésperas da reforma da parte geral do CP, efetivada em 1984. Suas palavras encontraram eco, sabe-se, mas são de total atualidade:

"Enquanto a expressa previsão das hipóteses de evitar o resultado não for incorporada ao nosso Direito Positivo, persistirá o problema de compatibilizar os crimes de omissão imprópria com o princípio da anterioridade da lei penal. (...)[28]

É geral, em conseqüência, o reconhecimento de que compete à doutrina e à jurisprudência determinar as posições de garantidor, dos quais se deduz aquele dever. Com isso, o princípio do Nulla Poena Sine Lege experimenta profunda limitação, já que a conduta não está inteiramente determinada. A lei só comina a pena para a produção comissiva do resultado e estende a mesma responsabilidade a quem não o evita, sem especificar, contudo, quando ocorre tal dever de impedi-lo. Assim, só uma parte do tipo está legalmente descrita; a outra tem que ser construída pelo Juiz, a quem fica a tarefa de complementá-lo. Quanto à segurança do Direito, o atual sistema de disciplina legislativa dos crimes omissivos impróprios comporta, destarte, todos os reparos opostos aos tipos penais abertos".[29]

Já advertia Anibal Bruno que o princípio da legalidade não se limita à necessidade de previsão penal anterior, mas à exigência da não formulação de tipos penais abertos.

Everardo da Cunha Luna, por sua vez, aborda especificamente soluções para obviar o entrave:

"Como os crimes comissivos por omissão, regra geral, não estão explicitados nos tipos penais, surge o problema da constitucionalidade da puni-

(28) Idem, Ibidem, p. 49.

(29) Idem, Ibidem, p. 49.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ção por omissão imprópria. Não haveria, na tipificação desses crimes, considerados implícitos nos tipos penais de resultado, uma ofensa ao princípio da reserva legal? Tendo como conteúdo deveres jurídicos emanados de outras fontes, que não a própria lei penal, não escapariam esses tipos penais ao controle do salutar princípio da legalidade? Quanto à implicitude, deve-se lembrar que, em muitos tipos penais, elementos constitutivos do crime estão implícitos, exigindo, desse modo, uma investigação especial. E quanto a outras fontes de deveres jurídicos, que vão além das palavras descritivas da lei penal, exigindo juízos de valorização, deve-se lembrar, igualmente, que existem, em muitos tipos penais, elementos constitutivos do crime de natureza valorativa. A questão básica, fundamental, portanto, não está na própria essência da omissão imprópria, mas no **modo** *como deve ela ser disciplinada pelo Direito Penal.*

A técnica na construção de tipos penais, na Parte Especial, destinados aos crimes comissivos por omissão, não pode ser escolhida como a única constitucionalmente adequada e praticamente eficaz. Dois defeitos apresenta: ou deixa escapar uma grande quantidade de fatores que merecem punição, ou procurando abarcá-los a todos, tarefa tortuosa, peca contra a economia legal. Tem a virtude, porém, de limitar o número de bens jurídicos e de agrupar, num tipo omissivo, vários crimes da mesma natureza".[30]

A nível de proposta, entretanto, não avança mais do que postular um aumento de previsões típicas de crimes omissivos, quer próprios quer impróprios. A questão do dogma da reserva legal persiste irresolvida, reconhece, apenas acrescentando que se devam evitar, o quanto possível, os chamados tipos penais abertos.

5. A fórmula adotada na reforma penal de 1984

O atual dispositivo repete, quase que identicamente, a proposta de Nélson Hungria, que constituiu o malfadado Código de 1969:

"Relação de causalidade

Art. 13 — O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1.º (...)

Relevância da omissão

§ 2.º — A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado".

De início, constata-se a convivência de um critério **mecanicista** (caput) e de uma forma **normativa** (§ 2.º) no preceito, o que é incongruente, como alertou René Ariel Dotti, lembrado por Damásio. A explicação para tanto, dada pelo último doutrinador, no sentido de que "*a incongruência do texto atual não se encontra no Projeto de CP. Deveu-se a Emenda no Congresso Nacional*",[31] não convence, na medida em que o mesmo defeito ostentava a fórmula proposta por Hungria em 1963.

(30) Everardo da Cunha Luna, O Crime de Omissão e a Responsabilidade Penal por Omissão, In: Vox Legis, Ano XV, v. 173, maio de 1983, p. 07/08.

(31) Damásio E. de Jesus, Direito Penal, Parte Geral, Ed. Saraiva, 15.ª ed., p. 222, nota 18.

A explicação dada por Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, membros da comissão responsável pela atualização da reforma, é mais convincente:

"Volveu-se, neste passo, seguindo a linha dos legisladores atuais, à fórmula que se continha no Código de 1969, para disciplinar a relevância etiológica da omissão, estabelecendo-se os destinatários do preceito primário, para o que se concretizou, em elenco, o prévio dever de agir [cons. trabalhos apresentados ao Colóquio Nacional Preparatório do 12.º Congresso Internacional de Direito Penal (In: Revista de Direito Penal, n. 33)].

O conteúdo da norma, contudo, não implica a adesão e pura e simples a um conceito normativo, mesmo porque, mantida a referência, de origem naturalística, à omissão, no Caput, as hipóteses em que se instaura o dever de agir melhor se ajustam à antijuridicidade do que ao tipo. O legislador, nesta matéria, como em outras, não assumiu compromisso doutrinário que transcendesse à sua tarefa específica".[32]

Já de muito os analistas do Código italiano, entretanto, vislumbram explicação mais correta:

"Acaso el menos imperfecto de todos los comentários que suscita ese inciso segundo el art. 40 del Código italiano, sea el que hece Francisco Antolisei: el artículo 40, en su párrafo 1.º, afirma el ligamen causal, y en el segundo se delimita la responsabilidad del que se omite: 'Por efecto de esta disposición quien determina un resultado mediante una omisión no responde siempre de ella... La causalidad, pues, no basta: se necesita, además, la existencia de la obligación, para el sujeto, de ejecutar una acción dada, y precisamente la acción que habría impedido la realización del resultado. Tal obligación debe ser jurídica, es decir, impuesta por el derecho, sin que la simple violación de un deber moral sea suficiente".[33]

Interessante notar que, sob os aplausos do não menos aplaudido Jiménez de Asúa, volvia-se à singela explicação prestada pelo próprio Alcântara Machado, ao início da "atoarda", como se tem da referência de n. 04.

E portanto, definitivamente, incorporava o legislador à lei penal brasileira o que a grande maioria dos doutrinadores da época do Código de 1940, e a quase totalidade dos da época atual, o faziam: a relevância jurídica da omissão, e os casos de tal relevância/dever. Para que o princípio da legalidade não sofresse qualquer esbarrão, só restava, se possível, a explicitação dos tipos penais que comportassem a forma omissiva imprópria, o que ficou para o futuro.

Procedente, como sempre, a observação de Alberto Silva Franco:

"Diante da alternativa ou enumerar, em artigo de lei, as fontes geradoras do dever de atuar, ou compor, tal como ocorre com o crime culposo, figuras atípicas de omissão imprópria, não há dúvida de que a opção que melhor atende ao direito de liberdade do cidadão é a segunda. O legislador de 84 preferiu, contudo, definir-se pela primeira, acolhendo, em linhas gerais, no texto legal, a tipologia clássica das fontes geradoras do dever de atuar, sem concessão alguma às considerações da doutrina mais moderna, a respeito de fontes desse dever, de conotação ética ou moral".

E indaga:

"Não se ajustaria a tal hipótese o caso do transeunte, única testemunha do fato, que, sem nenhum esforço maior, poderia

(32) Ricardo A. Andreucci e Sérgio Marques de Moraes Pitombo, Notas ao Quadro Comparativo da Lei n. 7209/1984 e Parte Geral do Código Penal, Ed. Apamagis, Nota 7, 1985.

(33) Luiz Jiménez de Asúa, ob. cit., n. 1153.

salvar uma criança de tenra idade que caiu numa fonte de praça pública? (Günter Stratenwerth, ob. cit., p. 302)".[34]

Assim, vê-se, a previsão legal vigente não é satisfatória, conforme abalizadas vozes, porque incompleto o tipo genérico e ofensiva ao princípio da reserva legal a inexistência de tipos omissivos impróprios na parte especial, ao lado dos tipos comissivos, da mesma forma que ao lado dos tipos dolosos arrolam-se alguns culposos.

Todavia, e a Data Venia aqui é irresistível, a verdade é que doutrinadores como Damásio e Mirabete preferiram o silêncio quanto a tão importante questão, quem sabe considerando-a, como a considerou Creus (referência n. 16), tema superdimensionado, de decorrências mais teóricas que práticas-dogmáticas, com o que não se pode concordar.

Merece destaque, entretanto, o posicionamento de Francisco de Assis Toledo, sem dúvida o grande mentor da reforma da Parte Geral do CP, em 1984:

"O problema da causalidade nesses delitos comissivos por omissão tem ensejado inúmeras disputas doutrinárias que, entre nós, com a reforma penal, perde relevância. Com efeito, o legislador pátrio estabeleceu um nexo de causalidade normativo entre a omissão e o resultado, no art. 13 e parágrafos do Código Penal, especificando as hipóteses em que esse nexo deva ser reputado presente, a saber: (...)

A omissão terá o mesmo valor penalístico da ação quando o omitente se colocar, por força de um dever jurídico (art. 13, § 2.º), na posição de garantidor da não-ocorrência do resultado".[35]

Será assim, efetivamente? A posição de garante esgotaria a questão da tipicidade de tais delitos? A previsão legal é, portanto, suficiente? Afinal, qual o seu campo da abrangência? O **risco pessoal afasta ou não** o dever jurídico? São questões ainda pendentes, sobre as quais nos debruçamos a seguir.

6. Alguns aspectos relevantes

6.1 A natureza da omissão imprópria

Após tantos debates doutrinários e propostas legislativas, a indagação permanece, para a perplexidade de muitos ou a adesão, até hoje, às Teorias Causal e Normativa da omissão.

Valha-nos uma solução. Indubitável é que se encontra superada a "falsa máxima de 'nada, nada puede resultar'",[36] mas não há negar que persista uma concepção **causal** para a omissão. Por outro lado, a ela se antepondo, alguns professam explicação puramente normativa para a causalidade omissiva.

a) Teoria causal

Para os que ainda acreditam na realidade da causalidade omissiva, a melhor das explicações é aquela que parte de um conceito puramente dinâmico do real, pelo qual as coisas estão sempre acontecendo, num fluir incessante. Não há, para esta concepção, atos que rompam a inércia e determinem um resultado, qualquer que seja. Há, só, atos que impulsionam movimentos previamente tendentes a um determinado resultado, e outros que vão contra tal movimentação, desviando o fluxo dos acontecimentos para outro que não aquele ao qual inicialmente tendia o ato (deslocar) considerado. O que chamamos causa, portanto, seria, sempre, concausa e/ou contracausa, inexistindo causalidade pura, primária.

(34) Alberto Silva Franco, Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. RT, 4.ª ed., p. 74.

(35) Francisco de Assis Toledo, Princípios Básicos de Direito Penal, Ed. Saraiva, 4.ª ed., p. 116.

(36) Luiz Jiménez de Asúa, ob. cit., n. 1150.

A inércia, a omissão, não passam de atos que aceleram a disposição prévia do movimento. A comissão, ao contrário, é a conduta que se antepõe ao resultado a que se dirigia o movimento fático. Ambos são ação, vê-se, determinando resultados, mas não ação pura. A omissão é a que apóia o fluxo dos acontecimentos naturais. A comissão, a que o nega. Assim, Tício, matando Caio a tiros, impediu a continuidade do movimento vida, em Caio; enquanto Tício, não socorrendo Caio que caíra numa lagoa, foi concausa para o resultado morte que já se desenvolvia naturalmente.

Esta visão, de modo geral, coincide com a de Pietro Nuvolone, para quem não procede a aparência enigmática do problema da causalidade omissiva:

"Isso significa que a materialidade do fato consiste em não ter interrompido uma sucessão causal já IN ITINERE, *colocando em ação outra sucessão causal capaz de interromper a primeira".*[37]

Seguindo-se tal corrente, sob a idéia motriz de uma sucessão permanente dos fatos, seria ação a omissão, porque aquela precederia esta, tanto quanto omissão a ação, porque contraria a ordem natural das coisas.

Como distinguir, assim, num campo de pura especulação, **ação** e **omissão**? Impossível. Tal só se resolveria no campo ético, de valores, no qual **ação** seria contrariar o movimento natural, enquanto **omissão** seria apoiá-lo. O movimento natural, contudo, só importaria ao Direito Penal), enquanto bom, enquanto justo. Ter-se-ia a relevância causal resolvida meramente no campo ético, e, depois, do Direito. Daí que a relevância jurídica, tanto da ação como da omissão, reside no campo da **antijuridicidade**, acentuando-se tal característica na omissão (porque, quanto a esta, só alguma é considerada, e só o é se antijurídica). Por isso a afirmação de Andreucci e Pitombo, de que *"as hipóteses em que se instaura o dever de agir melhor se ajustam à antijuridicidade que ao tipo"* (referência n. 30).

Tal posicionamento, vê-se, resumir-se-ia na aceitação da causalidade omissiva (como relevância no mundo dos fatos) condicionada à sua antijuridicidade (pertinente à condição de garante), o que foi, em termos gerais, o posicionamento do legislador de 1984.

Com tão pouco de tipicidade, e tanto de antijuridicidade, fácil de concluir que se ameniza a questão de ofensa ao Princípio da Reserva Legal.

b) A teoria normativa

Sustenta-se, entretanto e ainda, uma opção meramente normativa para fundamentar a conduta omissiva.

Aí se inseriria o pensamento de Max Ernst Mayer, no sentido de que o descarrilhamento de um trem pode dever-se tanto à conduta omissiva de um guarda-vias desatento como à comissiva do que empreende manobra errada. Para tal escritor, a conduta omissiva é **causação** em **sentido filosófico.**[38]

Do mesmo modo Guex, para quem *"También los hechos negativos son condiciones. Nosotros decimos que la causa del incendio por el rayo es la falta de pararrayos, y la causa de la derrota de Waterloo ha sido la ausencia de Grouchy".*[39]

A todos assistiria a "teoria da ação esperada", de Mezger: *"La pregunta decisiva se formula así: Hubiera sido impedido por la acción 'esperada' el resultado que el derecho desaprueba? cuando esta pregunta se responde afirmativamente, la omisión es causal en orden al resultado".*[40]

(37) Ob. cit., p. 198.

(38) Luis Jiménez de Asúa, ob. cit., p. 592.
(39) Idem, p. 593.
(40) Idem, p. 596.

Nessa linha, coube a Grispigni, para o esclarecimento do art. 40 do Código Penal italiano, a melhor formulação normativa:

"En el párrafo primero — dice — se trata de enunciar en general la causalidad; y en el segundo se afirma em punto de vista normativo, que es el único que permite concebir causalmente da comisión por omissión".[41]

A afirmação supra, para nossas terras transposta, encontra perfeito eco na crítica ao dispositivo equivalente, de nosso Código. Porque a omissão é causal, afirma-o o 'caput' do art. 13, no sentido mesmo que estabelece o nexo: não houvesse a omissão, não se daria o resultado. Mas nem toda omissão é **penalmente relevante**, porque só se é punido por não evitar o que se tem o dever de evitar, nas hipóteses normativamente alcançadas, que se resolvem no terreno da antijuridicidade.

c) Unem-se, pois e ao final, ambas as teorias, em fórmula híbrida, sendo de se aceitar que a omissão é causal, mas tal não basta para que seja relevante, precisando ser antijurídica. Daí que a enumeração expressa das hipóteses de dever jurídico se faz necessária.

6.2 O campo de abrangência dos crimes comissivos impróprios

a) Sua generalidade

Ousamos afirmar, de pronto, que praticamente todos os delitos comissivos podem vir a ser cometidos por omissão, daí a dificuldade criada pela ausência da previsão específica da punibilidade em cada tipo penal. Como acentua Zaffaroni, até mesmo um estupro, ou um furto, podem ser cometidos por omissão, figurando-se o primeiro no caso do médico encarregado da guarda de um manicômio que, enquanto toma banho de sol, deixa que uma paciente pratique com ele o coito, sem fazer qualquer movimento; o segundo no caso do encarregado de vigiar a correia transportadora de jóias de uma fábrica, que deixa o seu trabalho, levando, conscientemente, jóia por acidente caída e enroscada em suas calças.[42]

b) Crimes comissivos impróprios culposos

Apesar da oposição de notáveis cultores da ciência jurídico-penal, entendemos que o crime comissivo impróprio possa ser atribuído ao agente a título também de culpa.

Conforme Heleno Cláudio Fragoso, tanto comete crime comissivo por omissão o garantidor que se abstém de evitar o resultado por desejar a sua superveniência quanto o que, embora não a querendo, aquiesce em seu advento, ou o que, simplesmente, omite deveres de cuidado, conhecendo ou podendo conhecer o resultado que lhe cumpria evitar.[43] Ora, a este, o crime será imputado por culpa.

É que, como assinala H.H. Jescheck, sempre que o correspondente tipo de comissão admita a forma culposa, os delitos de omissão imprópria podem ser cometidos com culpa. Trata-se, como nos crimes comissivos, da inobservância do dever de cuidado.[44]

Como resume Delmanto, configurando-se a obrigação de agir com a possibilidade de agir, *"se não agir para evitar o resultado, poderá ser responsável por este, a título de dolo ou de culpa".*[45] E o reitera Jescheck: *"Los*

(41) Idem, p. 599.

(42) Eugênio Raul Zaffaroni, trabalho apresentado ao Colóquio de Direito Penal, Rio de Janeiro, 20 a 23 de outubro de 1982.

(43) Lições de Direito Penal, p. 225.

(44) Hans Heirich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Barcelona, § 59, VII.

(45) Celso Delmanto, Código Penal Comentado, Ed. Saraiva, p. 20.

delitos de omisión impropria no regulados en la ley pueden cometerse por imprudencia siempre que el correspondente tipo de comisión considere suficiente la culpa".[46]

Merece verificação, a respeito, a abrangente visão de Nuvolone:

"...a obrigação de não omitir todas as cautelas necessárias para evitar que se verifique uma situação perigosa, da qual surja um evento lesivo, está implícita em todas as normas sobre culpa (a esse propósito, como se verá, convém esclarecer que, em muitos casos, os crimes culposos são crimes cometidos mediante omissão)".[47]

Ao analisar casos colhidos no Direito positivado, Asúa menciona um da jurisprudência argentina, de crime comissivo por omissão culposo, julgado em 1941, no qual um rapaz caíra n'um poço de cal, morrendo em conseqüência de queimaduras, e o réu (o construtor) teria omitido as cautelas indispensáveis: *"El hecho debe calificarse de homicidio omisivo por negligencia, categoria de delito que, al decir de Binding, 'ha merecido el honor de ser, en la escala de los delitos, el más pequeño entre los pequeños'".*[48]

c) Crimes comissivos impróprios tentados

Dúvida não há quanto à figuração da tentativa em tais delitos. Discorre a respeito, com a normal clareza, Munhoz Netto:

"Delitos de resultado, os omissivos impróprios sempre comportam a tentativa. Neles o fazer não importa necessariamente em consumação. Entre a omissão e o Summatum Opus pode surgir circunstância imprevista que impeça o advento do resultado (ex.: a inesperada atuação de terceiro impede a morte do filho, não aleitado pela mãe).

O limite mínimo da tentativa punível não pode, entretanto, ser fixado pelo começo da execução a que alude o CP (art. 12, II). No comportamento omissivo não há nada comparável ao início da comissão ativa. Deve-se recorrer, portanto, ao critério da exposição do bem tutelado a perigo. A tentativa começa no momento em que a demora da ação salvadora faz surgir ou aumenta o perigo imediato".[49]

d) A participação por omissão

Aqui, deve-se distinguir: trata-se da participação por omissão em crime comissivo. A participação é que é omissiva, caracterizando responsabilidade penal à guiza de crime omissivo impróprio. Da mesma forma é possível participação omissiva no próprio crime comissivo impróprio. A respeito, ensina Everardo da Cunha Luna:

"É admissível a participação por omissão em crime de ação ou de omissão. Assim, o vigia de uma casa que, na ausência dos moradores, assiste, impassível, à entrada de estranhos na casa, sem o consentimento ou contra a vontade de quem de direito, participa, por omissão, da violação de domicílio. Assim também o pai de uma criança que, impassível, assiste à esposa matando por inanição o filho comum, participa, por omissão, do homicídio".[50]

6.3 A questão da possibilidade de agir

Não se caracterizará o delito comissivo por omissão se não tiver o sujeito ativo a possibilidade de agir. Isto significa a possibilidade material, física, no terreno da possibilidade fática, daí resultando que, se tentado evitar o resultado, não

(46) Ob. cit., Parte Generale, v. II, p. 868.
(47) Ob. cit., p. 199.
(48) Luis Jimenez de Asúa, ob. cit., p. 600.
(49) Alcides Munhoz Netto, ob. cit., p. 58.
(50) Everardo da Cunha Luna, ob. cit., p. 10.

se o consegue, dando-se o evento lesivo, não se poderá imputar ao agente a responsabilidade penal, porque não podia o que não pode. Desde que, é claro, se lance mão das possibilidades existentes e conscientizadas.

Mas significa mais: significa que só há possibilidade de agir se não houver risco pessoal para o agente. Trata-se, é claro, do risco ponderável, capaz de expô-lo a lesão tão ou mais grave que aquela a que já exposto o bem jurídico em perigo. O Direito Penal não pode exigir o sacrifício pessoal, contrário à natureza humana, adstrita ao instinto da sobrevivência.

Neste passo, não nos convence o sempre convincente Mirabete:

"Pode ocorrer que haja risco para aquele que se omite, indagando-se assim se deve ser responsabilizado pelo delito caracterizado pela omissão, ou seja, se é responsável pelo resultado quando se omitiu pelo perigo existente para um bem jurídico próprio ou alheio que lhe causaria a ação exigida para evitar o evento. É preciso verificar se a ação era juridicamente exigida ao omitente. Embora preveja a lei que o dever de agir só existe quando o sujeito pode agir, deve ele arrostar o perigo desde que no caso haja a probabilidade de evitar o resultado. A conclusão se impõe pelo sistema do Código. Basta observar que, ao tratar do estado de necessidade, a lei nega a justificativa àquele que tem o dever legal de enfrentar o perigo (art. 24, §1.º). Se se adotasse a solução oposta, chegar-se-ia à conclusão de que a lei contém uma contradição: de um lado permitiria a justificação pela existência de risco para o omitente (art. 13, §2.º) e de outro excluiria a justificativa do fato quando houvesse perigo para quem tem o dever de enfrentá-lo (art. 24, § 1.º)".[51]

Ora, não se justificaria, por um lado, que se sacrificasse o direito de qualquer terceiro, que nada tendo com o fato acabaria sendo o único lesado. Por outro, a ninguém e em nenhuma circunstância pode o Direito Penal exigir a emulação.

Poucos discorrem a respeito, no Brasil. Delmanto, entretanto, afirma que *"Tanto a consciência da obrigação de agir como a possibilidade real de fazê-lo,* **sem risco pessoal,** *devem estar presentes".*[52]

Francisco de Assis Toledo, contrariamente, afirma que *"Não basta, pois, o dever de agir. É preciso que, além do dever, tivesse a possibilidade física de agir,* **ainda que com risco para sua pessoa**".[53]

"A situação de fato de que se origina o dever de agir é o estado de perigo iminente e **evitável** *em que se encontra o bem jurídico, cuja incolumidade deve ser garantida pelo autor".*[54]

Ora, só é evitável o que não implique dano apreciável no agente, porque evitar resultado causando outro tão ou mais lesivo é pior que evitá-lo.

Ainda que seja por evocação de uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade, não se poderia configurar relevância omissiva ao agente que obstado de impedir o resultado pelo grave risco a que submetido (Assim, quem lança alguém em piscina de águas profundas, sem saber que o ofendido não sabe nadar, está, evidentemente, obrigado a evitar o resultado se sabe nadar ele próprio. Se não o sabe, não estará obrigado. Responderá por homicídio doloso se não socorrer a vítima, no primeiro caso; e por culposo no segundo, bastando-se a análise da sua conduta comissiva). É-lhe inexigível conduta diversa.

(51) Júlio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, 1, Ed. Atlas, p. 104.

(52) Obra citada, p. 118.
(53) Obra citada, p. 118.
(54) Idem, Ibidem.

As incertezas oriundas da falta de previsão legal a respeito estão a reclamar, igualmente, a prefixação na lei do verdadeiro significado da expressão **poder evitar o resultado.**

7. Conclusão e síntese

A natureza dos crimes comissivos por omissão, no que tange à relevância causal, é precipuamente normativa, decorrendo do caráter de antijuridicidade, da abstenção de atuar, a sua punibilidade.

Assim sendo, é necessário, como o faz o Código atual, que se determine a sua relevância, ocorrível quando houver o poder e o dever jurídico de evitar o resultado, sendo que o dever é de três espécies básicas: o legal; o contratual ou de 'garante'; o decorrente da criação da situação de risco.

Mais que isto, entretanto, seria necessário especificar, nos diversos tipos penais, expressamente, a possibilidade da configuração omissiva, assim atendendo os pressupostos do Princípio da Reserva Legal e ao mesmo tempo imprimindo maior segurança normativa.

O elemento subjetivo dos crimes omissivos impróprios é o mesmo dos comissivos: o dolo e a culpa, esta quando prevista no tipo penal respectivo.

É admissível a tentativa de crime comissivo por omissão, devendo-se atentar, entretanto, para que o início da execução, no sentido normativo do delito, dá-se quando o bem jurídico passe à exposição ao risco, pela demora na ação obstadora.

Pode ocorrer participação em crime comissivo por omissão. É o caso referido, do marido que não impede a mulher de não aleitar o filho comum. Tal não se confunde com a chamada participação por omissão, em crime comissivo, como no caso de empregada que deixa a porta aberta, para a entrada do gatuno.

Só o dever jurídico não basta para a responsabilidade penal por omissão: é preciso que o agente tenha o domínio fático de impedir o resultado. Isto significa não só que tenha meios físicos como que a atitude salvadora não implique sacrifício que configuraria excludente, ainda que da inexigibilidade da conduta diversa.

É indubitável a necessidade de que conste do texto legal, ao menos, a previsão da relevância omissiva, sem o que se operaria em clara infringência ao Princípio da Legalidade, daí porque correto o posicionamento adotado no Projeto Alcântara Machado e equivocado o do legislador de 1940, em excluí-lo.

Mais que isto, ainda, há de se adotar (como feito em 1984) a enumeração hipotética dos deveres de agir, bem como, um passo adiante, a previsão, no próprio tipo penal, da possibilidade omissiva.

8. Bibliografia

ANDREUCCI, Ricardo Antunes e outro. Notas ao Quadro Comparativo da Lei n. 7.209/1984 e Parte Geral do Código Penal, Ed. Apamagis, 1985.

ARAÚJO, Laurentino da Silva e outro, Código Penal Português Anotado, Coimbra Ed. Ltda., 4.ª ed., 1986.

ASÚA, Luis Jiménez de, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Ed. Losada, Buenos Aires, 1951.

BRUNO, Aníbal, Direito Penal, Parte Geral, T. 1.º, Ed. Forense, 3.ª ed., 1967.

COSTA, Paulo José da, Direito Penal Objetivo, Forense Universitária, 1989.

CREUS, Carlos. Derecho Penal, Parte General, Astrea, 3.ª ed.

DELMANTO, Celso, Código Penal Comentado, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1976.

FAVEIRO, Vitor Antonio Duarte e outro, Código Penal Português Anotado, Coimbra Ed. Ltda., 4.ª ed., 1966.

FRAGOSO, Heleno Cláudio, Comentários ao Código Penal, V. I, t. 2.
——. Lições de Direito Penal, Parte Geral, Ed. Forense, 4.ª ed.
FRANCO, Alberto Silva e outros, Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. RT, 4.ª ed.
GARCIA, Basileu, Instituições de Direito Penal, Ed. Max Limonad, V. I, T. I, 5.ª ed.
HUNGRIA, Nélson, Comentários ao Código Penal, vol. I, t. 2, Ed. Revista Forense, 2.ª ed., 1953.
JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Bosch, 1981.
JESUS, Damásio E. de, Direito Penal, Parte Geral, Ed. Saraiva, 15.ª ed., 1991.
LUNA, Everardo da Cunha, O Crime de Omissão e a Responsabilidade Penal por Omissão, In Voxlegis, Ano XV, v. 173, maio de 1983.
MACHADO, Alcântara, O Projeto do Código Criminal Perante a Crítica, Revista da Faculdade de Direito, v. XXXV, Fasc. I, janeiro a abril de 1939.
MARQUES, José Frederico, Curso de direito penal, S. Paulo, Saraiva, 1954, v. 1.
MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, 1, Parte Geral, Ed. Atlas, S. Paulo, 7.ª ed.
MUNHOZ, Alcides Netto, Os Crimes Omissivos no Brasil, in Ajuris, Ano X, 1983, novembro.
NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal, Ed. Saraiva, V. 1, 17.ª ed.
NUÑEZ, Ricardo C., Manual de Derecho Penal, Parte General, Marcos Lerner Ed., Córdoba, 3.ª ed.
NUVOLONE, Pietro, O Sistema do Direito Penal, vol. 1.º, Ed. RT, 1981.
PITOMBO, Sérgio Marques de Moraes, Notas ao Quadro Comparativo da Lei n. 7.209/1984 e Parte Geral do Código Penal, Ed. Apamagis, 1985.
TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, Ed. Saraiva, 4.ª ed.
WELZEL, Hans, Derecho Penal Aleman, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed.
ZAFFARONI, Eugênio Raul, Trabalho apresentado ao Colóquio de Direito Penal, Rio de Janeiro, 20 a 23/10/82.
——. Também:
——. The Criminal Code of the Republic of China, Shangai, Kelly & Walsh Ltd., 1936.
——. Código Penal Tipo para Latinoamérica, Academia Mexicana de Ciências Penales, México, 1967, 2ª Reunião Plenária.
——. Exposição de Motivos n. 1, do CP de 1969, D.O.U. de 21.10.69.

3 — DOUTRINA NACIONAL

BREVES NOTAS SOBRE O CRIME DE DUPLICATA SIMULADA

FÁBIO ULHOA COELHO

Sumário: 1. Introdução — 2. Originalidade da duplicata: o aceite sem assinatura — 3. As duplicatas "frias" — 4. Conclusão.

1. Introdução

A Duplicata Mercantil é título de crédito criado pelo direito nacional. Ela surge no cenário jurídico com a edição do nosso Código Comercial, em 1850. O legislador comercialista brasileiro, então, criou uma sistemática nova para a documentação do crédito originado das vendas mercantis no atacado. Essa sistemática estabeleceu a obrigação de o vendedor, emitir, em duas vias ("*por duplicado*"), na oportunidade da entrega das mercadorias, uma relação dos bens vendidos. Essas relações, denominadas *faturas*, deviam ser assinadas pelos contratantes (comprador e vendedor), sendo uma via entregue ao comprador, e ficando a outra com o vendedor (Cód. Com., art. 213).

A grande novidade introduzida pela sistemática do legislador de 1850 — que se encontra na raiz da informalidade e agilidade de que veio a se revestir, no futuro, a duplicata mercantil —, foi a definição da fatura assinada pelo comprador como título de crédito, capaz de circular e de ser executado como uma letra de câmbio (Código Comercial, art. 427, hoje revogado). Os autores, nacionais e estrangeiros, são unânimes em reconhecer que essa figura — a da duplicata da fatura, isto é, a segunda via da fatura, revestida de efeitos cambiais —, não encontra inspiração em nenhum outro ordenamento jurídico, podendo ser considerada, efetivamente, uma contribuição original do direito comercial brasileiro.[1]

Após ter sido eliminada como título cambial (Dec. 2.044, de 1908), e de ressuscitar para servir de instrumento de controle da arrecadação de impostos (Dec. 16.275, de 1923; Lei 187, de 1936), a duplicata mercantil acabou reencontrando sua vocação original, pela disciplina da Lei 5.474/68, diploma em vigor até o presente.

(1) "O art. 219 (do Código Comercial), dando amplitude aos efeitos da fatura comercial, foi construção original e autêntica do direito brasileiro, implantando com ele as sementes que, mais tarde, germinando, criariam um novo título de crédito" (Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1988, 17.ª ed., 2.º vol., p. 438). Cfr., também, Fran Martins, *Títulos de Crédito*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, 3.ª ed., 2.º vol., p. 174 e ss.; e Alberto João Zortéa, *A duplicata mercantil e similares no direito estrangeiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 129 e ss.

2. Originalidade da duplicata: o aceite sem assinatura

Segundo o seu perfil normativo atual, a duplicata mercantil[2] representa uma ordem de pagamento, que o vendedor, em uma compra e venda (não civil[3]) a prazo, emite contra o comprador, para documentar o seu crédito. Como ordem de pagamento, a duplicata mercantil se aproxima de outros títulos de créditos que possuem a mesma estrutura, entre os quais, a letra de câmbio. Mas, a duplicata se afasta desses títulos, na medida em que apresenta características próprias, exclusivas, não encontráveis em nenhum outro instituto do direito cambiário. Refiro-me, inicialmente, ao fato de que o vendedor ocupa, na duplicata, necessária e simultaneamente, as situações jurídicas de sacador e beneficiário do título. Isto é, cabe sempre ao credor do instrumento cambiário, no caso, a sua criação. Na hipótese de saque de letra de câmbio, o sacador pode definir terceiro como beneficiário do pagamento ordenado (tomador).

Por outro lado — e essa é uma diferença essencial entre duplicata e letra de câmbio, a repercutir na análise do crime de emissão de duplicata simulada —, o comprador das mercadorias, sacado em uma duplicata mercantil, tem obrigações cambiais mesmo que não chegue a assinar o título. É a figura do *aceite obrigatório*, aspecto fundamental da disciplina jurídica da duplicata mercantil, que a diferencia fundamentalmente dos demais títulos cambiários. Não fosse por esse aspecto, a duplicata seria apenas uma letra de câmbio com outro nome.

Que significa, exatamente, a obrigatoriedade do aceite da duplicata mercantil? Não significa, é bom assentar-se de início, que ao sacado seria vedado recusar o aceite do título. Pelo contrário, o art. 8.º da Lei 5.474/68 traz o elenco das hipóteses em que o comprador pode negar-se a praticar o aceite ("avaria, ou não recebimento das mercadorias, se não transportadas por sua conta e risco, vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovadas ou divergência nos prazos ou preços ajustados"). A obrigatoriedade do aceite, na duplicata mercantil, significa apenas que o sacado está vinculado ao pagamento do título, mesmo que não o assine.[4]

Em outros termos, significa que, por haver recebido as mercadorias transacionadas e não ter apresentado recusa formal, o comprador teria praticado um

(2) As observações trazidas por esse artigo em relação à duplicata mercantil são, todas, aproveitáveis para a duplicata de prestação de serviços. Duas são as únicas diferenças entre esses títulos: o negócio fundamental que autoriza a emissão (a compra e venda mercantil, para uma, e a prestação de serviços, para a outra), e os requisitos para o protesto por indicações (que depende da prova da existência do contrato e do seu efetivo cumprimento, quando se trata de duplicata por prestação de serviços). Em sede de direito penal, as diferenças entre esses dois tipos de duplicata, portanto, são inexistentes. Para facilitar a exposição, no entanto, o artigo fará referência unicamente à duplicata mercantil.

(3) A Lei 5.474/68 autoriza a emissão de duplicata mercantil na hipótese de "compra e venda mercantil" (art. 1.º). Claro que, ao tempo de sua edição, não existia ainda o Código de Defesa do Consumidor, que veio subtrair, em 1991, do campo de incidência do direito mercantil, os contratos em que o comerciante se relaciona com o destinatário final de seus produtos. Estes contratos passaram a ser disciplinados pela legislação tutelar dos consumidores, e devem ser conceituados como "compra e venda ao consumidor" sendo certo que também eles autorizam a emissão da duplicata mercantil. Em suma, portanto, no direito vigente brasileiro, apenas a "compra e venda civil" não propicia o saque desse título de crédito.

(4) Cfr. Fran Martins, *ob. cit.*, p. 195.

aceite *presumido* do título de crédito. Isto é, a sua vinculação ao pagamento da duplicata mercantil, na qualidade de devedor principal, decorre legalmente de suas obrigações de comprador. Note-se bem a diferença: o sacado de uma letra de câmbio pode negar-se a assinar o título, mesmo que seja devedor do sacador. Ele, a despeito de sua dívida para com o sacador da letra, não se encontra minimamente obrigado a documentar essa dívida por uma cambial. Já o comprador de mercadorias, no direito brasileiro, se o vendedor emitiu uma duplicata, encontra-se vinculado ao título, mesmo que não tenha a vontade de representar a sua obrigação por instrumento cambiário. Em relação à letra de câmbio, diz-se, por isso, que o aceite é facultativo, ao passo que é obrigatório — no sentido acima precisado — no caso da duplicata mercantil.

Aliás, como se disse pouco acima, não fosse a obrigatoriedade do aceite da duplicata mercantil — ou seja, a vinculação do sacado ao título, independentemente de sua assinatura —, essa não seria nada mais que uma letra de câmbio com outro nome. Por tais características específicas, a duplicata mercantil é título de larguíssima utilização na economia brasileira. Ela, realmente, simplifica a formalização, circulação e cobrança dos créditos derivados de negociações mercantis. Sua agilidade e "esperteza" combinam muito, não somente com o espírito descontraído de nosso povo, mas também com as exigências da informatização do comércio e do sistema bancário.

Na verdade, hoje em dia, as duplicatas somente são materialmente emitidas (isto é, tornam-se cártulas) quando não são pagas em seu vencimento, hipótese em que o credor se vê na contingência de providenciar o protesto e a cobrança judicial. O comerciante, titular do crédito, envia, por meio magnético, os dados correspondentes ao título para o banco encarregado da cobrança, que, também por meio magnético, processa a emissão de uma guia de pagamento (em geral, a popularíssima *guia de compensação bancária*, pela qual o devedor pode pagar o encargo, em qualquer instituição financeira, até o vencimento). Quando há o cumprimento da obrigação, a duplicata sequer é emitida, processando-se a informação do pagamento também por meio magnético. Se, no entanto, o devedor inadimplir, o comerciante deverá processar a impressão do título, para encaminhamento ao cartório de protesto e, permanecendo a inadimplência, a instrução da inicial de execução.[5]

3. As duplicatas "frias"

A agilidade e informalidade características da duplicata mercantil, se, de um

(5) O desenvolvimento da informática tem trazido alterações de tal envergadura no tratamento das informações sobre o crédito comercial que não é exagero antever o fim, muito próximo, do direito cambiário, pelo menos no formato que tem apresentado desde a Idade Média, quando se criou a letra de câmbio. Os princípios básicos desse direito — isto é, o da *cartularidade*, da *literalidade* e o da *autonomia das obrigações cambiais* — passam por uma séria crise, em muito motivada pelo implemento dos meios magnéticos na administração do crédito. Na verdade, hoje em dia, o título somente é corporificado em meio-papel porque o protesto e o processo judicial dependem dele. No futuro, quando também esses institutos jurídicos se materializarem por meio-magnético, o direito cambiário possivelmente encontrará seu fim.
Aos meus alunos, quando estranham essa possibilidade — o processo judicial em meio-magnético —, aparentemente sem a segurança necessária à sua validade, eu costumo propor que se imagine um visionário diante do Código de Hamurábi, em plena Antiguidade cogitando de leis escritas em papiro, e não mais em pedra. Os circunstantes, certamente, estranhariam a idéia, temerosos quanto à segurança que aquele novo meio poderia proporcionar.

lado, como visto acima, são imprescindíveis a uma economia em processo de informatização crescente — e, desse modo, explicam o largo sucesso que experimenta o título —, de outro, podem por vezes dar ensejo a fraudes. Em épocas de desaquecimento econômico, por exemplo, comerciantes premidos pela necessidade de acesso ao financiamento bancário, podem simular sem grandes dificuldades a existência de crédito, mediante o saque de duplicatas *frias*. Como a vinculação do sacado ao pagamento do título independe de sua assinatura, o endosso aos bancos de duplicatas não assinadas pelo devedor principal não representa, em princípio, nenhuma irregularidade, e não induz à conclusão de inexistência de crédito mercantil. Ainda mais, em se considerando que a duplicata é encaminhada ao banco endossatário exclusivamente como informações em meio magnético, pode-se perceber que este não tem nem condições, nem interesse, em conferir a efetiva existência do crédito negociado pelo comerciante.

Nesse contexto, para proteger a circulação do crédito comercial, a Lei n.º 5.474, quando foi editada em 1968, em seu art. 26, deu nova redação ao art. 172 do Código Penal, que tipifica o crime de emissão de duplicata simulada. A conduta criminosa, então, ficara assim delineada: "Expedir ou aceitar duplicata que não corresponda, juntamente com a fatura respectiva, a uma venda efetiva de bens ou a uma real prestação de serviços".

Em 1990, a Lei 8.137 (art. 19), que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contribuição as relações de consumo, alterou a redação do mesmo art. 172 do Código Penal, para estabelecer como crime a conduta de "emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado".

Examine-se a extensão da alteração no tipo penal. As condutas típicas segundo a redação anterior do dispositivo em questão não mais se encontram tipificadas. Por outro lado, o novo tipo alcança conduta que não era crime, pelos termos da redação antiga. Para se compreender esse considerável deslocamento do âmbito de incidência da norma, deve-se considerar duas ordens de argumentos: um, principal, que se debate na intelecção mesma da descrição normativa; outros, acessórios, que o reforçam.

3.1 Argumento principal

A alteração da redação do tipo abrigado no art. 172 do Código Penal não se limitou a aprimorar o teor do dispositivo ou extender a sua aplicação. Na verdade, ela operou uma radical mudança no bem jurídico tutelado pela norma penal. Anteriormente a 1990, buscava-se proteger o crédito comercial; após a mudança legislativa daquele ano, protegem-se os interesses dos consumidores, em especial, e dos compradores em geral.

Para exemplificar, imaginem-se duas situações: na primeira o comerciante vende a determinada pessoa 30 unidades da mercadoria que normalmente comercializa, mas expede duplicata mercantil mencionando a venda de 40 unidades; na segunda, o comerciante, necessitando do empréstimo bancário — para cuja concessão exige o banco o caucionamento de títulos como garantia —, expede duplicata mercantil simulando ser o titular de crédito perante terceiro, que nada havia adquirido daquele comerciante.

A primeira situação não configuraria qualquer crime, à luz do previsto pelo art. 172 do Código Penal, *por sua redação dada pela Lei 5.474/68, anterior a 1990*. Claro, já que o tipo penal de então se referia a título "não cor-

respondente a uma venda efetiva de bens". Ora, a venda efetivamente ocorrera, apenas que em vez de 40, foram transacionadas apenas 30 unidades.

Por outro lado, a primeira situação exemplificada configura crime para o referido dispositivo do Código Penal, *de acordo com a redação dada pela Lei 8.137/90*. Pela descrição vigente do crime, a emissão de duplicata é tida por simulada se o conteúdo do título não guardar correspondência com a realidade da negociação efetivada.

Por sua vez, a segunda situação é facilmente enquadrável no tipo do art. 172 do Código Penal, *segundo a redação anterior a 1990*. De fato, nela, o emitente da duplicata burla a sistemática própria de concessão e circulação do crédito comercial, normalmente praticada pelos bancos, ao oferecer garantias que, na verdade, não existem.

Mas essa mesma situação — a segunda das exemplificadas — não se enquadra no tipo do art. 172 do Código Penal, *segundo a redação hoje vigente*. Isso porque o tipo deixou de mencionar a não-correspondência entre o saque cambial e uma efetiva venda de bens, e passou a cogitar de não-correspondência entre o conteúdo do título e a realidade da venda efetivamente procedida.

A noção de simulação — ínsita à definição de qualquer tipo descritivo do crime de duplicata *simulada* —, pressupõe, necessariamente, uma comparação entre duas dimensões: a da realidade e a da formalidade. A simulação resulta, exatamente, do descompasso, da desequivalência, da não-correspondência (esses últimos os termos da lei) entre essas dimensões. Há, entretanto, uma enorme diferença entre o que o legislador considera no plano das dimensões reais e formais, antes e depois da Lei 8.137/90. Na definição típica anterior, na dimensão da realidade, referiu-se à efetividade de uma compra e venda mercantil. Quer dizer, se no plano formal, a duplicata documentasse negócio não realizado, operava-se a não-correspondência, e, portanto, a simulação. Já, após a reforma legislativa, passou a se referir, no plano da realidade, à qualidade e quantidade de bens vendidos. Em função disso, a dimensão formal se revela não-correspondente — e, portanto, simulada — se reproduzir inadequadamente os elementos qualitativos e quantitativos da negociação.

Ora, se sequer negociação houve, como se cogitar de não-correspondência entre o plano formal e o real, quanto aos aspectos qualitativos e quantitativos de um bem que sequer existiu como objeto de contrato?

Em termos mais singelos, antes de se ponderar se houve ou não descompasso (ou seja, simulação) entre o conteúdo da duplicata mercantil e a realidade quantitativa e qualitativa da compra e venda, é necessário que esta tenha efetivamente existido. Na hipótese contrária, da inexistência do próprio negócio jurídico, não se encontram elementos fáticos necessários à incidência da norma penal.

Ou, por outra, se o legislador diz "não-correspondência a mercadoria *vendida*", ele está necessariamente descrevendo fatos posteriores à concretização de um negócio de compra e venda. Quando esta não chega sequer a se constituir, está-se diante de condutas totalmente estranhas ao campo de incidência do tipo penal.

A emissão de duplicata não fundada em efetiva compra e venda mercantil é, portanto, hoje — e desde 28 de dezembro de 1990, data da entrada em vigor da Lei 8.137 — conduta penalmente atípica.[6]

(6) Em relação às práticas verificadas anteriormente a 28 de dezembro de 1990, não há que se cogitar de punição, em vista da retroatividade da lei penal mais benigna (Cód. Penal, art. 2.º).

3.2 Argumentos acessórios

Afora esse argumento, fundamental, pertinente à exata compreensão do tipo prescrito pela norma, há elementos outros, apresentados pela matéria em discussão, que reforçam a mesma conclusão da atipicidade da conduta de emissão de duplicata mercantil não-lastreada em efetiva compra e venda.

Nesse sentido, em primeiro lugar, atente-se para a desconsideração, na redação atual do dispositivo, da conduta de *aceitar* duplicatas simuladas como crime. Segundo a redação anterior, quem aceitasse duplicata não-correspondente à efetiva compra e venda mercantil cometia o mesmo ilícito penal de quem emitia o título. A razão disso se encontra no fato de que muitas vezes a burla ao sistema de concessão e circulação de crédito comercial resulta de conluio entre o pretendente ao empréstimo bancário e terceiros desprovidos de patrimônio (os conhecidos *laranjas*). Na medida em que o tipo penal abstrai a figura do aceite simulado, opera-se um deslocamento do campo de incidência da norma: o sacado da duplicata — o comprador de mercadorias — passa de possível agente do crime para a posição de vítima. Essa mudança tem sentido apenas se o propósito da alteração legislativa fosse a de não mais considerar criminosa a prática de saque de duplicata como meio de fraudar interesses daquele para quem o título é transferido por endosso.

Em segundo lugar, a redação dada em 1990, elenca juntamente com a duplicata também outros documentos de emissão do comerciante, a saber a fatura ou a nota de venda. Ora, tanto uma como outra não são títulos de crédito, passíveis de circulação cambial. Não são, também, o que a praxe do comércio chama de títulos *bancáveis*, isto é, aceitos pela generalidade dos bancos, para fins de desconto ou caucionamento a título de garantia de empréstimo. quer dizer, a fatura e a nota de venda — essa última de utilização rara e sem conceito legal — não podem servir, de nenhuma forma, como instrumento de fraude contra os agentes que operam no mercado de crédito. São absolutamente inaptos a essa finalidade. Ora, na medida em que insere a duplicata no mesmo contexto desses outros documentos, o tipo penal pretende alcançar apenas uma parte das fraudes passíveis de se instrumentalizar através dela; qual seja, a mesma fraude que se pode, em tese, perpetrar mediante a emissão da fatura ou de nota de venda. Fraude essa que vitima, sempre e necessariamente, o comprador das mercadorias, o consumidor.

Em terceiro lugar, a lei que operou a mudança do tipo penal tem por objeto descrever crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e contra as relações de consumo. Em nenhuma dessas três classificações se pode enquadrar a fraude contra agentes do mercado de crédito. Claro que esse derradeiro argumento é bastante acessório, e ganha seu sentido unicamente no contexto dos demais, e na medida em que os reforça, posto que o sentido da norma não se circunscreve, necessariamente, à ementa do diploma legal que a abriga. Esta serve, como no caso presente, apenas para auxiliar na compreensão dos propósitos da lei.

4. Conclusão

O crime de duplicata simulada, até o advento da Lei 8.137/90, tutelava o crédito comercial. Os interesses juridicamente prestigiados pela norma penal eram os dos agentes atuantes no mercado de crédito, isto é, bancos, faturizadoras, agentes de cobrança, etc. Esses, na medida em que podiam ser vítimas de fraude na negociação com

créditos — documentados por duplicatas — que, na verdade, inexistiam, tinham na anterior definição legal a proteção contra essas práticas lesivas. Tais interesses não permaneceram ao desabrigo, embora a sua tutela tenha se tornado mais complexa, e, em certa medida, mais difícil. Agora, com a atipicidade da conduta de emissão de duplicata mercantil sem correspondência em compra e venda, o bem jurídico consistente no crédito comercial somente será amparado pelo direito penal, se demonstrada a incidência do art. 171, *caput*, do Código Penal. Em outros termos, para a condenação do comerciante, agora, não basta a prova da simples emissão de duplicata, sem apoio em efetiva compra e venda mercantil, sendo necessária também a demonstração de todos os elementos exigidos à configuração do crime de estelionato (ilicitude da vantagem, dolo, meio fraudulento, etc.).

Antes de 1990, o mero saque da duplicata sem efetiva compra e venda a sustentá-la era, por si só, crime. O art. 172 do Código Penal era — e continua sendo, em sua redação atual — crime formal. A partir da alteração tipológica, o simples saque passou a ser atípico, exigindo-se, para a configuração do crime de estelionato, que a duplicata sirva de meio para a concretização de uma fraude.

A opção do legislador de 1990, a rigor, não merece aplausos. Se considerava importante — como, aliás, realmente parece ser — conferir aos consumidores também a tutela penal contra a emissão de duplicatas, faturas ou notas de venda desconformes com os produtos vendidos, bem poderia tê-lo feito sem o sacrifício do tipo então existente do crime de saque de duplicata simulada. Enquanto permanecer a atual redação do art. 172, do Código Penal, os comerciantes que emitirem duplicatas, sacadas sem a prévia concretização do negócio de compra e venda, que as pudesse autorizar, incorrem em conduta lícita e não podem ser punidos. Essa garantia é constitucional e alicerça o estado de direito.

3 — DOUTRINA NACIONAL

A TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL E O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO

FRANCISCO DIAS TEIXEIRA[1]

1. A Constituição Federal de 1988 operou várias alterações em nosso processo penal. Algumas, de identificação imediata, têm aplicabilidade emanada diretamente do texto constitucional. Outras, porém, requerem explicitação e regramento pelo legislador ordinário, ainda que, com alguma boa vontade, poder-se-ia dar-lhes eficácia plena e imediata.

O princípio da *independência funcional* (art. 127, § 1.º) e da *titularidade exclusiva da ação penal pública* (art. 129) conferidas ao Ministério Público hão de ter conseqüências ainda não operadas no processo penal.

No sistema acusatório desenhado pela Constituição e com um Ministério Público instrumentalizado e ágil que se pretende, não se justifica a persistência de práticas judiciais, em sede de investigação, tais quais a requisição de instauração de inquérito, a decretação, de ofício, de prisão preventiva e a concessão de prazo à Política para continuidade das investigações.

A necessidade de um novo código que sirva como instrumento ágil e eficaz para a realização do direito penal nos dias de hoje, e sistematize a legislação adjetiva (mal colocada no obsoleto Código de 1941) tornou-se imperiosa com a promulgação da Carta Política de 1988. Impõe-se que se dê conseqüência aos preceitos constitucionais em matéria processual-penal.

2. No que diz respeito especificamente ao novo papel do Ministério Público no processo penal, importante projeto de lei foi apresentado ao Senado pelo Senador Pedro Simon, que acolheu sugestão de Comissão (da qual faz parte o Procurador-Geral da República) constituída para o fim de propor medidas visando à agilização do processo penal. No entanto, apresentado em 1992, o Projeto de Lei n 129 tramita lentamente pelo processo legislativo (...)

Coerente com o papel do Ministério Público de *titular da ação penal pública* e *controlador das atividades da polícia judiciária*, o mencionado projeto de lei prevê a tramitação do inquérito diretamente entre a Polícia e o Ministério Público, eliminando a intermediação do juízo criminal. Assim, o controle das investigações, a orientação sobre a coleta de provas e, sobretudo, a concessão de prazos para a realização das diligências serão de competência exclusiva do titular da ação penal.

Nada mais lógico: se o Ministério Público é o titular da ação penal, é ele que saberá do que necessita para promovê-la, e a ele caberá velar pela celeridade da investigação, sobretudo tendo em vista o prazo de prescrição da eventual ação. E, se cabe ao Ministério

(1) Trabalho originariamente escrito para ser apresentado no XI Encontro Nacional dos Procuradores da República, realizado em Fortaleza/CE, no período de 28.10 a 2.11.94.

Público exercer o controle externo da polícia judiciária, somente a ele cabe prevenir e corrigir eventuais desvios da investigação e coibir diligências desnecessárias, inadequadas ou protelatórias.

3. Antes da propositura da ação, ao Judiciário cabe apenas conhecer de eventuais lesões a direito do investigado ou de terceiros, que poderão valer-se do *habeas corpus*, do mandado de segurança ou do incidente de restituição de coisas. Ou, ainda, decidir sobre medidas investigatórias que importem no cerceamento à liberdade e privacidade do investigado, tais como as prisões cautelares e a *quebra* do sigilo das comunicações telefônicas. De resto, essas questões já são, normalmente, objeto de procedimentos apartados dos autos do inquérito.

É da natureza do Judiciário manifestar-se quando para tal for provocado; mas não *acompanhar* a atividade dos agentes públicos. No inquérito policial, sempre que o juiz, fora das hipóteses acima referidas, imiscui-se nas investigações, *determinando* (?!) que se proceda ao arquivamento do inquérito ou ao oferecimento da denúncia, dizendo qual diligência deve ou não ser realizada, *indeferindo* pedido de prazo formulado pela autoridade policial para continuação das investigações, estará excedendo-se de suas funções e usurpando as do Ministério Público.

Nada justifica, pois, a passagem dos autos do inquérito pelo juiz. A tramitação do inquérito diretamente entre a Polícia e o Ministério Público é daquelas conclusões que emanam da própria Constituição, da lógica ou simplesmente do bom-senso, prescindindo de lei que a declare.

4. Mas, o que pretendo sustentar é que também não se justifica a participação do Judiciário no arquivamento de inquérito policial ou peças de informação. Isto também deduz-se da Constituição, e também é dito pela lógica e pelo bom-senso.

Porém, a sua apreensão não é tão clara e imediata, o que aconselha a modificação do art. 28 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre o arquivamento de inquérito policial e de peças de informação contendo *notitia criminis*.

Não me disporia a escrever sobre esta obviedade se ela não parecesse ousada a muitos. Tão ousada que o referido projeto de lei não a contemplou; tão revolucionária que mesmo alguns membros do Ministério Público ponderam que tal alvitre (arquivamento do inquérito policial pelo próprio Ministério Público) implicaria em investir o órgão acusador de poderes jurisdicionais (...)

5. Já que se trata de questão óbvia, comecemos por falar o incontroverso: é o Ministério Público quem dá a *última palavra* sobre arquivamento de inquérito policial ou peças contendo *notitia criminis* referente a ação penal pública. O Judiciário pode vedar a instauração da ação penal, mas não pode determinar a instauração dela.

Com efeito, o art. 28 do Código de Processo Penal, em essência, prevê um *recurso* do juiz face a *decisão* do órgão ministerial em não oferecer a denúncia. E quem *julgará esse recurso* não é um órgão judiciário de instância superior, mas sim, a *instância máxima do Ministério Público*. Caso essa *instância máxima decida* também pelo não oferecimento da denúncia, tal decisão é irrecorrível, inclusive por parte da eventual vítima direta do suposto fato criminoso.[2] Mas, *decidindo* o Ministério

[2] É pacífico o entendimento no sentido de que, mesmo em se tratando de ação penal pública condicionada à representação da vítima, caso o Ministério Público manifes-

Público, em ambas as *instâncias*, pela não apresentação da denúncia, os autos do inquérito vão para (...) o arquivo do Judiciário.

Pois, sobre o *arquivamento do inquérito*, nada mais poderá fazer o juiz; a única providência que lhe resta é *remeter os autos ao arquivo* (...)

Ora, se assim é (e de fato o é), por que então, *ao decidir* pelo não oferecimento da denúncia, ao invés de encaminhar os autos ao juiz, o órgão do Ministério Público não remete os autos diretamente a seu órgão *superior, recorrendo*, de ofício, de sua *decisão*? E, conseqüentemente, ao *confirmar* a decisão do órgão ministerial inferior, por que o *superior* não baixa os autos para arquivamento deles na própria instituição, ou invés de remetê-los ao juiz, para simples arquivamento dos papéis, pois a *notitia criminis* já está arquivada?

6. Parece-me que essa tortuosa e burocrática tramitação do inquérito, passando pelo Judiciário, existe apenas para dar a *aparência* de que o Judiciário participa da *decisão* de arquivamento do inquérito, quando, na realidade, sua participação é tão-somente *burocrática*.

E nem se diga que o *registro* do inquérito no juiz distribuidor é necessário para a publicidade do mesmo. Tal registro pode e deve ser feito no órgão a que ele se destina, e com *mais publicidade* da que lhe é dada pelo Judiciário: publicando, o Ministério Público, no Diário Oficial, os inquéritos cujo arquivamento determinou.

No Judiciário há de ser registrado e arquivado aquilo que lhe é dirigido: a ação penal. O registro e arquivamento de inquérito, peças de informação ou qualquer documento contendo *notitia criminis* que não resulte em ação há de ser no órgão titular desta: o Ministério Público.

7. Até aqui vimos apenas uma hipótese: o juiz discorda da *decisão* do órgão ministerial no sentido de não oferecer a denúncia; e seus dois desdobramentos: o órgão *superior* do Ministério Público *confirma* aquela decisão e o inquérito necessariamente será arquivado, ou a *reforma* e designa outro órgão para oferecer a denúncia.

Qualquer que seja o desdobramento, a participação do Judiciário quanto ao arquivamento do inquérito é nenhuma; e nenhuma utilidade tem o registro e a tramitação do inquérito no órgão jurisdicional. Mas a inconveniência de tal procedimento refere-se apenas ao dispêndio de energias e papéis, desnecessariamente. Existe apenas uma irracionalidade nessa tramitação, sem que a titularidade da ação penal seja arranhada, pois o Ministério Público, em ambas as *instâncias*, manifesta-se sobre o arquivamento do inquérito.

8. Na segunda hipótese (o juiz concorda com o órgão ministerial e o inquérito é arquivado na primeira instância), entendo que sai arranhado o princípio da titularidade da ação penal.

É que, se o Ministério Público é o *titular exclusivo* da ação penal, *somente* ele deve manifestar-se, e por *inteiro*, sobre o exercício dessa titularidade.

Somente ele, e não *também* o juiz de primeira instância.

Por inteiro, através do órgão de *primeira instância* e do órgão superior, e não somente através daquele.

9. Hipótese interessante (e que evidencia, em sua forma mais extremada, a titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público) ocorre quando o órgão do Ministério Público deixa de

te-se pelo arquivamento das peças de informação, aquela não poderá intentar a ação.

oferecer denúncia, manifestando-se pela incompetência do juiz para conhecer do fato.

Já se decidiu que, antes de ser instaurada a ação penal, não há que se falar em conflito de competência; não cabe ao juiz arrogar-se competência para conhecer de um fato, quando ainda nem se sabe se dele resultará ação penal. Portanto, quando o órgão ministerial *decide* pelo não oferecimento da denúncia, por entender que o juiz perante o qual oficia é incompetente para conhecer do fato, na verdade, está declarando que não tem *atribuição* para oferecer a denúncia; e assim poderá vir configurar-se um *conflito de atribuição* com o outro órgão ministerial apontado pelo primeiro como *titular da atribuição*, porque *competente* para conhecer do fato é o juiz perante o qual aquele outro oficia.

O *conflito de competência* (entre juízes, pois) só viria ocorrer se um dos órgãos ministeriais apresentasse a denúncia, por entender que o juiz perante o qual oficia é competente; porém, este declarasse o contrário. Assim, ajuizada a denúncia, esta, necessariamente, haveria de ter a solução; e então o Judiciário é que decidiria a qual juiz caberia tal solução.

Em conseqüência, quando o órgão ministerial declara que não oferece denúncia porque o juiz é incompetente para conhecer do fato, substancialmente, está requerendo o *arquivamento jurídico* do inquérito naquele juízo; e, caso este não concorde, deverá remeter os autos ao Procurador-Geral (no caso do Ministério Público Federal, à Câmara de Revisão Criminal), por aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal.

10. Pois bem. Se o órgão *superior* do Ministério Público acolhe o entendimento do juiz, será designado outro órgão para oferecer a Denúncia, e assim estará resolvida a questão.

No entanto, se o entendimento do órgão *superior* do Ministério Público for contrário ao do juiz, perante este jamais será oferecida denúncia. Baixando-se os autos a ele, resta-lhe apenas encaminhar os autos ao juízo tido por competente.

Mas, imaginemos que a querela se dê entre Ministério Público Federal e Estadual. E, prosseguindo, imaginemos que, remetidos os autos ao juízo estadual, o órgão do Ministério Público que ali oficia entenda que também não tem atribuição para oferecer denúncia, porque o juízo competente para conhecer do caso é o federal, não o estadual; e esse juiz estadual, por seu turno, entendendo ser competente para conhecer do fato, aplique também analogicamente o art. 28, e remeta os autos ao Procurador-Geral de Justiça do Estado; e o Procurador-Geral, concordando com o órgão *inferior* do Ministério Público, entenda que, realmente, ele não tem atribuição para apresentar denúncia, e baixe os autos para que o inquérito seja arquivado também no juízo estadual.

Terá ocorrido, pois, um *conflito negativo de atribuição* entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, em decorrência do qual denúncia não será oferecida nem perante um nem perante outro juízo (...)

11. Fica assim evidenciada a *titularidade absoluta* da ação penal por parte do Ministério Público, enquanto um todo. Ou seja: na hipótese de todos os órgãos do Ministério Público envolvidos (a primeira e a segunda *instâncias* federais e estaduais, respectivamente) entenderam que não têm atribuição para oferecer denúncia, em nosso sistema jurídico não há instrumento capaz de viabilizar a ação penal. Pois acima do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual não existe (e nem

poderia existir, em face do princípio da autonomia funcional) uma instância para decidir o *conflito negativo de atribuição* e determinar a um dos dois que ofereça a denúncia.

12. Vou mais longe. Ainda que a questão, por algum instrumento processual, seja levada ao Judiciário, e este, através de sua Corte Máxima, declare, p. ex., que o juiz federal é o competente para conhecer do caso, e, conseqüentemente, o respectivo órgão ministerial é que tem atribuição para oferecer a denúncia, o Supremo Tribunal Federal não poderá determinar ao Procurador-Geral da República ou ao órgão ministerial de *primeira instância* que ofereça a denúncia. Pois, se assim decidisse, estaria infringido, a um só tempo, os dois preceitos constitucionais: o da titularidade da ação penal (porque, na realidade, quem estaria *ajuizando* a ação seria o STF), e o da independência funcional (porque o Ministério Público estaria sendo compelido a praticar um ato contra a sua convicção). A decisão do Supremo teria, por assim dizer, uma natureza doutrinária, e sua força decorreria disso; não jurisdicional, no sentido de ser exeqüível.

O impasse não teria solução *jurídica*; mas poderia ter solução *política*. Declarado pelo Supremo que o Ministério Público Federal tem competência para apresentar a denúncia negada por este, o Presidente da República poderia solicitar autorização ao Senado para destituir o Procurador-Geral da República, nomeando outro que cumprisse o decidido pela Corte Constitucional. Obviamente, negada a autorização pelo Senado, essa decisão política impor-se-ia à decisão jurisdicional do STF. Restaria, apenas, cogitar-se de eventual crime de responsabilidade praticado pelo Procurador-Geral da República (art. 40, item 2, da Lei 1.079/50). Mas a discutida denúncia não seria apresentada (...)

Ficam, pois, a um só tempo, evidenciadas a *titularidade absoluta*[3] da ação penal pública por parte do Ministério Público e sua *autonomia funcional*; e, como corolário disso, o substrato político da função do Ministério Público, mormente quando este *deixa* de apresentar a denúncia.[4]

(3) O art. 5.º da Constituição da República, em seu inciso LIX, prevê que "será admitida ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal". E o art. 29 do CPP diz: "Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação com parte principal". Finalmente, diz o art. 46 do CPP: "O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 (cinco) dias, cotado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 (quinze) dias, se o réu estiver solto ou afiançado (...)". Isto, porém, não abala o princípio da titularidade da ação penal por parte do Ministério Público, pois, caso tenha ele a exercido, promovendo o arquivamento do inquérito ou das peças de informações, a vítima não poderá opor-se a essa decisão.

(4) Em recente decisão, da qual tomei conhecimento após redigir este trabalho, o STJ deixou assentado que, quando é o Procurador-Geral da República quem promove o arquivamento, este não precisa fazê-lo perante o Judiciário. Lê-se no acórdão: "Cabe ao chefe do *parquet* a palavra final, quando se cuide da instauração de processo por crime de ação pública. Requerido por outro membro do Ministério Público, há de dirigir-se à autoridade judicial que, discordando do pedido, poderá valer-se do disposto no art. 28 do CPP. Não se justifica, entretanto, deva o Procurador-Geral requerer o arquivamento ao Judiciário se o seu pronunciamento não pode ser desatendido" (APN n.º 67-9 — DF — Rel. Min. Eduardo Ribeiro). Aliás, isto é o que se extrai do

13. Já se disse que o não oferecimento da denúncia constitui-se no maior *poder* exercido pelo Ministério Público, pois, aí, em nome da sociedade, estará ele definindo que determinado indivíduo (suposto agressor dessa mesma sociedade) não será punido, porque processado não será. Ao passo que o oferecimento da denúncia constitui-se apenas na *postulação* dessa sociedade, através do Ministério Público, de condenação do acusado, mas quem decidirá será o Judiciário. No primeiro caso, quem *decide* e o Ministério Público; no segundo, é o Judiciário.

Não se compreende, portanto, que *decisão* de tal magnitude (o não processamento de um indivíduo tido por agressor de um valor socialmente relevante) seja *irrecorrível*, quando é certo que recorribilidade das decisões é apanágio do processo.

O juiz, quando decide contra o interesse público postulado (quer no *habeas corpus* quer no mandado de segurança), recorre de ofício a seu órgão superior, ainda que o Ministério Público, voluntariamente, também possa fazê-lo. Mas o órgão do Ministério Público, quando *decide* não processar um indivíduo tido por violador de uma norma penal, não recorre, de ofício, dessa decisão. Caso o juiz o faça, tem-se os desdobramentos acima vistos; caso o juiz não o faça, a *notitia* é *arquivada* na primeira instância.

O poder político conferido ao Ministério Público pelo constituinte, ao investi-lo como titular da ação penal pública, deve ser controlado, sim. Mas esse controle há de ser feito internamente, através de seus órgãos próprios; e externamente, através do Executivo e do Legislativo (a expressão máxima desse controle constitui-se no mecanismo de *nomeação* do Procurador-Geral, que se dá mediante a indicação pelo Executivo e a aprovação do nome pelo Legislativo; e de sua *destituição* pelo Executivo, que necessita de autorização do Legislativo). Não pelo Judiciário.

Mecanismos outros de controle, inclusive propiciando à vítima do crime uma maior participação na persecução criminal (obviamente, sem arranhão ao princípio da titularidade da ação penal), hão de ser pensados. Mas, a participação do Judiciário no arquivamento de inquérito e peças contendo *notitia criminis* em nada contribui para esse controle; senão para a burocratização dos atos do Ministério Público.

14. Não procede o argumento de que há um controle jurisdicional dessa *decisão* do órgão de primeiro grau do Ministério Público. Primeiro porque, conforme já visto, na verdade, o Judiciário não exerce nenhum papel *real* no arquivamento do inquérito. Segundo porque, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, e tendo autonomia funcional, esse controle deve-se dar no âmbito da própria instituição. Terceiro porque esse *controle*, se exercido na *própria instância*, às vezes deixa de existir, até porque ambas as autoridades, vivendo no mesmo universo, estão sujeitas às mesmas injunções.

Com efeito, após um certo tempo oficiando juntos (e ambos são inamovíveis), promotor e juiz tendem a encontrar modos de convivência, numa paulatina acomodação de entendimentos jurídicos. É certo que isto dependerá da personalidade de cada um. Mas, normalmente, juiz e órgão ministerial vão-se harmonizando ao ponto de se tornar único o entendimento sobre determina-

art. 62, inciso IV, da LOMPU (Lei Complementar 75/93), ao dispor que "compete às Câmaras de Coordenação e Revisão (...) manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou pelas de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral".

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

das questões. Questões essas que, às vezes, têm solução diversa nos tribunais superiores e sobre as quais o Ministério Público, através de seu órgão máximo, também *decide* diversamente.

É comum, pois, que num mesmo foro, um representante do Ministério Público tenha determinado entendimento sobre dada questão penal; porém, o juiz discorda desse entendimento e remete os autos ao Chefe do Ministério Público, que, agasalhando as *razões* do juiz, determina que se ofereça a denúncia. Já em outra vara, o entendimento do juiz é o mesmo do órgão do Ministério Público, e assim o respectivo inquérito é arquivado. Portanto, na primeira instância (e num mesmo foro), tem-se soluções divergentes sobre um mesmo fato, sem que haja qualquer instrumento recursal objetivando a unificação.

Não falemos (pois aqui já foge ao normal e à presumida boa-fé e *independência* de ambos) na possibilidade de, numa remota comarca, promotor e juiz encontrarem-se de tal forma envoltos no relacionamento daquela comunidade, que ambos sintam-se inibidos em processar criminalmente uma pessoa influente naquela sociedade. E o promotor requer o arquivamento do inquérito, e o juiz o determina (...)

E assim, questões da maior relevância jurídica ou social (mas nem sempre de repercussão) são *enterradas* no nascedouro.

Caso houvesse o *recurso obrigatório*, por parte do promotor a seu órgão superior, tal problema deixaria de existir.

15. Poder-se-ia argumentar que o arquivamento do inquérito no judiciário confere maior segurança ao investigado, impedindo a reabertura das investigações sem que de novas provas se tenha conhecimento.

Tal argumento, porém, não procede, pois o inquérito policial, que já se desenvolve de maneira formal, estaria cercado de maior segurança ainda com a publicação da *decisão* ministerial determinando seu arquivamento. E, logicamente, qualquer tentativa de lesão a esse direito do investigado (de não vir a ser novamente molestado pelos mesmos fatos sem prova nova) seria facilmente detectável e poderia ser coartado pelo Judiciário.

Outra objeção que se poderia apresentar é que, sendo o inquérito arquivado judicialmente, poderá o juiz declarar extinta a pretensão punitiva do Estado, verificada, v. g., a prescrição da ação.

Quanto a isto, inicialmente, entendo ser despicienda, e mesmo extravagante, tal manifestação judicial em autos de inquérito, quando o titular da ação penal ainda não asseverou a ocorrência de fato típico ou não o atribuiu a alguém.

Declarar extinta a punibilidade referente a que, se não se indicou o fato criminoso?

De quem, se não se apontou ninguém como responsável pelo fato?

Tal declaração assemelha-se àquela pela qual se decreta a prescrição retroativa da ação, baseando-se numa pena *que viria* a ser aplicada ao réu. Essa decisão pressupõe uma outra proferida mas não escrita pelo juiz: o réu é condenado, e todas as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal são-lhe favoráveis; e só depois o juiz *escreve* que (...) a ação está (ou *estaria*) prescrita retroativamente (...).

Assim também não há porque declarar que um indivíduo não será punido, se a punição tem como pressuposto uma acusação e esse indivíduo não foi acusado, e nem está sendo atingido por investigação, pois o que se promove é exatamente o encerramento desta (...)

Com o arquivamento do inquérito, sem se atribuir responsabilidade a ninguém, não existe o sujeito titular do *interesse* na declaração de extinção da punibilidade. E nem há interesse público

nessa declaração, pois não existe uma *pendência jurídica* que reclame termo.

Caso arquivado o inquérito e sobrevindo novas provas, o Ministério Público viesse sujeitar alguém a investigação por suposto crime já previsto, caberia o remédio do *habeas corpus*, remédio esse adequado também para trancamento de inquérito em curso.

16. Finalmente, não procede o eventual argumento de que a sujeição da decisão do órgão de primeira instância à revisão do órgão superior do Ministério Público fere a autonomia daquele. Pois: a) sua convicção sempre será respeitada (em sendo reformada a sua decisão, é outro membro quem apresentará a denúncia; b) atualmente, quando há discordância do juiz, essa revisão já se faz.

E nem se diga que tal mecanismo levaria a uma centralização de decisões no órgão superior. Se o argumento fosse válido, haveria de ser abolido o recurso judicial. O mecanismo propiciará — isto, sim — uma maior (e necessária) uniformidade na atuação do Ministério Público.

17. A sistemática ora preconizada para o inquérito penal já e adotada no *inquérito civil público*. Dele não toma conhecimento o juiz, se, em seu curso, não provocar qualquer lesão a direito dos personagens nele envolvidos (o que também poderá ocorrer, ensejando, v. g., mandado de segurança).

Com efeito, o art. 9.º da Lei 7.347/85 prevê a sistemática para arquivamento do inquérito civil público, sistemática essa que, com eventuais adaptações, poderia ser adotada no inquérito policial. *Verbis:*

Art. 9.º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1.º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidas, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2.º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3.º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 4.º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Ora, no *inquérito civil público*, conforme extrai-se do próprio nome, também investiga-se suposta lesão a *direitos sociais*, e nem por isso ao Judiciário é levado o resultado da investigação, caso esta não enseje o ajuizamento da respectiva ação.

18. Dir-se-á que a sistemática preconizada sobrecarregará o Ministério Público, que passará a ter a responsabilidade pelo registro dos inquéritos instaurados e pela guarda daqueles arquivados; e, ainda, o órgão *superior* haveria de apreciar todas as *decisões* de arquivamento proferidas pelo órgão *inferior*, e não somente aqueles casos dos quais o juiz discordaria.

Objeção de ordem prática em nada infirma argumento lógico e jurídico. As carências de ordem prática (que, aliás, existem mesmo com a atual sistemática)

devem ser supridas. Do contrário, seria mas conseqüente abrirmos mão de outras funções para adequarmos à nossa carente realidade.

Quanto ao aumento de que haveria sobrecarga de trabalho porque todos os inquéritos deveriam ser examinados pelo *órgão superior* do Ministério Público, lembro que, supostamente, esses inquéritos já são analisados pelo juiz, com igual dispêndio de energia. Assim, haveria apenas a transferência desse encargo de um para outro órgão público, e da primeira para a segunda *instância*, tornando mais adequado e efetivo esse exame, sem outros *custos sociais*.

19. Em síntese: se, ao invés de requerer o arquivamento ao juiz, o órgão ministerial recorresse, *ex ofício*, a seu órgão superior, tal medida seria *sempre* mais vantajosa, e em nenhuma hipótese excluiria do poder judiciário a apreciação de qualquer lesão a direito. Não subtrairia poder ao Judiciário nem conferiria mais poder ao Ministério Público. Pois, atualmente:

a) quando o juiz discorda da *decisão* do órgão do Ministério Público e remete os autos ao Procurador-Geral, e este *insiste* no arquivamento, o juiz não poderá opor-se a isto; e se o órgão *superior* do Ministério Público determina o oferecimento da denúncia, nomeando outro órgão para fazê-lo, esse mesmo resultado seria alcançado com o *recurso de ofício*. Portanto, em ambas as hipóteses, a solução seria a mesma, e com *economia processual*;

b) quando o juiz concorda com a *decisão* do órgão ministerial no sentido de ser arquivado o inquérito, está-se subtraindo da instituição titular da ação penal a possibilidade de rever aquela decisão em segundo grau, o que propicia decisões divergentes em primeira instância, sem que haja *remédio* para unificá-las.

20. Concluindo:

a) O arquivamento do inquérito policial e de peças de informações no âmbito do próprio Ministério Público constitui-se em corolário dos princípios constitucionais da *titularidade da ação penal* e da *independência funcional*.

b) A lei processual deverá regular tal matéria, estabelecendo, entre outras exigências, a publicidade das decisões do Ministério Público.

3 — DOUTRINA NACIONAL

"AO LADO DAS VÍTIMAS"[1]

LAERTES DE MACEDO TORRENS

Sumário: 1. "Uma proposta de indenização às vítimas da criminalidade violenta" — 2. O Estado e a sua responsabilidade na segurança pública — 3. O direito penal e a reparação do dano — 4. As dificuldades da ação reparatória *ex-delito* — 5. O estado-social e sua responsabilidade diante dos prejuízos causados pelo delito — 6. A omissão da responsabilidade do Estado na legislação brasileira — 7. A possibilidade financeira de o Estado suportar as indenizações às vítimas — 8. Conclusões.

1. "Uma proposta de indenização às vítimas da criminalidade violenta"

A criminalidade violenta vem se acentuando de forma grave, em todos os centros metropolitanos do País, causando extrema preocupação em toda coletividade. Os índices dessa criminalidade violenta urbana já ultrapassaram os limites suportáveis, sem que, as causas e fatores dessa violência social, sejam efetivamente enfrentados pelos poderes institucionais, quer usando os seus instrumentos de controle social, quer minimizando aquelas causas e fatores identificados como criminógenos.

As disparidades e contradições de uma desorganização social, produto da omissão estatal, acelera a criminalidade violenta urbana,[2] estabelecendo o confronto entre os grupos considerados marginalizados e vitimizados, aqueles calcados pelas necessidades mais prementes de vida, e estas, oprimidas e constrangidas a exercer, por si só, os seus direitos e garantias individuais em uma sociedade que se diz justa e igualitária.

As disparidades sociais, aprofundadas pelo Estado individualista que se omite na solução dos problemas sociais fundamentais, geram a criminalidade como observou agudamente Evaristo de Moraes Filho.[3]

A inorganização social causadora de crimes e conflitos violentos, sem dúvida, é responsabilidade do Estado que não atende aos interesses de segurança pública e de defesa social, visto que, segundo Maurice Parmelee: "La completa organización de ese mecanismo, viene com la evolución del Estado y Gobierno".[4]

Em razão do mau êxito estatal no

(1) O título "Ao lado das vítimas" foi usado pela editora Imprensa Portuguesa — Porto — em um pequeno livro que contém os melhores discursos do notável professor e advogado romano Enrique Ferri. Adotamos o título por entendermos que ele identifica melhor o conteúdo desse artigo, — L.M.T.

(2) Manoel Lopes Rey Y Arrojo, La Criminalidad, Un estudio Analítico, p. 164, Ed. Tecnos, Madrid.

(3) Cfr. Seminários sobre a Criminalidade Violenta, O.A.B., Rio de Janeiro.

(4) Cfr. Criminologia, Maurice Parmelle, Ed. Reus, Madrid.

emprego de seus instrumentos de controle social — prevenção geral do crime — a reprodução de criminalidade violenta urbana se constitui em fator multiplicador de grupos considerados desviante, procriador, conseqüentemente de acumulação incontável de vítimas.

O fracasso dos instrumentos de controle social, gerador de criminalidade violenta, incide principalmente nas transgressões aos direitos correspondentes a incolumidade das pessoas e ao patrimônio.

Numerosos núcleos de defesa dos direitos humanos — O.A.B., Igreja, Organizações Internacionais, etc. ... — postulam o reconhecimento dos direitos e garantias individuais aos infratores, ao passo que, as vítimas desassistidas vêrem seus direitos anulados, diante de legislação ordinária, quando não omissa, incapaz de restabelecer o gravame sofrido.

2. O Estado e a sua responsabilidade na segurança pública

A teor do que dispõe o art. 144, da Constituição da República Federativa do Brasil, a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

A exegese da lei fundamental indica que, a segurança pública implica no reconhecimento de segurança nacional, porém, além dessa condição básica de defesa do Estado, reconhece também o direito fundamental da incolumidade das pessoas e do patrimônio que deve ser preservado pela atuação de vários instrumentos de controle social.[5]

Em "Breves Anotações à Constituição de 1988" a Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM — observou que o objetivo principal de o dispositivo inserido no texto da "Lei Maior" é a garantia a vida, a liberdade, e a propriedade do cidadão.[6]

Por sua vez assegura peremptoriamente em magnífica lição José Afonso da Silva que: *"a segurança pública consiste numa situação de preservação social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbações de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicações de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses"*. Conclui o festejado mestre constitucionalista: *"é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de conduta delituosa"*.[7]

Inquestionavelmente a segurança pública que deve garantir a integridade das pessoas e o patrimônio é atribuição do Estado que, por intermédio de sua polícia de segurança ou polícia ostensiva possui o *munus* de preservação da ordem pública, a fim de evitar o dano e o perigo às pessoas.[8]

O malogro do poder-dever estatal em garantir a integridade das pessoas e o patrimônio, proporcionando o aparecimento de grupos considerados marginalizados de criminosos violentos, atentando contra aqueles direitos fundamentais das pessoas, sem dúvida, estabelece uma relação jurídica de co-responsabilidade do Estado, por omissão, naqueles resultados infracionais penais ocorridos.

Diante da inexistência de núcleos organizados de defesa de direitos fundamentais das vítimas atingidas por atos da criminalidade violenta, seus direitos ficam restritos a eventual indenização a ser postulada na jurisdição civil, contra o infrator, que, no mais das vezes,

(5) Cfr. Comentários à Constituição, v. II, José Cretella Junior, Ed. Forense, 1992.

(6) Cfr. Breves Anotações à Constituição de 1988, Ed. Atlas, 1990, CEPAM.

(7) Cfr. José Afonso da Silva, Curso de Direito Const. Positivo, Malheiros Ed., 9ª ed.

(8) Cfr. Ob. Cit., p. 658.

integra grupos de marginalizados, componentes de famílias com renda abaixo da linha da pobreza — miséria absoluta —, fato social que frustra a reparação do dano patrimonial sofrido pelos vitimados.

3. O direito penal e a reparação do dano

A reparação do dano praticado por ato ilícito, previsto no ordenamento jurídico brasileiro, permite à vítima postular a indenização sofrida na jurisdição civil.[9]

Em excelente monografia trazida à luz recentemente, o Prof. Antonio Scarance Fernandes aponta a necessidade de a vítima participar de forma mais objetiva e concreta das fases do procedimento criminal, a fim de obter a reparação do dano causado pelo ato infracional penal. Acentua o Prof. Scarance que, o Ministério Público paulista, por resolução da Procuradoria Geral da Justiça, passou a ter atribuição de *"efetuar o atendimento de público em matéria criminal, tomando as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, e, na esfera civil, propor ação* **ex-delito**".[10]

A legislação penal material brasileira prevê hipótese de reparação do dano à vítima causado por ato ilícito do agente do crime. A condenação na jurisdição criminal torna certa a reparação do dano causado pelo crime.[11] A reparação do prejuízo à vítima, antes da propositura da ação penal, possibilita a redução da pena[12] bem como se constitui atenuante da reprimenda.[13]

A reparação do dano é ainda condição imposta para a concessão da suspensão condicional da pena[14] e, deferimento de livramento condicional,[15] desde que, o condenado possua condições econômicas e financeiras de suportar a satisfação do prejuízo causado.

A preocupação das legislações penais com a reparação de prejuízos causados às vítimas por ato ilícito é universal.

A República Argentina em seu Código Penal prognostica a reparação do prejuízo à vítima na própria sentença condenatória criminal,[16] determinando a reparação material e moral do dano causado à vítima, a sua família ou a um terceiro.[17]

A restituição da *res* à vítima, obtida com o delito, se constitui em imposição da legislação penal argentina, condicionando, também, o deferimento de livramento condicional ao cumprimento da obrigação de indenizar o ofendido.

A satisfação de compor os prejuízos causados à vítima precedem as outras obrigações processuais fixadas com a sentença condenatória.[18]

O Código Penal Argentino assegura ao ofendido, na sentença condenatória criminal, a obrigação do ofensor solvente reparar o prejuízo.[19]

Por sua vez, o Código Penal Uruguaio prevê cláusula para a suspensão condicional da pena ao ofensor, mediante a obrigação de restituição das coisas provenientes do delito.[20,21]

Por outro lado, a lei uruguaia assinala que o crime que representa direta ou indiretamente um prejuízo patrimonial

(9) Cfr. Código Civil Brasileiro art. 159, 1.518 a 1.532; 1.537 a 1.553.
(10) Cfr. Antonio Scarance Fernandes, "O Papel da Vítima no Processo Criminal", Ed. Malheiros, 1995.
(11) Cfr. Código Penal Brasileiro, art. 91, inc. I.
(12) Cfr. Código Penal, art. 16.
(13) Cfr. Código Penal, art. 65, inc. III, letra "b".
(14) Cfr. Código Penal, art. 78, 2°.
(15) Cfr. Código Penal, art. 83, inc. IV.
(16) Cfr. Código Penal Argentino, art. 29.
(17) Cfr. Código Penal Argentino, art. 29, 1°.
(18) Cfr. Código Penal Argentino, art. 33.
(19) Cfr. Código Penal Argentino, art. 11, 1°.
(20) Cfr. Código Penal Uruguaio, art. 126, 2°, letra "a".
(21) Cfr. Código Penal Uruguaio, art. 104.

autoriza a reparação do dano na esfera da jurisdição civil.[22]

A medida cautelar de "embargos preventivos de los bienos del processado" proposta pelo interessado, e a obrigação de ressarcir os danos e prejuízos causados, são outras providências asseguradas às vítimas, segundo o Código Penal Uruguaio.[23]

No capítulo referente aos efeitos civis em conseqüência do débito, o Código Uruguaio fixa a obrigação de o imputado preso e o condenado a ressarcir do Estado os gastos com o seu recolhimento à instituição prisional, tais como: alimentação, vestuário e alojamento, desde que, o ofensor condenado possa suportar esses encargos.[24]

Em Colômbia o Código Penal estabelece a responsabilidade civil derivada do fato criminoso, com a reparação do dano, material e moral.[25]

Essa obrigação prevalece sobre qualquer outra contraída pelo autor do fato infracional depois de cometido o delito.[26] A suspensão condicional da pena está vinculada a reparação dos danos ocasionados pelo delito,[27] assim como o livramento condicional[28] excluída a hipótese do condenado revelar-se insolvente.

O Código Penal da República Mexicana a exemplo de outros códigos americanos, declara a condição de reparação do dano causado a vítima para a concessão de suspensão condicional da pena e livramento condicional.[29]

Os códigos penais europeus, igualmente a legislação penal do continente americano, remetem às vítimas a jurisdição civil ou penal para obtenção da reparação do dano causado pelo ato ilícito penal.

Em Espanha, a lei penal, assevera que a responsabilidade criminal importa em reconhecimento da obrigação civil.[30]

Esse dever compreende a restituição das coisas apropriadas da vítima pelo condenado, bem como, a reparação do dano, quando não possível a restituição, e finalmente a indenização pelos prejuízos materiais e morais, causados pela conduta criminosa.[31]

O novo Código Penal Francês, do mesmo modo, declara ser condição de suspensão condicional da pena e livramento condicional à reparação do dano causado à vítima.[32,33]

A legislação penal alemã, fixa encargos ao condenado para suspender a pena privativa da liberdade.

Uma dessas condições é reparar o dano causado a vítima,[34] essa obrigação também é exigível para o deferimento da liberdade condicional.[35]

A imposição condicional da sentença de reconhecimento de culpabilidade, instituto inovador inserido no Código Penal Alemão, da mesma forma estabelece como condição de suspensão da condenação a reparação do dano causado à vítima.[36]

O Código Penal Português impõe ao condenado o pagamento da indenização devida ou garantia de seu pagamento, por intermédio de caução idônea, para

(22) Cfr. Código Penal Uruguaio, art. 105.
(23) Cfr. Código Penal Uruguaio, art. 105, letra "a".
(24) Cfr. Código Penal Uruguaio, art. 105, letra "e".
(25) Cfr. Código Penal Colombiano, art. 103.
(26) Cfr. Código Penal Colombiano, art. 103.
(27) Cfr. Código Penal Colombiano, art. 69, 3°.
(28) Cfr. Código Penal Colombiano, art. 73.
(29) Cfr. Código Penal Mexicano, art. 82, inc. I, 84, inc. III e 90, inc. II, letra "e".
(30) Cfr. Código Penal Espanhol, art. 19.
(31) Cfr. Código Penal Espanhol, art. 101 e s.
(32) Cfr. Código Penal Francês, art. 132, 40.
(33) Cfr. Código Penal Francês, art. 132, 45.
(34) Cfr. Código Penal Alemão, art. 56, B, 1.° e 2.°.
(35) Cfr. Código Penal Alemão, art. 57 3°.
(36) Cfr. Código Penal Alemão, arts. 59 e 60.

a concessão da suspensão condicional da pena.[37]

A liberdade condicional também está vinculada a reparação indenizatória ao ofendido.[38]

Portanto, os Códigos Penais atuais de certa forma, se preocupam com a indenização à vítima do crime, entretanto, não se pode afirmar que essa preocupação se sobrepõe aos interesses tutelados pelo sistema penal que está voltado ao reconhecimento dos direitos e garantias do acusado.

A reparação financeira concreta da indenização à vítima encontra vários obstáculos, principalmente, no que se refere a coercibilidade para execução àquele direito.

4. As dificuldades da ação reparatória *ex-delito*

Desde o surgimento do positivismo penal, o sistema punitivo legal, polarizou a sua preocupação em torno do infrator, abandonando os direitos da vítima, que, sempre foi tratada no procedimento penal como um mero objeto da ação do acusado.

Observa Antonio Garcia — Pablos de Molina que os direitos da vítima foram redescobertos após os estudos de H.V. Hentig e Mendelson, em razão de o processo dinâmico e interativo existente entre vítima e ofensor.[39]

As legislações penais modernas, tendo por base a monopolização do Estado na aplicação da pena, vêem na execução penal, uma forma de regeneração e ressocialização do ofensor. Entretanto, é antiga a discussão se a indenização reparatória do dano causado à vítima se constitui em forma positiva ou negativa de ressocialização do condenado. Constata-se a grande preocupação das legislações penais atuais em estabelecer a reparação do dano causado à vítima, como forma de remir a pena imposta ao condenado. A suspensão condicional, o livramento condicional, a causa especial de diminuição da pena, a circunstância atenuante, enfim, sempre que a norma penal, determina a reparação do dano em favor da vítima, tem como objetivo favorecer o acusado-condenado.

Conseqüentemente, pode-se afirmar que a lei penal contemporânea continua a prescrever os direitos do imputado, se sobrepondo assim, aos direitos da vítima, que, infelizmente continua a ser objeto passivo do crime.

As dificuldades impostas à vítima pela legislação, para obtenção da reparação do dano são evidentes.

Em recente artigo, o Prof. Kurt Madlener anotou os problemas enfrentados pela vítima, com relação a compensação, restituição, reparação do dano nos procedimentos.

Observa o articulista que *"um ponto importante é saber se a compensação à vítima do delito pode ser considerada como um dos objetivos do processo penal. A principal questão é a concernente à relação entre a compensação à vítima do crime e (outros) objetivos do sistema penal. Isto é especialmente importante para esclarecer se a reparação do dano que o cidadão sofreu deva ter prioridade sobre outros objetivos do sistema penal, e, se assim, de que modo e em quais casos"*.[40]

A complexidade do problema da ação reparatória à vítima, é abordada de forma clara e precisa pela Profª Maria

(37) Cfr. Código Penal Português, art. 49, 1, "a".

(38) Cfr. Código Penal Português, arts. 61 e 62, com remissão aos arts. 54, n.º 2 e 49, n. 1 letra "a".

(39) Manual da Criminologia, Antonio Garcia — Pablos de Molina, p. 81, Ed. Espasa, 1988, Madrid.

(40) Kurt Madlener-Rev. Bras. de Ciências Criminais, v. 10, p. 53, Trad. da Dra. Silma M. Madlener.

das Graças P. Prado, ao identificar a classificação dos sistemas procedimentais para a vítima exigir a reparação civil do dano causado pelo ato criminoso praticado pelo condenado.[41]

A legislação pátria não admite ação civil na jurisdição penal — sistema de interdependência ou adesivo — remetendo a vítima, portanto, ao juízo civil para exigir a reparação do dano causado pelo ato ilícito penal.[42]

A legislação penal estrangeira, por sua vez, apesar de procurar diminuir as dificuldades procedimentais para a vítima, no que tange a pretensão de ressarcimento dos prejuízos causados pelo ato ilícito praticado pelo ofensor, ainda assim, conforme assevera Kurt Madlener, *"o quadro é desolador, e isto nos obriga a repensar no todo da questão"*.

Há um consenso até certo ponto, de *que a vítima é a "parte esquecida"* do processo penal. Afirma o ilustrado mestre: *"Países como a França, a Itália a Espanha, fazem possível a intervenção da vítima no processo penal, através do assim chamado processo adesivo ou adjunto, o qual não é nada mais do que um procedimento civil aderido ao processo penal. Este procedimento adesivo é extensamente usado nestes países, mas parece que os resultados não são muito encorajadores. Em outros sistemas legais realmente não faltam regulamentos que disponham sobre a reparação, ou ao menos se supõe que assim o façam, mas os resultados raramente funcionam"*.[43]

Inexiste, por via de conseqüência, a coercibilidade da reparação do dano à vítima, senão após os intrincados procedimentos postos a sua disposição, o que, na maioria das vezes, frustra o ressarcimento causado pelo prejuízo em conseqüência do tempo decorrido, entre a prática do fato ilícito penal e a manifestação da jurisdição civil ou penal.

5. O estado-social e sua responsabilidade diante dos prejuízos causados pelo delito

Inquestionavelmente o Estado moderno, voltado ao social, não pode deixar de reconhecer a sua responsabilidade diante dos prejuízos sofridos pelas vítimas, em razão da criminalidade existente na atualidade. O dever estatal de garantir a segurança pública, para a preservação da paz, harmonia, tranqüilidade social, bem como, acautelar a vida, a liberdade e a propriedade de cada um dos componentes da sociedade, torna indiscutível, a responsabilidade do Estado diante das conseqüências sociais produzidas pelo crime.

Por estas razões inúmeros países já introduziram em suas legislações normas legais admitindo essa obrigação estatal em reparar os danos sofridos pela vítima diante da ocorrência do crime.

Sobre o assunto discorre com agudeza Pablos de Molina quando afirma "Su fundamentacion suele encontrarse en la idea de solidaridad social hacia la victima inocente y en la necessidade de que el Estado assuma unos costos que tiemen su origen en su proprio fracaso en la prevencion del delito".[44]

O Prof. Rodrigo Ramirez G., "in" La Victimologia, afirma que a compensação indenizatória à vítima suportada pelo Estado é a medida mais aceitável e justa, diante do mal sofrido pelo ofendido.[45]

(41) Maria das Graças P. Prado, Profª da Univer. de Maringá — in RT, p. 299/681.

(42) Código Civil Brasileiro-art. 159 e s. E art. 63 e s. do Código de Processo Civil Brasileiro.

(43) Autor citado, Revista IBCRIM, n. 10, p. 299.

(44) Manual de Criminologia, Antonio Garcia, Pablos Molina, Ed. Espasa, p. 94, 1988.

(45) La Victimologia, Rodrigo Ramirez G., Ed. Tenis, Bogotá, 1993, p. 52.

O mesmo autor acrescenta que, o primeiro país a admitir a compensação indenizatória pública para a vítima foi a Nova Zelândia em 1963, acolhendo esse direito diante da ocorrência de determinados crimes (lesões corporais, homicídios).[46]

Informa o citado professor colombiano que essa idéia pela primeira vez, foi introduzida no projeto do Código Penal Italiano elaborado por Enrico Ferri em 1921.

O único Código latino-americano que prevê uma compensação indenizatória à vítima do crime por intermédio do Estado, é o Código Cubano de Defesa Social que admite a justa indenização ao ofendido.[47]

O moderno direito penal francês prognostica a indenização à vítima por intermédio do Estado conforme salienta a ilustre Profª Maria das Graças P. Prado: *"Uma postura interessante do Direito Francês, digna de elogios pelos aspectos segurança jurídica e justiça que a revestem, é a imposta por uma lei de 1977. Segundo os seus preceitos, o Estado Francês pode vir a ser solicitado a reparar o dano causado pelo crime nas hipóteses em que a vítima não puder obter por outro título, uma reparação efetiva e suficiente ou ainda, quando os fatos suscetíveis de constituir uma infração os colocam em situação material grave".*[48]

O atual Código Penal Português de 1982, assinala por intermédio do art. 128, a indenização, conseqüência da responsabilidade civil do imputado-condenado, assegurando, ainda no art. 129, que: *"Legislação especial assegurará, através da criação de um seguro social, a indenização do lesado que não possa ser satisfeita pelo delinqüente".*

Portanto, a lei portuguesa, ao introduzir em sua legislação a moderna doutrina penal, encara a vítima como um elemento de igual dignidade no trinômio Estado-delinqüente-vítima. Na falta de seguro social, para que possa concretizar-se a reparação efetiva do dano à vítima, a norma penal portuguesa, permite a jurisdição penal, a requerimento do lesado, conceder-lhe os objetos declarados perdidos ou o produto de sua venda, a fim de satisfazer os prejuízos sofridos. De outra parte, quando o lesado ficar privado de prover sua própria subsistência, e, existir a possibilidade de o infrator não poder reparar o prejuízo causado, permite a lei portuguesa que os valores correspondentes a multa penal sejam conferidos ao ofendido, ficando o Estado sub-rogado nos direitos da vítima, contra o ofensor, até a importância realmente paga.[49]

Desta forma, a lei penal portuguesa acautela, sem dúvida, os direitos e garantias da vítima, principalmente, quando o fato infracional penal é praticado com violência.

6. A Omissão da responsabilidade do estado na legislação brasileira

Inexiste em nossa legislação penal, qualquer dispositivo reconhecedor da responsabilidade estatal diante da ocorrência da criminalidade violenta.

Apesar de ser atribuído ao Estado o poder-dever de segurança pública, constata-se verdadeira omissão do Estado em prevenir a criminalidade violenta que atualmente alcança índices insuportáveis, principalmente nas regiões de maior concentração popular.

A nossa organização legislativa trata ainda a vítima de forma absolutamente

(46) Ibem, idem p. 55.
(47) Obra citada ibem, idem p. 66.
(48) Revista dos Tribunais, v. 681, p. 303, julho de 1992.
(49) Código Penal Português, art. 128, n. 1, 2, 3 e 4.

insatisfatória, vendo-a como simples sujeito da conduta infracional.

A reparação do dano, causado por ato ilícito criminoso, como se afirmou, serve aos interesses do imputado ou condenado, no sentido de remir a pena ou possibilitar uma condenação mitigada. A vítima para reivindicar o ressarcimento dos danos sofridos é remetida a jurisdição civil, em ação contra o réu ou o condenado, que, quase sempre, faz parte dos *bolsões* de miséria absoluta.

Urge, portanto, uma reforma legislativa penal que venha perfilar com a moderna doutrina jurídico penal, e com os avanços da contemporânea vitimologia.

7. A possibilidade financeira de o Estado suportar as indenizações às vítimas

Sabe-se que países de economias mais sólidas e estáveis que o nosso, ainda não introduziram em suas legislações penais a reparação por intermédio do Estado, do dano causado ao lesado.

Ocorre, entretanto, que, existe previsibilidade de recursos na legislação nacional para atendimento e assistência às vítimas de crimes.

A Lei Complementar 79, de 7.1.1994 que criou o Fundo Penitenciário Nacional — FUNPEN —, vinculado ao Ministério da Justiça, aponta os recursos que devem ser alocados àquele fundo.

Destaque-se principalmente as seguintes verbas: "recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal, excluindo-se àqueles já destinados ao fundo de que trata a Lei 7.560, de 19.12.1986; as multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado; fianças quebradas ou perdidas, de conformidade com o disposto na lei processual penal; cinqüenta por cento do montante total dos custos judiciais recolhidos em favor da União Federal, relativos aos serviços forenses; três por cento do montante arrecadado dos concursos de prognósticos, sorteio e loterias, no âmbito do Governo Federal; rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração, decorrentes de aplicação do patrimônio do Fundo".[50]

O Decreto Presidencial de 1.093 de 23.3.1994 que regulamenta a lei que instituiu o Fundo Penitenciário Nacional atribui a aplicação dos recursos obtidos para a assistência às vítimas de crime: "Os recursos do FUNPEN serão aplicados: (...) VII — na execução de programas destinados a dar assistência às vítimas de crime e aos dependentes do preso ou do internado".[51]

Por conseguinte, com os aportes financeiros mencionados o Estado poderá atender a reparação dos danos causados à vítima em razão da consumação do crime.

Necessário, entretanto, será a criação de mecanismos e instrumentos indispensáveis para que as vítimas da criminalidade possam ter acesso a esses recursos.

Imperiosa torna-se a elaboração de leis penais especiais ou modificadoras da legislação penal e procedimental, capaz de tornar prática a reparação do dano à vítima, por intermédio do Estado, ficando este, sub-rogado nos direitos do ofendido até a importância realmente dispendida.

8. Conclusões

Diante do exposto podem-se extrair as seguintes conclusões: A criminalida-

(50) Lei Complementar 79 de 7.7.1994, art. 2º, inc. IV, V, VI, VII, VIII e IX.

(51) Decreto 1.093, de 23.3.1994, art. 2º, inc. VII.

de violenta urbana possui múltiplos fatores, centrando-se, o principal, na desorganização social, produto de indiscutível omissão estatal.

Esse fator é causa geradora de grupos de marginalizados sociais que interagem de forma violenta com a coletividade de vitimados, originando-se, assim, para estes, danos patrimoniais, lesões físicas ou mentais, morte, sofrimentos emocionais, enfim, ofendendo ou diminuindo direitos fundamentais do conjunto de ofendidos.

Por outro lado, torna-se indiscutível que, a segurança pública é dever do Estado, e na medida em que essa obrigação deixa de ser cumprida, ou é satisfeita de forma imperfeita, resulta claro a responsabilidade estatal diante das conseqüências ocorridas pelos atos praticados pela criminalidade violenta.

A reparação do dano causado pela criminalidade violenta ou não é preocupação de todas as legislações contemporâneas, entretanto, quase todas, remetem a vítima a procedimentos na jurisdição civil, contra o imputado-condenado. Algumas legislações admitem o procedimento adesivo ao processo penal, fato que, todavia, não altera aos percalços e dificuldades da vítima em ser ressarcida dos danos sofridos com a criminalidade.

O ressarcimento de prejuízos causados às vítimas por intermédio do ofensor, é sempre forma de beneficiar o condenado na execução da pena ou forma de diminuição da sanção tudo por imposição de política criminal.

Portanto, ainda assim, a vítima continua a servir aos interesses do ofensor.

O estado moderno, cuja preocupação é o social, deve reconhecer a sua responsabilidade de reparação do dano à vítima, principalmente quando a conduta criminosa se constitui em violência física ou grave ameaça para a vítima.

Poucos países, entretanto, admitem a reparação do dano por intermédio do Estado, em suas legislações penais, em atendimento a resolução 40/34 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 29.11.1985.

O sistema nacional vigente, na área penal, não atende de forma ampla a reparação do dano causado à vítima de criminalidade violenta.

O Fundo Penitenciário Nacional, controlado pelo Ministério da Justiça, tem atribuição de dar assistência às vítimas de crime, possuindo, inclusive, recursos compatíveis para atender essa obrigação (Lei Complementar 79 de 7 de janeiro de 1994).

Em razão das conclusões apontadas, tem-se a sugerir a inclusão em nosso sistema penal o seguinte:

* 1.º — Lei modificadora do Código Penal para incluir norma de indenização, por intermédio do Estado, aos lesados em crime praticados com violência ou grave ameaça a pessoa, assim reconhecido em sentença criminal definitiva;

* 2.º — Criação por intermédio do Estado de um seguro social específico para assegurar o direito de indenização às pessoas, vítimas de crimes praticados com violência ou grave ameaça a pessoa, assim, reconhecido em sentença criminal definitiva;

* 3.º — O Estado ficará sub-rogado no direito do lesado a pleitear perante o imputado-condenado a indenização até o total da importância realmente suportada.

A EFICÁCIA TEMPORAL DAS NORMAS SOBRE PRISÃO E LIBERDADE

LEÔNIDAS RIBEIRO SCHOLZ

Sumário: 1. Introdução — 2. A sucessão das leis penais no tempo — 3. A sucessão temporal das leis processuais penais — 4. Conclusões.

1. Introdução

Prisão e liberdade. Este o binômio que, tonalizando, por natureza e excelência, um dos mais frisantes exemplos da confrontação dos opostos de que falava Hegel, define, cunha e abriga o mais tormentoso e insuperado — a despeito de delinear-se em horizonte próximo, o crepúsculo de mais um século — dilema do universo jurídico, em torno do qual deriva, em profunda crise de eficácia e credibilidade, o sistema de direito penal.[1]

De um lado, a liberdade do cidadão como estado físico imanente à própria natureza humana e, nessa perspectiva, por via de estrita conseqüência lógico-valorativa, ao menos para o direito das nações civilizadas e democráticas, como bem jurídico supremo de sua existência. Em síntese, direito individual fundamental.

De outro lado, todavia, o direito penal, componente ideológico e operacional da política social do Estado para a consecução e conservação do bem comum, e o direito processual penal, como instrumento indispensável a sua efetivação (*nulla poena sine iudicio*), a contemplarem, aquele a título de sanção pela violação dos bens jurídicos tutelados por intermédio das normas incriminadoras, este à guisa de medidas instrumentais, a privação da liberdade, a prisão.

Esta contraposição — plasmada, na esteira da precisa síntese de Colliard[2] e, entre nós, de Ada Pellegrini Grinover,[3] porque a liberdade pessoal apesar de sobrelevar como expressão de um direito fundamental do indivíduo, não é absoluta, posto dispor, toda e qualquer sociedade organizada, de um direito de repressão que se traduz necessariamente — até porque a "prisão é somente uma necessidade, que nenhuma ciência poderá justificar",[4] em medidas atentatórias à liberdade individual — desde os mais remotos tempos suscita, e por certo

(1) Heleno Cláudio Fragoso, entre inúmeros outros, já faz muito advertia para a crise do sistema penal, assinalando ser duvidoso o efeito preventivo do magistério punitivo e impossível emendar o criminoso através da pena de prisão ("Lições de direito penal", Forense, RJ, 11.ª ed., 1987, parte geral, p. 3).

(2) Colliard, Claude-Albert, "Libertès Publiques", Dalloz, 1972, p. 206.

(3) Grinover, Ada Pellegrini, "Liberdades públicas e processo penal", RT, 2.ª ed., 1982, p. 1.

(4) Apud: Batista, Weber Martins, "Liberdade provisória", Forense, RJ, 2.ª ed., 1985, p. 23.

persistirá a fazê-lo indefinidamente, múltiplas e relevantes indagações, muitas das quais, aliás, conquanto já ofuscadas pela sombra da antigüidade, não ou mal respondidas.

Ao lado de questões acentuadamente relevantes como, entre outras, aquelas que se consubstanciam na precisa aferição do cabimento e dos limites da prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; na perquirição da compatibilidade entre a ordem jurídico-constitucional e a vedação da liberdade provisória, por conta da consideração abstrata de determinadas infrações penais, para todo e qualquer cidadão sobre o qual se projete a acusação de havê-las praticado, especial importância, sobretudo em um cenário jurídico, tal o brasileiro, que prima, em pontos de direito penal, material e processual, por assustadora e progressiva inflação legislativa, encerra a questão relacionada à correta delimitação da eficácia temporal das normas legais sobre prisão e liberdade.

2. A sucessão das leis penais no tempo

É cânone constitucional, corolário do consagrado axioma da anterioridade da lei penal relativamente ao crime e à pena, aquele a teor do qual a norma penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Assim é que, à exceção da norma que corporifique a denominada *lex mitior*, à qual outorga o estatuto repressivo até mesmo eficácia supressiva ou modificativa da sentença condenatória recoberta pelo manto do trânsito em julgado, aplicável será, em qualquer tempo, a lei penal vigente no momento em que, nos precisos termos do art. 4.º do Código Penal, praticada a ação ou omissão virtualmente delituosa, ainda que outro seja o do resultado.

Afora, portanto, a norma mais benigna para a posição jurídica do cidadão a quem se impute o cometimento de algum delito, é ultrativa a lei penal, aplicando-se a todo e qualquer caso criminal cujo objeto seja fato em tese delituoso ocorrido à época em que vigente, mesmo que outra, se de qualquer forma mais gravosa, venha a substituí-la, revogando-a, tática ou expressamente.

Por outras e já agora na trilha do sempre didaticamente elucidativo magistério de Damásio E. de Jesus, "se o agente pratica um fato criminoso na vigência da lei X, mais benigna e, no transcorrer da ação penal, surge a Y, mais severa, o caso deve ser apreciado sob a eficácia da antiga, em face da exigência de não recair, sobre ele, uma valoração mais grave que a existente no momento da conduta delituosa. Há obediência ao princípio *tempus regit actum*."[5] Mas, acrescente-se, tempo da ação ou omissão penalmente relevante.

Nesse lineamento e ressalvada a existência de divergências doutrinárias e pretorianas acerca de alguns aspectos emergentes do conflito de leis penais no tempo, como, exemplificativamente, as concernentes aos critérios a serem adotados para a apuração da maior benignidade; à possibilidade de combinação de leis para a criação da denominada *lex tertia*; ao juízo competente e aos remédios jurídico-processuais cabíveis para a aplicação da lei mais benéfica, dificuldades maiores não se apresentam referentemente à correta demarcação da eficácia temporal da lei penal e à conseqüentemente necessária indicação, em caso de sucessão, da que seja aplicável a tais ou quais casos, notadamente no que respeita à prisão como pena, sobre a qual incide, sem lugar a dúvidas, a norma em vigor à época do fato delituoso, a menos que a posterior seja de qualquer forma mais benigna para o sujeito ativo

(5) Apud: Silva Franco, Alberto e outros, "Código penal e sua interpretação jurisprudencial", RT, SP, 5.ª ed., 1995, p. 52.

da relação de direito penal material e sujeito passivo da correspondente persecução penal.

3. A sucessão temporal das leis processuais penais

O mesmo, porém, não se pode dizer no tocante às normas processuais penais. Seja porque a respectiva eficácia temporal é concebida e regulada de forma acentuadamente diversa. Seja porquanto, sob a aparente simplicidade desse tratamento diferenciado, agitam-se várias e graves questões, máxime no que respeita à privação da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por força do disposto no art. 2.º do estatuto processual penal, "a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

Para a doutrina processualista, neste ponto atualmente indiscrepante,[6] o preceito que delimita a eficácia temporal da norma de direito processual penal consagra, não a retroatividade, mas "o denominado princípio geral de efeito imediato que, consoante precisa doutrinação de Paul Roubier (Le conflit de lois dans le temps, Paris, 1929-1933, v. 2, p. 676, n.139), não deve ser confundido com a nomeada retroatividade. E, assim sendo, provê, apenas, para o futuro, abrangendo, em sua incidência, não só os procedimentos a iniciarem-se, como também aqueles já em curso (cf. James Goldschmidt, Derecho procesal civil, trad. cast. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, 1936, p. 35, § 10, n.3).",[7] não afetando, porém, os atos processuais praticados em consonância com a norma então vigente, ainda que contenha disposição diversa ou mesmo contrária.

Esse cognominado princípio geral de aplicação imediata da lei processual, pela doutrina usualmente identificado, também, como *tempus regit actum*,[8] representaria um meio termo razoável entre a retroatividade e a irretroatividade. Isto, porque e no pensar de Hélio Tornaghi, "a norma de Direito Judiciário Penal tem que ver com os atos processuais, não com o ato delitivo. Nenhum ato do processo poderá ser praticado a não ser na forma de lei que lhe seja anterior, mas nada impede que ela seja posterior à infração penal. Não há, neste caso, retroatividade da lei processual, mas aplicação imediata. Retroatividade haveria se a lei processual nova modificasse ou invalidasse atos processuais praticados antes de sua entrada em vigor."[9]

Na mesma alheta, Frederico Marques, depois de sublinhar que "o erro dos que falam em lei processual retroativa está em que focalizam a aplicabilidade da norma, não em função do processo e, sim, relativamente ao crime que deste é objeto", sustenta: "a fiança e a prisão preventiva, a lei nova é que as regula, pois não passam de medidas cautelares de coação processual. Se a lei de processo considerava afiançável o crime, na época em que foi cometido, mas em inafiançável o tornou a lei nova, esta é

(6) O professor Rogério Lauria Tucci registra a existência de duas correntes de opiniões acerca da aplicação da norma processual nova aos processos pendentes, "uma delas propugnando a adoção de uma só, única, lei processual — a vigente quando de sua incoação, — durante todo o transcorrer do processo; e outra optando pela retroatividade da nova lei (...)", "Persecução penal, prisão e liberdade", Saraiva, SP, 1980, p. 8/9.

(7) Obra anteriormente citada, p. 10/11.

(8) Mirabete, Julio Fabrini, "Código de processo penal interpretado", Atlas, SP, 1994, p. 31, Tucci, Rogerio Lauria, ob. ant., cit., p. 9, Campos Barros, Romeu Pires, "Sistema do processo penal brasileiro", Forense, RJ, 1987, v. 1, p. 95.

(9) Tornaghi, Hélio, "Instituições de processo penal", Forense, RJ, 1.ª ed., 1959, vol. 1.

que vigorará; todavia, se a fiança já foi prestada, o ato permanece válido, produzindo assim todas as suas conseqüências."

E, prosseguindo, anota: "Sobre a prisão preventiva, diz Massari que, se "a lei nova introduz disciplina mais rigorosa no tocante ao instituto, os dispositivos legais posteriores são aplicáveis também aos crimes cometidos precedentemente; por conseqüência, se a lei anterior não autorizava a expedição de mandado de prisão, ou o considerava facultativo em lugar de obrigatório, não pode o réu invocar essa liberalidade da lei do tempo em que o crime foi cometido, devendo, ao contrário, vigorar os preceitos novos, embora mais rigorosos".[10]

Entre os que presentemente se dedicam ao estudo do direito processual penal positivo, Júlio Fabrini Mirabete, embora sustente, na esteira do preceito inscrito no art. 2.º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal[11] — o qual, a despeito de instituído para regular a transição da lei anterior para o atual estatuto processual penal, estaria em plena vigência formal e material — a ultratividade das normas processuais, se mais favoráveis ao imputado, pertinentes à fiança e à prisão preventiva, também entende, contudo, que uma nova lei processual penal, ainda quando acarrete maiores gravames para o autor do delito, restringindo, por exemplo, o direito à liberdade ou excluindo algum recurso, aplica-se aos processos em curso, independentemente da época em que ocorridos os respectivos fatos delituosos.

No campo jurisprudencial, não poucos são os pronunciamentos, revela-os a minudente e valiosa pesquisas realizada por Alberto Silva Franco,[12] a pontificar, sem qualquer referência condicionante à anterioridade da norma em relação ao fato delituoso, a imediata aplicação, aos respectivos processos em curso, do preceito que, vazado na denominada lei dos crimes hediondos, proíbe a concessão da liberdade provisória, com e sem fiança, nos casos de delitos que enumera.

Em julgado conduzido pelo voto do Ministro Carlos Veloso e relativo a *habeas corpus* impetrado contra decisão do Tribunal que, apreciando recurso do Ministério Público interposto em face da concessão de liberdade provisória, anteriormente ao advento da lei dos crimes hediondos, em caso de crime também precedente, mas por ela incluído no rol daqueles insuscetíveis de liberdade provisória, cassou-a, assinalou-se que "quando o Tribunal apreciou o recurso do Ministério Público, tinha vigência a Lei 8.072, de 25.7.90, que proíbe, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, a liberdade provisória (...). A natureza desta lei parece-me processual. A prisão, no caso, também é processual; ela não é pena, é decretada em benefício da ação penal. Por isso, tenho que a Lei 8.072 se aplica ao caso, como que a prejudicar o *habeas corpus*."[13]

Mais do que simplesmente adotar, referentemente a uma norma que, embora verse sobre instituto formalmente disciplinado pela legislação processual, o faz, todavia, apenas em função de critérios por inteiro entranhados no cerne mesmo do direito penal (gravidade do crime, reprovabilidade, bem jurídico tutelado, desvalor social da conduta e outros), o princípio da aplicação imedi-

(10) Marques, Frederico, "Tratado de direito processual penal", Saraiva, SP, 1980, v. 1, p. 69-74.

(11) Obra precedentemente citada, p. 31/2.

(12) Silva Franco, Alberto e outros, "Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial", RT, SP, 1995, p. 423/425.

(13) "Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", Lex, v. 170, p. 350/4.

ata, a rigor tolerou e consagrou, com o chancelar a cassação da liberdade provisória, concedida antes da vigência da norma que veio a proibi-la, a retroatividade da norma posterior em pauta, invocada e aplicada que fora para, em manifesto descompasso com a ressalva expressamente contida na parte final do art. 2.º do Código de Processo Penal, desconstituir ato perfeitamente válido frente à lei vigente ao tempo em que praticado.

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, por igual têm-se esposado, com divergências, é verdade, o entendimento de que a norma que veda a liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados, revestindo-se de natureza e caráter processuais, encerra aplicabilidade imediata, alcançando desde logo os processos em curso, ainda que a ela anteriores os respectivos fatos supostamente delituosos.[14]

Já o Superior Tribunal de Justiça, em aresto da lavra do Ministro Francisco de Assis Toledo, muito embora tenha enfatizado a necessária distinção entre aplicabilidade imediata e retroatividade, restabelecendo, nessa linha, liberdade provisória concedida antes do advento da lei dos crimes hediondos, mas revogada pelo Tribunal *a quo* à consideração de que a vedação superveniente atuara retroativamente sobre ela, tornando-a ilegal, decidiu, todavia, que "o princípio da exigência de anterioridade da lei em relação ao crime e à pena não se estende às normas de processo e de execução, às quais vigora a regra de anterioridade da lei frente ao ato processual, não ao fato criminoso."[15]

A intelecção perfilada pelos escólios doutrinários e paradigmas pretorianos precedentemente coligidos, entretanto, insuscetível de crítica somente seria se a premissa basilar sobre a qual repousa — natureza e caráter puramente processual das normas que cuidam de liberdade provisória, com ou sem fiança, e bem assim de qualquer espécie de prisão não penal, isto é, toda e qualquer privação da liberdade cujo título jurídico que legitima sua execução não seja a condenação criminal trânsita em julgado — estivesse, mais do que tecnicamente correta, substancialmente confortada pelos postulados fundamentais do sistema repressivo, compatibilizando-se, ainda, com o aspecto tridimensional da norma jurídica (genético, funcional e estrutural) de modo a, nessa perspectiva, poder-se adequar, inteiramente, ao conceito de norma formal e materialmente processual.

Não nos parece estar, todavia.

O figurar determina norma na legislação processual ou o versar ela, embora fora dela situada, sobre matéria ou instituto originariamente tratado na seara do direito processual positivo não são circunstâncias aptas, por si sós, a lhe infundir natureza e essência puramente processuais.

A propósito e entre tantos, Romeu Pires de Campos Barros oportunamente advertiu que "a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio. Consiste este na regulamentação de fenômenos *estritamente* processuais, isto é, na programação do debate judicial, no que se refere ao seu fim, que é a decisão de um conflito de interesses."[16]

E não depende do corpo de disposições em que inserida, nem poderia, simplesmente porque há normas, e não são raras, que, conquanto localizadas no

(14) *Habeas Corpus* 115.848-3, Rel. Des. Jarbas Mazzoni, Habeas corpus 98.901-3, Rel. Des. Celso Limongi, Mandado de segurança 95.127-3, Rel. Des. Jarbas Mazzoni.

(15) *Habeas corpus* 2.086-3, Diário de Justiça de União de 09.11.93, p. 23.569.

(16) Obra anteriormente citada, v. 1, p. 71.

estatuto processual ou na lei de execução, disciplinam uma relação de direito essencialmente material ou sobre ele, apesar de cuidarem de temas a princípio atrelados ao direito processual, projetam seus principais efeitos e conseqüências (na primeira hipótese, as normas que regulam a decadência do direito de queixa ou representação, a renúncia, o perdão, os direitos do preso ou do condenado; na segunda, os preceitos que permitem ou impõem a decretação ou a manutenção da privação da liberdade do cidadão antes de que ela possa concretizar-se como sanção penal).

É bem verdade, em linha de conseqüência e como percucientemente ressaltou o ilustre ministro do Superior Tribunal de Justiça, emérito professor e jurista, Francisco de Assis Toledo, de cujas sempre lúcidas preleções foram extraídas as considerações por último expendidas, que "a dificuldade maior consistirá em separar-se o que há de direito material no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal e o que há de direito processual no Código Penal para, após tal separação, aplicarem-se às normas de direito material os princípios de direito penal intertemporal, aqui estudados, e às normas de direito processual os princípios que lhe são próprios (...)".[17]

Uma tal dificuldade, que verdadeiramente existe e, ao contrário de ignorada, deve ser enfrentada e superada, talvez explique, mas certamente não justifica o perigoso fenômeno, em boa hora divisado e combatido por Alberto Silva Franco, de o "Direito Processual Penal, como qualquer outra disciplina jurídica, não estar livre dos falsos truísmos, isto é, de verdades que se mostram, no entender de alguns doutrinadores, tão evidentes que prescindem de toda e qualquer verificação científica, de toda e qualquer valoração jurídica. A ausência de um juízo crítico permite que essas "verdades" se propaguem e que passem incólumes pelos tempos afora. Um desses truísmos enganosos é, sem dúvida, o da aplicabilidade, em relação às normas processuais penais, da regra *tempus regit actum* (...)."

"Afirmar-se, sem maiores considerações, que as normas processuais penais devem ter aplicação imediata, atingindo, inclusive, os fatos ocorridos antes de sua vigência, significa desconhecer a especificidade e a autonomia que devem ser atribuídas ao processo penal."

"Tal posicionamento não leva na devida conta o tipo de relacionamento existente entre o direito penal e o processo penal. Há entre um e outro "uma verdadeira relação de mútua complementariedade funcional, podendo mesmo dizer-se relação de interdependência ou de implicação biunívoca: o processo penal — tal como qualquer processo — pressupõe o direito penal, e o direito penal — diferentemente do que acontece com os ramos do direito não sancionatório — só se concretiza através do processo. O processo penal é, em rigor, o *modus existendi* do direito penal (Taipa de Carvalho, Sucessão das Leis Penais, p. 212, 1990)."

"Esta íntima conexão revela a possibilidade de recíprocas interferências, não se podendo fugir à consideração de que normas processuais penais tenham reflexo direto e imediato no direito punitivo. Daí a classificação entre normas processuais penais materiais e normas processuais penais. As primeiras (de que são exemplos a queixa, a prescrição, a decadência, a perempção, as espécies de prova, os graus de recurso, a prisão cautelar, a liberdade provisória, etc.) "condicionam a efetivação da responsabilidade penal ou contendem diretamente" com os direitos do acusado ou do recluso. As outras (de que são exemplos

[17] Assis Toledo, Francisco de, "Princípios básicos de direito penal", Saraiva, SP, 3.ª ed., 1982, p. 38/9.

as formas de citação, a redação dos mandados, as formas de audição e registro dos participantes do processo, os prazos das partes, as formalidades e prazos dos exames periciais, etc.) dizem respeito ao desenvolvimento do processo, em suas diversas fases — da propositura da ação penal ao seu desfecho definitivo —, e não produzem nenhum imediato efeito jurídico material."

"A decorrência, que se extrai dessa tipologia de normas processuais, é a de que toda norma processual idônea a lesar direitos do acusado ou do recluso possui caráter substantivo e não pode ter aplicação em relação a situações processuais anteriores à sua vigência."[18]

Especialmente no que tange às normas sobre prisão cautelar ou processual (em qualquer de suas modalidades) e liberdade provisória, com ou sem fiança, não há como negar-lhes, ainda que se as reconheça como formalmente processuais, conteúdo nitidamente substancial, senão quanto ao instituto que disciplinam, ao menos e inequivocamente quanto aos efeitos desse regramento, seja porque a liberdade do cidadão é direito, mais do que material e preexistente ao processo, constitucionalmente fundamental, seja porquanto, mesmo que o regulem à luz de interesses da administração da justiça penal, sobre esses direitos projetam, fora do processo, sérios efeitos materiais.

A propósito e focalizando especificamente a prisão preventiva, Palombarini, Juiz de Instrução Criminal do Tribunal de Pádua, em manifestação trazida à colação por Taipa de Carvalho em sua primorosa monografia sobre a sucessão das leis penais no tempo, com acerto alertou "Pena e prisão preventiva têm diversa natureza jurídica, diferentes objetivos, diversa função (...) Para decidir se uma certa garantia processual deve aplicar-se a um determinado instituto, é necessário atender, em primeiro lugar, à incidência do mesmo instituto sobre a esfera do indivíduo. Ora, a prisão preventiva — embora diversa, como se disse, da pena — traduz-se para o indivíduo numa restrição total da sua liberdade. *Diferentes os institutos, idênticos os valores em jogo e os perigos da lesão do fundamental direito da liberdade.*"[19]

E o citado jurista português, professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto, depois de realizar meticulosa pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o conflito temporal de normas processuais penais e de observar que "o esquecimento prático desta especificidade e autonomia do processo penal, aliado a um viciado método de dedução conceitualístico-formal, conduziu à aceitação superficial do princípio da aplicação imediata das leis processuais penais na sua globalidade", convincentemente assevera que "está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material, que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais penais formais — e uma hermenêutica teleologia-material cujos cânones — conferindo primado às (investigações das) verdadeiras *rationes* jurídico-política e político-criminal do princípio da aplicação da lei penal favorável — determinam que à sucessão das leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroatividade da lei desfavorável e o da retroatividade da lei favorável" fixado-se como momento-critério para a determinação da lei aplicável, arremata

(18) "Código penal e sua interpretação jurisprudencial", RT, SP, 5.ª ed., 1995, p. 59/60, nota ao item 4.03 — "*Lex mitior* e conflito de normas processuais".

(19) Apud: Taipa de Carvalho, Americo, "Sucessão de leis penais", Coimbra Editora, 1990, p. 251/2.

o proficiente tratadista luso, o *tempus delicti*.[20]

Estamos em que razão lhe assiste, integralmente. Toda norma que, apesar de encartada na legislação processual ou, ainda que fora dela, contenha disposição que, ao disciplinar ou modificar tal ou qual instituto do direito processual, transcenda a mera regulamentação de "atos de pura técnica processual"[21] para incidir diretamente sobre direitos fundamentais do cidadão ou sobre eles projetar seus efeitos, será norma de direito processual penal material,[22] como o são, pela manifesta e inevitável repercussão que produzem sobre a liberdade individual, as normas que de qualquer modo versem sobre a prisão provisória, cautelar ou processual, e a contracautela da liberdade provisória com ou sem fiança.

E tanto o são que o art. 2.º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, a exemplo, aliás e como registra a obra de Eugenio Florian,[23] das leis de introdução aos códigos de processo penal italianos, referindo-se expressamente a elas, preconiza a aplicação dos princípios que norteiam a resolução da intertemporalidade do direito penal material, consagrando, pois, a ultratividade da lei vigente ao tempo do delito, a menos que a posterior seja mais favorável ao imputado.

Estar ou não em vigor o sobredito preceito legal é questão que, dirimida neste ou naquele sentido, não subtrai à substância da disposição que alberga a condição de relevante e indelével indicativo da feição nitidamente material de referidas normas apenas formalmente processuais.

A propósito, Luiz Flávio Gomes, em interessante e abalizado estudo sobre a Lei 8.930/94 — texto que ampliou o elenco dos chamados crimes hediondos — após ponderar que, por força da inafastável necessidade de preservar a segurança jurídica, "tão importante dentro do Estado de Direito, ao infrator só podem recair as conseqüências jurídicas previstas no ordenamento jurídico na data do delito. As regras do jogo (*rules of the game*) não podem ser alteradas, para pior (...)", procedentemente afirma que "toda norma de conteúdo material é irretroativa (...). E é penal (material) toda regra que se relacione com o *ius punitionis*, reforçando ou reduzindo direitos penais subjetivos do acusado (...)", para então arrematar, com Jescheck, que "(...) a proibição de retroatividade estende-se ademais a outras agravações ulteriores da situação jurídica do réu (...)".

E, finalizando, destaca que "no direito e na doutrina norte-americana, de modo muito prático e correto, sustenta-se que o acusado "não deve ser privado (diante da lei nova) de nenhum *substantial right* e nesta categoria entram as disposições processuais contrárias ao acusado. Tudo se resolve através do critério do *substantial disadvantage:* a norma posterior que afete qualquer *substantial right*, penal o ou processual, não retroage (v. Siniscalco, Irretroatività dell leggi, 1987, p. 163 e ss.)."[24]

(20) Taipa de Carvalho, obra anteriormente citada, p. 219/20.

(21) Idem supra, autor e obra, p. 222/3.

(22) Taipa de Carvalho colaciona o pensamento de grandes juristas europeus (Leone, Capelletti, Tiedmann, Schmitt, Levasseur), sobre a dicotomia normas penais — normas processuais penais e anota que, haja embora divergências quanto às classificações propostas, existe consenso relativamente ao entendimento de que o princípio da proibição da retroatividade de lei penal está intimamente ligado à tutela da liberdade e dos demais direitos fundamentais do cidadão, alcançando, por isto, as normas processuais que os atinjam (obra citada, p. 220-1).

(23) Florian, Eugenio, "Elementos de derecho procesal penal", Bosh Casa Editorial, Barcelona, p. 44.

(24) Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Boletim n.º 22, ano 2, outubro/1994.

A tão judiciosas ponderações e à vista da inevitável verificação de que a efetivação do "direito regressivo" do estado não é senão a atuação necessariamente recíproca do direito penal e do direito processual penal — dado em face do qual compreende não apenas a lei penal em sentido estrito, mas também as normas processuais que, regulando a tarefa dos poderes públicos contra a delinqüência, desde a investigação das infrações até ao termo da execução da sanção pronunciada, limitem e ameacem a liberdade dos cidadãos[25] —, cabe acrescentar, com Figueiredo Dias, presidente da comissão que elaborou o projeto do novo código de processo penal português, que "... para além do nulo valor da invocação da "instrumentalidade" do processo — o princípio jurídico-constitucional da legalidade se estende, em certo sentido, a toda repressão penal e abrange, nesta medida, o próprio direito processual penal. *Aqui deparamos com o essencial:* tal como vimos suceder no problema da analogia, *importa que a aplicação da lei processual penal a actos ou situações que decorrem na sua vigência, mas se ligam a uma infração cometida no domínio da lei processual antiga, não contrarie nunca o conteúdo da garantia conferida pelo princípio da legalidade* (...)."[26]

4. Conclusões

As normas sobre a prisão como sanção penal, normas, pois, genuinamente penais, materiais, regulam-se, em caso de intertemporalidade, pelo postulado da ultratividade da lei vigente *tempus delicti*, ressalvada a retroatividade da *lex mitior*.

As normas que repercutam, direta ou indiretamente, sobre a liberdade do cidadão, contemplando medidas que tratem, originariamente ou não, da sua privação antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, são normas apenas formalmente processuais, mas essencialmente materiais, independentemente do caráter da legislação que contenha.

Redobradamente materiais, do ponto de vista substancial, afiguram-se as normas, tais as inscritas na Lei 8.072/90, que vedam a liberdade provisória e a fiança na exata medida em que o fazem apenas em função de aspectos exclusivamente relacionados ao direito penal, a começar pela própria catalogação, como hediondos ou equiparados, dos crimes enumerados por referido diploma legal.

À sucessão temporal de normas que se revistam, assim, de conteúdo, feição e projeção de direito substantivo (normas que, examinadas à luz dos critérios genético, estrutural e funcional, configuram-se, no todo, com normas mistas), impõe-se a aplicação, pelas mesmas e relevantes razões que os inspiram, dos postulados constitucionais da anterioridade e da irretroatividade desfavorável da lei penal. Até porque e quanto mais não fosse, recusá-la produziria a monstruosidade lógico-jurídico-valorativa de outorgar-se às normas sobre a prisão com pena e, portanto, confortada por decisão condenatória recoberta pela eficácia da coisa julgada, a necessária ultratividade, somente afastada na hipótese de superveniência de lei mais benéfica, para, paradoxalmente, porém, negá-la a normas que, contemplando a supressão da liberdade individual antes mesmo de que o cidadão possa ser validamente considerado culpado, constituem-se e devem constituir-se, sempre, em verdadeira exceção frente aos princípios, direitos e garantias constitucionais.

(25) Levasseur, George, "Opinions heterodoxes sur les conflits de lois repressives dans les temps", apud: Taipa de Carvalho, obra anteriormente citada, p. 221.

(26) Apud: Taipa de Carvalho, obra citada, p. 226/7.

3 — DOUTRINA NACIONAL

NEOLIBERALISMO E ESTADO DE DIREITO[1]

OSCAR VILHENA VIEIRA

Sumário: 1. Introdução — 2. O conceito de Estado de Direito; 2.1. Monopólio público dos meios de coerção, uma precondição; 2.2. Em busca de uma concepção substantiva de Estado de Direito; 2.3. Reciprocidade e Estado de Direito; 2.4. Congruência e Estado de Direito — 3. Desigualdade e Estado de Direito: o caso brasileiro; 3.1. O sistema legal, as primeiras "sete excelências"; 3.2. Congruência e desigualdade.

"Para que servem os direitos sem o poder para implementá-los?"
Isaiah Berlin

1. Introdução

A expressão Estado de Direito tem sido um poderoso instrumento no processo de derrubada de regimes autoritários nas últimas décadas.[2] Assim como democracia e mercado (marcadamente nos últimos anos) a expressão Estado de Direito incorporou-se ao vocabulário das grandes transformações ocorridas na América Latina nos anos setenta e oitenta e no Leste Europeu do final dos anos oitenta até o presente. Nestas batalhas o termo Estado de Direito tem sido predominantemente usado como uma contraposição ao emprego arbitrário do poder e uma aspiração ao bom governo. Muito embora a utilização do conceito de Estado de Direito seja algumas vezes confusa, não é totalmente arbitrária, uma vez que se baseia no ideal de que o governo das leis, fundado na razão e liberdade, é superior ao governo dos ditadores, das juntas, do partido único, ou outras formas opressivas de exercício do poder. Mas se este conceito é um bom slogan na desconstrução de antigos regimes, é muito abstrato no momento da construção e implementação de uma ordem legal. E como o fim do regime autoritário não significa o começo automático do governo das leis, é necessário compreender o que exatamente significa Estado de Direito e como pode ele auxiliar na construção de regimes menos opressivos e que se estendam a todos setores da sociedade.

O ressurgimento do conceito de Estado de Direito na literatura política contemporânea, por sua vez, está dire-

(1) Uma versão deste texto, entitulada Reciprocity, Equality and the Rule of Law, foi originalmente apresentada no seminário "Legal Phylosophy: The Books" na Faculdade de Direito da Universidade de Columbia, Nova York, coordenado pelo Prof. Jeremy Waldron, em 1995, a ele sou grato pela generosa leitura e pelos comentários.

(2) Entre 1974 e 1990 mais de 30 países no sul e leste da Europa, América Latina, leste da Ásia e Africa transitaram de regimes autoritários ou totalitários para regimes democráticos, Samuel Huntington, The Third Wave, 1991, p. 3 e s.

tamente ligada aos trabalhos de F.A. Hayek, não coincidentemente um dos principais teóricos do Estado mínimo, do neoliberalismo. Para esse autor, Estado de Direito e mercado estão diretamente relacionados e dependentes. O Estado de Direito é a melhor forma de se assegurar as liberdades necessárias ao funcionamento do mercado e este, por sua vez, é o ambiente econômico próprio para a realização do Estado de Direito. Para Hayek toda forma de intervenção redistributivista ou regulamentação da economia põe em risco o estado de direito, pois subverte seus elementos formais, como generalidade e abstração das leis e só pode ser colocada em prática a partir de uma supressão das liberdades negativas.

A hipótese deste trabalho, no entanto, é que o essencial para a construção de um estado de direito é a existência de uma sociedade formada a partir de relações voluntárias e recíprocas, o que propicia a generalização de expectativas de cumprimento das obrigações. Para que isto aconteça é necessário haver um equilíbrio de recurso[3] entre os diversos membros desta sociedade e, portanto, um mínimo de igualdade social. Isto certamente não exclui o mercado, mas apela para a sua correção, principalmente no que se refere a distribuição de riquezas por ele gerenciadas.

O objetivo deste ensaio é analisar a situação do Estado de Direito no Brasil à luz das discussões teóricas do que se compreende por Estado de Direito nos dias de hoje. Na primeira etapa serão exploradas algumas concepções de Estado de Direito; atenção especial será dada às questões da igualdade, reciprocidade, congruência e também ao problema do monopólio público dos meios de coerção (Weber), que vejo como um dos principais problemas do sistema legal brasileiro. Na segunda parte será feita uma rápida apresentação do sistema legal brasileiro, sob a ótica dos ideais de Estado de Direito analisados na primeira parte do trabalho. Minha hipótese é que a falta de congruência entre o direito escrito nos "códigos" e o comportamento dos agentes do Estado (de policiais militares à magistrados), que se verifica no sistema jurídico brasileiro, é entre outros fatores uma conseqüência de altos níveis de desigualdade social e econômica, que danificam o tecido social, rompendo as relações de reciprocidade que são essenciais a uma administração coerente do Direito. Neste sentido acato a proposição de Fuller de que reciprocidade é um elemento crucial à existência de um Estado de Direito, mas questiono que o mercado, por si só, crie um ambiente propício ao surgimento de relações pautadas pela igualdade e reciprocidade, ou seja, onde as obrigações e direitos de indivíduos e agentes do Estado sejam mutuamente reconhecidos.

2. O conceito de Estado de Direito

2.1. Monopólio Público dos meios de coerção, uma precondição.

Em um clássico da literatura constitucional do início do Século, A. V. Dicey, destacava que dois são os aspectos que caracterizam as instituições inglesas: em primeiro lugar a "onipotência ou indisputada supremacia do governo central em todo o país..."[4] e o segundo a existência do *rule of law*. Seguindo os autores clássicos de Hobbes a Weber, assume-se neste trabalho que a centralização e monopólio dos meios coercitivos é uma precondição à exis-

(3) Recursos aqui não se referem aos recursos financeiros exclusivamente, porém educação, informação, liberdade de organização, poder político, etc.

(4) Dicey, A.V., Introduction to the Study of the Law of the Constituion, 1982, p. 107.

tência do Estado de Direito. Mesmo para aqueles que não vêem a lei como um mero fato de poder como Hobbes e os demais positivistas para quem *auctoritas non veritas facit legem*, mas como uma empreitada normativa e interrelacional,[5] a presença de autoridades, de uma terceira parte responsável por aplicar o direito é sempre necessária. Isto reafirma a necessidade de um Estado e a sua luta para monopolizar os meios de coerção, no processo de pacificação da sociedade, para usar a terminologia de Norbert Elias.[6] O fato é que em muitas das novas democracias não existe um autêntico monopólio *público* dos meios de coerção, o que gera uma fragilidade do Estado na aplicação do direito; e o termo *público* e não *estatal* está sendo utilizado para possibilitar a seguinte diferenciação: em muitos sistemas, embora o Estado controle considerável quantidade dos meios de coerção, estes meios não são utilizados com finalidade pública. Porém são colonizados por indivíduos privados ou grupos, no que Weber denomina Estado patrimonial, para assegurar privilégios e relações assimétricas dentro da sociedade. Em outras situações os Estados são simplesmente frágeis, incapazes de superar outros grupos armados em seus territórios.

Muito embora esse processo de monopolização dos meios de coerção pareça crucial na constituição de uma sociedade pacificada, onde a integridade física (e alguma dose de autonomia) não esteja em constante ameaça frente aos demais membros da sociedade, a atribuição desse poder ao Estado constitui uma ameaça em si mesmo. Aqui é que o Estado de Direito se demonstra mais importante, como instrumento de controle e domesticação do Leviatã.

[5] Lon Fuller, The Morality of Law, 1969, p. 221.

[6] O Processo Civilizador, 1993.

2.2. Em busca de uma concepção substantiva de Estado de Direito

Os conceitos de anglo-americano de *Rule of Law* e germânico de *Rechtsstaat* dos séculos dezoito e dezenove que passaram por uma longa crise alertada por Max Weber, têm sido objeto de importantes reformulações teóricas neste último século. No início deste século Max Weber alertava para o processo de desformalização do direito como conseqüência de transformações na esfera pública, em Economia e na Sociedade.[7] As décadas que se seguiram ao trabalho de Weber foram marcados por um intenso debate intelectual e político a respeito da capacidade do *Rechtsstaat* de enfrentar os desafios impostos pela Constituição social democrata de Weimar, que pode ser compreendido a partir do debate entre conservadores como Carl Schmitt e sociais democratas como Franz Neumann e Herman Heller. No mundo acadêmico anglo-americano, a mais importante reformulação e defesa substantiva do Estado de Direito como instrumento de proteção da liberdade dos indivíduos contra o constante aumento da intervenção do Estado na esfera econômica, foi elaborada, como já foi dito, pelo economista austríaco Friedrich A. Hayek.[8]

Para Hayek, a intervenção do Estado na economia e o crescimento do poder discricionário dos burocratas para estabelecer e implementar metas sociais ameaçam diretamente a liberdade; ao mesmo tempo, e como conseqüência destas transformações nas funções do Estado, houve um declínio do direito como um instrumento substantivo de proteção da liberdade. A noção de que

[7] Max Weber, Economia y Sociedad, 1984, p. 648 e s.

[8] The Road of Serfdom, de 1944, e The Constitucion of Liberty, de 1960, traduzido para o português como Os Fundamentos da Liberdade, 1983.

o Estado tinha a obrigação de não apenas tratar os seus cidadãos como iguais perante a lei, mas assegurar uma justiça substantiva, foi acompanhada pelo argumento dos novos teóricos do Direito de que o conceito clássico de Estado de Direito era incompatível com a nova realidade econômica e política. Diferentes perspectivas teóricas, como positivistas, realistas, escola livre de direito, jurisprudência de interesses, colaboraram ainda que antagonicamente para a construção de um conceito dessubstancializado de direito, libertando assim o Estado das limitações impostas pela noção substantiva de lei.[9]

Para superar esta situação de opressão, onde o Estado pode coagir os seus cidadãos, através de atos normativos, sem a necessidade de justificar os seus atos numa lei geral e abstrata, é que é necessário, para Hayek, retornar ao antigo conceito de Estado de Direito. Com este propósito, Hayek revisita a história do conceito e estabelece uma lista de elementos normativos essenciais do Estado de Direito como um instrumento que por excelência assegura a liberdade. Por ser uma concepção substantiva, "concernente com o que a lei deve ser, uma doutrina metalegal e um ideal político",[10] e não uma mera concepção de governo agindo por intermédio de atos normativos expendidos pelo legislativo ou pelo executivo para a realização de seus objetivos, o Estado de Direito não pode ser equiparado ao princípio da legalidade desenvolvido pelo direito administrativo. O Estado de Direito, para Hayek, deveria ser estruturado pelos seguintes elementos: a) a lei deveria ser geral, abstrata e prospectiva, para que o legislador não possa escolher uma pessoa ou grupo para que seja alvo de sua coerção ou privilégio; b) a lei deve ser conhecida e certa (estável), para que as pessoas possam planejar, (para Hayek este foi um dos fatores decisivos que contribuíram para a prosperidade do ocidente); c) a lei deve ser aplicada de forma igual para todos, cidadãos e autoridades, o que diminuiria a promulgação de leis injustas; d) deve haver uma divisão entre legisladores e aplicadores do direito, juizes e administradores, assim as leis não serão feitas para a solução de casos particulares; e) a existência de um controle judicial dos atos discricionários da administração para corrigir a má aplicação da lei; f) legislação e políticas (públicas) também deveriam ser separadas, e a utilização da coerção estatal justificada apenas por meio de lei, para prevenir a coerção discriminatória de indivíduos; e g) uma carta de direitos não exaustiva para proteger a esfera privada. Assim, a concepção hayekiana de Estado de Direito tem o propósito claro de estruturar o sistema de mercado, através de um conceito substantivo de lei,[11] a existência de direitos individuais e separação de poderes. Trata-se de um modelo normativo, que propõe a melhor fórmula de se alcançar a liberdade (como ausência de obstáculo), preconcebida para o bom funcionamento do mercado. As idéias de Hayek no campo constitucional e legal são, no entanto, extremamente relevantes pois recuperam a dignidade do conceito de lei perdida no período do Estado regulador, pois a lei constitui

(9) The Constituion of Liberty, 1960, capítulo XVI.

(10) Idem, p. 206.

(11) O conceito de lei, como ato normativo genérico e abstrato, coincide exatamente com as proposições rousseaunianas de lei: para que esta pudesse assegurar a autonomia dos cidadãos e não ser contaminada por interesses privados, ou seja, para que ela pudesse ser a representação fiel da vontade geral, a lei deveria ser aplicável universalmente a todos; para uma análise do conceito de lei em Rousseau, ver Giovanni Sartori, Teoria de la Democracia, 1987, p. 382 e s.

um "invento"[12] essencial no processo de civilização da sociedade e domesticação do Estado. O modelo de Hayek, embora tenha despertado para a necessidade de se reformular normativamente o conceito de Estado de Direito que se deteriorou em razão do formalismo e relativismo de diversas correntes, com conseqüências catastróficas em algumas sociedades, não nos ajuda a pensar a dinâmica pela qual o Estado de Direito é possível. Daí ser extremamente interessante conhecer o tratamento dispensado por Lon Fuller a este tema.

2.3. Reciprocidade e Estado de Direito

Entre os diversos objetivos que Fuller persegue em seu livro *The morality of Law*, o estabelecimento de um conceito de Estado de Direito, que possa ser utilizado como escala para medir a qualidade intrínseca dos sistemas jurídicos, parece ser o mais interessante.[13] Fuller busca criar uma versão paradigmática de Estado de Direito com instrumento cognitivo, distinto de parâmetros substantivos de justiça e noções de direito natural,[14] para servir como padrão de avaliação dos sistemas jurídicos.[15] Na visão de Fuller a perspectiva positivista que entende a lei como um fato de autoridade, e não como um empreendimento propositivo moral, perde qualquer capacidade normativa para checar o cumprimento do ideal de legalidade pelo sistema jurídico. O mais interessante de sua análise, entretanto, é que Fuller deriva seu modelo normativo de uma série de condições sociais. Neste sentido descreve quais são os elementos para a construção de um Estado de Direito.

Para Fuller, o modesto propósito dos sistemas legais é submeter "a conduta humana à orientação e controle de regras gerais".[16] Para alcançar este propósito, os sistemas legais deveriam incorporar uma série de elementos, ou "excelências", que irão constituir a "moralidade interna do Direito". A primeira destas excelências é a própria existência de regras. Estas regras também devem ser públicas, prospectivas, não contraditórias entre si, compreensíveis e estáveis para que as pessoas possam por elas se pautar. A última excelência que compõe a moralidade interna do Direito é a congruência entre as regras e sua efetiva administração e aplicação. São essas, portanto, as "excelências" que compõem a essência do Estado de Direito.[17]

A enumeração de Fuller, embora semelhante em diversos pontos aos elementos da formulação proposta por Hayek, é mais modesta e procedimental; não exige uma carta de direitos ou uma clara separação de poderes, com um Poder Judiciário independente.[18] Além desta diferença, o método adotado por Fuller para chegar a sua formulação

(12) O termo invento foi aqui utilizado no sentido que lhe empresta Carlos Nino, ao afirmar que os direitos humanos são um dos maiores "inventos" da humanidadc, e com isto querendo dcmonstrar que são um produto do engenho humano comparável as demais descobertas científicas na área da medicina, comunicações, etc, Ética y Derechos Humanos, 1989, p. 1.

(13) Neste sentido a emprcitada de Fuller é semelhante a de Rawls que cria uma abstração em sua Teoria da Justiça pela qual se pode abordar criticamente a justiça dos sistemas políticos reais, ou do próprio Contrato Social de Rosseau, que não passa de uma abstração que nos permite medir o grau de conquistas democráticas de uma determinada sociedade.

(14) Para Fuller, a moralidade interna do direito é uma "versão procedimental do direito natural", The Morality of Law, 1969, p. 97.

(15) Idem, p. 146/7.

(16) Idem, p. 146.

(17) Idem, p. 39.

(18) Para Fullcr, diferentemente dc Hayek, o judiciário não é nccessariamente a mclhor instituição para policiar o processo de aplicação do Direito.

também é distinto e certamente mais frutífero. Fuller inicia seu livro distinguindo entre moralidade do dever e moralidade de aspiração. A moralidade do dever "estabelece regras básicas sem as quais uma sociedade organizada seria impossível", é um tipo de moralidade fundada no Antigo Testamento "não deves", enquanto a moralidade de aspiração é uma moralidade da boa vida. A moralidade do dever pode ser comparada com as regras da gramática, enquanto a moralidade da aspiração com as regras da boa composição. Na escala moral, a moralidade do dever está em baixo e a moralidade de aspiração no topo. A difícil questão é onde uma linha divisória entre o que é dever e o que é apenas uma questão de melhora da vida humana.

O direito e os deveres legalmente estabelecidos são primos irmãos da moralidade de dever. O sistema legal como um todo, no entanto, tem o propósito de "reduzir o papel do irracional nos afazeres humanos" e, nesse sentido, está mais próximo de uma moralidade de aspiração. Uma outra analogia feita pelo autor, que é importante para a compreensão de sua principal hipótese, é a relação entre moralidade de dever e economia de mercado. Um grande número de deveres decorre de relações de troca, promessas e contratos, o que não significa, no entanto, que toda obrigação decorra de uma transação. Em muitas ocasiões é apropriado dizer que alguém tem um dever que não deriva de uma relação contratual, como a obrigação de votar. Esse dever deriva, na linguagem de Fuller, de uma relação de reciprocidade, de uma expectativa de que outros também realizem certos atos que darão significado e sentido ao seu voto; no mesmo sentido, os deveres não decorrem apenas de relações de troca, mas de situações onde existe uma colaboração anônima ou em outras situações de auto, imposição. Neste sentido, Fuller propõe que as sociedades onde regem as leis do mercado não se compõem apenas de uma rede de barganhas, mas também de uma anônima e constante colaboração entre os seus membros. Colaboração que se canaliza "através das instituições e procedimentos de uma sociedade organizada".[19]

Esta noção de reciprocidade pode ser representada pela seguinte regra de ouro: "assim que se torne perfeitamente claro que você não tem nenhuma intenção de me tratar como você gostaria de ser tratado, então eu me considero livre da obrigação de lhe tratar como eu gostaria de ser tratado".[20] Assim o que mantém a sociedade unida, além das obrigações derivadas dos contratos, são as obrigações derivadas de expectativas mútuas expressas por relações de reciprocidade.[21]

Fuller vê as sociedades de troca como ambientes propícios para a realização da moralidade interna do direito. Apenas nessas sociedades pode alguém achar as "três condições ótimas para a eficácia da noção de dever", que são: a) a voluntariedade, de ambas as partes, com que a relação de reciprocidade, da qual a obrigação deriva, se constitui; b) a igualdade entre as obrigações a serem prestadas pelas partes, que só podem ser estabelecidas pelo mercado; e c) a reversibilidade, ou seja, que a sua posição nas relações contratuais não seja sempre a mesma, pois a todo o tempo você pode trocar de posição com a outra parte. Estes elementos facilitam enormemente o cumprimento sem necessidade de coerção dos deveres de cada uma das partes e, portanto a realização do Estado de Direito.

O que faz a análise do Estado de Direito realizada por Fuller mais atrativa do que a abordagem sociológica de Weber ou normativa proposta por Hayek,

(19) Fuller, idem 22.
(20) Idem, p. 21.
(21) Idem, p. 23.

é em primeiro lugar a capacidade do autor de retirar de uma sociedade regida pelo mercado uma formulação normativa do Estado de Direito, que embora rejeitando as formulações tradicionais do Direito Natural como lei superior, é capaz de oferecer um instrumento normativo crítico para medir a integridade dos sistemas jurídicos. Em segundo lugar, a idéia de reciprocidade, dá um caráter dinâmico a sua formulação, rejeitando a idéia positivista de que a lei vige onde há autoridade para impô-la, e desmistificando em alguma medida o conceito de legitimidade, muitas vezes utilizado para justificar a maior ou menor eficácia do direito. Assim, o direito alcança eficácia não apenas quando é fruto da vontade consensual dos cidadão, mas quando a disponibilidade de respeitar aquele direito é mutuamente esperada. Tautologicamente falando é a realização das expectativas da efetivação do Direito que aumenta a sua eficácia. Trata-se, assim, de um processo construtivo. Neste sentido, as sete primeiras excelências da "moralidade interna" do Direito, que constituem o conceito de Estado de Direito de Fuller, só podem ter sucesso a partir da existência de uma vasta rede de relações de reciprocidade, entendida como conjunto de colaborações autônomas, associadas a obrigações mutuamente aceitas por via contratual, e o senso de dever moral entre indivíduos e agentes estatais.

2.4. Congruência e Estado de Direito

As principais críticas às duas formulações de Estado de Direito que acabamos de analisar, é de que são ideologicamente vinculadas à proteção do sistema de mercado. No que se refere especificamente à formulação de Hayek as críticas são ainda mais agudas, pois trata-se de uma concepção meramente normativa, que se funda em um conceito de bem viver inerente às sociedades de mercado, sendo portanto totalmente impotentes para analisar uma sociedade que não adote como regra fundamental a ampla liberdade do mercado. A representação mais radical deste argumento, na realidade antecede as obras de Hayek e Fuller, tendo expressamente influenciado a do segundo, e foi formulada por um jurista marxista. Para Pasukanis, fora do mercado não existe direito, pois este deriva única e exclusivamente das relações de troca. "O poder político pode, com a ajuda das leis, regular, modificar, determinar, concretizar do modo mais diverso, a forma e o conteúdo deste contrato jurídico (...). A jurisprudência dogmática conclui daí que todos os elementos existentes da relação jurídica, inclusive também o próprio sujeito, são gerados pela norma. Na realidade, a existência de uma economia mercantil e monetária é, naturalmente, a condição fundamental, sem a qual todas estas normas concretas carecem de qualquer sentido (...). Aí, onde falte este substrato (mercado), é a *priori* inconcebível a relação jurídica correspondente".[22] Assim, sociedades socialistas podem possuir outras fórmulas para coordenação de seus indivíduos, mas que não se confundem com a idéia de indivíduos dotados de direitos subjetivos.

Ao lado destas formulações tanto liberais como marxista, que só vêem como possível a existência de um Estado de Direito em relação direta com uma economia de troca, há formulações que levando em conta alguns dos principais elementos normativos das concepções de Hayek e Fuller, mantêm-se mais neutras em relação ao papel que o Estado desempenha na economia. Exemplo disso é a concepção de estado de direito formulada por Joseph Raz. Para este autor o Estado de Direito em sentido amplo significa que as pessoas deveriam

[22] Pasukanis, A Teoria Geral do Direito e o Marxismo, 1977, p. 106/107.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

obedecer o Direito e serem governadas pelo mesmo, e num sentido mais restrito, político e jurídico, que o governo deve reger-se pelo Direito e a ele estar submetido.[23] A questão é o que se concebe por Direito? Se alguém entende por Direito pura e simplesmente aquilo produzido conforme as regras de reconhecimento de Hart,[24] ou a norma hipotética fundamental de Kelsen,[25] o Estado de Direito será um conceito vazio. Para dar alguma consistência ao conceito de Estado de Direito a construção de Raz exige que a lei seja compreendida como regra geral e abstrata, para que efetivamente possa guiar as ações, se compatibilizando assim com as formulações de Hayek e Fuller. Neste sentido, o direito não requer certa substância específica, mas deve ter uma forma particular. Raz, no entanto, discorda dos autores analisados no sentido de que para ele a constituição de um Estado de Direito não exige apenas regras gerais e abstratas. Para Raz seria impossível governar apenas a partir de regras gerais; qualquer sistema concreto deve ser composto por regras e particulares, sendo que as particulares devem estar em conformidade com as gerais.[26] Para cumprir o objetivo dos sistemas jurídicos de guiar as ações individuais, Raz compõe da seguinte forma o seu Estado de Direito: as regras devem ser prospectivas, claras, relativamente estáveis e a feitura das regras particulares deve se guiar por leis com características das acima anotadas. Mas estas leis só farão sentido se devidamente aplicadas por instituições responsáveis. Só assim a lei se tornará um efetivo guia para as ações individuais. E este é o quarto elemento no conceito de Estado de Direito formulado por Raz. Este modelo exige um Judiciário independente, pois sendo as normas razões para ações, seria "fútil alguém guiar suas ações com base na lei se quando a questão tiver que ser adjudicada, os tribunais não aplicarem a lei (...)".[27] Pela mesma razão o princípio da justiça natural[28] deve ser obedecido, os tribunais devem poder rever atos dos outros órgãos do poder. O acesso aos tribunais deve ser amplo para não se frustrar o Estado de Direito. Por último, os poderes discricionários das agências de prevenção da criminalidade devem ser limitados para que não pervertam a aplicação da lei; neste sentido, nem o Ministério Público nem a Polícia devem ter discricionariedade para alocar os seus recursos no combate à criminalidade, senão com base no estabelecido pela lei.

Concentrar atenções nas agências e agentes de aplicação do Direito coincide com o entendimento de Fuller de que a questão da congruência é a mais complexa no que diz respeito à moralidade interna do direito; além do mais, essa reflexão traz sangue novo ao debate sobre o Estado de Direito no momento em que a grande maioria das novas democracias está em conformidade com as demais "excelências" do Estado de Direito, comumente exigida pelos autores em tela, sem no entanto atingir um autêntico Estado de Direito.[29] Mantendo

(23) J. Raz, Rule of Law and its Virtues, in Liberty and the Rule of Law, Robert Cunnigham Ed, 1979, p. 4 s.

(24) Ver H.L. Hart, O Conceito de Direito, 1972, p. 111 e s.

(25) H. Kelsen, Teoria Pura do Direito, 1972, p. 267 e s.

(26) Raz, p. 6.

(27) Idem, p. 10.

(28) Por justiça natural Raz entende um julgamento aberto, não tendencioso e dotados de outros mecanismos procedimentais que garantam a sua justiça, idem, p. 10.

(29) Como método de legitimação dos novos regimes frente à comunidade internacional e face à parcela interna da cidadania, estes países se tornam parte dos principais instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana, que não simplesmente estabelecem uma série de direitos substan-

estes modelos em mente, vou buscar demonstrar que o sistema legal brasileiro, muito embora em conformidade com a maior parte dos elementos que fazem de um sistema legal um Estado de Direito, não atinge a "excelência da congruência". Minha hipótese e principal objeção à teoria de Fuller, no entanto, é que a economia de mercado por si não oferece todas as condições para o desenvolvimento do Estado de Direito. Pelo caso brasileiro buscarei demonstrar que um mínimo de igualdade econômica e social[30] é crucial para o estabelecimento de relações de reciprocidade essenciais à existência de um Estado de Direito.

3. Desigualdade e Estado de Direito: o caso brasileiro

3.1. O sistema legal. As primeiras "sete excelências"

O Brasil passou por um dos mais longos processos de transição que se tem história. Em 1974, o então Presidente, General Ernesto Geisel, "comprometeu seu governo a iniciar um processo de abertura política".[31] Eleição para os corpos legislativos nunca foi totalmente proibida durante o regime militar, muito embora o sistema político fosse limitado pela eliminação de partidos e políticos não desejados, restrição a direitos civis e políticos, limitações à liberdade de expressão, e o mais grave, tortura e desaparecimentos políticos. O Judiciário foi proibido de revisar ações fundadas nos atos institucionais, que eram os principais veículos normativos voltados à ultrapassar os obstáculos criados pelas Constituições que vigoraram no período. Em 1979, uma lei de anistia foi aprovada permitindo que dissidentes políticos voltassem ao país e libertando aqueles que ainda continuavam encarcerados. Depois de 1980, atos limitando a organização política e sindical e os direitos civis e políticos foram suspensos. Nos anos oitenta, eleições foram realizadas para todos os níveis da administração, inclusive com a eleição direta para presidente. O processo de transição teve seu apogeu com a elaboração de uma nova Constituição em 1988, compromissada com os valores do Estado de Direito e dos direitos humanos.

A nova Constituição incorpora uma completa lista de direitos, mais extensa do que a Carta Internacional de Direitos Humanos, que inclui direito civis, políticos, sociais e econômicos, assim como protege direitos de grupos específicos como índios, crianças e idosos. O Brasil é hoje parte nos principais tratados internacionais de proteção da pessoa humana, que por força do § 2.º do art. 5.º da Constituição, têm eficácia imediata no sistema jurídico brasileiro. A lei é o único instrumento que pode impor obrigações aos indivíduos (art. 5.º, inc. II da CF), sendo considerado lei aqueles atos emanados dos poderes legislativos processual e substantivamente de acordo com a Constituição; todas as pessoas são consideradas iguais perante a lei (*caput* do art. 5.º da CF); as leis não podem retroagir, salvo para benefício do indivíduo (art. 5.º, XL da CF). No caso das medidas provisórias, embora estas tenham efetividade desde a sua edição, tornam-se leis autênticas, somente após aprovação do Congresso. Em resumo, embora muitas das leis brasileiras jamais fossem passar no teste de generalidade exigido pela formulação de Hayek, visto que muitas delas têm destinatários específicos, como leis editadas em qualquer sociedade pós-liberal, elas certamente iriam ser aprovadas pelo modelo

tivos, mas também requerem certas instituições características do Estado de Direito.

(30) Para uma idéia clara de mínimo social a que me refiro, ver Jeremy Waldron, John Rawls and the Social Minimum, In Liberal Rights, 1993, 250 e s.

(31) Huntington, 1991, p. 5.

descrito por Raz, onde as leis específicas têm legitimidade se compatíveis com as genéricas. Também penso que em sua maioria as leis brasileiras não são mais incompreensíveis do que as de outros países considerados Estados de Direito. Certamente o Brasil tem na área econômica uma grave instabilidade, é só pensar nas mudanças de moeda que ocorreram nos últimos dez anos. Assim, muito embora o sistema legal brasileiro não seja compatível com algumas exigências do modelo de Estado de Direito de Hayek, principalmente em função das questões econômicas ligadas à generalidade e abstração da lei, seria mais aceitável pela formulação de Fuller e certamente compatível com o modelo de Raz. Isto, lembre-se bem, em relação às primeiras sete excelências do direito, que excluem exatamente a sua aplicação.

3.2. Congruência e desigualdade

Em relação às instituições responsáveis pela aplicação do Direito, o sistema legal brasileiro poderia ser apenas formalmente considerado em acordo com os requisitos estabelecidos pelos nossos autores.[32] A Constituição estabelece uma separação de poderes, diferenciando aqueles que produzem o direito daqueles que o aplicam. Como na grande maioria dos sistemas políticos a separação de poderes não é tão clara como aquela imaginada por Montesquieu; o executivo possui atribuições regulamentares e adjudicativas;[33] o judiciário tem autonomia administrativa para governar os seus próprios assuntos ocorrendo o mesmo com o legislativo, que tem ampliado sensivelmente suas atribuições de fiscalização. Mas certamente este sistema de separação de poderes não é mais flexível do que os adotados pelos sistemas constitucionais americano, alemão e francês, paradigmáticos para nossa cultura jurídica. O Judiciário é totalmente independente e tem o poder de revisar qualquer ato da administração, inclusive a constitucionalidade de leis e até de emendas à constituição. O sistema constitucional brasileiro também estabelece a independência do Ministério Público, fiscal da lei.

Assim, no papel, o sistema jurídico brasileiro também se submete à oitava "excelência" do modelo de Estado de Direito descrito por Fuller. No entanto, o sistema jurídico brasileiro sofre de uma epidêmica falta de congruência entre as leis estabelecidas, o comportamento dos indivíduos e a atuação dos agentes estatais responsáveis pela aplicação da lei; o que pode ser verificado pela sistemática violação de direitos humanos no Brasil ou mesmo pelas altas taxas de criminalidade, em algumas regiões do país. Neste sentido, vou buscar demonstrar que o caso brasileiro é um exemplo emblemático de um sistema legal deficiente por falta de congruência na aplicação do Direito.

A democratização e adoção de uma nova Constituição não retirou muitos dos obstáculos para a implementação de um autêntico Estado de Direito no Brasil. A incapacidade do novo regime democrático de amenizar o problema de distribuição de riquezas no país,[34] mantendo a estrutura hierárquica que permeia

(32) Em relação a existência de justiças militares estaduais, para julgamento de policiais militares que praticaram crimes contra civis, nem isto poderia ser dito.

(33) Lembre-se que todas podem ser revistas pelo judiciário.

(34) Todos os dados quantitativos apresentados neste texto foram retirados do artigo de M. Poppovic e P.S. Pinheiro, How to Consolidate Democracy? Human Rights Approach, UNESCO (1995), com uma versão em português publicada pelo relatório de Direitos Humanos do Núcleo de Estudos da Violência, 1995, p. 45 e s.; De

todo o tecido social brasileiro, impossibilita que a lei desempenhe o seu papel de razão para agir pelo menos para duas parcelas da população. Muito embora o Brasil esteja hoje classificado como a décima economia do globo, possui o segundo pior nível de distribuição de renda do mundo, perdendo apenas para Botswana, e ocupa o 63.º em termos de desenvolvimento humano, de acordo com os padrões estabelecidos pela ONU.[35] Em 1990 os 10% mais ricos da população brasileira possuíam 49,7% da riqueza nacional e os 50% mais pobres apenas 11,2% da mesma riqueza. O investimento em educação, 3,3% do PIB, é metade do que as outras doze maiores economias do mundo investem em educação. O que resulta em mais de 20% de analfabetos. Estes, entre muitos outros indicadores de drásticas desigualdades dentro da sociedade brasileira, têm um forte impacto sobre as relações de diferentes setores da sociedade com o maquinário de aplicação do Direito, distorcendo a adequada realização do sistema legal. Em muitos dos países com esta configuração sócio-política os agentes públicos costumam tratar de forma "doce" as elites e de forma violenta e discriminatória os setores menos favorecidos da população. Não estou argumentando que desigualdade econômica seja uma razão direta para as distorções ocorridas no Estado de Direito, mas que altos níveis de desigualdade econômica e social afetam a noção de titularidade de direitos;[36] dividindo a sociedade em cidadãos que são sujeitos plenos de direitos e cidadãos de segunda classe,[37] aos quais o Estado não tem a obrigação de respeitar. Meu argumento é que um mínimo de igualdade é essencial para o respeito mútuo entre os indivíduos e entre estes e o Estado. Uma situação de discrepância extrema em recursos tende a criar relações hierarquizadas, e não interações cooperativas voluntárias que são necessárias para se atingir um ambiente marcado pela reciprocidade.

Um dos principais problemas que afeta o Estado de Direito numa sociedade com grandes disparidades na distribuição de recursos, como a brasileira, é que os em pior situação econômica passam a ser vistos como uma ameaça àqueles que detêm a maioria dos recursos, inclusive pelos agentes responsáveis pela aplicação da lei e manutenção da ordem. Explorando a relação entre democracia e direitos humanos em países em desenvolvimento, Arat descreve um cenário no qual o hiato entre direitos civis e políticos (adquiridos após a transição) e a falta de direitos sociais e econômicos pode levar o sistema a uma crise com o aumento de descontentes, que provoca uma reação em cadeia junto às autoridades que inclui o uso abusivo do poder coercitivo do Estado.[38]

acordo com o último Relatório de Desenvolvimento do PNUD o Brasil apresenta a maior disparidade na distribuição de renda entre países com mais de dez milhões de habitantes.

(35) Idem.

(36) Uma análise extremamente interessante deste fenômeno de falta de titularidade de direitos por determinadas parcelas pode ser encontrada em Nancy Cardia, Direitos Humanos e Exclusão Moral, Os Direitos Humanos no Brasil, Núcleo de Estudos da Violência-USP, 1995, p. 19 e s.; Nancy Cardia desvenda neste trabalho o processo de "exclusão moral" a que são submetidas as camadas da sociedade que ficam à margem dos mecanismos de justiça social.

(37) Estou usando o termo "cidadão de segunda classe" no sentido de "underclass", pessoas destituídas de direitos, utilizado por Ralf Dahrendorf, Changing the Quality of Citzenship, In The Condition of Citzenship, Bart van Steenbergen ed., 1994, p. 14/15.

(38) Z. Arat, Democracy and Human Rights in Developing Countries, 1991, p. 9/11, In Poppovic e Pinheiro cit. supra nota 33.

Algumas vezes, como no Brasil, o descontentamento não é canalizado politicamente, mas é representado por um crescimento endêmico dos níveis de criminalidade, que afeta todas as esferas da sociedade, principalmente as menos favorecidas, e não apenas aquelas dotadas de mais recursos; daí não consistir em uma luta entre classes. Trata-se de uma luta pela sobrevivência. A resposta comum dos governos a estas classes ameaçadoras é a violência e o arbítrio. É o modo encontrado pela sociedade e pelo Estado de buscar suprimir o problema da criminalidade sem que se resolva a questão social e nem ao menos se melhore a qualidade das polícias, do Ministério Público e do Judiciário. Neste sentido a falta de condições econômicas somada a altas taxas de criminalidade pode levar a uma situação de desrespeito sistemático dos direitos humanos, como a violação da integridade física, do devido processo legal, da liberdade de locomoção e principalmente o direito à vida, como método perverso de "pacificação" social.

Um exemplo de como o sistema legal trata os excluídos moralmente, para adotar a terminologia de Cardia, foi o massacre do Carandiru, em 1992. Apenas alguns dias após o processo de *impeachment* do então Presidente Fernando Collor, no que foi uma das maiores demonstrações de vitalidade da sociedade civil brasileira, a Polícia Militar invade a Casa de Detenção de São Paulo para controlar uma rebelião ali iniciada. O resultado foi a morte de 111 presos, que estavam desarmados e não mantinham nenhum refém. Até hoje nenhuma punição foi imposta aos responsáveis pelo massacre.[39] Mesmo que este tenha sido um evento extraordinário pela quantidade de pessoas mortas em um curto espaço de tempo, menos de quatro horas, o histórico da polícia brasileira mostra que o ocorrido no Carandiru foi absolutamente compatível com o comportamento da polícia em sua relação cotidiana com "suspeitos criminais".[40] No mesmo ano de 1992, 1.359 "suspeitos" morreram em confronto com a polícia militar do Estado de São Paulo. Muito embora estes números tenham caído após o Carandiru eles continuam extremamente altos. Se os últimos dez anos forem comparados aos números de civis mortos pela polícia de Nova York, que tem uma população três vezes menor e um índice de homicídio semelhante ao de São Paulo, a polícia paulista provocou vinte vezes mais mortes que a americana. Outro aspecto relevante é a relação entre mortos e feridos que até 1992 foi de mais de dez mortos para cada ferido pela polícia de São Paulo. Em estudos feitos em Chicago entre 1971-74 e Nova York entre 1981-85, tinha-se uma relação absolutamente inversa, em que apenas 25% e 31% dos atingidos pelas polícias vinham a morrer. O que sugere que a polícia de São Paulo usa a violência letal quinze vezes mais do que as polícias de Chicago e Nova York.[41] O que é sintomático aqui é que a quase totalidade dos mortos pela polícia de São Paulo são muito pobres e vivem na periferia da capital.

O mesmo exemplo de exclusão moral pode ser constatado a partir dos assassinatos de crianças no Brasil. Em geral, as vítimas são adolescentes do sexo masculino, entre 14 e 17 anos de idade, em sua grande maioria negros e sem histórico criminal. Trata-se basicamente de crianças pobres. Entre 1988 e 1991

(39) Ver o Massacre do Carandiru, Human Rights Watch/America, 1992.

(40) Para uma visão geral sobre violação de direitos humanos no Brasil ver relatórios preparados pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP, de 1993 e 1995.

(41) Para uma comparação muito interessante entre policiais de diversas regiões do continente americano ver Paul Chevigny, The Edge of the Knife, 1995.

mais de 5.500 crianças, entre 5 e 17 anos, foram vítimas de morte violenta no Brasil. Esses crimes têm em sua maioria autoria desconhecida; entre os de autoria conhecida os principais autores são grupos de extermínio, policiais e crime organizado.[42] Ainda se poderia falar do trabalho escravo, que calcula-se em torno de 20.000 em todo o Brasil, da prostituição infantil, dos linchamentos, etc. Fenômenos que afetam os setores que detêm, em todos os aspectos, menos poder na sociedade brasileira. Neste mesmo sentido a persistente omissão do Estado incentiva o conflito aberto entre fazendeiros e "sem-terra", que já criou um enorme número de vítimas do lado mais frágil do conflito.[43]

A impunidade que circunda todas estas violações é um aspecto típico de sistemas em que alguns setores detêm recursos em quantidade muito maior que os demais setores da sociedade. Também é comum em Estados fracos. As relações entre os setores que detêm mais recursos e as agências estatais encarregadas de aplicar a lei tendem a ser mais relaxadas. Privilégios são estabelecidos e corrupção e outras formas de atividades legais podem se tornar um modelo. A reivindicação de que este modelo também se dá em países com distribuição de renda mais eqüitativa é certamente verdadeira, porém o senso de privilégio, ou seja, de que se tem lei própria, não é na maioria das vezes reforçado por um alto grau de impunidade. Em países com elevados índices de concentração de riquezas, os sistemas legais tendem a ter um nível inferior de eficiência, não apenas em relação às elites, mas também àqueles criminosos que estão em melhores condições do que a massa comum dos criminosos, como traficantes de drogas, máfia e crime organizado. Neste sentido, altos níveis de impunidade encorajam o desrespeito pelo direito e a sensação de que sempre é possível se ver livre dos rigores da lei se se encontram os recursos suficientes para fazer o sistema funcionar a seu favor, frustrando desta forma a realização do Estado de Direito. Estes aspectos do caso brasileiro demonstram que a existência de um Estado de Direito exige que o Estado seja forte, não no sentido de violento, mais que seja capaz de impor o interesse público sobre os dos grupos privados, da Presidência da República à Delegacia de Polícia.

Se esta análise estiver correta, as leis no Brasil não se constituem, para largas parcelas da população, em fortes razões para agir, em algo que se deva levar em conta no momento de tomada de decisão. Para aqueles "abaixo da lei", os quais a gramática do sistema jurídico não incorpora, que têm seus direitos sistematicamente violados pelo Estado e pelos outros membros da sociedade, com a omissão ou conivência do Estado em punir estas violações, não há razão para se confiar na lei ou seus agentes e muito menos para levá-la em conta. Para os privilegiados, o Direito também não é algo tremendamente importante para se levar em conta na hora de se praticar uma ação ou tomar uma decisão, uma vez que normalmente podem conquistar os seus objetivos inclusive contra o direito.[44] Assim muito embora

(42) Ben Penglese, Justiça Fatal: Assassinato de Crianças no Brasil pela Polícia e por Esquadrões da Morte, Human Rights Watch/ Americas, 1993.

(43) De acordo com dados da Procuradoria Geral da República nos últimos vinte anos mais de 1.500 trabalhadores rurais morreram por força de conflitos no campo.

(44) O poder público com freqüência utiliza-se do expediente de editar atos que embora ilegais constituem o caminho mais curto para o atingir seus objetivos imediatos; sabem que a pequena capacidade do Judiciário para processar as demandas contra estes atos, dificilmente colocará em risco os seus projetos. Ver deste autor *O Supre-*

se tenha um sistema legal que é consistente com as diversas "excelências" dos modelos de Estado de Direito apresentados neste texto, a falta de um mínimo de igualdade, que é necessária para se garantir a noção de que os indivíduos são seres morais, dotados de direitos, a quem a lei e seus agentes devem tratar de forma igual, tende a inibir o surgimento de relações de reciprocidade, não hierarquizadas, e provocar uma inconsistente aplicação da lei. Assim, o Estado de Direito no sentido mais amplo possível, de uma sociedade que respeita as leis, não se realiza.

Mesmo para Isaiah Berlin, para se terminar com o que se começou: "oferecer direitos políticos, ou salvaguardas contra as intervenções do Estado, para homens que estão seminus, iletrados, subnutridos e doentes é zombar de sua condição; eles precisam de ajuda médica e educação, antes que possam entender, ou se utilizar de sua ampliada liberdade. O que é a liberdade para aqueles que não podem dela fazer uso? Sem adequadas condições para a utilização da liberdade, qual o seu valor?"[45] A política neoliberal, que restringe o papel do Estado na redistribuição de riquezas e regulamentação da economia, imposta e adotada em diversos países marcados por abissais desigualdades sociais, como o Brasil, além de não fortalecer o Estado de Direito, como pretendem os hayekianos, ainda impõe maiores dificuldades para que o Direito, como estrutura ética aceitável, se transforme num válido e eficiente instrumento de organização da sociedade.

mo Tribunal Federal — Jurisprudência Política, 1994.

[45] Isaiah Berlin, um dos pais do liberalismo desta última metade do século, Two Concepts of liberty, 1969, In, Waldron, ob. cit., p. 6.

4 — DIREITO PENAL ECONÔMICO

A CRIMINALIZAÇÃO DE ILÍCITOS PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — O DESCAMINHO DE MERCADORIAS

IVAN LIRA DE CARVALHO

1 — Na contramão da história jurídico-penal universal, vem o Brasil assistindo a uma crescente criminalização dos eventos protagonizados por particulares contra a administração pública, numa clara demonstração da impotência do Estado em resolver, por meios civilizados e eficazes, os desvios dos quais é vítima.

2 — Exemplo cabal da falência dos órgãos estatais, para reprimir extrapenalmente os ilícitos perpetrados contra a administração ou contra interesses públicos expostos à tutela imediata desta, é a exasperação irracional das penalidades atribuídas aos praticantes dos chamados "crimes ecológicos", para os quais não é admitido nem sequer a fiança (Lei 5.197, art. 34).

3 — A esse tipo de reação do Estado impotente, os doutrinadores chamam de "Direito Penal do Terror", denominação inaugurada por René Ariel Dotti[1] e divulgada por João Gualberto Garcez Ramos,[2] atestando surrada predominância ideológica de um aparelho legiferante míope, que, em vez de procurar soluções práticas e eficientes para os desafios apresentados crescentemente pelas relações sociais, opta por trespassar ao Judiciário o mister de carrasco ignóbil das mais absurdas penas.

4 — Não é moderno esse entendimento do Estado, de achar que a panacéia para qualquer irregularidade comportamental advinda do particular somente pode ser corrigida com a aplicação de penalidades deambulatórias. É de ser lembrada a infelicidade de um Chefe de Estado da Velha República que bradava ser a problemática social dos anos vinte "um caso de polícia".

5 — Um dos cacoetes da má-gestão dos problemas administrativos, e nestes incluo os de ordem tributária, está na penalização da falta de pagamento do imposto correspondente ao ingresso de mercadoria estrangeira no Brasil. Fala-se mais especificamente do delito de descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal.

6 — É óbvio que não se prega aqui o absenteísmo do Estado, mesmo pelo seu braço judiciário, nas relações entre o particular e o fisco. Não se pode desconhecer que entre o puro liberalismo dos meios de produção e consumo pregados por Adam Smith no século XVIII e o Estado Social idealizado por Karl Marx, tem preponderância, hoje em dia, o que Léon Diguit chamou de "Estado Bem-Estar".

(1) Um Novo Direito Penal do Terror, Folha de S. Paulo, 25.3.91, caderno 1, p. 3.
(2) A Inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror", Curitiba, Juruá Ed. 1991, p. 34.

7 — Se a Fazenda Nacional contasse com uma bem montada estrutura de fiscalização e de arrecadação, decerto carrearia ao Tesouro toda a carga tributária que tivesse por fato gerador o ingresso de bens de origem estrangeira, sem precisar criminalizar a conduta dos tergiversantes em pagar a exação. A previsão legal de um rol crescente de *punições administrativas* decerto bastaria a inibir os importadores mais afoitos e gananciosos.

8 — Heleno Cláudio Fragoso,[3] tratando de tema similar ao presente, já que despido de violência ou perigosidade, assevera ser tendência universal a descriminalização da emissão fradulenta de cheques sem fundos, como ocorreu na França através do Decreto 75.903/75, com a substituição das penas criminais por sanções de cunho civil e administrativo, tais como multas e suspensão de operações bancárias. Aí está um belo exemplo de solução extrapenal para problemas sem o timbre da violência.

9 — A observação do saudoso criminalista pátrio não passou indene à argúcia de Edilson Pereira Nobre Júnior, que, no ensaio "*Cinco temas controvertidos do Direito Penal*",[4] merecedor da atenção de Damásio E. de Jesus,[5] no subtítulo "*Arrependimento posterior: alcance e Súmula n. 554 do Pretório Excelso*", rememora que a *mens legis* da reforma da parte geral do Código Penal, empreendida pela Lei 7.209/84, contemplou com a redução da pena (de um a dois terços) o agente que reparar o dano ou restituir a coisa antes do recebimento da denúncia ou da queixa, desde que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa.

10 — Quando julguei a ação penal n. 94.7535-9, da 5ª Vara Federal do RN,[6] deixei consignada a minha rebeldia, sã, acerca da hipertrofia repressiva voltada contra os praticantes de conduta ilícita que tem a administração pública no pólo passivo. Ali afirmei: "*Não pode ficar sem registro, o fato de que o caso em estudo é mais um daqueles decorrentes do descontrolado ânimo que infelicita o Estado brasileiro de uns anos para cá, tendente a transformar em crime todas as condutas de incorreção administrativa praticadas por particulares, notadamente na área de arrecadação de receitas. Assim, ainda que a contragosto, tenho que aceitar mais esta incursão pelo que René Ariel Dotti nomina de "Direito Penal do Terror",*[7] *onde o Poder Executivo demonstra a sua impotência em resolver administrativamente ou civilmente as resistências do contribuinte ou do substituto tributário, buscando na criminalização a saída para arrecadar a receita que a sua própria estrutura funcional não sabe (ou não quer) buscar. As desvantagens desse desvio estatal são escandidas por Hugo de Brito Machado, para quem a transformação, em delito, do inadimplemento de obrigações tributárias, "pode ter a vantagem de diminuir as inadimplências, pela intimidação dos obrigados. Tal vantagem, todavia, é efêmera e termina por ser superada pelos inconvenientes dessa criminalização. (...) Realmente, a intimidação pode produzir, de início, significativo efeito positivo. Depois, aos poucos os infratores se vão acostumando à idéia de serem réus, e conhecendo as armas que podem utilizar nas disputas com o Estado repressor, de sorte que aquele efeito intimidativo vai fican-*

(3) Lições de Direito Penal, v. 2, p. 93.
(4) Revista de Informação Legislativa, v. 109, Brasília, 1991, p. 178/179.
(5) Código Penal, 3ª ed., S. Paulo, Ed. Saraiva, p. 3.
(6) Ministério Público Federal *versus* Francisco Assis de Araújo.
(7) Fonte já citada, mesma edição, mesmo caderno e mesma página.

do amortecido. (...) Por outro lado, a criminalização do inadimplemento de obrigações tributárias tem graves inconvenientes, entre os quais podem ser apontados o direito ao silêncio, universalmente reconhecido ao criminoso; a presunção de inocência, também reconhecida universalmente; a competência privativa do Poder Judiciário para aplicar sanções penais, e as formalidades processuais destinadas a garantir a liberdade e o direito de defesa dos acusados".[8] *Em resumo de tudo que acima foi comentado, segue a sintética afirmação de Romeu Falconi: "Nunca é demais repisar: a ausência de culpabilidade arrasta consigo também o desaparecimento da ilicitude da conduta".*[9]

11 — No Brasil, a lucidez já lançou generosos lampejos na mente dos responsáveis pela seara ora em discussão. Assim é que o Decreto-lei 157, de 10.2.67, permitiu a extinção da punibilidade em decorrência do pagamento dos tributos, quando o agente tivesse iludido o pagamento da exação, desde que a providência quitatória tivesse sido agilizada antes da deflagração da ação penal, ou seja, antes do recebimento da denúncia. O sobremencionado Decreto-lei deu margem à edição da Súmula 560, do Supremo Tribunal Federal: "A extinção da punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2°, do Decreto-lei 157/67".

12 — Entretanto, providenciou-se urgentemente o retorno da matéria à treva anterior. Veio o Decreto-lei 1.550, de 19.12.78, objetivando pôr termo final à dita Súmula, afirmando, em seu art. 1°, que o disposto no art. 18, parágrafo único, do Decreto-lei 157/67 "não se aplica aos crimes de contrabando ou descaminho, em suas modalidades próprias ou equiparadas, nos termos dos §§ 1.° e 2.° do art. 334 do Código Penal". A inconstitucionalidade do Decreto-lei 1.550 foi declarada pelo TFR (DJU 18.6.80), cedendo espaço para a Lei 6.910, de 27.5.81, estabelecedora de restrições ao fim da punibilidade, pelo pagamento do tributo, nos casos de descaminho e contrabando.

13 — Nova experiência foi feita pela Receita Federal, para receber os tributos de importação de carros estrangeiros que houvessem ingressado irregularmente no País. O Decreto-lei 2.446/88 e o Decreto-lei 2.457/88 tiveram morte anunciada já quando editados. O uso da inteligência na arrecadação dos referidos impostos vigorou até 30.6.88.

14 — Sem embargo dos reclamos acima alinhados, temos, em realidade, o descaminho como tipo penal claro, encartado entre os "crimes contra a administração pública" antevistos na Parte Especial do Código Penal. O que fazer o magistrado diante de um caso concreto? Por certo nada que desabone os princípios básicos da deontologia, que são os sustentáculos destacados da missão do juiz no contexto social que o alberga. Mas deve ter a altivez de ampliar o seu espaço de influência na estrutura do Estado, levando como estandarte da sua cruzada a lição de José Augusto Delgado: "*O Juiz que brota do sistema atual responsável pela sua formação, se não procurar cultuar valores de diferentes categorias que contribuam para a modernização do seu atuar, corre o risco de ser um simples fazedor de sentença sem mensagem útil para o homem, sem seguir um critério para*

(8) Anais da Segunda Jornada de Estudos Jurídicos, Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, Brasília, maio/1995, p. 170/171.

(9) Lineamentos de Direito Penal, S. Paulo, Ícone Ed. Ltda, 1995, p. 179.

atingir o fim a que ela se destina, que é a paz, enfim, um simples mostrador de como não fazer ciência e de não se ter ideal".[10]

15 — A face de controlador social que avulta do mister do juiz impeliu a jurisprudência a oferecer uma interpretação — digamos — evitadora da remessa dos acusados de descaminho ao cárcere. Assim, tiveram os julgadores bastante parcimônia na tipificação dos pretendidos crimes. Destarte, ainda que ocupando espaço pretoriano controvertido, não foram poucas as decisões no sentido de que *inexiste dolo, se pessoa iletrada passa a vender mercadoria estrangeira em plena feira* (TFR, DJU 14.12.85, p. 1.208), configurando, pois, erro de proibição. Ou que *o transporte de mercadoria descaminhada não é crime assemelhado, sendo atípica a conduta* (TRF 4.ª Região, DJU 20.12.89, p. 17.039). Ou ainda que a *pequena quantidade de mercadoria exclui a configuração do descaminho* (TFR, DJU 23.2.84, p. 2.108) e que *a falta de destinação comercial da mercadoria atesta a falta de culpabilidade do agente* (TFR, DJU 17.2.83, p. 1.138).

16 — Ainda na linha da moderação pretoriana, tem-se que, uma vez demonstrado, "*pela quantidade e natureza das mercadorias apreendidas, destinarem-se as mesmas ao uso próprio do apelado e de seus familiares, e dando-se tal apreensão em ônibus de turismo, já liberado pela fiscalização aduaneira de fronteira, não há de falar, no caso, em descaminho*" (TRF/5ª R, ACrim 521/92-RN, j. em 1.9.92, Rel. Juiz Petrucio Ferreira). Também patente a descaracterização do descaminho em se tratando de "*garrafas de uísque adquiridas em loja de aeroporto internacional e distribuídas entre alguns clientes da empresa dirigida pelo acusado*" (TRF/5ªR, Acrim 0039/89, j. em 16.9.89, Rel. Juiz Lázaro Guimarães). Na mesma linha, outro aresto do TRF/5ªR: "*Penal. Descaminho. Mercadoria adquirida em Puerto Stroessener. Ultrapassagem da quota em quantidade mínima. Absolvição. 1 — O delito de descaminho só se caracteriza quando fica suficientemente demonstrado que o agente atuou dolosamente para iludir o fisco não pagando o imposto devido. 2 — O dolo, embora elemento anímico, invisível, não apreensível pelos sentidos, só pode ser inferido após análise das circunstâncias que envolvem o fato. 3 — É de ser relevada a culpabilidade criminal, em configuração de descaminho, quando é de pequeno valor e mínima a quantidade de mercadoria que ultrapassou a quota legal para comprar em Puerto Stroessner. 4 — Absolvição que se mantém*". (ACrim n. 253/89-SE, j. em 14.3.90, Rel. Juiz José Delgado).

17 — Na doutrina, o assunto foi enfrentado por Walter Nunes da Silva Júnior, em ensaio intitulado "*A descaracterização do crime de descaminho embasado apenas na inexistência da comprovação do recolhimento do imposto de importação*" (RT, v. 706, p. 438 a 441), atestando que a preocupação com a voragem do Estado sobre a liberdade deambulatória do homem atinge outros segmentos dos operadores jurídicos, e não somente a magistratura. Após acurada análise, conclui o estudioso: "*O só fato de inexistir documento dando conta de que o imposto de importação foi recolhido, o condão não possui de ter-se por tipificada a conduta ilícita desenhada pelo legislador no* caput, *ou na alínea "c", do § 1º, do art. 334, do Estatuto Criminal*". E diz mais: "*O agente que traz em sua bagagem,*

(10) O Culto da Deontologia pelo Juiz, *in* Revista do CEJRN, Natal, Centro de Estudos Jurídicos do Rio Grande do Norte, 1994, p. 15.

colocada no lugar próprio do ônibus, sem desviar-se de barreira alfandegária, produto importado, facilmente encontrável mediante singela fiscalização, ainda que não efetue o recolhimento do imposto de importação, não pratica, para fins penais, a ação de iludir o Fisco, nem muito menos a de introduzir clandestinamente no País, ou importar fraudulentamente, mercadoria de procedência estrangeira, daí por que a conduta é atípica, não merecendo, assim, sanção de ordem penal, mas, apenas, de âmbito fiscal".

18 — E para que não se diga que são vãs as críticas aqui tecidas, arrisco uma sugestão: que tal o Estado-Fiscal instituir uma espécie de "banco de informações" acerca das pessoas flagradas em conduta de desvio do pagamento das exações geradas pela importação? Assim, existiria o controle dos *habitués* nessa prática, que seriam, por conseqüência, impedidos de celebrar contratos com pessoas jurídicas de direito público ou entidades paraestatais (*lato sensu*).

19 — Outra punição administrativa, que tocaria fortemente em um aspecto essencial da vida moderna, seria a vedação do recalcitrante de operar em bancos (oficiais ou particulares), até mesmo para a abertura de uma singela conta corrente. Nos dias de hoje, não ter um talão de cheques é um *capitis diminutio* que pune mais severamente o infrator, do que mesmo a aplicação de uma curta pena deambulatória.

20 — Por fim, aos que entendem que a credibilidade da Administração Pública seria mais facilmente vulnerada com o sancionamento apenas extrapenal do "descaminho", rememoro que outras irregularidades, bem mais sérias, são praticadas no gerenciamento da coisa pública, sem que desafiem, obrigatoriamente, sanção penal. E nem por isso se fala em desmoronamento do Estado (...).

4 — DIREITO PENAL ECONÔMICO

INTRODUÇÃO AO DIREITO DE CONCORRÊNCIA

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI

Sumário: 1. Do direito da concorrência; 1.1 Taxinomia e conceituação; 1.2 Finalidade e propósito; 1.3 Competência *ratione materiae*; 1.4 Controle judicial — 2. O direito da concorrência no tempo; 2.1 Irretroatividade; 2.2 Da prescrição — 3. O direito da concorrência no espaço; 3.1 Mercado relevante; 3.2 Ultraterritorialidade — 4. O direito da concorrência aplicado; 4.1 Hermenêutica; 4.2 Elemento subjetivo; 4.3 Responsabilidade solidária; 4.4 Putatividade delitiva; 4.5 Tipologia; 4.6 Criação de dificuldades: A vala comum — 5. Sumário: resumo das matérias

1. Do direito da concorrência

1.1 Taxinomia e conceituação

"Sumário: Definição do Direito da Concorrência como ramo do Direito Penal-Econômico. Outras Correntes."

1. A doutrina ainda não consagrou uma definição para o chamado Direito da Concorrência, o que, aliás, tem acarretado grande perplexidade na execução da legislação em vigor, tantas as incertezas quanto aos princípios aplicáveis. O contencioso estabelecido nos Processos Administrativos instaurados pela *Secretaria de Direito Econômico — SDE,* do *Ministério da Justiça,* é exemplo típico desse fenômeno. Avulta, portanto, preliminarmente, o tema da taxinomia.

O Direito da Concorrência pode ser entendido como o ramo do Direito Penal-Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade.

2. Três são as correntes doutrinárias que cuidam do tema, procurando situar o Direito da Concorrência ora na seara do Direito Administrativo, ora na do Direito Econômico ora na do Direito Penal-Econômico.

Como é fácil compreender, a natureza jurídica da legislação da concorrência é de ser determinada em face de sua *substância intrínseca* e não da natureza de seu órgão executor ou dos propósitos deste.

2.1. A primeira corrente (que já teve mais adeptos no passado) procura vincular o Direito da Concorrência ao conceito de Poder de Polícia, um dos institutos próprios ao Direito Administrativo.

A este posicionamento, todavia, falta embasamento nas origens históricas deste ramo do Direito. Comprovam-nas as antigas disposições criminais cominadas às restrições ao livre comércio dos arts. 419 e 420 do Código Penal francês (1810) e do art. 498 do Código Criminal canadense (1889), este introduzido (Edward H. Chamberlin, "*Monopoly and Competition and Their Regulation*", p. 14):

"provavelmente e de certa maneira como resultado da agitação nos Estados Unidos, que levou, um ao mais tarde,

à promulgação da Lei Antitruste Sherman".

Nos próprios Estados Unidos, lembra Lawrence Anthony Sullivan (*"Antitrust"*, p. 148):

"toda violação das leis antitrustes (norte-americanas) é um crime punível com prisão de até um ano e multa no valor máximo de US$ 1 milhão caso o reú seja uma pessoa jurídica, ou US$100.000,00, caso o réu seja uma pessoa fisíca".

Da mesma forma no Brasil, onde o tema foi por primeiro manifestado no Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938, da lavra do inesquecível Nelson Hungria e que declaradamente se inspirara no projeto de Código Penal argentino de J. Coll e Eusébio Gomez, nas propostas da Comissão de Reforma do Direito Penal na Alemanha e na legislação e jurisprudência norte-americanas. Sucedeu-lhe a Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951, atinente aos crimes contra a economia popular e que, segundo o Prof. Hermes Lima, em depoimento perante o Congresso Nacional aos 23 de fevereiro de 1956, dispensaria até mesmo a elaboração de uma lei especial sobre o abuso do poder econômico.

De igual forma, estranhos e inaplicáveis ao Direito da Concorrência os atributos específicos e peculiares ao exercício do questionado Poder de Polícia: (a) a discricionariedade; (b) a auto-executoriedade e (c) a coercibilidade. Laivos do primeiro desses atributos despontam, tão-só, em iniciativas investigatórias quando *ex officio* providenciadas pela autoridade pública.

Assim, enquanto a "discricionariedade" se traduz, segundo Hely Lopes Meirelles ("Direito Administrativo", 8.ª ed., pp. 114-117), na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o Poder de Polícia, de aplicar sanções e de empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, as autoridades encarregadas da defesa da concorrência, na aplicação da Lei, não podem afastar-se das indicações legais e regulamentares, atuando por atos administrativos "vinculados" ou "regrados" (cf. Nelson de Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto, "Repressão ao Abuso do Poder Econômico", p. 118).

Enquanto a "auto-executoriedade" do Poder de Polícia faculta à Administração decidir e executar diretamente, por seus próprios meios, suas deliberações, sem intervenção do Judiciário, as decisões proferidas pelo Egrégio *Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE,* não geram coisa julgada, no sentido próprio, e se sujeitam ao crivo do Poder Judiciário, mediante o qual são executadas.

Por fim, a "coercibilidade", como característica do Poder de Polícia, leva à imposição coativa das medidas emanadas da Administração, e isso até mediante recurso à Força Pública. O atributo é, portanto, incompatível com a solução obrigatoriamente judicial, para fins executórios, das decisões proferidas pelo *CADE,* sujeitas, insista-se, a amplo controle judicial, não só quanto às questões de formalidade extrínseca como também em relação à legalidade intrínseca, aos motivos determinantes do ato administrativo.

2.2. Mais recentemente, sob inspiração do que podemos chamar de "Escola de Minas", forjada que foi na UFMG, tendo por figura exponencial o ínclito Prof. Washington Peluso Albino de Souza, e introdutora no *CADE* a eminentíssima Professora Dra. Ana Maria Ferraz Augusto, a quem se devem todas as homenagens, buscou-se refúgio no Direito Econômico. Esta corrente encontrou seu ápice por ocasião da promulgação da Lei 8.158, de 1991, que dela hauriu ensinamentos.

A origem da problemática foi magistralmente sintetizada por Ricardo

Antunes Andreucci ("O Direito Penal Econômico e o Ilícito Penal", RT, vol. 426, p. 299):

"Um problema jurídico da atualidade é o direito econômico, juntamente com o qual evolui o direito penal-econômico ou direito penal sócio-econômico, ambos com origem no intervencionismo estatal, fenônemo este que se sente com intensidade e que apresenta entroncamento com as funções que o Estado moderno desenvolve."

A nova tese é resultado de ser o Direito Econômico um composto hídrico de vários ramos da enciclopédia jurídica, com conteúdo ainda não definitivamente circunscrito, embora tendente a inarredável autonomia como ramo da Ciência Jurídica. Todavia, seu conteúdo necessariamente econômico não pode fazer supor que os demais ramos do Direito sejam "não-econômicos".

O Direito Econômico é a parte do ordenamento que reflete a Política Econômica ou, em outras palavras, que assimila e traduz, no âmbito normativo, a direção emprestada pelo Estado ao processo econômico (Ricossa, "*A proposito del Diritto dell'Economia*", citado por Modesto Carvalhosa, "Direito Econômico", p. 355). Carvalhosa (op. cit., p. 354) complementa:

"Seria, portanto, o direito da matéria econômica vinculada, ou seja, da estrutura econômica racionalmente eleita pelo Estado."

No dizer de Fábio Konder Comparato ("O indispensável Direito Econômico", RT, vol. 353, p. 22):

"O novo direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica. Ele constitui assim a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico, seja este centralizado ou descentralizado."

Percebe-se, portanto, que as conceituações do Direito Econômico enfatizam o cunho da participação ativa do Estado, com a constituição de um sistema de normas jurídicas destinadas a regulamentar a realização da Política Econômica.

Conclui-se, destarte, que a inclusão do Direito da Concorrência no âmbito do Direito Econômico implicaria na transferência da titularidade do bem jurídico "livre concorrência" da coletividade (como atualmente consagrado no parágrafo único do art. 1.º da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994) para o Estado, o que se nos afigura inconstitucional (art. 170 da Carta Magna), na medida em que transforma o Estado em agente preferencial da organização das atividades econômicas.

A respeito desse risco já alertava Carvalhosa (op. cit., p. 355):

"Ainda que o Direito Econômico seja o resultado histórico da extensão do papel do Estado na economia, exprime ele — como direito positivo — o fenômeno específico do poder público de intervir sistemática e racionalmente no processo. Escapam, por conseguinte, de seu âmbito, as matérias repressivas de caráter administrativo-penal, que são tratadas pelo Direito Penal-Econômico, que, por sua vez, é informado por outros princípios e categorias."

Aliás, como dizia o inesquecível Enrique R. Aftalión, citado por José Nabantino Ramos ("Sistema Brasileiro de Direito Econômico", p. 94):

" Se bastasse a presença do elemento econômico para incluir uma atividade no campo do Direito Econômico, também o furto, o roubo, a herança e as obrigações deveriam pertencer-lhe...."

Não só. Seria também parte integrante do Direito Econômico toda matéria fiscal atualmente objeto do Direito Tributário, posto que evidente seu conteúdo econômico.

A remissão do Direito da Concorrência ao Direito Econômico, por seu turno, acarreta graves riscos às liberdades

públicas. Traz consigo o risco de que o Estado, no exercício de poderes intervencionistas, atinja a própria liberdade econômica, não sendo aceitável conceder-lhe a tutela da "livre concorrência" sob a reivindicação de maior elasticidade no magistério punitivo, sob pena de, a qualquer tempo, se ferirem os direitos e garantias individuais protegidos pelo Direito Penal. Como salientado por Ricardo Antunes Andreucci (op. cit., p. 310):

"Não é este o desiderato do autêntico direito penal, que foi justamente chamado por Aníbal Bruno de um sistema jurídico de dupla face, pois, se, por um lado, protege a sociedade, de outro, preserva o indivíduo do excesso de poder que contra ele possa se desenvolver."

2.3. Como dito, a natureza da lei "antitruste" há de ser examinada à luz de suas características endógenas, o que a leva, inarredavelmente, em nossa opinião, para o campo do Direito Penal-Econômico. Como bem assinalava o saudoso Prof. Manoel Pedro Pimentel ("Legislação Penal Especial", p. 3), ao tratar do tema, a conceituação jurídica há de fazer expressa referência ao conteúdo substancial da norma sob exame, fugindo, assim, de uma definição meramente formal.

Não aspirando, o Direito Penal-Econômico, automia em relação ao Direito Penal, há que se compreender bem as particularidades deste.

Servindo-nos do ensinamento de Stampa Braun ("Introducción a la Ciencia del Derecho Penal", p. 19), temos que:

"Direito Penal é o ordenamento jurídico autônomo, pertencente ao direito público, que tutela, mediante a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança, as condutas que contra aqueles interesses atentem (delitos)."

Ora, no ordenamento neocapitalista adotado pelo sistema jurídico brasileiro, a "livre concorrência" configura esse interesse fundamental do indivíduo e da coletividade de que fala o mestre, catalogado que está dentre os princípios fundamentais da ordem econômica (art. 170, inciso IV, da Constituição Federal), com vistas a assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. Sua violação acarreta a aplicação de uma pena (pecuniária) e, eventualmente, de uma medida de segurança (ordem de cessação e compromisso de cessação).

3. Esse entendimento é, em verdade, virtualmente pacífico na doutrina de várias tendências e formações e de várias épocas, não se limitando, portanto, aos estudiosos do Direito Penal e/ou aos juristas que antecederam o surgimento do Direito Econômico.

Vejamos, por exemplo, a lição:

a) do comercialista Oscar Barreto Filho ("Parecer", apud Franceschini, op. cit., p. 463):

"A objeção que deve ser formulada, todavia, é a de que, *antes de ser uma lei de caráter econômico, a Lei Antitruste é uma Lei de caráter Penal,* de tal sorte que aos julgadores é essencial o conhecimento do direito e do processo penais, além do direito privado inerentes à formação jurídica" (grifamos);

b) do processualista José Frederico Marques ("Direito Penal Econômico — Princípios sobre a interpretação de suas Normas", apud Franceschini, op. cit., pp. 476 e 477):

"A intervenção do Estado, na vida econômica das empresas particulares, ditada pelos modernos princípios da 'economia dirigida', acabou criando *une branche nouvelle du Droit Pénal,* designada pelo *nomen juris* de Direito Penal Econômico. (...)

Verifica-se, do exposto, que os fatos descritos na consulta então no âmbito do direito penal econômico brasileiro e submetidos a suas normas e princípios, regras legais e postulados, uma vez que

tanto a Lei 1.521, como a Lei 4.137, de 1962, constituem o sucedâneo e base desse ramo da ciência jurídica, em nossos sistemas legislativos" (grifamos);

c) do constitucionalista Pontes de Miranda:

"A lei, a que se refere o art. 148, é *Penal* e pode ser parte da lei especial de que cogita o art. 146, ou de alguma lei geral, *inclusive o Código Penal"* (grifamos) ("Comentários à Constituição de 1946", vol. IV, 2.ª ed., p. 504).

"Corresponde isso à *intervenção penalística* dos governos na economia" (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969, 2.ª ed., p. 50) (grifamos)

"Pergunta-se: — Tratando-se de caracterização de delitos, punidos com penas severas, *como os que se definem na Lei 4.137*, é de exigir-se rigoroso enquadramento da falta imputada na definição legal, para que se possa cogitar de delito?

Respondo: — Fora de qualquer dúvida, se interpreta *regra jurídica penal,* ou mesmo civil ou comercial, se contém pena ou multa, ou elemento desconstitutivo" (grifamos)

d) do civilista Orosimbo Nonato ("Cláusula de Exclusividade em Contrato de Fornecimento", apud Franceschini, op. cit., p. 490):

"O caso da consulta é de caracterização de 'delitos', punidos severamente, como os definidos na Lei 4.137.

Daí, a indagação: para sua ocorrência não se torna exigível enquadramento rigoroso da falta imputada na definição legal?

A resposta afirmativa se impõe irresistivelmente e se contém no art. 1.º do CP: "*Não há pena sem prévia cominação legal*" (grifamos);

e) do jusfilósofo Miguel Reale ("Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais", apud Franceschini, op. cit., p. 521);

"As mencionadas disposições constitucionais não possuem como poderia parecer, mera destinação *penal*, mas cobrem todos os domínios da experiência jurídica, *como se dá por exemplo, com a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962*, que regula a repressão ao abuso de poder econômico, discriminando as suas formas e criando um **Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)** com uma Procuradoria, à qual foram reconhecidas funções equiparadas às do Ministério Público" (grifamos); e

f) do processualista Celso Neves ("Disciplina da Lei Antitruste no Sistema Jurídico Brasileiro", apud Franceschini, op. cit., p. 588):

"No que se refere às atribuições administrativas do *CADE*, é evidente que, *envolvendo matéria de caráter penal*, a observância rigorosa dos preceitos de forma, a subordinação ao princípio da ampla defesa, a vinculação à prova provada, com a conseqüente repulsa às imputações calcadas em meros indícios ou circunstâncias e, especialmente, às simples suposições ou conjecturas, sem contrapartida objetiva em elementos de convicção dotados de efetiva atendibilidade, constituem pressupostos ineliminâveis de validade, e eficácia de suas decisões" (grifamos).

4. Despiciendo é falar o óbvio, ou seja, que os penalistas reconhecem a existência do Direito Penal-Econômico, tais como Manoel Pedro Pimentel ("Direito Penal Econômico") e Ricardo Antunes Andreucci ("O Direito Penal Econômico e o Ilícito Fiscal"), nele inserida a legislação de defesa da concorrência.

E mais:

Autores há, inclusive, que propõem o enquadramento da Lei Antitruste no próprio Código Penal, na linha do Anteprojeto do Código Penal (arts. 372 a 383), publicado no Diário Oficial da União de 28 de outubro de 1987, Seção

I, pp. 17.777 e ss., cuja elaboração contou com a contribuição de juristas de escol: Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro, Miguel Reale Jr., René Dotti, Manoel Pedro Pimentel, Everaldo da Cunha Lima, Jair Leonardo Lopes, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e José Bonifácio Diniz de Andrada.

Isto para não mencionar, por ocioso, a doutrina estrangeira, na qual se destaca, evidentemente, Aftalión com a monumental obra do *Derecho Penal Económico*. Explicita também a lição de Guillermo Cabanellas ("*Derecho Antimonopolico y de Defensa de La Competencia*" pp. 19/20) ao tratar da Lei de Defesa da Concorrência argentina ("L.D.C."):

"Teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 43 de la L.D.C., relativa a las normas supletorias aplicables a las cuestiones compreendidas en dicha Ley, la determinación de figuras punibles y de sanciones que contiene, su Exposición de Motivos y el texto de su articulado, no pueden quedar dudas respecto del caráter penal que reviste la legislación analizada. Esta solución coincide con la imperante en relación con la derogada Ley 12.906 así como con la correspondiente a los principales antecedentes del Derecho Comparado de que se ha nutrido la legislación argentina."

5. Em verdade, o enquadramento da legislação concorrencial no campo penal e a repulsa à aplicação de procedimentos circunstanciais e flexivelmente "discricionários" é taxativa no diploma vizinho (art. 43):

"Serán de aplicación las disposiciones del libro I del Código Penal y las del Código de Procedimientos en Materia Penal, en cuanto sean compatibles con las disposiciones dela presente ley. No serán de aplicación las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos".

E comentando esta progênie, assim se expressa o ilustre jurista portenho (op. loc. cit.):

"La ciencia jurídica norteamericana es reacia a las construcciones teóricas destinadas a relacionar las determinadas ramas del ordenamiento jurídico entre sí. No obstante, es evidente que la legislación antitrust de los Estados Unidos presenta caráter penal y así se considera a los efectos de su aplicación. Cfr. el art. 1.º de la Ley Sherman (15 U.S.C. §1) y A. D. Neale: The antitrust laws of the U.S.A. (Cambridge, 1974), p. 401. El carácter supranacional de las normas incluídas en el Tratado de Roma, constitutivo del Mercado Común Europeo impide adjudicarles directamente carácter penal, pero éste surge de las reglas nacionales y supranacionales que lo implementan."

Aliás o mesmo reconhecimento explícito, a exemplo do diploma argentino, também se verificava no corpo da Lei brasileira n.º 4.137, de 1962, cujo art. 36 dispunha:

"Na instauração do processo observar-se-á o disposto no Livro II, Capítulo III, Título I do Código de Processo Penal, com as alterações constantes desta lei."

Esse caráter criminal exsurge até mesmo na longínqua legislação japonesa antimonopólica de 1947 (arts. 89 a 97).

Não difere a tendência jurisprudencial brasileira:

a) sentença do MM. Juiz Fleury Antonio Pires, da 13.ª Vara Federal em São Paulo, no Processo n.º 5.276.403:

"E isto porque, regulamentando dispositivo constitucional, a Lei 4.137/62 *tem efetivamente natureza penal, situando-se dentro do campo do direito penal econômico*, não só por sua origem histórica como também por força de sua natureza intrínseca, vez que o diploma legal em tela não se destina a dirimir interesses particulares, sendo seu objeto

jurídico não propriamente a política econômica do Estado, mas sim, a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, constitucionalmente garantidas" (grifamos);

b) acórdão da 4.ª Turma do antigo *TFR*, de 29 de outubro de 1986, da lavra do Ministro Ilmar Galvão, na Apelação Cível n.º 56.282-SP:

"Neste passo, convém observar que o *delito de abuso de poder econômico* não se consuma pela simples existência de um dos fatos descritos nas letras dos incisos do art. 2.º da Lei 4.137/62.

É preciso que aqueles fatos provoquem o resultado previsto na redação do inciso. O fato, sem o resultado, é *penalmente* indiferente" (grifamos); e

c) sentença de 3 de agosto de 1993, no Processo (Ação Civil Pública) n.º 01190027383, do MM. Juiz da 12.ª Vara Cível de Porto Alegre, Marco Aurélio Heinz:

"Assim, sob qualquer ângulo que se examine a questão posta em julgamento, verifica-se que as rés subordinavam a venda de cimento à utilização do serviço de transporte, tipificando o ilícito previsto no art. 2.º, inc. IV, letra 'b', da Lei 4.137/62.

O ponto que merece destaque é *ilícito penal* flagrado consistente na venda casada, induz ou não à reparabilidade" (grifamos).

A Lei 4.137, de 1962, era, portanto, para o digno Magistrado gaúcho de natureza penal.

6. Quanto à Procuradoria-Geral do *CADE*, seria fastidioso e desnecessário citar todas as passagens em que aquele órgão se manifestou nesse sentido, como se pode verificar da coletânea de Elbruz Moreira de Carvalho, "Abuso do Poder Econômico".

Apenas a título exemplificativo, além da já apontada manifestação do douto Procurador-Geral no Processo Administrativo n.º 47, referida pelo ilustre Conselheiro George Marcondes Coelho de Souza, observa-se o pronunciamento exarado pelo representante do *parquet* no Processo Administrativo n.º 71 (fl. 728 desse processo):

"Em princípio, quer-nos parecer que os fatos estariam a indicar práticas restritivas da concorrência, através da eventual ofensa aos ditames da letra 'g', do inciso I, ambas do art. 2.º da lei. E *sendo inegável o caráter penal da lei antitruste em vigor*, tudo estaria a aconselhar o cuidadoso prosseguimento do exame da hipótese até a obtenção de um juízo de admissibilidade tendente à inauguração da fase contenciosa" (grifamos).

7. As decisões prolatadas pelo *CADE*, em sua maioria, não destoam desse entendimento. Vejam-se, por exemplo:

a) "Inexiste crime de abuso do poder econômico sem prévia definição legal" (Franceschini, op. cit., ementa n.º 9, p. 25);

b) "O princípio da reserva legal é aplicável à legislação antitruste nacional. Assim, indispensável à configuração do ilícito é a existência do requisito da tipicidade" (idem, ementa n.º 11, p. 26);

c) "A Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, integra o chamado Direito Penal Econômico" (ibidem, ementa n.º 14, p. 28);

d) "Os princípios gerais do Direito Penal são aplicáveis ao Direito Penal Econômico. Assim, por força do princípio da reserva legal, não há delito de abuso do poder econômico sem lei anterior que o defina" (ibidem, ementa n.º 15, p. 28);

e) "O Processo Administrativo que corre no *CADE*, sendo de natureza penal econômica, é de interesse geral da sociedade, de tal sorte que a Representante nem sequer é parte no processo" (Processo Administrativo n.º 71, voto vencedor do Conselheiro Mauro Grinberg); e

f) "Trata-se, repita-se, de norma definidora de delito, não se admitindo sua ampliação além do sentido literal possível, com o objetivo de viabilizar o enquadramento de condutas que não estejam claramente tipificadas em lei.

As normas contidas na Lei 4.137/62, conforme já firmado por remansosa jurisprudência do *CADE* e de nossas Cortes, são de natureza penal-econômica e, como tal, devem ser interpretadas restritivamente" (voto vencedor da Conselheira Neide Teresinha Malard no Processo Administrativo n.º 2/92, DOU de 22 de setembro de 1992, Seção I, p. 13.259).

8. Aliás, ratificando a taxinomia da legislação concorrencial no âmbito do Direito Penal-Econômico sob a égide da Constituição Federal vigente, explícito é o ensinamento de J. Cretella Júnior ("Comentários à Constituição — 1988", vol. VIII, p. 4.026):

"A lei a que se refere o § 4.º do art. 173, reprimindo o abuso do poder econômico, é lei penal" (grifamos).

A lição é igualmente explicitada na novíssima obra do renomado Professor, "Comentários à Lei Antitruste", p. 13.

Assentada a natureza da legislação, decorre daí, como visto, a incidência dos princípios gerais aplicáveis ao Direito Penal comum, do qual o Direito Penal-Econômico é um ramo, tais como o princípio da reserva legal, a rigidez de interpretação do tipo, a inadmissibilidade do emprego da analogia, a prescritibilidade da ação penal-econômica, entre outros.

1.2 Finalidade e propósito

"Sumário: Sentido Teleológico do Bem Jurídico Protegido — A Eficiência Econômica e o Consumidor. Outros Posicionamentos."

9. De uma forma abrangente e não compromissada, ensina o Professor espanhol Jaime Villegas Cayon ("Monopolio y Competencia — Las Leyes Antitrust de los Estados Unidos — Base de la Libertad Económica", p. 5) que a legislação de defesa da concorrência persegue quatro objetivos fundamentais:

"El primeiro es la protección de las libertades políticas y individuales, al permitir a cualquier ciudadano elegir entre varios empresarios competidores para su negocio o profesión, evitando que gran parte de la población dependa para su trabajo de la tolerancia de un grupo de monopolistas privados o del mismo Estado cuando asume el papel único empresario en una economía de tipo comunista.

El segundo es proteger al consumidor para que los productos sean de buena calidad y tengan precios razonables.

El tercero es contribuir a la máxima eficiencia económica mediante las decisiones tomadas libremente por los empresários, en un ambiente regido por la competencia, mejor que a través de las decisiones impostas por monopolistas privados o por funcionarios del Estado.

El quarto es utilizar mejor la inventiva e iniciativa individuales, ofreciendo mayores oportunidades de participar en la actividad económica al talento y las energías del conjunto de la población".

10. Como regra geral, a determinação do escopo das leis da concorrência, de vital importância em sua aplicação, se divide em três grandes escolas, duas de origem alienígena ou outra mais latino-americana. As duas primeiras (a saber: a escola "tradicionalista" e a chamada "Escola de Chicago") vêm minuciosamente comparadas no trabalho intitulado "Anchoring Antitrust Economics — A Lexicon", de autoria dos Professores Eleanor M. Fox e Lawrence A. Sullivan, apud "Revitalizing Antitrust in its Second Century", editado por Harry First, Eleanor M. Fox e Robert Pitofsky, p. 67 e ss.

10.1. Para os " tradicionalistas", também chamados "estruturalistas", o Direi-

to da Concorrência visa a defesa da concorrência, como um valor em si mesmo, ou seja, de um "processo" destinado a coibir condutas abusivas de mercado, e preservar a multiplicidade de opções como instrumento de proteção dos consumidores contra a prática de preços supracompetitivos. A concorrência também seria valiosa na medida em que promoveria a redução do desperdício e tenderia a motivar as inovações. Para seus seguidores, a estrutura do mercado determinaria a conduta dos agentes econômicos, que para eles se presume lesiva sempre que aquela se apresente concentrada. O conceito central dessa teoria é o de que o valor primordial a ser protegido seria a concorrência em si mesma e não a eficiência ("the central concept of the antitrust law is competition, not efficiency").

Trata-se de uma linha de pensamento estreitamente ligada à cultura norte-americana, de onde se originou, que vê na exacerbação do pluralismo igualitário (daí a expressão "small is beautiful") o ápice do virtuoso. Sua aceitação é apenas moderada no modelo europeu.

Tendendo a um nivelamento das empresas por suas ineficiências, essa teoria encontrou campo fértil dentre os adeptos do Direito Econômico. No Brasil, a tese, de forte conotação intervencionista, reveste as funções das autoridades de defesa da concorrência de um cunho tipicamente de controle (anticonstitucionalissimamente — art. 174 da Constituição Federal) da atividade econômica e empresarial, apoiando-se na equivocada ubiquação do § 3.º do art. 173 da Carta Magna que mescla a repressão ao abuso do poder econômico (§ 3.º citado) com a exploração direta de atividade econômica pelo Estado (*caput* do art.).

A evolução do "tradicionalismo" originário norte-americano para o "estruturalismo" de respeitável parcela da doutrina brasileira, por centrar-se fortemente na natureza administrativa (formal, portanto, e não jurídica) dos órgãos executores da legislação antitruste, enfrenta alguns desafios tanto diante da posição dos que pugnam pela criminalização (menos provável) absoluta das ofensas à ordem econômica (tese esta definida pelos que recomendam a inserção da matéria no corpo do próprio Código Penal e que encontrou seu ponto alto na promulgação da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, já revogada em relação aos crimes contra a ordem econômica) como face à possibilidade (menos remota, a longo prazo) de transferência da competência atualmente administrativa e circunscricional para a jurisdicional *stricto sensu*, com a criação de Varas Especializadas na Justiça Comum.

Também defronta-se com sérias dificuldades diante da natureza jurídica do *CADE*, como órgão judicante auxiliar do Poder Judiciário.

10.2. Contrapõe-se a esta teoria a Escola de Chicago, que encontrou seu apogeu mais radical no final da década de 1970, com os trabalhos de Robert H. Bork. Sua doutrina preleciona que as leis antitrustes estão teleologicamente direcionadas para a melhoria da eficiência econômica ("*the antitrust laws are designed to improve the efficiency of markets*"). As condutas tidas por anticompetitivas somente hão de ser assim reconhecidas na medida em que reduzam a eficiência e apenas neste caso. Por esta mesma razão, as condutas é que seriam razões determinantes das estruturas, e não o inverso. Segundo esta visão, a concentração econômica seria, ao contrário dos "estruturalistas", em princípio geradora de eficiências, salvo se resultar na redução da produção (*output*), assim gerando pressões sobre preços. O titular do bem jurídico protegido, seria, portanto, o consumidor, maior beneficiário da eficiência.

Como se verifica, a teoria "estruturalista" se aproxima da Escola de Chicago

em pontos nevrálgicos. Na medida em que busca a defesa do consumidor contra a prática de preços supracompetitivos, sua postura se resume na aceitação do princípio da eficiência alocativa como propósito da legislação antitruste. A preocupação com a minimização do desperdício nada mais é do que a eliminação do que os economistas denominam "*X-inneficiencies*". O incentivo à inovação pode ser sumariado na expressão "eficiência dinâmica". Conclui-se, portanto, que a diferença fundamental entre as duas teses é basicamente ideológica, a primeira tendente à aceitação de uma maior intervenção do Estado no domínio econômico, em defesa do "menor", ainda que menos eficiente, e a segunda com uma visão mais próxima do princípio "puro" da livre iniciativa como instrumento de defesa dos interesses dos consumidores (melhoria da qualidade dos produtos e redução de preços).

10.3. A terceira teoria mais se aproxima das posições "administrativistas" e "econômicas" do Direito da Concorrência. Vêem-no a partir dos órgãos executores da Política da Concorrência, em geral estreitamente ligados aos da Politíca Econômica do Estado. Bem a conceitua Klaus Tiedman, citado por Maria G. Morais de Guerrero ("Introducción a la Criminalidad Económica", Universidade Católica Andrés Bello, Caracas, p. 48), ao definir o delito econômico no âmbito do Direito da Concorrência como:

"la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal, en la economia de un país".

Esta doutrina encontra amplo apoio em meios governamentais latino-americanos, notadamente na Argentina e no Brasil, e tem como supedâneo a integração do regime jurídico da concorrência à Política Econômica estatal. Como observa, com a precisão que lhe é peculiar, a ilustríssima Dra. Isabel Vaz, em a festejada obra "Direito Econômico da Concorrência", p. 264:

"Feitas estas ressalvas, importa acentuar *a afinidade entre o Direito econômico e as medidas de política econômica, que àquela disciplina incumbe regulamentar.* Esta observação se impõe, porque a concorrência empresarial pressupõe *um certo grau de liberdade*, que não seria compatível com uma intervenção estatal muito abrangente e muito profunda. *A medida exata da atuação do Estado no domínio econômico só pode ser adequadamente aferida pela análise das políticas públicas, entre as quais se inclui a 'política jurídica da concorrência'*" (grifamos).

A empresa e a concorrência, sob este prisma, passam a constituir instrumentos da Política Econômica, em geral de cunho "desenvolvimentista". No dizer da emérita Professora Isabel Vaz (op. cit., p. 256):

"... as empresas poderiam ser induzidas, estimuladas, a participar de um projeto global de desenvolvimento do país, a exemplo do 'discurso' constante nas *general provisions* da lei antitruste japonesa".

Esta tendência é, do ponto de vista da formação cultural, de fácil compreensão em países como o Brasil e nações vizinhas. A primeira lei antitruste nacional, o Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938, via os delitos econômicos como crimes contra o Estado, sendo processados e julgados pelo, de triste memória, Tribunal de Segurança Nacional. O Decreto-lei 7.666, de 22 junho de 1945, de forte feição protecionista, inspirava-se em modelo nitidamente administrativista. A Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951, amalgamava o conceito de concorrência com o de economia popular, dando prevalência a este.

11. A teoria, em nossa opinião, deflete para posições verdadeiramente antinô-

micas (controle indireto da Economia pelo Estado), potencialmente geradoras de desvios de finalidade social, por sua transmutação em instrumento da Política Econômica. Recente exemplo deste fenômeno se verificou quando da inserção da questão dos chamados "aumentos abusivos de preços" na legislação de defesa da concorrência e da contraditória tentativa de exercício de controle exógeno de preços pelos órgãos encarregados da concorrência.

As leis chamadas "antitruste" vinculam-se constitucionalmente ao conhecido trinômio *"dominação de mercado", "eliminação de concorrência"* e *"aumento arbitrário de lucros"* (o chamado lucro supracompetitivo). O art. 173, § 4.º, da Constituição Federal assim se expressa:

"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à *dominação dos mercados, à eliminação da concorrência* e ao *aumento arbitrário dos lucros".*

12. A finalidade da legislação de defesa da *concorrência*, portanto, é unívoca, qual seja, a defesa e viabilização do princípio maior da "livre concorrência" (art. 170, inciso IV), não podendo, portanto, ser utilizada pelo Estado para alcançar objetivos diversos. Impõe-se, aliás, o entendimento, máxime diante do fato de que a finalidade social de uma lei é fundamental à sua interpretação (art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Já esclarecia o preclaro Prof. Hely Lopes Meirelles (op. cit., p. 611), que dentre os principais meios de intervenção na ordem econômica destacam-se o (a) monopólio, (b) a repressão ao abuso do poder econômico, (c) o controle do abastecimento e (d) o tabelamento de preço. Cada um desses meios tem um tratamento legislativo distinto e independente entre si, sujeitos a princípios e conceitos diversificados, por serem distintas as respectivas finalidades sociais.

Perseverando na lição do mestre (op. cit., p. 74):

"O 'princípio da finalidade' (do ato administrativo) impõe que o administrador público só pratique o ato para o seu 'fim legal'. E o 'fim legal' é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato. (...)

Desde que o 'princípio da finalidade' exige que o ato seja praticado sempre com a finalidade pública, o Administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiro."

Assim, verifica-se que o Direito Econômico representa um forte estímulo à aplicação do Direito da Concorrência em toda matéria que, tendo substancioso reflexo econômico, embora não necessariamente concorrencial, se encontre em linha com a Política Econômica do Estado. Afirma a respeito o ilustre administrativista (op. cit., p. 86):

"O 'desvio de finalidade' ou de 'poder' se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal".

13. Ora, quando da redação da vigente Constituição Federal, mais precisamente, de seu art. 174 (tratando dos lindes de atuação do Estado na sua qualidade de "agente normativo e regulador da atividade econômica"), ficou patente a expressa supressão da função de "controle", como bem lembra Miguel Reale Jr., à época assessor jurídico da Presidência da Assembléia Nacional Constituinte. Donde assentar-se que, seja

sob o ponto de vista histórico, seja à luz da exegese sistemática, a intervenção do Estado no domínio econômico perdeu o caráter de generalidade, para adquirir índole de excepcionalidade, afastada a função de controle.

Assim, não podem as autoridades encarregadas da defesa da concorrência travestir a *legislação* chamada antitruste de *legislação* de controle indireto da atividade econômica. Como que antecipando essas conseqüências, o ilustre Desembargador Werter R. Faria, ex-Presidente do *CADE* afirmou em "Constituição Econômica — Liberdade de Iniciativa e da Concorrência", p. 153:

"Quase meio século de vigência das normas constitucionais de tutela do mercado não bastou para que os legisladores deixassem de confundir o abuso do poder econômico (as práticas comerciais executadas com o fim de impedir, limitar ou distorcer o jogo da concorrência) com as ações lesivas a bens jurídicos de outra natureza. Ao contrário, à medida que avança o tempo de duração dessas normas, perde-se a compreensão do sentido da expressão 'abuso do poder econômico', e se agrava o retrocesso legislativo em matéria de defesa da concorrência."

14. O mais grave, porém, é que a visão "administrativista" e/ou "econômica" do Direito da Concorrência traz ínsito enormes riscos de ofensas futuras aos direitos e garantias individuais pelo Estado onipresente.

Por isso mesmo é que Aftalión, no clássico "*Derecho Penal Económico*", pondera que o surgimento do Direito Penal-Econômico, com todas as suas conseqüências, foi fruto de longa elaboração, em demorado processo histórico, como afirmação dos direitos e garantias individuais. Decorre disto a verdade de que não é possível, sem grave risco para esses mesmos direitos e garantias, deixar de lado tão valioso repositório de normas tutelares, sob pena de se deixarem indefesos os acusados frente às possíveis arbitrariedades dos órgãos do Estado (cf. Manoel Pedro Pimentel, "Direito Penal-Econômico", p. 13).

Como lecionava o jubilado Prof. José Frederico Marques ("Elementos de Direito Processual Penal", vol. I, p. 77):

"Ora, a moldagem do processo penal, como contenda entre partes, implica no integral repúdio da forma inquisitiva de procedimento, e no reconhecer, outrossim, que o acusado não é apenas objeto de investigações, mas também sujeito de direitos, ônus, deveres e obrigações dentro do procedimento destinado a apurar a procedência ou não da pretensão punitiva do Estado."

15. A atual Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, embora contendo elementos característicos das teorias "estruturalista" (notadamente no que tange aos procedimentos relativos ao exame de atos de concentração econômica — art. 54), bem como das teses "intervencionistas" (*e.g.*, conceitos de "aumentos abusivos de preços"), parece-nos adotar, como princípio ideológico básico, a nortear sua interpretação, a corrente que favorece a "eficiência econômica".

Ao declinar a finalidade da Lei, estabelece o art. 1.º do diploma:

"Art. 1.º Esta Lei dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico.

Parágrafo único. *A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei*" (grifamos).

A par de deixar bem nítida a opção pelos consumidores, o estatuto nacional da concorrência não permite tergiversações sobre seu posicionamento doutrinário, no capítulo das infrações, estabelecendo, no art. 20, § 1.º, que:

"A conquista de mercado resultante de processo natural *fundado na maior eficiência do agente econômico* em relação aos seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II" (grifamos).

Dito inciso trata do estado de domínio do mercado relevante de bens ou serviços.

1.3 Competência ratione materiae

"Sumário: Incompetência do *CADE* para Conhecer de Questões Comercias ou Societárias. Princípio da Jurisdição Primária."

16. Aos órgãos de defesa da concorrência compete, *ratione materiae*, exclusivamente, prevenir, apurar e coibir as chamadas "ofensas à ordem econômica", expressão sinônima, na Lei 8.884, de 1994, de infringência às regras do livre mercado.

Como visto, o Direito da Concorrência disciplina as relações de mercado entre agentes econômicos e sua clientela. Assim, questões *interna corporis* entre acionistas de uma companhia ou meramente comerciais entre empresas, sem alteração das estruturas do mercado ou da conduta dos concorrentes são-lhe estranhas.

16.1. Além disso, o Direito da Concorrência é, por essência, ramo do Direito Público, inexistindo qualquer interesse público nas querelas privadas.

17. A questão da jurisdição primária é talvez uma das mais antigas no *CADE*. O simples fato de, eventualmente, uma contenda ter relevante reflexo econômico (notadamente quando tal impacto sequer é sentido no mercado) não basta para a atração do tema para a seara dos órgãos de defesa da concorrência.

Veja-se, a respeito, a ementa n.º 265 encontradiça a fl. 231 em Franceschini, *opus* cit., sumariando decisão proferida nas Averiguações Preliminares n.º 56, nos idos de 1975:

"Os órgãos do Estado de Direito não podem extravasar de suas funções legais, conforme lhes tenham sido cometidas pelo sistema jurídico em vigor. Assim, é o *CADE* incompetente para conhecer e julgar de conduta alheia à sua esfera específica de atuação, *ainda quando se trate de matéria com inegável e substancioso reflexo econômico*" (grifamos).

18. O *CADE*, recentemente, se manifestou de forma específica em relação a acusações de abuso do poder econômico derivadas de acirrada disputa interna entre acionistas, máxime quando a querela já tenha desaguado no âmbito do Poder Judiciário.

Merece transcrição, em excerto, a decisão proferida no Processo Administrativo n.º 42, de 10 de setembro de 1987, onde foram Representantes Perfuradora de Metais S.A. e Ibrás — Telas Metálicas e Metais Perfurados Ltda. e Representadas Permetal S.A. — Metais Perfurados, Vibratex — Telas Metálicas Ltda., Açoplast — Ind. e Com. Ltda. e Établissements Gantois, de que foi Conselheiro-Relator o ilustre Dr. Geová Magalhães Sobreira (cf. DOU de 15 de setembro de 1987, Seção I, p. 14.907 e ss.):

"Verifica-se pela cautelosa análise da peça vestibular (...) que, antes de tudo, trata-se de uma acirrada disputa interna pelo poder de gestão das representantes, já que elas não tinham àquela época, um acionista majoritário. Esta disputa pelo controle das representantes ocasionou, antes da denúncia a este E. Conselho, uma série de ações judiciais na Comarca de São Paulo. (...)

Diante do exposto, não vislumbro nos presentes autos práticas de abuso do poder econômico capituladas na Lei 4.137/62, apesar do louvável parecer da douta Procuradoria Geral que pede a condenação das representadas. Existe uma disputa pelo controle das empresas

bem expresso na peça vestibular: 'afastá-lo da administração das sociedades (...), manter o requerente na administração de ambas as empresas' (...)".

Portanto, as pendências comerciais surgidas entre partes privadas hão de ser dirimidas exclusivamente perante o Poder Judiciário, não dispondo o *CADE* de competência para resolvê-las. Neste sentido o despacho exarado pelo Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, de 27 de outubro de 1994, no requerimento da Federação das Empresas de Transportes de Cargas do Estado do Paraná e outros no Processo Administrativo n.º 45/92 (cf. DOU de 31 de outubro de 1994, Seção I, p. 16.364):

"Não dispõe, pois, o *CADE*, de competência para decidir sobre questões surgidas de relações entre partes, configurando conflitos de natureza privada. Desta forma, aos Requerentes que entendam haver sofrido lesões em seus direitos, em virtude de práticas atribuídas às Representadas, é facultado, como a qualquer pessoa, buscar reparação junto ao Poder Judiciário, sendo esta uma inafastável garantia constitucional didaticamente reafirmada no art. 2.º da Lei 8.884/94."

19. Nem mesmo causas de concorrência desleal são passíveis de apreciação pelos órgãos de defesa da concorrência, mesmo porque, como observa Celso Neves (Disciplina da Lei Antitruste no Sistema Jurídico Brasileiro, apud Franceschini, op. cit., p. 590), tal seria inadmissível sequer em tese:

"A Constituição da República reduziu a *concorrência desleal* a delito comum, insusceptível de dar corpo ao abuso do poder econômico."

Não há confundir este conceito com o princípio da livre concorrência. Ademais, quando essa capitulação fosse possível, jamais seria caracterizável pelo simples litígio entre acionistas de uma empresa em matéria puramente societária.

A concorrência que interessa ao Direito da Concorrência é, no dizer de Otomendi J. ("*Presupuestos Básicos para la Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia*"), a luta pela clientela:

"A essência da concorrência — diz o autor argentino — é liberar o comprador do poder de monopólio, permitindo-lhe o acesso a fontes alternativas do produto (ou do serviço)".

20. A legislação antitruste, não visa proteger agentes econômicos unitariamente considerados, mas preservar o mercado como instituição de coordenação das decisões econômicas, adequada ao modo de produção capitalista. Nesse sentido a decisão proferida pelo *CADE* no Processo Administrativo n.º 30/92 (cf. DOU de 3 de março de 1993, Seção I, p. 2.526), de que foi Relator o Conselheiro José Matias Pereira, que assim concluiu:

"Dessa forma, a liberdade de concorrência apresenta-se dotada de caráter positivo: é o direito a que o abuso da liberdade de comércio e indústria não comprometa aquele funcionamento regular dos mercados."

20.1. O bem jurídico sob tutela da legislação de defesa da concorrência é o mercado, não servindo esta para dirimir ou regular controvérsias ou interesses particulares ou mercantis. Incisivo, a respeito foi o voto do Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, do *CADE*, ao relatar o Processo Administrativo n.º 10/91, aos 27 de outubro de 1993, em que foi Representante Fogarex — Artefatos de Camping Ltda. e Representada Lumix Química Ltda. (cf. DOU de 5 de novembro de 1993, Seção I, p. 16.609):

"O bem jurídico sob tutela é o mercado. Assim, o que a lei de combate ao abuso de poder econômico busca regular, é, a ocorrência de restrições de alcance coletivo à concorrência, o que no caso presente não se configurou.

Relativamente a esse aspecto, recorro-me, uma vez, mais, ao bem fun-

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

damentado parecer da digna Procuradora quando afirma, *verbis*: 'Por derradeiro, cabe observar que os órgãos de defesa da concorrência não se prestam à solução de conflitos de natureza privada. Danos eventualmente causados na prática usual do comércio devem buscar reparação no Poder Judiciário.'

O que se depreende dos autos é que a disputa entre Representada e Representante se situa no âmbito da concorrência desleal, matéria que escapa à competência da *SDE* e do *CADE*, e que já foi corretamente levada à apreciação do Poder Judiciário (...)."

Disputas comerciais ou societárias são, assim, absolutamente indiferentes para a concorrência e, por via de conseqüência, para a *SDE*, inserindo-se, com exclusividade, na esfera de competência da Justiça Comum.

1.4 Controle judicial

"*Sumário*: Natureza Jurídica do *CADE:* Órgão Judicante Auxiliar do Poder Judiciário. Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário e seus Limites. Litispendência Civil e Criminal."

21. De qualquer modo, sujeita-se o *CADE*, sempre, ao império e autoridade do Poder Judiciário. O controle judicial dos atos administrativos do *CADE* (sejam eles decisões de cunho condenatório por ofensas à ordem econômica, sejam no exercício de sua competência de fiscalização, relativos a atos de concentração econômica).

Esse, aliás, o expresso intuito de Agamemnon Magalhães ao elaborar o projeto de lei que culminou com a promulgação da Lei 4.137, de 1962 (cf. Justificação do Projeto de Lei 122/48):

"A repressão aos abusos do poder econômico será feita pelo Poder Judiciário."

21.1. É essa a característica que define a natureza jurídica daquele Conselho como *auxiliar do Poder Judiciário*, a exemplo do que ocorre com o Tribunal Marítimo. Suas decisões, portanto, configuram verdadeiros laudos técnicos especializados, a serem submetidos ao crivo da autoridade judiciária.

A própria jurisprudência do *CADE*, desde seus primórdios, reconhece tratar-se de um órgão judicante, verdadeiro tribunal para-jurisdicional, equiparado àquela Corte marítima especializada, como se verifica do voto do Conselheiro Nestor Duarte no Processo SC-GB 675/64 (cf. ementa n.º 182, in Franceschini, "Poder Econômico: Exercício e Abuso — Direito Antitruste Brasileiro", p. 181):

"Este Conselho, o *CADE*, é órgão ou agência do poder público, singulariza-se dentro da ordem pública por ter um caráter, uma missão, um fim jurídico-administrativo de executor e fiscal de uma lei de repressão e punição a abusos e crimes que possam ocorrer na ordem econômica. É órgão único, autônomo, criado por autorização e determinação constitucional para cuidar e reprimir um novo ilícito penal. É um tribunal claro que não judicial mas um tribunal que funciona até como primeiro grau do Judiciário, aonde chegará para requerer e obter a chancela judicial nas hipóteses que sua lei indica.

A Lei 3.543, de 11.02.59, que modifica a Lei 180, de 5 de fevereiro de 1954, a lei do Tribunal Marítimo diz no seu: 'Art. 1.º — o *Tribunal Marítimo*, com jurisdição em todo o território nacional, é um órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, na apreciação dos acidentes e fatos na navegação sobre água vinculando-se ao *Ministério da Marinha* no que se refere ao provimento de recursos orçamentários para o pessoal e material destinados ao seu funcionamento.'"

No mesmo sentido a decisão tomada no Processo Administrativo n.º 69, aos 26 de abril de 1983, sendo Relator o Conselheiro Wanor Pereira de Oliveira

(ementa n.º 166-A, Franceschini, op. cit., p. 172):

" É o *CADE* órgão autônomo, porém auxiliar do Poder Judiciário, como jurisdição sobre todo o território nacional."

22. Quanto à primeira hipótese, diga-se desde logo que o recurso ao Judiciário não poderia ser impedido pela legislação de defesa da concorrência, posto que a isto se opõe o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário consagrado no art. 5.º, inciso XXXV, cujo teor não deixa margem a dúvidas:

"A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

23. À função jurisdicional do Estado cabe o papel de fazer valer o ordenamento jurídico toda vez que seu cumprimento não se dê sem resistência. Tendo o Estado subtraído à parte a faculdade de exercitar seus direitos pelas próprias mãos, compareceu esta perante a autoridade judiciária competente que lhe substituiria a vontade, para que esta dirimisse a lide. Agiu no lídimo exercício de seu direito de ação e nos limites estritamente necessários para alcançar a prestação jurisdicional. Nada mais escorreito e legítimo.

24. Em matéria concorrencial, o princípio da acessibilidade ampla ao judiciário já se encontra assente na Jurisprudência pátria, mesmo nas hipóteses em que o *ex adverso* se encontre (o que não é o caso) em flagrante desvantagem financeira em relação ao autor. É o que nos demonstra a ementa n.º 109 encontradiça em Franceschini, op. cit., p. 114:

"O ajuizamento de ação com pedido de cominação, ainda que elevada contra parte em flagrante desvantagem financeira e sem possibilidades de enfrentar os eventuais ônus da sucumbência, não se pode confundir com o abuso do poder econômico de que trata o art. 2.º, I, 'g', da Lei 4.137, de 1962. É que o direito de ação, constitucionalmente garantido, não se equipara com a certeza ou mesmo possibilidade de uma sentença favorável, mas sim, e apenas, ao direito a um pronunciamento sobre o *meritum causae.*"

A decisão citada foi proferida pelo MM. Juiz da 7.ª Vara da Justiça Federal no Rio de Janeiro, José Gregório Marques, em 5 de agosto 1980, no Processo n.º 2.452.847.

Toda lesão de direito, toda controvérsia, pode (e deve) ser levada ao Poder Judiciário. O apelo ao Judiciário, portanto, ainda que atinja a concorrência ou concorrentes específicos, em princípio configura conduta atípica.

Ainda que assim não fosse (apenas *ad argumentandum*), teria a iniciativa nítida característica de exercício regular de direito, o que configuraria uma causa de exclusão da antijuridicidade.

É pacífico que não é antijurídica a ação praticada no exercício regular de direito. Como afirma Heleno Cláudio Fragoso ("Lições de Direito Penal", p. 197):

"... é inconcebível que o ordenamento jurídico, por um lado, confira um direito, e, pelo outro, torne ilícita a ação que corresponde ao exercício de tal direito".

Evidentemente, a expressão "direito" não tem uma conotação exclusivamente penal, devendo ser entendida de forma a compreender todo o ordenamento jurídico.

24.1. Por outro lado, não há litispendência no curso simultâneo do Processo Administrativo e do processo civil cominatório e/ou indenizatório eventualmente ajuizado pelo prejudicado direito do abuso do poder econômico ou por seu legitimado, como aliás expressamente admite o art. 29 da Lei 8.884, de 1994.

24.2. Todavia o mesmo não se poderia falar em relação a processos criminais. Face à natureza penal do Direito de Concorrência e especialmente diante da derrogação da Lei 8.137/90 pela Lei

8.884/94 (art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil — *Lex posterior derogat priori*), no que tange aos crimes contra a ordem econômica, não se concebe a existência de duplo procedimento penal contra a mesma pessoa.

Diante da competência exclusiva fixada pela Lei 8.884/94 em favor do *CADE* (art. 7.º, inciso II), nula e ilegalmente constrangedora seria qualquer instauração de inquérito policial e/ou de processo judicial penal para a apuração de infrações contra a ordem econômica. Inaceitável o *bis in idem*.

25. Tais princípios, todavia, não impedem o mau uso (ou abuso) das autoridades públicas, sejam elas judiciais ou administrativas, para fins anticoncorrenciais. Em verdade, não é incomum verificar-se a formulação de representações perante o *CADE* com objetivo de tão-somente afastar a concorrência prejudicando o concorrente, acarretando-lhe penoso ônus processual, bem como sujeitando-o à execração e alarde públicos. Tais recursos predatórios, quando repercutirem no mercado, merecem imediato repúdio e a rejeição da denúncia, sujeitando-se o Representante, neste caso sim, a Processo Administrativo por eventual infração à ordem econômica pela criação de dificuldades, sem prejuízo de possível configuração de denunciação caluniosa.

Múltiplos fatores podem vir a configurar a abusividade, dentre os quais a intenção do autor ou representante e os meios por ele empregados.

A motivação anticompetitiva do autor ou representante nem sempre é difícil detectar: sua conduta de mercado, a incongruência da denúncia, sua formulação contra expressa disposição de lei ou contra o legítimo exercício de direitos, a postura protelatória ou escandalosa, e/ou a multiplicidade ou reiteração de procedimentos judiciais e/ou administrativos, são-lhe característicos.

26. Quanto aos métodos, configuram abuso, certamente o emprego de meios ilegais ou repreensíveis, tais como exploração de prestígio, a advocacia administrativa, a corrupção ativa ou passiva, o falso testemunho, o desvio de poder e outras condutas antijurídicas ou aéticas.

O princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário e/ou o exercício do direito de petição não suplantam o vetusto brocardo: *Nemo auditur propria turpitudine allegans.*

Nesta medida, *mutatis mutandis*, a hipótese se assemelha àquela relatada na ementa n.º 75 (Franceschini, op. cit., p. 77) extraída de sentença proferida pelo MM. Juiz da 6.ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, Dr. Sebastião de Oliveira Lima, aos 23 de abril de 1982, na Ação Ordinária n.º 2.745.330, que assim decidiu:

"Disso tudo resulta a impressão inarredável de que a denunciante se valeu do órgão especial de defesa da concorrência para vingar-se dos fatos que imputa à autora e teve sorte em sua pretensão."

2. O direito da concorrência no tempo

2.1 Irretroatividade

"Sumário: Princípio da Irretroatividade. Retroatividade Benéfica."

27. No tocante ao Direito Intertemporal, chega R. Limongi França ("Direito Intertemporal Brasileiro", p. 19) a afirmar:

"... que o Princípio da Irretroatividade das Leis se funda na razão natural".

A lei repressiva não retroage, aplicando-se ao fato, jurídico ou antijurídico, a norma dominante quando de sua ocorrência. A regra, virtualmente absoluta, comporta uma única exceção, quando a lei nova é mais benéfica (*in mitius*).

Lembra Carlos Maxiliano (*op. cit.*, p. 299), que o entendimento se aplica não apenas aos crimes, mas se estende a todo ato infracional passível de punição, mesmo administrativo. Na sua lição:

"O princípio da irretroatividade geral e retroatividade benéfica aplica-se a qualquer infração penal, não só à referente a crimes, como aos delitos de simples polícia, às contravenções, às punições disciplinares e a outras faltas para as quais cominam castigos em leis, regulamentos e portarias, federais, estaduais e municipais; visto que a razão de assim agir é a mesma em todos os casos."

27.1. O princípio da irretroatividade das leis impede a aplicação das normas substantivas da Lei 8.884/94 (bem como as dos diplomas que lhe antecederam) aos fatos que lhe são pretéritos. A tese, além de pacífica, a não exigir maiores digressões, foi por múltiplas vezes acolhida pelo próprio *CADE*, de que é mero exemplo o voto vencedor proferido pelo Conselheiro Marcelo Monteiro Soares no Processo Administrativo n.º 10/91, de 27 de outubro de 1993, sendo Representante Fogarex — Artefatos de Camping Ltda. e Representada: Lumix Química Ltda. (cf. DOU de 5 de novembro de 1993, Seção I, p. 16.609):

"Preliminarmente, manifesto-me de pleno acordo com o entendimento da douta Procuradora deste Conselho, Dra. Carla Barroso, quanto a ocorrência dos fatos e a vigência da Lei 8.158/91, quando afirma, verbis: 'A conduta da Representada foi incursa no art. 3.º, inciso XIII, da Lei 8.158, de 08 de janeiro de 1991. As licitações em que a Representada teria adotado a conduta abusiva — preços abaixo do custo real de produção, com prejuízo da concorrência ocorreram em 30-11-1988, 23-02-1989, 01-09-1989 e 18-09-1990, antes, portanto, da vigência da Lei 8.158/91. Não incidem, pois, na espécie, as disposições da citada Lei naquilo que diz respeito às normas substantivas'."

28. A fatos ocorridos na vigência da Lei 4.137, de 1962 não se aplicam, portanto, as disposições da Lei 8.158, de 1991, na medida em que lhe suceder, exceto se mais benéficas estas. O mesmo ocorre em relação aos fatos que se verificaram sob o pálio desta última, não se lhe infligindo as normas da Lei 8.884, de 1994, salvo se *in melius*.

2.2 Da Prescrição

"Sumário: A Prescritibilidade da Ação Penal-Econômica — Fatos Pretéritos à Lei 8.884/94."

29. Dentre as ilações do exato enquadramento jurídico, como visto, está a da adoção do princípio da prescritibilidade da ação penal-econômica.

A questão, sob a égide da vigente Lei 8.884, de 1994, perdeu sentido, tendo se tornado prejudicada, por expressa sagração no art. 28:

"Prescrevem em cinco anos as infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado."

29.1. Para fatos anteriores à atual Lei, entretanto, diante da aparente omissão legal (o instituto não foi expressamente consignado nem na Lei 8.158, de 1991, nem em sua antecessora, a Lei 4.137, de 1962), poderia ocorrer algum questionamento.

Como se sabe, prescrição é a extinção de uma ação ou de uma pena em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso.

30. A questão da prescritibilidade da ação penal-econômica por ofensas à ordem econômica ou por abuso do poder econômico remonta aos primórdios do *CADE*, quando, na apreciação do processo Administrativo n.º 3 em 19 de

agosto de 1969, decidiu o Egrégio Conselho que (cf. Franceschini, op. cit., ementa n.º 369, p. 322):

"A punibilidade dos delitos de abuso do poder econômico se extingue pelo decurso do prazo prescricional de dois anos no art. 114 do CP."

Subseqüentemente, em 1980, no Processo Administratativo n.º 50, o Colegiado reafirmou sua posição ao decidir que (op. cit., ementa n.º 341, p. 304):

"A prescrição é causa extintiva da punibilidade do abuso de poder econômico."

Analisando a Lei Penal e suas relações com a legislação antitruste, observava Jorge Medeiros da Silva, então ilustre Procurador da República em São Paulo, em "A Lei Antitruste Brasileira", p. 107, que:

"A prescrição, vem entendendo o *CADE*, se rege pelo art. 114 (do Código Penal), ou seja, da pena de multa. Causas suspensivas e interruptivas são discutíveis. Entendo que devem ser acionadas, pois se admitimos a prescrição, havemos de acolher todas as regras que dizem respeito ao instituto, obviamente amoldando-se à lei antitruste. Assim, não só com relação às causas de suspensão e interrupção, mas sim às normas de prescrição" (grifamos).

31. Não se poderia alegar à época, entretanto, não ser prescritível a ação penal-econômica sob o argumento de que a legislação especial então em vigor seria lacunosa em relação ao instituto. Isto porque tal entendimento resultaria na negação de vigência de lei expressa, qual seja, o art. 12 do Código Penal, que reza:

"As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso."

Portanto, a "implícita" imprescritibilidade da ação penal-econômica é que exigiria preceito específico na Lei 8.158/91 ou na Lei 4.137/62 e não o reverso, como aliás é cediço, como exige o princípio da especialidade.

Caso contrário, todos os delitos previstos na legislação penal-econômica, na qual se incluem a Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (derrogada) (em seu Capítulo II) e o Decreto-lei 7.903, de 1945 (na parte que versa sobre os crimes em matéria de propriedade industrial), seriam imprescritíveis, por ausência de dispositivo especial expresso.

Portanto, aos fatos pretéritos à atual Lei de Defesa da Concorrência, é aplicável o art. 114 do Código Penal, combinado com o art. 12 do mesmo diploma. Lembre-se, a respeito, que a prescrição não constitui tema de natureza processual, mas sim material, no sistema jurídico brasileiro, sendo a questão, destarte, sujeita, pelas regras de Direito Intertemporal, à lei vigente à época das ocorrências. Como diz Carlos Maximiliano ("Direito Intertemporal", p. 240), citando vasta doutrina:

"Prescrição iniciada e consumada sob o império de norma pretérita, regula-se pela mesma, quer a hodierna aumente, quer diminua os requisitos e os prazos."

32. Ademais, qualquer interpretação que concluísse serem os delitos contra a ordem econômica ou de abuso do poder econômico imprescritíveis à época incidiria em conclusão absolutamente antijurídica e, portanto, arbitrária. Assim, é que, como informa o inesquecível Professor Basileu Garcia ("Instituições", vol. I, tomo 2, p. 699), a prescrição é instituto admitido em todas as legislações modernas. Embora tenha no passado enfrentando a oposição de alguns filósofos e penalistas, na medida em que seria desmoralizante e concorreria para o afrouxamento da repressão, preponderaram, no consenso geral, as razões justificativas de sua adoção.

Com efeito, com o caminhar do tempo, modificam-se as condições pessoais

do infrator que logrou subtrair-se à ação da justiça, deixando a pena, possivelmente, de ser útil. De outro lado, o alarma social, que as anomalias de mercado e/ou o abuso do poder econômico causaram já se teriam esvanecido com o lento perpassar dos anos, não tendo a pena a exata correspondência do reclamo público, sem contar que os longos intervalos importam em incertezas perigosas na apreciação do fato.

Como salienta o ilustre mestre, "nem o ódio dos homens costuma ser invariavelmente implacável e irredutível" (op. cit., p 700), Assim, a imprescritibilidade dos delitos de abuso do poder econômico ou contra a ordem econômica os tornariam mais graves que os crimes contra a vida, a honra ou a liberdade, todos prescritíveis. E, mais perigoso ainda, teria um conteúdo intrínseco de inadmissível arbitrariedade, na medida em que admitiria a sujeição do acusado à vontade e inércia do Estado por tempo indeterminado, ainda que seja inocente. Certamente, um resultado inconcebível!

33. A prescrição não constituiu preocupação tão-somente da doutrina nacional. Veja-se, por exemplo, o que ocorre na legislação antitruste da Comunidade Econômica Européia (art. 1.º do Regulamento n.º 2.988/74 EEC do Conselho):

"(1) *The power of the Comission to impose fines or penalties for infringement of the rules of the European Economic Community relating to transport or competition shall be subject to the following limitation periods: a) three years in the case of infringements of provisions concerning applications or notifications of enterprises, requests for information, or the carrying out of investigations; b) five years in the case of all other infringements*".

Em vernáculo (tradução livre):

"(1) O poder da Comissão de impor multas ou penalidades por infringência das regras da Comunidade Econômica Européia relativas a transporte ou concorrência estará sujeito aos seguintes prazos prescricionais: a) três anos no caso de infrações às disposições relativas a pedidos ou notificações de empresas, pedidos de informação ou de realização de investigações; b) cinco anos no caso de outras infrações."

Resta, portanto, indubitável a aplicabilidade do art. 114 do Código de Processo Penal aos eventuais abusos do poder econômico e ofensas à ordem econômica regidos pelas leis anteriores ao vigente diploma concorrencial básico.

Trata-se, aliás, de tema já versado pelo próprio *DPDE* que, no Processo Administrativo n.º 28, analisando sucessos anteriores à legislação vigorante, assim se manifestou no feito:

"Se se produziu no passado condutas que hoje já não produzem qualquer efeito no mercado, ainda assim terão que ser apuradas *se não forem alcançadas pelas regras da decadência ou da prescrição*" (grifamos).

3. O direito da concorrência no espaço

3.1 Mercado relevante

"Sumário: Critério Analítico das Ofensas à Ordem Econômica. Conceituação do Mercado Relevante — Indispensabilidade."

34. Definidos os princípios básicos aplicáveis ao Direito da Concorrência brasileiro há que se estabelecer os critérios de análise espacial deste.

34.1. Três são os elementos essenciais a tal desiderato: (a) o desempenho do mercado; (b) a conduta de mercado e (c) a estrutura do mercado. De fato, no exame das ofensas à ordem econômica, prevalece a teoria do resultado ou dos efeitos do evento danoso em relação ao mercado, entendido este como o conjun-

to dos agentes econômicos concorrentes e sua clientela consumidora. Expresso a respeito era o art. 22 da Lei 8.158, de 1991:

"Na apuração e correção dos atos ou atividades previstos nesta Lei, *a autoridade levará em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado*, ainda que não se caracterize dolo ou culpa dos agentes causadores" (grifamos).

34.2. Para tanto, impende, antes de mais nada, determinar-se o "mercado" ou, como conhecido na doutrina, o "mercado relevante". O conceito, antes apenas teórico, foi expressamente acolhido na Lei 8.884, de 1994, art. 20, inciso II, ao referir-se, dentre os tipos puníveis, o de "dominar mercado relevante de bens ou serviços". Desta concepção, a de exercício abusivo de posição dominante, sorvida da legislação européia e consagrada no inciso IV do mesmo art., nada mais é do que seu corolário, como se verifica de sua definição legal (art. 20, § 2.º):

"Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas *controla parcela substancial de mercado relevante*, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa" (grifamos).

A determinação do "mercado relevante", portanto, é um *prius* necessário em qualquer processo antitruste.

35. Quanto a este tema, é clássica a bipartição do conceito de "mercado", sob os prismas geográfico e em termos do produto ou serviço negociado.

Já a acolheu a jurisprudência do *CADE* em diversas oportunidades, destacando-se o voto proferido pela Conselheira Neide Teresinha Malard no Processo Administrativo n.º 31/92:

"O mercado relevante é o espaço da concorrência. Diz respeito aos diversos produtos ou serviços que concorrem entre si, em determinada área, em razão de sua substitutibilidade naquela área. Sua definição se faz necessária, *in casu*, tanto em termos geográficos quanto em relação ao serviço."

Em outra passagem, o Conselheiro José Matias Pereira, no Ato de Concentração n.º 16/94 (cf. DOU de 31 de março de 1995, Seção I, p. 4.595):

"Quando tratamos do aumento da concentração no mercado, torna-se necessário levar em consideração que o mercado relevante é representado pela soma de produtos que podem ser razoavelmente substituídos, quando utilizados nos fins para os quais são produzidos, sem deles desvincular a qualidade, a finalidade, e de maneira especial, o preço."

36. O conceito de "mercado relevante" é universal, caracterizado pela intercambialidade dos produtos sob análise no caso concreto. Maria Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Remtula Bangy ("O Direito da Concorrência em Portugal", pp. 188/190) fazem um restropecto do que dominam "mercado de referência" no continente europeu, anotando que:

"Na *CEE*, o mercado material de referência é constituído pelos produtos idênticos ou produtos que, devido às suas características, aos seus preços e ao fim a que se destinam, podem ser consideradas como similares pelo utilizador (...).

(Em *França*, segundo a Comissão da Concorrência), 'fazem parte de um mesmo mercado, produtos ou serviços que apresentem entre si um grau significativo de possibilidade de substituição, para uma clientela determinada, caracterizada designadamente pela sua localização, a especificidade de suas necessidades, a sua categoria profissional, o seu poder de compra, etc.' (...).

Na *Alemanha*, o Tribunal da Relação de Berlim declarou que 'era preciso ter

em conta todos os arts. equivalentes, produzidos por outros fabricantes, quer dizer, todos os arts. que apresentem entre si tais semelhanças, do ponto de vista da sua qualidade, da sua utilização e do seu preço, que qualquer consumidor avisado os considere como respondendo a uma necessidade específica e como sendo possível a sua substituição."

37. Em termos econômicos, o mercado relevante, conforme visto nos Estados Unidos por Hobert Hovenkamp ("*Economics and Federal Antitrust law*", § 3.2., p. 59), é o menor mercado possível para o qual a elasticidade da demanda e da oferta é suficientemente baixa para que uma empresa com 100% de controle sobre esse mercado possa reduzir, com lucro, a produção e aumentar substancialmente os preços. Na versão original:

"*A relevant market is the smallest market for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a firm with 100% of that market could profitably reduce output and increase its price substantially*".

Há que se ter em conta, na definição do mercado relevante, que o conceito não exige a presença de um substituto perfeito em relação ao produto objeto da controvérsia. Todavia, a possibilidade de intersubstituição há de ser apreciada, fundamentalmente, em função de considerações econômicas válidas para os consumidores e não das propriedades físicas ou técnicas dos bens ou serviços. Ressalta, a respeito, Benjamin M. Shieber (op. cit., p. 49):

"Para alcançar este fim, impõe-se a necessidade de um rigoroso exame, de verificar se os produtos são na realidade substituíveis razoavelmente um pelo outro. Por exemplo, o fato de existirem produtos que podem tecnicamente ser substituídos por outro, não deve ser significativo se geralmente não são substituídos pelo público em geral."

O tema, portanto, é atualmente incontroverso, embora largo debate geralmente ocorre na análise de casos concretos, nem sempre de fácil determinação.

3.2 Ultraterritorialidade

"Sumário: Ubiqüidade do Direito da Concorrência Brasileiro. Competência Internacional."

38. Em matéria repressiva, é universal o princípio básico da territorialidade (*lex locus commissi delicti*). Não é, entretanto, absoluto, admitindo-se a chamada territorialidade estendida para alcançar os chamados "delitos a distância", em que, cometidos no exterior, um de seus elementos integrantes, seja da execução, seja do momento consumativo, se verifique no Brasil. A determinação do lugar em que a infração "se considera" praticada é decisiva no tocante à competência penal internacional.

No Direito norte-americano, notadamente em matéria antitruste, prevalece a teoria do impacto territorial, muito bem definida por José Carlos Magalhães no interessante estudo "Aplicação Extraterritorial de Leis Nacionais" (*apud* Franceschini, op. cit., pp. 666/667), segundo a qual o Estado possui competência para legislar e conhecer de eventos ocorridos, ainda que integralmente no exterior, envolvendo participantes não nacionais, desde que tais eventos venham a produzir impacto e a ter efeitos dentro do território do Estado.

Como resultado, alerta o articulista, a aplicação dessa teoria na política antimonopólio traz como resultado inevitável a aplicação de leis nacionais em território alheio, para regular fatos sob outras jurisdições.

No Brasil, a Lei 8.884, de 1994 (art. 2.º), inspirada no art. 6.º do Código Penal, adotou a teoria da ubiqüidade, mista ou da unidade, estabelecendo:

to dos agentes econômicos concorrentes e sua clientela consumidora. Expresso a respeito era o art. 22 da Lei 8.158, de 1991:

"Na apuração e correção dos atos ou atividades previstos nesta Lei, *a autoridade levará em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado*, ainda que não se caracterize dolo ou culpa dos agentes causadores" (grifamos).

34.2. Para tanto, impende, antes de mais nada, determinar-se o "mercado" ou, como conhecido na doutrina, o "mercado relevante". O conceito, antes apenas teórico, foi expressamente acolhido na Lei 8.884, de 1994, art. 20, inciso II, ao referir-se, dentre os tipos puníveis, o de "dominar mercado relevante de bens ou serviços". Desta concepção, a de exercício abusivo de posição dominante, sorvida da legislação européia e consagrada no inciso IV do mesmo art., nada mais é do que seu corolário, como se verifica de sua definição legal (art. 20, § 2.º):

"Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas *controla parcela substancial de mercado relevante*, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa" (grifamos).

A determinação do "mercado relevante", portanto, é um *prius* necessário em qualquer processo antitruste.

35. Quanto a este tema, é clássica a bipartição do conceito de "mercado", sob os prismas geográfico e em termos do produto ou serviço negociado.

Já a acolheu a jurisprudência do *CADE* em diversas oportunidades, destacando-se o voto proferido pela Conselheira Neide Teresinha Malard no Processo Administrativo n.º 31/92:

"O mercado relevante é o espaço da concorrência. Diz respeito aos diversos produtos ou serviços que concorrem entre si, em determinada área, em razão de sua substitutibilidade naquela área. Sua definição se faz necessária, *in casu*, tanto em termos geográficos quanto em relação ao serviço."

Em outra passagem, o Conselheiro José Matias Pereira, no Ato de Concentração n.º 16/94 (cf. DOU de 31 de março de 1995, Seção I, p. 4.595):

"Quando tratamos do aumento da concentração no mercado, torna-se necessário levar em consideração que o mercado relevante é representado pela soma de produtos que podem ser razoavelmente substituídos, quando utilizados nos fins para os quais são produzidos, sem deles desvincular a qualidade, a finalidade, e de maneira especial, o preço."

36. O conceito de "mercado relevante" é universal, caracterizado pela intercambialidade dos produtos sob análise no caso concreto. Maria Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Remtula Bangy ("O Direito da Concorrência em Portugal", pp. 188/190) fazem um restropecto do que dominam "mercado de referência" no continente europeu, anotando que:

"Na *CEE*, o mercado material de referência é constituído pelos produtos idênticos ou produtos que, devido às suas características, aos seus preços e ao fim a que se destinam, podem ser consideradas como similares pelo utilizador (...).

(Em *França*, segundo a Comissão da Concorrência), 'fazem parte de um mesmo mercado, produtos ou serviços que apresentem entre si um grau significativo de possibilidade de substituição, para uma clientela determinada, caracterizada designadamente pela sua localização, a especificidade de suas necessidades, a sua categoria profissional, o seu poder de compra, etc.' (...).

Na *Alemanha*, o Tribunal da Relação de Berlim declarou que 'era preciso ter

em conta todos os arts. equivalentes, produzidos por outros fabricantes, quer dizer, todos os arts. que apresentem entre si tais semelhanças, do ponto de vista da sua qualidade, da sua utilização e do seu preço, que qualquer consumidor avisado os considere como respondendo a uma necessidade específica e como sendo possível a sua substituição."

37. Em termos econômicos, o mercado relevante, conforme visto nos Estados Unidos por Hobert Hovenkamp (*"Economics and Federal Antitrust law"*, § 3.2., p. 59), é o menor mercado possível para o qual a elasticidade da demanda e da oferta é suficientemente baixa para que uma empresa com 100% de controle sobre esse mercado possa reduzir, com lucro, a produção e aumentar substancialmente os preços. Na versão original:

"A relevant market is the smallest market for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a firm with 100% of that market could profitably reduce output and increase its price substantially".

Há que se ter em conta, na definição do mercado relevante, que o conceito não exige a presença de um substituto perfeito em relação ao produto objeto da controvérsia. Todavia, a possibilidade de intersubstituição há de ser apreciada, fundamentalmente, em função de considerações econômicas válidas para os consumidores e não das propriedades físicas ou técnicas dos bens ou serviços. Ressalta, a respeito, Benjamin M. Shieber (op. cit., p. 49):

"Para alcançar este fim, impõe-se a necessidade de um rigoroso exame, de verificar se os produtos são na realidade substituíveis razoavelmente um pelo outro. Por exemplo, o fato de existirem produtos que podem tecnicamente ser substituídos por outro, não deve ser significativo se geralmente não são substituídos pelo público em geral."

O tema, portanto, é atualmente incontroverso, embora largo debate geralmente ocorre na análise de casos concretos, nem sempre de fácil determinação.

3.2 Ultraterritorialidade

"Sumário: Ubiqüidade do Direito da Concorrência Brasileiro. Competência Internacional."

38. Em matéria repressiva, é universal o princípio básico da territorialidade (*lex locus commissi delicti*). Não é, entretanto, absoluto, admitindo-se a chamada territorialidade estendida para alcançar os chamados "delitos a distância", em que, cometidos no exterior, um de seus elementos integrantes, seja da execução, seja do momento consumativo, se verifique no Brasil. A determinação do lugar em que a infração "se considera" praticada é decisiva no tocante à competência penal internacional.

No Direito norte-americano, notadamente em matéria antitruste, prevalece a teoria do impacto territorial, muito bem definida por José Carlos Magalhães no interessante estudo "Aplicação Extraterritorial de Leis Nacionais" (*apud* Franceschini, op. cit., pp. 666/667), segundo a qual o Estado possui competência para legislar e conhecer de eventos ocorridos, ainda que integralmente no exterior, envolvendo participantes não nacionais, desde que tais eventos venham a produzir impacto e a ter efeitos dentro do território do Estado.

Como resultado, alerta o articulista, a aplicação dessa teoria na política antimonopólio traz como resultado inevitável a aplicação de leis nacionais em território alheio, para regular fatos sob outras jurisdições.

No Brasil, a Lei 8.884, de 1994 (art. 2.º), inspirada no art. 6.º do Código Penal, adotou a teoria da ubiqüidade, mista ou da unidade, estabelecendo:

"Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos."

Salienta Costa e Silva ("Código Penal", p. 34) ser esta a única teoria cientificamente certa, praticamente satisfatória e que impede a calamidade dos conflitos negativos de competência. Ademais, a regra resulta em maior atenção ao princípio fundamental da ordem jurídica da igualdade de todos perante a lei.

39. Assim, à exceção dos atos meramente preparatórios e os posteriores à consumação, em relação aos atos praticados alhures, basta a incidência da Lei de Defesa da Concorrência que qualquer parcela da atividade do acusado ou que qualquer efeito integrante do resultado da infração tenha se verificado no País. Neste caso, pune-se aqui o delito todo, e não apenas a parcela concretizada no Brasil. Daí a conhecida expressão de Nelson Hungria ("Comentários ao Código Penal", pp. 164/165) no sentido de ser suficiente ao reconhecimento da jurisdição que "o crime haja *tocado* o território nacional."

O Professor Haroldo Valladão ("Direito Internacional Privado", vol. III, p. 231), aplaude a adoção do conceito da territorialidade mais ampla nas relações internacionais:

"Andou certo em prever (o Código Penal) a localização do crime, quando a ação se realiza num Estado e o resultado se verifica em outro."

Verifica-se, portanto, que os critérios de definição da competência internacional da jurisdição brasileira estão estabelecidos no art. 2.º, *caput*, da Lei de Defesa da Concorrência. Assim sendo, o *locus delictus* e não o lugar de domicílio ou residência do acusado e que a determinam.

Nestas circunstâncias, não tem o parágrafo único do mesmo art. 2.º qualquer efeito limitativo ao reputar situada no território nacional a empresa criada e personificada no exterior que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, estabelecimento, agente ou representante. O fato de uma empresa estrangeira não ter existência legal no País não a isenta da responsabilidade penal-econômica quando seus atos, perpetrados no exterior em ofensa à ordem econômica brasileira, aqui produzam ou possam produzir efeitos.

Em outras palavras, o preceito contido no referido parágrafo versa tão-somente sobre a capacidade processual, prevenindo à sociedade alienígena sobre as formas mediante as quais poderá vir a ser chamada a responder ao processo penal-econômico e apresentar-se perante as autoridades competentes. Presumem-se essas extensões econômicas da empresa estrangeira autorizadas a serem notificadas e a representarem-na no processo. Trata-se, portanto, de uma importância legal que integra as obrigações (*lato sensu*) assumidas pela pessoa jurídica estrangeira que aqui tenha interesses.

4. O direito da concorrência aplicado

4.1 Hermenêutica

"Sumário: Elemento Objetivo — Interpretação."

40. Outro efeito da taxinomia da Lei da Concorrência revela-se na questão da exegese da norma.

Como já salientado anteriormente:

"As normas contidas na Lei 4.137/62, conforme já firmado por remansosa jurisprudência do *CADE* e de nossas Cortes, são de natureza penal-econômica e, como tal, devem ser *interpretadas restritivamente*" (voto vencedor da Con-

selheira Neide Teresinha Malard no Processo Administrativo n.º 2/92, DOU de 22 de setembro de 1992, Seção I, p. 13.259).

Essa interpretação, estrita, seria de rigor ainda que a legislação de defesa da concorrência não pertencesse ao novel campo do Direito Penal-Econômico.

Com efeito, preleciona o emérito jurista Carlos Maximiliano ("Hermenêutica e Aplicação Do Direito", pp. 25/27) que, para o efeito de interpretação restrita:

"A rubrica — *Leis Penais (...) compreende todas as normas que impõem penalidade*, e não somente as que alvejam os delinqüentes e se enquadram em códigos criminais. Assim é que *se aplicam as mesmas regras de exegese* para os regulamentos policiais, as posturas municipais e as leis de finanças, quanto às disposições cominadoras de multas e outras medidas repressivas de descuidos, imprudências e abusos, bem como em relação às castigadoras dos retardatários no cumprimento das prescrições legais. Os preceitos mencionados regem, também, disposições de Direito Privado, de caráter punitivo (...) *Toda norma imperativa ou proibitiva e de ordem pública admite só a interpretação estrita.*" (grifamos)

E complementa:

"Sabiamente o Codex Juris Canonici, no c. 19, estabeleceu: 'Leges quae poenam statuunt, aut liberum jurium exercitium coarctant, aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi' — as leis que estatuem pena, ou coarctam o livre exercício de direitos, ou contêm exceção a preceito geral, estão sujeitas a exegese estrita".

Assim, alerta Manoel Pedro Pimentel ("Direito Penal Econômico", pp. 15 e 21):

"... o Direito Penal Econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, não é autônomo. Trata-se simplesmente, de um ramo do Direito Penal Comum e, como tal, *sujeito aos mesmos princípios fundamentais destes".*

"Nem mesmo a alegação de que este direito necessita de maior agilidade, na defesa dos bens e interesses objetivados, poderia justificar a quebra dos princípios gerais do Direito Penal, aqueles mesmos já mencionados como os da reserva legal e da responsabilidade subjetiva" (grifamos).

Adita, porém, José Frederico Marques ("Abuso do Poder Econômico", "Revista Forense", vol. 215, p. 49), a interpretação restritiva a que está sujeita a Lei Antitruste:

"... no direito penal econômico, é postulado tranqüilo de que as infrações ali previstas estão subordinadas, também, ao princípio do direito penal liberal, de que não há crime sem prévia definição legal, ou seja, o princípio da tipicidade; não há infração penal sem prévia descrição típica. De ressaltar, porém, que *nos domínios do direito penal econômico, o princípio da legalidade dos crimes e das penas apresente aspectos peculiares que ainda o tornam mais rigorosos e rígido em sua aplicação.* É que o direito penal econômico, como observa *Enrique Aftalión*, configura, como ilícitas, certas condutas ou atividades *prima facie* perfeitamente em harmonia com o direito (...)" (grifamos).

Mas a interpretação restritiva ainda mais se impõe à matéria, sob pena de ofensa às garantias individuais constitucionalmente acolhidas. A respeito manifestou-se Miguel Reale ("Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais", "Revista Forense", vol. 248, p. 14) ao tratar de Portaria do *Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE* segundo a qual "a função de reprimir o abuso do poder econômico cabe, primordialmente, ao Poder Executivo, dentro do atual sistema político-econômico-social", nos seguintes termos:

"Ninguém contesta que, no mundo atual, cabe ao Executivo a primazia no plano operacional das normas, mas é claro que essa superioridade de ordem prática não o livra de sua subordinação aos ditames legais, por mais altos e nobres que sejam seus propósitos, sob pena de periclitarem os direitos e as garantias individuais.

Na realidade, é preciso ponderar que nesta delicada matéria de 'abuso do poder econômico' *não há apenas os direitos individuais dos particulares e dos consumidores que devem ser preservados, mas também os dos supostos ou indigitados autores do abuso.* Até e enquanto não positivado este, deve subsistir o princípio de sua não-responsabilidade, não só para ser-lhe assegurado o *due process of law*, com também para que seja devidamente comprovada '*a tipicidade da infração legal*'" (grifamos).

4.2 Elemento subjetivo

"Sumário: Natureza dolosa das infrações contra a ordem econômica. Elemento subjetivo do injusto."

41. Não poderia, portanto, o Conselho, diante da natureza jurídica da Lei Antitruste, olvidar-se da vinculação dos julgados ao postulado da *responsabilidade subjetiva.*

Em outras palavras, não poderia uma eventual decisão administrativa do *CADE* verificar a existência de um fato objetivo, por ela considerado intimamente delituoso, e, assim, entender tipificada a infração. A tipicidade deve ser entendida com maior amplitude.

Para Miguel Reale ("O Direito como Experiência", p. 184):

"quando se afirma que não há crime sem tipicidade, o que no fundo se está a exigir é a rigorosa correspondência do comportamento examinado tanto ao 'tipo da conduta' como ao 'tipo de crime' previstos no modelo legal. A *'tipicidade fática'* é, sem dúvida, um dos elementos essenciais à estrutura do delito, mas *não é pensável sem correlação com a 'antijuridicidade' e a 'culpabilidade' que integram o modelo normativo*; a compreensão concreta da conduta delituosa resulta de sua subordinação à totalidade do modelo penal" (grifamos).

Salienta Manoel Pedro Pimentel ("Direito Penal Econômico", p. 68) que:

"Os delitos econômicos atualmente previstos são, na grande maioria, de caráter doloso."

"É possível que o legislador em algumas figuras, tivesse pretendido punir a forma culposa, especialmente a negligência. No entanto, à míngua de disposição expressa, não se pode reconhecer como válida tal intenção. Prevalece, na doutrina, o princípio da excepcionalidade do crime culposo, acolhido pelo Código Penal de 1969, no art. 17, parágrafo único."

41.1 Ora, tratando-se do caso específico da Lei Antitruste, indubitavelmente o dolo constitui elemento intrínseco do tipo.

Cuida-se, inclusive, de um tipo anormal, por conter um elemento subjetivo próprio, caracterizado pelo emprego, no art. 173, § 4.º, da Constituição Federal, da expressão "que vise" no contexto de "o abuso do poder econômico *que vise* à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

41.2 Portanto, é indispensável ao reconhecimento de abuso do poder econômico não só a tipicidade fática com também a existência comprovada do *dolo* e, mais particularmente, de *dolo específico*, por conter os tipos da legislação antitruste, em sua descrição, um elemento subjetivo do injusto.

Inadmissível, em verdade, é o entendimento contrário, eis que, ensina Benjamin M. Shieber ("Abuso do Poder Econômico", p. 35):

"A aceitação do ponto de vista de que o legislador afastou-se das finalidades

dos atos ao definir os abusos do poder econômico, privará a lei antitruste de sua base no art. 148 da Constituição (de 1946), aliás expressa no art. 1.º da própria lei."

41.3 Ademais, ao contrário da legislação antitruste norte-americana, preferiu o legislador brasileiro não acatar a excessivamente rígida política da ilicitude *per se*. Este, um entendimento absolutamente pacífico na doutrina e jurisprudência brasileiras.

Assim, pode-se afirmar horripilantemente inconstitucional a tentativa do art. 20 da atual Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 (como o era o art. 22, *in fine*, da Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991), que procura consagrar a responsabilidade objetiva em matéria repressiva, nos seguintes termos:

"Constituem infração da ordem econômica, *independentemente de culpa*, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados (...)" (grifamos).

42. De qualquer modo, consumada a infração sob a égide de legislação anterior que não contemple tal heresia, seria obviamente indiscutível que, com maior razão, a indispensabilidade da presença do elemento subjetivo seria patente. É notório que, em tema punitivo, prevalece o princípio da irretroatividade da Lei mais gravosa. Diferindo as regras positivas imperantes ao tempo do eventual delito e da época de seu julgamento, aplica-se a mais benéfica.

Harmônica com o tratamento dado pelo sistema jurídico nacional é a posição da legislação argentina, da nossa muito próxima e até inspiradora. Preleciona, a respeito Guillermo Cabanellas (op. cit., p. 162):

"No obstante, la naturaleza delas figuras y penas previstas en los artículos 41 y 42 da LDC permite orientar la búsqueda de una definición de tal concepto. Constituye un primer paso en tal sentido la aplicación del principio básico del Derecho Penal argentino de que no hay pena sin culpabilidad. El segundo principio sería el de que no hay delitos culposos a falta de figuras que específicamente los prevean. En consecuencia, los delitos previstos en el artículo 41 de la LDC *solo se configurarían a través de conductas dolosas.*" (grifamos) (o art. 41 da LDC arrola as infrações à ordem econômica argentina).

4.3 Responsabilidade solidária

"Sumário: Critério Restritivo da Aplicação do Princípio da Responsabilidade Empresarial Solidária."

43. A indispensabilidade do elemento subjetivo na configuração do tipo penal-econômico, agregada ao princípio da ubiqüidade das normas de defesa da concorrência, notadamente na medida da remissão genérica às empresas estrangeiras que, direta ou indiretamente, "operem" (*doing business*) no País (parágrafo único do art. 2.º da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994), deve-se conjugar ao art. 17 do mesmo diploma básico, que reconhece serem solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

Este preceptivo merece, entretanto, severos reparos e aplicação extremamente cautelosa, muita mitigada em relação a seu texto literal, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

44. O princípio da solidariedade do grupo ou consórcio empresarial constitui o fenômeno da despersonalização da pessoa jurídica. Inicialmente aplicado às relações laborais, quando mereceu largos encômios pela proteção conferida aos hipossuficientes, no campo do Direito da Concorrência sua adoção merece reservas, dada a natureza repressiva do Direito Penal-Econômico.

É-lhe hierarquicamente superior, indubitavelmente, o princípio constitucional da intransmissibilidade das penas (art. 5.º, inciso XLV, da Carta Magna), pela qual a pena é pessoal, individuada e intransferível.

Desse modo, o preceito é de interpretação restritíssima (*odiosa restringenda*), somente passível de aplicação às hipóteses (a) de sociedades integrais e (b) nos casos em que se admite a desconsideração da personalidade jurídica (*lifting the corporate veil*), quando se comprova verdadeira prorrogação da personalidade do condenado a outras empresas ou entidades de seu próprio grupo econômico. Ademais, há de haver uma hierarquização entre a empresa responsável pelo ato anticoncorrencial e aquela tida por solidariamente responsável, ou seja, deverá aquela exercer a administração e controle ou direção da empresa secundária ou liderada.

Dada sua origem, sua incidência somente pode ocorrer quando presente no ato anticoncorrencial a presença da fraude. Analisando a questão dos grupos econômico-financeiros, em matéria trabalhista, face ao princípio da livre concorrência e o fenômeno da concentração econômica, Délio Maranhão ("Sujeitos do Contrato de Trabalho", *apud* "Instituições de Direito do Trabalho", vol. 1, de Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão e Segadas Vianna, p. 281 e ss.) assim se expressou:

"A concentração do poder econômico, que o economista Paul A. Samuelson qualifica de 'tremenda', constitui uma das principais características do capitalismo moderno. Um dos principais teóricos, em que se baseia o sistema capitalista de produção, é o da 'livre concorrência'. Como escreve Samuelson, 'a competição tal como existe na realidade econômica não é perfeita. Talvez até se esteja tornando cada dia menos perfeita, devido ao caráter fundamental da produção em larga escala (...)."

O direito do trabalho, diante do fenômeno da concentração econômica, tomou posição, visando a 'oferecer ao empregado de um estabelecimento coligado a garantia dos seus direitos contra as *manobras fraudulentas* ou outros atos prejudiciais, aos quais se prestariam com relativa facilidade as interligações grupais entre administrações de empresas associadas, se prevalecesse o aspecto meramente jurídico formal'. *Esta a origem* da norma do § 2.º do art. 2.º da Consolidação (do Trabalho), que dispõe: 'sempre que uma ou mais empresas, tendo embora cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis *a empresa principal* e cada uma *das subordinadas*" (grifamos).

45. Eis os requisitos fundamentais, expostos pelo instituto: (a) fraude e (b) subordinação. No Direito do Trabalho admissível uma exegese mais ampla, favorável ao menos protegido. Inconcebível o mesmo raciocínio em matéria repressiva na relação Estado titular do *ius puniendi* e agente econômico.

Mesmo no campo laboral, a questão não é insusceptível de dúvidas. Relata Amauri Mascaro Nascimento ("Curso de Direito do Trabalho", 9.ª ed. pp. 337/338):

"Discutível é a concepção do grupo econômico como empregador único, afirmada por parte da doutrina mais ainda sem base legal."

Registra o autor haver pronunciamentos doutrinários segundo os quais a presença de acionistas em comum, em diferentes empresas, seria insuficiente para fixar solidariedade passiva (Evaristo de Moraes Filho, Russomano, Süssekind e Délio Maranhão), orientação que já foi seguida pelo Tribunal Superior do Traba-

lho (Ac. de 1.º-10-1951, Proc. 5.237/50, Rel. Min. Delfim Moreira Jr., RTST, 1955, p. 8).

Menciona decisões judiciais segundo as quais:

"o simples controle acionário de várias empresas por uma ou mais pessoas físicas, não configura o chamado grupo econômico, que pressupõe necessariamente a existência de uma empresa principal e de empresas subordinadas" (TRT, 3.ª Reg., Proc. 107/63, Rel. Juiz Cândido Gomes de Freitas, *in* Calheiros Bonfim, *Dicionário*, 1965, pp. 79-80).

Cita, ainda, outras decisões que sustentam que o grupo não se presume, havendo sua existência de ser provada por quem alega (STF, 1.ª T, RE 18.837, Rel. Min. Barros Barreto, *in* Calheiros Bonfim, *Dicionário*, p. 25; TST, Proc. 580/50, Rel. Min. Oliveira Lima, *in* Calheiros Bonfim, *Dicionário*, 1963).

Também sob o aspecto do Direito Societário, a figura da "desconsideração da pessoa jurídica" vincula-se ao conceito de fraude ou simulação. Darcy Arruda Miranda Júnior ("Dicionário Jurisprudencial da Sociedade por Ações", p. 322), após citar Tullio Ascarelli, em admirável sinopse, refere-se a decisão judicial (cf. RF 188/272-273) do MM Juiz do Tribunal de Alçada de São Paulo, Dr. Antonio Pereira Pinto, nos seguintes termos:

"Entende também a jurisprudência que os atos e obrigações de uma pessoa jurídica podem considerar-se como atos de uma pessoa particular e vice-versa, quando concorram as seguintes circunstâncias: a) que a sociedade esteja influenciada ou governada por essa pessoa, ou que haja entre elas tal identidade de interesses e propriedades, que a sociedade e a pessoa estejam confundidas; b) que os fatos sejam de tal natureza que admitir a ficção de suas personalidades distintas, nas circunstâncias do caso, equivalha a sancionar uma fraude ou promover uma injustiça".

Se tantas e tais cautelas são exigidas no Direito Trabalhista e Societário, com maior razão ainda, em matéria repressiva.

O art. 17 da Lei 8.884, de 1994, há de ser lido, portanto, conjugado ao art. 18 que lhe segue, a saber:

"Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

Inconstitucional, portanto, seria sua aplicação àquelas empresas que, embora pertencentes ao mesmo grupo econômico, tenham seu capital detido por terceiros a ele alheios, ainda que em diminuta parcela. Não poderia o *tertius* sofrer, indiretamente, as repercussões penais-econômicas que se pretende infligir ao real agente ofensor da ordem econômica.

De qualquer sorte, como visto, a solidariedade não se presume, exigindo a convocação da empresa ou entidade solidariamente responsável para que formalmente responda ao processo penal-econômico. Não sendo esta parte no feito, não poderia, é claro, ao final deste, responder por seus efeitos.

4.4 Putatividade delitiva

"Sumário: Criminalidade Impossível."

46. Ainda sob o aspecto do elemento subjetivo, interessante é a hipótese de o agente econômico vir a ser colocado, propositadamente, pela pretensa "vítima" da ofensa à ordem econômica na situação de praticar a infração esperada. Nestes casos, o delito torna-se irrealizá-

vel, dada a impossibilidade de constituir-se.

É o caso, por exemplo, do co-partícipe em *joint venture* com concorrente que, adota medidas sociais que, necessariamente, antecipa uma reação positiva do competidor que, não fora a conduta do primeiro e sua intenção anticoncorrencial, seria eventualmente considerada ofensiva à ordem econômica.

Damásio E. de Jesus ("Direito Penal", 13.ª ed., vol. 1/176), analisando o tema, consigna que nossos julgados têm salientado que:

"Ocorre crime putativo por obra do agente provocador quando alguém de forma insidiosa provoca o agente à prática de um crime, ao mesmo tempo em que toma providências para que o mesmo não se consume."

Por seu turno, Anibal Bruno ensina que a matéria do crime putativo por obra do agente provocador é geralmente cuidada no dispositivo do crime impossível. Embora a inidoneidade não exista no meio ou no objeto, o conjunto das circunstâncias, adrede preparadas, eliminariam a possibilidade de constituir-se o delito. O sujeito é posto em situação de praticar o crime esperado, irrealizável, entretanto, pela vigilância que se exercite sobre ele.

O Colendo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em lapidar Acórdão da lavra do Juiz Ercílio Sampaio (cf. JUTACRIM, 73/286) decidiu que o delito putativo:

"É o crime de ensaio, cuja impunibilidade tem de ser plenamente reconhecida. Somente na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito. Na realidade, seu autor é apenas o protagonista inconsciente de uma comédia. O elemento subjetivo do crime existe, é certo, em toda sua plenitude; mas, sob o aspecto objetivo, não há violação penal, senão uma insciente cooperação para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou uma simulação, embora ignorada do agente, da exterioridade de um crime. O desprevenido sujeito ativo opera dentro de uma pura ilusão, pois, *ab initio*, a vigilância da autoridade policial ou do suposto paciente torna impraticável a real consumação do crime."

Ainda que assim não fosse (apenas *ad argumentandum*), teriam as atitudes mencionadas na pergunta nítidas características de exercício regular de direito, o que configuraria uma causa de exclusão da antijuridicidade.

É pacífico que não é antijurídica a ação praticada no exercício regular de direito. Como afirma Heleno Cláudio Fragoso ("Lições de Direito Penal", p. 197):

"... é inconcebível que o ordenamento jurídico, por um lado, confira um direito, e, pelo outro, torne ilícita a ação que corresponde ao exercício de tal direito".

Evidentemente, a expressão "direito" não tem uma conotação exclusivamente penal, devendo ser entendida de forma a compreender todo o ordenamento jurídico.

4.5 Tipologia

"Sumário: Delitos-meio e Delitos-fim. Anormalidades dos Tipos."

47. Estabelecidos os critérios de análise dos elementos objetivo e subjetivo do tipo, passa-se ao exame deste.

Desde a Lei 4.137, de 1962, e até hoje, com a Lei 8.884, de 1994, é corriqueira a confusão que se faz entre os tipos antijurídicos e puníveis previstos nas leis de defesa da concorrência.

48. Na Lei de 1962, o legislador brasileiro optou por indicar aos agentes econômicos alguns "meios" ou "veículos" necessários à consumação do delito e aperfeiçoamento do elemento objetivo do tipo. Eram eles taxativos (*numerus clausus*) à época e especificados nas

diversas alíneas dos incisos I a V daquele diploma. Os tipos, ou "delitos-fim" contemplados na Lei, eram apenas e tão-somente: (a) dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência; (b) elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural; (c) provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva; (d) formar grupo econômico e (e) exercer concorrência desleal.

As demais figuras (chamadas "delitos-meio"), relacionadas nas alíneas do art. 2.º, tinham natureza meramente instrumental, não subsistindo isoladamente.

Os precedentes, tanto judiciais como administrativos, do *CADE*, e a doutrina eram unânimes nesse sentido. Vide, a título de exemplo, a sentença proferida pelo MM. Juiz da 9.ª Vara da Justiça Federal no Rio de Janeiro, Silvério Luiz Nery Cabral, no Proc. n.º 476/1979/82 (cf. ementa n.º 101, *in* Franceschini, op. cit., pp. 101-102):

"Por último, saliento que criar dificuldades ao funcionamento ou desenvolvimento de uma empresa constituiria abuso do poder econômico, na forma da jurisprudência do próprio *CADE*, firmada no processo administrativo instaurado (...) (Revista de Direito Econômico, n.º 7, fl. 125) *quando constitui meio para obter o estado de dominação de mercado, o estado de eliminação de concorrência* e para a elevação arbitrária dos lucros, hipóteses que nem se vislumbraram no caso" (grifamos).

48.1 A título ilustrativo, podem-se citar dois votos vencedores proferidos pelo ilustre Conselheiro Mauro Grinberg:

a) na Sindicância n.º 72, de 2 de julho de 1987 (cf. DOU de 6 de julho de 1987, Seção I, p. 10.481):

"A imputação às Representadas é da prática de abuso do poder econômico, consistente na nomeação pela Ford, da concessionária Mercovel em áreas dominadas até então pela Buchala.

A par da legalidade da instalação da nova concessionária na região, tal fato não constitui abuso do poder econômico; com efeito, *não se verificam, como resultado de tal ação, o estabelecimento de monopólio, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros*" (grifamos); e

(b) na Sindicância n.º 58, de 2 de julho de 1987 (cf. DOU de 6 de junho de 1987, Seção I, p. 10.481):

"Trata a presente sindicância de imputação à Representada de atitudes e ações que prejudicaram sensivelmente a Representante, criando enormes dificuldades a esta, na sua atividade de distribuidora dos produtos fabricados pela Representada.

Não se vislumbra em tais atitudes da Representada — considerada a hipótese de veracidade das alegações da Representante — qualquer forma de tipificação legal e/ou constitucional de abuso de poder econômico, já que inexiste aqui tentativa de dominar o mercado — trata-se aqui de mercado de uma única marca —, eliminar a concorrência — aqui o verificado é, a substituição de um distribuidor por outro — ou aumentar arbitrariamente os lucros."

49. Essa sistemática pouco foi alterada pelas leis subseqüentes (Leis 8.158/91 e 8.884/94), exceto pelo fato de que os "delitos-meio" arrolados nesses diplomas, passaram a ser meramente exemplificativos.

Assim, o art. 3.º da Lei 8.158/91 reconhecia como tipo único, que cognominou de "infração à ordem econômica":

"... qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de *dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros*, ainda que os fins visados não sejam alcançados, *tais como:* (...)" (grifamos).

Prestava-se, dessa forma, mais uma vez, homenagem e obséquio à trilogia constitucional: "domínio de mercado", "eliminação da concorrência" e "aumento arbitrário de lucros".

49.1 O mesmo ocorre em relação aos "delitos-fim" previstos no art. 20 da atual Lei 8.884, de 1994, no tocante aos "delitos-meio" consignados no art. 21 do mesmo diploma, que assim reza:

"As seguintes condutas, *além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos*, caracterizam infração da ordem econômica" (grifamos).

Conclui-se, portanto, que as únicas figuras típicas, antijurídicas e puníveis previstas na Lei em vigor são aquelas arroladas no supramencionado art. 20, a saber:

"I — limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II — dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III — aumentar arbitrariamente os lucros;

IV — exercer de forma abusiva posição dominante."

Mais uma vez, embora com maior sofisticação, consagra-se a trilogia constitucional ("domínio de mercado", "eliminação da concorrência" e "aumento arbitrário de lucros"), não passando a hipótese do inciso IV de mero corolário do "domínio de mercado". Apenas estas as modalidades de "infração à ordem econômica".

As infrações à ordem econômica são, portanto, dolosas, de resultado, dotadas de elemento subjetivo do injusto e que admitem (aliás, expressamente — art. 20, *caput*) tentativa:

"Constituem infração da ordem econômica (...) os atos sob qualquer forma manifestados, *que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados.*"

4.6 Criação de dificuldades: a vala comum

"Sumário: Exegese do Tipo."

50. A primeira tentativa do legislador antitruste brasileiro de conferir natureza meramente exemplificativa aos chamados delitos-meio foi concretizada com a inserção da alínea "g" do inciso I do art. 2.º da Lei 4.137, de 1962, qual seja a figura da "criação de dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa".

Esse modelo encontra símile nos arts. 3.º, inciso XVI, da Lei 8.158, de 1991, e 21, inciso V, da Lei 8.884, de 1994, e sob este prisma passa a ser examinado.

51. A figura da "criação de dificuldade" opera como norma residual, verdadeira vala comum, quando não se consegue definir com precisão a conduta pretensamente antijurídica. Por essa razão, é largamente utilizada na formulação de representações perante os órgãos de defesa da concorrência por quem, efetivamente, pretende servir-se da legislação especial para propósitos diversos daquele a que se destina aquela ou para a formulação de denúncias em má-fé.

Por essa mesma razão, sua aplicação há de ser extremamente cautelosa, máxime diante da exigência da exegese estrita de seus termos e do impedimento de interpretações analógicas do tipo de forma a não se impor ao acusado inocente um desnecessário ônus processual diante da inexistência de real motivo, como aliás, demanda o crisol do princípio da moralidade das ações.

Nesse sentido se manifestou o próprio *CADE* em lapidar decisão proferida no Processo Administrativo n.º 37, de 12 de outubro de 1989, sendo Conselheiro-Relator o saudoso Dr. George Marcondes Coelho de Souza (cf. DOU de 16 de outubro de 1989, Seção I, p. 18.556). Segundo o aresto, recomenda-se que o

preceito do art. 2.º, inciso I, alínea "g", da Lei 4.137, de 1962, deva ser lido com extrema cautela, uma vez que toda atividade empresarial, tendendo necessariamente à conquista do mercado, há de acarretar dificuldades para outras empresas, isto fazendo parte da concorrência desejável.

Assim, é de entender-se que a criação de dificuldades somente poderá ser reconhecida como fato típico punível se e quando resultante de prática negocial desprovida de boa-fé, isto é, anormal em relação à ordem natural das coisas.

Assim foi redigido o acórdão:

"No que toca à 'criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou desenvolvimento de empresa' (art. 2.º, inc. I, letra "g", da Lei n.º 4.137/62), sua ocorrência só poderia ser resultado da execução, isolada ou simultânea dos ajustes, porque nada consta dos autos a respeito de outro comportamento das Representadas. Note-se que *esse dispositivo legal é de difícil aplicação, devendo ser lido com cautela*, uma vez que toda atividade empresarial, tendendo necessariamente à conquista do mercado, há de acarretar dificuldades para outras empresas, seja para sua constituição, seja para seu funcionamento ou desenvolvimento. Isso faz parte de concorrência desejável. Assim, é de entender-se que a criação de dificuldades deve ser repelida se e quando resultante de prática negocial desprovida de boa-fé, ou, por outras palavras, anormal em relação à ordem natural das coisas. No caso dos autos, não foi imputado às Representadas nenhum procedimento que apresentasse tal colorido e a simples execução dos dois conhecidos ajustes não parece que pudesse ter o condão de gerar aquelas dificuldades (...)"

Mais ainda: é de esperar-se que a invocação do dispositivo seja feito por empresa que tenha sua constituição, seu funcionamento ou seu desenvolvimento dificultados pelo *proceder anormal, ou de má-fé, de empresa concorrente*. Isso flui do próprio enunciado legal" (grifamos).

52. Descabida, portanto, sua remissão, quando a controvérsia verse sobre transações normais no comércio ou sobre a execução de contratos ou acordos livremente pactuados. Nestas hipóteses, a eventual imputação de ato abusivo do poder econômico ou ofensiva à ordem econômica (e não a conduta do acusado) é que seria irradiada pelo espírito de emulação e má-fé.

Preleciona Benjamin Shieber (op. cit., p. 180) que o preceito urge a aplicação da chamada regra da razão, segundo a qual sua incidência:

"depende, em grande parte dos princípios e costumes que determinam o que é conduta comercial honesta. Assim, a concorrência por si só, por mais forte que fosse, não seria considerada como meio de praticar um abuso do poder econômico".

No caso específico do art. 2.º, inciso I, alínea "g", somente haveria abuso do poder econômico se a "criação de dificuldades" fosse o "meio" pelo qual o agente viesse alcançar um dos dois estados descritos no *caput* do art., ou seja, o de dominação dos mercados nacionais ou o de eliminação total ou parcial da concorrência.

5. Sumário: resumo das matérias

53. Examinados os princípios jurídicos aplicáveis ao tema, podem eles ser sumariados na forma abaixo:

a) o Direito da Concorrência é um ramo do Direito Penal-Econômico e, como tal, sujeito aos princípios gerais do Direito Penal comum;

b) a finalidade e propósito do Direito da Concorrência é a eficiência econô-

mica, em benefício do consumidor, tutelando um bem jurídico da coletividade;

c) o *CADE* é absolutamente incompetente, *ratione materiae*, para conhecer de questões privadas;

d) o *CADE* é um órgão judicante auxiliar do Poder Judiciário, sujeito ao controle judicial de seus atos;

e) a litispendência civil é possível, não a criminal, haja vista a competência exclusiva do *CADE* para a apuração dos delitos contra a ordem econômica;

f) a legislação de defesa da concorrência não retroage, exceto quando mais benéfica ao Representado;

g) a ação penal-econômica relativa a fatos pretéritos ocorridos antes da vigência da atual Lei Antitruste era prescritível, na forma do art. 114 do Código Penal;

h) as leis de defesa da concorrência, sendo de natureza repressiva, hão de ser interpretadas de forma estrita, sem dispensa do elemento subjetivo do injusto;

i) a determinação do mercado relevante, conceito consagrado no Direito da Concorrência, é um imperativo na análise de qualquer questão antitruste;

j) a competência internacional das autoridades antitruste é territorial, embora expandida, competindo ao *CADE* apurar todos os atos que, embora praticado alhures, aqui produzam ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais;

l) as leis de defesa da concorrência, por sua natureza repressiva, hão de ser interpretadas restritivamente;

m) as infrações à ordem econômica são delitos dolosos, de resultado e que contemplam um elemento subjetivo do injusto, cuja presença é indispensável à consumação;

n) a fraude é elemento imprescindível à responsabilidade empresarial solidária, sob pena de inconstitucionalidade;

o) quando o abuso do poder econômico é provocado pelo Representante, que antecipa necessariamente sua consumação, não há delito possível;

p) as únicas infrações à ordem econômica são aquelas tipificadas no art. 20 da Lei 8.884, de 1994, sendo as condutas exemplificativas do art. 21 meros instrumentos à consecução daqueles; e

q) a figura da "criação de dificuldades" é a vala comum do Direito da Concorrência e meio freqüentemente utilizado com fundamento para Representações de má-fé, merecendo aplicação restrita.

5 — DIREITO DE TRÂNSITO

UMA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 77 DO CÓDIGO NACIONAL DE TRÂNSITO

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

A 5.ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida em recurso de HC (Proc. 3.745/SP — Registro 95/0035432-2) reformou em parte acórdão da 2.ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal, que ordenara fosse expedido ofício para exames regulamentares no motorista condenado por acidente, nos termos do art. 77 do Código Nacional de Trânsito.

Sustentou o relator que a disposição final da Corte Criminal de São Paulo constituía *reformatio in pejus*. Adiantou que transitando em julgado a sentença para a acusação, com recurso apenas da defesa, "a pena não podia ser majorada".

Não tendo ficado bem explícito o entendimento do relator, ignoramos se, a contrário senso, ele admite que com o recurso da acusação fique mantida, ou seja, incluída a ordem de comunicação.

Seja como for, *data venia*, não estamos de acordo com a decisão, dado que jamais se entendeu que o preceito do art. 77 do CNT seja pena de qualquer natureza, especialmente pena acessória.

Wladimir Valler, na obra Responsabilidade Civil e Criminal em Acidentes Automobilísticos (Jelux Livros Ltda., 1.ª ed., 1981), antes da Lei 7.209, de 11.7.1984, modificadora da parte geral do Código Penal, escreveu que "Tratando-se de medida puramente administrativa, que diz respeito à habilitação para dirigir, a obrigação do condutor, condenado por acidente de trânsito, de submeter-se a novos exames para que possa voltar a dirigir, não pode ser considerada como pena acessória (interdição provisória de direito), nem como medida de segurança. A aplicação do art. 77 do CNT decorre da simples condenação criminal". Prosseguindo, esclarece o autor: "Como não se cuida de pena acessória e, sim, de uma providência administrativa, a título de poder de polícia, não é indispensável que o juiz criminal sobre ela se manifeste por ocasião da sentença condenatória. A rigor, seria aconselhável que os juízes determinassem, na sentença, a comunicação da condenação ao Poder Público, para que fossem tomadas as providências de direito, tendo em conta as dificuldades, de todos sabidas, de entrosamento entre os órgãos da administração, notadamente com relação aos diversos poderes".

Mais adiante, como se escrevesse para o caso em exame, o ilustre jurista esclarece: "Nada impede, porém, que o julgador de Segunda Instância, diante da omissão da sentença condenatória, por ocasião do recurso, ainda que este tenha sido interposto somente pelo réu, determine a comunicação, sem que tal providência, que é meramente administrativa, possa implicar em julgamento *in pejus*, como já se pretendeu, embora sem razão, afirmar" (obra cit., p. 474/475).

A propósito do conceito de Direito Administrativo Brasileiro, o respeitado Hely Lopes Meirelles, afirma que ele se

sintetisa "no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado". Esclarecendo, o autor informa que os três primeiros termos — concreta, direta e imediatamente — afastam a ingerência desse ramo do Direito na atividade estatal abstrata, que é a legislativa, na atividade indireta que é a judicial, e na atividade mediata que é a ação social do Estado. Finalmente, o saudoso mestre ensina que "Do funcionamento estatal só se afasta o Direito Administrativo quando em presença das atividades especificamente legislativas (feitura da lei) ou caracteristicamente judiciária (decisões judiciais típicas)" (Direito Administrativo Brasileiro, 7.ª ed., 1979, p. 6/7).

Paulo Lúcio Nogueira, no seu livro Delitos do Automóvel (Ed. Saraiva, 8.ª ed., 1988) adota nosso entendimento de que a matéria é exclusivamente administrativa, como assentado nos seguintes julgados: "Os preceitos dos arts. 77 do CNT e 159 do seu Regulamento não constituem penas acessórias, nem restringem direito. A sua aplicação decorre da simples condenação criminal como medida de atribuição da autoridade administrativa, a quem incumbe, especificamente, a autorização legal para conduzir veículos motorizados" (RT 587/336). "É legal a exigência de novo exame de habilitação para que o motorista condenado possa voltar a dirigir. A norma do art. 77 do CNT deve ser observada para reduzir o volume de acidentes de circulação nas vias urbanas e estradas. Sentença confirmada." (RT 584/420). No mesmo sentido: RT 573/399, 547/334 e 534/377.

A determinação de novos exames para o condutor condenado (arts. 77 do CNT e 159 do RCNT) ou para aquele envolvido em acidente grave (§ 1.º) decorre da competência estabelecida pelo legislador para o Conselho Nacional de Trânsito elaborar normas padrão e zelar pela sua execução (arts. 5.º, V, do CNT e 9.º, V, do RCNT), bem como estabelecer programas e requisitos, uniformes em todo país, para os exames necessários à obtenção da carteira nacional de habilitação (art. 9.º, XXXI, do RCNT).

Segundo o art. 65 do CNT "As categorias e classes de condutores de veículos, bem como as normas relativas à aprendizagem e à autorização para dirigir, serão determinadas pelo Conselho Nacional de Trânsito. Como "Nenhum veículo poderá transitar nas vias terrestres sem que seu condutor esteja devidamente habilitado ou autorizado na forma desta lei" (art. 64 do CNT e 141 do RCNT), e como "a habilitação para conduzir veículo automotor apurar-se-á através da aprovação nos exames prescritos pelo CONTRAN e segundo a programação curricular estabelecida (art. 142 do RCNT), segue-se que a competência é exclusiva do CONTRAN, que conferirá ao candidato aprovado em exame a CNH para dirigir veículos em todo o território nacional, enquanto satisfizer as exigências legais (art. 66 do CNT).

De acordo com o art. 79 do CNT "O condutor que inobservar os prazos de exames prescritos pelo Conselho Nacional de Trânsito terá a sua Carteira de Habilitação apreendida *ex officio*, pela autoridade de trânsito, até que satisfaça as exigências legais" (v. art. 160 do RCNT).

É inquestionável, portanto, que o CONTRAN tem autoridade administrativa absoluta para conceder o documento de habilitação de condutores de veículos automotores e pode, como conseqüência, estabelecer as regras para a expedição ou recolhimento da CNH.

Fundado nessa prerrogativa legal, o Conselho expediu a Resolução n. 734/89,

reformulando a anterior Resolução n. 670/87, e estabelecendo as normas para a habilitação de condutores. O art. 78, com a redação dada pela Resolução n. 798/95, estabelece que "O condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito para o qual tenha dado causa, independente da punição que lhe for aplicável ou que lhe foi aplicada, deverá ser submetido ao exame de sanidade física e mental, ao exame psicotécnico (psicológico), a uma reciclagem sobre legislação de trânsito, educação para o trânsito e prevenção de acidentes de trânsito com carga horária mínima de 8 horas, e a uma prova de direção de veículos".

Ficou demonstrada a competência do CONTRAN, bem como a competência das autoridades de trânsito, quando no parágrafo único do art. 78 o órgão máximo estabeleceu: "Em qualquer tempo, por motivo justificado envolvendo a segurança do trânsito, o Diretor do Departamento de Trânsito poderá determinar que o condutor seja submetido aos exames e provas desta Resolução".

Quando o então Ministro da Justiça Paulo Brossard de Souza Pinto, em 1988, dirigiu mensagem ao Presidente da República para estabelecer o Programa Nacional de Segurança no Trânsito (PRONAST), teve oportunidade de escrever "O comportamento de motoristas e pedestres tem demonstrado despreparo e inadequação de posturas frente ao trânsito tanto nas cidades como nas estradas. A habilitação é feita a partir de instrutores despreparados e os cursos e exames são insuficientes. Aos candidatos a motoristas ou motociclistas não são oferecidos conhecimentos adequados das modernas técnicas de direção defensiva". Prosseguindo, afirmou: "A inadequação tanto da legislação como da justiça às reais demandas do Sistema de Trânsito, exponencialmente crescentes em função do uso maciço e privilegiado do automóvel como meio de transporte têm, juntamente com a falta de sentimento de cidadania, estimulado o desrespeito à lei com conseqüente crescimento da violência no trânsito".

Único meio de coibir as deficiências apontadas, e conhecidas bem antes daquele documento, será a vigilância da capacidade técnica, física e mental dos condutores, quando condenados pela justiça, mediante o retorno aos exames estabelecidos pelo órgão superior de trânsito. O envolvimento em acidente de trânsito, quando não seja por uma típica modalidade de culpa, pode indicar alteração psicofísica do condutor.

A lição de Laves-Bitzel e Berger deve ser sempre lembrada: "Entre las causas de un comportamiento erroneo que pueden dar lugar a accidentes de tráfico, se ha concedido poca importancia a las alteraciones de la salud, defectos corporales, estados postlesionales y edad, frente a la concedida a la influencia del alcohol etílico. Faltan casi completamente estadisticas sobre estos puntos de vista. Actualmente, y de modo progresivo, se produce un cambio de opinion, que se hace necesario por el hecho indudable de que una gran parte de los poseedores de permiso de conductor pertenecem al grupo de las personas de edades media y elevada y, por consiguiente, en el curso de su vida han padecido las mas diversas alteraciones de la salud, enfermedades, lesiones y, especialmente, desgaste. El carnet de conductor tiene validez para toda la vida y solamente condiciones especialisimas, por ejemplo, nuevas enfermedades o lesiones, puedem traer por consecuencia la retirada del carnet" (Los Accidentes de la Circulacion, Madrid, 1959 p. 298).

De igual forma, atente-se para a advertência de Gustavo Raul Meilij: "Una licencia para conducir mal ortogada pone en manos de su receptor la posibilidad del manejo de una cantidad

de energia cinética cuya peligrosidad no conoce. Seria conveniente, entonces, que ante un accidente de transito com victimas se tomara a sus protagonistas un severo examen de conduccion (apesar de tener su carnet), y si sus condiciones no son las exigidas para su ortogamiento sancionar incluso al responsable de su libramiento" (Efectos Juridicos de los Accidentes de Transito, Buenos Aires, 1978).

Francesco Introna, da Universidade de Pádua, cuidando da periculosidade dos acidentes de estrada causados por doenças, assim se expressa: "L'ottimismo sul proprio stato di salute é uno degli erroripiù frequenti nei quali incorre l'uomo che, fiducioso nei propri messi e specialmente quando è alla guida di un veicolo, chiede spesso al proprio organismo più di quanto questo non possa dare. Le indagini di medicina Preventiva sono molto significative nel dimostrare la frequenza di fatti patologici ignorati da chi ne è portatore" (Il malore alla guida — Atti del Convegno delle Comissioni Giuridiche degli Automobile Clubs delle Tre Venezie, 1966, p. 16).

Outro autor italiano, Gualtero Luciano Viola, escreveu: "Il progresso degli studi ha potuto accertare che la "tendenza all'incidente" è variabile definibile psicologicamente. Gli esami su migliaia di automobilisti ha permesso di costatare che al 4% di essi potevano essere attribuiti il 36% degli incidenti e che la probabilità che un automibilista già coinvolto in um incidente lo sia anche in altro è doppia rispetto al guidatore che non ha mal avuto tre incidenti; è tripla per chi ha avuto tre incidenti, sestupla per chi ne ha avuto quattro e ne è stato convalidato il concetto della "predispossizione all'infortunio" dei soggetti che guidano in modo euforico o agressivo (La componente psicologica nella responsabilità in ralazione alla circolazione stradale — Atti del Convegno (...), cit., p. 95).

Roger Piret, que publicou preciosa obra intitulada "Psicologia do Automobilista e Segurança da Via", num dos capítulos sobre Pedagogia da Segurança, relata a experiência norte-americana, a partir de 1937, nas chamadas "clínicas para condutores" (driver clinics), as quais se ocupam da reeducação dos condutores perigosos, denominados "chronic violators" e "accident-prone drivers". Nessas entidades são submetidos a exame de comprovação os causadores de acidentes, com a finalidade de encontrar as medidas oportunas. Em alguns Estados, como Connecticut, Massachussetts e Califórnia, procede-se sistematicamente ao exame de profissionais e amadores considerados perigosos, sendo eles abrangidos não só pelos envolvidos em acidentes graves como aqueles cujas "notas más" chegam a certo limite. Isto em virtude da relação entre o número de infrações graves e a predisposição para os acidentes. Outra iniciativa americana é a dos cursos para infratores da circulação (schools for traffic violators), organizados pela Policia de algumas cidades, que se propõem a ministrar aulas a condutores. As autoridades têm direito de enviar para o curso toda pessoa que tenha cometido um certo número de infrações por motivos graves. Com tais providências ficou demonstrado que a existência da carteira de habilitação não dispensa as iniciativas complementares, afirmou o professor Roger Piret.

José Nava, no livro "Psicologia Prática, Visão e Audição" (Ed. Itatiaia, 1958), ensina que "O trabalho de conduzir veículos automotores depende de um conjunto de aptidões integradas com a participação dos órgãos do sentido. Só os olhos concorrem com 95% das percepções que desencadeiam as reações dos motoristas. Este, em qualquer decisão a tomar, deve responder a excitações visuais e auditivas com reações motoras rápidas e imediatas. Mais adiante escre-

ve o ilustre profissional "O conhecimento de qualquer limitação é de suma importância, porque ajuda a compreender o déficit acarretado e desperta o desejo de o corrigir ou compensar, — parte primordial na educação de qualquer chofer. Tanto mais quanto sabemos que, no mundo atual, milhões de pessoas conduzem veículos ou tencionam conduzi-los: qualquer indivíduo da atualidade é um motorista em potencial. Igualmente, não ignoramos que a maioria dos olhos são anormais, ao contrário do que se supõe. Numerosas estatísticas provam que aos 20 anos de idade há 23% de olhos com defeitos de acuidade visual. Esta percentagem se eleva para 39% aos 30 anos; sobe até 48% aos 40, para 71% aos 50, para 82% aos 60 e atinge 95% na idade de 70 anos (Aloy Flo). Quase em equilíbrio com a média destas cifras, encontraram-se apenas 17,1% de vistas normais em 2.500 empregados do correio de New York, de uma feita examinados".

A propósito da visão noturna em resistência ao ofuscamento (muito comuns em acidentes de trânsito) José Nava informa com apoio em Ferree, Bixhop, Hermam e outros autores, citados por Eysenck, que a visão noturna e a resistência ao ofuscamento diminui na medida em que a idade aumenta. "É da maior importância lembrar que o chofer com visão normal, de 20/20 ou igual a 1, identificará os obstáculos a 500 metros de distância. Com vista de 20/30 identificará os mesmos obstáculos a 297 metros. Com 20/40 só a 250 metros e com 20/60 não antes de 165 metros.

Sobre acuidade auditiva Nava a define como "A sensibilidade dos receptores de estímulos sonoros, característica do poder de distinguir duas sensações auditivas no espaço, identificando-se quanto à altura e à intensidade. Implica perceber, identificar, diferenciar, discriminar e localizar os sons e os ruídos.

Qual a razão de estarmos derivando um tema jurídico para assunto de medicina e psicologia? Justamente para chegarmos à conclusão de que não basta condenar o envolvido em acidente de trânsito, segundo o princípio da culpa, pois a causa maior do acidente pode estar na deficiência física ou mental, iniciada ou agravada após a expedição da CNH. Outrossim, pelo que já demonstramos, embora se afirme que com a CNH o condutor está devidamente habilitado é certo que nem sempre ele está preparado para conduzir veículos cada vez mais potentes e cada vez mais sofisticados.

Abordando os temas tratados no Seminário Inter-regional sobre a epidemiologia, o controle e a prevenção dos acidentes de tráfico, realizado em Alexandria, Egito, em 1965, sob auspícios da Organização Mundial de Saúde, escreveu o arquiteto Stelio de Moraes: "O automóvel trouxe imensos benefícios para o homem mas, ao mesmo tempo, criou para este inúmeros problemas, ameaçando e chegando mesmo a tirar-lhe a vida. Enquanto, por um lado, a Medicina e a Higiene obtêm resultados maravilhosos, tornam a vida do homem cada vez mais dilatada mediante a erradicação de males tão velhos no mundo como o próprio homem, o automóvel se constitui hoje no grande fato de mortalidade, que põe repentinamente por terra todo um trabalho conquistado pelos cientistas na sua luta sem trégua contra as moléstias de toda espécie. Em certas faixas de idade e em certos países (os mais adiantados se encontram na vanguarda dos males decorrentes do uso intensivo do automóvel e a mocidade é quem mais alto preço paga), há anualmente mais mortes em decorrência dos acidentes de tráfico do que por todas as outras causas reunidas.

O 5.º tema do Seminário tratou da psicologia e comportamento dos motoristas causadores de acidentes de tráfico,

e o trabalho apresentado pelo Dr. E. C. Poulton, da Inglaterra, concluiu o seguinte nos itens 3 a 8: "3. Deveriam ser aplicados a qualquer motorista, antes da sua carteira se expedida testes estandardizados de estrada e testes de conhecimentos, incluindo os conhecimentos de estrada necessários dentro das cidades. 4. Os motociclistas devem ser cuidadosamente mantidos fora das estradas de rodagem, enquanto não tiverem o completo domínio sobre suas máquinas. 5. Mais ênfase deve ser dada no treinamento dos motoristas por instrutores capazes, bem a par do que constitui a rotina de dirigir e os testes de estrada. O treinamento poderia ter início do último ano do curso ginasial. 6. Desde que se supõe que muito se conhece acerca do modo de ensinar aos candidatos, tais conhecimentos deveriam ser colecionados e postos ao alcance das escolas de motoristas, de modo a se poder avaliar e decidir qual o melhor método. 7. Medidas administrativas devem ser postas em vigor para que os motoristas considerados de comportamento agressivo ou desatentos sejam levados a assistir a cursos adequados, antes de voltarem a dirigir, em lugar de serem punidos por qualquer outra forma. 8. Que motoristas sem experiência que apenas passaram pelos testes de exame devem dirigir por certo período acompanhados de um motorista experimentado, antes de dirigirem sozinhos". (Resumo apresentado ao II Simpósio sobre Pesquisas Rodoviárias, no Rio de Janeiro, em 1966).

Retornando ao ponto principal da nossa exposição e escudado na farta e mansa jurisprudência de 1.ª Instância e dos Tribunais, podemos assegurar que o disposto imperativamente *deverá*, no art. 77 do CNT, não é pena como salientou o acórdão em debate, mas simples medida de ordem administrativa e de absoluta competência das autoridades administrativas de trânsito encarregadas da habilitação de condutores. Tanto isto é certo que o legislador concedeu ainda no parágrafo 1.º a faculdade para a autoridade de trânsito submeter, a seu juízo, o condutor envolvido em acidente grave aos exames exigidos, independentemente de condenação.

Qual a pena a que se refere o nobre relator nas suas conclusões? As dos arts. 121, § 3.º e 129, § 6.º do CP, por certo não seriam, pois foi mantida a sentença condenatória nesse particular.

Se pena principal nunca foi, pena acessória também não seria, já que por força da lei 7.209, de 11.7.84, o sistema da parte geral do Código foi modificado, como se depreende desde logo pela Exposição de Motivos subscrita pelo Ministro Ibraim Abi-Ackel.

Medida de segurança não seria também, já que não é pena mas meio complementar desta, no afã de corrigir e reabilitar, moral e socialmente o condenado.

Será possível afirmar que a aplicação do art. 77 pode redundar na proibição para dirigir veículos? Se os exames preconizados forem positivos excluirão a habilitação, mas evidentemente como matéria administrativa, como já demonstramos.

O efeito da condenação, previsto no art. 92, III, do CP, por certo nada tem a ver com o crime culposo, pois a lei se refere a uso do veículo para a prática de crime doloso. Assim está escrito na exposição de motivos de 1984: "A inabilitação para dirigir veículo, como efeito da condenação, declara-se quando o veículo tenha sido utilizado para a prática de crime doloso, distinguindo-se, pois, a interdição temporária para dirigir (art. 47, III), que se aplica aos autores de crimes culposos de trânsito. Estes usam o veículo como meio para fim lícito, qual seja, transportar-se de um ponto para outro, sobrevindo então o crime que não era o fim do agente. Enquanto aqueles outros, cuja a conde-

nação tem como efeito a inabilitação para dirigir veículo, usam-no deliberadamente como meio para fim ilícito".

Os efeitos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença (art. 92, III, parágrafo único do CP).

Ao usarmos para confronto o excelente Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial (RT, 5.ª ed., 1995, p. 1.492/1.494) verificamos pela amostragem que a jurisprudência é mansa e pacífica.

De toda conveniência a lembrança de que o Estado tem responsabilidade civil quando o condutor mal habilitado obtiver a carta nacional e, com este documento, causar acidente. Aplicam-se, aqui, os mesmos argumentos adotados por Alicia Franco de Mora e Nelson R. Mora para o caso da Colômbia, de onde são nacionais. Confirmam estes autores que as vítimas de acidentes causados por condutores imperitos, ou que dão lugar ao acidente por ignorância ou desconhecimento dos sinais de trânsito ou dos princípios que regem a condução de automotores têm ação contra o Estado para que lhes indenize os prejuízos, já que o Estado, por intermédio do órgão especial, expede título de aptidão e idoneidade (licença para conduzir) a quem não reúne os requisitos, faculdades e condições mínimas para conduzir. Há, também, responsabilidade — advertem os autores — quando o Estado expede licença à pessoa que não reúne as condições básicas, por motivo de natureza física ou mental, vale dizer, carece das condições físicas e psíquicas adequadas, como quando tenha enucleado um globo ocular, padeça de cegueira noturna, não tenha visão binocular perfeita, sofra daltonismo, tenha o sistema nervoso descompensado ou seu equilíbrio e coordenação para o movimento sejam anormais. É lógico que a Administração, ao expedir licença, é responsável pelos danos e prejuízos que o condutor, inepto física e/ou mentalmente, cause aos particulares ou a terceiros em caso de acidentes (El accidente automoviliario, Bogotá, 1975, p. 324).

Cuidando do mesmo assunto, assim se manifestou Wilson Melo da Silva: "Se se logra provar, inequívoca e irretorquivelmente, que a obtenção da carteira do infeliz motorista foi obtida à custa de fraude, de "compra", de prestígio pessoal, determinações superiores etc., tudo isso com que, em última análise, se rotularia o imoral, o protecionismo, a desonestidade ou coisa assemelhada, a responsabilidade seria exclusivamente da Administração Pública, do Estado, através de prepostos e o próprio autor do desastre" (Da responsabilidade civil automobilística, 3.ª ed., p. 240).

O eminente juiz José Renato Nalini teve a gentileza de nos ceder uma pesquisa da Seção Técnica do Tribunal de Alçada Criminal, classificando acórdãos unânimes (não publicados em revistas), com a seguinte relação: 1.ª Câmara — Ap. 733023/93; 2.ª Câmara — HC 272966/95; Ap. 768887/94; 3.ª Câmara MS 277688/95; MS 277088/95; 4.ª Câmara — Ap. 807843/93; Ap. 685789/93; Ap. 338829/94; Ap. 202985/80; 5.ª Câmara — Ap. 858889/95; Ap. 900943/95; 7.ª Câmara — Ap. 735529/93; 8.ª Câmara — Ap. 962417/95; Ap. 468523/87; 11.ª Câmara — Ap. 920937/95; Ap. 761495/94; Ap. 757289/94; 12.ª Câmara — Ap. 725723/94; 13.ª Câmara — Ap. 972089/95; 16.ª Câmara — Ap. 912345/95.

Acórdãos com maioria de votos: 1.ª Câmara — Ap. 734073/92; 4.ª Câmara — Ap. 331037/94; 5.ª Câmara — Ap. 438083/86; 8.ª Câmara — Ap. 919689/95.

Acórdãos unânimes, publicados em revistas: 1.ª Câmara — JUTACRIM 57/229; Lex 74/304; 2.ª Câmara — JUTACRIM 83/169; 83/284; 4.ª Câmara — JUTACRIM 66/207; RT 587/336; 6.ª

Câmara — JUTACRIM 55/269; 7.ª Câmara — JUTACRIM 84/304; 8.ª Câmara — Lex 82/273.

Deixaremos de analisar o previsto nos §§ 1.º e 2.º do art. 77, porque o caso aqui exposto cuidou apenas do "caput"; mas lembramos que nos parágrafos o legislador deixou bem clara a competência das autoridades de trânsito para a exigência dos exames, a seu juízo, quando ocorrer acidente grave. Tratamos da matéria nos artigos da Revista dos Tribunais 421/25, 531/281 e 544/27.

Concluindo, repetimos alguns conceitos, expostos em trabalhos anteriores e ainda atuais:

1. Os preceitos contidos nos arts. 77 do CNT e 159 do RCNT não representam pena acessória ou medida de segurança, nem qualquer restrição de direito.

2. A aplicação de tais preceitos decorre da simples condenação criminal, como medida de atribuição da autoridade administrativa, a quem incumbe especificamente expedir a permissão para a condução de veículos.

3. A determinação final das sentenças, para as comunicações de praxe, envolve a ciência da condenação à autoridade competente, e que, no caso concreto, será a expedidora da licença.

4. O silêncio ou a omissão da sentença, ou do acórdão proferido em grau de recurso, jamais impedirão a providência da autoridade competente, pois o exame será medida de rotina administrativa.

5. Não indica condenação *in pejus*, mas simples colaboração com as autoridades administrativas, a referência a obrigatoriedade do exame revisional, mediante comunicação.

6. A obstinação em não se submeter à revisão implica na inabilitação para dirigir, e comporta a figura contravencional do art. 32, do Decreto-Lei 3.688/41.

7. O preceito da lei brasileira visa precipuamente à segurança coletiva, estando contido nos estritos termos do poder de polícia.

8. O fato de estar vencido o prazo de exame físico e mental não dá ao condenado por acidente o direito de se insurgir contra a exigência, rigorosamente legal, de revisão dos exames.

Finalmente, podemos afirmar que o cancelamento determinado no acórdão examinado não impede que a autoridade de trânsito, a seu juízo, determine os exames de revisão, considerados os §§ 1.º e 2.º do art. 77 do CNT.

5 — DIREITO DE TRÂNSITO

A EDUCAÇÃO DE TRÂNSITO

WALDYR DE ABREU

É tão importante quanto difícil, a começar pela definição. Em nossa terra, está sempre a começar e, realmente, nunca continuando. Em geral não passa de arremedos educativos improvisados e de curta duração. Pouca importância tem merecido ser antiga obrigação legal, imposta ao Ministério da Educação, em todo país, nas escolas de ensino primário e médio, por disposição do art. 125 do Código Nacional de Trânsito. Que poderia esperar-se da educação de trânsito, quando a educação, de modo geral, atravessa profunda e interminável crise. E os horizontes permanecem sombrios. Em tais circunstâncias, quem de fato seja capaz e sincero, paralelamente aos programas gerais de educação de trânsito, sempre demorados, simultaneamente cogitará logo de outras medidas de frutos imediatos, aliás muitas delas também educativas.

As facetas da educação de trânsito são amplas e variadas — "As palavras são simples; mas sua significação é complexa, porque há muitas educações de condutores e nós as vemos e tocamos de diversos pontos de vista", são afirmativas de W.D. Cushman, diretor executivo da conceituada Associação Americana de Educação e Segurança de Trânsito de Motoristas, sediada em Virgínia. Chega a afirmar que ninguém sabe exatamente o que é educação de trânsito. Lembra a propósito a anedota dos cegos que, pela primeira vez, parcialmente apalpam um elefante. Por certo a interpretação de cada um dependerá dos pontos tocados e dificilmente coincidirão.[1]

A bem da verdade, registre-se, com simpatia e justiça, que o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem tem sido o órgão estatal mais preocupado com a educação de trânsito, embora muito aquém do desejável. Fez editar, inclusive através do Instituto de Pesquisas Rodoviárias, com destaque a administração do incansável engenheiro Homero Rangel, algumas dezenas de trabalhos especializados, inclusive de nossa autoria. Empreendeu não raros cursos de engenharia de tráfego e de formação de patrulheiros rodoviários; assim também concursos de monografias, simpósios e concedeu bolsas de estudos. Em convênio com o Ministério da Justiça, promoveu em Brasília, dois cursos de alto nível para técnicos rodoviários e oficiais superiores das Polícias Militares e depois quatro outros cursos regionais, com alcance a todo o território nacional, para formação de instrutores. Houve também, no Rio de Janeiro, uma pesquisa de campo multidisciplinar, 24 horas por dia durante três meses, em certo trecho da rodovia Presidente Dutra, nos moldes de Primeiro Mundo, com excelentes observações. Foi financiada pelo DNER e realizada pela empresa Trafecon, denominada

(1) Willian D. Cushman, *Driver Education, in* Traffic Safety, Illinois, 1986, Maio-Junho, p. 6/7 e 25/26.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Operação Alfa. Nestas atividades tivemos freqüente participação, embora discreta. Maiores esclarecimentos nos dados levantados podem ser colhidos, por certo, na sede daquele departamento.

Todas as iniciativas referidas ocorreram na década de 70. Embora promissoras não chegaram a empolgar a contento, nem o público em geral, nem mesmo os setores profissionais pertinentes, o que é ainda mais incompreensível. Mas o pior é que os programas empreendidos não tiveram continuidade. À semelhança ocorreu, pouco depois, com os Cursos de Direção Defensiva, a partir do pioneiro em nossa terra, promovido pelo pertinaz professor Sebastião Augusto, da Consultoria de Prevenção de Acidentes do Rio de Janeiro e em seguida realizados em muito maior escala pelo SENAI. Surpreendentemente, foram recebidos com indiferença pelas companhias de seguro, auto-escolas e as próprias associações automobilísticas, em geral mais interessadas em atividades secundárias comerciais. Muito diverso do que se passa em muitos países, a exemplo dos EUA, Inglaterra e Itália, onde essas prestigiosas sociedades civis, Automóveis Clubes e Tourings até recebem incumbências oficiais e se destacam pelo alto nível de seus centros de estudos, com freqüentes e oportunas publicações especializadas. Entre nós, iniciativa merecedora de menção tem sido a ***Shell responde***, uma coleção que se aproxima de 30 fascículos, com bons ensinamentos de prevenção de acidentes, divulgados em grandes tiragens. É pena que as publicações estão se tornando mais espaçadas. Em 1988, no Rio de Janeiro, ainda a Shell do Brasil e "O Globo" foram os principais promotores do I Fórum Internacional Sobre Segurança de Trânsito, que agitou questões relevantes, mas sem maiores conseqüências. Ultimamente a Volvo do Brasil vem realizando pequenos congressos, concursos de trabalhos especializados com prêmios e publica uma revista — ***Eu Rodo.*** Mas procede de forma pouco democrática, na aceitação de críticas, mesmo para aprimorar o nível técnico de seus trabalhos, e até reluta em conceder simples apartes, sempre previamente censurados, nas reuniões promovidas. É prática condenável, embora não rara, que inibe os melhores resultados destes encontros, como troca de idéias e conhecimentos, e só servem às promoções pessoais ou de empresas. Mais discretas e positivas têm sido as iniciativas de algumas empresas, em geral multinacionais, no sentido de aprimorar o nível de habilidade no trânsito, não só de seus motoristas, como dos demais funcionários e até dos familiares.

Ainda de resultados pouco expressivos têm sido as Campanhas Executivas de Trânsito, tornadas obrigatórias pelo art. 124 do Código Nacional de Trânsito, há cerca de três décadas. Em geral, o grande público, no máximo é alcançado por pretensas frases de efeito, ou publicidade de cenas trágicas e sangrentas, em acidentes. Apenas provocam processos psicológicos de recusa e esquecimento, além de horror, quando não sejam logo ensinados os procedimentos preventivos certos. Ao tempo da crise do petróleo, o Ministério da Justiça e o DNER empreenderam uma milionária campanha em todo o país. Ficou a cargo de poderosa empresa privada de publicidade. Entretanto, sem arrimar-se em técnicos especializados no tema, suas mensagens incorreram em parecidos senões, imperdoáveis e até perigosos, ao ensinar práticas erradas. Mesmo sofrendo nossa modesta mas enérgica crítica em discussões e entrevistas na imprensa, pouco chegou a ser corrigido. E apenas veiculávamos a lição de mestres, principalmente as conclusões de então recente e autorizado trabalho de um grupo internacional, da prestigiosa O.C.D.E.,

sediada em Paris.[2] A campanha foi insistente e ruidosa, pelas formas de comunicação mais sofisticadas, mas de parcos resultados, ignorando a observação de que a energia do fogo depende da chama e não da fumaça.

Não esqueçamos também que as campanhas são meios de comunicação de massa, de efeitos difíceis de medir, pela diversidade das variáveis intercorrentes. Seus possíveis resultados têm efeitos limitados e valem como terapia de choque. Têm apenas valor acessório à real e persistente educação de trânsito. Esta "deve começar no jardim da infância e continuar através das escolas secundárias e vocacionais, com um currículo determinado e um conjunto mínimo de lições, de acordo com a proeminente Organização Européia de Segurança de Tráfego", é advertência da conceituada Prévention Routière Internationale. Pela trágica letalidade que acomete a adolescência, a P.R.I. referida, acentua que os estudantes de cursos superiores e secundários devem ser alcançados por "medidas psicológicas educacionais para motivá-los em favor de um procedimento ajustável ao trânsito. Também sugere que a educação de motoristas deva ser enfatizada nas forças armadas". Estas e outras sugestões foram oferecidas às Nações Unidas tendo em vista o Ano Internacional da Juventude comemorado em 1985.[3] Acrescente-se a relevância da direção defensiva voluntária, estimulada por todos os meios e da direção defensiva obrigatória, como forma de reaver a perda ou suspensão da habilitação de motorista, ou em reciclagens exigíveis a adolescentes e motoristas com mais de 65 anos. Nesta fase da terceira idade os perigos vão crescendo e podem assemelhar-se aos da adolescência, embora por causas diferentes. Estes cuidados ainda estão deixando muito a desejar em nossa terra.

A educação de trânsito assume, não raro, caráter bem doutrinário, com efeitos positivos incontestáveis. Mas é de ação lenta e mais eficaz na formação de uma ética de trânsito, difícil de ser alcançada ou mantida em países de menor nível de civilização. Convém, por isso, que a feição teórica e objetiva se complementem. Há mais de 30 anos advertia Dante Guerreri, em conhecida obra didática italiana, que "além de se dar ao educando o saber como atravessar uma rua, é mister ensinar-lhe também a razão do comportamento que deve ter no uso dela. Uma vez que ele desde cedo haja assimilado tal ensinamento, a observância dos justos comportamentos se tornará automática e instintiva. Precisa conhecer também e, sobretudo, qual é o comportamento estabelecido para os outros usuários: o aluno necessita, em substância, inserir-se na via pública com um perfeito conhecimento do harmonioso sistema criado pelo legislador".[4] E em nosso entender ainda prevenir-se das possíveis desarmonias, o que é destacada preocupação da direção defensiva integral, de máximo alcance.[5] Sempre que possível, cooperar e nunca competir. Deixe-se esta última atuação para o esporte automobilístico, com objetivo e regras bem particulares. Obra clássica publicada pelo prestigioso *American Automobile Association*, dá arrimo ao nosso entendimento. — "Um dos fundamentais propósitos da educação de motoristas é torná-los mais atentos quanto ao que os

(2) Organisation de Coopération et de Développement Économique, *Campagnes de Securité Routière, Calcul et Évaluation*, Paris, 1971, p. 57/61.

(3) P.R.I., *European Group Urges Better Training for Young Drivers, in Traffic Safety*, Illinois, 1983, Set-Out., p. 20/27/28.

(4) Dante Guerreri *Educazione Stradale*, Milano, Ed. Domus, 1962, p. 7.

(5) Waldyr de Abreu, *Direção Defensiva Integral*, Rio, Interciência, 1989.

rodeia. Estes elementos devem influenciar sua escolha de velocidade e posição na via pública. Outros amplos propósitos são ajudar o educando a desenvolver sua sabedoria e perícia para tornar-se um seguro e eficiente usuário do sistema viário de transporte. Estes conhecimentos e habilidades lhe são necessários como condutor de veículo motorizado, pedestre, passageiro ou ciclista".[6]

Como se vê, é manifesta a tendência da educação em assumir um sentido acentuadamente objetivo. Principalmente em livros oficiais editados, em grandes tiragens a preços subsidiados em países de maior consciência nestas questões, como exemplarmente na Inglaterra e Nova Zelândia. Igualmente nas publicações de renomadas associações, qual a *Sociedade Real de Prevenção de Acidentes (ROSPA)* na Inglaterra, a *Prévention Routière,* em França e Luxemburgo, o *National Safety Council* e o *Traffic Institute,* nos EUA. A ênfase desta orientação pragmática é maior na primeira infância, já antes da idade pré-escolar, e alcança o 2.º grau. A lição dos maiores psicólogos modernos é a de que se deve incutir na mais tenra idade infantil o sentimento de segurança pessoal, de que muito dependerá por todo o futuro; o espírito de prevenção de acidentes, que nos é indispensável para sempre.[7] Esta educação difere evidentemente em cada fase da vida do educando, em consideração aos perigos característicos de cada faixa etária. Por exemplo, de 5 a 9 anos são as crianças sobretudo vítimas de atropelamentos; dos 10 aos 14 anos, de acidentes como ciclistas; enfim enquanto dura a adolescência e até, não raro, aos 23 ou 24 anos, os maiores riscos da imaturidade estão ao volante dos automotores.

Em tudo isso é fundamental, mas não devidamente considerada, a formação eficaz de professores, em vista a natureza de quem recebe os ensinamentos. Por exemplo, que as crianças, nos primeiros anos de vida, não são *pequenos adultos*, como não raro se pensa. Vêem e ouvem de forma algo diferente da nossa, como também diversas são suas interpretações. Há extrema importância quanto aos professores que irão preparar os instrutores de motoristas, amadores ou principalmente profissionais, com aprendizagem ainda pertinente à acomodação de passageiros e arrumação de mercadorias. Esta preocupação tem sido revelada em encontros internacionais de elevado nível. Assim foi em maio de 1990, no Rio de Janeiro, durante o XXII Congresso Mundial da União Internacional de Transporte Rodoviário (IRU). A questão da satisfatória formação de instrutores foi enfatizada pelo esclarecido professor holandês E. Van de Vosse. A seu ver, a tarefa é de máxima prioridade, sem o que se reduzirá a nada todo o esforço de segurança. A referida IRU, como ajuda, editou bem elaborado manual, focalizando os mais variados itens de segurança.[8] Em países de Primeiro Mundo, já realizam vários cursos com esse objetivo de formação de professores de instrutores, como também há excelentes publicações no mesmo sentido.

Poderíamos encerrar estes complexos temas com a sábia lição do lúcido Ministro A. T. Vanderbilt, da Corte Suprema de Nova Jersey — "Educação, incessante educação, é naturalmente a única completa solução do problema; mas enquanto ela vai avançando, teremos sempre que contar com a efetiva

(6) American Automobile Association, *Sportsmanlike Driving,* New York, McGraw-Hill, 9.ª ed. 1986, p. 4/5.

(7) Philippe Gravel, *L'Enfant et L'Automobile in L'Automobile et L'Homme*, Paris, SPES, 1968, p. 143/145.

(8) International Road Transport Union, *La Formation du Conducteur Professionel, Genève,* IRU, 1986, p. 157.

aplicação da lei".[9] Esta também tem função educativa para o transgressor e os que a assistem. Contanto seja satisfatoriamente exercida, a partir do infracionamento. Ao contrário, converte-se em insuperável fator de deseducação de trânsito, se não se dá conforme a lei. As sanções devem ser aplicadas com a máxima lisura e rigor adequado, como também energicamente reprimidos os infracionamentos maliciosamente incorretos ou desidiosos. A Administração Pública, a partir do policial de trânsito na via pública, deve primar pela correção e presteza. Sem o que a melhor legislação será anulada ou gravemente comprometida.

Voltemos à educação, incessante educação, acima preconizada. Para ser "a completa solução do problema", como entende o magistrado Vanderbilt, terá que ser bem objetiva, regular e sem esmorecimentos. Nos próprios EUA, por razões econômicas, já perde eficácia parcial, nos currículos escolares dos adolescentes. É o que assinala o especialista Mick Hans. Ressalta que a infortunística no trânsito persiste em declínio em sua terra, em virtude de novas técnicas automotivas, melhoria das estradas, menos abuso de ingestão alcoólica, uso de cinto de segurança, etc. Mas "os motoristas jovens estão ocupando ampla desproporção como vítimas dos acidentes mortais". Supõe seja assim pelo retraimento da educação de trânsito escolar de boa qualidade, com a concessão de habilitações graduais de motoristas e motociclistas a adolescentes, a partir de 16 anos de idade. A alternativa da habilitação pelas auto-escolas não oferece os mesmos padrões de segurança, constituindo grave fator de acidentes.

No Brasil, trinta anos se passaram em branco, ou quase, da obrigatoriedade da educação de trânsito estipulada pelo vigente CNT, nos cursos de 1.º e 2.º grau. O que se poderá pretender de melhor quanto ao novo código? Enquanto a educação de trânsito escolar permaneça nula ou deficiente, talvez menos difícil seja exigir-se muito maior qualificação das auto-escolas e de todos os cursos de reciclagem e recuperação legalmente exigíveis. O projetado sistema de pontuação, no futuro código, pode ser um bom arrimo, se o soubermos aproveitar.

[9] Arthur T. Vanderbilt, *in Vehicle Traffic Law*, Edwart Fisher e Robert Reeder, Illionis, The Traffic Institute, 1975, p. 31.

6 — CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

O PROCESSO DE DESVIAÇÃO NA VISÃO DE DAVID MATZA

LYCURGO DE CASTRO SANTOS

Sumário: 1. Introdução — O que é criminologia crítica — 2. O método naturalista — 3. Três caminhos no processo de desviação; 3.1. Afinidade; 3.2. Afiliação; 3.3. Significação.

1. Introdução — o que é criminologia crítica

A criminologia crítica é um termo utilizado preferentemente para designar aquelas teorias desenvolvidas a partir do *labelling aproach,* sendo a mais importante (e a mais discutida) aquela desenvolvida por Taylor, Walton e Young na década de setenta, quando o foco de atenção deixou de se concentrar na ação do sujeito delinqüente, transmudando-se aos órgãos da reação social. O problema não estava no agente que cometia o delito, senão nos agentes sociais (a polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário), os verdadeiros responsáveis pela desviação, pela marginalização; invertia-se o papel moral dos protagonistas do drama criminoso: a vítima era o delinqüente, confundido amiúde com os estudantes, os pacifistas, os líderes de movimentos a favor dos direitos humanos, que pululavam na década de sessenta, enquanto os verdadeiros vilões eram os representantes do Estado controlador, a polícia de repressão, etc.

Este câmbio de direção, todavia, surgira já muitas décadas atrás, antes mesmo de os movimentos políticos de cunho marxista ganharem um radical apoio dentro das escolas sociológicas americanas e inglesas.

A crise da criminologia positivista, impossibilitada de explicar satisfatoriamente o crime desde as suas perspectivas biológicas, psicológicas ou sociológicas (por exemplo, a questão clássica de dois irmãos criados em um mesmo ambiente, sob a mesma educação: um se adapta amplamente às normas sociais; o outro delas se desvia guiado por um impulso de incompreensíveis matizes[1]) e o crescente aumento da crimi-

(1) A relativização das teorias positivistas pode ser observada na seguinte obra de Arthur Keith, um anatomista britânico do primeiro terço deste século: "No interior do cérebro há cerca de dezoito bilhões de unidades microscópicas vivas ou células nervosas. Estas unidades estão agrupadas em miríades de grupos que se entrelaçam por meio de um sistema de comunicação cuja complexidade não tem paralelo nas criações humanas. De todas as milhões de células nervosas no cérebro não existe nenhuma ilhada. Todas estão conectadas e participam na manipulação ininterrupta das correntes de mensagens que afluem ao cérebro desde os olhos, os ouvidos, os dedos, os pés, os membros e o resto do corpo". E conclui: "Se a natureza não pode reproduzir o mesmo simples modelo dos dedos, quanto mais impossível será que produza o mesmo modelo em dois cérebros, cuja organização

nalidade que aquela objetivava extinguir, deu margem à contestação de suas premissas, especialmente aquela que tinha como inconspurcáveis os padrões morais e éticos dos órgãos encarregados do controle social.

Foram os sociólogos os maiores críticos da criminologia tradicional: a associação do fenômeno das grandes metrópoles e a confluência de várias culturas com o crescente aumento da criminalidade foi objeto de estudo de várias escolas sociológicas. Fundamentalmente questionavam elas o método de abordagem do crime pela criminologia positivista e as conclusões que dele derivavam. O determinismo biológico e social frente ao livre arbítrio deveriam ser relegados à filosofia metafísica. Os sociólogos podiam explicar melhor as causas do crime e os meios adequados para controlá-lo.

Não obstante, devem ser creditados diversos logros à criminologia positivista, dentre os quais, quiçá o mais importante, a evolução do pensamento sociológico a partir da separação do estudo do delito da atividade e teoria do Estado.

Dentre as importantes teorias sociológicas em voga na década de cinqüenta nos Estado Unidos, podemos citar a teoria da anomia e as teorias subculturais, baseadas especialmente na corrente sociológica funcionalista desenvolvida por Parsons, segundo a qual, a exemplo do órgão humano, a sociedade é um sistema cujas partes se relacionam entre si. Sobre este sistema, um fenômeno pode ser funcional ou disfuncional. Para se conjugar apenas os fenômenos funcionais e fazer frente aos disfuncionais é que existem as normas de cultura — aceitas por todas as instituições ou subsistemas que compõem o corpo social — através das quais deve o indivíduo ser socializado. Para a teoria da anomia (desenvolvida por Merton), a disfunção é causada pela distribuição dos adjetivos sociais de forma igualitária entre todos os membros e o desigual oferecimento de possibilidades para alcançá-los, criando uma situação de tensão cuja resposta pode ser o comportamento delitivo. Por outra parte, as teorias subculturais, com os seus diversos segmentos, adota, em geral, a seguinte tese (defendida especialmente por Albert Cohen): um jovem da classe social trabalhadora recebe os valores sociais dominantes e os objetivos que têm de ser alcançados. Diante da impossibilidade de satisfazê-los, sofre um problema de *status*. Face à competição perdida para lograr os objetos que se lhe impõem, assume o jovem, juntamente com outros na mesma situação, valores próprios a sua real condição social,[2] entre os quais está a desviação.

É, portanto, desde as posturas anticorrecionalistas da Escola de Chicago, com as suas teorias ecológicas, de transmissão cultural, interacionistas simbólicas, etc., passando pela influência dos funcionalistas e os chamados "neochicagos", com as teorias da anomia e as teorias subculturais, que aparece David Matza, sociólogo americano radicado na Universidade Berkeley, Califórnia, com duas obras relevantíssimas: a primeira,

é tão incrivelmente complexa! Cada criança nasce com um certo equilíbrio de faculdades, aptidões, inclinações e tendências instintivas. Não há dois com o mesmo equilíbrio e cada cérebro tem que se enfrentar a um caudal de experiências distintas. Não me admiro, pois, que um homem esteja em desacordo com outro a respeito das realidades últimas da vida, mas sim de que tantos, pese a diversidade de suas naturezas inatas, cheguem a um grau elevado de acordo", citado por Joseph Campbell, "Las Máscaras De Dios — Mitologia Creativa", Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 55.

(2) Veja-se, a propósito das teorias sociológicas, Elena Laurrauri, "La Herencia de la Criminologia Crítica", Siglo XXI, Madrid, 1991, p. 5 e s.

intitulada "Delinquency and Drift", publicada em 1964, em que Matza elabora sua explicação de delinqüência, especialmente a juvenil, e que teve importantíssimos reflexos nos Estados Unidos e na Inglaterra, dominados ainda pela criminologia positivista. Matza conclui naquela obra que o sujeito se encontra particularmente apto a delinqüir quando logra neutralizar o vínculo que o une ao sistema normativo. Todavia, para que essa incursão no crime se materialize depende da vontade do sujeito estar ativada pela presença de certas circunstâncias favoráveis.[3]

Esse pensamento de Matza é especialmente desenvolvido em sua obra "Becoming Deviant", publicada em 1969, na qual o autor crítica o método positivista para o conhecimento do fenômeno da desviação, e propõe o que chama atitude naturalista frente ao crime e seu autor. Em seguida, Matza discorre com rara profundidade os modos pelos quais alguém se torna desviado. Três caminhos distintos, que se podem mesclar são percorridos em algum momento pelo indivíduo até atingir e assumir a condição de desviado. Finalmente, Matza analisa a função social deste processo: a existência de um número mais ou menos identificado de delinqüentes permite à polícia cumprir com suas demandas contraditórias de "lei e ordem". Em seguida, cuidarei detalhadamente de cada um destes tópicos.

2. O método naturalista

Preconiza o método naturalista Matza para a compreensão do fenômeno da desviação. Este método não se confunde com aquele utilizado pelos positivistas, embora fosse intitulado "naturalista" muitas vezes o método empírico de que se valiam seus cultores para conhecer o objeto em foco.

(3) Ibidem, p. 21.

Aliás, a análise do objeto desviado sofre uma drástica modificação no estudo de Matza e serve como condutor da mudança de método que postula.

Naturalismo e subjetivismo, no pensamento tradicional, são formas distintas de conhecimento. O primeiro, ligado com o método experimental, o empirismo, próprio de todas as ciências, verifica o objeto a sua frente e o descobre como ele "realmente" é, independentemente de qualquer conotação subjetiva que possa partir do agente que o conhece. O objeto então aparece ao sujeito do conhecimento imaculado de qualquer conotação pessoal, ou seja, livre de ingerências humanas que o desqualifiquem e como existe realmente no mundo objetivo que nos circunda.

O distanciamento do sujeito do objeto que pretendia conhecer foi duramente criticado por Matza e diversos outros autores. O cientificismo, ou o compromisso absoluto com os métodos científicos não deveriam ser sinônimos de naturalismo. Esse se "opõe a todas as formas de generalização filosófica", de forma que também é válido no pensamento de Matza o subjetivismo, a primazia da experiência do ser, pois "a observação naturalista pode compreender também a instrospecção e a experiência, que são os métodos tradicionalmente associados com o subjetivismo".[4]

Pois bem, se o objeto que a criminologia positivista pretendia estudar era o sujeito desviado, com uma atitude essencialmente correcionalista, o resultado a ser alcançado não poderia ser outro senão uma fórmula capaz de aniquilar as causas da desviação. Esse interesse último limitava a capacidade do cientista de conhecer o delinqüente, de compreendê-lo. Ele enxergava a causa da desviação já comprometida com o

(4) Matza, "El Processo de Desviación", versión de Julio Carabaña, Taurus, Madrid, 1981, p. 15.

desejo de ser modificada pela "imaginária" solução do problema. Nem conseguiu o positivista compreender satisfatoriamente o desviado, nem tampouco conseguiu encontrar a panacéia da criminalidade, que já no final do século passado e começo deste século ganhava corpo nas primeiras grandes metrópoles.

Com agudeza anota Matza que é impossível um conhecimento razoável através do método naturalista, se está ele comprometido com a objetividade, com a subjetividade ou com a sensibilidade humanística. O que importa é a fidelidade ao fenômeno que contempla. E fidelidade ao fenômeno desviado implica: a substituição de um ponto de vista correcional por uma apreciação do fenômeno desviado; a eliminação tácita de uma concepção patológica com uma nova ênfase na diversidade humana, e uma erosão da distinção simples entre fenômenos desviados e convencionais resultante de uma familiaridade mais íntima com o mundo tal que é, o que produz um ponto de vista mais sofisticado que insiste em sua complexidade.[5]

É limitada a apreciação do fenômeno com vistas a corrigi-lo. Para conhecê-lo é preciso mais. É necessário ver o fenômeno desde o ponto de vista do sujeito desviado, daquele que delinqüe. Mergulhar no mundo do desviado, sentir pelo criminoso e pelo seu ato empatia,[6] avaliar seu comportamento sob os valores do grupo em que convive, relativizar os valores implícitos na organização social e moral,[7] são requisitos essenciais para a apreensão correta da desviação.

O ponto de vista do sujeito que aprecia o fenômeno é, pois, fundamental no método naturalista defendido por Matza e por isso necessita ele estar dentro, no interior do mundo desviado, enxergar a conduta desviada com os olhos do desviado.[8] Não se trata de estar de acordo com ele, mas sim de "compreender e iluminar o ponto de vista do sujeito e interpretar o mundo tal e como se lhe aparece".[9]

Este ponto de vista naturalista é incompatível com o prejuízo patológico que tinham os positivistas com relação aos desviados. É importante notar esse aspecto através dos seguintes exemplos: a prostituta como tal é considerada pelos correcionalistas como alguém enferma sob o ponto de vista psicossocial e

(5) Matza, cit., p. 21.

(6) No mesmo sentido, hoje, Garcia-Pablos, Criminologia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, *passim*.

(7) Neste sentido, vale a pena trazer a lume as palavras de Durkheim: "imaginem uma sociedade de santos, um claustro perfeito de indivíduos exemplares, os delitos propriamente ditos seriam ali desconhecidos; mas as faltas que parecem insignificantes aos leigos originariam ali o mesmo escândalo que as faltas ordinárias originam na consciência ordinária (...). Pela mesma razão, o homem perfeito e superior julga suas pequenas falhas com uma severidade maior que a maioria dos humanos reserva para atos que caem mais verdadeiramente no âmbito do pecado. Em outro tempo, os atos de violência contra pessoas eram mais freqüentes do que são hoje em dia, devido a que era menos forte o respeito à dignidade individual. A revalorização desta fez com que os delitos contra as pessoas se tornassem mais raros; mas também foram introduzidos dentro do Código penal muitos atos que violam aqueles sentimentos e que não estavam incluídos nele em tempos mais primitivos, como por exemplo, a calúnia, os insultos, a difamação, as fraudes, etc. *apud* Matza; cit., p. 25.

(8) Oportuno lembrar a passagem de Joyce, em *Ulisses*, quando o personagem Stephen diz a Eglinton: "Caminhamos através de nós mesmos, encontrando ladrões, fantasmas, gigantes, velhos, jovens, esposas, viúvas, cunhados adúlteros, etc. Mas sempre encontramos nós mesmos" ... "Se Sócrates se marcha hoje de casa encontrará o sábio sentado no umbral. Se Judas sai esta noite, é em direção a Judas que irão seus passos", *apud* Joseph Campbell, cit., p. 231.

(9) Matza, cit., p. 37.

moral, assim como pobreza e patologia são correlacionados no sentido de que a pobreza termina com as possibilidades de desenvolvimento normal. Esse conceito de patologia e normalidade, absoluto e por isso limitado, cai por terra entre outros nos seguintes casos: A prostituta que se dedica a vender o corpo é tão ou menos "desviada", sob o ponto de vista naturalista, que o trabalhador, que se prostitui no sentido de vender seu trabalho em troca de dinheiro, desrespeitando os limites éticos a ele inerentes, enquanto aquela se limita a vender seu corpo dentro do que recomenda a ética de sua profissão.[10] O pobre muitas vezes obedece mais cegamente os valores culturais que lhe chegaram do que o rico ávido por poder e dinheiro. Dentro de cada subcultura imperam determinados valores éticos e morais que não podem ser subestimados pelo agente do conhecimento, sob pena de ser ele parcial, limitado e incorreto.

Com grande perspicácia, Matza cita o exemplo do "hobo" como sujeito desviado. O "hobo" pode ser definido como homem sem lar (*homeless*) em uma apreensão restrita do fenômeno. Como gênero, existem diversas classes e categorias de "hobos" (o "tramp" e o "bum", por exemplo), muito embora se associem a eles inúmeras vezes, indistintamente, o vício, o álcool, a vadiagem, os pequeno furtos, etc. Nels Anderson ingressou no peculiar mundo dos "hobos" e apresentou uma visão especialmente distinta daquela mantida até então por seus colegas sociólogos e pelos agentes de controle social. Passou anos entre os "hobos" e apreendeu seus valores, conheceu suas virtudes e defeitos, suas normas sociais, sua hierarquia de grupo. Impressionou, pois viu o "hobo" como um excepcional contador de estórias em torno de fogueiras noturnas, um narrador dotado de técnicas similares àquelas desenvolvidas pelos nômades arábicos. Seu estudo, sem dúvida, trouxe um novo horizonte ao fenômeno, afastando-o definitivamente do vetusto espectro patológico-correcionalista adotado pelos positivistas. O fenômeno "hobo" há que ser concebido, como qualquer fenômeno desviado, como uma diversidade humana, não como uma patologia social, sujeita à impiedosa correção dos órgãos de controle.

Sem embargo, não deve ser o fenômeno visto com ares românticos, de modo a apenas enaltecer uma aparente ou real virtude do desviado, buscando nele uma versão mais ou menos Robinhoodiana. É preciso maturidade para transpor esse apego infantil e equalizar o fenômeno relativizando a versão do próprio desviado, o que implica não desdenhar os variáveis traços detestáveis que acompanham as atividades desviadas.[11]

O fenômeno desviado é um fenômeno complexo. Duas idéias emergem para Matza das complicadas relações entre o desviado e o convencional. A primeira é a imbricação, que significa a ausência de diferenças qualitativas entre o desviado e o convencional. O que se verifica são diferenças quantitativas.[12] A

(10) Para Lemert, três características são elementares à prostituição: o intercâmbio de favores sexuais em troca de algo material; a complacência mais ou menos indiscriminada de muitas pessoas e uma dissociação entre os sentimentos profundos e o ato físico. A omissão do ato sexual apenas sugere de pronto similaridades com certas atividades femininas e masculinas, inclusive no âmbito profissional. Conferir, Matza, cit., p. 105/106.

(11) Matza, cit., p. 54, para quem a perspectiva do sujeito deve ser compreendida e esclarecida e não venerada".

(12) Vale a pena ressaltar, como o faz Matza, o relato de Durkheim sobre o suicídio: "o suicídio, contra o que se poderia crer, não constitui um grupo completamente aparte, uma classe isolada de fenômenos monstruosos sem relação com as demais modalida-

segunda é a ironia que se depreende das relações seqüenciais entre a conduta convencional e a desviada. Citando a Niebuhr, adota Matza a seguinte definição de ironia: "incongruências da vida, aparentemente fortuitas, mas que resultam não ser meramente fortuitas quanto são examinadas profundamente".[13]

Ambas idéias, conforme Matza, tomadas em conjunto, expressam a perspectiva fundamental da relação entre sociedade e desviação tomadas pelo naturalismo (veja-se que a liberdade sexual entre as mulheres de todas as classes reduz a prostituição, ao passo que o aumento da prostituição reduz a possibilidade de que mulheres respeitáveis tenham vida sexual irregular; Um mal como a prostituição resulta em um bem, como a virtude feminina, ou vice-versa;[14] veja-se ainda a desviação primária e a desviação secundária em seguida).

3. Três caminhos no processo de desviação

Matza, partindo do método naturalista anteriormente mencionado, chega à conclusão de que existem três modos através dos quais uma pessoa pode converter-se em desviado. Esses modos estão notadamente interrelacionados, de forma que o indivíduo pode estar inserido em um ou mais "caminhos". Afasta Matza de cara o determinismo oriundo do pensamento positivista, relativizando-o

des de conduta, senão que, ao contrário, se enlaçam com estas mediante uma série contínua de fenômenos intermédios. Não são outra coisa que a forma exagerada de práticas usuais (...) se um homem expõe voluntariamente a sua vida por outro, mas sem que esteja seguro de um desenlace mortal (...) o imprudente que joga intencionadamente com a morte, ainda que tratando de evitá-la, o apático que por não estar vivamente apegado a algo, não se toma o trabalho de cuidar da saúde e a compromete coma sua negligência..., não se distinguem radicalmente os suicidas propriamente ditos; são resultado de estados de ânimo análogos, posto que entranham igualmente riscos mortais que não são ignorados pelo agente, e a perspectiva destes riscos não basta para detê-los; toda a diferença estriba em que as possibilidades de morrer são menores (...) todos estes fatos são tipos de suicídio embrionários, e ainda que não é próprio de um bom método confundi-los com o suicídio levado a termo, não convém perder de vista os vínculos de parentesco que com ele mantém. Com efeito, o suicídio se apresenta sob um aspecto muito distinto uma vez que aceitemos que se relaciona sem solução de continuidade com os atos de valor e abnegação, por uma parte, e com os atos de imprudência e de simples negligência, por outra"; citado por Matza, cit., p. 88.

(13) Elabora Niebuhr a seguinte distinção entre ironia e comédia: "os contrastes e as incongruências irônicas contém um elemento de comicidade em tanto que mostram absurdas justaposições de força e debilidade; a sabedoria através da loucura, a loucura como fonte da sabedoria; a culpa que resulta da pretensão de inocência, ou a inocência que se oculta detrás da aparente culpa. Pois bem, os contrastes são irônicos se e somente quando não são meramente absurdos, mas que também tenham um significado oculto. Devem provocar, não meramente a risada, senão uma risada de cumplicidade. O significado oculto provém do fato de que justaposições e contrastes não são meramente fortuitos. Guardam entre si uma relação estabelecida graças a alguma debilidade da pessoa neles implicada. A pessoa poderosa que resulta ser em realidade débil fica implicada em um contraste irônico apenas se a sua debilidade é devida a alguma pretensão de força. Não há ironia em que um homem culpável escape ao castigo de maneira meramente fortuita. Mas é irônico que aqueles desdenhados por seus companheiros alcancem reconhecimento e justificação de juízes mais altos justamente em virtude daquelas qualidades que lhe provocaram a condenação original; e é irônico, afinal, que a ingenuidade das crianças ou dos simplórios resulte ser uma fonte de sabedoria vedada aos sábios". *apud* Matza, cit., p. 89.

(14) Davis, citado por Matza, cit., p. 98.

de certo modo. Com efeito, uma das maneiras de se tornar desviado é pelo processo de afinidade; a outra é pela afiliação e a última dá-se através da significação. Vejamos cada um destes processos detidamente.

3.1. Afinidade

"Elisabeth era uma inteligente e atrativa garota de quinze anos que se criou em sua casa cheia de parentes políticos, irmãos, irmãs, sobrinhos e netos. Seus pais trabalhavam e raras vezes estavam em casa. Seus irmãos e irmãs maiores trabalhavam também, deixando os mais jovens cuidarem de si próprios. Ninguém se preocupava se Elisabeth ia ou não a escola, se necessitava de algo ou se era feliz. Ela ali estava com as outras crianças e crescia como melhor podia. Resultou de tudo isso que Elisabeth ficou grávida".[15]

A questão colocada por Matza é de afinidade no exemplo citado acima. Elisabeth, em razão da vida que levava, tinha, pela experiência, maiores probabilidades de engravidar do que uma outra garota com uma família estruturada de forma a cuidar da educação dos mais novos. O processo de afinidade, a exemplo do determinismo, requer a objetivização do sujeito ou sua redução natural, de forma que se afaste, ainda que temporariamente, a capacidade do indivíduo eleger esta ou aquela direção.

Mas é exatamente quando se afasta essa possibilidade de livre escolha que a afinidade se mostra como uma insegura peça no quebra-cabeças do fenômeno desviado. Veja-se, por exemplo, a teoria da anomia de Merton. Não é absolutamente verdade que todas ou uma grande parte das pessoas bombardeadas pelos valores culturais e que não contam com as mesmas possibilidades que outras de atingir os objetivos que a sociedade lhe impõe ofereçam, ante a tensão que surge, uma resposta desviada. É certo, todavia, que a probabilidade de delinqüência é maior entre os pobres se considerarmos a sua situação de incapacidade frente aos objetivos sociais. Por outra parte, a falta de credibilidade das estatísticas oficiais, seja, entre outras coisas, pelo direcionamento dos órgãos de controle social, impede que se atribua à pobreza ou à ausência de possibilidade de sucesso social um fator de afinidade à desviação.

Quais seriam então os fatores de afinidade que poderiam, eventualmente, conduzir alguém a desviar-se?

Matza não nos oferece uma resposta. Quiçá porque não exista realmente uma série de fatores que possam configurar *ex ante* a predisposição à desviação e que tais fatores apenas são constatáveis posteriormente, quando já existem outros caminhos percorridos, especialmente a significação (*labelling aproach*).

3.2. Afiliação

A idéia de afiliação vem de Sutherland e dos componentes da Escola de Chicago, os quais pretendiam substituir a idéia de afinidade pela de filiação. Esta significa "a adoção ou admissão de um filho em uma família e, por extensão gradual, o processo pelo qual gentes previamente desvinculadas entre si se unem ou se vinculam".[16]

Este é o exemplo que nos fornece Matza sobre o mesmo tema apresentado por ocasião da abordagem da afinidade: gravidez. "Liz era uma atrativa e inteligente garota de quinze anos cuja família viu-se obrigada a mudar para um novo bairro. Antes de viver ali, Liz era inocente quanto aos assuntos sexuais. Ficou amiga de outra garota de dezesseis anos, Fanny, que vivia na porta ao lado. Mais tarde, Liz tornou-se muito popular entre os membros do grupo escolar de Fanny. Liz se dava conta de que o grupo

(15) Matza, cit., p. 110.

(16) Matza, cit., p. 128.

de Fanny ia demasiado depressa, mas estava tão orgulhosa da popularidade que havia conquistado, que não ousou arriscar-se, parecendo puritana. Liz conheceu Jim. O resultado foi que Liz ficou grávida".[17]

Ainda na fase de afiliação, a livre escolha é algo que se não pode desprezar (embora tampouco se possa afirmar). Sendo um processo fundamentalmente humano, está ele sujeito a toda sorte de vicissitudes e intercorrências. O indivíduo que se converte "se compromete com seu meio e com seus semelhantes nele, conecta com eles, considera suas crenças, tenta adotar seu estilo, antecipa ou imagina o lugar que terá entre eles e se pergunta se de antemão não exclui a outros". Mas o certo é que sempre estará repensando, reavaliando a sua situação, "se cria uma distância entre si mesmo e o papel que ocupa".[18] Como assinala Matza, a conversão de um sujeito a um determinado grupo é um processo estritamente humano, quiçá o mais humano deles, pois requer que o indivíduo transcenda uma parte da circunstância própria. Têm para si um significado particular o mundo que penetra e a sua participação nele. A afiliação, todavia, apenas será completa quando o indivíduo se enxergar, através de toda a sociedade, como um indivíduo desviado (é a significação que veremos a seguir).

Particularmente sugestivo é o processo de afiliação do fumador de marihuana tratado por Becker e utilizado por Matza em sua digressão sobre esse caminho para a desviação.[19] A consciência e a intenção é o primeiro passo. O sujeito há de conhecer, ainda que superficialmente, o objeto e os efeitos que ele lhe pode produzir, a partir da observação, muito particular, do que sucede com seus companheiros. Há de ter a intenção voltada à realização da conduta para obter as mesmas sensações que seus companheiros. Deve estar disposto a fumar marihuana. Não se confunde, todavia, estar disposto com ser capaz. Aquele que está disposto e logo vê que não é capaz do ato, verifica necessariamente que na realidade não estava disposto. Esta experiência tanto abre um novo horizonte ao indivíduo a respeito de si mesmo, de sua posição social, do impacto das normas sobre si, do seu valor intrínseco, etc., como não significa que não poderá mudar de idéia. Todavia, a sua experiência é muito maior do que a do indivíduo que *ab initio* mostrou falta de disposição para o ato.[20]

Não se deve confundir ainda a conversão com uma capitulação a um grupo distinto. A consciência humana reavalia a cada instante todo processo e as interações dele resultantes, o que implicam novas considerações do sujeito a respeito de si mesmo, do grupo social e da sociedade como um todo, nunca sem nostalgia, indecisões ou reservas.[21]

Sobre a proscrição da marihuana propriamente dita, assinala Matza que seu efeito é despertar no indivíduo a sensibilidade para o banal. A relatividade com que se percebem as coisas a sua volta suspende a fé, que é o método de composição do ordinário. Daí talvez a

(17) Matza, cit., p. 110.

(18) O pensamento é de Howard Becker, citado por Matza, cit., p. 131.

(19) Matza, cit., p. 136 e s.

(20) A fidelidade destas pessoas à norma, digo na esteira do texto de Matza, é um mero artigo de fé. "Nunca saberão se são o tipo de pessoas destinadas a manter fidelidade à norma e têm uma obscura consciência disso (...) sem auxílio, o sentido de clausura não permitiria predizer que não irão fazer uma coisa com maior segurança que o sentimento de abertura permitir a predizer que sim irão fazer", cit., p. 140.

(21) Matza, cit., p. 147. A pressão que o grupo exerce é apenas um fato a mais na consideração do sujeito, maior ou menor, mas que não elimina a sua autoridade, p. 153.

origem do nome, mais do que impróprio, fantasioso, de "erva do diabo".

3.3. Significação

"Betty era uma inteligente e atrativa garota de quinze anos, cujos pais eram carinhosos, mas bem tradicionais. Pensaram que, tanto pela qualidade da educação como por motivos morais, Betty se educaria melhor em uma escola paroquial. Em geral, Betty gostava da escola; todavia, havia na escola uma Irmã obsecada com a importância da castidade e que expunha suas opiniões de um modo inquisitorial. Ainda que a Betty lhe afetassem as acusações da Irmã, tinha ela uma personalidade sã e não levava muito em consideração que lhe dizia a Irmã. Saía assiduamente com rapazes, mas, aparte algum beijo ocasional, mantinha-se virgem".

"Uma tarde, Betty e seu novo amigo Dick conversavam tranqüilamente em um carro. Lá pelas dez e meia, a Dick lhe pareceu hora de tomar sua dose diária de beijo profundo. Justo neste instante, o policial Larkin, parente da Irmã, abriu a porta do automóvel e presenciou o ósculo do casal. Chamou de prostituta a Betty e ameaçou acusar Dick de sedução de menor. Desafogada a bilis, o policial Larkin se colocou paternal, acabou sorrindo e disse: 'Parecem bons garotos, assim que nada vou fazer desta vez. Mas que não venha a apanhá-los outra vez por aqui'. Betty e Dick permaneceram o tempo todo em silêncio e depois da partida do policial seguiram mudos por algum tempo, até que exclamaram em uníssono: 'Que demônios'! Como resultado Betty ficou grávida".

O processo de significação, de longe, é o mais importante caminho para se chegar à condição de desviado, porque há interferência direta do que Matza, seguindo a Hobbes, chama Leviatã.

Desde a formulação das normas de conduta pelo Estado, está ele influindo diretamente no passo de cada indivíduo do comportamento convencional para o comportamento desviado. A relação entre a autoridade organizada e o crime, todavia, apenas passou a ser aceita em nível acadêmico com o advento das escolas sociológicas e as conseqüentes críticas à criminologia tradicional.

Não se trata de acusar a atuação do Estado de ilegítima, mas de verificar em sua rudimentária natureza um papel criminógeno, um papel relevantíssimo na formação do agente desviado. Veja-se, já em um primeiro momento, que o encarregado de selecionar quem são os desviados dentro de uma comunidade é o Estado. Proibindo-lhes determinados comportamentos, pouco importa que lhe sejam típicos.[22] O objetivo da proibição, assinala Matza, é a transformação moral da atividade. Uma atividade que ganha um espectro "proibido", imediatamente é assimilada pela comunidade como "imoral", ademais de ser ilegal. "Ao tornar culpável a atividade, Leviatã endemonia o sujeito que a realiza, e assim compensa em parte seu enorme fracasso em prevenir".[23]

De outro lado, surge a hora da detenção. Até então o sujeito estava temporariamente (com possibilidades de repensar a escolha) afiliado; podia ver-se como integrante da comunidade, revestido vez ou outra de um papel convencional. Todavia, quando surge a detenção, quando o Estado alardeia sua condição de desviado, o sujeito repensa necessariamente seu papel social e normalmente não se verá perante a comunidade senão como um desviado. É o *labelling aproach*. E ver-se como desviado implica uma reavaliação do

(22) Lembremo-nos do papel dos empresários moralistas protestantes norte-americanos com relação à proibição do consumo de álcool, hábito da comunidade católica que chegava ao novo mundo.

(23) Matza, cit., p. 183.

que significa a comunidade em sua vida, seu papel como cidadão, sua identidade, seu ego. Será que sou mesmo tudo isto que estão dizendo?, pergunta-se o detido. Afastado, marginalizado, humilhado, rotulado, reduzido, desqualificado, processado, unido ao grupo excluído, sentir-se-á, fatalmente, como um desviado. E para comprovar isto, para demonstrar a si mesmo que este é o seu papel, esta é a sua condição que Leviatã alardeou, faz-se necessário um novo ato desviado. Temos então a desviação secundária como resultado lógico não da desviação primária, senão do processo de significação.

Reside a ironia justamente no fato de que o Estado, ao tomar para si o poder-dever da punição, e com isso prevenir a delinqüência, tornou-se, por causa de seu insólito e frio comportamento de significar, um fator relevante no processo de desviação. Não se trata de caso fortuito. É a aberrante necessidade psicológica e moral que tem a comunidade e cada indivíduo de ser diferente do infrator. A visão maniqueísta do Estado é contingência do que a comunidade precisa e do que necessita cada indivíduo, mergulhado na sua visão limitada e dissociada do ego.

Isto, por outra parte, tem outra função social. Permite ao Estado cumprir com as demandas contraditórias de "lei e ordem": Se a polícia não pode submeter qualquer cidadão ao controle social fica prejudicada a manutenção da ordem. Todavia, com um número considerável de suspeitos, pode, sem maiores constrangimentos, submetê-los a todo tipo de acosso, sem levantar gestos de indignação pelo confronto entre o bem (a polícia) e o mal (o desviado).[24]

(24) Sugestivo é o exemplo de Matza de um policial de Nova Iorque, de trânsito, que em um ato impulsivo atirou contra um veículo que ultrapassara um semáforo desfavorável, atingindo-o. Imediatamente o policial correu na direção do automóvel parado, com o motorista ferido, imaginando os transtornos que padeceria por aquela atitude impensada. Tranqüilizou-se imediatamente, todavia, quando soube que o motorista era um convicto. Cit., p. 234.

6 — CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

DO PARADIGMA ETIOLÓGICO AO PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL: MUDANÇA E PERMANÊNCIA DE PARADIGMAS CRIMINOLÓGICOS NA CIÊNCIA E NO SENSO COMUM.

VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE

Sumário: 1. Introdução — 2. O paradigma etiológico de criminologia — 3. O "labelling approach" e o paradigma da reação social: uma revolução de paradigma em criminologia — 4. A desconstrução epistemológica do paradigma etiológico: a traição da criminologia à matriz positivista de ciência — 5. A criminologia positivista como ciência do controle sócio-penal: das promessas às funções latentes e reais — 6. Bibliografia.

1. Introdução

Neste artigo abordamos, numa perspectiva sincrônica antes que diacrônica (histórica), a mudança do paradigma etiológico para o paradigma da reação social que a Criminologia experimenta desde a década de sessenta de nosso século, situando a desconstrução epistemológica que o novo paradigma operou em relação ao tradicional e a permanência deste, para além desta desconstrução, pela sua importante funcionalidade (não declarada) como ciência do controle sócio-penal. Muitas razões justificam, pensamos, a atenção aqui dedicada ao tema. Mas ao invés de explicitá-las — o que ensejaria basicamente um outro artigo — deixamos que o leitor extraia suas próprias conclusões.

2. O paradigma etiológico de criminologia

A Antropologia criminal de C. Lombroso e, a seguir, a Sociologia Criminal de E. Ferri[1] constituem duas matrizes fundamentais na conformação do chamado paradigma etiológico de Criminologia, o qual se encontra associado à tentativa de conferir à disciplina o estatuto de uma ciência segundo os pressupostos epistemológicos do positivismo[2] e ao fenômeno, mais amplo, de cientificização do controle social, na Europa de finais do século XIX.

(1) O "L'Uomo delinqüente" de Lombroso (publicado em 1876), a "Sociologia Criminale" de Ferri (publicada em 1891) e a "Criminologia — studio sul delitto e sulla teoria della represione" de Garófalo (publicada em 1885) com enfoque, respectivamente, antropológico, sociológico e jurídico, são consideradas as obras básicas caracterizadoras da chamada Escola Positiva italiana e os três seus máximos definidores e divulgadores. Sobre a inserção histórica e os condicionamentos deste paradigma, bem como sua transnacionalização, ver Andrade, 1994.

(2) Sobre a caracterização do positivismo ver Andrade, 1994 e Taylor, Walton, Young, 1990.

Na base deste paradigma, a Criminologia (por isto mesmo positivista) é definida como uma Ciência causal-explicativa da criminalidade; ou seja, que tendo por objeto a criminalidade concebida como um fenômeno natural, causalmente determinado, assume a tarefa de explicar as suas causas segundo o método científico ou experimental e o auxílio das estatísticas criminais oficiais e de prever os remédios para combatê-la. Ela indaga, fundamentalmente, o que o homem (criminoso) faz e porque o faz.

O pressuposto, pois, de que parte a Criminologia positivista é que a criminalidade é um meio natural de comportamentos e indivíduos que os distinguem de todos os outros comportamentos e de todos os outros indivíduos. Sendo a criminalidade esta realidade ontológica, preconstituída ao Direito Penal (crimes "naturais") que, com exceção dos chamados crimes "artificiais",[3] não faz mais do que reconhecê-la e positivá-la, seria possível descobrir as suas causas e colocar a ciência destas ao serviço do seu combate em defesa da sociedade.

A primeira e célebre resposta sobre as causas do crime foi dada pelo médico italiano Lombroso que sustenta, inicialmente, a tese do criminoso nato: a causa do crime é identificada no próprio criminoso. Partindo do determinismo biológico (anatômico-fisiológico) e psíquico do crime e valendo-se do método de investigação e análise próprio das ciências naturais (observação e experimentação) procurou comprovar sua hipótese através da confrontação de grupos não criminosos com criminosos dos hospitais psiquiátricos e prisões sobretudo do sul da Itália, pesquisa na qual contou com o auxílio de Ferri, que sugeriu, inclusive, a denominação "criminoso nato". Procurou desta forma individualizar nos criminosos e doentes apenados anomalias, sobretudo anatômicas e fisiológicas,[4] vistas como constantes naturalísticas que denunciavam, a seu ver, o tipo antropológico delinqüente, uma espécie à parte do gênero humano, predestinada, por seu tipo, a cometer crimes.

Sobre a base destas investigações buscou primeiramente no atavismo uma explicação para a estrutura corporal e a criminalidade nata. Por regressão atávica, o criminoso nato se identifica com o selvagem. Posteriormente, diante das críticas suscitadas, reviu sua tese, acrescentando como causas da criminalidade a epilepsia e, a seguir, a loucura moral. Atavismo, epilepsia e loucura moral constituem o que Vonnacke denominou de "tríptico lombrosiano".[5]

Desenvolvendo a Antropologia lombrosiana numa perspectiva sociológica, Ferri admitiu, por sua vez, uma tríplice série de causas ligadas à etiologia do crime: individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social) e, com elas, ampliou a originária tipificação lombrosiana da criminalidade.

Assim Ferri (1931, p. 44/45/49 e 80) sustentava que o crime não é decorrência do livre arbítrio, mas o resultado previsível determinado por esta tríplice ordem de fatores que conformam a

(3) Segundo a distinção entre delitos "naturais" e "artificiais", que ficou a dever-se a Garofalo, se considera que apenas os delitos "artificiais" representam, excepcionalmente, violações de determinados ordenamentos políticos e econômicos e resultam sancionados em função da consolidação dessas estruturas.

(4) Como pouca capacidade craniana, frente fugidia, grande desenvolvimento dos arcos zigomáticos e maxilar, cabelo crespo e espesso, orelhas grandes, agudeza visual, etc.

(5) A respeito do exposto ver Lombroso (1983); Souza (1977, p. 17/8) e Lamnek (1980, p. 20).

personalidade de uma minoria de indivíduos como "socialmente perigosa". Seria fundamental, pois, "ver o crime no criminoso" porque ele é, sobretudo, sintoma revelador da personalidade mais ou menos perigosa (anti-social) de seu autor, para a qual se deve dirigir uma adequada "defesa social".

Daí a tese fundamental de que ser criminoso constitui uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais. Ele apresenta estigmas determinantes da criminalidade.

Estabelece-se desta forma uma divisão "científica" entre o (sub) mundo da criminalidade, equiparada à marginalidade e composta por uma "minoria" de sujeitos potencialmente perigosos e anormais (o "mal") e o mundo, decente, da normalidade, representado pela maioria na sociedade (o "bem").

A violência é, desta forma, identificada com a violência individual (de uma minoria) a qual se encontra, por sua vez, no centro do conceito dogmático de crime, imunizando a relação entre a criminalidade e as violências institucional e estrutural.

E é este potencial de periculosidade social, que os positivistas identificaram com anormalidade e situaram no coração do Direito Penal[6] que justifica a pena como meio de defesa social e seus fins socialmente úteis: a prevenção especial positiva (recuperação do criminoso mediante a execução penal) assentada na ideologia do tratamento que impõe, por sua vez, o princípio da individualização da pena como meio hábil para a elaboração de juízos de prognose no ato de sentenciar.[7]

Logo, trata-se de defender a sociedade destes seres perigosos que se apartam ou que apresentam a potencialidade de se apartar do normal (prognóstico científico de periculosidade) havendo que ressocializá-los ou neutralizá-los (Bustos Ramírez *in* Bergalli e Bustos Ramírez, 1983(b), p. 17)

Este saber causal gerou, pois, um saber tecnológico: não apenas o diagnóstico da patologia criminal, mas acompanhada do remédio que cura.

Instaura-se, desta forma, o discurso do combate à criminalidade (o "mal") em defesa da sociedade (o "bem") respaldado pela ciência. A possibilidade de uma explicação "cientificamente" fundamentada das causas enseja, por extensão, uma luta científica contra a criminalidade erigindo o criminoso em destinatário de uma política criminal de base científica. A um passado de periculosidade confere-se um futuro: a recuperação.

Obviamente, é um modelo consensual de sociedade que opera por detrás deste paradigma, segundo o qual não se problematiza o Direito Penal — visto como expressão do interesse geral — mas os indivíduos, diferenciados, que o violam. A sociedade experimenta uma única e maniqueísta assimetria: a divisão entre o bem e o mal.

As representações do determinismo/criminalidade ontológica/periculosidade/anormalidade/tratamento/ressocialização se complementam num círculo extraordinariamente fechado conformando uma percepção da criminalidade que se encontra, há um século, profundamente enraizada nas agências do sistema penal e no senso comum.

(6) Foi Garofalo (1983) quem, projetando as concepções antropológicas e sociológicas do positivismo para o Direito Penal, formulou o conceito de "temibilidade do delinqüente" significando a perversidade constante e ativa do delinqüente e a quantidade do mal previsto que há que se temer por parte dele, depois substituído pelo termo mais expressivo de periculosidade.

(7) E justifica, também, a introdução das medidas de segurança por tempo indeterminado. Pois elas devem durar até que o criminoso apareça recuperado para a vida livre e honesta.

3. O "labelling approach"[8] e o paradigma da reação social: uma revolução de paradigma em criminologia.

Este paradigma, com o qual nasceu a Criminologia como ciência no final do século XIX liberta-se, assim, de suas condições originárias de nascimento para se transnacionalizar em grande escala permanecendo, não apenas na Europa, na base de posteriores desenvolvimentos da disciplina, inclusive os mais modernos que, à indagação sobre as causas da criminalidade, forneceram respostas diferentes das antropológicas e sociológicas do positivismo originário e que nasceram, em parte, da polêmica com ele (teorias explicativas de ordem psicanalítica, psiquiátrica, multifatoriais, etc.). (Baratta, 1982(b), p. 29)

Mas enquanto a Criminologia européia permanece relativamente estanque, do ponto de vista epistemológico, é no mundo anglo-saxão, em particular na América do Norte que experimentará um posterior desenvolvimento, sobretudo como Sociologia Criminal, assumindo a dianteira teórica da disciplina e preparando o terreno para uma mudança de paradigma em Criminologia.[9]

Foi assim que a introdução do *labelling approach*, devido sobretudo à influência de correntes de origem fenomenológica (como o interacionismo simbólico e a etnometodologia) na sociologia do desvio e do controle social e de outros desenvolvimentos da reflexão histórica e sociológica sobre o fenômeno criminal e o Direito penal determinaram, no seio da Criminologia contemporânea, a constituição de um paradigma alternativo relativamente ao paradigma etiológico: o paradigma da "reação social" (*social reation approach*) do "controle" ou da "definição". (Baratta, 1983(b), p. 147 e 1991(a), p. 225)

Modelado pelo interacionismo simbólico[10] e a etnometodologia[11] como es-

(8) O 'labelling approach' e designado na literatura, alternativa e sinonimicamente, por enfoque (perspectiva ou teoria) do interacionismo simbólico, etiquetamento, rotulação ou ainda por paradigma da "reação social" (social reation approach), do "controle" ou da "definição". Ele surge nos Estados Unidos da América em finais da década de 50 e inícios da década de 60 com os trabalhos de autores como H. Garfinkel, E. Gofmann, K. Ericson, A. Cicourel, H. Becker, E. Schur, T. Scheff, Lemert, Kitsuse entre outros, pertencentes à "Nova Escola de Chicago" com o questionamento do paradigma funcional até o momento dominante dentro da Sociologia norte-americana.
Considera-se H. Becker, sobretudo através de seu já clássico" Outsiders" (publicado em 1963) o fundador deste paradigma criminológico. E na verdade, "Outsiders" persiste ainda como a obra central do *labelling*, a primeira onde esta nova perspectiva aparece consolidada e sistematizada e onde se encontra definitivamente formulada a sua tese central.

(9) É justamente este desenvolvimento da Criminologia desde os anos 30 do nosso século que Baratta (1991(a), p. 35 e s. e 1982(b), p. 33/36) reconstrói para demonstrar que, não obstante demarcado num sistema jurídico e numa Ciência do Direito Penal muito diversos dos característicos da Europa Ocidental, preparou o terreno para esta mudança paradigmática que ocorre, pois, como um processo sem solução de continuidade na história da disciplina.

(10) Direção da Psicologia Social e da Sociolingüística inspirada em Charles Cooley e George H. Mead.
Do interacionismo devolvido por Mead, cuja tese central pode ser resumida em que a sociedade é interação e que a dinâmica das instituições sociais somente pode ser analisada em termos de processos de interação entre seus membros, se derivaram diversas escolas dentre as quais a "Escola de Chicago" à qual pertencem Lemert e Becker, a escola dramatúrgica de Goffman e a Etnometodologia.
O interacionismo simbólico representa uma certa superação da antinomia rígida das concepções antropológicas e sociológicas

quema explicativo da conduta humana (o construtivismo social) o *labelling* parte dos conceitos de "conduta desviada" e "reação social", como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.

Uma conduta não é criminal "em si" (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a "definição" legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a "seleção" que etiqueta e estimagtiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas.

Conseqüentemente, não é possível estudar a criminalidade independentemente desses processos. Por isso, mais apropriado que falar da criminalidade (e do criminoso) é falar da criminalização (e do criminalizado) e esta é uma das várias maneiras de construir a realidade social (Baratta, 1982(b), p. 35; Pablos de Molina, 1988, p. 581/583; Hassemer, 1984, p. 81/2; Hulsman, 1986, p. 127/8; Alvarez, 1990. p. 15/6 e 21).

Esta tese, da qual provém sua própria denominação ("etiquetamento", "rotulação") se encontra definitivamente formulada na obra de Becker (1971, p. 19) nos seguintes termos: "*os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cujas infração constitui o desvio e aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las de marginais (estranhos). Desde este ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma conseqüência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um "ofensor". O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta); a conduta desviante é a conduta assim chamada pela gente*".

Numa segunda aproximação, a criminalidade se revela como o processo de interação entre ação e reação social de modo "*que um ato dado seja desviante ou não depende em parte da natureza do ato (ou seja, se quebranta ou não alguma regra), e em parte do que outras pessoas fazem a respeito*" (Becker, 1971, p. 13)

Pois, ainda no dizer de Becker (1971, p. 14) "*devemos reconhecer que não*

do comportamento humano, ao evidenciar que não é possível considerar a sociedade — assim como a natureza humana — como dados estanques ou estruturas imutáveis. A sociedade, ou seja, a realidade social, e constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. O comportamento do homem é assim, inseparável da "interação social" e sua interpretação não pode prescindir desta mediação simbólica (Alvarez G. 1990, p. 19; Dias e Andrade, 1994, p. 344/5)

(11) Direção inspirada na sociologia fenomenológica de Alfred Shutz. Segundo a etnometodologia, também, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer objetivamente, mas o produto de uma "construção social" obtida mediante um processo de definição e de tipificação por parte dos indivíduos e grupos diversos. Conseqüentemente, para o interacionismo e a etnometodologia, estudar a "realidade social" (por exemplo, a conduta desviada e a criminalidade) significa, essencialmente, estudar esses processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos para chegar às construções mais complexas, como a própria ordem social (Baratta, 1991(a), p. 85/6; Dias e Andrade, 1984, p. 54)

podemos saber se um certo ato vai ser catalogado como desviante até que seja dada a resposta dos demais. O desvio não é uma qualidade presente na conduta mesma, senão surge da interação entre a pessoa que comete o ato e aqueles que reagem perante o mesmo".

Ao afirmar que a criminalidade não tem natureza ontológica, mas social e definitorial e acentuar o papel constitutivo do controle social na sua construção seletiva, o *labelling* desloca o interesse cognoscitivo e a investigação das "causas" do crime e, pois, da pessoa do autor e seu meio e mesmo do fato-crime, para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal.

Como objeto desta abordagem o sistema penal não se reduz ao complexo estático das normas penais mas é concebido como um processo articulado e dinâmico de criminalização ao qual concorrem todas as agências do controle social formal, desde o Legislador (criminalização primária), passando pela Polícia e a Justiça (criminalização secundária) até o sistema penitenciário e os mecanismos do controle social informal. Em decorrência, pois, de sua rejeição ao determinismo e aos modelos estáticos de comportamento, o *labelling* conduziu ao reconhecimento de que, do ponto de vista do processo de criminalização seletiva, a investigação das agências formais de controle não pode considerá-las como agências isoladas umas das outras, auto-suficientes e auto-reguladas mas requer, no mais alto grau, um *approach* integrado que permita apreender o funcionamento do sistema como um todo. (Dias e Andrade, 1984, p. 373/4).

Neste sentido, não apenas a criminalização secundária insere-se no *continuum* da criminalização primária, mas o processo de criminalização seletiva acionado pelo sistema penal se integra na mecânica do controle social global da conduta desviada de tal modo que para compreender seus efeitos é necessário apreendê-lo como um subsistema encravado dentro de um sistema de controle e de seleção de maior amplitude. Pois o sistema penal não realiza o processo de criminalização e estigmatização à margem ou inclusive contra os processos gerais de etiquetamento que tem lugar no seio do controle social informal, como a família e a escola (por exemplo, o filho estigmatizado como "ovelha negra" pela família, o aluno como "difícil" pelo professor etc.) e o mercado de trabalho, entre outros (Hassemer, 1984, p. 82; Coñde, 1985, p. 37).

E desta perspectiva relativizado fica tanto o lugar do Direito e da Justiça Penal no controle social formal quanto o lugar deste em relação ao controle social global.

Assim, ao invés de indagar, como a Criminologia tradicional, "quem é criminoso?", "por que é que o criminoso comete crime?" o *labelling* passa a indagar "quem é definido como desviante?", "por que determinados indivíduos são definidos como tais?", "em que condições um indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?", "que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?, quem define quem?" e, enfim, com base em que leis sociais se distribui e concentra o poder de definição? (Baratta, 1991(a), p. 87; Dias e Andrade, 1984, p. 43).

Daí o desenvolvimento de três níveis explicativos do *labelling approach,* cuja ordem lógica procede aqui inverter:

a) um nível orientado para a investigação do impacto da atribuição do *status* de criminoso na identidade do desviante (é o que se define como "desvio secundário"[12]; b) um nível orien-

(12) Este nível prevalece entre os autores que se ocuparam particularmente da identidade e das carreiras desviadas, como Howard Becker, Edwin M. Schur e Edwin M.

tado para a investigação do processo de atribuição do *status* de criminoso ("criminalização secundária" ou processo de seleção);[13] c) um nível orientado para a investigação do processo de definição da conduta desviada (criminalização primária)[14] que conduz, por sua vez, ao problema da distribuição do poder social desta definição, isto é, para o estudo de quem detém, em maior ou menor medida, este poder na sociedade. E tal é o nível que conecta o *labelling* com as teorias do conflito (Baratta, 1991(a), p. 87; Pablos de Molina, 1988, p. 588 e 592/3).

A investigação se desloca, em suma, dos controlados para os controladores e, remetendo a uma dimensão macrosociológica, para o poder de controlar. Pois ao chamar a atenção para a importância do processo interativo (de definição e seleção) para a construção e a compreensão da realidade social da criminalidade, o *labelling* demonstrou também como as diferenças nas relações de poder influenciam esta construção (Hulsman, 1986, p. 127). Assenta, pois, na recusa do monismo cultural e do modelo do consenso como teoria explicativa da gênese das normas penais e da sociedade, que constituía um pressuposto fundamental da Criminologia positivista.[15]

Manifesta é, pois, a ruptura epistemológica e metodológica operada com a Criminologia tradicional, traduzida no abandono do paradigma etiológico-determinista (sobretudo na perspectiva bio-psicológica individual) e na substituição de um modelo estático e descontínuo de abordagem por um modelo dinâmico e contínuo que o conduz a reclamar a redefinição do próprio objeto criminológico.[16]

Opera por este caminho como se auto-atribuem seus representantes e a literatura em geral subscreve, um verdadeiro salto qualitativo — uma "revolução" de paradigma no sentido kuhneano — consubstanciado na passagem de um paradigma baseado na investigação das causas da criminalidade a um paradigma baseado na investigação

Lemert a quem se deve o conceito de "desvio secundário" (secondary deviance) que teorizado pela primeira vez em seu "Social Pathology" em 1951, foi por ele retomado e aprofundado em "Human Deviance, social problems and social control" (1972) tendo se convertido num dos tópicos centrais do labelling.
Relacionando-se com um mais vasto pensamento penalógico e criminológico crítico sobre os fins da pena, este nível de investigação põe em evidência que a intervenção do sistema penal, em especial as penas privativas de liberdade, ao invés de exercerem um efeito reeducativo sobre o delinqüente, determinam, na maior parte dos casos, uma consolidação de uma verdadeira e própria carreira criminal, lançando luz sobre os efeitos criminógenos do tratamento penal e sobre o problema não resolvido da reincidência. De modo que seus resultados sobre o "desvio secundário" e sobre as carreiras criminosas representam a negação da concepção reeducativa da pena e da ideologia do tratamento (Baratta, 1991(a), p. 89 e 116).

(13) Tal é o processo de aplicação das normas penais pela Polícia e a Justiça, que corresponde ao importante momento da atribuição da etiqueta de desviante (etiquetamento ou rotulação).

(14) Correspondente ao processo de criação das normas penais, em que se definem os bens jurídicos a serem protegidos, as condutas que serão criminalizadas e as respectivas penas numa determinada sociedade. Não obstante, não se limitam a análise das definições legais, levando também em consideração (com maior ou menor ênfase) as definições informais dadas pelo público em geral (definições do "senso comum").

(15) A respeito ver Becker (1971, p. 26).

(16) Ruptura que se traduz, por outro lado, na desqualificação das estatísticas oficiais como instrumento fundamental de acesso à "realidade" criminal, devido às insuperáveis aporias a que conduziam do ponto de vista gnoseológico.

das condições da criminalização, que se ocupa hoje em dia, fundamentalmente, da análise dos sistemas penais vigentes (natureza, estrutura e funções). A Criminologia contemporânea desenvolvida na base deste paradigma, especialmente a Criminologia crítica, tende a transformar-se, assim, de uma teoria da criminalidade em uma teoria crítica e sociológica do sistema penal (Bergalli, *in* Bergalli e Bustos Ramírez, 1983(a), p. 146/7; Baratta, 1991(a), p. 167 e 1982(b), p. 40/1; Alvarez, 1990, p. 15/6 e 31; Muñoz Gonzalez, 1989; Hassemer, 1984, p. 84; Larrauri, 1991, p. 1; Pavarini, 1987, p. 127).

Além dos já referidos resultados da investigação sobre o impacto do etiquetamento podemos enunciar, ainda que sumariamente, um conjunto de resultados irreversíveis deste paradigma sobre a seletividade do sistema penal que, oriunda dos demais níveis referidos, reconhece nele uma complexa formulação.[17]

Desde o ponto de vista das definições legais, a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria perigosa da população e em todos os estratos sociais. Se a conduta criminal é majoritária e ubíqüa e a clientela do sistema penal é composta, "regularmente", em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas, dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos. E não, como pretende o discurso penal oficial, uma incriminação (igualitária) de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime. A conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo. Pois os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas (Zaffaroni, 1987, p. 22 e 32; Baratta, 1982(b), p. 35, 1991(a), p. 172 e 1993, p. 49).

Desta forma, a minoria criminal "perigosa" a que se refere a explicação etiológica (Criminologia positivista) resulta de que as possibilidades (chances) de resultar etiquetado, com as graves conseqüências que isto implica, se encontram desigualmente distribuídas. E um dos mecanismos fundamentais desta distribuição desigual da criminalidade são precisamente os estereótipos de autores e vítimas que, tecidos por variáveis geralmente associadas aos pobres (baixo status social, cor, etc.) torna-os mais vulneráveis à criminalização; é "o mesmo estereótipo epidemiológico do crime que aponta a um delinqüente as celas da prisão e poupa a outro os seus custos" (Dias e Andrade, 1984, p. 552).

A clientela do sistema penal é constituída de pobres não porque tenham uma maior tendência para delinqüir mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como criminosos.

Em suma, como conclui Sack, a criminalidade (a etiqueta de criminoso) é um "bem negativo" que a sociedade (controle social) reparte com o mesmo critério de distribuição de outros bens positivos (o *status* social e o papel das pessoas: fama, patrimônio, privilégios, etc.) mas em relação inversa e em prejuízo das classes sociais menos favorecidas. A criminalidade é o exato oposto dos bens positivos (do privilégio). E, como tal, é submetida a meca-

(17) Tais resultados são tributários de três outros campos de investigação em que o *labelling* se baseia: as aquisições da teoria jurídica relativamente à tese do papel criador do juiz, as investigações sociológicas relativas à criminalidade de colarinho branco, à cifra negra da criminalidade e a crítica das estatísticas criminais.

nismos de distribuição análogos, porém em sentido inverso à distribuição destes.

4. A desconstrução epistemológica do paradigma etiológico: a traição da criminologia à matriz positivista de ciência

É importante então pontualizar como esta mudança de paradigma permitiu evidenciar o déficit causal do paradigma etiológico e desconstruir seus fundamentos epistemológicos a partir da constatação de que o substrato ontológico que confere à criminalidade não se apóia, em absoluto, sobre a criminalidade como fenômeno ou fato social, mas sobre o Direito e o sistema penal.

É que a Criminologia positivista tem como referente para a individualização do seu objeto a própria lei penal e os resultados finais e contingentes do processo de criminalização acionado pelo sistema penal investigando assim a criminalidade tal como resultante de uma dupla seleção.

Em primeiro lugar, das definições legais de crime e das estatísticas oficiais e em segundo lugar, da seleção dos criminosos deste modo tornados disponíveis para a observação e experimentação clínica através da prisão e dos manicômios.

Ao aceitar que crime é a concreção de uma conduta legalmente definida como tal já não pode investigar a criminalidade como fenômeno social, mas apenas enquanto definida normativamente. Na própria delimitação de seu objeto já se realiza, pois, uma subordinação da Criminologia ao Direito Penal. E ao identificar os criminosos com os autores das condutas legalmente definidas como tais e, mais do que isso, com os sujeitos etiquetados pelo sistema como criminosos, identifica população criminal com a clientela do sistema penal. Neste nível sua dependência metodológica estende-se da normatividade ao resultado da própria operacionalidade, altamente seletiva, do sistema penal. Seu laboratório de experimentação que, coerentemente com o interesse originário na investigação da criminalidade como fenômeno, deveria ser a sociedade converte-se, na prática, nas prisões e manicômios[18] (Platt, 1980; Zaffaroni, 1991, p. 44; Dias e Andrade, 1984, p. 66; Pavarini, 1988, p. 53/4; Pablos de Molina, 1988, p. 583).

Assim, o criminólogo positivista não conhecerá nunca o "fenômeno" da prostituição, do tráfico de drogas, do crime organizado, etc., podendo conhecer algumas mulheres, traficantes e mafiosos, por exemplo, que foram selecionados pelo sistema. E isto vale independentemente para todas as formas de criminalidade.

Pelo que se chega "*a uma conclusão verdadeiramente paradoxal: o positivismo criminológico que havia se dirigido para a busca de um fundamento natural, ontológico, da criminalidade, contra toda sua boa intenção é a demonstração inequívoca do contrário; ou seja, de que a criminalidade é um fenômeno normativo. Certamente impossível de ser conhecido desde um ponto de vista fenomenológico*" (Pavarini, 1988, p. 54).

Suas teorias etiológicas somente podem concluir, pois, por causas indissociáveis e exclusivamente ligadas ao tipo de pessoas que integram a clientela do sistema, buscando nelas todas as variáveis que expliquem sua diversidade com respeito aos sujeitos normais, com exclusão, todavia, do próprio processo criminalização, que aparece como o fundamento da diversidade. É sobre os baixos estratos sociais, portanto, que recai o estigma da periculosidade e da maior tendência para delinqüir.

[18] Basta lembrar a engenharia lombrosiana de medição e quantificação de crânios dos presos italianos, imortalizada no Museu de Turim.

É precisamente esta situação de dependência — na qual a Criminologia positivista se encontra na própria definição de seu objeto de investigação — e as aporias daí resultantes, que dão lugar ao profundo questionamento de seu *status* científico levando a concluir que "*a sua pretensão de proporcionar uma teoria das causas da criminalidade não tem justificação do ponto de vista epistemológico*" (Baratta, 1982(a), p. 29 e 1983(b), p. 146).

E isto porque uma investigação causal-naturalista não é aplicável a objetos definidos por normas, convenções ou avaliações sociais ou institucionais, já que fazê-lo acarreta uma "coisificação" dos resultados destas definições normativas que aparecem como "coisas" que existem independentemente delas. A "criminalidade", os "criminosos" são, sem dúvida, objetos deste tipo. E são impensáveis sem a intervenção da reação social e penal (Barata, 1983, p. 146).

Em síntese, pois, a aporia desta Criminologia consiste em que ela se declara como uma ciência causal-explicativa da criminalidade, exclui a reação social de seu objeto (centrando-se na ação criminal) quando é dela inteiramente dependente; ao mesmo tempo em que se apóia, aprioristicamente, numa noção ontológica da criminalidade. Assim, ao invés de investigar, fenomenicamente, o objeto criminalidade, este aparece já dado pela clientela das prisões e dos manicômios que constitui então a matéria-prima para a elaboração de suas teorias criminológicas, com base nas estatísticas oficiais.

A coisificação da criminalidade produzida pelo paradigma etiológico comporta então, como reverso da medalha, uma grave conseqüência. Esta matéria-prima é obtida e coincide, não se sabe em virtude de que harmonia preestabelecida, com o produto da reação social e penal a qual, segundo a hipótese de que parte este paradigma, deveria ser indiferente para a existência do seu objeto de investigação, porque de existência ontológica.

Chegamos, assim, a um ponto fundamental. A partir desta desconstrução epistemológica fica claro como a Criminologia positivista, mesmo nas suas versões mais atualizadas (através da aproximação "multifatorial"), não opera como uma instância científica "sobre" a criminalidade, mas como uma instância interna e funcional ao sistema penal, desempenhando uma função imediata e diretamente auxiliar, relativamente a ele e à política criminal oficial.[19]

Neste sentido, não apenas coloca seu próprio saber (causal e tecnológico) a serviço dos objetivos declarados do sistema, mas produz (e reproduz) o próprio discurso interno que os declara, avalizando, do ponto de vista da ciência, uma imagem do sistema que é dominada por esses objetivos. A sua contribuição para a racionalização do sistema é, sobretudo, uma contribuição legitimadora (autolegitimação oficial) (Baratta, 1983(a), p. 152).

Verifica-se, desta forma, uma autêntica traição criminológica aos pressupostos epistemológicos do positivismo científico.

5. A criminologia positivista como ciência do controle sócio-penal: das promessas às funções latentes e reais

Pois não se trata de "explicar" causalmente a criminalidade, mas de instrumentalizar e justificar, legitimando-a, a seleção da criminalidade e a estigmatização dos criminosos operada pelo sistema penal. E não se trata igualmente, de "combatê-la", porque a

(19) É por isso que o seu universo de referências é praticamente imposto pelo mesmo sistema e ela é obrigada a pedir-lhe a definição do seu próprio objeto de investigação.

função do sistema é, precisamente, a de construí-la ou geri-la seletivamente.

Com seu proceder, a Criminologia positivista contribui para mistificar os mecanismos de seleção e estigmatização ao mesmo tempo em que lhes confere uma justificação ontológica de base científica (uma base de marginalização científica aos estratos inferiores). Contribui, igualmente, para a produção e reprodução de uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade e do criminoso vinculada aos baixos estratos sociais — que condiciona, por sua vez, a seletividade do sistema penal — num círculo de representações extraordinariamente fechado que goza — repita-se — de uma secular vigência no senso comum em geral e nos operadores do sistema penal em particular.

Ao definir-se, pois, como ciência causal-explicativa, a Criminologia positivista oculta o que na verdade sempre foi: uma "ciência do controle social" (Anyar de Castro, 1987, p. 22/32) que nasce como um ramo específico da ciência positivista para instrumentalizá-lo e legitimá-lo.[20]

Tal contributo legitimador é destacado por Pavarini (1980, p. 49/54) ao assinalar que "*foi precisamente pela aprovação determinante do positivismo criminológico que o sistema repressivo se legitimou como defesa social. O conceito de defesa social tem subjacente uma ideologia cuja função é justificar e racionalizar o sistema de controle social em geral e o repressivo em particular. (...) A defesa social é portanto uma ideologia extremamente sedutora, enquanto é capaz de enriquecer o sistema repressivo (vigente) com os atributos da necessidade, da legitimidade e da cientificidade*". Conseqüentemente, a sobrevivência secular desta Criminologia e suas representações da criminalidade, na ciência e no senso comum, para além de sua desconstrução epistemológica, se explica pelo cumprimento de outras funções latentes e reais, distintas das prometidas. Eis aí o fascínio pelo qual saiu da academia para ganhar as ruas e legitimar o sistema penal, em uma palavra, como ciência do controle social.

[20] A respeito, ver também Bustos Ramirez in Bergalli e Bustos Ramirez, 1983b, p. 17; Olmo, 1984; Pavarini, 1988; Taylor, Walton e Young, 1990; Bergali e Bustos Ramirez.

6. Bibliografia

ALVAREZ G., Ana Josefina. El interacionismo o la teoria de la reacción social como antecedente de la criminologia crítica in: ALVAREZ G., Ana Josefina et al. *Criminologia Crítica.* México: Universidad Autónoma de Querétaro, 1990, p. 15/31.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida. Florianópolis, 1994.

Tese (Doutorado em Direito) — Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1994. p. 504.

ANYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia de la Liberación.* Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987.

BARATTA, Alessandro. Criminologia y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In: Mir Puig, Santiago et al. *Política criminal y reforma del derecho penal.* Bogotá: Temis, 1982(a), p. 28/63.

——. Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad. *Nuevo Foro Penal.* Bogotá, n. 15, p. 737/749, jul./set. 1982(b).

——. *Criminologia crítica y crítica del derecho penal:* introducción a la Sociologia jurídico-penal. Tradução por Alvaro Bunster. México: Siglo Veintiuno, 1991(a).

BECKER, H. *Los extraños.* Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1971.

BERGALLI, Roberto, Bustos Ramirez, Juan (Coords.). *El pensamiento criminológico I.* um análisis crítico. Barcelona: Península, 1983(a).

——. *El pensamiento criminológico II.* Estado y control. Barcelona: Península, 1983(b).

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal.* Barcelona: Bosch, 1975.

——. Para uma ciência crítica do direito penal. *Revista de Direito Penal.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, n. 25, p. 7.12, jan./jun. 1979.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia:* o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1984.

FERRI, Henrique. Princípios de direito criminal. Tradução por Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Ed. Saraiva, 1931.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir.* História da violência nas prisões. Tradução por Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987.

GAROFALO, R. *Criminologia:* estudo sobre o delito e a repressão penal. Tradução por Júlio Matos. São Paulo: Teixeira & Irmãos-ed., 1983.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal.* Tradução por Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HULSMAN, Louk, Bernat de Celis, Jacqueline. *Penas Perdidas:* o sistema penal em questão. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro, Luam, 1993.

KAISER, Günther. *Criminologia.* Uma introducción a sus fundamentos científicos. Tradução por José Belloch Zimmerman. Madrid: Espasa-Calpe, 1983.

LAMNEK, Siegfried. *Teorias de la criminalidad.* México: Siglo Veintiuno, 1980.

LARRAURI, Elena. El surgimento de las alternativas a la cárcel: un nuevo triunfo del humanitarismo? *Papers,* Barcelona, n. 4, p. 53/65, 1988.

——. *La herencia de la criminologia crítica.* Madrid, Siglo Veintiuno, 1991.

LEMERT, Edwin M. The folkwais and social control. *American Sociological Review,* Whashington, n. 7, p. 394/389, 1942.

——. Human deviance, *social problems and social control.* Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1972.

LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso.* Tradução por Maria Carlota Carvalho Gomes, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.

MUÑOZ GONZALEZ: Luz. La criminologia "radical", la "nueva" y la criminologia "critica": matizaciones y precisiones en torno a sus nombres. *Eguskilore.* San Sebastián, n. 2, p. 267/282, Oct. 1989.

OLMO, Rosa de. *América Latina y su Criminologia.* México: Siglo Veintiuno, 1984.

PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia. Manual de Criminologia. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación.* Teorias criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução por Ignacio Munagorri. México: Siglo Veitiuno, 1988.

PLATT, Tony. Perspectivas para uma criminologia radical nos EUA. In: Taylor, Walton, Young (Org.). *Criminologia Crítica.* Tradução por Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro, Graal, 1980, p. 113/134.

SOUZA, Moacyr Benedicto de. *A influência da Escola positiva no direito penal brasileiro.* São Paulo: Editora Universitária do Direito, 1982.

TAYLOR, Ian. Walton Paul, Young, Jock. *La nueva Criminologia,* contribuición a una teoria social de la conducta desviada. Tradução por Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

7 — POLÍCIA E DIREITO

ABUSO DE PODER X PODER DE POLÍCIA[1]

ÁLVARO LAZZARINI

Sumário: 1. Introdução — 2. Uso e abuso de poder — 3. Poder de Polícia e seus limites — 4. Controle administrativo e judiciário do abuso de poder no exercício do poder de polícia — 5. Conclusão

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

1. Introdução

O uso do poder é um dos mais polêmicos e intrigantes temas defrontados por todo agente público, ou seja, pela pessoa física que exerce alguma atividade estatal e tem o dever de decidir e impor a sua decisão ao particular, também pessoa física ou, então, pessoa jurídica.

A Administração Pública, no dizer de Jean Rivero,[2] deve satisfazer o interesse geral e não o conseguirá se se encontrar colocada em pé de igualdade com os particulares, pois as vontades destes, determinadas por motivos puramente pessoais, colocam a sua — a da Administração Pública — em xeque sempre que as colocar em presença dos constrangimentos e sacrifícios que o interesse geral exige. Foi, bem por isso, que a Administração recebeu o poder de vencer essas resistências, certo que as suas decisões obrigam, uma vez que se presumem legítimas, diante do princípio jurídico da verdade e legitimidade de seus atos. A Administração Pública, portanto, não necessita obter o consentimento dos interessados e pode, assim, prosseguir na execução de seus atos, certo que — ainda no ensino de Jean Rivero — pela tradicional expressão *Poder Público* "deve entender-se esse conjunto de prerrogativas concedidas à Administração para lhe permitir fazer prevalecer o interesse geral".

Para isso a Administração Pública tem um importante instrumento jurídico, um poder instrumental, denominado *Poder de Polícia*, que a autoriza a exercer os atos coercitivos necessários a fazer, quando colidentes, esse interesse geral prevalecer sobre o interesse individual.

O *Poder de Polícia*, porém, tem barreiras que, se ultrapassadas, levam ao exercício anormal desse poder administrativo, ou seja, levam ao arbítrio, à arbitrariedade, ao abuso de poder, ao abuso de autoridade, sujeitando o agente público responsável, de qualquer dos Poderes Políticos e nível hierárquico, às sanções legais, de natureza administrativa, criminal e civil.

2. Uso e abuso de poder

Todo agente público — agente político ou administrativo — exerce poder

(1) Palestra sobre o tema na *I Jornada Brasileira de Direito Penal e Direito Processual Penal*, promovida pela Universidade Federal de Sta. Catarina, a convite de seu Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis-SC, 26 de maio de 1995.

(2) Rivero, Jean. *Direito administrativo*, trad. de Rogéro Ehrhardt Soares, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1981, p. 15.

administrativo, de que resulta a sua autoridade pública, conforme a sua investidura legal e, assim, esfera de competência. A autoridade de um agente político ou administrativo, porém, é *prerrogativa* da função pública exercida, corresponda essa função a um cargo ou não.

A *autoridade pública*, portanto, não é privilégio pessoal de quem quer que seja, pois, como focalizado, ela está inserida nas funções do órgão público a que se integra a pessoa física do agente público, seja Chefe do Poder Executivo e seus Ministros ou Secretários, ou, então, Parlamentares, Magistrados, Membros do Ministério Público, Conselheiros dos Tribunais de Contas, Membros do Corpo Diplomático, todos como *agentes políticos do Estado*, como também aqueles servidores públicos, os *agentes administrativos do Estado*, que constituem a grande massa dos agentes públicos e têm, assim, a sua *autoridade pública* reconhecida de acordo com a respectiva investidura legal.

A Constituição da República, no seu art. 37, *caput*, deixa isso certo, quando prevê o *princípio da impessoalidade* a ser observado pela Administração Pública. Esse "*princípio* ou *regra da impessoalidade* da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal. Por conseguinte, o administrado não se confronta com o funcionário "x" ou "y" que expediu o ato, mas com a entidade cuja vontade foi manifestada por ele".[3]

O agente público, ao certo, cumpre seus deveres funcionais de modo rotineiro, premido que está assim fazê-lo pelos *princípios jurídicos* que informam e disciplinam as atividades da Administração Pública e, agora, com dignidade constitucional, como previsto no art. 37, *caput*, da vigente Constituição da República em relação aos *princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da impessoalidade e da publicidade*. E isso ocorre mesmo naquelas decisões de natureza discricionária, onde a sua vontade está limitada, pois, há a barreira da legalidade, como também a decorrente dos *princípios da realidade* e *da razoabilidade*.

Como sempre observou Hely Lopes Meirelles,[4] "*O uso do poder* é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há de ser usado normalmente, *sem abuso*. Usar normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública. O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, da violência contra o administrado constituem formas abusivas do uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram. O uso do poder é lícito; o abuso, sempre ilícito. Daí por que todo ato abusivo é *nulo*, por excesso ou

(3) Da Silva, José Afonso. *O Município na Constituição de 1988*, 1.ª ed., 1989, São Paulo, p. 19; idem *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10.ª ed., 1995, Malheiros Editores, São Paulo, p. 615; Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 5.ª ed., 1994, Editora Atlas, São Paulo, p. 64.

(4) Lopes Meirelles, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*, 20.ª ed., atualizada por Andrade Azevedo, Eurico de *et alii*, 1995, Malheiros Editores, São Paulo, p. 94.

desvio de poder", isto é, respectivamente, quando a autoridade pública pratica ato não inserido na esfera de competência decorrente de sua investidura legal ou, então, se competente, o elemento psicológico do ato tem motivos ou fins diversos daqueles objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público.

Hely Lopes Meirelles, ainda examinando o tema aqui enfocado, lembrou que o *abuso de poder* "Ora se apresenta ostensivo como a truculência, às vezes dissimulado como o estelionato, e não raro encoberto na aparência ilusória dos atos legais. Em qualquer desses aspectos — flagrante ou disfarçado — o abuso do poder é sempre uma ilegalidade invalidadora do ato que a contém".

Caio Tácito,[5] na sua clássica monografia sobre "O Abuso de Poder Administrativo no Brasil (Conceito e Remédios)", examina a circunstância de que "*Autoridade* e *legalidade* são conceitos antinômicos que, no entanto, se completam. O intervencionismo do Estado aumenta o poder das autoridades administrativas. Novos meios de ação lhes são atribuídos, mas o uso deles não pode exceder à margem da lei. Deve o administrador gozar de uma área de competência ampla, dentro da qual possa agir com desenvoltura. Ao controle da legalidade incumbe, porém, o patrulhamento das fronteiras, de modo a vedar as execuções abusivas e manter o poder discricionário em seus domínios legítimos. No plano jurídico, a administração funciona sob um regime de liberdade vigiada: tudo lhe é permitido fazer, em benefício do interesse público, salvo aquilo que ofenda a lei. A noção de legalidade fiscaliza a atividade discricionária, sem nela interferir, a não ser quando exorbitante."

O *abuso de poder* ocorre tanto por *ação* como por *omissão*, tendo lembrado Hely Lopes Meirelles[6] que ambas as formas — *comissiva* e *omissiva* — são capazes de afrontar a lei e causar lesão a direito individual do administrado, asseverando também que "A inércia da autoridade administrativa — observou Caio Tácito (anota o saudoso administrativista) — deixando de executar determinada prestação de serviço a que por lei está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual. É forma omissiva de abuso de poder, quer o ato seja doloso ou culposo."

De qualquer modo o agente público que abuse do seu poder sujeita-se às sanções que o ordenamento jurídico brasileiro possa indicar, mesmo em face do *princípio da impessoalidade* já mencionado, porque, como ensina José Afonso da Silva,[7] em lição também adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro,[8] "A *personalização*, ou seja, a individualização do funcionário, pode ser recomendável, quando atue não como expressão da vontade do Estado, mas como expressão de veleidade, capricho ou arbitrariedade pessoal. Então, como nota Gordillo, 'o ataque ou impugnação concreta à pessoa do funcionário só é um meio de lograr que ela mesma ou seu superior corrija o fato ou omissão danosa'. A *personalização* vale assim para imputar ao funcionário uma falta e responsabilizá-lo perante a Administração Pública, a fim de que esta lhe imponha a punição cabível".

O *uso* e o *abuso de poder*, portanto, como de início afirmado,[9] é um dos

(5) Tácito, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil (Conceito e Remédios)*, 1959, Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, p. 26.

(6) Lopes Meirelles, Hely. Obra e ed. cits. p. 95

(7) Da Silva, José Afonso. Obras, ed. e pp. cits.

(8) Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Obra, ed. e p. cits.

(9) Infra n.º 1, *Introdução*.

mais polêmicos e intrigantes temas defrontados por todo agente público, ou seja, pela pessoa física que exerce alguma atividade estatal e tem o dever de decidir e impor a sua decisão ao particular, também pessoa física ou pessoa jurídica de direito privado ou, até mesmo, de direito público.

Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas,[10] a propósito da Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regula a responsabilidade civil, penal e administrativa nos casos de abuso de autoridade (abuso de poder), atestaram que "Trata-se de assunto extremamente interessante e bem pouco comentado pelos estudiosos. É com constância que temos notícia de situações em que a ação é discutida, existindo sérias dúvidas sobre sua legitimidade. E pouco há a consultar."

Mais interessante, polêmico e intrigante se torna o assunto quando ele diz respeito ao exercício de atividade decorrente do *Poder de Polícia*, seja exercício de atividade de *polícia administrativa* ou então de *polícia judiciária*, seja ele de responsabilidade de autoridade administrativa ou então autoridade legislativa ou judiciária.

3. Poder de Polícia e seus limites

Quem assegura a *ordem pública*, e em especial o seu aspecto *segurança pública*, é a *polícia*.

A idéia de polícia é inseparável da idéia de Estado, como observa José Cretella Júnior,[11] invocando o magistério de Rafael Bielsa. Atribui-se, aliás, a Honoré de Balzac[12] a afirmação de que "os governos passam, as sociedades morrem, *a polícia é eterna*". Ela o é porque, na realidade, as nações podem deixar de ter as suas forças armadas. Nunca, porém, podem prescindir da sua força pública, isto é, da sua polícia.[13]

E no estudar *polícia* e os *limites da sua atividade*, a fim de evitar que ela descambe para o arbítrio, para a arbitrariedade, para o abuso do poder, para o abuso da autoridade de polícia, não se pode deixar de lado o estudo do Poder *de* Polícia e o do Poder *da* Polícia.

Polícia designa, em sentido estrito, o conjunto de instituições, fundadas pelo Estado, para que, segundo as prescrições legais e regulamentares estabelecidas, exerçam vigilância para que se mantenha a *ordem pública* e se assegure o bem-estar coletivo, garantindo-se a propriedade e outros direitos individuais.[14]

No ensinamento de José Cretella Júnior,[15] "ao passo que a *polícia* é algo em concreto, é um conjunto de atividades coercitivas exercidas na prática dentro de um grupo social, o *poder de polícia* é uma *facultas*, uma faculdade, uma possibilidade, um direito que o Estado tem de, através da *polícia*, que é uma força organizada, limitar as atividades nefastas dos cidadãos. (...) O *poder de polícia* legitima a ação da polícia e a sua própria existência".

(10) Passos de Freitas, Gilberto e Vladimir. *Abuso de Autoridade*, 1979. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 1.

(11) Cretella Júnior, José. *Conceituação do Poder de Polícia*. "Revista dos Advogados". Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, n.º 17, abril/1985, p. 53.

(12) Balzac, Honoré. *Revista Super Interessante*, Ano 2, n.º 5, maio de 1988, Editora Abril, São Paulo, p. 82.

(13) Lazzarini, Alvaro *et alii*. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, 2.ª ed., 1987, Forense, Rio de Janeiro, p. 19.

(14) De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*, v. III, 1.ª ed., 1963, Forense, Rio de Janeiro, verbete *Polícia*, p. 1.174.

(15) Cretella Júnior, José. *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª ed., 1972, José Bushatsky Editora, São Paulo, p. 229.

No seu *Tratado de Direito Administrativo*, o mesmo publicista[16] acrescenta que "Se a *polícia* é uma atividade ou aparelhamento, o *poder de polícia* é o *princípio jurídico* que informa essa atividade, justificando a *ação policial*, nos *Estados de Direito*", continuando por afirmar que, por sua vez, o "Poder *da* Polícia é a possibilidade atuante da polícia, é a polícia quando age. Numa expressão maior, que abrigasse as designações que estamos esclarecendo" — insiste José Cretella Júnior — "diríamos: em virtude do poder *de* polícia o poder *da* polícia é empregado pela polícia a fim de assegurar o bem-estar público ameaçado".

Com essas noções torna-se possível afirmar — e conceituar[17] — que "Como poder administrativo, assim, o *Poder de Polícia*, que legitima o poder *da* política e a própria razão dela existir, é um conjunto de atribuições da Administração Pública, como *poder público* e indelegáveis aos entes particulares, embora possam estar ligados àquela, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades".

Podemos examinar, agora, os limites desse poder instrumental da Administração Pública, ou seja, as barreiras do *Poder de Polícia*, mesmo sem adentrar em pormenores da distinção que deve ser feita entre polícia *administrativa* e polícia *judiciária*, a primeira atuando *preventivamente* antes do cometimento do ilícito, seja administrativo ou criminal, e a segunda, atuando só após a prática do ilícito criminal, por não ser de sua competência legal a repressão ao ilícito administrativo. Ao órgão com competência de polícia *judiciária* só cabe a denominada polícia *repressiva*, na apuração de infrações penais, como *auxiliar* da Justiça Criminal, embora seja órgão que não a integra, pois, integrante do Poder Executivo.

De qualquer modo, porém, o *Poder de Polícia* não é ilimitado, não é carta branca para quem exerce atividade de Administração Pública fazer ou deixar de fazer alguma coisa ao seu alvedrio, ao seu arbítrio.

No prisma legal,[18] considera-se "regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder".

Como se verifica, a norma legal impõe *barreiras* ou *limites* que devem ser instransponíveis, pois, abrigam as atividades humanas, protegendo-as contra os desmandos dos governantes e administradores, *barreiras* ou *limites* esses que são de três ordens, pelo magistério escorreito de José Cretella Júnior:[19] "os direitos dos cidadãos; as prerrogativas individuais; as liberdades públicas garantias pelas Constituições e pelas leis".

A própria liberdade de ação do órgão policial, hoje, está adstrita à sua *competência legal*, isto é, cada órgão policial tem o exercício do *Poder de Polícia* limitado à sua esfera de competência,

(16) Cretella Júnior, José. *Tratado de Direito Administrativo*, v. V, 1.ª ed., 1968, Forense, Rio de Janeiro, p. 51.

(17) Lazzarini, Alvaro. *Limites do Poder de Polícia*. "Revista de Direito Administrativo", n.º 198, out./dez. 1994, Editora Renovar/FGV Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, p. 74.

(18) Art. 78, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, com a redação dada pelo Ato Complementar n.º 31, de 28 de dezembro de 1966).

(19) Cretella Júnior, José. *Lições de Direito Administrativo*, ed. e p. cits.

porque, no dizer autorizado e sempre lembrado de Caio Tácito,[20] "A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em *direito administrativo*, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. *Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito.* A *competência* é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador."

Deve, portanto, ficar assentado que o *Poder de Polícia, forçosamente, deve sofrer limitações*, como, por exemplo, as previstas na Constituição da República e relativas às liberdades pessoais, à manifestação do pensamento e à divulgação pela imprensa, ao exercício das profissões, ao direito de reunião, aos direitos políticos, à liberdade do comércio, etc. O *Código Civil*, igualmente, cuida de limitar o exercício dos direitos individuais, quando o condiciona ao seu *uso normal*, proibindo, no seu art. 160, o seu *abuso*, o *abuso do direito*.

Como lembrou Hely Lopes Meirelles,[21] "Os limites do poder de polícia administrativa são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados na Constituição da República (...). Do absolutismo individual evoluímos para o relativismo social. Os Estados democráticos como o nosso inspiram-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Daí o equilíbrio a ser procurado entre a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum. Em nossos dias e no nosso País predomina a idéia da relatividade dos direitos, porque, como bem o adverte Ripert, *'o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por conseqüência, simplesmente relativo'* (*O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*, Ed. Saraiva, 1937, p. 233)".

É correto, portanto, o raciocínio de José Cretella Júnior[22] ao sustentar que "Do mesmo modo que os *direitos individuais* são relativos, assim também acontece com o *poder de polícia* que, longe de ser onipotente, incontrolável, é circunscrito, jamais podendo pôr em perigo a liberdade e a propriedade. Importando, regra geral, o *poder de polícia*, restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, para que não se configure o *abuso de poder*. Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do *ato de polícia*. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação. A coexistência da *liberdade individual* e o *poder público* repousam na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito da conveniência ou do interesse público é, assim, pressuposto necessário à limitação dos direitos dos indivíduos. Escreve Mário Masagão: 'Pode a *polícia preventiva* fazer tudo quanto se torne útil a sua missão, desde que com isso não viole direito de quem quer que seja. Os direitos que principalmente confinam a atividade da polícia administrativa são aqueles que, por sua excepcional importância, são declarados na própria Constituição'".

(20) Tácito, Caio. Obra e ed. cits., p. 27.

(21) Lopes Meirelles, Hely. *Poder de Polícia e Segurança Nacional*, 1972. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, p. 11; idem, *Direito Administrativo Brasileiro*, 18.ª ed., 1993, atualização cit. p. 119.

(22) Cretella Júnior, José. *Polícia e Poder de Polícia*, "Revista de Direito Administrativo", Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, n.º 162, p. 31/32.

Nesse contexto todo, como se verifica, entre a temática da cidadania, cuidadosamente estudada por Vera Regina Pereira de Andrade,[23] em dissertação que, partindo do discurso jurídico da cidadania, de fato, caminhou ampliando as argumentações, interpelando-se por facetas que, invisíveis a esse discurso, visaram fundamentar o porquê de suas limitações analítico-políticas, acabando por gerar inúmeras problemáticas que, reconhecidamente, permanecem em aberto.

Bem por isso, na "Conclusão" dessa sua dissertação, Vera Regina Pereira de Andrade[24] formulou proposta de "ser fundamental promover-se o diálogo do saber jurídico através da constituição de uma teoria jurídica que, suplantando o nível puramente teórico, articule *teoria* e *práxis* (conhecimento e realidade) mediante uma postura dialética sobre o Direito, a partir de seu próprio interior: as relações de força na sociedade", continuando por afirmar que "No mesmo movimento, parece ser fundamental promover-se o diálogo do saber jurídico com os demais saberes, de forma a superar a clausura monológica a que o condenam o positivismo e o liberalismo. Uma teoria crítica das relações sociais, que promova a articulação das complexas relações *teoria/práxis*, parece ser uma possibilidade de superação das construções dogmáticas, mantenedoras do *status quo* e um caminho para a construção de um saber jurídico comprometido com a transformação democrática da sociedade e o encaminhamento de efetivas soluções para os problemas nacionais entre os quais a cidadania ocupa destacado lugar".

Deve-se, verdadeiramente, buscar o *bem comum*, que é missão primordial do Estado, pois, para isso ele foi constituído. É missão a ser desempenhada por meio de uma legislação adequada, instituições e serviços capazes de controlar, ajudar e regular as atividades privadas e individuais da vida nacional, fazendo-as convergir para o *bem comum*, afirmando José Cretella Júnior[25] que a segurança das pessoas e dos bens é o elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana.

É fundamental no campo do saber jurídico conhecer o importantíssimo capítulo do Direito Administrativo que é o *Poder de Polícia*, porque, conhecendo-o nos seus detalhes essenciais, ao certo, Administração Pública e administrado ficam em condições de conhecer dos seus limites, ou seja, a Administração terá condições de aquilatar até onde poderá exercitar este seu poder administrativo sem que ele lese o direito do administrado, enquanto que este aquilatará até que ponto deverá respeito ao ato de polícia, como tal considerado o que decorre do exercício do *Poder de Polícia*.

Para tanto não se pode descartar, mais uma vez, o ensino de José Cretella Júnior[26] ao abordar o tormentoso tema dos *limites* ou *barreiras do Poder de Polícia*, quando então, com acuidade ímpar e coragem moral, observa que o *Poder de Polícia* deve ser discricionário e não arbitrário, mas, fixado o conceito, ficamos diante do mais crucial, relevante e moderno problema do direito público: "onde termina o *discricionário*? onde principia o *arbitrário*?"

(23) Pereira de Andrade, Vera Regina. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*, 1993, Editora Acadêmica, São Paulo, 143 páginas.

(24) Pereira de Andrade, Vera Regina. Obra e ed. cits., p. 137.

(25) Cretella Júnior, José. *Lições de Direito Administrativo*, ed. cit., p. 227.

(26) Cretella Júnior, José. *Polícia e Poder de Polícia*. "Revista de Direito Administrativo", editora cit., n. 162, p. 30.

Na articulação das complexas relações *teoria/práxis*, a que aludiu Vera Regina Pereira de Andrade, não se poderá desconhecer essa realidade do dia-a-dia, ou seja, a tormentosa questão com que se defrontam os operadores do direito público, sejam juristas ou simples policiais que desempenham suas ingratas missões na rua, fora do recesso dos gabinetes e dos manuais de Direito Administrativo ou de Direito Processual Penal e, muitas vezes, devendo decidir diante de normas jurídicas amplas e vagas, na dinâmica do cumprimento da missão policial, da qual não pode fugir do estrito cumprimento do dever legal de, *em defesa da cidadania*, fazer aquelas escolhas críticas em fração de segundo, a que aludiu George L. Kirkham,[27] ilustre Professor da Escola de Criminologia da Universidade da Flórida, Estados Unidos da América, em artigo intitulado "De Professor a Policial", crítica escolha esta que será sempre tomada com aquela incômoda certeza de que outros, *aqueles que tinham tempo de pensar*, estariam prontos para julgar e condenar aquilo que fizeram ou aquilo que não tinham feito.

O intelectual, bem por isso, ao teorizar a respeito do que ora se examina, deve afastar-se da sua ideologia — que Jorge Amado[28] diz ser "a desgraça de nossa época" — e, diante da *práxis* (Atividade prática; ação, exercício, uso. No marxismo, o conjunto das atividades humanas tendentes a criar as condições indispensáveis à existência da sociedade e, particularmente, à atividade material, à produção; prática[29]), deve distinguir, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto,[30] três sistemas de limites ao exercício da discricionariedade no poder de polícia, em especial o de *segurança pública*, ou seja, os sistemas que decorram dos *princípios da legalidade, da realidade* e da *razoabilidade.*

Demonstra o ilustre publicista pátrio que "A *legalidade* conforma o primeiro e o mais importante dos sistemas de limite; é a moldura normativa dentro da qual deve-se conter o exercício do poder de polícia de segurança", certo que "não obstante, mesmo que a *ilegalidade* não possa ser *diretamente* aferida, mediante simples contrasteamento com o comando legal, ainda será possível, mediante os dois outros sistemas de limites, submeter o exercício de poder de polícia de segurança pública, como de resto, qualquer ato discricionário, a uma tutela indireta ou oblíqua da *ilegalidade*".

A *realidade* é o segundo sistema, pois, não basta — continua Diogo de Figueiredo Moreira Neto — "que estejam diretamente observados os parâmetros legais. É preciso que os pressupostos de fato do exercício do poder de polícia de segurança pública sejam *reais*, bem como realizáveis as suas conseqüências. *A vigência do direito não comporta fantasias.* O *irreal* tanto não pode ser a fundamentação como tampouco pode ser o objeto de um ato do Poder Público. Enquanto limite, a *realidade* também resulta óbvia, pois o mediano bom-senso pode detectar a

(27) Kirkham, George L. *De Professor a Policial.* "Seleções do Reader's Digest". Março de 1975, Brasil, p. 84; idem transcrição em "A Força Policial", ed. da Polícia Militar do Estado de São Paulo, out./nov./dez 1994, n. 4, p. 23/29.

(28) Amado, Jorge. Entrevista para a "Revista da Folha", encartada na edição de domingo, dia 24.4.94, da "Folha de S.Paulo".

(29) Holanda Ferreria, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2.ª ed., 1986, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, verbete *Práxis*, p. 1.378.

(30) Figueiredo Moreira Neto, Diogo de. *Considerações sobre os limites da discricionariedade do exercício do Poder de Polícia de Segurança Pública.* Intervenção em Painel sobre o Tema, no 1.º Congresso Brasileiro de Segurança Pública, Fortaleza, Ceará, maio de 1990.

inconsistência da atuação policial se não se manifestam como *reais* ou *realizáveis* os motivos e objetos considerados, respectivamente, como fundamentos e resultados visados".

A *razoabilidade* comparece, por fim, como o terceiro sistema de limite, que, se ultrapassado, demonstra, a exemplo dos dois anteriores, *abuso de poder*, *abuso de autoridade*. Diogo de Figueiredo Moreira Neto a seu propósito afirma que "modernamente pode-se estabelecer para distinguir a *discrição do arbítrio*. Seu envolvimento mais recente deixa patente sua maior sofisticação, a começar do referencial, que é o de mais difícil trato doutrinário e o mais elusivo na prática operativa: a *finalidade*. De modo amplo, a *razoabilidade* é uma relação de coerência que se deve exigir entre a manifestação da vontade do Poder Público e a *finalidade* específica que a lei lhe adscreve".

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, agora na sua monografia sobre *Legitimidade e Discricionariedade*,[31] em novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade, reafirma que a sua sistematização parte de *dois princípios* que ao tempo de Forsthoff não tinham curso e que hoje ganham os mais sérios tratamentos de doutrina e ascendem até aos projetos constitucionais, ou seja, "São dois *princípios técnicos* que não existem autonomamente mas servem de instrumentos para que se afirmem os *princípios substantivos:* são eles o *princípio da realidade* e o *princípio da razoabilidade*".

O *princípio da razoabilidade*, aliás, foi expressamente acolhido pela Constituição Paulista de 1989, no seu art. 111, que o tornou obrigatório ao lado daqueles outros enunciados na Constituição da República de 1988, isto é, os da *legalidade, impessoalidade, moralidade* e *publicidade.*

Como se verifica, e o afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro,[32] "A discricionariedade não é mais a liberdade de atuação limitada pela *lei*, mas a liberdade de atuação limitada pelo Direito (...) À medida que o *princípio da legalidade* adquire conteúdo material antes desconhecido, aos limites puramente formais à discricionariedade administrativa, concernentes à *competência* e à *forma*, outros foram sendo acrescentados principalmente pela jurisprudência dos países em que o papel do Poder Judiciário não se resume à aplicação pura e simples da *lei formal*, mas se estende à tarefa de *criação do direito*".

Há, portanto, uma evolução na doutrina jurídica administrativa para que o *Poder de Polícia* não se converta em arbítrio, em arbitrariedade, em abuso de poder, em abuso de autoridade.

4. Controle administrativo e judiciário do abuso de poder no exercício do poder de polícia

Convertendo-se, porém, em arbítrio, em arbitrariedade, em abuso de poder, em abuso de autoridade, quer por excesso de poder quer por desvio de finalidade, o ato de polícia há de ser controlado, pelos mecanismos que o ordenamento jurídico pátrio prevê, sob pena de outro arbítrio, arbitrariedade, abuso de poder ou abuso de autoridade, como se queira denominar, ser praticado por quem deva apurar o fato constitutivo do abuso.

A Constituição da República, por exemplo, entre outras de suas normas, no art. 5.º, a todos assegura, independente do pagamento de taxas, o *direito*

(31) Figueiredo Moreira Neto, Diogo de. *Legitimidade e Discricionariedade*, 1.ª ed., 1989, Editora Forense, Rio de Janeiro, p. 37.

(32) Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Editora Atlas, São Paulo, 1991, p. 171.

de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra *ilegalidade* ou *abuso de poder* (inciso XXXIV, letra "a"). Assegura também *Habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por *ilegalidade* ou *abuso de poder* (inciso LXVIII), certo que "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela *ilegalidade* ou *abuso de poder* foi autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (inciso LXIX).

Em nível infraconstitucional, o Brasil conta com a Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, a denominada "Lei do Abuso de Autoridade", que regula o *direito de representação* e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de *abuso de autoridade*, lei essa que, para se tornar mais eficaz, teve acrescentada às suas disposições que "A falta de representação do ofendido, nos casos de abuso previstos na Lei 4.898, de 9.12.1965, *não obsta à iniciativa ou ao curso da ação pública*" (Lei 5.249, de 9 de fevereiro de 1967).

Escrevendo sobre *A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil*, Oscar Vilhena Vieira[33] pondera no sentido de que, para a fruição dos direitos dos indivíduos, "é necessário que o Estado seja estruturado de uma forma específica voltada a limitar o seu *poder*. A regra fundamental desse modelo de Estado é a separação de poderes, sendo garantida aos indivíduos a possibilidade de recorrerem a um *poder judiciário* todas as vezes que se virem ameaçados em seus direitos. Toda ordem estatal, todas suas autoridades e decisões, inclusive as legais, devem estar submetidas a esses direitos. Nesse sentido, a idéia de Estado de Direito se torna um elemento essencial à consolidação, aprofundamento e sobrevivência do regime democrático. A democracia — continua Oscar Vilhena Vieira — exige essa normalidade, pois fora dela não há como se falar em *garantia de direitos*. Pressupõe um ambiente estruturado com base numa racionalidade legal, dotado de instituições jurídicas que respondam a uma ética própria do espaço público. Toda vez que esse sistema for colocado em xeque a democracia estará em risco".

Optante do *sistema judiciário* ou *sistema inglês de jurisdição única no controle dos atos da Administração Pública* — e por conseqüência dos atos de polícia —, o Brasil, dentro *dos direitos e garantias fundamentais* que reconhece, inseriu no art. 5.º, inciso XXXV, da sua Constituição de 1988 que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", assegurando, no entanto, aos acusados em geral, no processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5.º, inciso LV).

Qualquer dos modos de *abuso de poder* — por *excesso de poder* ou por *desvio de poder* —, não necessitará, porém, de controle jurisdicional por parte do Poder Judiciário se a própria Administração Pública, em um autocontrole, exercitar outros dois poderes administrativos que lhe são inerentes, ou seja, o *poder hierárquico* e o *poder disciplinar*.

Os órgãos superiores ao que praticou o ato de polícia, com efeito, ao invés de um corporativismo que os desacredita perante a comunidade, devem considerar o quanto está examinado até

(33) Vilhena Vieira, Oscar et alii. *Direito, Cidadania e Justiça*, coord. de Di Giorgi, Beatriz, Campilongo, Celso Fernandes e Piovesan, Flávia, 1.ª ed., 1995, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 191.

aqui, na *fiscalização* desse ato de polícia de modo a lhe garantir a sua *legalidade e conveniência*, devendo ser lembrado que dentro do *Poder Hierárquico*, o superior funcional tem o dever legal de, *ordinariamente*, proceder ao controle *preventivo* ou *sucessivo* do ato de seu subordinado para verificar sua *legalidade*, ou seja, a sua conformação com o *princípio de legalidade*, bem como a sua *conveniência* quanto aos efeitos do ato e quanto aos meios empregados para a sua execução.[34]

Falhando o *controle administrativo*, porque o superior, por ação ou omissão, referendou o *abuso de poder* de seu subordinado, restará ao administrado que se sinta prejudicado a busca do *controle jurisdicional do ato de polícia*, através do órgão judiciário competente em razão da matéria.

Nada impede que, ao invés do *controle administrativo*, desde logo, se procure o amparo do Poder Judiciário, dado o texto do art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição da República, anteriormente transcrito. O Brasil não adotou o *sistema do contencioso administrativo*, de origem francesa. O *controle judiciário*, como se sabe, é sempre feito *a posteriori*, através das ações adequadas previstas no ordenamento processual brasileiro, como os referidos *habeas corpus* e *mandado de segurança*.

Quando, porém, haja *abuso de poder* que não viole o *direito de locomoção* ou *direito líquido e certo não amparado por habeas corpus*, o denominado *procedimento comum, ordinário* ou *sumário*, como previsto no art. 272 do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, é o meio adequado para o controle judicial do ato, se outro não deva ser o procedimento especial regido pelas disposições que lhe forem próprias.

Nesses procedimentos, deve ser assegurada a ampla dilação probatória para demonstrar *cabalmente* a ilegitimidade do ato de polícia que, como qualquer outro ato administrativo, goza de *presunção de legitimidade*, decorrente do *princípio da legitimidade ou veracidade dos atos da Administração Pública, presunção* esta que, por ser *juris tantum*, só pode ser infirmada por prova cabal em contrário.

De qualquer modo, porém, desde que demonstrado *abuso de poder* no exercício do *Poder de Polícia*, deverá o superior hierárquico ou o órgão judiciário que dele conheceu providenciar a responsabilização do agente público que o cometeu. O órgão judiciário, fazendo cumprir o art. 40 do Código de Processo Penal e o órgão administrativo, instaurando o devido procedimento administrativo, sob pena de prática do delito de *condescendência criminosa* (art. 320 do Código Penal e 322 do Código Penal Militar), nos casos de *indulgência*, se outra não for a causa psicológica da conduta do superior.

A aplicação da Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, Lei do Abuso de Autoridade, torna-se obrigatória, inclusive quanto ao procedimento criminal especial previsto nos seus arts. 12 e ss, certo que a ação de responsabilidade civil observará as normas do Código de Processo Civil (art. 11).

No que se refere às *sanções administrativas* previstas no art. 6.º, § 1.º, da Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, é mais do que evidente, embora alguns possam vislumbrar algo em contrário, que elas só se referem às autoridades federais e não às estaduais e municipais, em face da *autonomia* dos Estados Federados (art. 25 da Constituição da República) e dos Municípios (art. 30 da Constituição da República).

(34) Masagão, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, 5.ª ed., 1974, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 151/154, p. 63/64.

Quando o *abuso de poder* for cometido por autoridade policial militar não poderá o Juiz do processo criminal aplicar a pena do art. 6.º, § 3.º, letra "c", da Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, porque, a *perda do cargo* só pode ser decidida por *tribunal competente*, a teor do art. 125, § 4.º, última parte, da Constituição da República, ou seja, compete ao Tribunal competente, seja o Tribunal de Justiça ou o Tribunal de Justiça Militar dos Estados que o tenha, decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. Nas Forças Armadas, essa prerrogativa só é dos seus Oficiais, nos termos do art. 42, §§ 7.º e 8.º da Constituição da República.

Nesses casos, embora a Constituição da República não use o vocábulo, há *vitaliciedade* desses agentes públicos, aliás, como já decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal[35] e vem decidindo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[36] e o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo,[37] órgão do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, o que mereceu o aplauso de Jorge Alberto Romeiro,[38] Professor no Rio de Janeiro.

Em linhas gerais esses os meios de controle, administrativo e judiciário, do ato de polícia, a fim de coibir o *abuso de poder*. Merece, porém, ser lembrada, por bem pertinente, a observação de Odete Medauar[39] em *posfácio* da sua monografia sobre o *Controle da Administração Pública*. Diz a ilustre publicista paulista que "Os controles estudados enquadram-se no conceito jurídico ou técnico de controle, exposto inicialmente, segundo o qual dessa atuação decorre uma providência, medida ou ato do agente controlador. Por isso, deixaram de ser pesquisados os chamados *controles sociais*, ou *controles não institucionalizados*, tais como, *passeatas, manifestações de entidades da sociedade civil, manifestações de partidos políticos, abaixo-assinados, imprensa falada, escrita e televisiva, etc.* Embora tais atuações não culminem em medidas ou atos podem também contribuir, por suas próprias características de repercussão, para o aprimoramento da Administração Pública. Se a controlabilidade da Administração vincula-se à democracia, como expõe Bobbio, inquestionável se torna a necessidade de instituições de controle inseridas no processo de poder", evitando-se, por todos os meios legítimos, práticas *abusivas do poder* por quem detém o *Poder de Polícia.*

Mas, merece destaque todo especial, por correta que é, a lição do sempre lembrado José Cretella Júnior[40] no sentido de que "Julgando embora a *casos concretos*, o Poder Judiciário tem assinalado, de modo genérico, os *limites do poder de polícia*, sob a forma de regra ou própria finalidade, que é a promoção do bem público", pois, "o poder de polícia entra no conceito da defesa dos direitos e interesses sociais do Estado, cabendo aos tribunais dizer dos limites

(35) Recurso extraordinário n.º 121.533-0, de Minas Gerais, in "Revista Trimestral de Jurisprudência", set./1990, v. 133, p. 1.342/1.347.

(36) Apelação cível n.º 202.087-1, de São Paulo, in "Jurisprudência do Tribunal de Justiça", Lex Editora, São Paulo, mar./1995, v. 154, pp. 142-145; Embargos de declaração em apelação cível n.º 206.785-1, de São Paulo, in publicação cit., jan./1995, v. 164, p. 255/259.

(37) Ato de 17 de agosto de 1994, in "Diário Oficial de Justiça", 20 de agosto de 1994, Cad. 1, p. 157.

(38) Romero, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar.* 1994, Editora Saraiva, São Paulo, p. 226.

(39) Medauar, Odete. *Controle da Administração Pública*, 1993, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 181.

(40) Cretella Júnior, José. *Polícia e Poder de Polícia*, publ. cit., p. 32.

em que aquele exercício deve conter-se".

O Poder Judiciário, com efeito, é que, em última análise, faz a *Justiça do caso concreto*, porque, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco,[41] o Juiz é o artífice dessa *Justiça*, diante do caso concreto, devendo construí-la com mãos habilidosas, tendo a lei como instrumento e os seus sentimentos como fonte de inspiração, sentimentos esses, acrescenta-se, que estarão voltados à plena realização do Direito, na busca do *bem comum*.

5. Conclusão

Em conclusão, pode ser afirmado que *Poder Público é uma locução que encerra* o conjunto de prerrogativas que possibilitam à Administração Pública remover eventuais resistências que o administrado, pessoa física ou jurídica, oponha ao interesse social.

O *uso do poder* é legítimo, por parte da autoridade pública competente, só no interesse social.

A autoridade, porém, é a do órgão com atribuições para a prática do ato, não sendo privilégio da pessoa física que o integra, ou seja, do agente público que exerce a atividade estatal.

O *abuso de poder* ocorre quando o *poder* é usado anormalmente por órgão público sem competência para o ato ou, se competente, para satisfazer interesse particular em detrimento do interesse social.

O *Poder Público*, dentre as prerrogativas que lhe são concedidas, tem a do exercício do *Poder de Polícia*, poder instrumental da Administração Pública, sem o qual seria inane.

O *Poder de Polícia* só pode ser exercido pela Administração Pública, enquanto *Poder Público*, sendo assim *indelegável* a qualquer ente privado, seja ele pessoa natural ou jurídica de direito privado, embora da administração indireta, estando aí uma importante limitação ao exercício do *Poder de Polícia*, pois diz respeito à *competência* para a prática do *ato de polícia*.

O *ato* da *polícia* não será *ato de polícia* se praticado com *abuso de poder*, isto é, arbitrariamente, com arbítrio por *excesso de poder* ou por *desvio de poder*.

O *ato de polícia* é legítimo, por concretizar o *Poder de Polícia* da Administração Pública. O *ato da polícia*, que não seja *ato* de *polícia* por praticado com *abuso de poder*, é ilegítimo, por violar o *princípio da legalidade*.

Seja qual for o motivo da *arbitrariedade* caracterizadora do *abuso de poder*, quem a cometer sujeita-se às *sanções administrativas, penais* e *civis*, porque, o *Poder de Polícia*, conceitualmente dotado do atributo do *discricionarismo*, não se compadece com o *arbítrio* de quem o detenha.

Mesmo que o *ato de polícia* não possa ter a sua *ilegalidade* aferida *diretamente* pela sua comparação com o comando constitucional ou infraconstitucional, é possível submetê-lo à confrontação com o *princípio da realidade* e com o *princípio da razoabilidade*, ambos integrantes do *sistema de controle, administrativo e/ou judiciário, do Poder de Polícia*.

O *Poder de Polícia* tem os seus *limites* ou *barreiras* na legislação de regência da atividade policiada e, em especial, na Constituição da República, não se descartando o exame da *realidade do fato administrativo de polícia* e se a *ordem de polícia* está nos limites do que seja *razoável* esperar do Estado Democrático de Direito.

(41) Rangel Dinamarco, Cândido, *Discurso de posse como juiz de Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo*, "Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo", Lex Editora, São Paulo, v. 65, p. 280.

A Administração Pública, pelos seus órgãos censórios, tem *competência* para *fiscalizar*, preventiva ou sucessivamente, o *ato de polícia*, controlando eventual *abuso de poder* por parte do órgão que lhe está subordinado.

O Poder Judiciário, quando provocado por quem seja prejudicado pelo *abuso de poder*, deve proceder ao *controle jurisdicional do ato da polícia*, quando, *a posteriori*, fixará os *limites do Poder de Polícia* que foi exercido para o *caso concreto*, cabendo ao juiz do feito esse mister.

O *abuso de poder* não pode ser tolerado em relação àquele que use do *arbítrio* no exercício do *Poder de Polícia*, quer seja o que o praticou, quer seja aquele que o referendou, tácita ou expressamente.

Para conhecer dos seus limites, evitando nem sempre exatas especulações a respeito de *abuso de poder*, necessário se torna conhecer a doutrina do *Poder de Polícia*. Só assim a Administração Pública saberá o que exigir legitimamente do administrado, e este saberá até que ponto deve obediência ao *ato de polícia*, como concretização do *Poder de Polícia*.

7 — POLÍCIA E DIREITO

ASPECTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE

SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI

Sumário: 1. Conceituação — 2. Cautelaridade — 3. Infrações penais — 4. Momento da caracterização do flagrante — 5. Espécies de flagrante — 6. O flagrante real — 7. O quase-flagrante — 8. Flagrante esperado e provocado — 9. Bibliografia.

1. Conceituação

A palavra flagrante é originária do latim *flagrans, flagrantis* (derivado do verbo *flagrare*, que significa queimar).

A expressão flagrante delito exprime exatamente essa idéia: o crime está ardendo em chamas, queimando, ou, como diz Tourinho Filho, "está crepitando".[1]

Para Pontes de Miranda, "a prisão em flagrante não é medida policial. Quando a polícia exerce o poder de prender em flagrante não exerce poder de polícia: exerce ato estatal, como o que seria a prisão em flagrante feita por alguém do povo. Qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (cf. Código de Processo Penal, art. 301). A autoridade policial, essa, pode e deve prender quem seja encontrado em flagrante delito. Há, aí, o poder e o dever. Mas o poder é de tutela jurídica, poder estatal, que não se confunde com o poder de polícia".

E continua: "O poder de polícia é poder de inspetor ou bedel sem boa cafua (imagem de Julius Hatschek-Paul Kurtzig). Polícia não castiga, não pune: polícia evita. *Politiae est cura avertendi mala futura; pro morendae salutis cura non est proprie politiae.*[2]

O poder de prender em flagrante é contido no poder estatal, é poder do povo, que o poder constituinte e o poder legislativo ordinário regularam.

2. Cautelaridade

A prisão em flagrante é uma medida cautelar exclusiva do Direito Processual Penal. Os requisitos para a configuração da prisão em flagrante devem ser extraídos do CPP (arts. 301 e 302):

1. Ocorrência de uma infração penal, isto é, que alguém tenha praticado um fato típico;

2. Estado de flagrância, ou seja, uma das situações indicadas no art. 302 do CPP.

Em relação ao primeiro requisito, assim se expressam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho: "Ocorrendo qualquer das hipóteses de prisão em flagrante (art. 302, incs. I, II, III e IV, CPP), a custódia é automática

(1) Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, Ed. Saraiva, 14.ª ed., 1993, 3.º v., p. 373.

(2) *Comentários à Constituição de 1967*, RT, 2.ª ed., Tomo V, p. 217.

e imediata, pois a evidência da prática delituosa revela desde logo a presença do *fumus boni iuris*, além de indicar a necessidade de assegurar a eficácia das providências destinadas à persecução penal".[3]

Quanto ao *periculum in mora*, entendemos que não se configura na prisão em flagrante, pelo menos na concepção tradicional da doutrina deste requisito genérico das cautelares. Se ocorre uma das situações de flagrância, não há que se indagar sobre eventual perigo na demora do processo. Célere ou lenta a tramitação processual, o flagrante subsiste, desde que presentes os pressupostos dos arts. 301 e 302 do CPP e observadas as formalidades legais.

Alguns autores, aliás, já constataram a inadequação da exigência de *periculum in mora* das cautelares processuais penais de natureza pessoal, preferindo empregar a expressão *periculum libertatis*.[4]

De qualquer forma, não se pode negar a cautelaridade da prisão em flagrante, a única das prisões cautelares que se efetiva sem mandado judicial. A autorização emana da Constituição Federal (art. 5.º, LXI) e do Código de Processo Penal (art. 301).

3. Infrações penais

A Constituição Federal e o Código de Processo Penal referem-se a flagrante delito, mas tal expressão não deve ser limitada aos crimes (ou delitos).

No Brasil, de acordo com o art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.914, de 9.12.1941), temos duas espécies de infrações penais: crimes (ou delitos) e contravenções.

Ao disciplinar a prisão em flagrante a lei emprega uma palavra composta (flagrante delito) para definir uma situação e não para limitar a cautela aos delitos. Além disso, na indicação das modalidades de flagrante, o CPP emprega a expressão genérica (infração penal), que compreende os crimes e as contravenções.

Conclui-se, portanto, que o autor de uma contravenção penal pode ser preso em flagrante. Essa, aliás, era uma das formas de início do processo contravencional (art. 531 do CPP) antes da vigência da Constituição Federal de 1988. A doutrina não diverge a respeito desse assunto,[5] mas na reforma da legislação poder-se-ia cogitar da substituição da locução flagrante delito por flagrante, excluindo qualquer dúvida ainda existente.

4. Momento da caracterização do flagrante

A prisão em flagrante é admitida, em nossa legislação, no momento da execução ou da consumação da infração penal, ou ainda das hipóteses de quase-flagrante.

Toda infração penal, para ser consumada, passa necessariamente por quatro etapas — são as fases do chamado *iter criminis*: cogitação, atos preparatórios, atos de execução e consumação.

As duas primeiras fases são irrelevantes para o Direito Penal, pois somente com o início da execução pode configurar-se uma tentativa (Código Penal, art. 14, II). E, consumado o resultado, temos a infração penal completa e acabada, reunindo todos os elementos do tipo (art. 14, I, do CP).

(3) *As Nulidades no Processo Penal*, Malheiros Ed., 1992, p. 219.

(4) Cf. Antonio Magalhães Gomes Filhos, in *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, Ed. Saraiva, 1991, p. 65; e Fernando da Costa Tourinho Filho, ob. cit., p. 377.

(5) Cf. Damásio E. de Jesus, *Cód. de Proc. Penal Anotado*, Ed. Saraiva, 5.ª ed., 1986, p. 178.

A conjugação dos arts. 302 do Código de Processo Penal e 14 do Código Penal permite concluir que não pode haver flagrante na fase da cogitação ou durante os atos preparatórios de uma infração penal. Somente ficará configurado o estado de flagrância se houver, pelo menos, início de execução da infração penal.

5. Espécies de flagrante

O Código prevê quatro espécies de flagrante, no art. 302. A doutrina, entretanto, com o objetivo de melhor estruturar o estudo do tema, considera duas ou três as modalidades de flagrante delito.

Para Tourinho Filho, as duas primeiras hipóteses legais (o agente está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la) indicam o flagrante próprio. É impróprio o previsto no inciso III e presumido o último.[6]

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo classifica o estado de flagrância em duas modalidades: o real (art. 302, inc. I e II) e o virtual (inc. III e IV — pois ambos baseiam-se em presunção.[7]

Também são duas as espécies de flagrante para Rogério Lauria Tucci: flagrante real (as duas primeiras hipóteses do art. 302) e o quase-flagrante (as duas últimas). Esclarece que o flagrante real ocorre quando o criminoso é surpreendido no ato mesmo da prática delitiva, vale dizer, no fogo, no calor da ação *(dum fit deprehenditur)*; ou logo que a tenha cometido (*e o loco deprehenditur ubi fit*), isto é, imediatamente em seguida à sua efetuação, com vestígios ainda quentes, com as cinzas ainda fumegantes.

E completa: "Já o quase-flagrante se caracteriza pelas circunstâncias reveladoras de relacionamento pessoal, material e temporal entre o indigitado delinqüente e o cometimento delitivo, de um lado, e a retenção daquele, de outro: dessume-se da conduta ou estado da pessoa, ou de armas, objetos ou papéis que esteja ela portando, no momento imediatamente posterior ao do fato criminoso, a autoria da infração penal constatada".[8]

Já Hélio Tornaghi assume posição mais radical, ao considerar próprio ou real somente o flagrante indicado no inc. I do art. 302: "Os casos dos incs. II, III, e IV se assemelham num ponto, aliás negativo: em todos eles o crime já foi cometido".[9]

Para Magalhães Noronha, "as leis, em geral, consideram ambas as hipóteses flagrante delito, ressalvando-se, naturalmente, que a certeza no caso em que a pessoa é encontrada logo depois de cometer o crime não se reduz à presença no local, mas também à sua atitude, desalinho, manchas de sangue, lesões que apresente, tudo indicando ter sido o autor do delito".[10]

Essa divergência doutrinária, que já era notada na vigência do Código de Processo Criminal de 1832, não dificulta o pleno entendimento do assunto. Ao contrário, auxilia a distinção e a interpretação das quatro hipóteses previstas em lei para a caracterização do flagrante delito.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal deixa clara a existência das duas modalidades de flagrante, como bem observou José Frederico Marques: "A prisão em flagrante delito pode dar-se, ou ao ser o criminoso

(6) Ob. cit., p. 384.

(7) Da Prisão em flagrante, in *Jornal do Advogado*, abr. de 1970, n. 69, p. 13.

(8) *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*, Saraiva, 1980, p. 224.

(9) *Manual de Processo Penal*, Freitas Bastos, 1963, v. I, p. 477.

(10) *Curso de Direito Processual Penal*, Saraiva, 4.ª ed., 1971, p. 154.

surpreendido "na atualidade ainda palpitante do crime", ou "em circunstâncias que evidenciam sua relação com ele" (cf. Exposição de Motivos, n. VIII). No primeiro caso, existe o flagrante real, ocorrendo no segundo o chamado quase-flagrante".[11]

Neste estudo, seguiremos a orientação doutrinária que considera a existência de duas modalidades de flagrante delito: o real ou próprio (incs. I e II) e o quase-flagrante, ou presumido (incs. III e IV), procurando evidenciar as diferenças existentes entre eles.

6. O flagrante real

O momento da infração penal, para Tales Castelo Branco, na prática, em relação ao flagrante real ou próprio, pode ser considerado:

1. concomitante, isto é, apesar de já caracterizada a infração penal, o infrator ainda é encontrado na prática de atos constitutivos do mesmo; por exemplo, o caso de lesões corporais, em que o delinqüente, não obstante já ter ferido a vítima, continua ainda a vibrar-lhe golpes;

2. imediatamente posterior à prática do delito, ou seja, o infrator é apanhado no momento em que acaba de praticar o crime e resolve fugir ou retirar-se do local do crime.[12]

Não há, na prática, dificuldade no reconhecimento do flagrante real. Na primeira hipótese, a infração penal está na fase de execução ou na etapa de consumação. Na segunda, a infração acabou de ser praticada. Basileu Garcia assinala que na dicção "acaba de cometê-la (II) há indiscutivelmente o pensamento de rigorosa imediatidade".[13]

Essa relação de imediatidade entre a consumação da infração e a prisão é bem evidenciada por Tourinho Filho: "O agente deve ser encontrado imediatamente após a prática da infração, ou, como salienta Tornaghi, entre a prática do crime e o surpreendimento do autor não houve nenhum acontecimento (relevante). Se Ambrósio, ao chegar à porta do bar, encontrar Filipeu no chão, com o braço ferido, e, ali de pé, com a faca empunhada, José Camafeu, não há dúvida de que houve um verdadeiro flagrante, porquanto o surpreendimento do agente ocorreu quando o delito ainda estava em chamas, ainda crepitava".[14]

A diferença entre as duas espécies de flagrante real está na visualização da infração, ou de alguns atos de sua execução (pois o agente "está cometendo a infração penal"), no caso do inc. I do art. 302; e na constatação de que a infração foi praticada naquele momento (eis que o agente "acaba de cometê-la"), na hipótese do inc. II, sem a observação de qualquer ato de execução ou de consumação do delito.

Borges da Rosa assim se refere ao inc. II do art. 302: "Entende-se que o agente acaba de cometer a infração, quando já tem cessado o último ato de sua execução e ainda se acha no mesmo local do crime, logo após tê-lo cometido. Se está no mesmo local, mas já tem decorrido apreciável espaço de tempo, não mais se pode falar em flagrante delito porque já deixou de ocorrer o tempo imediatamente posterior à prática do último ato de execução".[15]

(11) *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, v. IV, 1965, p. 65.
(12) *Da Prisão em Flagrante*, Saraiva, 4ª ed., 1988, p. 42.
(13) *Comentários ao Cód. de Proc. Penal*, Forense, 1945, v. 3, p. 103.
(14) Ob. cit., p. 387.
(15) *Processo Penal Brasileiro*, Livr. do Globo, 1942, v. 2, p. 235.

São duas as situações, embora equiparadas, como bem demonstra Magalhães Noronha: "Uma coisa é ver-se um indivíduo desferir uma facada em outro, matando-o; outra é encontrar-se uma pessoa com um revólver na mão junto à que acaba de ser assassinada, pois a arma pode ser do assassino que, na precipitação da fuga, perdeu ou até da própria vítima. Garraud dá conta da distinção, dizendo que 'Nesse caso, não se pode falar com exatidão rigorosa que o delito seja flagrante: a chama, para levar até o fim a mesma figura, extinguiu-se; o que permanece são vestígios quentes ou cinzas ainda fumegantes'".[16]

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar *habeas corpus* impetrado em favor de acusado de homicídio preso algum tempo depois no interior de um hospital, assim decidiu:

"No caso, salta à evidência que o paciente não foi preso em seguida à prática delitiva nem sequer perseguido logo após o fato. Inocorrente, portanto, a figura do quase-flagrante ou do flagrante impróprio. Vem a propósito a lição de Espínola Filho: 'Para haver a figura assimilada à flagrância própria, consistente na perseguição em seguida ao crime, é preciso que entre o instante em que se efetuou a infração, e o em que é seguro, o autor não tenha tido um momento de tranqüilidade, liberto de perseguição, em qualquer modalidade que seja. Noutras palavras, que seja perseguido, sem solução de continuidade.' Essa hipótese não se verificou no caso *sub judice*. Sua prisão resultou de mera diligência policial, não de um estado legal de flagrância. Sua vinculação ao crime se deu mais pelas lesões que também sofrera, as quais determinaram sua ida ao hospital, onde veio a ser preso" (RJTJESP, 128/552, rel. Des. Renato Talli, 6.8.90).

(16) Ob. cit., p. 153.

7. O quase-flagrante

O flagrante impróprio, ou quase-flagrante, é previsto no Código de Processo Penal nos inc. III e IV do art. 302. São casos de extensão do conceito de flagrante, pois o autor da infração penal não é surpreendido durante a execução e nem acabou de cometê-la (incs. I e II). As hipóteses são de perseguição, logo após (inc. III) ou de encontro do infrator com instrumentos, armas, objetos ou papéis, logo depois (inc. IV). Em ambas, a lei presume que a pessoa, naquelas situações, seja o autor da infração penal.

A primeira modalidade de quase-flagrante é regida pelo verbo perseguir, que significa seguir de perto, ir atrás, ir no encalço. Segundo Tales Castelo Branco, este verbo tem tonalidade belicosa, ao transmitir uma idéia de atormentar, importunar, vexar com insistência, bem como de proximidade e de continuidade.[17]

A locução adverbial logo após suscita maiores dificuldades de interpretação, a exemplo do que ocorre em legislações de outros países (*temps voisin*, na França; *immediatamente dopo* ou *poco prima*, na Itália; *inmediatamente después*, na Espanha).

A Exposição de Motivos do nosso CPP fala em "atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este".

A leitura do inc. III permite concluir que a locução adverbial logo após se refere ao verbo é perseguido, e não a prisão do infrator. José Frederico Marques assinala que o autor da infração deve ser perseguido *incontinenti*, isto é, imediatamente em seguida à sua prática, e sem solução de continuidade até o instante em que é efetuada a sua prisão. No mesmo sentido, o entendimento de Espínola Filho.[18]

(17) Ob. cit., p. 51.

(18) *Elementos*, p. 68; *Código Anotado*, p. 333.

Outros juristas, como Tourinho Filho, procuram estabelecer um limite concreto à expressão: "Cremos que, se a perseguição ocorrer quatro ou cinco horas após a infração, já não se pode dizer tenha sido feita logo após a infração, e, assim, não há cuidar-se do flagrante".[19]

Na jurisprudência encontramos, com freqüência, uma tentativa de limitar o prazo de configuração do quase-flagrante do inc. III:

"Flagrante — Relaxamento — Intervalo aproximado de quatro horas entre a consumação do delito imputado e a prisão, não havendo perseguição e não sendo encontrados elementos incriminantes com os pacientes — Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida".[20]

"Prisão efetuada aproximadamente duas horas depois da prática da infração — Quase-flagrante caracterizado — Hipótese do inc. III do art. 302 do CPP."[21]

A lei não exprime medida exata em horas, minutos ou segundos. Mas a interpretação não pode ser tão ampla que desvirtude a noção de flagrante. Além disso, deve-se sempre atentar que a lei exige o início da perseguição logo após a prática da infração. Por isso, mesmo que a prisão se efetive horas depois, o quase-flagrante pode se caracterizar (se o infrator foi perseguido com insistência, logo após a consumação do delito).

A segunda modalidade de quase-flagrante tem como núcleo o verbo é encontrado, ou seja, achado, descoberto. A locução logo depois tem o mesmo sentido da empregada no inc. III (logo após), valendo, portanto, os mesmos conceitos acima emitidos.

José Frederico Marques explica que "na hipótese do art. 302, inc. IV, não se sabe, ainda, quem é o autor da infração penal. Por essa razão, a condição temporal que se externa, no texto legal, pela expressão logo depois, tem de ser entendida com maior rigor, ainda, que no quase-flagrante do art. 302, inc. III, do Código de Processo Penal. Imprescindível é, assim, que em rápida diligência, após praticada a infração, o delinqüente seja descoberto e preso por trazer consigo 'instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração'. Se o intervalo entre a prática do ato delituoso e a captura não for pequeno, poderá registrar-se — como disse o Des. Odilon da Costa Manso — 'uma feliz diligência da polícia', nunca, porém, o quase-flagrante".[22]

Nesta última hipótese de flagrante não se exige uma perseguição (requisito do inc. III), mas a descoberta casual do infrator não pode justificar o flagrante. O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que "não pode ser considerada em flagrante a prisão levada a efeito por mera casualidade, distante do local da cena delituosa, se seus executores ignoravam, até então, fosse o detido o autor do crime que averiguavam".[23]

Como o inciso se refere ao autor da infração, está subentendido que a prisão só pode ser efetivada por alguém sabedor da ocorrência. Caso contrário, a

(19) Ob. cit., p. 388.

(20) HC 128.049-3 — 4.ª Câm. Cr. do TJSP — 15.6.92 — v.u. — rel. Des. Dante Busana — RJTJESP, 138/534.

(21) RHC 63.042, DJU de 28.6.85, p. 10.680, cf. Damásio E. de Jesus, ob. cit., p. 179.

(22) Ob. cit., p. 68/69.

(23) Ap. 139.142 — Câm. Cr. Conj. do TJSP — rel. Des. Cunha Bueno — RT 527/304, de 24.4.79. Em sentido contrário: "A prisão por mera casualidade não descaracteriza a situação de flagrância" (6.ª Câm. do TACrim-SP, ap. n. 668.783-1, rel. Juiz Penteado Navarro — in *Caderno de Doutrina e Jurisprudência da APMP*, n. 22, p. 40).

redação seria genérica (autor de infração, ou, de uma infração).

Acórdão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo é bastante esclarecedor a respeito dessa questão: "O flagrante presumido não exige perseguição, mas é imprescindível que haja uma relação de imediatidade entre a prática da infração e a circunstância de ser o agente encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração. Ou seja, a expressão "logo depois", contida no artigo e inciso retromencionados, reclama brevidade. Ora, é essa relação de imediatidade, é essa brevidade, exigida pelo dispositivo legal, que falta na espécie".[24]

8. Flagrante esperado e provocado

Questão bastante debatida na doutrina e merecedora de atenção da jurisprudência é a relacionada com o flagrante esperado ou provocado, havendo súmula do STF nesse sentido: "Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". (Súmula 145).

Na aplicação de regra sumular, os intérpretes separaram duas situações bem distintas: a) agentes policiais, ou outras pessoas, ficam sabendo que um crime será praticado e ficam à espera do agente para evitar o delito e prender o sujeito ativo em flagrante; b) o sujeito é induzido, de forma insidiosa, à prática da infração, por pessoas que, ao mesmo tempo, tomam todas as providências para impedir a consumação do delito.

A primeira hipótese é de flagrante esperado, considerado legal pela doutrina e pelos julgados. Não se trata de crime putativo ou impossível (art. 17 do Código Penal), pois o agente pratica o fato por sua própria vontade e a interrupção do *iter criminis* é causada por circunstância alheia à vontade do sujeito. Configura-se, então, pelo menos um crime tentado (art. 14, inc. II, do Código Penal).

A Súmula 145 do STF é aplicável ao chamado crime de flagrante provocado, pois haverá crime impossível: além de ser induzido à prática da infração, esta jamais se consumará, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto (art. 17 do Código Penal).

Segundo Nélson Hungria, nesse caso somente na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito. Na realidade o seu autor é apenas o protagonista inconsciente de uma comédia. O elemento subjetivo do crime existe, mas sob o aspecto objetivo, não há violação da norma penal, senão uma insciente cooperação para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores. O desprevenido sujeito opera dentro de uma pura ilusão, pois, *ab initio*, a vigilância dos agentes policiais torna impraticável a real consumação do crime.[25]

Mas, na doutrina, há quem discorde da solução jurisprudencial, com Magalhães Noronha: "Desde que não haja ineficácia absoluta de meio ou impropriedade total de objeto, o crime não é impossível. Os que sustentam opinião diversa deveriam explicar qual a solução que dariam se, não obstante todas as providências tomadas, o executor lograsse a consumação, o que certamente não seria sobrenatural".[26]

A resposta é do próprio Hungria: se o bem jurídico é lesado ou efetivamente ameaçado, haverá crime autêntico.[27] Em

(24) HC 205.416-4, 7.ª Câm. do TACrim-SP, j. 21.3.91 — rel. Juiz Hélio de Freitas — RT 674/309. O caso é de roubo, praticado em São Paulo às 11:30 hs., e prisão efetivada no Guarujá, entre 16 e 17 horas.

(25) *Comentários ao Código Penal*, Forense, v. 1, Tomo 2, p. 107.

(26) *Direito Penal*, Saraiva, 1966, v. 1, p. 166.

(27) Ob. e loc. cit.

outras palavras: o agente demonstrou, na prática, que o crime não era impossível.

O próprio Supremo Tribunal Federal se encarregou de interpretar a referida súmula, conforme anota Damásio E. de Jesus: "A hipótese de que trata o verbete 145 da Súmula pressupõe a provocação ou o induzimento de autoridade, seja esse fato concretizado por ela de maneira direta, quer se concretize mediante seu concurso. A provocação ou induzimento é necessário à configuração do crime putativo no caso. Não se pode confundir o agente provocador com o funcionário policial que, informado previamente acerca de crime que alguém está praticando ou vai consumar, diligencie prendê-lo em flagrante, pois em tal hipótese a intervenção da autoridade não provocou, não induziu o autor do fato criminoso a cometê-lo".[28]

No Tribunal de Justiça de São Paulo, o flagrante esperado também é aceito como válido: "Quando a autoridade policial, recebendo informação da prática de um delito, arma esquema de vigilância e consegue deter o infrator logo após a prática do crime e na posse do bem furtado, não há que se falar em flagrante preparado, e sim presumido, que, por força do inc. IV do art. 302 do CPP, se assemelha à hipótese do flagrante próprio".[29]

Segundo Celso e Roberto Delmanto, "existe flagrante preparado quando a própria vítima, fingindo-se enganada pela tentativa de estelionato, colabora na remoção de seus próprios bens, para dar formalidade à prisão do agente (TACrSP, Julgados, 87/245). Há flagrante preparado e crime impossível se a vítima, alertada pela polícia, foi ao encontro do agente estimulada pela autoridade policial e sob a proteção desta (TACrSP, RT, 564/346; RT, 618/337). Há crime impossível se a ação delituosa foi provocada por policial disfarçado, em flagrante preparado (TJSP, RT, 636/287). Há um crime impossível se a execução do furto dependia do concurso do guarda do prédio, e esse vigia, instruído pelo gerente, apenas fingiu colaborar no crime que sabia frustrado (TJMT, RT, 548/384)".[30]

O tema tem grande aplicação nos crimes relativos ao tráfico e uso ilícitos de entorpecentes. Se o agente obteve a droga por influência dos policiais, o flagrante é considerado provocado, configurando-se o crime impossível.[31] O mesmo não ocorre se o infrator já possuía o tóxico antes de qualquer providência por parte da polícia. Nesse caso, como se trata de crime permanente, há configuração de flagrante esperado, ainda que tenha o policial se insinuado como comprador da droga.[32]

9. Bibliografia

BORGES DA ROSA — *Processo Penal Brasileiro*, Liv. Globo, 1942.

CASTELO BRANCO, Tales — *Da Prisão em Flagrante*, Ed. Saraiva, 4.ª ed., 1988.

(28) RHC 55.361-MG — 17.677 — v.u. — rel. Min. Antonio Neder — Ob. cit., p. 178.

(29) HC 75.068-3 — Câm. Férias — j. 12.11.89 — Rel. Des. Marino Falcão — RT 640/302.

(30) *Cód. Penal Anotado*, Ed. Renovar, 3.ª ed. p. 29. Em relação à provocação por policial disfarçado, o STF também reconhece que configura flagrante provocado e crime impossível (RT 636/287).

(31) TJSP — Ap. cr. n. 107.192-3, j. 29.1.92 — rel. Des. Barreto Fonseca — RJTJESP, 135/461.

(32) RJTJESP, 134/443 e 135/493. Em relação ao tráfico de entorpecentes, os seguintes julgados: RT 636/387 e 591/302; RTJ 118/812; RSTJ 20/365 (flagrante preparado); e RT 540/345 e 567/344; RSTJ 10/389 (flagrante esperado). Quanto a outros delitos: RSTJ 13/135 e RT 628/343 (concussão); RT 500/338 e 548/383 (furto); RT 564/345 (estelionato); RT 532/367 e 442/447 (falta de habilitação).

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto — *Código Penal Anotado*, Ed. Renovar, 3.ª ed., 1992.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo — *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Borsoi, 1956.

GARCIA, Basileu — *Comentários ao Código de Processo Penal*, Forense, 1945.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães — *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, Ed. Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães — *As Nulidades no Processo Penal* — Malheiros Ed., 1992.

HUNGRIA, Nélson — *Comentários ao Código Penal*, Forense, 2.ª ed.

JESUS, Damásio E. de — *Código de Processo Penal Anotado*, Ed. Saraiva, 5.ª ed., 1986.

MARQUES, José Frederico — *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, 1965.

MIRANDA, Pontes de — *Comentários à Constituição de 1967*, Ed. RT, 2.ª ed., 1970.

NORONHA, Edgard Magalhães — *Curso de Direito Processual Penal*, Ed. Saraiva, 4.ª ed., 1971.

NORONHA, Edgard Magalhães — *Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1966.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes — Da Prisão em Flagrante, *Jornal do Advogado* n. 69 (abril de 1970).

TORNAGHI, Hélio Bastos — *Manual de Processo Penal*, Freitas Bastos, 1963.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa — *Processo Penal*, Ed. Saraiva, 14.ª ed., 1993.

TUCCI, Rogério Lauria — *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*, Ed. Saraiva, 1980.

8 — SOCIOLOGIA JURÍDICA

O PODER EM EXERCÍCIO: O CASO DAS "LETTRES DE CACHET"

CRISTINA NEME

Este artigo busca apreender o funcionamento de um dos mecanismos do poder que se exerceu durante o século XVIII na França monarquista: *as lettres de cachet,* cujo significado foi resgatado e alargado em *Le Désordre des Familles*[1] por M. Foucault e A. Farge. A *lettre de cachet* consistia em "uma carta escrita por ordem do Rei, referendada por um secretário de Estado e lacrada com o selo do Rei".[2] Por trás dessa definição imprecisa, abria-se um vasto campo para um prática que pode ser caracterizada basicamente como uma ordem extrajudicial de confinamento. Através da *lettre de cachet,* que podia ser expedida por ordem real e também pelo chefe de polícia, efetuava-se a prisão de uma pessoa sem instauração de processo na justiça. O rei não era o único agente que utilizava esse instrumento de poder para satisfazer seus desejos; a polícia o utilizava para facilitar seu trabalho de vigilância e as famílias também solicitavam ordens de confinamento para resolver seus problemas particulares.

Para entender o significado dessa prática, é preciso situar o contexto em que ela se insere, contexto em que um tipo de poder governamental ganha forma e passa a intervir não apenas nas relações entre Estado e sociedade, mas nas relações dentro da própria sociedade. A partir da proposta de fazer uma análise histórica da "arte de governar",[3] Michel Foucault abordou o tema do poder governamental mostrando como as relações de poder são racionalizadas e efetivadas. Segundo Foucault, o poder governamental resulta do desenvolvimento da "arte de governar" baseada no princípio da razão de Estado, que se conforma e aumenta sua força no momento historicamente conhecido como Estado de polícia.

Em primeiro lugar, é preciso especificar o que Foucault entende por "polícia". O termo polícia não se restringe a um aparelho estatal; é o nome dado no século XVIII a um conjunto de regulamentos e instituições múltiplas, cuja função é proporcionar o bem-estar, a ordem e a riqueza da sociedade:

"O que se chamará até o fim do Antigo Regime de polícia não é somente a instituição policial; é o conjunto dos mecanismos pelos quais são assegurados a ordem, o crescimento canalizado

(1) Farge, A. e Foucault, M. (org.). *Le Désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille.* Paris, Gallimard-Julliard, 1982.

(2) Farge, A. e Foucault, M., *Le Désordre des Familles,* p. 364.

(3) Ao tratar da arte de governar, Foucault se refere às maneiras de dirigir a conduta dos homens e dos grupos sociais. De modo geral, o problema do governo aparece no século XVI com uma significação ampla — governo das crianças, das almas, das famílias —, até que no século XVIII a gestão da conduta dos homens passa a ser associada à gestão do Estado.

das riquezas e as condições de manutenção da saúde 'em geral'(...)".[4]

Vale a pena retomar a origem do termo polícia e rever seu significado. "Polícia" deriva o latim *politia* e do grego *politeia* e está relacionado à *polis*. Seu significado original é governo ou arte de governar a cidade. Na Antiguidade, significava "constituição" ou "ordenamento político do Estado ou da cidade". No século XVIII, a polícia consiste na faculdade estatal de regular tudo o que se encontra no âmbito do Estado, designa o todo da atividade pública interna, exceto a justiça e as finanças. Durante o século XVIII, vários tratados sobre a polícia emergem na Europa absolutista, colocando em discussão o que deve ou não competir a esse campo de atividade. Esse momento de apogeu coincide com o chamado Estado de polícia, caracterizado pela interferência opressiva na vida particular dos cidadãos, no final do período absolutista. Após a Revolução Francesa ocorre uma especificação do sentido de "polícia", que passa a significar apenas uma parte da atividade da administração.[5]

Interessa aqui o período do apogeu do Estado de polícia no século XVIII, ou da polícia enquanto uma tecnologia de poder, no momento em que se constituia pela diversidade de seus objetos e tinha como fundamento um princípio homogêneo. Por um lado, a noção de polícia sob o Antigo Regime pode ser entendida pela enumeração de seus objetos, conforme a definição de Delamare em seu *Traité de la Police:* seu objeto era a religião, a disciplina, os costumes, a saúde, os mantimentos, a segurança e a tranqüilidade públicas, as vias públicas, as ciências e artes liberais, o comércio, as manufaturas, os empregados e trabalhadores e, enfim, os pobres. Assim, um vasto campo de intervenção se abria à polícia, cujas atividades se estendiam desde a assistência aos indigentes até a repressão dos "vagabundos". Por outro lado, essa polícia se fundamentava no princípio geral da sociabilidade: o homem é um ser social e a função da polícia é garantir a boa vida em sociedade. A polícia, em suma, possuía uma função universal de zelar pela vida em sociedade e conduzir o homem à perfeita felicidade. Daí seu caráter onipresente e polivalente: ela é responsável pelos aspectos essenciais da vida na cidade.[6] A instituição policial é apenas um dos instrumentos dessa tecnologia de poder que é o Estado de polícia.

Foucault apreende a concepção geral da polícia, que ganhou força durante o século XVIII, através da análise de materiais produzidos sobre a administração do Estado entre os séculos XVII e XVIII. A polícia é compreendida como o campo onde o poder político e administrativo intervém com a finalidade de zelar pela vida em sociedade, exercendo um governo sobre a vida dos homens e sobre "as coisas" com as quais eles se relacionam: riqueza, território, costumes, condutas, morte etc. Cabe ressaltar que, ao falar de governo, Foucault, não se refere à instituição governo, mas à atividade que consiste em reger a conduta dos homens num plano estatal e com instrumentos estatais.[7] No Estado de polícia, o poder se exerce através da gestão geral dos indivíduos, de suas famílias e de todos os acontecimentos com os quais estão envolvidos.

Foucault destaca um autor alemão, Von Justi, que trouxe avanços a essa questão ao definir o paradoxo central da polícia. Segundo este autor, a polícia é um mecanismo capaz de, por um lado,

(4) Foucault, M. *Microfísica do Poder*, p. 197.
(5) Medauar, O. "Poder de Polícia".
(6) Etienne, P. "La notion de police sous l'Ancien Régime".
(7) Foucault, M. "Naissance de la Biolpolitique" in: *Resumé des cours*, p. 110.

dar condições ao Estado de aumentar seu poder e exercê-lo em toda a sua amplitude e, por outro lado, manter os cidadãos felizes, garantindo-lhes boas condições de vida. Von Justi enfatiza a relação entre o poder do Estado e a gestão da vida de seus habitantes, pois os indivíduos são reconhecidos como forças internas do Estado, e define o que Foucault considera o objetivo da moderna arte de governar, ou da racionalidade do Estado:

"desenvolver os elementos constitutivos das vidas dos indivíduos de modo que seu desenvolvimento reforce ao mesmo tempo o desenvolvimento do poderio do Estado".[8]

Todos os elementos relacionados à força do Estado são submetidos ao controle da polícia que, além de assegurar a vida social, tem como objetivo fazer prosperar um Estado vigoroso. Assim, Foucault define a polícia como uma tecnologia governamental específica do Estado, cujos objetivos podem ser condensados em dois pontos básicos: investir no crescimento de uma população forte e ampliar o poder do Estado.

Trata-se então do desenvolvimento da razão de Estado, uma vez que o problema emergente é o do crescimento das forças estatais num contexto em que os Estados têm que lutar entre si para assegurar sua própria vida.[9] A razão de Estado é entendida como princípio de fortalecimento do poder estatal; o Estado tem sua racionalidade própria. Por conseguinte, a arte de governar, em vez de fundar-se em regras transcendentes, deverá encontrar os princípios de sua racionalidade naquilo que constitui a realidade específica do Estado.[10]

A arte de governar, que vem se desenvolvendo desde o final do século XVI, firma-se em torno da razão de Estado. Num contexto em que o desenvolvimento das forças do Estado se torna um imperativo, a polícia se constitui em um tipo de tecnologia: é o conjunto de meios necessários para fazer crescer, do interior, as forças do Estado. Estabelece-se então uma relação entre o problema da conduta dos indivíduos e a gestão dessas forças.

Essas idéias desenvolveram-se durante os séculos XVII e XVIII, ganharam repercussão e concretizaram-se em polícias e saberes, como revelam os tratados franceses sobre regulamentações policiais e os manuais de ciência da administração ensinada na Alemanha do século XVIII. É a partir delas que se forma a noção de *Polizeiwissenschaft,* isto é,

"a teoria e a análise de tudo o que tende a afirmar e aumentar a potência do Estado, a fazer bom emprego de suas forças, a proporcionar a felicidade de seus súditos e, principalmente, a manutenção da ordem e da disciplina, os regulamentos que tendem a tornar-lhes a vida cômoda e proporcionar-lhes as coisas das quais eles têm necessidade para subsistir".[11]

Segundo o princípio da *Polizeiwissenschaft,*[12] o bom funcionamento da ordem e da administração exige o máximo de governo, de regulação e de controle sobre todos os assuntos que

(8) Foucault, M. "Omnes et Singulatim: Por uma Crítica da Razão Política", p. 97.

(9) Devido à nova conjuntura de poder que se forma no plano internacional, em que os Estados são forças que se confrontam, cresce a necessidade de maximização do poder externo estatal ("Sécurité, Territoire et Population" in: *Résumé des cours*).

(10) Foucault, M. "A Governamentalidade" in: *Microfísica do Poder*, p. 286.

(11) Foucault, M. "Sécurité, Territoire et Population" in: *Résumé des cours*, p. 104/105.

(12) Note-se que *Polizeiwissenschaft* — termo que designava a ciência da administração na Alemanha — significa literalmente ciência da polícia.

dizem respeito ao Estado. Como o crescimento das forças do Estado está diretamente relacionado ao desenvolvimento de seus elemento internos, é imprescindível que o governo se volte para seus componentes essenciais: os homens e o seu mundo. Não se trata apenas de investir sobre indivíduos, mas sobre o conjunto de indivíduos, ou seja, população.

É assim que, juntamente com o problema do governo, emerge o problema da população no século XVIII. A estrutura do Estado de polícia (dotado de mecanismos reguladores para produzir indivíduos fortes e aumentar seu poder) leva ao aparecimento de um novo objeto de poder: a população. Uma nova relação de poder se produz: a polícia que agia sobre os indivíduos passa a investir sobre a população.

Há portanto um deslocamento do objeto do poder: o objeto da polícia e a finalidade do governo passa a ser a população, concebida como um conjunto de elementos vivos que pode dar ocasião a intervenções combinadas. Além de ser "um conjunto de indivíduos vivendo numa determinada área"[13] — como já definia Von Justi ao atentar para a noção que tornar-se-ia mais relevante no decorrer do século — a população é o conjunto de seres vivos que tem seus fenômenos próprios e produz efeitos econômicos específicos. Por conseguinte, a nova tecnologia de poder e saber que se configura tem como objetivo conhecer a população e os mecanismos capazes de regulá-la. Reconhecida como peça essencial da força do Estado, a população se torna o "alvo" do governo.

Governar a população significa controlar, manipular uma massa de seres vivos com o fim de reforçar o poder do Estado; e isto através de leis e campanhas, como a elaboração de políticas de saúde (que possibilitam controlar condições de vida, natalidade, mortalidade, epidemias) e a imposição de normas de conduta aos indivíduos. Ao desenvolvimento destas práticas Foucault associa a formação de um tipo de poder — o biopoder ou biopolítica:

"esta tende a tratar a população como um conjunto de seres vivos e coexistentes, que apresentam traços biológicos e patológicos particulares e que por conseguinte dependem de saberes e de técnicas específicos. E esta 'biopolítica' deve ser compreendida a partir de um tema desenvolvido desde o século XVII: a gestão das forças estatais".[14]

Não vamos nos deter no problema da biopolítica, que emerge no século XVIII e adquire importância a partir do século XIX. Interessa apenas ressaltar que a biopolítica deve ser compreendida a partir da gestão das forças estatais, ou seja, como herança ou efeito do Estado de polícia.

Assim, a polícia — ou Estado de polícia — permanecerá imbricada na nova conjuntura de poder que se forma no século XVIII, mas que vai se fortalecer no século XIX, quando surgem muitos Estados de polícia. Enfim, o fato de polícia estar no centro da teoria que Foucault desenvolve sobre a biopolítica[15] mostra como ela se constituiu em uma tecnologia de poder forte, que se formou e se enraizou não só no âmbito do Estado, mas também na sociedade.

É no contexto de constituição do Estado de polícia que se localiza a prática *lettre de cachet*. A *lettre de cachet* era uma instituição da monarquia absolutista que vigorou durante o século XVIII, até o fim do Antigo Regime. Era,

(13) Foucault, M. "Omnes et Singulatim: Por uma Crítica da Razão Política", p. 97.

(14) Foucault, M. "Sécurité, Territoire et Population" in: *Résumé des cours*, p. 106.

(15) Barret-Kriegel, B. "Michel Foucault et l'État de police".

portanto, um instrumento da tecnologia de poder estatal vigente — o Estado de polícia. Tratava-se de um documento oficial, expedido por ordem real e pela instituição policial,[16] através do qual se atendia a solicitações de internamento ou prisão de uma pessoa. Era essencialmente um meio extra-judicial de confinamento. Contudo, a *lettre de cachet* não se constituia apenas em um instrumento de poder utilizado pelos agentes do absolutismo monárquico. A ordem de confinamento atendia a diferentes vontades: a do próprio rei, que o utilizava arbitrariamente para se livrar de seus opositores políticos e de quaisquer intrigas que perturbassem a monarquia; a da instituição policial, que no século XVIII tinha o sonho de ser onipresente e agir rapidamente em todos lugares onde havia ameaça de "desordem"; e a vontade das famílias, que dele se serviam para resolver seus problemas particulares.

Assim, por um lado, tem-se o uso da *lettre de cachet* pelo poder estatal, ou seja, para servir aos diversos fins ou negócios de Estado. É um instrumento do poder público que permite ao rei interferir nos procedimentos da justiça e emitir ordens de perseguição e prisão contra os opositores políticos da monarquia.

Mas essa prática não era exclusividade do rei: as autoridades policiais também se apropriaram deste instrumento para realizar seus objetivos. A instituição policial — um aparelho do aparato estatal que se fortaleceu durante o processo de afirmação do absolutismo monárquico — logo se serviu deste meio para prender indivíduos burlando os (lentos) procedimentos da justiça. A *lettre de cachet* se tornou um meio de resolução dos casos de polícia e, assim, o vasto campo da ordem pública se abriu a essa prática.

Sob a denominação imprecisa de caso de polícia, vários conflitos considerados possíveis fontes de turbulências podiam ser dominados — como conflitos de trabalho, disputas religiosas e militares. Contudo, era sobre as classes populares que o aparato estatal se voltava: a *lettre de cachet* era expedida contra os "marginais" que constantemente violavam a boa ordem da capital francesa. Tratava-se de agir sobe a população marginalizada da capital, que era majoritariamente jovem, executava os pequenos trabalhos, vivia na "gatunagem" e "vadiagem", em circulação constante, e que era freqüentemente presa para ser em seguida liberada. Enfim, esta população era responsabilizada pela desordem, pois sua maneira de viver estava intimamente associada à atividade criminal.[17]

Assim, tanto as ordens do rei como as decisões de polícia instituídas através das *lettres de cachet* servem para "sanear" a cidade: os agentes do poder estatal devem entrar em todos os lugares da "Paris noturna", colher informações sobre seus habitantes, persegui-los e prendê-los. A *lettre de cachet* é uma força material da qual a instituição policial dispõe para realizar seu objeto de reprimir as desordens na cidade. A idéia do primeiro titular do cargo de Tenente Geral de Polícia da capital de iluminar as ruas de Paris para acabar com as "desordens noturnas"[18] revela a

(16) Instituição ou aparelho policial, que não possui o mesmo significado que "polícia" — tecnologia do poder cujo domínio de intervenção é muito mais abrangente do que o da instituição policial. Na verdade, esta é apenas um dos instrumentos do Estado de polícia.

(17) Farge, A. e Foucault, M. *Le Désordre des familles*, p. 13/14.

(18) Esse cargo foi criado durante o século XVIII, período em que a instituição policial se fortalece. É neste momento que a polícia de Paris se constitui em um modelo de força do aparato estatal que vai influenciar

crescente preocupação da instituição com a ordem pública.

"Atrás destas prisões, lê-se uma vontade de estar presente da polícia em todos os lugares secretos da capital, uma vontade de intervenção real em todos os níveis da rua e da casa...."[19]

Contudo, percebe-se ao mesmo tempo que este empreendimento não é eficaz para combater a pequena delinqüência. Não obstante o aparelho policial ter se fortalecido durante o século XVIII, ele não é capaz de efetivar plenamente sua utopia de "construir a felicidade do povo", vigiando toda a cidade e impondo disciplina onde impera a desordem. A instituição policial não podia desempenhar na prática todos os ensinamentos dos regulamentos e tratados de polícia produzidos na época.

"Certamente existe um ciência da polícia no século XVIII, mas não realmente uma polícia."[20]

Nesta situação, a polícia — encarregada simultaneamente de policiar a cidade e de expedir as *lettres de cachet* ordenadas pelo poder real — apropriou-se desse mecanismo de intervenção e passou a utilizá-lo em benefício próprio, para suprir suas deficiências e melhorar seu desempenho. Através das *lettres de cachet*, o aparelho policial atingia mais facilmente os seus objetivos: vigiava os indivíduos suspeitos, elaborava relatórios sobre as famílias pertencentes às classes populares e finalmente prendia aqueles que estavam em sua mira sem ter que passar pelo "obstáculos" de uma justiça morosa.

Contudo, a prática da *lettre de cachet* não se resume às intervenções das autoridades do Estado sobre a vida particular dos cidadãos. Se ela se tornou uma instituição poderosa, cuja arbitrariedade não foi fortemente questionada até as vésperas da Revolução Francesa, é porque teve aceitação no interior da própria sociedade francesa. São as *lettres de cachet* de família que revelam como as relações de poder se produzem dentro do grupo social.

Em *Le Désordre de familles*,[21] Foucault e Farge selecionaram, entre os dossiês dos Arquivos da Bastilha sobre casos de polícia, uma amostragem das *lettres de cachet* emitidas durante um período do Antigo Regime sobre os *affaires de famille* (casos que diziam respeito aos conflitos privados, familiares). Na maior parte, são pedidos de confinamento provenientes de lugares pobres, que revelam os conflitos da vida cotidiana das classes populares de Paris na época da monarquia absoluta. Os pedidos são dirigidos à polícia ou diretamente ao rei para se solicitar uma ordem de restrição da liberdade do indivíduo que se torna um "incômodo" para a vida familiar.

Ao reunir esse material, Foucault e Farge procuram mostrar que a *lettre de cachet* não é apenas um mecanismo do absolutismo real, não obstante este documento tenha dado amplo poder ao rei para mandar prender arbitrariamente qualquer inimigo da ordem estabelecida. As *lettres de cachet* sobre casos de família mostram que as relações de poder se inserem nos espaços mais íntimos da vida privada. As famílias se apropriam deste mecanismo que tem origem no poder estatal e uma nova relação de poder se produz, agora no âmbito da sociedade. O poder será então percebido nas relações de forças desiguais dentro da família, que vão se

outros países da Europa (Etienne, P. "La Notion de Police sous l' Ancien Régime", p. 16).

(19) Farge, A. e Foucault, M. *Le Désordre des familles*, p. 14.

(20) Farge, A. e Foucault, M. *Le Désordre des familles*, p. 345.

(21) Farge, Arlette e Foucault, Michel (org.). *Le Désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille*. Paris, Gallimard-Julliard, 1982.

manifestar através do pedido de confinamento.

Ao se apropriar da *lettre de cachet,* a população reverte sobre si mesma um instrumento de poder que tem origem no aparato estatal, mas que é solicitado pelo poder do grupo social. Para além das *lettres de cachet* emitidas pelo rei e pelo chefe de polícia, são as *lettres de cachet* de família que vão completar o campo das relações de poder entre Estado e sociedade na França do século XVIII. Nesta conjuntura, o poder, a demanda de controle, punição e correção vêm de baixo para cima: as *lettres de cachet* de família são fontes ou documentos históricos que expressam a relação das camadas populares com o poder.[22]

As famílias solicitavam a *lettre de cachet* ao poder real para punir e corrigir, entre os seus membros, aqueles que não se encaixavam no padrão de conduta socialmente estabelecido. Assim, maridos e mulheres recorriam ao rei para fazer queixas do comportamento inadequado de seu parceiro; pais e mães faziam o mesmo em relação a seus filhos. Sem dúvida, estas demandas revelam o sistema de valores que regulava a vida familiar: o que significava ser um bom marido, uma boa esposa, um bom filho. A família recorria ao rei quando sua honra era ameaçada, seja por causa da má conduta do marido, que bebia e não cumpria seu papel de força econômica da família; da mulher, que era uma "libertina"; ou dos filhos, que não se submetiam à autoridade paterna.

O recurso à *lettre de cachet* era uma forma de regulamentar a moralidade cotidiana das classes populares; através dele as famílias asseguravam seu próprio mecanismo policial e assim mantinham a sua ordem.[23] Deste modo, procurava-se restabelecer a normalidade da vida familiar através do confinamento, que inicialmente funcionou como um mecanismo de punição, mas a partir da segunda metade do século XVIII se transformou em um meio de corrigir as pessoas.

A idéia básica deste procedimento é de que a punição sirva de lição, ou seja, o indivíduo deve permanecer confinado até se arrepender da falta cometida. Assim, a liberdade é concedida após a constatação do arrependimento, que resulta num compromisso de bom comportamento. Tem-se então um processo de exclusão e reinserção do indivíduo na sociedade: através da reclusão, exclui-se o faltoso da vida social; após o arrependimento, o indivíduo modificado e corrigido volta a viver com sua família. As demandas das famílias exigiam o arrependimento, a mudança de conduta daqueles que transgrediam as regras da vida familiar. O indivíduo é confinado para que se arrependa da falta cometida; ele somente será libertado após interiorizar as normas ditadas por seu grupo social.

Mas, por que os familiares se dirigem ao rei, ou seja, recorrem à administração do Estado para resolver seus problemas particulares?

Todas estas disputas particulares envolviam a honra da família, que buscava reafirmar os seus valores básicos através do confinamento daqueles que se desviavam dos padrões de conduta estabelecidos. Não se recorria à justiça comum porque esta, no século XVIII, castigava e supliciava os corpos dos condenados. Além de desonrar os familiares, a punição exemplar e pública não aplicava a necessária correção ao indivíduo que cometeu a falta.

Assim, a família não reivindicava a punição de um criminoso, mas a correção daqueles que não se enquadravam nos padrões de conduta de seu grupo social. O recurso à justiça comum não

(22) Farge, A. "Frente à História".

(23) Foucault, M. *La Verdad y las formas juridicas.*

era uma solução adequada, pois esta punia exemplarmente o condenado mas não o modificava. As famílias solicitavam uma ação preventiva e reformadora, capaz de transformar a conduta e evitar um possível envolvimento de seus membros com a criminalidade.

Portanto, era preciso agir sobre as virtualidades, sobre o que os indivíduos podiam fazer... Nota-se já nessa época uma preocupação que vai adquirir relevância e conformar-se legalmente no século XIX. Tanto a família quanto a instituição policial visavam intervir em um nível anterior ao da justiça. Assim como a preservação da honra era o objetivo da família, a manutenção da tranqüilidade e da ordem públicas era o fim da polícia. Ambos reconhecem a necessidade de agir sobre os problemas menores, agitações que antecedem o crime ou *délits d'insurveillance,* antes que a justiça seja suscitada.[24] Neste sentido, as demandas das famílias que apelavam ao arrependimento precederam os grandes projetos dos filantropos e humanistas do século XIX, que visavam corrigir e modificar a "alma" do criminoso:

"Quanto a penalidade do século XIX coloca a emenda (amendement) *e o arrependimento no centro de sua problemática, ela só faz incorporar em seu sistema uma atitude social já existente."*[25]

A *lettre de cachet* funcionava como um mecanismo extra-judicial que possuía uma função corretiva. A prática do confinamento era uma maneira de impor comportamentos, transformar e "melhorar" os indivíduos, que servia aos fins da sociedade (famílias) e do Estado. Assim, as famílias e a instituição policial tinham objetivos coincidentes, pois a ordem pública era entendida como o prolongamento da ordem privada. Conseqüentemente, a não diferenciação entre esses dois campos transformava os particulares que exerciam poder sobre seus familiares em agentes da ordem pública.

Enfim, o mecanismo da *lettre de cachet* articulava dois interesses: o da família, que buscava preservar a sua honra, e o da polícia, que agia em função da manutenção da boa ordem pública.

"A honra, para as famílias, e a ordem pública, para a administração, constituem duas maneiras de buscar o mesmo resultado: estabelecer uma regulação permanente do comportamento dos indivíduos, e particularmente dos jovens turbulentos, pelos mecanismos que funcionam por baixo e nos interstícios do aparelho de justiça, máquina que do ponto de vista do Estado é lenta, incerta (...) máquina que do ponto de vista dos pais é perigosa, custosa e freqüentemente infamante."[26]

No final do Antigo Regime, o mecanismo da *lettre de cachet* não se sustenta; sua arbitrariedade é contestada e os *affaires de famille* não são mais considerados relevantes para o poder público. Porém, seus efeitos corretivos não desaparecem, uma vez que um amplo espaço se abre às práticas de correção, que serão organizadas e legitimadas juridicamente no século XIX.

Foucault refere-se constantemente aos mecanismos e instrumentos do poder e ressalta a necessidade de compreendê-lo em seu funcionamento, em sua dinâmica e em sua concretitude. No entanto, de que se tratam estes mecanismos, cuja dinâmica e multiplicidade dão sustentação e materialidade ao poder? Falar de poder é necessariamente falar de seus mecanismos. Neste sentido, é um exer-

(24) Farge, A. E Foucault, M. *Le Désordre des familles*, p. 169.

(25) Farge, A. e Foucault, M. *Le Désordre des familles*, p. 355.

(26) Farge, A. e Foucault, M. *Le Désordre des familles*, p. 169.

cício válido apreender o funcionamento do poder resgatando a *lettre de cachet* como um de seus mecanismos.

"Esta prática tão singular das lettres de cachet *oferece as possibilidades de ver funcionar concretamente um mecanismo de poder; não tanto como a manifestação de um 'Poder' anônimo, opressivo e misterioso; mas como um tecido complexo de relações entre diversos parceiros: uma instituição de controle e de sanção, que possui seus instrumentos, suas regras e sua tecnologia próprios, é investida por táticas diversas segundo os objetivos daqueles que se servem dela ou são submetidos a ela, seus efeitos se transformam, os protagonistas se deslocam; os ajustamentos se estabelecem, as oposições se reforçam; algumas posições são consolidadas, enquanto outras são pouco a pouco minadas."*[27]

A prática da *lettre de cachet* é significativa na medida em que remete à questão do Estado de polícia e revela como a idéia policial está difundida na sociedade: o "poder de polícia" não provém somente dos aparelhos de Estado, ele também se encontra no interior dos grupos sociais. Há uma dinâmica e uma certa complementariedade entre as relações de poder que se produzem nos âmbitos do Estado e da sociedade. O Estado de polícia não teria se fortalecido se seus instrumentos fossem limitados às instituições policial e judicial; estas instituições exercem poder verticalmente sobre a população, mas são incapazes de enquadrar a todos e cuidar de todos os aspectos da vida social, como desejavam os teóricos do policiamento. Portanto, é a existência do poder policial no seio da sociedade que aumenta a força do Estado de polícia. Assim, a polícia não é apenas uma tecnologia de poder estatal que se exerce verticalmente sobre a esfera social; é uma tecnologia que se articula com as outras formas de poder existentes na sociedade, como o poder policial dos grupos sociais, das famílias.

Foucault enfatiza a relação entre as diversas formas de governo (governo da família, dos indivíduos, da população) e o plano estatal. Ao traçar o processo de "governamentalização", Foucault não delimita seu objeto no poder do Estado, mas na relação entre as diversas instâncias de poder e a polícia (enquanto tecnologia do poder estatal, que possui seus mecanismos próprios).

Ao dizer que não dá importância ao Estado,[28] Foucault parece desprezar esta instância de poder. Na verdade, o autor enfatiza o problema do "governo", ou melhor, do exercício do poder enquanto governo dos outros, mas não desconsidera totalmente o problema do Estado. O Estado é concebido como uma das instâncias onde o poder-governo se exerce. Foucault descarta a idéia de que o Estado é um lugar privilegiado do poder. Ao modelo teórico que centraliza o poder no Estado, Foucault, contrapõe sua analítica do Poder, que define o poder como um feixe de relações em exercício nos diversos níveis da vida social. O poder não emana de um ponto único, não há um centro onde se localiza "o poder", mas diversos focos de poder que se articulam.[29] Portanto, é preciso entender o poder em suas relações, como um ato historicamente localizado e como um certo tipo de relação entre indivíduos, que consiste no governo da conduta de uns pelos outros.

Mesmo no contexto de desenvolvimento das forças estatais, não se pode reduzir as relações de poder à dimensão do Estado; este é apenas um dos focos

(27) Farge, A. e Foucault, M. *Le Désordre des familles*, p. 347/8.

(28) Foucault, M. "A Governamentalidade" in: *Microfísica do Poder*, p. 292.

(29) Maia, A. C. "Sobre a analítica do poder em Foucault".

de um poder que se exerce em todos os níveis da vida social e política. Assim, há diversos focos de poder — família, Estado, instituições — que se articulam e geram novas relações de poder. Enfim, a análise das *lettres de cachet* de família exemplifica esta articulação entre dois focos de poder — o Estado e a família, revelando assim o poder em seu funcionamento, em sua materialidade.

Bibliografia

ALGRANTI, L.M. 1985. "Vigiar e Punir no Rio de Janeiro de D. João" in: *Colóquio Foucault.* São Paulo.

BARRET-KRIEGEL, B. 1988. "Michel Foucault et l'État de police" in: *Michel Foucault Philosophe. Rencontre Internationale.* Paris, Seuil.

BROUILLET, P. 1992. "Le rôle de la maréchaussée dans la France médiévale et moderne" in: *Les Cahiers de la Sécurité Intérieure. Gendarmeries et polices à statut militarie.* Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure.

ETIENNE, P. 1984. "La Notion de Police sous l'Ancien Régime" in: *La Notion de Police Administrative.* LGDJ, v. I.

EVALD. F. 1993. "Anatomia e corpos políticos" in: *Foucault. A Norma e o Direito.* Lisboa, Vega.

FARGE, A. 1984. "Frente à História" in: Escobar, C.H. (org.). *Michel Foucault. O Dossier. Últimas entrevistas.* Rio de Janeiro. Livraria Taurus Ed.

FARGE, A. e FOUCAULT, M. (org.). 1982. *Les Désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille.* Paris, Gallimard-Julliard.

FOUCAULT, M. 1980. *La Verdade y las Formas Jurídicas.* Barcelona, Gedisa.

— 1984. "Le Pouvoir, comment s'exerce-t-il?" in: DREYFUS, H. e RABINOW, P. *Michel Foucault. Un parcours Philosophique.* Paris, Gallimard.

— 1985. "Direito de morte e poder sobre a vida" in: *História da Sexualidade I. A Vontade de Saber.* Rio de Janeiro. Edições Graal.

— 1986. *Microfísica do Poder.* Rio de Janeiro, Edições Graal.

— 1989. *Resumé des cours. Conférences, essais et leçons du Collège de France 1970-1982.* Paris, Julliard.

— 1990. "Omnes et Singulatim: Por uma Crítica da 'Razão Política'" in: *Novos Estudos Cebrap,* 26, p. 77/99.

— 1994. *Vigiar e punir. Nascimento da Prisão.* Petrópolis, Vozes.

— 1994. "L'age d'or de la lettre de cachet" in: *Dits et Écrits.* Paris, Gallimard.

LARA, S. H. 1985. "O castigo exemplar dos escravos no Brasil colonial" in: *Recordar Foucault.* São Paulo, Ed. Brasiliense.

MAIA, A. C. "Sobre a analítica do poder em Foucault" in: *Tempo Social. Revista de Sociologia da USP.* São Paulo, 7 (1-2).

MEDAUAR, O. "poder de Polícia". São Paulo, s/d. (mimeo).

MUCHAIL, S. T. 1985. "O lugar das instituições na sociedade disciplinar" in: *Recordar Foucault.* São Paulo, Ed. Brasiliense.

SENELLART, M. 1995. "A crítica da razão governamental em Michel Foucault" in: *Tempo Social. Revista de Sociologia da USP.* São Paulo, 7 (1-2).

STORCH, R. D. 1985. "O Policiamento do Cotidiano na Cidade Vitoriana" in: *Revista Brasileira de História.* São Paulo, 5 (8-9), set. 1984/abr. 1985.

8 — SOCIOLOGIA JURÍDICA

SOB O DOMÍNIO DO MEDO: O SEQÜESTRO NA SOCIEDADE BRASILEIRA (1985-1990)[1]

GLAUBER SILVA DE CARVALHO

Sumário: 1. Introdução — 2. O seqüestro na imprensa — 3. O seqüestro na sociedade brasileira: breves considerações históricas — 4. O impacto do seqüestro na sociedade brasileira: a indústria do seqüestro — 5. O seqüestro como fato social — 6. O seqüestro como drama social — 7. Bibliografia.

Resumo:

O objetivo deste artigo é entender por que o crime de extorsão mediante seqüestro na virada da última década teve repercussão dramática. A par disso, procurou-se caracterizar a imprensa na divulgação do crime, as agências policiais, a indústria de segurança privada e o crime propriamente dito. Buscando um paralelo com a noção de drama social, tentou-se compreender a razão de um crime que vitimizava não mais de duas centenas ao ano conseguir abalar a sociedade em sua totalidade.

1. Introdução

Esta pesquisa tenta investigar uma certa perturbação ocorrida no último qüinqüênio da década de 80. De norte a sul, a população viu-se frente a um crime cuja magnitude provocou profundas tensões no seio da sociedade. A mídia voltou sua atenção para ele, e não poupou espaço jornalístico a tal fenômeno. A polícia, por sua vez, foi questionada em sua medula: probidade e eficiência. Órgãos especializados de combate ao crime foram criados nesta ocasião, e o Congresso Nacional não ficou apático diante de tal situação: leis especiais foram feitas para combatê-lo. O comércio e a indústria, aproveitando o ensejo, criaram cursos sobre o fenômeno em voga, e todo um aparato de segurança foi montado a fim de que as pessoas pudessem prevenir-se, mas também atacar, caso precisassem. Padres, ministros e policiais palpitavam sobre as possíveis saídas para tal situação. Este fenômeno, no entanto, não está entre aqueles que atingem taxas altíssimas.

[1] Este artigo traz um condensamento de uma pesquisa de Iniciação Científica, que teve orientação do Prof. Sérgio Adorno e apoio da FAPESP. É apenas uma pesquisa introdutória, sobre a qual análises mais específicas e detalhadas no tempo e no espaço deveriam seguir-se. Uma versão bastante resumida pode se encontrada em Carvalho, Glauber. "Algumas considerações sobre o seqüestro no Brasil". In: *Os Direitos Humanos no Brasil*, v. II. São Paulo, Universidade de São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência e Comissão Teotônio Vilella, 1995.

Pelo contrário, talvez um dos crimes que possuam uma das menores: a extorsão mediante seqüestro.[2]

Em termos comparativos, suas "pífias" taxas frente a outras modalidades criminais não poderiam ter causado o reverbério que causou. Como pode um crime que tenha variado de algumas unidades a não mais de duas centenas de casos por ano ter tido tamanha repercussão no seio da população inclusive em suas camadas mais pobres?

Diante deste questionamento, pode-se perceber que o fenômeno do seqüestro traz nuanças que, uma vez analisadas, podem se mostrar reveladoras do ponto de vista sociológico. Este trabalho tentará mostrar um caminho para a compreensão do fenômeno. Esta análise não visa reproduzir o real, mas reconstruir sociologicamente uma preocupação difusa do fenômeno. Há algo a mais no seqüestro além de sua "simples" constituição criminal. Optou-se, portanto, em pensar o drama de seqüestro como uma metáfora, um momento analiticamente estratégico para se entender a estrutura da sociedade. Isto porque o fenômeno do seqüestro aponta para uma outra realidade que não aquela que diz respeito simplesmente ao crime propriamente dito.

Vários são os autores que trabalham com esta noção de drama: Goffman, Turner e Geertz. Para os fins desta pesquisa, trabalha-se com as concepções de Turner (Turner, 1974 a e b) e de Geertz (Geertz, 1989). Sabe-se que este conceito ocupa lugar e importância diferentes nestes autores. Mas, substantivamente, tal conceito aponta para um dado da realidade que acaba por aproximá-los, a saber, o drama como manifestação de tensões sociais profundas que não são articuladas de forma direta, mas, antes, expressam-se metaforicamente. Esta definição cabe tanto a Turner como a Geertz. Analisemos de forma um pouco mais pormenorizada este conceito em cada um deles. Para Turner,

"Uma das características mais importantes da vida social em povoados dos Ndembu era sua propensão ao conflito. Conflitos eram abundantes nos grupos de cerca de duas dúzias de pessoas aparentadas que constituíam cada comunidade. Eles se manifestavam em episódios públicos de irrupção de tensão que eu chamei de *dramas sociais*. *Dramas sociais* tinham lugar no que Kurt Lewin poderia ter chamado de fases desarmônicas (aharmonic) de processos sociais em curso. Quando os interesses e atitudes dos grupos e indivíduos estavam em clara oposição, os dramas sociais me pareciam se constituir unidades estanques do processo social facilmente descritíveis" (Turner, 1974 b, p. 33, grifos meus).

Turner usa a metáfora de *drama social* para analisar as tensões que se irrompem numa sociedade em constante devir. O drama, assim, surge nos momentos em que esta estrutura está sendo questionada, isto é, quando tensões no seio da sociedade não são mais contidas, e encontram expressão em determinados grupos.

Nesse sentido, as sociedade não estão paradas, mas num constante processo de mudanças. Como ele próprio escreve em um de seus livros, *O Processo Ritual*, "a sociedade (*societa*) parece ser mais um processo do que uma coisa, um processo dialético com sucessivas fases de estrutura e de 'communitas'" (Turner, 1974 a, p. 244).

(2) O crime de "extorsão mediante seqüestro" (art. 159) será chamado para efeito deste trabalho simplesmente de "seqüestro". O crime de "seqüestro" propriamente dito (art. 148) será especificado no contexto para que não haja ambigüidades.

Também em Geertz, a noção de drama é analiticamente importante. Em suas famosas *Notas Sobre a Briga de Galos Balinesa*, ele escreve que a tese geral é de que "a briga de galos, e especialmente a briga de galos absorvente, é fundamentalmente uma *dramatização* das preocupações de *status* (...)" (Geertz, 1989, p. 304, grifo meu).

Não se trata, aqui, de reduzir seu ensaio a este aspecto, mas tão-somente de encontrar o núcleo analítico de sua análise, qual seja, interpretar a briga de galos em "sua forma *dramática* imediata, seu *conteúdo metafórico* e seu *contexto social.* A briga, uma figura cultural contra um fundamento social, é ao mesmo tempo uma avolumação compulsiva de ódio animal, uma guerra caricaturada de eus simbólicos e uma simulação formal de tensões de status, e seu poder estético deriva de sua capacidade de conseguir essas três realidades diversas" (Geertz, 1989, p. 311 e s., grifos meus).

Metodologicamente, há diferenças cruciais entre Turner e Geertz, mas ambos debruçam-se sobre um dado da realidade que os une, isto é, perceber as tensões sociais em suas expressões dramáticas.

Nesta pesquisa, a dramatização do seqüestro é analisada com o intuito de revelar que tipo de tensões a sociedade estava envolvida, ou seja, qual é o conteúdo deste drama e que aspectos da estrutura da sociedade estavam postos em questão.

2. O seqüestro na imprensa

Ao se fazer uma análise do uso que a imprensa faz do termo *seqüestro,* percebe-se que este é bem mais amplo do que aquele definido pelo Código Penal. Se num primeiro momento indica os crimes de extorsão mediante seqüestro e de seqüestro ou cárcere privado (art. 148), pode também, e não raramente, indicar constrangimento ilegal e até estupros em locais fechados.

Para o período em questão, 1985-1990, e mesmo em momentos anteriores e com certeza nos posteriores, as reportagens variavam das narrações factuais às notícias impactantes e sensacionalistas. Pode-se encontrar toda sorte de reportagem. No entanto, os "grandes" seqüestros foram privilegiados, assim como aqueles que claramente tinham aspectos inusitados, tais como seqüestro em família, seqüestro de concorrentes, simulação do próprio seqüestro, seqüestro, seqüestros entre vizinhos e seqüestros filantrópicos, cujo resgate era comida para os favelados.

Há uma marca, no entanto, que, ao aproximar-se do fim da década de 80, pautou a crônica diária sobre o seqüestro: o sensacionalismo. O recrudescimento dos sentimentos envolvidos no âmbito das redações e a apelação ao sentimentalismo como meio de conseguir "notícias impactantes" marcaram a imprensa escrita na época. Especificamente, foi o período que se inicia nos anos de 88 ou 89 e que termina no início de 93, pelo menos no que tange à dramaticidade da veiculação do crime de seqüestro.[3] Se se passar os olhos nos títulos das reportagens publicadas dessa época, pode-se ter uma idéia da natureza das emoções a que se procurou vincular o fenômeno do seqüestro: "Medo de seqüestro" (*Afinal,* 10.2.87, p. 4/13); "Um país com medo. O número de seqüestros aumenta nas grandes cidades brasileiras, assusta as famílias e deixa a polícia desnorteada (*Veja,* 23.8.89, p. 42/47); "Seqüestro. A indústria do medo"

[3] Em razão disso, ultrapassaremos, por vezes, o limite proposto à pesquisa, 1990.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(*Manchete*, 30.6.90, p. 103/109); "O pesadelo de uma bela cidade. Marcados pelos seqüestros, o Rio tem uma população empobrecida e uma economia anestesiada (*Veja* 18.7.90, p. 26/33); "De cara com o medo. O seqüestro de Rosângela Simões coloca o Rio de Janeiro em pânico e deixa o Brasil assustado com o avanço da bandidagem contra a classe média (*Veja*, 24.7.91, p. 16/22); "O Rio de cara com o medo. Com a onda de seqüestro semeando o pavor, os ricos cariocas gastam fortunas com segurança, colunáveis não querem aparecer em colunas sociais e empresários abandonam a cidade, levando o emprego dos pobres. A crise, quem sabe, pode até metamorfosear a oligarquia em elite" (*Veja*, 16.12.92, p. 20/31); "Liberdade condicional. A onda de seqüestros toma conta das grandes cidades e transforma os brasileiros em reféns da violência e do medo" (*IstoÉ* 16.12.92 p. 16/22).

Tais reportagens não têm a intenção de ser uma amostra. Elas simplesmente têm o intuito de indicar o teor das emoções e sentimentos envolvidos num período prolongado de tempo. Que outro fenômeno social teve este destaque na mídia e na imprensa em um intervalo de tempo tão prolongado? Certamente não é único, mas faz parte de um conjunto bastante restrito de fenômenos, principalmente se tomarmos como referência os últimos anos.

Vale ressaltar o importante papel da imprensa enquanto ator social na construção do fenômeno. Como se sabe, a notícia faz parte do fenômeno social. O fenômeno do seqüestro não diz respeito somente ao seqüestro em si, mas sobre o falar do seqüestro.

De acordo com a tabela abaixo, 23 casos foram noticiados pela revista *Veja*, assim distribuídos:

Tabela 1 — Evolução do número de seqüestros noticiados pela Revista *Veja*

Brasil 1985-1990

	SP	RJ	GO	Outros	Total (Brasil)
Total	7	9	3	4	23
1985	1	1	0	0	2
1986	2	1	0	0	3
1987	2	0	0	0	2
1988	0	0	1	1	2
1989	2	0	1	2	5
1990	0	7	1	1	9

Fonte: *Veja.*

Importante perceber que a reincidência dos artigos sobre os seqüestros recai sobre alguns casos específicos, já que o número de seqüestros veiculado na imprensa é pequeno em comparação com a quantidade de notícias sobre o tema. A primeira conclusão a tirar é a de que houve uma tendência a escrever repetidamente sobre os mesmos casos. E os seqüestros noticiados são em sua maioria os que envolvem grandes fortunas ou aqueles que apresentam características insólitas.

Para 1990, ano de grande celeuma em torno do seqüestro, temos a seguinte variação do número de reportagens concedido ao crime em questão, na *Folha de S. Paulo:*

Tabela 2 — Quantidade de reportagens e seqüestros divulgados no jornal *Folha de S. Paulo*

Brasil 1990

mês	n. de reportagens	n. de seqüestros
janeiro	16	2
fevereiro	13	1
março	6	1
abril	2	0
maio	14	8
junho	97	6
julho	94	5
agosto	26	2
setembro	39	5
outubro	43	4
novembro	26	10
total	376	44

Fonte: ***Folha de S. Paulo***

Esta tabela pode ser entendida relembrando os fatos ocorridos. Em dezembro de 89, o seqüestro de Abílio Diniz responde por boa parte das reportagens encontradas no mês de janeiro. Em abril ocorreu o seqüestro de Odilon W. Santos (1 milhão de dólares) cuja divulgação estendeu-se pelo mês de maio, e nesse mês ocorreram os seqüestros de Roberto Medina (o valor pago foi ou 4 milhões de dólares ou 2,5 milhões; a imprecisão decorre do confuso caso), de Bruno Jordam (resgate em torno de 2 milhões de dólares) e a divulgação de um caso passado, Willian e Alberto Khoury (abril). Em julho, encontram-se os seqüestros de Moisés Argalji (420.000 dólares), Wolfgang Rudolf Prinz (caso resolvido antes do pagamento de resgate; o valor pedido inicialmente era de 2 milhões de dólares, diminuído para 200 mil dólares nas negociações). Estes "grandes" seqüestros, e também outros não mencionados, avolumaram o número de reportagens em meados de 90.

3. O seqüestro na sociedade brasileira: breves considerações históricas

Fazer uma pesquisa histórica do seqüestro não é atividade simples. Poucos são os livros que trabalham este assunto.[4] Aqueles que o fazem amiudamente incorrem em obnubilar as diferenças entre os conceitos de seqüestro e de extorsão mediante seqüestro. Seqüestro ou cárcere privado é um crime cuja incidência é maior do que o extorsivo. Subtrair a liberdade de uma pessoa, seja qual for a finalidade (exceto para conseguir vantagem econômica indevida, pois desta forma tratar-se-ia de extorsão mediante seqüestro), é uma ação que pode ser remontada a tempos imemoriais (Markus, s/a: 25).

Em nível internacional, o primeiro caso de ampla repercussão foi o de Charles Lindbergh Junior, em 1932, filho de um famoso piloto de avião, Charles August Lindbergh (Markus, s/a:60). Este crime, que resultou na morte da criança seqüestrada, aconteceu em Nova Jersey, marcando a opinião pública até os dias atuais.

Outro caso de amplitude internacional foi o seqüestro de J. Paul Getty III, ocorrido em 10.6.1973 (Markus, s/a:26s). O rapaz tinha 17 anos e o seqüestro desenrolou-se em Roma, Itália. No dia 11 de novembro, um diário romano, que atuava como intermediário, recebeu "um embrulho contendo uma orelha e uma mecha de cabelo que pertenciam à vítima" (Markus, s/a, p. 27) como represália à interrupção das negociações. O resgate, enfim, foi finalmente pago, tendo seu valor estipulado em 2,7 milhões de dólares, e o rapaz foi libertado em 15.12.1973.

Embora extorsão mediante seqüestro seja tipificada em nosso Código Penal desde o século passado, não tem sido comum sua ocorrência no Brasil. Encontramos um ou outro caso de seqüestro a partir de 1950. Consultando a *Revista dos Tribunais*, poucos foram os casos deste crime encontrados. O primeiro caso que pudemos observar é o de Eduardo Andrea Matarazzo em 1951.

Desta data até 1980, diz-se que não houve seqüestro, tendo a modalidade voltado à tona no início dos anos 80. Entretanto, tal afirmação não é verdadei-

(4) Na literatura nacional, encontramos pouco material. Souza, Wanderley Mascarenhas de. *Radiografia do seqüestro*. São Paulo, Ícone, 1993; Markus, José Bernardo. *Quem tem medo de seqüestro?* Ed. Parma, Guarulhos s/a; Gomes, José Carlos. *Seqüestro e vitimização*. Monografia apresentada no Curso Superior de Polícia (CSP) da Polícia Militar de São Paulo, 1993; e Okuchi, Nabuo, *O seqüestro de um diplomata: memórias*. São Paulo, Estação Liberdade, 1991.

ra,[5] pois ocorreram vários seqüestros nessa época (a imprensa e a jurisprudência comprovam-nos), mas a reação da sociedade diante do fato era outra.

Contudo, foi apenas no início dos anos 80 que tal crime vicejou, crescendo continuamente no decorrer dessa década. Há quem estabeleça, e não são poucos, fases para estes crimes: no decorrer dos anos 60 e 70, ocorreram os seqüestros políticos em que embaixadores e consuleses eram seqüestrados em troca de presos políticos; no início da década de 80 foi a vez dos seqüestros de empresários, detentores de grandes fortunas; a terceira fase aconteceu no final dos anos 80, por ocasião do seqüestro de Medina, quando o crime começou a alvejar pequenos empresários, comerciantes e profissionais liberais. E, por fim, já em 1991, temos uma fase em que qualquer um poderia tornar-se uma vítima de seqüestro.[6]

É verdade que os anos 60 e 70 foram marcados pelos seqüestros políticos.[7] Em 4.9.1969 foi seqüestrado o embaixador dos Estados Unidos, Charles Elbrick. Em 11 de março, foi a vez do cônsul japonês em São Paulo, Nobuo Okuchi. Em 11 de junho desse mesmo ano ocorreu o seqüestro do embaixador da Alemanha, Ehrenfried Von Holleben e em 7.12.1970, o embaixador da Suíça, Giovanni Enrico Bucher.

No seqüestro de Elbrick, feito pelo MR-8 e pela Aliança Libertadora Nacional, quinze presos políticos foram libertados na forma de resgate. Banidos do Brasil, encontraram asilo no México (Okuchi, 1991, p. 115). Nabuo Okuchi foi trocado por cinco presos políticos que também foram para o México (Okuchi, 1991, p. 117 e s.). Quanto ao embaixador alemão, ele foi trocado por 40 presos políticos que seguiram para a Argélia (Souza, 1993:13), entre eles, "o jornalista Fernando Gabeira (sic), que participara do seqüestro de Eubrick (sic)" (Gomes, 1993, p. 9). E, por fim, o

Tabela 3 — Total de seqüestros ocorridos

Brasil	1980/1993
ano	número de casos
1980	1
1981	2
1982	2
1983	4
1984	4
1985	4
1986	6
1987	12
1988	19
1989	40
1990	94
1991	169
1992	161
1993	28*
total	546

Fonte: ***Gomes***, 1993.
*dados atualizados até maio de 1993

(5) Ainda que não tenhamos feito exaustivamente um rastreamento histórico do crime de seqüestro, estes ocorreram e podem ser observados através da Revista dos Tribunais. Por exemplo, RT 503/409, RT 503/410; RT 524/387; RT 532/402; RT 589/410. Este último encerra a jurisprudência para a década de 70, sendo que os próximos números da Revista já tratavam de casos ocorridos na década de 80.

(6) Esta mesma tipificação de forma bastante similar pode ser encontrada em Souza (Souza, 1993:13), Gomes (Gomes, 1993:9) e Markus (Markus,s/a:96s). Este último traz a procedência deste tipificação. Tal caracterização, entretanto, não pode ser aceita de imediato. Como vimos, havia alguns seqüestros "econômicos" durante a ditadura militar. O que se pode afirmar é que, grosso modo, estes crimes aconteceram de acordo com estas fases. Mesmo assim, uma pesquisa sistemática precisaria ser feita para explorar tal tipificação.

(7) Markus, op. cit., p. 88s; Gomes, op. cit., p. 9 e Souza, op. cit., p. 13.

embaixador suíço, Giovani Enrico Bucher, trocado por 70 presos políticos (Markus, s/a, p. 89).

No início dos anos 80, o seqüestro vitimizava, segundo se dizia, grandes empresários (ou seus parentes). Podem ser citados como exemplo os casos de Mindlin, Américo Moreira dos Santos, Diniz e vários outros. Mas, neste mesmo período, ocorreram outros seqüestros que não obtiveram a mesma divulgação pela imprensa, ou nem sequer a tiveram.

Em meados da década de 80, a imprensa voltou-se para este fenômeno que já começava a ganhar vulto. Sempre se fazia a mesma genealogia: seqüestros políticos, seqüestros de grandes empresários, seguindo-se dos pequenos empresários e profissionais liberais até chegar à fase da "banalização" deste crime, em que qualquer um podia ser a vítima. Das classes populares às altas, um só era o sentimento: indignação com a caótica situação. Tudo indicava que havia um inimigo comum, ainda que simbólico.

Para contrapor a estas observações impressionistas, tentemos apreender o fenômeno o mais próximo possível de seu crescimento ao longo dos anos, não esquecendo de algumas precauções: sub-avaliação e credibilidade das fontes disponíveis.

De 1980 a maio de 1993, segundo Gomes, ocorreram 546 seqüestros, sendo que até 1986 as taxas não superaram o patamar de 10 crimes/ano denunciados. Temos a seguinte distribuição — vide tabela 3.[8]

Se até 1985 o aumento em termos absolutos não foi significativo, a partir de 1986 as taxas revelaram crescimento abrupto.

Segundo dados disponíveis, não é possível afirmar que tenha havido reinci-

Tabela 4 — Seqüestros, segundo Estado da Federação

Brasil 1980-1993

	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	Total
Total	1	2	2	4	4	4	6	12	19	40	94	169	161	28	546
Acre										1					1
Amazonas								1			1	1			3
Bahia									2	4	3	4	1	1	15
Ceará													2		2
Distr. Fed.							1				2	2	2		7
Esp. Santo										1			1	1	3
Goiás									1	1	4	1			7
Maranhão											4				4
M. Gerais					1				2	2	6	9	4		24
Mat. Gr. Sul								1	1		3		1		6
Mato Grosso											1	2	1		4
Paraíba											1		1		2
Pernambuco										2	2	5	1		10
Piauí											1		1		2
Paraná									2	2	8	6	3		21
Rio de Jan.				1	2	3	1		2	15	47	112	123	22	328
Rio G. Norte										1					1
Rondônia											1	2			3
Rio G. Sul		1						1	1			1	1		5
S. Catarina									2		1	3	1		7
Sergipe													1		1
São Paulo	1	1	2	3	1	1	4	9	6	10	9	21	17	4	89
Tocantins										1					1

Fonte: *Gomes,* 1993.
Obs.: Atualizados até 11 de maio de 1993.

[8] Os dados trabalhados neste tópico provêm em sua maioria da monografia de Gomes (1993).

dência em certos meses do ano. A variação, à primeira vista, parece ocorrer aleatoriamente.

O mesmo já não ocorre em sua distribuição por Estados. Como podemos ver pela tabela 4, a distribuição é altamente concentrada.

O Rio de Janeiro concentra mais da metade dos seqüestros do país, vindo em seguida São Paulo, Minas Gerais, Paraná e Bahia. A dramatização do seqüestro tem a sua base "real", portanto. Não é à toa, que o crime produziu todo um aparato para combatê-lo.

4. O impacto do seqüestro na sociedade brasileira: a indústria do seqüestro

O fenômeno do seqüestro, especialmente no fim da década passada, causou um grande impacto na sociedade brasileira. Como o Estado não conseguia conter o recrudescimento da violência, mostrando-se inepto, a população defendeu-se como pôde. Seja o vigilante de rua pago pelos moradores, seja o vigilante pessoal ou residencial, seja o traficante de drogas ou o bicheiro que defende uma favela em troca também de sua segurança, seja, enfim, o cachorro, a sociedade procura se defender conforme os meios disponíveis. A indústria de segurança privada viu-se num crescimento vertiginoso não obstante a chamada "década perdida". Com a onda de seqüestros ocorrida no final da última década, as empresas de vigilância perceberam um súbito aumento na procura por seus serviços.[9]

Se, por um lado, temos que admitir que um guarda-costas pode inibir possíveis ações visando ao seqüestro, por outro, temos que afirmar a constante ameaça às instituições democráticas que o crescimento da indústria da segurança privada pode produzir. Apesar de parecer que a simples segurança privada não traz maiores conseqüências, Paixão (1991) nos dá um quadro de sua perversidade.

"Resulta desse intercâmbio [entre os policiais na esfera pública, e os mesmos policiais durante as horas de folga na esfera privada], profunda similaridade de experiência, atitude e *background* social entre policiais e vigilantes — assim como a facilidade na circulação de informações e o uso estratégico e alternativo dos recursos alocados a um ou a outro papel na resolução contextualizada de problemas. Essas similaridades (...) montam sociologicamente o problema político que o crescimento da segurança privada representa para a ordem democrática: como demarcar as fronteiras entre a polícia pública (...) e a segurança privada como bem divisível em seu consumo e potencialmente liberada dos formalismos e controles que limitam a ação 'no melhor interesse dos clientes' pelo respeito aos direitos humanos de indivíduos e grupos por ela afetados?" (Paixão, 1991, p. 135).

E nem sempre os melhores interesses dos clientes são legais. Cárcere privado, apresentação de documentos, constrangimento ilegal e, dependendo do caso, podendo chegar até a violência física, são exemplos que podemos citar do *modus operandi* das seguranças privadas. Há um claro desrespeito aos direitos e liberdades garantidos pela Constituição e que são olvidados em prol dos interesses privados. Funcionários do

Diante da discrepância entre os dados divulgados pela imprensa, preferimos usar esta monografia devido a ele ser um delegado de polícia. Portanto, acreditamos em uma maior fidedignidade, além de oferecer dados mais completos. Independente disso, ressaltamos que os números que os números não são consensuais e tem caráter indicativo.

(9) Ver *FSP*, 10.8.89 e 18.2.90.

Estado contratados para agir legalmente e a favor da lei, quando na esfera privada, agem ilegalmente, num claro desrespeito às leis e aos direitos humanos.

Poderíamos continuar citando outras formas de precaução e alterações de hábitos: cursos ministrados sobre prevenção de seqüestro, direção ofensiva e defensiva, curso sobre negociação do resgate, curso para familiares de executivos e empresários, busca de caminhos alternativos nos deslocamentos diários e outros ainda. A influência que este crime causou no cotidiano das pessoas não foi pequena.

A rarefação do Estado tem causado não poucas apreensões na sociedade. Muitas vezes o próprio domínio político de algumas regiões encontra-se fora do Estado. O controle destas áreas é disputado entre instituições governamentais e o crime organizado. Um editorial de *O Estado de S. Paulo* afirma em tom pungente: "O resultado [da política do ex-governador Leonel Brizola e do próprio Moreira Franco] é que Moreira Franco não *governa de fato* o Estado do Rio. Quem o faz são os *gangsters* que do interior do presídio de segurança máxima (quem diria?), Bangu I, determinam qual dos planos criminosos à sua disposição será executado, quando e por quem" (OESP, 5.7.90, o primeiro grifo é meu).

A ressonância deste fenômeno se fez sentir também em Brasília. "O ministro da Justiça Bernardo Cabral disse ontem em Brasília que se chegar ao ponto em que há *falência absoluta das autoridades* do Rio no combate à onda de seqüestro, o governo federal 'terá que sair da colaboração para ação direta' naquele estado. O governo está realmente preocupado..." (OESP, 5.7.90, grifos meus).

Enfim, o comércio que veio na esteira deste crime como seu antídoto parece ter alimentado a indústria da segurança privada. O medo da criminalidade levou as pessoas a se defenderam. A violência, entretanto, é monopólio do Estado, segundo as clássicas concepções de Weber (Weber, s/a, 56) e Elias (Elias, 1990 e 1993). A atomização deste poder só pode trazer maior insegurança no seio da população a longo prazo, ainda que aparentemente a pessoa se sinta segura com os seus guarda-costas. O que num primeiro momento poderia ser visto simplesmente como um problema social, podemos transformá-lo num problema sociológico, cuja análise está sendo apenas esboçada neste trabalho. Por ora, uma das dimensões analíticas do crime de seqüestro é o fortalecimento de esquemas de segurança privada que, como vimos, traz consigo profundos problemas para a democracia. Os limites entre o legal e o ilegal tornam-se extremamente tênues.

A importância sociológica do crime de seqüestro não está no crime em si, mas na teia de relações em que ele está envolvido. Como pudemos observar, a indústria da segurança privada que se ampliou por causa deste fenômeno monta sociologicamente um problema político de alta importância nos Estados modernos, pois diz respeito ao monopólio da violência física, legítima apenas por parte do Estado. Soma-se a isso a condição ambígua em que a polícia encontra-se, pois, para manter a ordem, quebra-a (ao praticar atos ilegais na captura dos supostos criminosos).

Dada esta importância, analisaremos este fato social, caracterizando-o e inserindo-a na problemática da ordem, já que, à primeira vista, o problema pode ser entendido como um estado anômico da sociedade.

5. O seqüestro como fato social

Fazer uma descrição geral dos casos de extorsão mediante seqüestro é não atentar para as diferenças entre um caso

e outro. Poderíamos caracterizar o seqüestro o tipo de vítima, seguindo, assim, a revista *Veja* (Veja, 23.8.89). O primeiro tipo compreende aqueles que se encontram num suposto grupo de alto risco. Estas pessoas são capazes de desprender altas quantias em troca de sua liberdade. No segundo tipo encaixam-se altos executivos, pessoas que, a despeito de não possuírem um *status* de um milionário, possuem um nível de vida não muito diferente. O terceiro grupo de vítimas são aqueles que a *Veja* chamou de "azarados". São pessoas que têm uma receita igual à despesa. Poderíamos acrescentar mais dois tipos. Aqueles seqüestrados pelos próprios vizinhos ou por um morador dos arrabaldes em troca de um pouco de dinheiro. Nos boletins da Divisão Anti-Seqüestro há casos de seqüestros até de empregadas domésticas. São pessoas de classes populares sem nenhum poder aquisitivo, mas que na "onda de seqüestros" acabaram se tornando vítimas. E, por fim, há os auto-seqüestros. Pessoas que, precisando de um dinheiro urgente, programam seu auto-seqüestro com a finalidade de extorquir a própria família.[10]

Esta "tipificação", entretanto, serve mais como uma apresentação esquemática do que uma apreensão da totalidade dos casos existentes. Em nosso caso, por exemplo, as afirmações de que as classes altas corriam mais riscos nas "primeiras fases", isto é, naquele período em que as vítimas eram os grandes empresários, podem ser decorrentes de critérios pouco precisos do que se entende por "classe alta". É verdade que grandes empresários foram seqüestrados, mas também comerciantes. Afirmar que só foram os grandes empresários as vítimas de seqüestros nessa "fase" pode não corresponder à realidade.

(10) Estes crimes inusitados pertencem ao período aqui estudado. Ao que tudo indica, não se prolongaram no tempo.

Tendo essa variedade como ponto de partida, podemos concluir que não existe uma ação padrão nos casos de seqüestros. O seqüestro de Martinez (vice-presidente do Bradesco) certamente não é parecido com o de um comerciante, que, por sua vez, difere daquele praticado contra o vizinho. Enquanto há seqüestros que improvisam ambulância e farda militar para despistar os transeuntes no momento da ação, há aqueles casos em que a vítima é seqüestrada na garupa de uma moto.

Os seqüestros desses grandes empresários, como Martinez, Medina, Sales, Diniz, entre outros, possuem característicos comuns, e as convergências aparecem rapidamente. O número de agentes envolvidos geralmente é grande, compreendendo, certamente, mais de dez pessoas. Cada pessoa possui uma função específica e a coordenação é feita por uma que mantém o controle da ação total. Nem sempre os integrantes de uma mesma quadrilha estavam cientes da ação dos outros membros.[11] A razão é que se alguém fosse preso não poderia denunciar a ação dos outros.

O local de maior ocorrência de seqüestros foi na própria casa da vítima ou durante o deslocamento da residência ao trabalho (ou vice-versa). No momento exato da ação, as vítimas eram interceptadas, quando na rua, por mais de um utilitário. Poucos segundos eram suficientes para a vítima estar em posse dos agentes. O carro em que a vítima se encontrava nem sempre foi utilizado, visto que já havia carros planejados para a ação. A ação era rápida e organizada. O tipo de armamento utilizado era de forte calibre. Podia variar de revólveres a submetralhadoras podendo até dispor

(11) Estas quadrilhas foram bastante comuns no período compreendido por nossa pesquisa. Na década de noventa, parece que estas quadrilhas organizadas com princípios quase para-militares são mais difíceis de se encontrar.

de explosivos e rádios capazes de sintonizar a mesma freqüência da polícia. O uso de arma branca não era descartada; talvez para assustar a vítima com o intuito de convencê-la a implorar a seus familiares o pagamento do resgate. Independente de casos extremos, os agressores normalmente consentiram em dar provas de que a vítima estava viva. Esta podia ser manipulada das maneiras mais diversas possíveis. Isso não significa que em todos os casos isso tenha acontecido. Mas em uma parte considerável, observou-se forte poder dos agressores sobre a vítima, sobre familiares e conseqüentemente sobre a polícia e sobre a imprensa. Na totalidade dos casos, os seqüestradores exigiram, sob ameaça de morte da vítima, o afastamento da polícia. Muitas vezes a polícia era chamada no início do caso e afastada posteriormente sob pressão dos agressores. Quanto à imprensa, também era solicitado a ela que se afastasse. A própria imprensa afastou-se por si mesma em alguns casos. Houve ainda muita polêmica em torno do comportamento da imprensa no que tange à veiculação do fato. A própria *Veja* afirmou que, ao negar a informação do leitor, nega sua "própria razão de ser" (*Veja*, 23.8.89). Entretanto, a veiculação do caso poderia colocar a vida da vítima em perigo.

Dentro deste contexto, pode-se observar melhor a situação delicada em que a vítima se encontrava. Ela era, muitas vezes, reduzida a uma nulidade. Luís Sales afirmou que se "sentia como um cachorro dentro da jaula, andando de um lado para outro" (*OESP*, 7.10.89).

Quanto ao cativeiro, ele variou de uma barraca montada dentro de uma casa a uma casa em si; de um "barraco" dentro de uma favela a um cativeiro especificamente construído para este fim, como foi o caso de Martinez. "O quarto onde [ele] permaneceu não tinha janela nem banheiro. Na porta havia um 'olho mágico' e a luz era regulada na parte externa. Todas as vezes em que os seqüestradores entravam, uma campainha tocava e o banqueiro tinha que ficar com o rosto contra a parede e colocar um capuz. Beltran Martinez percebeu que havia uma ligação de ar condicionado e som. Ouvia música todos os dias, possivelmente fita (...)" (*FSP*, 6.1.89). Portanto, a própria arquitetura destes cubículos era planejada com o intuito de privar a vítima de todo e qualquer contato externo, inclusive com seus seqüestradores. A dificuldade de se fazer um retrato falado do seqüestrador pode decorrer deste fato. É possível, no entanto, que as vítimas usassem este argumento para não se arriscarem, tendo em vista as ameaças de futuras retaliações feitas pelos seqüestradores.

Uma vez a vítima em posse dos seqüestradores, sua família logo era comunicada do fato certamente por telefone; mas também eram usados bilhetes e cartas que eram deixados ou nas vizinhanças ou enviados juntamente com um outro objeto (flores, caixa de chocolate etc.), ou, ainda, colocados em lugares previamente combinados com os familiares. A negociação era feita pelos próprios familiares. Nos casos de maior vulto, formava-se uma equipe a fim de se revezar na conversação.

O pagamento do resgate realizava-se principalmente em lugares ermos, como estradas e rodovias. O resgate era entregue por familiares e também por parentes. Seu valor variou em nossa pesquisa de US$ 6,233.00 a US$ 4,000,000.00. Houve redução em quase todos os casos, chegando a se pagar 5% do valor inicialmente pedido. Na média, a redução variou de 20% a 60% do valor inicial. A recusa do valor inicial pareceu não colocar em perigo a vida da vítima e o decréscimo normalmente foi conseguido. Nas negociações dos resgates, ocorreram inclusive casos de trote para receber o dinheiro. Chegou-se a pagar

o valor a pessoas que se aproveitaram da situação. Para evitar tais situações, os familiares faziam algumas perguntas que só quem estivesse com a vítima realmente poderia responder.

Ao contrário do acontecido na interceptação da vítima, a libertação dava-se normalmente à noite. O pagamento do resgate foi efetuado, muitas vezes, por pessoas da própria família em locais previamente estabelecidos pelos seqüestradores. A libertação dificilmente dava-se logo em seguida ao pagamento do resgate. Ela se dava após algum tempo, provavelmente como forma de garantia que o agente não seria pego pela polícia. O desfecho não era, portanto, uma troca imediata do dinheiro pela vítima. Ao libertar a vítima, às vezes, os agentes davam algum dinheiro para ela pegar um táxi.

A duração do seqüestro foi bastante variável, mas houve uma maior incidência para aqueles que permaneciam com a vítima por um período de até dez dias. Ações prolongadas são onerosas e requerem uma maior organização. No caso do Brasil, dentro do período observado, o seqüestro mais longo foi o de Sales, 65 dias.[12]

Tem-se dito que o seqüestro é mancomunado com o crime organizado. Tal afirmação foi exaustivamente afirmada pela imprensa e por muitos policiais. Se verdade, é preciso não incorrer em generalizações a partir do Estado do Rio. Como mostraremos, há uma diversificação muito grande quanto aos agentes; podemos encontrar pessoas de todas as classes, escolaridade e profissão, com ou sem antecedentes criminais. Esse intento de agrupá-los juntamente com os traficantes parece-nos uma tentativa de estender à totalidade dos seqüestros características de uma parcela ínfima entre eles. Não por acaso, os seqüestros que tiveram bastante evidência na imprensa estavam ligados com o tráfico. Nada disso implica que todos estivessem ligados.

Quanto ao segundo tipo de seqüestro, os que atingem altos executivos, a ação parecia ser bastante parecida. A vida de altos executivos, por vezes, assemelha-se à das classes altas. Mansões, carros do ano e vida luxuosa podem ser encontrados em ambos os casos. Isso levou quadrilhas organizadas a seqüestrarem pessoas "erradas", como as próprias vítimas se auto-intitulavam.

Os seqüestros envolvendo pessoas de classe média, pequenos comerciantes, eram planejados para se obter o resgate em um curto período de tempo, já que o baixo poder aquisitivo das quadrilhas não permitia ações prolongadas. O armamento utilizado podia ser considerado "leve", já que normalmente eram revólveres (em alguns casos pode-se encontrar armas mais pesadas). As quadrilhas eram bem menores e todos conheciam a ação de todos e participavam de tudo ao mesmo tempo. A alimentação dada às vítimas era rudimentar e o tratamento variava da distância à agressão. O poder sobre os seqüestrados perde seu caráter psicológico ou amedrontador e transforma-se em uma violência que pode culminar em lesões corporais. O resgate, normalmente pedido em moeda nacional corrente, podia também ser diminuído no decorrer das negociações. A cooperação dos familiares foi maior do que a dos casos envolvendo grandes fortunas.

As ações que atingiram pessoas de baixa renda apresentavam, muitas vezes, características passionais, no sentido de

(12) Isto é, até 1990, já que aconteceram seqüestros mais longos em épocas mais recentes, Ver *FSP* 6.5.94, São Paulo, p. 3/4. Na Itália, há seqüestros que ultrapassaram a barreira de um ano. Em países da Europa, a longa duração de alguns seqüestros fez com que a vítima não raro se identificasse com a causa dos seqüestradores, muitas vezes acabando por defendê-lo. É a chamada "Síndrome de Estocolmo".

não terem uma detalhada e calculada estratégia. Os motivos podiam ser os mais variados: desespero por causa de contas vencidas, endividamento, vingança ou simplesmente tentar ganhar algum dinheiro nesta "onda de seqüestro".

Os auto-seqüestros não foram tão raros quanto podem parecer. Uma pessoa em conluio com alguma outra, ou ela mesma tentando mudar a própria voz, entrava em contato com sua família avisando o "seqüestro". Estes seqüestros não lograram êxitos em sua maioria.

As causas dos seqüestros foram diversas, segundo as *versões veiculadas na imprensa.*

1 — "alimentar" a corrupção da polícia. "Leonil disse ter seqüestrado Bacchin(...) com o objetivo de conseguir dinheiro para entregar a policiais da Delegacia de Roubos do Deic e continuar em liberdade. Dez dias antes do seqüestro, ele foi preso com um carro roubado por investigadores da delegacia. Leonil estava, na ocasião, cumprindo prisão albergue e deveria ter o benefício revogado a ser detido. Mas houve um acordo com os policiais e em troca da liberdade Leonil deveria entregar Cz$ 3 milhões, por uma advogada, aos policiais. Os policiais acusados por Leonil foram afastados de suas funções..." (*FSP*, 14.2.87).

2 — distribuição de renda. "O seqüestro continuará a ser uma arma muita usada como uma maneira de protesto e um meio de obter grandes quantias de dinheiro em países onde a distribuição de renda é desigual, diz Adans-Dale." (*FSP*, 18.2.90).

3 — dificuldades financeiras. "Imaginar um seqüestro para com o resgate pagar dívidas bancárias durante a estabilização monetária do Plano Cruzado não é usual entre os empresários. Mas, aparentemente, foi esta a fórmula encontrada por José Dormando Nogueira, 26 (...) Ele é acusado de planejar o frustrado seqüestro do aposentado (...) Ao ser preso no dia seguinte, José Dormando alegou à polícia ter pensado no crime para saldar dívidas de Cz$ 800 mil contraídas junto ao Bradesco."

4 — medidas econômicas do governo. "O diretor da Divisão Anti-Seqüestro (DAS), inspetor Pedro Lanzieu Arinho, 68, diz que o aumento do número de seqüestro é reflexo do Plano Collor e da repressão da polícia às bocas-de-fumo, locais de venda de tóxicos." (*FSP*, 28.5.90)

5 — grandes filas nos bancos em decorrência dos planos econômicos. "Marinho [diretor da Divisão Anti-Seqüestro] acredita que a quadrilha, que também assaltava banco e residência, pode ter voltado a atuar em seqüestro devido as grandes filas que há atualmente nos bancos por causa das mudanças na economia do país." (*FSP*, 3.5.90)

6 — mistura de presos políticos com presos comuns na ditadura. "Na opinião de Tuma, a onda de seqüestros cresceu porque o crime tem uma organização no Rio desde a época do terrorismo: a ação da polícia não foi rápida e eficaz na inibição dos criminosos, disse Tuma. (...) Segundo o secretário, a organização do crime no Rio começou com a colocação de presos políticos na ditadura, junto com presos comuns nas celas do Estado. 'Isso deu um grande *know-how* e eles foram se organizando', explicou." (*OESP*, 14.6.90).

7 — obter dinheiro para se candidatar. "O seqüestro de Medina, de acordo com o depoimento [do 'Professor' à Polícia] serviria para 'Professor' conseguir dinheiro para sua candidatura a deputado federal." (*FSP*, 27.6.90)

8 — devido à própria onda de seqüestro. "Entusiasmado com a onda de seqüestro, o vigia Pedro Santalucia Bibiani, 20 anos, resolveu ganhar algum dinheiro com este tipo de crime. Sem contar com a ajuda de ninguém, ele simulou o próprio seqüestro, certo de que seu patrão (...) pagaria Cz$ 50 mil pelo seu resgate." (*FSP*, 19.2.87). Decorrente dessa razão, para muitos, o aparente sucesso dos seqüestradores motivou-os a lançarem mão dessa empresa. "O seqüestrador admitiu [em depoimento] que foi estimulado pelo sucesso dos seqüestradores que de 7 de novembro a 17 de dezembro do ano passado mantiveram como refém Antonio Beltram Martinez..." (*FSP*, 26.3.87).[13]

Sobre instituições que estivessem envolvidas na proteção das vítimas de forma específica, nada pudemos constatar, visto que as reportagens nada informaram. Foram pessoas individuais e amigos ou parentes que se mostraram preocupados com a segurança da vítima. Via de regra, era a própria família que se encarregava destas atividades.

Quanto à proteção dos agressores pelas instituições, há um grande silêncio a respeito, exceto o caso de Diniz. No momento da negociação e da rendição dos seqüestradores, o papel do Cardeal Arns foi vital, sendo reconhecido até pelos próprios policiais. No trajeto em direção à cadeia, os agressores foram acompanhados por policiais, por dom Paulo e por representante consulares.

Finalizando a caracterização do fato ora estudado, muitas vezes podia-se ouvir que o contexto político e econômico influenciou no recrudescimento do seqüestro (plano Collor). Não se pode endossar e nem recusar de imediato esta explicação, pois não se tem como auferir esta variável atuando sobre o fenômeno.

Feita esta caracterização, podemos abordar esta questão do ponto de vista dos indivíduos.

Em nossa pesquisa na revista *Veja*, a maioria das *vítimas* era do sexo masculino. Dezenove do sexo masculino e oito, feminino (ver tabela 5). Comparando com os dados disponíveis dos inquéritos apurados pela Divisão Anti-Seqüestro de 88 a 92, as taxas são quase iguais em percentuais. As idades das vítimas variaram de menos de um ano de idade até pessoas com mais de 65 anos.

Tabela 5 — Sexo das vítimas de seqüestros

Brasil

	Veja	D.A.S*
total	27	61
masculino	19	42
feminino	8	19

Fonte: *Veja* e Divisão Anti-Seqüestro
*Obs.: atualizado até setembro de 1992[14]

Se somarmos o número de vítimas que são empresários ou que possuem um membro da família empresário, teremos a maioria absoluta dos casos noticiados na revista *Veja*: dezoito casos dos vinte e sete noticiados. O restante se dividia entre profissionais liberais e comerciantes. Destes 18 casos, em onze deles a vítima era o próprio empresário e sete eram parentes de empresários. Já pelos inquéritos, não é possível uma estratificação profissional muito clara, pois os

(13) Tais causas são aquelas apontadas pela própria imprensa e pelos atores envolvidos, o que nada implica que sejam as reais, e nem que esgote a totalidade das causas. A ordem apresentada é aleatória.

(14) Apesar de haver casos de investigação fora do Estado de São Paulo, a Divisão Anti-Seqüestro da Polícia Civil concentrava sua ação no próprio Estado. Todas as tabelas cuja fonte é a Divisão Anti-Seqüestro têm sua atualização até esse mês, setembro de 92.

dados são bastante dispersos. A gama de profissões que podemos encontrar nestes documentos é bastante ampla, impossibilitando agrupamento em blocos. Disto podemos concluir que a imprensa dava preferência aos "grandes seqüestros".

Quanto à escolaridade, as vítimas se distribuíam do primário incompleto ao nível superior.[15]

Tabela 6 — Vítimas de seqüestros, segundo escolaridade

Brasil	1987-1992
total	61
prim. incompleto	2
primário	7
1.º grau	6
2.º grau	5
3.º grau	12
não informa	29

Fonte: Divisão Anti-Seqüestro.

Quanto aos *agressores*, dos trinta e oito veiculados pela *Veja*, trinta e três eram homens e apenas cinco eram mulheres. Em termos percentuais, novamente estes dados coincidiram com os dados da Divisão Anti-Seqüestro (DAS) (Tabela 7). Normalmente, há mulheres nas quadrilhas melhor organizadas, das quais, devido à divisão de trabalho, há ocupações que se julgam melhor adaptadas a elas.

Tabela 7 — Sexo dos seqüestradores

Brasil

	Veja	D.A.S
total	38	131
masculino	33	113
feminino	5	18

Fonte: *Veja* e Divisão Anti-Seqüestro.

(15) Mantivemos as tipificações sobre a escolaridade de acordo com os B.O.

A reincidência é bastante alta nesta modalidade criminal. Quase um terço possuía antecedentes criminais, segundo a *Veja*. Das doze pessoas com antecedentes, quatro estavam cumprindo sentença (e estavam foragidas) e uma possuía mandato de prisão expedido.

A atividade profissional era bastante variada, mas se concentrada naquelas que não exigiam formação técnica ou superior. Pedreiro, serralheiro, ajudante geral, motorista etc. Há também pessoas que exerciam outras atividades: empresários, policiais, investigadores, profissionais de nível universitário. E também desempregados e desocupados.

Através dos inquéritos policiais pudemos observar que a escolaridade dos agressores também era bastante diversificada.[16]

Tabela 8 — Escolaridade dos seqüestradores

Brasil

total	131
analfabeto	6
semi-analfabeto	4
primário incompleto	2
primário	24
1.º grau	28
2.º grau	7
3.º grau	24
não informa	36

Fonte: Divisão Anti-Seqüestro.

Também pelos inquéritos da DAS, mais da metade das pessoas eram oriundas do próprio Sudeste (tabela 9). Dentre essas, a maioria era de São Paulo. Em segundo lugar estava o Nordeste e quase 10% eram estrangeiros. São Paulo, Minas Gerais e Paraná são os Estados de origem mais recorrente dos criminosos. Os três somados perfazem 58,8% dos indivíduos.

(16) Foram mantidas as tipificações dos B.O.

Tabela 9 — Agressores, segundo procedência regional

Brasil	1987-1992
total	115
Sudeste	72
Sul	12
Centro-Oeste	11
Norte	0
Nordeste	20

Fonte: Divisão Anti-Seqüestro.

Quanto ao estado civil (tabela 10), os solteiros predominavam, seguidos pelos casados e pelos amasiados. A cor predominante era a branca (tabela 11) seguida do pardo.

Tabela 10 — Estado civil dos seqüestradores

Brasil	1987-1992
total	131
solteiro	58
amasiado	13
casado	39
outros	3
não informa	18

Fonte: Divisão Anti-Seqüestro.

Tabela 11 — Cor dos seqüestradores

Brasil	1987-1992
total	131
branco	87
amarelo	2
negro	3
pardo	27
não informa	12

Fonte: Divisão Anti-Seqüestro

6. O seqüestro como drama social

Procurou-se, até aqui, apontar alguns aspectos em que o fenômeno do seqüestro aparece. Em primeiro lugar, mostrou-se a forma de sua aparição na imprensa. Esta tentou imputar ao crime a razão da desordem na sociedade então vigente. O sensacionalismo, pautando o tom das reportagens, fez com que a imprensa se tornasse uma das principais personagens deste fenômeno. Páginas inteiras dedicadas aos seqüestros forneciam aos leitores detalhes da ação, da vida privada da vítima, da atuação policial etc. O apetite voraz da sociedade frente a "onda de seqüestro" era satisfeito com os detalhes veiculados pelos jornais, em seus aspectos mais filigranados. Entre o estado de torpor dos familiares e de terror da sociedade, a imprensa fazia sua cobertura dos casos de seqüestros não sem emoção. Por vezes silenciando a pedido de familiares, por vezes dedicando um caderno especial aos casos mais intrigantes, enfim, seja no silêncio ou no estardalhaço, o leitor tinha sua curiosidade normalmente satisfeita.

Mas o fenômeno não se restringiu à imprensa e aos indivíduos. O mercado, aproveitando a demanda por segurança, teve seu momento de aquecimento. A indústria do seqüestro tentou tapar as falhas da segurança pública oferecendo às pessoas toda sorte de segurança privada: de guarda-costas e mecanismos de alarme, de carros blindados a cachorros treinados. Esta teve seu negócio movimentado como em poucos períodos de sua história. A segurança da sociedade ficou (e está) dividida entre a segurança pública e a privada. A primeira, desacreditada, fornecia (e fornece) seus funcionários para a privada, esta sim acreditada.

O poder público, entretanto, não ficou apático do fenômeno. Leis de emergência com o intuito de conter o crescimento do número de seqüestros foram tramitadas às pressas. A regulamentação de alguns itens da atual Constituição, especialmente a Lei de Crimes Hediondos,

editada em 25 de julho de 1990, traz as marcas deste período.[17] Como escreveu Mirabete, "Omissões e imperfeições da Lei 8.072 [sobre crimes hediondos] demonstram que foi elaborada com afoiteza e sem os cuidados necessários, exigíveis do legislador, especialmente, em matéria penal (RT 663/270).

No que tange ao âmbito policial, esta teve seu cotidiano abalado. Frente a alguns crimes minuciosamente planejados, ela percebeu os limites em que estava envolvida. Departamentos policiais (na Polícia Militar e na Civil) foram criados com o intuito de se especializar policiais na prevenção do seqüestro ou na ação ofensiva contra o crime. Pessoas das classes altas não titubearam em tentar auxiliar os incipientes órgãos através de doações, ainda que às margens dos trâmites burocráticos. Tanto o presidente quanto as pessoas mais destituídas de posses foram unidas pelo fenômeno, preocupados com as escalada do seqüestro.

Toda esta sinfonia de medo e de terror por si só explicaria o interesse sociológico. A sociedade foi abalada por um crime que não chegou atingir duas centenas/ano em seus momentos de pico. A par disso, há de se lembrar a especificidade do crime em questão de trazer à tona uma gama de preocupações reprimidas.

A primeira tentativa de explicação sociológica passou pela questão da ordem, mesmo porque foi posta pelos próprios agentes sociais. O crescimento abrupto de tal crime, ou, antes, o seu "aparecimento" provocou a quebra da normalidade. O "inaudito" crime trouxe no seu bojo sérias ameaças à ordem pública.

Não ter seguido tal explicação até o fim não implica negá-la. Há de se questionar o que é que o fenômeno trouxe consigo que promoveu um ambiente de inquietação no seio da sociedade, se tantos outros crimes também tiveram fortes incrementos. Além disso, o significado de ordem pode variar para cada região. A questão desse paradigma, portanto, deveria se desdobrar em diversas localidades. Mas o fenômeno foi nacional.

Como alternativa à explicação que pressupõe a questão da ordem, desenvolveremos certas falas recorrentes, mas que não se expressaram articuladamente. Será uma interpretação, mas com base nas vozes dos sujeitos sociais. Geertz escrevia que era preciso fazer interpretações de interpretações; aqui, busca-se algo parecido: desenvolver certas falas.

Houve alguns temas com implicações sociológicas que foram recorrentes no período em análise, o que vem endossar uma série de outras pesquisas sobre a sociedade brasileira nos seus mais diversos aspectos. Destaca-se entre estes, os limites do público e do privado e também sobre as tensões sociais contidas no bojo da sociedade. Na verdade, as questões estão intimamente interligadas no caso em questão. Nesse sentido, o fenômeno do seqüestro configura um drama social, em ambos sentidos da palavra. Ele deixa de ser uma mera concatenação de acontecimentos e recebe um "status" metafórico, isto é, uma forma figurada de se falar sobre outras coisas.

Como já foi dito, o seqüestro, enquanto notícia, era ou a grande com resgates vultosos ou aquele insólito. A par disso, junto com o seqüestro, uma série de outras características que marcaram a investigação ou o desenrolar do

[17] Sobre Doutrina, notas e comentários a respeito desta lei, consultar: RT 660/261-266; RT 663/268-272; RT 666/401-402; RT 667/387-389; RT 671/285-288; RT 673/388-390; RT 674/286-288; RT 684/294-301, Revista de Jurisprudência do Tribunal do Estado de São Paulo, LEX 128/24-29, jan./fev. de 1991.

próprio seqüestro vieram à superfície. O envolvimento de policiais em ações de seqüestros não foram raras. Houve suspeitas, e em alguns casos foi confirmado, de que policiais federais, civis e militares faziam parte das próprias quadrilhas. Além disso, o não raro vazamento de informações nas investigações prejudicaram a ação policial. Por parte dos agentes criminosos, no que se refere a essa duplicidade de papéis, pode-se encontrar até casos em que o refém foi solto por traficantes e líderes do crime organizado. Se esses casos são mais raros, o limite entre a polícia e a delinqüência mostrou-se não ser claro.

Tampouco ficou clara a natureza da ação investigatória. Essa foi marcada constantemente por irregularidades: tortura para confissão foi um instrumento largamente utilizado. Esta descrição não tem a intenção de caracterizar a "verdadeira" ação policial em suas atividades cotidianas, mas descrevê-la conforme apareceu na imprensa. A ação policial pode variar entre a ação conforme a lei e a ação totalmente à sua margem.

O drama do seqüestro encontra seu significado, portanto, também na ação policial. A confusão entre o público e o privado não é apanágio do crescimento da "indústria do seqüestro". Vários estudos já vêm analisando e criticando a mistura destas esferas no âmbito da política. A segurança pública, desacreditada pela população, promove indiretamente o crescimento da segurança privada. Mas esta é constituída, pelo menos em parte, por integrantes daquela. Uma sociedade que demanda um alto efetivo na segurança privada revela o descrédito dos órgãos oficiais responsáveis pela segurança. Para a população, a melhor saída é se prevenir conforme seus meios e posses. Ao se escolher este caminho, um círculo vicioso estabelece-se entre a sociedade e o poder público, no sentido de um desconfiança crescente. O Policial, seja de qualquer uma das organizações, pago para atividades públicas, acaba tendo sua eficiência cooptada por atividades particulares.

As ambigüidades não terminam por aí. Legal e ilegal fazem parte da mesma ação. É o que se pode depreender das investigações policiais analisadas. Para fazer cumprir a lei, violam-na. Podemos exemplificar com um caso que é paradigmático: o seqüestro do ex-vice-presidente do Bradesco, Antonio Beltran Martinez, no final de 1986. Martinez foi seqüestrado durante 41 dias e foi libertado mediante o pagamento de quatro milhões de dólares. As investigações foram marcadas por ilegalidade, corrupção e tortura. Quase um ano após o seqüestro, pensou-se que o crime estava quase resolvido. Ainda que um pouco longas, alguns extratos de reportagens nos darão um quadro mais completo. "O Grupo Anti-Seqüestro (GAS) da polícia paulistana considera encerrado o inquérito sobre o seqüestro de que foi vítima (...) Antonio Beltran Martinez. Segundo o delegado do GAS, uma argentina (...) foi reconhecida por testemunhas como a mulher que na manhã do dia 7 de novembro comprou numa floricultura da Vila Mariana (...) as flores que foram enviadas à família de Beltran com um bilhete comunicando o seqüestro (...). De acordo com um delegado do GAS, a argentina começou a falar sobre o seqüestro à meia-noite de anteontem. Às 3h de ontem, encerrado o relato, o delegado Expedito Marques Pereira, 56 (...), determinou a busca ao acusado. Diante de seus assistentes, os delegados José Griamald Neto, Francisco Basile e Domingos Campanella, Pereira teria chorado de emoção e declarado esclarecido o caso (*FSP*, 28.10.87). No entanto, esta *suposta* solução já fora marcada por irregularidades. "A busca de pistas levou os policiais aos presídios, em busca de pessoas com experiência em seqüestro. José Gustavo de Oliveira, o Gugu, ex-delegado condena-

do em 1983 pelo seqüestro do joalheiro Américo Moreira dos Santos, foi contactado pelo delegado-chefe do GAS, Josecyr Cuoco, seu amigo havia muitos anos.

Seguindo o conselho do detento (de fazer uma escuta telefônica na região de Marília), acabou por decretar prisão preventiva de alguns e prendeu outros. Mas as denúncias de corrupção vieram à tona. Em manchete de capa de *Folha de S. Paulo*, encontramos que "por determinação do secretário de Segurança do Estado de São Paulo, Luiz Antonio Fleury Filho, o delegado geral de polícia, Amândio Malheiros Lopes, afastou ontem o delegado-chefe do Grupo Anti-Seqüestro (GAS), Josecyr Cuoco, o delegado assistente Domingos Campanella Junior e quatro policiais suspeitos de extorquir US$1 milhão (...) para não indiciar o advogado João Simão Neto e o fazendeiro Fausto Jorge no inquérito que apura o seqüestro do ex-vice-presidente do Bradesco, Antonio Beltran Martinez (...) No último dia 4, os policiais teriam recebido a primeira parcela do pagamento (...) no escritório do advogado Arthur Gomes Filho, indiciado anteontem como co-autor no inquérito instaurado pela Corregedoria da Polícia Civil. O delegado Malheiros Lopes afirmou que pretendia extinguir o GAS, por considerar o órgão desgastado perante a opinião pública após os episódios relativos ao caso Beltran" (*FSP*, 14.11.87).

Estes policiais queriam apresentar estas pessoas, contrabandistas e traficantes, segundo eles, como os autores do seqüestro, caso não pagassem a quantia desejada. O fato saiu da obscuridade e até a confissão de Angélica, obtida à meia-noite, foi conseguida sob tortura. Também Eny Caputto, esposa de um suposto participante que foi assassinado, relatou em entrevista a *Folha de S. Paulo* os procedimentos policiais e falou sobre as torturas que sofreu (*FSP*, 7.11.87). Esse caso teve profundo impacto na opinião pública.

Corrupção, tortura, cárcere privado, constrangimento ilegal, todos estes delitos foram praticados pelos próprios policiais.[18]

Mas em vez de analisar esta situação como expressão de um doença social, de anomia, o conceito de drama social parece-nos mais adequado.[19] A dramaticidade com que a população se envolveu no fenômeno do seqüestro decorre das tensões contidas e inarticuladas. A questão do público e do privado já foi desenvolvida, e tentou-se mostrar todos os seus efeitos deletérios quando esses limites se cruzam. Neste momento, tenta-se alcançar um segundo nível, desdobramento do primeiro, a saber, o processo de liminaridade em que a polícia se encontra.[20] A situação liminar para Turner é necessariamente ambígua, "uma vez que esta condição e estas pessoas

(18) Apenas para citar um caso do Rio de Janeiro, o seqüestro Medina trouxe à luz o tênue limite entre o aparato policial e o mundo criminoso. A própria polícia "seqüestrou" a mãe de um dos seqüestradores, ficando esta algum tempo com os policiais. Aliás, a empresa do seqüestro ou cárcere privado de familiares para negociar a rendição dos seqüestradores não foi um caso isolado.

(19) Dramas sociais são momentos em que há contestação de estruturas de poder, onde há episódios públicos de irrupção de tensões existentes (Turner, 1974b, p. 17 e 33 s).

(20) Turner entende por liminaridade um processo (normalmente abordado no contexto tribal) que pode ser decomposto em três momentos: a "separação", como sendo o momento no qual o indivíduo, ou um grupo, é afastado de sua condição (*status*) cultural ou de sua posição na estrutura social, ou ambas; "margem" (ou limiar) onde o indivíduo passa por uma fase intermediária, ambígua, por excelência; e agregação, onde termina a passagem e volta a um lugar estável na estrutura social, possuindo novos direitos e obrigações com seu novo estado (Turner, 1974a, p. 116).

furtam-se ou escapam à rede de classificações que normalmente determinam a localização de estados e posições num espaço cultural". Para Turner, ainda, as entidades liminares não se situam aqui nem lá; estão no meio e entre as posições atribuídas e ordenadas pela lei, pelos costumes, convenções e cerimonial" (Turner, 1974a:117).

Nesses momentos liminares, o sujeito ritual perde suas prerrogativas, caso já as tivesse. O grupo que passa por esta fase fica à parte da estrutura, mas tão-somente para oportunamente afirmá-la. É na fase liminar que ocorre a convivência paralela a uma sociedade estruturada — seja ela em classes, castas ou simples hierarquias — de uma parte não estruturada ou fracamente estruturada. Daí Turner chamá-las de "comunidades", ou *communitas*. Se a *communitas* é a ausência de estruturas, ela o é, repetimos, para afirmá-la. Enquanto estiver naquele interim de passagem, as estruturas são questionadas. Ao contrário da estrutura, nessa fase o "alto" e o "baixo" perdem seus significados. Aquele que detinha algum poder pode ser satirizado por alguém que está hierarquicamente abaixo.

Voltando para o fenômeno do seqüestro, as práticas policiais possuíam uma profunda ambigüidade. Para fazer valer a ordem, burlava-a. Nesse sentido, a polícia que é vista como a instituição por excelência na manutenção da ordem, acaba abalando toda a estrutura social ao tentar por meios ilícitos restabelecer a desejada ordem. É nesse sentido que ela está em constante *estado de liminaridade*.[21] Turner via na liminaridade uma ambigüidade em que a estrutura era questionada para então ser afirmada, fortalecida. Para a questão da polícia, entretanto, a liminaridade perde seu caráter transitório e passa a ser um *estado*, algo estável. Em outros termos, há uma *institucionalização da liminaridade*, dada a constante duplicidade da polícia, principalmente na situação da polícia judiciária, para o caso em questão.

A dramatização do seqüestro, em resumo, é a expressão de tensões sociais contidas no seio da sociedade diante de ambigüidades existentes na polícia. Ainda que ela seja a favor, muitas vezes, "do prende e arrebenta", estas duplicidades acabam por provocar tensão e medo. O órgão que auxilia no cumprimento da lei viu-se imerso na ilegalidade. Às denúncias de tortura e maus-tratos, somaram-se a prática de corrupção, constrangimento ilegal, seqüestro ou cárcere privado por parte da polícia para se apurar as extorsões mediante seqüestro. Os policiais para prenderem os criminosos, muitas vezes, deixavam os parentes dos agressores dentro da delegacia com o fito de se fazer a troca. No Rio de Janeiro, os próprios policiais começaram a seqüestrar familiares de traficantes presos ou dos próprios seqüestradores para lhes extorquir o dinheiro que haviam ganho em suas ações, segundo dizia a imprensa. Isto para não entrar na questão da corrupção em que a polícia se envolveu. A polícia agia ao arrepio dos direitos mais elementares, justamente a favor dos quais deveria agir.

O drama também ocorreu, enfim, porque a polícia não poderia estar na liminaridade, na fimbria da estrutura. Os limites tênues entre público e privado expostos no crescimento da indústria do seqüestro, a obrigação da polícia em apurar o caso para concluir a fase do inquérito mas, ao fazê-lo, agir ilegalmente e, conseqüentemente, a legalidade imiscuída com a ilegalidade, todas estas situações ambíguas que existem independentemente da "escalada do

(21) Kant de Lima, R. Cultura jurídica e prática policiais: a tradição inquisitorial. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, ANPOCS, 10(4), p. 70, ver nota 11.

seqüestro", tiveram um condensamento por ocasião do fenômeno ora estudado.

Estas características da sociedade brasileira existem a despeito de qualquer seqüestro, mas nele ocorreram esta concentração de ambigüidades latentes. É possível observar estas situações liminares de outros modos, em outros objetos, já que pertencem a estrutura da sociedade. No seqüestro, entretanto, tais ambigüidades aconteceram com uma pujança especial.

7. Bibliografia

ADORNO, Sérgio. Bilan des connaissances dans differents pays. Bilan des connaissances au Brésil. In: Robert, Philippe (org). *Les politiques de prevention de la delinquance à l'anne de le recherche.* Paris: l'Hasmattan, 1991a, p. 29/41.

ELIAS, Norbert. O processo civilizador. Uma história dos costumes. Rio de Janeiro, Zahar, 1990.

ELIAS, Norbert. O processo civilizador. Formação do Estado e da Civilização. Rio de Janeiro, Zahar, 1993.

GEERTZ, Clifford. *Interpretação da cultura.* Rio de Janeiro, Guanabara, 1989.

GOMES, José Carlos. *Seqüestro e vitimização.* Monografia defendida no Curso Superior de Polícia (CSP). São Paulo, 1993.

KANT DE LIMA, Roberto. Cultura jurídica e prática policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais.* São Paulo, ANPOCS, 10(4):65-84, junho 1989.

MARKUS, José Bernardo. *Quem tem medo de seqüestro?* Guarulhos. Ed. Parma, s/a.

MIRABETE, Edgar Magalhães. *Código Penal Brasileiro* (org. Castiglione Teodolindo), 5.º v., 1.ª parte. Crimes contra o patrimônio. São Paulo, Ed. Saraiva, 1958.

OKUCHI, Nabuo. *O seqüestro do diplomata: memórias.* São Paulo, Estação Liberdade, 1991.

PAIXÃO, Antônio Luiz. "Segurança privada, direitos humanos e democracia". *Novos Estudos CEBRAP,* n. 31:199-207, out. 1991.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. "Autoritarismo e transição". In: *Revista RSP,* São Paulo, 9:37-56, 1991.

SOUZA, Wanderley Mascarenhas de. *Radiografia do seqüestro.* São Paulo, Ícone, 1993.

TURNER, Victor. *O processo ritual.* Petrópolis, Vozes, 1974a.

——. *Dramas, fields and metaphors. Simbolic action in human society.* London, Cornell University Press, 1974b.

WEBER, Max. Ciência e política: duas vocações. São Paulo, Cultrix, s/a.

8 — SOCIOLOGIA JURÍDICA

CRIMINALIZAÇÃO: ESTE CORPO, ESTA JUSTIÇA*

JUAN FELIX MARTEAU

> Sabeis que hasta ahora ningún filósofo há temido todavía razón, y que sin duda hay una veracidad más laudable en cada uno de los pequeños signos de interrogación que colocais detrás de vuestras palabras favoritas y de vuestras doctrinas preferidas (y en ocasiones detrás de vasotros mismos) que en todos los solemnes gestos y argumentos invensibles presentados ante los acusadores y los tribunales.
>
> *F. Nietszche*

Assumindo a responsabilidade crítica a que o tema "não-criminalização" nos convoca, procurarei analisar brevemente os princípios que devem ser invocados para formular, justamente, uma crítica às práticas jurídico-penais considerando as condições sob as quais operam na modernidade. Quis tomar distância, por razões que exporei mais adiante, de certas perspectivas arraigadas no meio acadêmico e sugerir alguns elementos conceituais que provêem da obra de Michel Foucault, que, me parece, oferecem novas e múltiplas possibilidades para a formulação de uma filosofia jurídica crítica. O objeto deste artigo é, portanto, um esboço dos elementos de uma filosofia jurídica crítica e de sua relação com uma estratégia abolicionista de "não-criminalização'.

1 — A questão da criminalização é, como se sabe, suscetível de ser abordada desde pelo menos duas perspectivas. Por um lado, desde uma ótica dogmática poderíamos nos perguntar sob que condições instrumentais se ordena a estrutura jurídico-punitiva e em base a quais princípios é possível o controle racional de essa organização. Seria esta uma *tecnologia da criminalização* que se formularia, como ponto de partida, as seguintes perguntas: Primeiro, *O que se pode conhecer?, O que é a verdade?* e, posteriormente em um nível mais específico, *considerando qual ordem, respeitando qual método as instituições jurídico-penais de criminalização podem organizar racionalmente suas soluções?* Perspectiva basicamente conservadora — e isto sem outorgar um sentido pejorativo a essa palavra — na medida em que seu pressuposto seria o de atender as exigências da seguridade jurídico-penal — para sua conservação — através de um conjunto de axiomas que dirijam a organização das soluções penais. Mais preocupada em *como* ordenar racionalmente a criminalização, a perspectiva dogmática pouco espaço teria para preocupar-se sobre *o porquê* desta, mostrando-se pouco adequada para permitir em seu seio a estratégia de "não-criminalização" que aqui nos interessa analisar.

* Este trabalho foi apresentado na VII Internacional Conference on Penal Abolition (I.C.O.P.A), Barcelona, Espanha, 16-20 de maio de 1995.

Por outro lado, e como segunda perspectiva de abordagem do problema da criminalização, se estende todo o campo aberto pela reflexão sociológica sobre a organização jurídico-penal. Com este tipo de perspectiva, poderíamos constatar em que medida a estrutura jurídico penal atende às exigências impostas pela realidade social. O ponto de partida já não seria o de perguntar-se sobre as condições ideais da ordem jurídico-penal, mas sobre a origem e, também, sobre as conseqüências de tais atividades jurídicas na sociedade. *O que se pode fazer?. Sob quais significados se atua?* seriam as perguntas diretrizes deste tipo de análise e, posteriormente e mais especificamente, *quais são as condições sociais de possibilidade das instituições penais?* ou, inclusive, *Qual é a adequação que existe entre o fato social — a emergência do social — e a criminalização?* Contrapartida da primeira, esta *sociologia da criminalização* — que inclui também toda a reflexão criminológica moderna — possui uma visão naturalmente crítica do problema da criminalização, em tanto que tem como objeto avaliar constantemente o grado de justiça ou, melhor, de injustiça com que a organização jurídico-criminal opera em um ambiente social determinado. Capaz de explicar a realidade, a sociologia jurídica se mostraria mais apta do que a dogmática para desenhar uma estratégia analítica que explique os efeitos da criminalização na materialidade do corpo ou na multiplicidade da população. Frente à impossibilidade epistemológica de formular um princípio de justiça válido universalmente confiou-se em que a sociologia jurídico-penal seria a via para achar um princípio que estabelecesse o justo e o injusto das instituições penais e que autorizaria, a partir deste estabelecimento, a reforma ou a revolução das formas modernas de administração dos conflitos penais.

A partir do final dos anos sessenta e começos dos setenta, o marxismo se constituiu como o inspirador de uma nova maneira de pensar as relações entre as instituições de criminalização e a justiça, assinalando toda uma forma de trabalho crítico para a sociologia jurídica. A primeira idéia que atacou foi a insistência positiva em identificar justiça e legalidade, crítica esta baseada na incapacidade do jurídico — que se funda no princípio de igualdade formal — de respeitar o fato das múltiplas desigualdades sociais. De fato, entre direito penal e justiça a relação será sempre negativa, o primeiro não faria mais que do ocultar as contradições da realidade. É verdade que a crítica é mais profunda; não só está destinada a revelar a condição ideológica do direito penal mas, também, a questionar a própria idéia de justiça a partir da qual se julga as instituições de criminalização modernas. A sociologia jurídico-penal marxista não identifica justiça à ordem social e política da sociedade da maneira positivista; justiça, pelo contrário se refere ao princípio geral de distribuição que outorga a cada homem e a cada coisa seu valor respectivo. Uma derivação do "atribuir a cada um o que é seu" aristotélico, mas construído a partir de um princípio de realidade derivado da economia-política. "Sabe-se, como diz Ewald, que essa era a ambição de Marx ao escrever o Capital: determinar o princípio do valor dos valores (identificado por ele com a força de trabalho) que permita fazer da simples descrição do funcionamento objetivo da economia um texto que estabeleceria, ao mesmo tempo, o bem e o mal, o justo e o injusto."[1]

Pode-se dizer que colocadas as coisas em estes termos, o marxismo pode ser considerado como o esforço mais sério

[1] Ewald (1993, p. 134).

e coerente para pensar a criminalização, vista esta não como uma instituição jurídica ordenada em pró da convivência social e sem como uma instituição problemática destinada sobretudo a acentuar a dominação sobre os setores sociais mais vulneráveis. Sendo o "crime" uma categoria construída na superestrutura seguindo a lógica do aumento das contradições sociais, o processo de criminalização seria *per se*, para o marxismo, uma instituição injusta. A única forma justa de medir as condutas dos indivíduos seria a partir do princípio econômico-político que define os interesse e necessidades reais dos indivíduos em um momento determinado, o que nos permitiria distinguir entre comportamentos positivo e negativo.

É evidente que com esta análise a sociologia jurídico-penal marxista abre um caminho para uma estratégia de "não-criminalização". Por um lado, permite pensar que a "não-criminalização" está em relação direta com uma sociedade mais justa e sobretudo — e nisso temos que outorgar-lhe originalidade — que esses comportamentos socialmente negativos, que hoje denominamos crimes, podem encontrar soluções fora do esquema punitivo do Estado; soluções comunitárias mais justas. Por outro lado, uma vez suprimidas as instituições de criminalização e derivados os conflitos sociais a outras vias jurídicas mesmo injustas, caberia à sociologia jurídica a tarefa de seu controle indicando a justiça das soluções.

A crítica sociológica à criminalização é sempre renovadora, sobretudo quando quebra com a idéia de que não basta uma solução racionalmente ordenada para assegurar um princípio de justiça. Não obstante, também é indubitável que nos coloca frente a problemas de difícil ou de impossível solução. O mais importante de todos se refere ao próprio funcionamento dos princípios normativos. Se existe a possibilidade de opor à criminalização um princípio de justiça que, construído a partir das necessidades sociais reais, possa distinguir entre comportamentos positivo e negativo é porque a sociologia jurídica crítica pensa na existência de uma norma exterior a respeito dos comportamentos que são seu objeto. Norma que fixa limites, que divide negativamente seu campo de atuação, transcendência da norma respeito ao objeto em que intervém que nos obriga sempre, a nos perguntarmos sobre a legitimidade da instância que é sua origem. Problema que, válido é dizer aqui, não só atinge a via marxista mas, também, ao resto da especulação sociológica sobre o direito: a origem da norma de justiça estaria nos processos econômicos — à maneira marxista —, na razão científica — à maneira positivista — ou nas possibilidades da consciência — à maneira fenomenológica —, mas seria sempre transcendente ao fato que regula. Assim, se pode dizer que em seu empenho por formular um princípio normativo de justiça para opor aos processos de criminalização modernos, a sociologia jurídica se apresenta também incompetente.

Se a tecnologia da criminalização não é apta para uma estratégia de "não-criminalização" por seu destino conservador, a sociologia jurídica da criminalização se apresenta incapaz por sua pretensão: ao querer enfrentar as instituições jurídico-punitivas à realidade social esta nos conduz ao problema da origem transcendente das normas e essa origem explica pouco ou nada já que ela própria tem que ser explicada.

Chegados a este ponto, o problema aparece formulado nestes termos: *sob que condições deve-se formular um pensamento crítico da criminalização que evite a busca de um princípio de origem transcendente?* ou, melhor, *sob que condições é possível formular uma crítica imanente às práticas atuais de criminalização?* Para tentar responder a

estas questões, superando o impasse em que nos colocaram as sociologias críticas do direito, parece-me adequado apelar ao trabalho filosófico de Michel Foucault; trabalho que não deve ser visto como um sistema de pensamento, nem como uma teoria e sim tão só como um conjunto de ferramentas que não tem prefigurada sua utilização.

2 — Um estudo de filosofia jurídica crítica do problema da criminalização, tal como pode-se desprender da *demarche* foucaultiana tem a forma de uma genealogia. As perguntas que ela se faz como ponto de partida não são: o que se pode conhecer? (à maneira dogmática) ou, o que se pode fazer? (à maneira de uma sociologia crítica) e sim: *como e porquê em um determinado momento se pensa e se atua de tal maneira e não de outra?* ou, mais especificamente, *de que forma e em virtude de que circunstâncias se constituem e se definem, historicamente, as práticas jurídicas de criminalização?*

Em primeiro lugar, trata-se de um estudo que recoloca a questão da criminalização não já no contexto de uma racionalidade instrumental ou no âmbito de uma realidade social e sim, no interior da história. Desta forma, concebe a historicidade como uma dimensão essencial das práticas jurídico-penais. Claro, desde o início deve ser dito que a genealogia tem uma visão particular da história que se opõe de forma considerável à história dos historiadores do direito. Antes de tudo, a genealogia, mais do que encontrar a origem solene das instituições, se ocupa em estudar a discórdia, a luta, os enfrentamentos das forças que, em um determinado momento, produziram aquelas instituições. Por outro lado, a genealogia não pretende dissolver os acontecimentos em uma continuidade linear que aponta a um fim; ela tenta, pelo contrário, compreender os diversos eventos em suas rupturas e em suas quebras históricas, em seus acasos e em suas imprevisibilidades; trata-se de entender as emergências históricas como o teatro onde irrompem as forças. Por último, mais do que destacar a unidade e a identidade dos objetos históricos, a genealogia se assanha em assinalar a disparidade e a diversidade das formas que os habitam, os fragmentos que os compõem.

Em segundo lugar, a geneologia, com sua obstinação pelos detalhes, seu cuidado com as minúcias, com as ninharias, nos leva a considerar o primeiro lugar onde se inscrevem os acontecimentos: nos apresenta a região material do corpo — de nosso corpo — como aquele espaço primordial em que as forças sociais se territorializam. Distancia-se, então, daqueles análises que pretendem compreender as finalidades de determinadas instituições jurídicas ou seu grado de adequação social. Do que aqui se trata é de advertir as infrações, as dominações, as dissociações que se produzem nesse espaço mais mínimo que são os corpos. Pode-se dizer, com as palavras de Foucault, que são os corpos, "em primeira e em última instância os que suportam, em sua vida e em sua morte, em sua força e em sua debilidade" os efeitos das práticas penais.[2]

Se a genealogia se empenha em indagar as categorias da historicidade em função da materialidade dos corpos, realiza esta tarefa colocando-se como limite toda tentativa de retornar a um fundamento universalista. Justamente a terceira forma de operar da genealogia é através de um nominalismo estrito com o que ataca toda essa tradição do pensamento que recolhe em uma idealidade a diversidade das coisas.[3] O nominalismo, adverte Foucault, "remo-

(2) Foucault (1976, p. 10).
(3) Balibar (1990, p. 64).

ve aquilo que se percebia imóvel, fragmenta o que se pensava unido; ensina a heterogeneidade daquilo que se imaginava conforme a si mesmo".[4] Caberia saber se com estes elementos a genealogia se apresenta como apta para formular uma crítica imanente às práticas atuais de criminalização e desta maneira possibilitar uma estratégia abolicionista de "não-criminalização". Mas, abramos um parêntese antes de tentar uma resposta.

Ao opor justiça à história, a genealogia comprova que a justiça, em um sentido estrito, não existe. O que existe na realidade é uma multiplicidade de práticas normativas que se caracterizam por ser a realização de um julgamento, uma medida comum, um princípio de comparação, através do qual se outorga aos corpos humanos e às coisas um lugar. A justiça, desde esta perspectiva, não é outra coisa do que a explicitação de uma regra que serve de instância de reflexão para toda a estrutura jurídica (à legislação, à doutrina, à jurisprudência).[5] A justiça ao ser introduzida no interior da história perde seu caráter solene: é antes de tudo um "fenômeno raro e precário" submetido à variabilidade e às contingências das práticas sociais em cada emergência histórica. De onde resulta infrutífera toda tentativa teórica de dizer o que é justo ou injusto antes da própria realização prática do juízo: A justiça se desenvolve na relação teoria-prática. Vejamos, agora, o que diz a história genealógica sobre a natureza dessa relação, a partir do lugar outorgado ao corpo.

3 — Quando Foucault propõe que "em comparação com as sociedades que conhecemos até o século XVIII, nos ingressamos em uma face de regressão do jurídico",[6] ele não está assinalando o advento de uma etapa de injustiça, nem sequer, uma etapa em que a justiça é colocada em questão. Ele se refere justamente à grande mudança produzida no exercício das práticas sociais de julgamento, à profunda alteração dos princípios normativos de medida comum.

Nas sociedades européias dos séculos XVII e XVIII, as práticas jurídicas habituais eram, nas palavras de Deleuze, basicamente "extrativas", "delimitativas", "dificultativas", "obstaculizantes", "capturadoras" dos corpos. Pensemos nas práticas inquisitoriais da tortura e do suplício destinadas à destruição dos corpos, à negação da vida. *Práticas penais de soberanização*, antes que de criminalização, nas quais o privilégio característico do rei era, segundo Foucault, "decidir sobre a vida e a morte."[7] Os litígios judiciais desta época apresentam a aparição de uma nova figura que a história antes desconhecia: o procurador, que representará ao soberano. Outra característica relevante é a própria idéia de que quem produz um dano, não ofende só os direitos da vítima mas também os do Estado, o que traz uma conseqüência também nova: a reparação ao próprio soberano através da instituição da multa.[8] Com estes elementos, procurador, lesão à soberania, necessidade de reparação, se conforma a prática punitiva de soberanização. Foucault foi muito claro na explicação do funcionamento da inquisição como uma forma específica de ação sobre os corpos. Submetido às práticas de soberanização, o corpo mais do que um órgão empírico vivo é, sobretudo, um *signo*. É o lugar essencial onde o rei soberano deve deixar suas marcas

(4) Foucault (1971, p. 1).
(5) Ewald (1993, p. 160).
(6) Foucault (1976, p. 190).
(7) Op. cit. (p. 41).
(8) Foucault (1973, p. 73).

evidentes e o seu registro inconfundível a fim de restituir a soberania ultrajada. Espécie natural, entre outras da natureza, o corpo do indivíduo soberanizado possui um estatuto jurídico que ocupa o espaço invertido do corpo do rei: sem dúvida, objeto destinado à corrupção, mas sobretudo elemento físico em que se representam os direitos recíprocos instaurados pela soberania, com o fim de fixar as bases de uma sociedade civil. Propriedade do rei, o corpo do condenado, é a instância em que as práticas punitivas podem desenvolver até o infinito os efeitos da soberania, mas não porque esse substrato anônimo e obscuro seja indagado em sua natureza; demasiado caótica, esta não seria referência para as práticas jurídicas. Se o corpo é requerido com essa insistência é porque permite simbolizar a restituição mais plena da soberania.

Como se constrói o princípio de racionalidade, a medida comum que surge destas práticas e às quais, por sua vez ordena? Como se formula o princípio de justiça que rege as práticas punitivas de soberanização? Na medida que toda referência à natureza é sinônimo de caos, a justiça só pode se formular a partir de um princípio pressuposto racionalmente que considera que ante as leis que ordenam o funcionamento do cosmos, cabe ao indivíduo, frente a si mesmo ou frente a Deus, uma atitude de consciência, e, frente aos demais indivíduos, uma atitude fundada na reciprocidade, na medida que se obriga a respeitar as leis enquanto que os outros também as respeitam. A reflexão hobbesiana: "*Não faças a outro aquilo que não queiras que ele te faça!*", expressa bem esta idéia e justifica a existência de um poder coercitivo monopolizado pelo soberano que garante este princípio sem admitir contestação. Na época das práticas punitivas de soberanização do corpo-signo a distinção entre um direito universal e eterno e um direito positivo cabia nestes termos: o primeiro, dirigido aos súditos, é o fundamento e a sustentação do segundo, na medida em que serve de legitimação ou de controle de todo o direito coercitivo do Estado.[9]

A última parte do século XVIII e começo do XIX assinala uma nova emergência histórica que põe em cena uma multiplicidade de práticas jurídicas com novas características: ao invés de "extrativas", "incentivadoras"; mais do que "delimitativas", "ampliativas", ou melhor, "facilitadoras", "incitadoras" dos corpos ao invés de "dificultativas", "obstaculizantes". Ao invés do que "matar ou deixar viver", "administrar a vida", diz Foucault.[10] A época moderna, nossa época, se caracteriza por uma total reconversão das práticas penais, inaugurando a possibilidade das *práticas punitivas de criminalização*. Estas funcionam, por um lado, a partir da proliferação das prisões como principal forma de sanção e a partir do controle do espaço público através da polícia, instituições que tem por fim a individualização dos indivíduos; por outro lado, funcionam a partir da extensão dos mecanismos de controle da ordem pública, que tem por objetivo o cuidado masivo da população (pense-se tanto nos projetos de controle de migrações tanto internos como externos, como na cautela pela identificação nos registros públicos). Nova prática penal, nova estratégia que define um lugar inédito para o corpo: antes que um exercício penal de soberania, uma "anátomo-política do corpo humano" e uma "biopolítica das populações"[11] que traduz o interesse do Estado pelo cuidado da vida. Não se trata já de um corpo-signo e sim de um *corpo biográfico*, uma vez

(9) Bobbio (1994, p. 71).
(10) Foucault (1976, p. 180).
(11) Op. cit. (p. 168).

que não se trata dele como uma representação e sim como uma identidade suscetível de ser compreendida e, neste caso, transformada durante seu tempo de vida. O ponto de aplicação desta técnica punitiva de criminalização não é de modo nenhum do corpo que se insurge contra o rei; mas do corpo desviado de uma norma. Pluralidade de forças que é necessário acomodar à vida em sociedade, o corpo tem nas práticas punitivas modernas um nome que o designa e uma história que o descreve. Já não é essa substância obscura e anônima onde inscrever as marcas da soberania; o corpo, agora, é colocado em um regime de luz e em um espaço individualizado a partir do qual este pode ser explorado em suas atitudes e em seus defeitos. O corpo, nas práticas punitivas modernas, já não é necessariamente exposto à atrocidade — embora estas continuem funcionando lateralmente — nem aos suplícios — embora estes subsistam no fundo — nem tampouco é conduzido ao extremo da morte — embora os aparatos punitivos se mantenham aptos para isso —. O corpo desta penalidade, aparece como esse segmento vivo que se deve manter dócil — "economicamente útil e politicamente obediente", lembra Foucault — e desta maneira apto para uma convivência pacífica em sociedade. E se Foucault falou da modernidade, como a época do nascimento do homem ou como o momento do ingresso da vida na história foi porque encontrou um fiel testemunho dito nas práticas de criminalização. O *homo criminalis* não existia desde sempre, como não existia, em verdade, o homem normal. Ambos não são mais do que formas produzidas que convertem ao corpo em uma instância calculável.

Nesta época moderna já não é possível continuar avaliando e controlando as práticas penais a partir de uma justiça construída à maneira clássica. Qual é, então, o princípio de medida comum pelo qual estas práticas se organizam e se controlam? Trata-se de uma norma que mais do que baseada em um pressuposto ordenado racionalmente se funda em um princípio organizado empiricamente: agora "tudo se move em uma irredutível historicidade, diz Ewald [...] "a vida dos homens se vê privada de toda referência que possa ser exterior a suas formas empíricas. Tudo se refere agora à sociedade, em uma referência que não pode ser outra que ela mesma, que se acha também submetida à mudanças. A sociedade é, ao mesmo tempo, o fundamento e o fundado, indissociavelmente princípio de identificação e princípio de desestabilização, de dissolução dessas mesmas identidades que permite estabelecer".[12] A medida comum que é a justiça, mais do que na reciprocidade dos direitos que cabe ao soberano resguardar, se organiza a partir do que se pode chamar de "*continuum* normativo", que implica o abandono de todo princípio suposto racionalmente para a consideração dos próprios termos que se pretendem medir. Cada corpo e cada coisa é colocado em um lugar especial "finito e limitado" suscetível de exame e de cálculo.

Se as práticas jurídico-inquisitoriais de soberania funcionavam, se organizavam e se controlavam elas próprias através de uma justiça de ordem racional, as práticas penais de criminalização o fazem partir de um estrito positivismo legal fundado na justiça da normalização.

Acredito que nos encontramos agora em condições de fechar, pelo menos parcialmente, o parêntese antes aberto, e retornar à questão da possibilidade de uma crítica imanente às práticas de criminalização.

Ao analisar a justiça a partir da perspectiva genealógica, já não é possível separar radicalmente as estruturas

(12) Ewald (1993, p. 148).

jurídicas punitivas de um princípio universal que as perpassa historicamente e a partir do qual seja possível dizer se aquelas são justas ou injustas ao definir o lugar dos objetos que ordena. O que a genealogia descobre é a possibilidade de compreender a natureza imanente da relação teórico-prática da justiça e, por sua vez, da relação da justiça com os objetos que mede. Cada forma de exercer-se o direito na história, cada prática punitiva em cada emergência, estabelece um princípio de medida comum, a partir do qual elas se ordenam e em virtude do qual a cada corpo e a cada coisa é destinado um lugar. Não há exterior possível para a justiça com relação à realização do direito assim como não há exterior possível entre a justiça e a constituição do objeto que regula. Nas palavras de Macherey "a norma não trata de um conteúdo que subsiste independentemente dela e fora dela e, em si mesma, não é independente de sua ação como algo que se desenvolve fora dela, em uma forma que necessariamente seria a de partição e a de cisão [...] O que faz que a norma seja norma é sua ação".[13]

Assim, nos termos de uma genealogia das práticas penais modernas, a criminalização não é uma instituição jurídica que funcione à margem de um princípio de justiça que seria necessário invocar para controlá-la ou, em se tratando do caso, aboli-la. Ao contrário, pode-se afirmar que, se a criminalização, em seu exercício, produz um corpo biográfico é porque funciona no seio mesmo do *continuum* normalizador que é, hoje, a justiça moderna.

Voltemos a nosso ponto de interesse: que conseqüências podemos extrair de uma genealogia da prática jurídico-penais no que diz respeito a uma estratégia abolicionista de "não-criminalização"? ou melhor, qual pode ser o resultado de aproximar a genealogia ao esforço abolicionista?

4 — 1. Em primeiro lugar, pode-se dizer que a genealogia, opondo o direito à história, mobiliza uma postura abolicionista, em tanto que recusa a evidência com que as coisas e as instituições jurídicas se apresentam, toma distância das familiaridades com as que se está habituado a atuar e pensar sobre as condutas próprias e alheias e, sobretudo, conduz a uma prática constante de interrogação sobre as maneiras pelas quais refletimos sobre a existência das práticas penais em nossa sociedade. Neste sentido, a genealogia se desprende de toda a explicação que surge do pensamento tecnológico da criminalização, da mesma maneira que toma distância da reflexão sociológica — e criminológica — crítica da criminalização. A abolição destas formas de análise são necessárias na medida em que ambas tem sua condição epistemológica de possibilidade na mesma emergência histórica em que surgiram as práticas atuais de criminalização.

4 — 2. Segundo, a genealogia, ao descobrir que não existem práticas de criminalização independentes da ação de um princípio de justiça normalizadora, abre a possibilidade de chegar à não criminalização a partir de uma crítica que não apele a nenhum elemento externo ao próprio exercício das práticas punitivas. Para a genealogia, não criminalizar não seria somente suprimir as instituições penais atuais por outras mais humanas, não seria somente opor-se às práticas punitivas modernas em virtude de alguma alternativa que viesse a cumprir com os desígnios de uma justiça assentada em princípios transcendentes. Não criminalizar é, desde a visão genealógica, abrir uma brecha nos sistemas atuais de medida, nos princí-

[13] Macherey (1990, p. 181).

pios de comparação que funcionam na justiça da normalização. Não criminalizar seria, enfim, liberar as forças do corpo daquelas normas que hoje as aprisionam.

4 — 3. Justamente, se a genealogia manifesta uma atitude abolicionista é sobretudo por sua renuncia a se constituir como uma alternativa teórica ou como um sistema geral do direito que venha substituir a inaptidão manifesta pela ciência jurídica ou pela sociologia crítica. A genealogia é, em verdade, *assistemática*. Ao trabalhar ao nível do feito que as práticas penais produzem nos corpos, permite descobrir as instâncias de resistência que nestes se encontram. Neste sentido, se o corpo é a instância de sujeição da normatividade penal, é também o instrumento de resistência a estas. O que o genealogista faz, não é interpretar a incomodidade do processado, a intolerância do cidadão frente ao crivado policial ou a vontade dos presos. O genealogista não é o humanista que dá ordem às atitudes pouco claras dos que sofrem o peso do sistema penal. A atitude do genealogista é mais modesta: tenta traçar a cartografia das forças corporais que resistem, percebendo as novas formas de poder e de saber que estas suscitam.

Mas, se por um momento levarmos a sério a advertência de Borges em seu *Pierre Menard*, de que não há exercício intelectual que não seja finalmente inútil, tal vez possamos ver a genealogia em sua realidade nua e entendê-la, antes de tudo, como aquele momento de riso que irrompe em nosso ser quando começamos a duvidar se o homem e sua justiça são a melhor forma e a melhor regra que couberam a nosso coagitado corpo.

Bibliografia

BALIBAR, E., Foucault et Marx.: La posture du nominalisme. In: *Michel Foucault, philosophe*, Paris, Seuil, 1987.

BOBBIO, N., *Il positivismo guiridico*, Turín, Giappcholi Ed., 1979. Trad. espanhola In: O positivismo jurídico, Madrid, Debate, 1993.

EWALD, F., *Foucault, a norme et le droit*, Paris 1992. Trad. portuguesa In: Foucault, a norma e o direito, Lisboa, Vega, 1993.

FOUCAULT, M., Nietzsche, la genealogie, l'histoire In: *Hommage a Jean Heppolite*, Paris, PUF, 1971.

—, *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, 1975.

—, *A volonté du savoir*, Paris, Gallimard, 1976.

MACHEREY, P.; Sur une histoire naturel des normes In: *Michel Foucault, philosophe*, Paris. Seuil.

9 — PARECERES

CRIME DE MILITAR NA JUSTIÇA CIVIL

RENÉ ARIEL DOTTI

Consulta e parecer

1. O ilustre Senador da República, Roberto Requião, formula *Consulta* e solicita *Parecer* a respeito de projetos em tramitação no Senado Federal tratando da definição de crime militar e da competência jurisdicional para o respectivo processo e julgamento.

Honra-me, sobremodo, a solicitação por dois aspectos fundamentais: a notável relevância política e jurídica do tema e a sua grande densidade humana.

Por outro lado, as propostas legislativas e a sua análise estão envolvendo parlamentares da maior envergadura na História das últimas décadas em nosso País, justamente na perseverante e intimorata luta em favor dos direitos humanos: Roberto Freire, Hélio Bicudo e o próprio Roberto Requião.[1]

2. A *Consulta* está instruída com cópias reprográficas:

a) do Projeto de Lei 102, de 1993, da Câmara dos Deputados,[2] doravante referido como *Projeto Original*;

b) do Parecer 284, de 25 de agosto de 1993, emitido pelo Senador Cid Saboia de Carvalho;

c) das emendas oferecidas ao aludido *Projeto original;*

d) do Substitutivo apresentado pelo Senador Roberto Freire,[3] doravante referido como *Primeiro Substitutivo*;

e) do Substitutivo apresentado pelo Deputado Hélio Bicudo, em maio do corrente ano, doravante referido como *segundo substitutivo.*

3. Os mencionados *disegni di legge*, estão redigidos nos seguintes termos:

O Projeto Original

Projeto de Lei da Câmara, n.º 102, de 1993.

(N.º 2.801/92, na Casa de origem)

(De iniciativa da CPI que investiga o extermínio de crianças e adolescente)

Altera dispositivos dos Decretos-leis 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, respectivamente.

(1) É notório o itinerário desses homens públicos em defesa das liberdades públicas, dos direitos e das garantias individuais. Como simples referência, pode-se indicar a atuação de Roberto Freire, como Deputado do Movimento Democrático Brasileira, na Comissão Mista sobre a Anistia, presidida pelo Senador Teotonio Vilela; a campanha de Roberto Requião, como Governador do Paraná, contra o *Projeto Amaral Neto*, que pretendia instituir a pena de morte em tempo de paz (agosto 1991), e de Hélio Bicudo, em sua história de luta contra o *esquadrão da morte*, em plena ditadura militar dos anos 70.

(2) *Súmula*. Altera dispositivos dos Decretos-leis 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, respectivamente. O projeto teve iniciativa na Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou o extermínio de crianças e adolescentes e da qual foi relatora a Deputada Rita Camata.

(3) O mesmo parlamentar foi o Relator das emendas de plenário apresentadas ao *Projeto Original.*

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º O art. 9.º do Decreto-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 9.º — (...)

II — (...)

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; (...)

f) revogada. (...)

Parágrafo único — Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida, I cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum."

Art. 2.º O art. 82 do Decreto-lei 1.002, de 21 de outubro de 1969, Código de Processo Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 82 — O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz: (...)

§ 1.º — (...)

§ 2.º — No caso de crime doloso contra a vida praticado contra civil, as conclusões do inquérito policial militar serão encaminhadas à justiça comum."

Art. 3.º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

O Primeiro Substitutivo

Substitutivo ao Projeto de Lei 102, de 1993

Define como crimes não-militares os cometidos por policiais militares no exercício de atividade de segurança pública, fora de serviço ou de cumprimento de missão e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º Não são crimes militares aqueles cometidos por policiais militares ou contra eles, quando:

I — no exercício de atividade de segurança pública, contra civil;

II — fora de serviço ou de cumprimento de missão.

Art. 2.º Compete à justiça comum processar e julgar os crimes definidos nesta lei.

Art. 3.º Compete à justiça militar processar e julgar os policiais militares nos crimes definidos em lei.

Art. 4.º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação, aplicando-se, desde logo, sem prejuízo dos atos realizados anteriormente à sua vigência.

Art. 5.º Revogam-se as disposições em contrário.

Sala da Comissão, em

Presidente

Relator

O Segundo Substitutivo

Substitutivo ao Projeto de Lei da Câmara 102, de 1993

Dispõe sobre a descaracterização do crime militar, nas hipóteses que menciona, define a competência da justiça militar local e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º Não constituem crimes militares aquelas infrações penais, ainda que cometidas por policiais militares ou por bombeiros militares, nas condições previstas no art. 9.º do Decreto-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar, e que venham a ser praticadas:

I — contra civil, desde que o agente esteja no exercício de atividade de policiamento;

II — em atividade que não guarde relação com o serviço policial militar ou com o cumprimento de missão de igual natureza.

Art. 2.º Compete à justiça comum do Estado-membro ou do Distrito Federal processar e julgar os crimes que, nos termos do art. 1.º desta lei, não sejam considerados ilícitos penais de natureza militar, ressalvada a competência constitucional da justiça da União e do Tribunal do Júri.

Art. 3.º Compete à justiça militar processar e julgar os policiais militares

e bombeiros militares, nos crimes militares definidos nesta lei.

§ 1.º Sujeita-se à competência da justiça comum, civil que haja praticado infração penal, consumada ou tentada, contra policial militar ou bombeiro militar, ainda que estes estejam em serviço.

§ 2.º A justiça militar dos Estados-membros ou do Distrito Federal não dispõem de competência para processar e julgar civil, mesmo tratando-se de infração penal, que possa ser qualificada, nos termos do art. 9.º, do Decreto-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar, como ilícito de natureza militar cometido contra a Polícia Militar, o Corpo de Bombeiros Militar ou os seus respectivos integrantes.

Art. 4.º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5.º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, maio de 1995.

4. Indaga-me o ilustre Consulente sobre a necessidade da modificação legislativa quanto à definição legal de *crime militar* e à competência para o respectivo processo e julgamento, à luz da proteção dos direitos humanos e das modernas orientações da Política Criminal.

Passo a responder:

Crimes comuns e crimes de responsabilidade

5. As Constituições federal e estadual adotam a classificação genérica dos delitos em dois grandes grupos: *crimes comuns* e *crimes de responsabilidade.*

Tal divisão se destina a fixar as regras de competência jurisdicional.

O Supremo Tribunal Federal em várias oportunidades tem salientado, a propósito e com referência aos ilícitos eleitorais que "na técnica constitucional, a expressão *crime comum*, ditado em oposição a *crime de responsabilidade* (art. 32, § 2.º) compreende, entre outros, os *crimes eleitorais*".[4]

A Procuradoria Regional Eleitoral no Paraná, nos autos da Ação Penal Eleitoral n.º 16.464, classe 4.ª, menciona precedente do Tribunal Superior Eleitoral, de 10 de abril de 1990, do seguinte teor:

"Crime eleitoral. Considera-se crime comum. Jurisprudência reiterada do STF. Crime eleitoral praticado por Governador de Estado. Julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça. CF, art. 105, I "a" (DJU, de 22 de maio de 1990, p. 4.491)."

6. São, portanto, *crimes comuns* todos aqueles que não forem classificados como *crimes de responsabilidade.* E esta repartição é acolhida pela Constituição Federal de 1988 (art. 85), e os seguintes diplomas especiais: Lei 1.079, de 10 de abril de 1950 ("Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento"); Decreto-lei 201, de 27 de fevereiro de 1967 (dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores) e Lei 7.106, de 28 de junho de 1983 ("Define os crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal, dos governadores dos Territórios Federais e de seus respectivos Secretários e dá outras providências").

7. Em face de tal critério, pode-se também afirmar que os chamados *delitos militares* são também *crimes comuns*, embora submetidos à jurisdição *especial.* Esta compreende três tipos: a militar, a eleitoral e a trabalhista.[5]

Tal critério, especificamente quanto à competência da Justiça Militar antes do

(4) DJU, 6.8.1976, 1.ª p. (Grifos meus).

(5) A respeito de tal entendimento, já consagrado, ver, entre outros, Fernando da Costa Tourinho Filho, *Prática de processo penal*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1992, p. 52/53.

advento do Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965,[6] foi adotado em precedente do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 42.108, de Pernambuco, em favor de Miguel Arraes de Alencar. Por unanimidade de votos, a Corte decidiu que o Governador do Estado é julgado no foro privativo, nos termos de Constituição, da Lei 1.079, de 10 de abril de 1950 e do Código de Processo Penal. E, enfaticamente, acentuou:

"Não há que distinguir crime comum e crime militar para definir a competência, *ratione personae* e não *ratione materiae*, quando se trata de julgamento de titulares que têm direito a foro especial em decorrência da eminência da função que desempenham. A expressão crime comum é usada na Constituição em contraposição a crime de responsabilidade."[7]

No HC n.º 41.296, do Distrito Federal, impetrado em favor de Mauro Borges Teixeira, a Corte Suprema reafirmou o princípio da prerrogativa de foro em razão da função e declarou a competência da Assembléia Legislativa para o processo e julgamento do Governador do Estado por crime de responsabilidade.[8]

(6) Assim dispunha o art. 8.º daquele AI: "O § 1.º do art. 108 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação: '§ 1.º Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares'. § 1.º Competem à Justiça Militar, na forma da legislação processual, o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei n.º 1.802, de 5 de janeiro de 1963. § 2.º (...). § 3.º Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus secretários, nos crimes referidos no § 1.º, e aos Conselhos de Justiça nos demais casos."

(7) Ac. un. de 19.4.1965, sessão plenária, rel. Min. Evandro Lins, em RTJ 32/614 e s.

(8) Ac. un. de 23.11.1964, sessão plenária, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, em RTJ 33/590 e s.

A definição de crime militar

8. A Constituição de 1988 deixou para a lei ordinária a definição livre de *crime militar*, bem como a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Não procedeu bem o constituinte quanto à primeira parte. O Código Penal Militar (Decreto-lei 1.004, de 21.10.1969), através do qual se define o *crime militar* em tempo de paz (art. 9.º) foi decretado pela Junta Militar que passou a governar o País com a edição do Ato Institucional n.º 12, de 31 de agosto de 1969.[9] A Exposição de Motivos ao projeto de lei que se iria converter no Código Penal Militar, a propósito, declara: "O conceito de crime militar continuou *ex vi legis*, segundo o modêlo do Código vigente, com os aperfeiçoamentos resultantes de doutrinas mais modernas e da construção jurisprudencial de nossas côrtes de Justiça Militar."[10]

Mas o diploma penal anterior, ou seja, o Decreto-lei 6.227, de 24 de janeiro de 1944, era também fruto da ditadura posto que baixado na forma do art. 180 da Constituição de 10 de novembro de 1937, enquanto o Congresso Nacional fora posto em recesso. E quanto à "construção jurisprudencial", forçoso é reconhecer que em tempos de cerceamento das liberdades públicas, dos direitos e das garantias individuais, não há possibilidade institucional para que os juízes e os tribunais possam modelar suas decisões à luz de uma *jurisprudência progressiva* e que possa introduzir as conquistas humanas e científicas que

(9) Ministro da Marinha de Guerra, Augusto Hamann Rademaker, Grunewald; Ministro do Exército, Aurélio de Lyra Tavares; e Ministro da Aeronáutica, Márcio de Souza Mello.

(10) Cf. item n.º 4 (Foram mantidos os acentos da publicação original).

são características dos Estados Democráticos de Direito.

9. É certo que não seria científica e muito menos tecnicamente adequada a proposta de incluir, na Constituição, todos os elementos necessários para a definição de *crime militar*, assim como, detalhadamente, se contém no art. 9.º do Código Penal Militar. Mas é imperativo que a Constituição estabeleça parâmetros, ou seja, *regras mínimas* de garantia.

Tomo a liberdade de sugerir os textos adiante:

"Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes cometidos contra as instituições militares, definidos em lei.

§ 1.º Os crimes dolosos contra a vida, a integridade corporal ou a saúde, praticados por militar contra civil serão processados e julgados pela justiça comum, independentemente da natureza, do local e demais circunstâncias da função ou serviço executado pelo agente.

§ 2.º O foro militar poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão dos crimes contra as instituições militares.

§ 3.º A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência, da Justiça Militar."

"Art. 125.

(...)

§ 4.º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares, nos crimes praticados contra as instituições militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças."

10. O complexo de bens jurídicos, definidos em lei como *instituições militares*, deve constituir um roteiro de segurança para que a incriminação de conduta com a chancela de *crime militar* seja efetivada em atenção a critério de maior segurança individual. E tal critério é, necessariamente, o do *bem jurídico*.

O *princípio do bem jurídico*, refletido por diversas normas constitucionais (art. 5.º, *caput*, 6.º, 14, 144, 170 e s.) deve integrar todo o sistema penal moderno, afeiçoado às exigências de um Estado Democrático de Direito, e compor o vasto repertório de fatos ilícitos. Não é admissível a incriminação de condutas humanas que não causem perigo ou dano aos bens corpóreos e incorpóreos inerentes aos indivíduos e à sociedade. Como salienta Juarez Tavares, costuma-se afirmar que o cerne de todo o Direito Penal encontra-se situado no injusto, isto é, no tipo de antijuridicidade. "Com efeito, é a partir da tipificação das condutas que se torna possível a intervenção estatal."[11]

O nosso sistema positivo está ancorado no modelo de crime como ofensa a bens jurídicos. Tal orientação se opõe aos modelos não liberais, como os que são próprios do "moralístico direito penal da vontade ou da atitude interior, ou do autoritário direito penal baseado na infidelidade do Estado ou à comunidade, ou do vago e terrorístico direito penal da personalidade perigosa."[12]

A extensão do foro militar aos civis

11. Constitui uma das exceções ao princípio geral da justiça comum, a sujeição dos civis ao foro militar. A importância do assunto autoriza o seu

(11) Critérios de seleção de crimes e cominação de penas, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ed. RT, São Paulo, número de lançamento, dez. 1992, p. 78.

(12) Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci, "Constituição e escolha dos bens jurídicos", em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4, de 1994, p. 154.

tratamento normativo em nível constitucional, assim como fez a Carta Política de 1946, prevendo expressamente a *cláusula de exceção*. Com efeito, estabelecia o art. 108:

"À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas.

§ 1.º Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do País ou as instituições militares.

§ 2.º A lei regulará a aplicação das penas da legislação militar em tempo de guerra."

12. Obviamente não seria mais possível imitar esse modelo em face da competência deferida à Justiça Federal, em regra, para processar e julgar os *crimes políticos* (CF, art. 109, IV), que abrangem as hipóteses de delitos contra a segurança nacional e a ordem política social, puníveis pela Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Sob outro aspecto, tão não há que se falar mais na figura ambígua do *assemelhado* em face do regime jurídico único, estabelecido para os funcionários públicos civis da união, pela Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.[13]

13. A fim de compatibilizar o presente tema, relativo à competência jurisdicional em matéria do maior relevo, apresentamos a sugestão de se incluir ao art. 124, o parágrafo segundo conforme a redação ali consignada.

Como é curial, o assunto não pode ser relegado à legislação infraconstitucional, máxime quando a própria lei fundamental estabelece critério para a definição dos *crimes federais*, levando em consideração o bem jurídico ofendido (art. 109, IV). E quando se trata de bens jurídicos como a vida e a integridade corporal, sacrificados em circunstâncias trágicas e profundamente reprováveis como se verificou através da CPI que investigou o extermínio de crianças e adolescentes, é absolutamente necessário que a Constituição estabeleça as *regras mínimas de proteção dos civis* não apenas quanto à definição do chamado *crime militar*, mas, também, relativamente à competência jurisdicional para o processo e julgamento. Trata-se, antes de mais nada, de viabilizar a *dignidade da pessoa humana* e promover o bem de todos, a salvo de preconceitos e quaisquer formas de discriminação. Tais exigências constituem fundamento e objetivo da República (CF art. 1.º, III e 3.º, IV).

Observações sumárias ao *projeto original*

14. Uma análise mais aprofundada dos textos ora examinados está prejudicada diante da conclusão de que o assunto tem o indiscutível relevo constitucional e que o conceito legal de *crime militar* e a definição da competência jurisdicional, através da lei ordinária, devem se submeter a limites prévios de segurança individual e coletiva.

Sob outro ângulo, de nada adiantaria a elaboração de *cláusulas salvatórias* em favor de contingentes da população civil que sofrem as notórias violências de grupos militares, se o ponto de partida for a legislação autoritária, comprometida política e institucionalmente em suas vísceras, como ocorre com a tortuosa e insegura definição de *crime militar*, segundo o art. 9.º do código castrense.

15. No entanto, ligeiras observações podem ser feitas.

(13) Neste preciso sentido é a Emenda n.º 2, apresentada pelo Senador Áureo Mello ao Projeto de Lei da Câmara, n.º 102, de 1993.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

15.1 Revogação da alínea *f* do inc. II, do art. 9.º.

Dispõe essa regra que se considera *crime militar* o previsto no Código Penal Militar, embora também o seja com igual definição na lei penal comum, quando praticado "por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal".

A revogação, pura e simples, desse dispositivo se mostra adequada. Segundo crítica rotineira, tal norma incriminadora tem levado a jurisprudência a considerar crime militar a prática de ato ilegal sem qualquer conotação com o serviço ou as instituições militares. Admitindo-se tal orientação chegar-se-ia ao extremo de reconhecer como "militares" os delitos de estupro ou roubo contra o patrimônio de pessoa civil, quando o soldado utiliza arma da corporação para ameaçar as vítimas.

15.2 A nova redação à letra *c* do inc. II, do art. 9.º

A proposta estaria prejudicada em face da necessidade de uma revisão integral das hipóteses do atual art. 9.º do Código Penal Militar, para adaptá-las à exigência de um conceito de *crime militar* elaborado em função do bem jurídico tutelado, vale dizer, as instituições militares.

A dificuldade beligerante para *remendar* o texto em vigor gera também os casuísmos ou as tautologias como a que se observa na proposta: "por militar (...) em comissão de natureza militar, ou em formatura"...

15.3 A nova redação ao art. 82, *caput*, do CPPM.

Dispõe o art. 82 do Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei 1.002, de 21.10.1969): "O foro militar é especial e a ele estão sujeitos, em tempo de paz:"

A proposta visa obter a seguinte redação: "O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz."

Como procurei demonstrar neste *Parecer*, a criminalidade violenta de militares contra civis, em situações de policiamento externo, por exemplo, não se esgota nos homicídios (consumados ou tentados). Ela abrange, com insuportável freqüência, as lesões corporais e as ofensas à saúde das vítimas. Em atenção a esses bens jurídicos fundamentais é de todo recomendável que a *cláusula da justiça civil*, ou seja, a sujeição do militar à justiça comum seja uma exceção justificável à luz da condição da pessoa humana que constitui o meio e o fim de aventura da existência.

15.4 A criação de um parágrafo ao art. 82 do CPPM.

O Projeto original institui um parágrafo ao art. 82 do Código de Processo Penal Militar com a seguinte redação: "No caso de crime doloso contra a vida praticado contra civil, as conclusões do inquérito policial militar serão encaminhadas à justiça comum."

Data venia, a proposta não tem razão de ser.

Primeiramente, porque se pretende ampliar a *cláusula da justiça civil* para o efeito de submeter o militar ao foro civil não somente em caso de crime doloso contra a vida, mas também, nas modalidades de ofensa dolosa à integridade corporal ou à saúde.

Em segundo lugar, porque o inquérito é parte do processo e deve ser dirigido pela autoridade policial civil, isto é, a Polícia Judiciária comum.

Com efeito, o vocábulo *processo* utilizado pelo Código de Processo Penal envolve, também, a *enquete* feita pela Polícia Judiciária ou outro órgão de investigação.

O inquérito policial é o instrumento utilizado pela polícia judiciária para a apuração do crime e de sua autoria (Código de Processo Penal, art. 4.º). Nos termos do Código de Processo Penal Militar, o inquérito policial militar "é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter e instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal" (art. 9.º).

Estes indicativos legais bastariam para demonstrar que o inquérito policial constitui uma *fração* em relação ao *todo* que é o processo, quando acompanha a denúncia ou a queixa, servindo-lhe de base (Código de Processo Penal, art. 12).

O renomado Hélio Tornaghi esclarece que "o processo, como procedimento, inclui também o inquérito. Não há erro, como por vezes se afirma, em chamar processo ao inquérito".[14] No mesmo sentido é a lição de Julio Mirabete: "A referência a 'processo' no art. 252 não exclui o impedimento quando do exercício funcional em inquérito policial, quer porque a palavra é utilizada em seu sentido amplo, abrangendo o procedimento investigatório, quer pela referência expressa da lei à "autoridade policial."[15]

Esta é, também, a segura orientação da jurisprudência, como se poderá constatar pelos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (6.ª Turma) e Tribunal de Justiça de São Paulo (2.ª Câmara Criminal).[16]

16. As *regras mínimas* postas na Constituição e na lei ordinária para reprimir certas formas de violência cometidas por militares seriam frustradas se o inquérito policial militar fosse dirigido em ofensa aos princípios da verdade material e outros que devem ser observados pelo encarregado com a independência exigida pela função.

Não podemos esquecer da frustração nacional com as conclusões do famigerado *IPM do Rio Centro* quando, além de não apontar os criminosos que pretendiam explodir a indefesa população civil, desviou-se, dolosamente, do curso natural e responsável da investigação.

Policiamento ostensivo

17. A magnitude dos temas em análise exige algumas considerações em torno do policiamento ostensivo em face da íntima conexão com os episódios que provocaram a instauração da CPI relativa ao extermínio de crianças e adolescentes.

A segurança individual e coletiva é um dos gêneros de primeira necessidade. Garantida solenemente pela Constituição no dispositivo frontal dos direitos e garantias individuais, a segurança pública é um dever imposto ao poder público em todos os níveis da administração.

Lamentavelmente, porém, durante aproximadamente vinte e cinco anos o policiamento ostensivo em nosso País atendeu às diretivas traçadas pela *ideologia de segurança nacional,* que sacrificou liberdades e comprometeu o vigor do poder civil. O antecedente legislativo mais característico daquele período foi o Decreto-lei 667, de 2 de julho de 1969, que organizou as polícias militares e os corpos de bombeiros militares das unidades federativas, e o Decreto 66.862, de 8 de julho de 1970, que o regulamentou. No final dos anos 60 foram extintas as guardas civis. No Estado do Paraná, o Governador Paulo

(14) *Instituições de Processo Penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1959, vol. I, p. 198.
(15) *Processo Penal*, Editora Atlas S/A, São Paulo, 1993, p. 216.
(16) Resp. n.º 5.502 (São Paulo) —90.0010232-4 do STJ, Rel. Min. Costa Leite, e Ap. n.º 126.316 em RT 486/266.

Pimentel resistiu àquele processo de opressão, através de, pelo menos, duas atitudes: nomeou um jurista liberal para a Secretaria de Segurança Pública na pessoa do Desembargador José Munhoz de Mello e manteve, tanto quanto lhe foi possível, a organização da Guarda Civil. Seu último diretor civil foi o Delegado José Carlos Branco. O sucessor era militar, cujo mandato coincidiu com a extinção da Guarda Civil, no ano de 1969.[17] O poder militar se intensificou na área da segurança pública nos anos 70 com tal intensidade que gerou um gravíssimo paradoxo: todos os investimentos ideológicos e materiais de relevo se destinavam a proteger o regime autoritário de governo assentado nos pilares da segurança e desenvolvimento. Aquele sob a tutela da doutrina da segurança nacional e este sob o impulso do chamado *milagre econômico*. Dentro daquela visão deformadora da Federação e da identidade social, política e cultural dos Municípios, as regras eram produzidas pelo poder central em atenção a vontade dos dominadores que partilhavam a autoridade em Brasília.

18. Por iniciativa do Ministro Petrônio Portella, foram constituídas, no ano de 1979, duas comissões especialistas com o objetivo de promover um levantamento das causas da violência e da criminalidade e sugerir medidas para as providências executivas do Governo.[18]

Entre as conclusões divulgadas pela comissão de juristas e técnicos em segurança pública, foi salientado que a experiência verificada em todos os países que acentuadamente se preocupam com a prevenção da criminalidade, tem dado destacada ênfase e particular importância, como elemento capaz de concorrer para a redução da prática de diversos delitos, particularmente relacionados com o patrimônio, ao chamado *policiamento ostensivo*. "Este expediente é de considerável efeito preventivo, notadamente nos grandes centros populosos. Constitui-se na advertência viva, na veemência catalítica da fiscalização, na segurança maior da paz, na quase impossibilidade de êxito na empreitada criminosa."[19]

19. No panorama institucional dos últimos anos, as ponderações de Hely Lopes Meirelles são importantes relativamente ao tema do Município e da segurança pública. Conforme o prestigiado administrativista e ex-Secretário de Segurança Pública de São Paulo, os *serviços de segurança urbana* comumente desempenhados pelos municípios têm-se restringido à guarda de seus edifícios, à prevenção contra incêndios e à extinção de animais nocivos, mas nada impede — e tudo aconselha — se estenderem a outros setores que se fazem necessários à proteção dos munícipes e à preservação do patrimônio público e particular. E propõe a criação de "*guarda municipal como serviço permanente de segurança urbana*, ao lado de outros serviços locais que propiciam conforto e bem-estar aos munícipes, como, aliás, está previsto na Constituição do Estado de São Paulo (art. 147)."[20]

O mesmo autor salienta que o fato de se confiar uma arma aos seus componentes não "militariza" essa guarda nem a descaracteriza como *serviço civil* do

(17) *A guarda municipal*, como instituição assemelhada à guarda civil, foi instituída em Curitiba sob a administração do Prefeito Roberto Requião a partir de 1990 e continua operando.

(18) Cf. Portarias 689, de 11.7.1979 e 791, de 14.8.1979.

(19) Em *Criminalidade e violência*, Ed. Ministério da Justiça, Brasília, 1979, vol. I, p. 56/57.

(20) *Direito Municipal Brasileiro*, 6.ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1993, p. 329. Grifos do original.

Município, pois até os vigilantes particulares são autorizados a usar arma para o desempenho de sua missão e assim também o devem ser os guardas municipais.[21] Na oportunidade em que essa questão foi levantada na Justiça, os Tribunais decidiram pela constitucionalidade das guardas municipais armadas, uma vez que o policiamento preventivo e a proteção de pessoas e bens é atribuição comum a todas as entidades estatais, nos limites de sua competência institucional.[22]

20. Dentro de tal perspectiva é muito importante que a revisão constitucional examine a possibilidade da criação das polícias municipais. A nossa lei fundamental atribui tarefas à polícia federal e às polícias estaduais. Quanto aos municípios, cabe-lhes, apenas, constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações. Em outras palavras, tais organismos não podem proteger os cidadãos vítimas de crimes e nem exercer um policiamento preventivo.

A prevenção e a repressão dos crimes de trânsito, e de modalidades de ilícito penal de menor potencial ofensivo, poderiam ser deferidas às polícias municipais e, admitindo-se a ampliação da idéia, a juízes municipais. Tudo dependeria da vontade política dos prefeitos municipais que, certamente, teriam voz junto ao Congresso Nacional.

Não se admite que em matéria de segurança pública as imensas potencialidades dos municípios sejam ignoradas ou hostilizadas.

É o *Parecer*, SMJ.

Curitiba, 14 de agosto de 1995.

(21) Hely Lopes Meireles, ob. cit., p. 330.
(22) TJSE, RDA 33/323; TASP, RT 254/432.

9 — PARECERES

CONTAS BANCÁRIAS "FICTÍCIAS"

XAVIER DE ALBUQUERQUE

Sumário: 1. Objeto da consulta — 2. Falsidade ideológica não configurada; 2.1 Do dano e do lesado; 2.2 Da obrigação acaso criada; 2.3 Da relevante alteração da verdade; 2.4 Do dolo e da boa-fé; 2.5 Do dever da verdade e da averiguação — 3. Pior hipótese: falsa identidade — 4. Continuidade delitiva — 5. Conclusão.

1. Objeto da consulta

1. No interesse da defesa de seus constituintes Paulo César Cavalcante Farias, Jorge Waldério Tenório Bandeira de Melo e Giovani Carlos Fernandes de Melo, que figuram como acusados, juntamente com outras — o primeiro dos quais, ex-Presidente da República que ensejou, por sua participação no feito, a competência originária da Corte —, em ação penal já processada e prestes a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, os ilustres advogados Prof. Nabor Bulhões e Dr. D'Alembert Jaccoud, escusando-se da premente urgência, que a recente antecipação do julgamento ainda mais exacerbou, com que estimariam obter nosso pronunciamento, pedem que opinemos sobre as questões adiante deduzidas.

Expõem-nos os consulentes:

1.º) quanto ao acusado Paulo César:

a) que lhe são feitas na denúncia, tal como recebida, as imputações de co-autoria, como *extraneus,* em crime de corrupção passiva (Código Penal, art. 317, combinado com art. 29); de autoria intelectual em crimes de supressão de documentos, corrupção de testemunhas e coação no curso do processo (*Idem,* arts. 305, 343 e 344, combinados com art. 29); e de autoria intelectual em crimes de falsidade ideológica alegadamente consistentes, seja na emissão, por empresas sob seu controle e administração, de notas fiscais de serviços que efetivamente não teriam prestado, seja na abertura e movimentação, por outros acusados que lhe seriam comercialmente ligados ou subordinados, de contas bancárias de depósito, atribuídas a titulares fictícios (*Idem,* art. 299, combinado com art. 29 e "aplicando -se, no que couber, os arts. 69, 70 e 71" [*sic*]);

b) que a acusação pública, nas suas razões finais, silenciou sobre a imputação de falsidade ideológica consistente na emissão de notas fiscais de serviços, o que, considerando-se haver o Ministério Público Federal explicitado, na introdução das referidas razões finais, que "resta verificar o quanto se apurou no curso da instrução criminal, quanto a cada um dos réus" (capítulo I, n. 5), implica havê-la reputado não provada e, conseqüentemente, abandonado;

c) que a acusação pública, também nas razões finais e relativamente à imputação de falsidade ideológica consistente na abertura e movimentação, sob sua orientação como autor intelectual, de contas bancárias atribuídas a nomes fictícios, nela perseverou e, considerando "que a movimentação de uma

só conta bancária falsa constitui crime continuado, enquanto se caracteriza concurso material de crimes a movimentação de cada uma das contas abertas em nome de pessoas fictícias" (capítulo IX, n. 3), postulou sua condenação pela prática do crime, "de forma continuada e em concurso material" (capítulo IX, n. 2);

2.º) quanto ao acusado Jorge Waldério, que lhe é feita na denúncia, tal como recebida, exclusivamente a imputação de falsidade ideológica envolvida com as prefaladas contas bancárias fictícias, imputação que as razões finais da acusação pública reiteram para propor sua condenação "pela prática do crime... em continuidade delitiva e concurso material", vale dizer, "de forma continuada e em concurso material" (capítulo VI, n. 1 e 4, respectivamente), aparentemente sob a mesma justificação teórica (*vide* alínea *c* do item 1.º, *supra*) e pela circunstância de serem três as contas fictícias que teria movimentado mediante a prática, em cada qual, de ações diferenciadas;

3.º) quanto ao acusado Giovani Carlos, que também lhe é feita na denúncia, tal como recebida, e reiterada nas razões finais da acusação pública, exclusivamente a imputação de idêntica falsidade ideológica, com proposta, na manifestação derradeira o Ministério Público Federal — aparentemente, também, por se lhe atribuir a movimentação de uma só conta fictícia —, de sua "condenação nas penas cominadas à falsidade ideológica, na modalidade continuada" (capítulo II, n. 5).

2. Assim deduzida a exposição — que se faz ilustrar com o oferecimento de cópias da denúncia,[1] da réplica da acusação às respostas preliminares dos denunciados,[2] do acórdão que parcialmente admitiu a demanda penal, dos termos de interrogatório dos acusados em questão e das respectivas razões finais —, pedem-nos os consulentes que opinemos, relativamente à imputação de falsidade ideológica que têm como remanescente, sobre estes pontos:

1.º) se estivessem provados os fatos — abertura e movimentação de contas bancárias fictícias, com a subscrição das rituais propostas de abertura e a emissão e/ou assinatura de cheques sobre seus fundos —, configurariam eles o crime de falsidade ideológica de que trata o art. 299 do Código Penal?

2.º) se os fatos estivessem provados e configurassem tal crime, a pluralidade de contas fictícias seria razão jurídica bastante para excluir a continuidade delitiva (Código Penal, art. 71) e implicar configuração de concurso material de tantos crimes quantos fossem elas (*Idem*, art. 69)?

É do que passamos a tratar, também com escusas pelas adicionais limitações que a escassez de tempo nos impõe.

2. Falsidade ideológica não configurada

3. Prescindamos de considerações propedêuticas, que noutras circunstâncias far-se-iam apropriadas, e entremos de logo no exame de hipótese à luz dos requisitos necessários à configuração da figura criminosa de que se cuida.

2.1 Do dano e do lesado

4. "Los elementos esenciales de la falsedad en actos" — ensina Giuseppe Maggiore —, "bajo cualquier forma que sea, son los seguientes: 1) inmutación de la verdad; 2) imitación de la verdad; 3) daño; 4) antijuridicidad; 5) dolo."[3] E

(1) Também publicada na *Revista da Procuradoria-Geral da República*, 2/245-258.

(2) Idem idem, p. 259-272.

(3) *Derecho Penal*, vol. III, trad. colombiana da 4.ª ed. italiana, p. 560.

acrescenta, mais adiante: "Sin daño real o posible (perigo), no hay antijuridicidad, no hay delito, no hay falsedad. Si falta um daño a lo menos potencial — aptitud para producir un prejuício — habrá una intención mala, pero no falsedad consumada o tentada".[4]

Entre nós, em monografia premiada que se tornou clássica, Sylvio do Amaral testifica: "Ainda quando não expressamente mencionado pela lei (como ocorre em nosso Direito), o dano, real ou potencial, é uniformemente considerado pela doutrina, nacional e estrangeira, de todos os tempos, como requisito essencial à configuração do crime de falsidade documental. Verificados, em hipótese, os elementos expressamente consignados na definição da lei, ainda assim o *crimen falsi* não se dará por consumado quando os fatos demonstram que da ação incriminada não decorreu nem podia, eventualmente, decorrer qualquer prejuízo para a vítima".[5]

Nesse sentido, aliás, decidiu, não há muito, o Supremo Tribunal Federal:

"Falsidade ideológica.

— Para que se configure esse crime não é mister a ocorrência de dano efetivo; basta que se verifique a potencialidade de um evento danoso".[6]

Adverte, porém, Basileu Garcia, que "a potencialidade do dano, sem a qual não se perfaz falsidade punível, é, consoante o entendimento pacífico, a potencialidade próxima da realidade, não a absolutamente remota".[7]

5. Mas a ocorrência de dano, ou de perigo de produzir-se, não pode prescindir de um sujeito de direitos que o sofra ou se veja sob o risco de sofrê-lo. Bem por isso, ao tratar desse requisito essencial, nosso acatado e já referido monografista relaciona-o à figura da *vítima* ou do *ofendido*.[8]

Trata-se da impostergável determinação do sujeito passivo do crime. Não, do sujeito passivo genérico, ou primário, que se diz ser do Estado, como tal ou como subjetivação da coletividade difusa,[9] mas do sujeito passivo secundário, "aquele em prejuízo de quem a falsidade tenha sido praticada".[10] Efetivamente, a cláusula "prejudicar direito", que se insere no art. 299 do Código Penal, está a mostrar claramente que é o segundo, e não o primeiro desses possíveis sujeitos passivos, que se há de identificar para o reconhecimento do dano efetivo ou potencial. Pode ocorrer, certamente, que o Estado concentre em si as duas figuras, se for seu, por exemplo, o bem patrimonial lesado pelo crime de dano (Código Penal, art. 163, parágrafo único, III); mas tal hipótese peregrina, aqui ventilada apenas para fins dogmáticos, nada tem a ver com a de que cuidamos.

6. Reconhece-se que o homem morto não pode ser sujeito passivo de crime, pois não é titular de direitos.[11] Esse, porém, ao menos existiu, até que se lhe exaurisse a vida, e seus despojos ainda podem ser objeto material de delito.[12]

Que dizer-ser, então de "pessoa" fictícia que alguém inventou e de que fantasiou dados "pessoais" de individualização ou identificação, mas que jamais existiu? Há de dizer-se necessariamente

(4) Ob. cit., p. 562/563.
(5) *Falsidade Documental*, 2.ª ed., p. 77.
(6) RECr 93.292, *RTJ* 101/311.
(7) "Sonegação Fiscal e Falsidade Ideológica", *Revista dos Tribunais* 281/52-61, 56.
(8) Cf. Sylvio do Amaral, ob. cit., p. 81.
(9) Cf. José Frederico Marques, *Curso de Direito Penal*, v. 2, p. 35; Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, 1.º v., 2.ª ed., p. 162; Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal — Parte Especial*, 3.ª ed., p. 341.
(10) Cf. Heleno Cláudio Fragoso, ob. e lug. cit.
(11) Cf. Damásio E. de Jesus, ob. cit., p. 165; Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, v. I, tomo I, p. 216.
(12) Cf. Damásio E. de Jesus, ob. e lug. cit.

que, por inexistente em qualquer tempo, não pode ser, ter sido ou vir a ser objeto material, nem muito menos, sujeito passivo de crime.

Considere-se, para corroboração da opinião que expendemos, o crime de registro de nascimento inexistente, ou suposição de estado (Código Penal, art. 241), que a doutrina assimila ao *crimen falsi*, embora distintamente catalogado por opção político-criminal de sistematização.[13] Um dos modos de praticar-se tal crime, ensina Giuseppe Maggiore, é a *falsidade ideológica* que ele exemplifica com "la falsa atestación que un particular le da al funcionario del estado civil acerca de un nacimiento imaginário".[14] "Como observa Piromallo" — registra Romão Cortes de Lacerda — "na suposição de estado, apresenta-se um estado civil fictício, mediante a inscrição, no registro civil, de um *recém-nascido* imaginário".[15] Pois bem: "soggetto *passivo* del reato non può essere il neonato cosidetto supposto... perchè nella vera e propria *supposizione,* consistente in false dichiarazioni o attestazioni all'ufficiale dello stato civile, manca addirittura il cosidetto *infante supposto.*"[16]

Está-se a ver que não é possível erigir-se em vítima, ou ofendido, ou lesado pela falsidade ideológica imputada aos acusados e aqui examinada, qualquer das "pessoas" fictícias em cujos nomes se terão aberto e movimentado contas bancárias, "pessoas" que a linguagem jornalística passou a designar jocosamente como "fantasmas".

7. Seriam vítimas, ou ofendidos, ou lesados, os bancos depositários?

Parece-nos certo que não. Os depósitos, que neles se terão feito, ter-se-ão efetivamente realizado e nisso não se põe dúvida. O numerário, correspondente a cada depósito, terá realmente ingressado em suas caixas, de sorte que o haverem honrado, posteriormente, os cheques emitidos sobre tais fundos, terá representado mera restituição do *tantundem,* não lhes causando dano de qualquer espécie.

Isso, sem falarmos — o que faremos mais de espaço, quando tratarmos do dolo, outro requisito da falsidade ideológica, e sobretudo da boa-fé que o exclui (n. 14, *infra*) — da provável aquiescência desses estabelecimentos ao comportamento que se imputa aos acusados.

8. Na réplica que ofereceu às respostas preliminares dos acusados, então denunciados, o Ministério Público Federal observou que "os crimes em questão causam dano não só ao poder de fiscalização do sistema financeiro, pelo Banco Central, mas também servem de burla ao fisco federal".[17] Seriam sujeitos passivos do *crimen falsi*, na linha dessa argumentação, ou Banco Central, enquanto o órgão fiscalizador, ou a Fazenda Federal.

Não tem razão, dizemo-lo com o respeito devido à instituição.

A primeira asserção lembra-nos Noé Azevedo. Condenado por falsidade ideológica porque, em escritura de compra e venda que minutara e na qual figurara como outorgado comprador, duas das vendedoras, que eram menores púberes, se declaravam maiores, assim contornando o reclamo de depósito na Caixa Econômica da parte do preço que lhes tocava, certo advogado impetrou revisão

(13) Cf. Magalhães Noronha, *Direito Penal,* 3.º v., 4.ª ed., p. 310/311: Romão Cortes de Lacerda, *Comentários ao Código Penal,* v. VIII, 5.ª ed., p. 376.

(14) Ob. cit., v. IV, p. 215

(15) Ob. cit., p. 378.

(16) Cf. Domenico Pisapia, "Stato di famiglia (Deliti contro lo)", *Novissimo Digesto Italiano* XVIII/316-333, 324.

(17) *Revista da Procuradoria-Geral da República* 2/271.

criminal e, para instruí-la, propôs a questão ao pranteado penalista e lhe solicitou parecer. Ele efetivamente o deu, com pontual exame da matéria, assim factual como jurídica.

Após longamente examinar a inocorrência, que descaracterizava o pretendido delito, de qualquer dano, observou: "Sentiram-se, entretanto, juiz e promotor feridos na sua prerrogativa de fiscais dos dinheiros de menores. Mas essa ofensa a atribuições da Justiça orfanológica teria corporificado algum crime? — Há no nosso Código Penal um capítulo inteiro dedicado aos crimes contra a administração da Justiça. Aí deveria estar previsto e apenado o fato atribuído ao paciente".[18] Logo adiante, acrescentou: "E se, de acordo com o art. 1.º, não há crime sem lei anterior que o defina; (...) torna-se verdadeiramente inconcebível que um fato, que não pôde ser enquadrado no Capítulo, onde o legislador disciplinou a matéria referente aos atos praticados contra a administração da justiça, possa ser enquadrado a martelo no título dos crimes contra a fé pública e no capítulo da falsidade documental".[19] Escusa dizer que o parecer de Noé Azevedo foi acolhido pelas Câmaras Conjuntas Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deferiram a revisão para absolver o peticionário.[20]

Mutatis mutandis, é o caso da presente consulta. A obstrução, ou mesmo a evasão ao poder fiscalizador, quiçá constituam ilícito administrativo de embaraçado à ação do órgão que o titula, ou mesmo, quem sabe — embora não no contemple a Lei n. 7.492, de 16.6.86, que precisamente define os crimes contra o sistema financeiro nacional, mas dado que nosso Direito Penal positivo transformou-se ultimamente numa caixa de Pandora que a angústia do tempo não nos permite devassar —, algum crime específico que, todavia, à acusação pública caberia ter apontado, ainda que em aditamento à denúncia.

Quanto à segunda, calha a mesma observação que acabamos de lançar. A tutela penal do interesse tributário da União não se faz por tabela ou ricochete, mas mediante a tipificação de condutas singulares e fechadas. Nenhuma delas foi, por igual, objeto de oportuno aditamento.

Há mais, porém. Em trabalho que aqui já referimos, Basileu Garcia examinou, sob consulta do então Secretário de Fazenda de São Paulo, o depois Governador e Senador Carvalho Pinto, esta precisa hipótese: "3.ª Os documentos fiscais mencionam, em relação ao comprador, número de inscrição, nome e endereço fictícios". Após responder que nela não entrevia configuração de falsidade ideológica, arrematou genericamente, porque outras hipóteses também lhe foram submetidas: "não me parece acertado invocar a figura da falsidade ideológica, para punir as lesões fiscais, embora alegando que o que se pune não são essas, e sim falsidades. Seria um modo indireto de punir aquilo que o legislador penal manifestou não querer contemplar como crime. (...) Porque, realmente, não basta que seja um tanto elástico o art. 299 do Código para se pretender inserir-lhe todas as enunciações mentirosas, mesmo lesivas. Ter-se-á de examinar se há ofensa ao bem jurídico fé pública e, como um antecedente dessa mesma indagação, se os papéis que as veiculam têm o porte de documentos, na acepção correlata àquele bem jurídico".[21]

(18) "Falsidade ideológica (...)". *Revista dos Tribunais* 262/41/47, 44.
(19) Ob. e lug. cit.
(20) *Revista dos Tribunais* 262/132-136.
(21) "Sonegação Fiscal...", cit., p. 59.

2.2 Da obrigação acaso criada

9 — Não havendo dano, nem efetivo nem potencial, à falta de sujeito passivo que o pudesse ter suportado ou vir a suportar, cabe verifica brevemente se estaria caracterizado o segundo dos fins de agir que integram o elemento subjetivo do tipo: o de "criar obrigação".

A resposta negativa também nos parece óbvia. Salvo em relação aos bancos depositários, que se terão obrigado a restituir as quantias depositadas, de nenhuma outra obrigação seria admissível cogitar-se na hipótese. A obrigação destes, todavia, não teria sido criada pela *falsidade* do nome de cada depositante fictício, mas, sim, pela *realidade* dos depósitos efetivamente realizados.

A propósito, reportamo-nos *brevitatis causa* ao que dissemos no n. 7, *supra*.

2.3 Da relevante alteração da verdade.

10. Terceiro dos fins de agir que integram o elemento subjetivo do tipo é o de "alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante".

Nesse ponto, o dispositivo legal foi objeto da crítica, que Sylvio do Amaral refere e informa haver sido compartilhada por Galdino Siqueira, de Magalhães Noronha, que o acusou de redundante nestes termos: "Haverá *alteração da verdade sobre fato* que juridicamente interesse, ou, por outras palavras, que seja 'juridicamente relevante' e que não se compreenda dentro daquelas duas hipóteses — de 'prejudicar direito' e 'criar obrigação'?"[22]

Rebate tal crítica, longamente, o douto monografista, para quem "há hipóteses que não cabem, a menos que se force a interpretação da lei, dentro dos conceitos de *criar obrigação e prejudicar direito* e, por outro lado, encaixam-se inequivocamente no campo da expressão *alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*".[23] E dá, para reforço da contradita, dois exemplos.

Vejamos o primeiro: "Suponha-se o funcionário do serviço de identificação policial que remete ao juiz criminal um ofício contendo as informações requisitadas sobre os antecedentes criminais de um réu — e omite, dolosamente, no documento, referência a condenação anterior, constante dos seus arquivos, em conseqüência do que o réu é condenado como se primário fosse. Salta à vista que o falso cometido pelo funcionário tem todas as características do ilícito penal".[24]

E o segundo: "E no caso por nós há pouco figurado, do funcionário que modifica propositadamente, por omissão ou acréscimo, o texto de lei aprovado pelo Poder Legislativo? Imagine-se que o faça levado exclusivamente por obcecante convicção religiosa ou filosófica, visando dar ao instituto jurídico regulado pela lei os contornos preconizados pela sua crença. A hipótese seria, tipicamente, de falsidade ideológica, perfeitamente enquadrável na definição do art. 299, porque o agente cometeu o falso 'a fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante'. Mas estaria, indiscutivelmente, relegada à impunidade, se o Código desconhecesse essa particular modalidade de dolo específico — pois é óbvio que o funcionário infiel não visou criar obrigação para ninguém, nem prejudicar direito de quem quer que seja".[25]

11. É significativo que os exemplos do acatado escritor, que reforçam sua repulsa à crítica oposta ao preceito legal em questão, atenham-se a casos de documento público, e não, com aqui,

(22) Ob. cit., p. 97/98.

(23) Ob. cit., p. 98/100, especialmente 98.
(24) Ob. cit., p. 98/99.
(25) Ob. cit., p. 99/100.

particular. Não têm, pois, o condão de aproveitar à hipótese objeto do nosso exame.

De todo modo, não cremos que afastem a acusação de redundância. "A verdade cuja alteração preocupa o legislador" — ensina o próprio contraditor — "é somente aquela que pode ter repercussão na vida dos direitos. A alteração da verdade através da falsificação de documento público é, por isso, em tese, capaz, sempre, de *produzir prejuízo*".[26]

12. Como quer que seja, deve compreender-se que a alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante constitua elemento instrumental, relativamente à causação de prejuízo ou à criação de obrigação. "É necessário" — ensina Damásio E. de Jesus — "que a conduta seja realizada com o fim de causar dano a terceiro [ou de criar obrigação, acrescentamos nós] por intermédio da alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante. Diante disso, a vontade de alterar a verdade despida da finalidade de prejudicar terceiro não é suficiente para integrar o crime".[27] Na mesma passagem, após invocar lições de Magalhães Noronha, Sylvio do Amaral e Basileu Garcia, acrescenta este autor: "É posição firme da doutrina a de que não basta a intenção do sujeito, realizando a falsidade, de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, sendo imprescindível que também vise ao prejuízo de terceiro (ou à criação de obrigação, também acrescentamos)".[28]

Ademais, se o objeto da mentira é atributo pessoal do agente, há *falsum* naturalístico, mas não jurídico, a menos que especificamente incriminado pela lei. No mesmo estudo já citado, Basileu Garcia reproduz a pergunta que Garraud se faz e a resposta que lhe dá, assim: "Mas qual é, nessas diversas hipóteses, o caráter comum da alegação mentirosa que a lei não incrimina como um falso, embora consignada em auto autêntico e ainda que seja prejudicial aos interesses dos particulares e do Tesouro?' — 'É fácil ver (responde) que se trata sempre de uma declaração que diz respeito a *fato pessoal* do declarante, de mentira que só concerne à sua *própria situação.* Compreende-se que a lei não tenha querido colocar os particulares no dilema, ou de sacrificar o seu próprio interesse confessando a verdade, ou de cometer um crime declarando uma mentira. A lei é humana. Circunscreveu o domínio do falso punível às declarações pelas quais se *atribui* um *fato* ou uma *qualidade* a uma *terceira pessoa*, ou àquelas pelas quais se *usurpa* a *situação* ou a *qualidade* de um *terceiro.* Nesses casos, a mentira tem um caráter mais grave e mais imediatamente prejudicial'".[29]

Sobe à cena, aqui, o problema do *falso nome*, cujo simples uso, para Soler, "no importa *necesariamente* falsedad ideológica. Ya hemos hecho referencia a la distinción de Carrara entre la acción de ocultar *el nombre* y la de ocultar *la personalidad.* El que ordinariamente usa un nombre distinto del real no comete falsedad si con ese nombre otorga un contrato, siempre que en ello no vaya la alteración de alguna condición real de su persona, por efecto de la cual el contrato no podría ser otorgado. La situación no sería la misma si se empleara el falso nombre para declarar la filiación de un hijo, porque el contrato no está destinado a probar la identidad del otorgante; la partida de nacimiento, en cambio, prueba la filiación." E arremata, à guisa de critério geral, o mestre argentino: "En un contrato, la obligación de decir la verdad con relación al

(26) Ob. cit., p. 69; itálicos da transcrição.
(27) *Direito Penal,* v. 4.º, p. 6.
(28) Ob. e lug. cit.
(29) "Sonegação Fiscal...", cit., p. 54.

nombre y condiciones debe, pues, ser medida con relación a la pertinencia y eficacia de ellas para el acto mismo. En un acto de compraventa no diremos que hay falsedad porque la señora otorgante, entrada em años, se quite coquetamente algunos; lo grave sería que alguién que fuera menor se agregara los necesarios para ser capaz".[30]

Afinal, que é o *pseudônimo*, que o Direito propriamente não institui, mas tolera e regula em algumas de suas repercussões jurídicas, senão, até mesmo etimologicamente, um *falso nome*, ou *nome suposto*?

Não nos parece caracterizado, por tudo isso, na hipótese submetida à nossa apreciação, este terceiro, e instrumental relativamente aos demais, dos fins de agir da tipificação legal.

2.4 Do dolo e da boa-fé

13. Parece dispesável salientar a exigibilidade do dolo para a caracterização do crime de falsidade. "El dolo" — preleciona Giuseppe Maggiore — "jamás está *in re ipsa* [en la cosa misma], mucho menos en la falsedad; al contrario, debe se siempre probado; y no se prueba en la falsedad, si no se demuestra que el agente, fuera de reconocer y querer la inmutación de la verdad, ha querido y previsto el daño real o posible".[31] Para o mestre italiano, constitui "materialismo jurídico" a admissão do dolo *in re ipsa*,[32] ao passo que nosso pranteado Heleno Cláudio Fragoso qualificou-o como "entendimento medieval".[33]

O que agora importa ressaltar, é que o exclui a boa-fé. Outra vez na lição de Maggiore: "La buena fe excluye el dolo; y se tiene buena fe — enseña incisivamente Carrara — 'no solo cuando se cree verdadero lo que es falso, sino también cuando, conociendo la falsedad, se cree que es inofensiva y no se prevé de ningún modo la possibilidad del daño'". Neste ponto, além do transcrito ensinamento de Carrara, Maggiore invoca também, em nota, as lições de Maino, Garraud, Kenny, von Hippel, Liszt-Schmidt, Allfeld-Meyer e Frank. E prossegue: "Cuando falta la conciencia de la ilegitimidad del hecho, volontariamente causado, no hay delito imputable a título de dolo; si acaso, se podría responder a título de culpa. Pero nuestro derecho ignora la figura de falsedad culposa".[34]

Entre nós reporta Oscar Stevenson que Carnelutti e Tolomei "focalizam o problema da suposição, em boa-fé, da inocuidade do elemento falso, como causa eliminadora do dolo". Carnelutti, diz, "reconhece semelhante causa de exclusão da culpa uma vez que se trate de falsidade ideológica";[35] ao passo que "Tolomei refuta-o com acerto: em qualquer caso a boa-fé exclui o dolo, porque a boa-fé, de ser inócua a falsidade produzida, nesse caso significa erro de fato, erro quanto ao fato constitutivo do delito". E opina sobre a posição de Tolomei: "Conclusão perfeita".[36]

14. No seu interrogatório, o acusado Paulo César alude mais de uma vez às contas bancárias fictícias (*rectius: reais*, mas sob nomes *fictícios*). Diz que uma delas (aparentemente a primeira) "foi aberta no BMC, com a aquiescência, os encômios e os agradecimentos pela preferência, do Sr. Presidente do Banco" (p. 1 do respectivo termo). Logo adiante, diz "que gostaria de explicar um

(30) *Derecho Penal Argentino*, v. V, 3.ª ed., 7.ª reimpressão, p. 353.
(31) Ob. cit., v. III, p. 567-568.
(32) Ob. e v. cit., p. 569, nota 52.
(33) *Lições...*, cit., p. 346.
(34) Ob. cit., v. III, p. 569.
(35) "Dos Crimes contra a Fé Pública", *Revista Forense* 107/27-33 e 228-235, 229.
(36) Ob. cit., p. 230.

pouco o funcionamento das chamadas conta fictícias; que essas contas, que possam ter parecido e que foram levadas pela Imprensa do nosso País, como algo 'como se o mundo acabasse', são práticas existentes nas campanhas políticas, desde a Velha República e sempre foram feitas por aquelas pessoas que sonegavam impostos" (p. 2 do mesmo termo). Acrescenta "que em mil novecentos e noventa, após o plano Collor, estas contas se proliferaram numa operação desmedida, razão por que o próprio Banco Central da República já chegou a admitir a possibilidade da existência de quatro a seis milhões de contas fantasmas no País" (*idem idem*). E por fim, diz "que quer esclarecer que são exatamente a cumplicidade e a ganância do setor financeiro deste País, os grandes responsáveis por esta proliferação de contas" (*ibidem*).

Embora nos devamos abster de qualquer conclusão sobre o acervo probatório coligido na ação penal de que se trata — até porque, notoriamente produzido em proporções materiais diluvianas, não lhe tivemos acesso, nem nos cabia tê-lo —, não podemos silenciar nossa impressão de ser perfeitamente verossímil a participação aquiescente, quiçá cúpida, dos estabelecimentos bancários nesse episódio das contas "fictícias". Já lhe fizemos, aliás, perfunctória alusão (n. 7, *supra*).

Como seria possível, com efeito, que se abrissem e movimentassem numerosas contas bancárias sob falsos nomes — cerca de uma dezena, segundo a acusação —, sem o conhecimento, a anuência e, muito provavelmente, a colaboração dos próprios bancos depositários? É notório que os procedimentos de abertura e movimentação de contas bancárias são pormenorizadamente disciplinados pelo Banco Central. Mencionemos, à guisa de exemplo de tal normatividade, a Resolução n. 1.631, de 24.8.89, que baixou, a propósito, regulamento em cujo art. 1.º ficou dito: "Para abertura de conta de depósitos à vista é obrigatória a completa identificação do depositante". Mais minuciosamente dispôs a Circular n. 1.528, da mesma data.

Cabe invocar, por isso e outra vez, o magistério de Basileu Garcia, para quem "uma das distinções quase unanimemente aceitas pelos juristas, desde os mais antigos, é a que se estabelece entre simulação e falsidade". "Carrara disse" — prossegue o mestre — "que 'seria grave erro confundi-las' (Programma, § 3.659). E Garraud começou com esta explicação: 'Não se deve considerar como um falso punível a *simulação* nos atos, isto é, mentira *concertada entre as partes,* que tende, seja a dissimular a natureza ou os elementos de uma convenção, seja a fazer crer na existência de uma convenção, que, em realidade, não existe'. As palavras, que o escritor sublinha, *concertada entre as partes,* ajudam a distinguir a simulação do dolo: aquela é sempre obra comum das partes que intervêm na convenção; e não vicia o consentimento".[37]

Não será incivil, pois, nem arbitrário, sequer temerário, admitir-se que os acusados se houveram, no episódio da abertura e movimentação de contas bancárias "fictícias", com boa-fé traduzida na suposição da inocuidade dos elementos falsos e confortada na aquiescente participação — mentira *concertada entre as partes* — dos bancos depositários.

Presente tal boa-fé, torna-se ausente o dolo, cuja falta também descaracteriza o *crimen falsi.*

Mas, o papel desempenhado pelos bancos depositários nisso não se exaure: Vejamo-lo a seguir.

[37] "Sonegação Fiscal...", cit., p. 53/54.

2.5 Do dever da verdade e da averiguação

15. "Pratica falsidade ideológica" — doutrina Heleno Cláudio Fragoso — "quem omite em documento público ou particular declaração que dele *devia* constar, ou quem nele insere ou faz inserir declaração falsa ou diversa da que *devia* ser escrita". A ênfase, que o saudoso penalista dá à forma verbal mutuada ao art. 299 do Código Penal, decorre do fato, que também testifica na mesma passagem, de a doutrina ser "unânime em reconhecer que tal crime não pode existir sem o precedente dever jurídico de declarar a verdade".[38] Acrescenta ele, com efeito, pouco adiante: "Resumido a lição comum, diz o nosso Magalhães Noronha, IV, 211,que 'pelos próprios dizeres finais do artigo em exame, é mister haver o dever jurídico de dizer a verdade".[39]

Para Soler, de cujo ensinamento já utilizamos fragmento pertinente (n. 12, § 3.º, e nota 30, *supra*), é muito importante, com respeito ao sujeito que faz inserir a declaração, "la parte de la escritura sobre la cual recae la mentira: no solo debe incidir en algo que el instrumento pruebe por si mismo en su calidad de documento público, sino que, además, en ese punto, *el sujeto debe estar juridicamente obligado a decir la verdad*".[40]

Até onde nos consta — sem embargo de alguma surpresa que a caixa de Pandora possa eventualmente propiciar —, nenhum preceito de Direito impõe ao particular que, como depositante, abre e movimenta conta bancária, o dever da verdade sobre sua identidade e qualificação. A ser isso exato, como cremos, não haveria, sem mais, no caso submetido ao nosso exame, falsidade ideológica.

Dando de barato, todavia, que não no fosse, ainda assim, haveria circunstância outra, excludente da configuração do crime.

16. Trata-se de que a declaração falsa, em casos como o apreciado, ainda está sujeita a verificação por outrem, não valendo por si mesma.

Já aludimos anteriormente à pormenorizada normatividade emanada do Banco Central para disciplinação dos procedimentos de abertura e movimentação de contas bancárias (n. 14, § 3.º, *supra*). Deixa ela patente que as declarações do depositante, em cada caso, não valem por si mesmas, sujeitando-se a conferência e confirmação pelos bancos depositários, que agem, nesse mister, como delegados do controle do sistema financeiro atribuído à Administração.

Na Itália, semelhante dever de identificação do cliente é imposto por lei às instituições financeiras, em operações que comportem movimento de dinheiro acima de certo limite, e sua inobservância configura ilícito contravencional (art. 13 da Lei de 6.2.80, n. 15). "La *ratio* della disposizione" — explica Giuseppe Mazzi — "sta nella constatazione che la criminalitá organizzata deve ricorrere ai normali meccanismi economici per realizzare ed occultare i proventi delle attività delittuose".[41]

17. Ora, nos casos de contas "fictícias" que ensejaram a ação penal objeto da nossa atenção, os estabelecimentos bancários, aos quais tocava o dever de verificar, de conferir, de confirmar os dados pessoais de identificação dos depositantes — dados dos quais a declaração, por estes feita, não valia por

(38) *Jurisprudência Criminal*, 1.º v., 4.ª ed., 1982, p. 296.
(39) *Jurisprudência..*, cit., p. 297.
(40) Ob. cit., p. 352.
(41) "Reati bancari", *Enciclopedia del Diritto* XXXVIII/923-945, 930.

si mesma —, certamente que não o cumpriram. Não importa que por induzimento ativo, ou por conivência, ou até mesmo, admita-se, por desídia.

Propõe Heleno Cláudio Fragoso, no ponto aqui ventilado, que se estenda à falsidade ideológica, como "tempero ao rigor do texto" do art. 299 do Código Penal, "o ensinamento de *Nelson Hungria,* IX, 280, segundo o qual o fato ideológico exige que a declaração do particular deva valer por si mesma para a formação do documento. 'Se o oficial ou funcionário público (que recebe a declaração) está adstrito a averiguar, *propriis sensibus,* a fidelidade da declaração, o declarante, ainda quando falte à verdade, não cometerá ilícito penal'".[42]

Parece-nos, assim, conclusivo que, por mais esta razão, se não bastassem as anteriormente declinadas, efetivamente não se configura, na hipótese que estamos examinando, crime de falsidade ideológica.

3. Pior hipótese: falsa identidade

18. Dispõe o art. 307 do Código Penal:

"Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave."

Parece-nos, à luz de considerações anteriormente expendidas — n. 12, § 3.º, 13, §§ 2.º e 3.º, 14, § 4.º, e 15 a 17, *supra* — que nem mesmo nesta figura delituosa se enquadrariam os fatos relacionados com a abertura e movimentação de contas bancárias "fictícias", tal como provisoriamente admitidos e com ressalva de não virem a ser, todos ou alguns, relativamente a este ou àquele acusado, reputados provados em julgamento final.

Se, todavia, no que nos pareceria um apuro de rigor, o Supremo Tribunal Federal houvesse de superar sucessivamente cada um dos escolhos da irrelevância do falso nome, da boa-fé excludente do dolo, da mera simulação, e finalmente, da declaração falsa, todavia de eficácia sujeita a averiguação, ainda aí, creríamos despontar para os acusados, como pior hipótese, e para a acusação, como melhor, a imperativa desclassificação de falsidade ideológica para falsa identidade.

19. A Lei 7.492, de 16.6.86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, prevê figura semelhante, mas específica, assim:

"Art. 21. Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de operação de câmbio.

Pena: detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

É a destinação do *falsum,* convolada em realização de operação cambial — tema que mais sensivelmente toca ao interesse nacional, porque condicionante da disponibilidade de divisas com que precisa contar o País —, que justifica o agravamento, em confronto com a figura genérica da falsa identidade do art. 307 do Código Penal, da retribuição penal: detenção de 1 a 4 anos, ao invés de detenção de 3 meses a 1 ano. Na perspectiva do nosso Direito Penal globalmente considerado, a figura específica constitui como que falsa identidade qualificada.

Fosse também relevante, conquanto em menor medida, em termos de política criminal voltada para a tutela do sistema financeiro, a incriminação do mesmo núcleo de conduta, mas destinado à abertura de conta bancária de

[42] *Lições...,* cit., p. 355.

depósito, tê-la-ia feito o legislador, na mesma assentada e sob idêntica inspiração, para estremá-la da figura genérica e cominar-lhe pena maior do que a desta.

Não no fez, certamente, o que revela haver estimado bastante, em tese, para tutela da higidez do sistema financeiro no tocante à abertura de conta bancária sob falsa identidade, a figura genérica do Código Penal.

20. Resulta disso, que A, agente de falsa identidade qualificada (valha a licença), cuja conduta se envolve com operação de câmbio e por isso compromete mais intensamente o interesse público, sujeita-se a apenação com detenção de entre 1 e 4 anos. Diversamente, B, agente de falsa identidade pura e simples — conquanto voltada para a abertura de conta bancária, circunstância objetiva que a lei não valoriza para mais grave incriminação —, sujeita-se a apenação, significativamente mais branda, com detenção de entre 3 meses e 1 ano.

Ora, se a conduta de B fosse capitulada e punida como falsidade ideológica (art. 299), ao invés de como falsa identidade (art. 307), estaria ele sujeito a apenação com reclusão entre 1 e 5 anos, muito mais grave em qualidade, e um quarto maior em quantidade, do que a imponível a A. Este, porém, é quem mais funda e nocivamente violou a ordem jurídica e a ordem econômica.

Semelhante despropósito, ainda que delineado em linha puramente hipotética, não se há de temer que o perpetre tão conspícuo juízo penal.

Esta questão, da exata classificação dos crimes atribuídos aos acusados — sob a condição, naturalmente, de os fatos se reputarem provados e juridicamente constituírem *crimina falsi* —, não nos foi proposta pelos consulentes. Nossa consciência jurídica, todavia, não permite que sobre ela silenciemos.

4. Continuidade delitiva

21. Como visto de início (n. 1, § 2.º, item 1.º, *c, supra*), as razões finais da acusação pública sustentaram "que a movimentação de uma só conta bancária falsa constitui crime continuado, enquanto se caracteriza concurso material de crimes a movimentação de cada uma das contas abertas em nome de pessoas fictícias", pelo que postulou a condenação dos acusados Paulo César e Jorge Waldério pela prática dos crimes "de forma continuada e em concurso material". Daí a 2.ª questão dos consulentes, assim formulada: "se os fatos estivessem provados e configurassem tal crime, a pluralidade de contas fictícias seria razão jurídica bastante para excluir a continuidade delitiva (Código Penal, art. 71) e implicar configuração de concurso material de tantos crimes quantos fossem elas (*idem*, art. 69)?"

Essa justificação do Ministério Público Federal, com todas as vênias, sabe a *trouvaille*. Para dizer o menos, traduz ressaibo — de todo inapropriado, aliás — da velha controvérsia sobre a configuração de crime continuado quando se lesam bens personalíssimos de sujeitos passivos diversos, e solenemente ignora a reforma penal de 1984, que a pôs de lado com a introdução do parágrafo único do art. 71.[43]

Quando assim não fosse, e ainda sobrevivesse, ente nós, a *vexata quaestio*, em cujo desate a acusação pública porventura aderisse à corrente negativista, de quais sujeitos passivos diferentes estaria ela a falar? Dos "fantasmas" jocosamente referidos pelos jornais? De

[43] Cf. Francisco Fernandes de Araújo, "Da aplicação da pena em crime continuado ante a reforma de 1984", *Revista dos Tribunais* 615/249-256, 253; Hermenegildo de Souza Rego, "Crime continuado, unificação de penas e Lei 7.209/84", *Revista dos Tribunais*, p. 622/398-408, 404.

quais bens personalíssimos, dos comumente exemplificados pela doutrina, seriam "eles" titulares? Da vida? Da integridade corporal? Da honra? Da liberdade? Do pudor individual? Francamente, não há como levar-se a sério a objeção.

Tão escasso se torna, mais e mais e a cada minuto, o nosso pouco tempo restante, que nos vemos compelidos a fazer remissão, porque também úteis para a resposta à 2.ª questão dos consulentes, às considerações que fizemos sobre a determinação dos sujeitos passivos (n. 6, *supra*).

22. Tirante a plural titularidade das contas bancárias "fictícias" — que, como visto, não guarda a mínima relevância —, o Ministério Público Federal admite que se fazem presentes as demais condições da continuidade delitiva.

Outra vez, e naturalmente, sob a condição de os fatos se reputarem provados e juridicamente constituírem *crimina falsi*, assim pensamos por igual.

Também não obstaria à configuração de crime continuado, o se tratar de declarações mendazes sucessivamente feitas sobre a própria identidade pessoal do declarante.[44]

[44] Cf. Antonio Pagliaro, *I Reati Connessi*, p. 148.

Em suma, mesmo que se considerasse configurada, factual e juridicamente, a falsidade ideológica, tratar-se-ia, em relação a todas as contas "fictícias", de um só crime continuado. Outro tanto e nos mesmos temos, se se considerasse configurada a falsa identidade. O acusado Paulo César, porque apontado como mentor de todo o plano de ação, vincular-se-ia, pela indigitada autoria intelectual comum, a todas as condutas de todos os demais acusados de idêntico delito, respondendo também, tal como eles, por um só crime continuado. Como a nenhum acusado se imputa a prática de uma só ação, mas, sempre e a todos, de mais de uma, inexistiria o problema de se separar algum, ou alguns, da incriminação geral, para se lhes não estender o acréscimo pela continuação.

5. Conclusão

23. Em conclusão, respondemos negativamente, em princípio, à 1.ª questão dos consulentes, como o adendo e que, a não dever prosperar nossa resposta negativa, ter-se-á configurado o crime de falsa identidade de que trata o art. 307 do Código Penal, e não o crime de falsidade ideológica de que trata o art. 299 do mesmo Código; e negativamente, *tout court*, à 2.ª questão.

É o nosso parecer, s.m.j.

10 — ANTIGUIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O PROCESSO AÍDA CURY (1.ª PARTE)

RENÉ ARIEL DOTTI

Sumário: 1. A liberdade e a responsabilidade da imprensa — 2. O célebre processo: a trágica morte de Aída Cury — 3. Um juiz no pelourinho — 4. A notável monografia — 5. A sentença de impronúncia — 6. A decisão também anulou o processo — 7. A campanha de informação e a solidariedade ao juiz — 8. O discurso de agradecimento — 9. A Associação dos Magistrados do Direito Federal — 10. A decisão mantendo a pronúncia; 10.1 O papel da Justiça; 10.2 Reconstituição dos fatos; 10.3 "A fisiologia do amor"; 10.4 Aída e o "anjo da morte"; 10.5 A "culpa" pela tragédia; 10.6 Ronaldo abandona a cena — 11. Os réus são mandados a Júri — 12. Uma lição de resistência.

1. A liberdade e a responsabilidade da imprensa

Em antológica frase, Thomas Jefferson (1743-1826), disse que se lhe coubesse decidir entre um governo sem jornais ou jornais sem governo, não hesitaria em preferir a última alternativa. Porém foi ele mesmo, com a sensibilidade e a experiência da vida pública,[1] quem advertiu: "A imprensa é imponente quando se entrega à falsidade".[2]

Esses pensamentos, aparentemente opostos, sintetizam muito bem o universo de certeza e dúvidas em que navegam as liberdades, os direitos, os deveres e a responsabilidade da imprensa, compreendida na magnitude de seu sentido e na grande variedade de seus instrumentos. Como informação ou meio de comunicação, através do escrito, dos símbolos, da imagem e do som, a imprensa continua a desafiar a inteligência dos conceitualistas e a capacidade dos legisladores. Quanto aos primeiros, pela extrema dificuldade de se esgotar em palavras tudo o que representa o fenômeno; quanto aos segundos, pela impossibilidade em exprimir, com fórmulas racionais sintéticas, a conjugação ideal entre os verbos transitivos com a liberdade e o abuso. "*A imprensa é a vista da nação*", afirmou Ruy Barbosa em histórica metáfora. Mas a *Águia de Haia* também se referiu à calúnia "como a ladra concubinária do jornalismo trapeiro".

2. O célebre processo: a trágica morte de Aída Cury

Tais considerações vêm a propósito da lembrança de um dos mais discutidos processos na história dos casos célebres em nosso País. No dia 14.7.1958, entre 19:00 e 19:30 horas, a colegial Aída

(1) Terceiro presidente dos Estados Unidos; advogado de notável prestígio e representante da Virgínia à Câmara Colonial.

(2) *O pensamento vivo de Jefferson*, 140, em *Dicionário de citações*, Editora Cupolo Ltda, SP, s/d, v. 4.º, p. 762.

Cury teria sido atraída pela boa aparência e lábia do jovem estudante, Ronaldo Guilherme de Souza Castro e conduzida até ao terraço do Edifício Rio Nobre, na Avenida Atlântica, 3.388. Junto com Ronaldo estariam o porteiro, Antonio João de Souza, e o menor Cássio Murilo Ferreira da Silva, filho do síndico. Recusando-se a manter relações sexuais com Ronaldo, a desditosa Aída teria sido vítima de tentativa de estupro e, em seguida, atirada do alto do edifício, pelos três agressores, para simular suicídio e ocultar o crime anterior. A queda, do prédio de doze andares, provocou a morte da infeliz moça.

Essa versão, anunciada desde os primeiros lances da investigação policial, ganhou extraordinária repercussão, principalmente em face das peculiaridades do homicídio, três vezes qualificado. A sociedade carioca e a população brasileira foram sacudidas. Com exceção de São Paulo e Rio de Janeiro, não havia televisão em outros Estados. Porém, o grande alcance de algumas emissoras de rádio (Nacional, Mayrink Veiga, Tupy, etc.) e da revista *O Cruzeiro*, de circulação nacional, levou para os mais diversos sítios do País as detalhadas informações a respeito do inquérito, da instrução e do surpreendente desfecho que a causa teve em primeira instância. Uma terrível, insidiosa e permanente campanha de infamação foi deflagrada contra o Juiz de Direito, Souza Neto, deixando em segundo plano as figuras dos réus, apesar das características sensuais do fato e da posição social do principal acusado, Ronaldo Guilherme de Souza Castro, jovem estudante e filho de família de projeção no Rio de Janeiro. A sentença de impronúncia, datada de 6.1.1959, constituiu-se em pauta obrigatória de abordagens sensacionalistas pelos meios de comunicação. Uma infinidade de *pelourinhos morais* foi plantada em todo o Brasil. A reforma da sentença de impronúncia, muito antes do processo chegar ao Tribunal de Justiça, era uma imposição da massa popular impulsionada pela imprensa, rádio e televisão.

3. Um juiz no pelourinho

Joaquim de Souza Neto, o juiz crucificado no processo, é o autor de duas obras extraordinárias da literatura jurídica nacional: *A mentira e o delinqüente* (1946-1947) e *O motivo e o dolo*.

A primeira é um ensaio de Criminologia e Processo Penal, com profunda abordagem das inquietações e inseguranças da prova oral. Em tal trabalho existe vigorosos pensamentos a respeito da dúvida e da presunção, que devem ser literalmente reproduzidos: "Não há um princípio de filosofia, um dogma de moral, um cânone de religião, um postulado de bom senso, uma regra jurídica, que autorize um pronunciamento condenatório na dúvida. (...) A justiça só vive da prova. Só o arbítrio se alimenta do monstro da presunção. A dúvida é a *certeza dos loucos*. Estes são julgados, não julgam".[3]

A segunda, editada pela Livraria Freitas Bastos S/A,[4] é reconhecida como a primeira monografia publicada no Brasil, enquanto que, no exterior, somente na Itália haviam sido estampados trabalhos versando especificamente o tema. Na apresentação da obra, o próprio autor afirma — sem ferir a modéstia — que o seu texto era, pela atualização, comparativamente mais útil.

(3) Souza Neto, *A mentira e o delinqüente*, cit. por Mario de Figueiredo, no prefácio do livro *A tragédia e a lei*, Ed. Borsoi, RJ, 1959, p. 5, escrito pelo primeiro.

(4) A primeira edição veio a lume em 1949, com 201 páginas, e a segunda, em 1956, com 212 páginas.

4. A notável monografia

O motivo e o dolo continua sendo uma das mais autorizadas fontes para os pesquisadores do Direito Penal, da Criminologia, da Antropologia, da Psicologia criminais e outras disciplinas da conduta. A pesquisa abundante, a sensibilidade fecunda e a precisão dogmática, são algumas das virtudes dessa monografia. A matéria é distribuída em seis longos capítulos: culpabilidade, motivo, antijuridicidade, causas de exclusão do crime, teoria da não exigibilidade de outra conduta e o motivo, no Código Penal brasileiro. Em todos eles se percebe, a cada momento da leitura, a convivência intelectual entre o jurista e o humanista, bem como as recíprocas servidões de passagem entre o Direito, a Moral, a Justiça, a Literatura, a Arte e a História.

Um dos marcantes trechos, inserido no capítulo que trata da motivação do crime, parece ter sido modelado para fundamentar a decisão que Souza Neto iria proferir, justamente no caso Aída Cury, 10 anos após! Realmente, ao criticar o conceito puramente formal de crime, o autor lamenta a falta de investigações "na trágica e misteriosa fonte da alma humana, na mais profunda psicologia de sua espécie e na complexidade da vida social, descobrindo-lhe as causas verdadeiras. Por que é que o heroísmo exalta e engrandece a sociedade e o crime a enluta? É por causa dos seus efeitos? Ou é em virtude de suas causas, de seus motivos? Se se condena o delinqüente apenas em virtude dos efeitos de seus delitos, não vemos razão para não se proceder do mesmo modo contra o raio, contra as tempestades, contra os imaturos, contra os loucos e contra as feras. Cremos que, em função dos motivos, que se confundem com os *fins conscientes*, é que o ato heróico é digno de aplausos, o crime passível de censura e o ato da Natureza *indiferente* penal e socialmente. O que não se deve perder de vista é a tragédia, o sofrimento, a dor, o passionalismo, o desespero, consciente ou inconsciente".[5]

A composição ideal entre as idéias e as palavras encontra um de seus *punctum saliens*, nessa iluminada passagem: "*A tragédia e o mistério não estão na vontade e, sim, na sua dolorosa formação, no drama da consciência, na luta entre os motivos, na batalha das representações, em suma, no duelo travado entre as forças de projeção e de precipitação e as de inibição e de contenção*".[6]

Souza Neto produziu, também, o romance *Culpado* e a monografia *Júri de Economia Popular*, além do livro-documentário *A tragédia e a lei*,[7] do qual são extraídos trechos para ilustrar o presente texto.

5. A sentença de impronúncia

A sentença de impronúncia dos acusados Ronaldo Guilherme de Souza Castro e Antonio João de Souza, aos quais se imputava a responsabilidade pela morte de Aída, revela o estilo vigoroso, o esmero da forma e a substância de seu conteúdo. O magistrado, cumprindo rigorosamente os deveres legais da motivação da sentença e tomando posição na controvérsia da prova, entendeu que não havia *indícios suficientes* (CPP, art. 408) para pronunciar os co-réus. Da longa fundamentação, podem ser extraídos os trechos adiante que identificam o zelo com a pesquisa dos fatos e a harmonia com as lições da lei, da doutrina e da jurisprudência.

(5) *O motivo e o dolo*, cit., p. 40/41 (Grifos do original).
(6) *O motivo e o dolo*, cit., p. 41. (Grifos meus).
(7) Editor Borsoi, RJ, 1959, com 103 páginas.

"Está provado, nos autos, que, no dia da tragédia, o programa findou às 19:55, com o *comercial*. O comercial, que consiste na propaganda do patrocinador, dura um tempo apreciável, o necessário para chamar a atenção do telespectador. Dêsse modo, o programa *Circo do Arrelia* terminou antes das 19:55, tendo as duas meninas dito, em juízo, que abandonaram o auditório um pouco antes de ser encerrado o espetáculo. Admitindo que tenham saído da TV-Rio mais ou menos às 19:53, consumindo uns 13 minutos na caminhada para o local onde se encontram o Ronaldo e Aída, êsse encontro ter-se-ia dado às 20:06 minutos. Sendo êsse local muito próximo do edifício Rio Nobre, é perfeitamente aceitável a declaração de Ronaldo e de Cássio, de que aquele tenha abandonado o terraço mais ou menos às 20:15. O laudo calculou a caminhada da TV-Rio a êsse ponto de encontro em 15 minutos, mas os peritos percorreram o trajeto, segundo o depoimento das meninas, a passo lento, o que não corresponde à verdade, porque as meninas declararam que venceram êsse itinerário apressadamente. Por isso, foi que calculamos em 13 minutos o tempo provável para essa caminhada. Diga-se, ainda, que essas afirmações das testemunhas, referentes a minutos, podem ser imprecisas, porque ninguém esperava a tragédia para marcar o tempo com precisão. É possível até que Ronaldo tenha deixado o terraço um pouco depois das 20:15. Ainda que essa hora fôsse extraída de algum relógio, no terraço, é de aceitar-se a possibilidade de que êsse relógio estivesse adiantado ou atrazado, com relação a outros relógios que tivessem orientado os outros informantes".[8]

E arremata:

"Tudo o que se expôs, sem prevenção e sem paixão, convence-nos de que é injusto responsabilizar Ronaldo pela morte de Aída".[9]

Relativamente ao co-réu, Antonio João de Souza, o porteiro, a decisão acentua que o mesmo não foi com Aída ao terraço, limitando-se a dar a Cássio Murilo, filho do síndico, a chave do andar que levava àquele local. Textualmente, declara o magistrado: "Depois, foi até lá, por curiosidade. Não tinha ligação com Ronaldo, não sendo lógico, portanto, que fôsse ao terraço com a pretensão de possuir a sua pequena. Deve ter ido mesmo por curiosidade. Não se pode descobrir outro motivo. Não há uma prova que autorize a afirmação de que êle teve contato com Aída, de que ao menos tenha falado com Aída. O máximo que se pode presumir é ter aderido a Cássio, com quem tinha algumas ligações, depois da saída de Ronaldo. Isso, porém, é uma presunção. Não há um indício positivo, uma circunstância, ponderável, uma prova tênue que seja".[10]

6. A decisão também anulou o processo

O ponto mais polêmico da célebre causa se fixou na parte em que o Juiz Souza Neto declarou a ilegitimidade do Ministério Público para propor a ação penal quanto aos crimes sexuais que teriam sido praticados contra Aída Cury. Também nessa parte, a transcrição fiel dos termos da sentença é recomendável para que o leitor possa conhecer exatamente a situação concreta. Vale, portanto, repetir:

"Afastada a participação, por falta absoluta de prova, de Ronaldo e Antônio João de Souza, na morte de Aída, resta apreciar a denúncia, no tocante aos crimes sexuais. As ações penais nêsses

[8] *A tragédia e a lei*, cit., p. 18/19.

[9] *A tragédia e a lei*, cit., p. 19. A decisão foi exarada em 6 de fevereiro de 1959.

[10] *A tragédia e a lei*, cit., p. 19.

crimes, segundo o Código Penal, são iniciadas por queixa. Neste caso, prevalecendo-se da exceção admitida no Código, pretende-se que a ação seja pública, começada por denúncia. Para isso, alegou-se que a família da vítima é jurídicamente miserável. A prova de miserabilidade pode ser feita por atestado de pobreza fornecido pela autoridade policial, não sendo, entretanto, absoluto êsse meio de prova. Está provado, nos autos, que a família da vítima não é miserável. Da parte da vítima, interessaram-se pelo processo duas pessoas: um irmão e a mãe da vítima. O irmão confessou ter um automóvel e uma pequena loja e mais um apartamento, por meio de financiamento. A mãe, pela palavra dêsse irmão da vítima, é proprietária de uma pequena fazenda, com uma mina de cristais de rocha. Não é possível considerar essa família atingida pela miserabilidade. Automóvel, fazenda e minas de cristais são bens de valor, são uma fortuna, grande ou pequena, mas sempre uma fortuna. A mãe da vítima constituiu advogado para auxiliar a acusação. Pode dizer-se que êsse causídico trabalhe gratuitamente, mas, dada a circunstância do processo, isso deve ser provado, até porque não se presume o mandato gratuito. É possível, além da presunção de pagamento de honorários e pelo vulto e qualidade dos bens pertencentes à família da vítima, provar-se, nos autos, que o advogado receba remuneração. Essa espécie de prova está no depoimento do irmão da vítima, quando diz ignorar contrato de honorários entre sua mãe e o advogado. Ora, essa testemunha, que é quem aparece na polícia e na justiça, em contato com o advogado, não pode ignorar a existência desse contrato. Além disso, acrescenta a testemunha, para reforçar a tese de que inexiste miserabilidade, "que pelo fato de haver constituído o referido advogado, a mãe do depoente não ficou privada do indispensável para a sua subsistência". Não é preciso mais uma palavra para o convencimento de que essa família não é miserável.

"Assim, a ação penal, no referente aos crimes sexuais, não pode ser pública, devendo iniciar-se através de queixa. 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.

"Custas na forma da lei. P.R.I.

"Rio de Janeiro, 6 de fevereiro de 1959.

"JOAQUIM DE SOUSA NETO

"Juiz Presidente do 1.º Tribunal do Júri".[11]

Esvaziara-se um dos processos de maior repercussão na história forense do Rio de Janeiro. Dos apontados autores do homicídio contra Aída Cury, restara somente Cássio Murilo Ferreira da Silva que, por ser menor à época do crime, deveria responder perante a legislação especial. E esta tem sido, invariavelmente, vista como complacente pela opinião pública.

7. A campanha de infamação e a solidariedade ao juiz

As decisões de impronúncia e de anulação do processo — embora ressalvada a possibilidade de sua reabertura mediante *queixa* — tiveram o impacto de uma explosão nuclear entre os meios de comunicação. A opinião pública foi contagiada pelas diversas manifestações de protesto e até mesmo a honra do Juiz Souza Neto foi duramente atacada. O mais destacado de seus agressores morais foi o jornalista, compositor, poeta, historiador e panfletista, David Nasser (1917

[11] *A tragédia e a lei*, cit., p. 19/20.

— 1980). As suas reportagens e artigos, publicados pela revista *O Cruzeiro*, vergastavam a idoneidade do magistrado e alimentavam o movimento de revolta popular.

Os advogados militantes no 1.º Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, em sua quase unanimidade, prestaram solidariedade à vítima dos agravos. O discurso em nome dos causídicos foi pronunciado por Romeiro Neto (1903 — 1969). Notável criminalista, ex-Deputado pelo PTB, ex-secretário do Interior e Justiça do Rio de Janeiro, o orador destacou a qualidade moral do homenageado e, principalmente, a sua coragem funcional. Disse ele com a autoridade que, anos mais tarde o levaria a vestir a toga de Ministro do Superior Tribunal Militar (1963-1969): "Aqui estão, senão todos, quase todos os advogados criminalistas no 1.º Tribunal do Júri, para dar-vos a sua solidariedade, protestando contra a virulenta campanha de difamação desencadeada sobre a vossa cabeça, estarrecedora e revoltante pela audácia e pela iniqüidade que encerra. A razão dela: proferistes em processo por crime que emocionou fortemente a opinião pública, sentença impronunciando dois de seus indigitados autores, sendo um dêles, segundo se afirma, filho de pai abastado.

"Êsse moço não devia ser impronunciado.

"Pois não era rico?

"Devieis seguir o exemplo milenar de Poncio Pilatos, e mandá-lo a júri, mesmo forçando a vossa consciência de julgador.

"Se assim tivesseis procedido, terieis vos apresentado perante a sociedade como um juiz independente, que teve coragem de decidir contra o poderoso.

"Há mais de dois séculos, já observava Matias Ayres Ramos em suas *Reflexões sobre a vaidade*: 'O Juiz que decidiu contra um litigante poderoso, e a favor de um litigante humilde, logo atraíu a si todo o sufrágio popular. A multidão o canonisa sem exame, e o faz passar por justo, inteiro e sábio'.

"Êsse o maior êrro da vossa sentença, cujo acerto ou desacerto, somente poderá ser discutido nos autos do processo em que foi proferida.

"Entretanto sôbre ela opinam todos os dias nos jornais, nas revistas, nas estações de rádio e na televisão vários criminalistas, colocados no mesmo nível de juristas autênticos.

"Em tais ocasiões, surge sempre uma inflação de criminalistas, que nós, os advogados criminais ignorávamos, para opinar ao sabor da campanha movida contra o fato que a provocou.

"Sempre foi assim."[12]

8. O discurso de agradecimento

Agradecendo a homenagem, o Juiz Souza Neto abordou, entre outros, o imemorial tema do preconceito lançado contra determinadas pessoas que, por desfrutarem de melhor condição social, invariavelmente são prejulgadas pela sociedade quando a elas se imputa alguma falta. São palavras do magistrado:

"Na realidade, o que se explora, provocando emoção é o sentimento de despeito dos menos afortunados, que se comprazem, numa espécie de compensação social, com a desgraça que incide sobre os que obtiveram melhores quinhões na vida. Norteando-se por essa deplorável mentalidade, o juiz terá que buscar, na sensibilidade dos pobres ou dos frustrados, a inspiração para a sua consciência, transformando-se, sem sentir, num instrumento de vingança. E o único modo de fazer justiça aos menos favorecidos na vida, será a condenação, desprezado o exame da prova e postergadas as regras de direito.

[12] *A tragédia e a lei*, cit., p. 21/22.

"A sociedade não se pode apoiar, juridicamente, nos ressentimentos de grupos sociais. Os Tribunais não podem ficar à mercê da maledicência, nem podem fazer injustiça pelo receio de serem mal interpretados. Visando a consagração popular, ou temendo os lances de uma campanha desdoirante, os órgãos judiciários espalhariam a sensação de desarrimo público.

"O pavor de perder a popularidade ou de não conquistá-la não deve inibir o juiz, pois, o que se tem verificado é que a justiça se engrandece com a renúncia às formas populares de sonora repercussão do nome.

"A justiça que se deixa fazer por medo é mais grave que a injustiça que o crime encerra. A fraqueza do juiz é o crime de fazer a injustiça que os outros pretendem fazer, seja qual for o motivo.

"Por isso, por não querer a injustiça que a paixão de parte da opinião pública reclamava, estou sendo incompreendido. Não se quer aceitar que o juiz deve opor-se aos julgamentos sumários, frutos da paixão e da revolta, sendo esta a razão pela qual o Estado não confia a justiça às multidões, nem aos que julgam levianamente, fora do processo e das leis".[13]

(...) "Por isso, em nome da lei, dei um grito dentro do processo, derruindo ao nada as suas sombras e desfazendo o mistério que o singularizava. Sacudi a opinião pública, despertando o seu raciocínio, rompendo o tenaz da paixão que a comprimia. Meu dever legal era ser justo, na forma do art. 409, do Código de Processo Penal, e não me esconder atrás dos tribunais, sem adverti-los da cilada que a paixão armou no processo.

"Dispenso o mérito de ser corajoso, mas, reclamo a consideração de procurar impedir um erro judiciário, proclamando a inocência de quem, cerca de 40 minutos antes de Aída morrer, afastou-se do local, sem pensar em morte, e não podendo, siquer, prevê-la".[14]

(...) "Senhores advogados!

"Recebendo a vossa homenagem, eu podia dizer que não me sinto mais ofendido. A irreverência das paixões me feriu, mas a sabedoria veio me confortar. E, em verdade, eu posso declarar, apresentando-vos meus agradecimentos, que vossa presença, vossa palavra e vosso sentimento me trouxeram alento para manter o meu orgulho de juiz".[15]

9. A Associação dos Magistrados do Distrito Federal

A Associação dos Magistrados do Distrito Federal, protestando contra os excessos da crítica deflagrada contra o Doutor Souza Neto, emitiu uma *Nota* com o seguinte teor:

"A Associação dos Magistrados da Justiça do Distrito Federal, a propósito de publicidade recente em tôrno de decisão de um ilustre magistrado da Justiça local, vê-se no dever de declarar públicamente:

"I — que as decisões do Judiciário são, como qualquer ato oficial, acessíveis à censura pública, e, em conseqüência, estão e devem estar sujeitas à crítica da imprensa, cuja disciplinação legal, nos regimes democráticos, há que ser informada no sentido da mais absoluta garantia de liberdade, sem o que ficaria anulada a sua superior missão de informação e vigilância;

"II — que, por outro lado, o Poder Judiciário é poder desarmado e que encontra sua única fôrça na autoridade

(13) *A tragédia e a lei*, cit., p. 25/26.

(14) *A tragédia e a lei*, cit., p. 26.

(15) *A tragédia e a lei*, cit., p. 28.

moral de seus membros, credores por isso mesmo do público respeito, até mesmo quando possam cometer erros de julgamentos, próprios da falibilidade humana;

"III — que, assim se externando, se sente esta Associação à vontade para manifestar sua reprovação a que, na ânsia de discutir ou debater matéria dos julgados, os que exercem a útil e nobre profissão do jornalismo cometam excessos que venham em desprimor da autoridade judiciária e atinjam os fundamentos do Poder Judiciário;

"IV — que os conceitos supra se enquadram perfeitamente dentro dos ditames de uma boa ética jornalística e visam a fazer com que o Poder Judiciário não decaia da confiança que lhe deve a opinião pública, o que é tanto mais relevante quanto certo se faz que o entendimento dessa opinião não alcança a complexidade de técnica dos pronunciamentos judiciais que, no sistema das garantias constitucionais, estão sempre sujeitos à revisão pelos próprios órgãos judiciários superiores".[16]

O documento foi assinado pelo Desembargador Sady Cardoso de Gusmão, como presidente da instituição e pelo Juiz Pedro Bandeira Steele, 1.º secretário.

10. A decisão mantendo a pronúncia

Foi interposto Recurso em Sentido Estrito. A sustentação da impronúncia é um dos mais vigorosos textos forenses de que se tem conhecimento. A sentença percorre mais de cinqüenta e três páginas publicadas no livro *A tragédia e a lei*. Algumas passagens devem ser trasladadas para que o leitor possa avaliar o minucioso exame dos autos, a independente apreciação da prova e o excelente conteúdo do texto.

10.1 O papel da Justiça.

Na introdução, o Juiz Souza Neto transcreve Viveiros de Castro, a respeito do papel da Justiça:

"O Juiz precisa, antes de tudo, de uma calma completa, de uma serenidade inalterável, porque os acusados apresentam-se diante dêle sob a paixão violenta e apaixonada da opinião. Os jornais, com uma indiscreção que a lei devia reprimir, divulgaram o fato nas cem trombetas da fama e crivaram o réu dos adjetivos mais furibundos. O crime repelente e abjeto desperta em tôda alma delicada um natural sentimento de indignação e revolta. O espírito insensivelmente se previne e por essa elaboração lenta de que fala Paula Lombroso, digna filha do eminente antropologista criminal, *vai se cristalizando em um juízo contrário ao réu, que resiste a todos os argumentos e provas em contrário*. É necessário, portanto, a máxima calma na apreciação do processo. O magistrado deve manter o seu espírito sereno, absolutamente livre de sugestão de qualquer natureza" (*Atentados ao Pudor*, p. 295 e 296, 3ª ed., de Viveiros de Castro)".[17]

10.2 Reconstituição dos fatos

Em seguida, o magistrado reconstitui os fatos que deram origem à tragédia:

"No dia 14 de julho de 1958, entre 19:00 e 19:30 horas, Ronaldo conheceu Aída, que vagueava, depois de uma aula, em companhia de Ione, pelas ruas de Copacabana. Com o truque de arrojar, ao chão, um molho de chaves, Ronaldo e seus companheiros abordaram as moças. O lance do rapaz logo revelou o desejo de abrir uma aventura, que podia ser julgada pela pronta reação

(16) *A tragédia e a lei*, cit., p. 33/34.

(17) *A tragédia e a lei*, cit., p. 35.

das moças, e, especialmente, de Aída, para quem se arremessaram, visivelmente, as suas preferências.

"Sem demora, as linhas da romanesca proeza, cujo desfecho escaparia à previsão de um áugure, vão se definindo, numa imprevista armação. Do grupo, ausenta-se Beethoven. Manoel Antônio, Ione, Aída e Ronaldo seguem, rua além, em par, o de Ronaldo atrás. Adiante, por falta de interêsse, o casal da frente se desfaz, juntando-se Ione a Ronaldo e Aída. Afinal, Ione, liricamente desambientada, anuncia sua retirada, deixando Aída e Ronaldo prêsos a um desconhecido, que os atrai, irresistivelmente, e para o qual vão se precipitar, sem aviso e sem proteção.

"O destino não deixa que Beethoven, Ione e Manoel Antônio se enredem na trama fatal, impulsionando-os para caminhos diferentes, e porfiando em demonstrar que há uma misteriosa eleição nos sucessos da vida.

"Provando que a trama não é dos personagens, e sim contra êles, Ronaldo e Aída, depois que Ione se despede às 19:30, recomendando que a moça devia tomar o lotação de regresso, às 20:00, saem sozinhos, mas, na realidade, escoltados por quem conserta e dirige as desgraças, na direção do edifício Ouro Negro, em busca do apartamento de um amigo de Ronaldo. A prova de que Ronaldo seguia um caminho traçado à sua revelia e sôbre a sua vontade, é que encontrou êsse apartamento fechado, no interior do qual teria ficado a sós com Aída, sem terraço, sem Cássio, sem morte e sem processo. *Dis aliter visum*! (Os deuses resolveram de outro modo). Essa imperceptível conspiração de quem preparava uma desdita, leva Ronaldo, novamente, à rua, onde se reencontra com Manoel Antônio — mais um anel da cadeia conspiratória —, a quem pede que procure Cássio, com o fito de alcançar o terraço de seu edifício — o fatal Rio Nobre, sombria séde do desconhecido que os atraía, não permitindo que se acomodassem noutro lugar.

"Cássio, ao contrário do amigo que possuía apartamento no edifício Ouro Negro, há de ser encontrado, porque o azar, naquela noite, não podia falhar. Solícito, como a mensagem ou o convite do abismo aliciante, Cássio se apresenta ao casal, em plena rua, pondo-se à sua disposição. Era o círculo que se fechava, de modo invisível, sôbre aquelas vidas florescentes.

"Obtida a permissão, Aída e Ronaldo transpõem os umbrais do prédio, que oculta, no cume, o que êles não esperam, nem podem prever. Não percebem que caminham para um desastre. Os dois vão, unidos, sem um desejar mal ao outro, aproximando-se do abismo; ela para o abismo da morte e, êle, para o abismo do processo. Nenhum dos dois pressente o que vai acontecer, e isso é que dá a verdadeira tônica da tragédia. A fatalidade os espera, adiante, invisível. Vai saltar, de dentro de um favor chamado Cássio, que também ingressa, no drama, de boa-fé, prestativo, mas, que é no fim, será o fogo de um sexo malsão a queimar a vida borbulhante da estudante Aída e a lançar o seu companheiro no seio da revolta popular, que talvez se dirigisse contra Aída, se sobrevivesse.

"O terraço, palco da tragédia, erguese sôbre o 12.º andar, com acesso por uma escada encaracolada. Ronaldo e Aída alcançaram o apartamento dêsse andar, pelo elevador social, mas a tentativa resultou frustrada, porque o apartamento estava fechado. Desceram. Ronaldo se queixou a Cássio, que explicou que a subida seria pelo elevador de serviço, e, instantes depois, juntava-se aos dois, no referido andar. Dalí, através da escada recurva, alumiados pelo isqueiro de Cássio — o que prova, para Ronaldo, a improvisação de tudo — pisaram a *terrasse* fatídica, último estágio da desprevenida peregrinação do

casal. Cássio finge descer pela escada, deixando Ronaldo e Aída sozinhos, como era do desejo de ambos mas, na realidade, se esconde no vão da escada, para espiar a cena."[18]

10.3 "A fisiologia do amor"

A qualidade literária da decisão de impronúncia é exuberante, como se verifica do trecho adiante:

"Que fôrça, que ente, que mistério, que razão, ligou essa moça religiosa a êsse rapaz desconhecido, tão amoravelmente, em menos de meia hora, naquela noite?

"Às vêzes, na fase da puberdade, ou logo após, o êxtase religioso, como os impulsos do amor e da poesia, está diretamente ligado a certos instintos ou sentidos.

"Viveiros de Castro, a êsse respeito, cita um autor: 'Mantegazza, em seu livro *Fisiologia do Amor*, fez uma bela descrição da languidez e dos desejos que se manifestam ao despertar da vida sexual, destes pressentimentos, destas aspirações vagas, cujas origem remonta a uma época bem anterior ao desenvolvimento da puberdade. Êste período é talvez o mais importante do ponto de vista psicológico. O número de novas idéias e de novos sentimentos que êle fez nascer nos permite julgar já da importância que o elemento sexual exerce sôbre a vida psíquica. Êstes desejos primeiramente obscuros e incompreendidos nascem de sensações despertadas pelos órgãos que acabam de desenvolver-se, produzindo ao mesmo tempo uma viva agitação no mundo dos sentimentos. A reação psicológica da vida sexual se manifesta no período da puberdade por fenômenos múltiplos, mas todos agitam a alma em um estado apaixonado e todos despertam o desejo ardente de exprimir sob uma forma qualquer êste estado estranho da alma, de objetivá-lo por assim dizer: (*Atentados ao Pudor*, p. 311)".[19]

10.4 Aída e o "anjo da morte"

No epílogo da ópera *Aída*, de Giuseppe Verdi (1813-1901), a personagem-título, que era uma escrava etíope, voluntariamente acompanha o guerreiro Radamés quando ele é sepultado vivo. Com o dueto *O terra addio*, despedem-se da vida e da terra, emudecendo nos braços um do outro.

Na ópera real há muito de semelhante, como se verifica por esta parte da sentença:

"Aída, contida e comprimida num internato, de onde saía apenas 10 vezes por ano; Aída, no internato, pensando em ser freira, e, fora, namorando o IPASE; Aída, amiga do catecismo e passeando, em Copacabana, com uma moça de 36 anos de idade, pertencente a outra geração sexual; Aída, cheia de contradições sentimentais, estudando na Remington; Aída que se abrasa com a pura religião e as palavras do cardeal e se apoia na experiência da amiga; Aída, que usava os vestidos que a mãe escolhia, que não pedia nada em casa e que ouvia novelas pelo rádio, para ser agradável à mãe; Aída, tanto tempo impedida de ser Aída, por ser dois sêres, ou mais, ao mesmo tempo; Aída, que queria a igreja e queria viver, talvez torturando, insensivelmente, entre o Ideal de sacrifício e o sacrifício do Ideal, liga-se a uma amiga de quase 40 anos, que, para seus perturbadores anseios, representava a Realidade e a Experiência; Aída, na sua inconsciente e irresistível busca de uma objetivação, como diria Mantegazza, encontra-se com o desconhecido Ronaldo, que não a procurava, e o segue, impulsionada ou atraída não se sabe por que, até onde

[18] *A tragédia e a lei*, cit., p. 35/38.

[19] *A tragédia e a lei*, cit., p. 39.

os levaram ou chamaram os diabólicos mistérios da vida.

Os sentidos a docilizaram? Rendeu-se à emoção? Que foi que sucedeu? Vertiginosamente, a vida a abandonou ou a convocou? Quem é culpado disso tudo ter acontecido?"[20]

10.5 A "culpa" pela tragédia

Freqüentemente o magistrado retoma a indagação essencial da causa: a quem se debitar a causalidade da morte da infeliz Aída?

"Fuzile-se o Ronaldo. Empalhe-se o Cássio. Enforque-se o porteiro. Difame-se o Juiz. Faça-se tudo o que a paixão inspirar, mas a pergunta viverá sempre: quem é culpado disso tudo ter acontecido?"[21] (...)

"Naquela noite, estava escrito que o mal viria por linhas diretas, e, que, por isso, as causas produziriam efeitos de outras causas. Logicamente, os desejos e os cálculos, devidos a êsse mistério satânico, estariam viciados e truncados. Por falta de acôrdo prévio, que a trama sobrenatural impediu se fizesse, Aída e Ronaldo iriam calcular as causas erradamente: Aída, que desejava o mínimo, pensava que Ronaldo também quisesse o mínimo, ou talvez o início de um verdadeiro romance, e Ronaldo, que tinha maiores aspirações, estava convencido que Aída estivesse empolgada pelas mesmas aspirações".[22] (...)

"Conscientemente, ninguém pode vencer uma tragédia, porque ela se arremessa de improviso, ou se ergue e desaba com dissimulação, impossibilitando a defesa das vítimas. A tragédia coage sem coação, atrai sem amor, convence sem falar, arrasta sem esfôrço, mutila sem ferir, intriga aparentando unir, e só desune e se revela quando não há mais defesa, quando esmagou e destruiu o que simulava elevar e construir.

"Agora, que completou o trabalho de atrair, construir e unir, a tragédia vai se revelar, iniciando a tarefa de desunião e esmagamento. Não há mais defesa, nem recúo, a não ser o que Ronaldo adotará, porque isso também "estava escrito", desistindo de Aída, e retirando-se do local. Tudo está armado, para o inevitável, para a desgraça; a espoleta Cássio acha-se próxima, mantida, ali, no vão caliginoso da escada, pela trama do diabo.

"Preenche o seu destino o ato de desunião. A divergência não se manifesta na fruição do prazer, e sim na sua qualidade. Mas teria que haver, e realmente há, desunião. Separam-se os companheiros cordiais, até então prêsos por boa camaradagem evidente solidariedade. Ronaldo terá que se convencer de que "perdeu o seu tempo", decepcionando-se até a exasperação. Insiste, roga, puxa a saia da companheira, e como a consciência de Aída tinha que se libertar, no terraço — dentro do programa do demônio — ela não cede e se recusa ao prazer máximo, irritando o companheiro, que se esforçou, se empenhou, se gastou, se emocionou e esperava tudo. Na evolução e na lógica da tragédia, era preciso que se decepcionasse e se irritasse, para maltratar Aída. Irritado, sacudiu-lhe o corpo, ou deu-lhe um tapa, segundo as versões de Cássio, que espionava, do fundo da escada".[23]

10.6 Ronaldo abandona a cena

A indicação dos elementos de prova que excluem a autoria atribuída a Ronaldo, constitui um dos pontos mais relevantes da motivação da impronúncia. Diz a sentença:

(20) *A tragédia e a lei*, cit., p. 40.
(21) *A tragédia e a lei*, cit., p. 40.
(22) *A tragédia e a lei*, cit., p. 41/42.
(23) *A tragédia e a lei*, cit., p. 42/43.

"Diante dessa prova granítica, está firmemente estabelecida a verdade de que Ronaldo desistiu de Aída — na expressão de Cássio dirigida a Manoel Antônio, apavorado, cêrca de meia hora depois da morte de Aída —, deixando-a, no terraço, livremente. É lícito afirmar que ela ficou livremente, porque, se quisesse, podia ter descido, na ocasião em que Ronaldo desceu. Preferiu ficar, porque ninguém podia prever — nem ela própria — que fôsse morrer.

"Quando Ronaldo saiu, não havia um indício, um prenúncio, uma dúvida, uma presunção, uma suspeita, de que alguém pudesse matar Aída. Nem o seu instinto de conservação pressentiu essa possibilidade. Como é que ela e Ronaldo podiam desconfiar de Cássio, se êle acabava de interferir na cena, em favor dela, assumindo ares de protetor? Como se podia suspeitar dele, se acabava de proclamar a Ronaldo que não havia cedido o terraço para se forçar a moça? Como duvidar de Cássio, se êle condenava a violência?

"Tinha que ser assim. Cássio seria impulsionado de seu esconderijo, interrompendo o nexo causal da tragédia, para, por meio da confiança, recomeçá-la, como causa nova e independente.

"Ronaldo jamais pensou em crime. Ione, que lhe gravou os traços, deixou Aída em sua companhia; foi com ela ao Ouro Negro, sem clandestinidade; e Manoel Antônio, Cássio, Ivani, Suely e Beethoven viram os dois juntos, sabendo os dois primeiros, e mais tarde o porteiro, que tinham subido ao terraço. Quem pensa em crime, não se exibe assim, publicamente, ante tantas pessoas.

"Deixou-a, no terraço, à vontade, sob a proteção de Cássio, que declarou, na fase policial, que ela estava, à saída de Ronaldo, completamente vestida, acrescentando, que ao voltar do 12.º andar, onde fôra levar Ronaldo, ela se achava calma (e calma, aqui, quer dizer confiante). Nessa ocasião, ninguém admitia a possibilidade de que Aída fôsse morrer. Nem Cássio, nessa hora, pensava em matá-la".[24]

11. Os réus são mandados a júri

A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso crime em sentido estrito para pronunciar os réus e submetê-los a julgamento pelo Tribunal do Júri. O conteúdo dessa decisão e seus desdobramentos serão objeto de comentários no próximo artigo.

12. Uma lição de resistência

A corajosa postura do magistrado Souza Neto, que enfrentou as mais variadas e ilegítimas formas de pressão para dar outro destino ao processo, merece ser lembrada como lição de resistência. E, muito especialmente, de resistência ao sentimento do medo.

Juscelino Kubitschek de Oliveira (1902 — 1976), teria afirmado, em determinado trecho muito difícil de sua vida, quando estava sendo terrivel e injustamente perseguido pela ditadura militar que o baniu da vida pública: "Deus me poupou do sentimento do medo".

Como definir, em sua extensão psicológica e espiritual esse sentimento aterrador da alma e destruidor da saúde física? Eis uma tarefa desafiadora de todos os meios e os métodos do pensamento que procuram sondar os mistérios da vida e do homem. Miguel de Cervantes, (1547 — 1616), disse que um dos efeitos do medo é a perturbação dos sentidos, fazendo com que as coisas não pareçam o que são",[25] enquanto

[24] *A tragédia e a lei*, cit., p. 45/46.
[25] *Dom Quixote*, Parte Primeira, Cap. XVIII.

Shakespeare, (1564-1616), proclamou: "De todas as paixões baixas, o medo é a mais amaldiçoada".[26]

Joseph Michaud (1767-1839), jornalista, historiador e membro da Academia Francesa,[27] disse: "Toda a Revolução pode conjugar-se assim: eu tenho medo, tu tens medo, ele tem medo; nós temos medo, vós tendes medo, eles têm medo".[28]

Em *Henderson*, o Rei da Chuva, Saul Below (1915), nos diz que o medo "é um dos soberanos da humanidade. É o que possui o maior domínio de todos. Ele faz-nos embranquecer como velas. Fende em dois cada um de nossos olhos. Tem-se criado mais medo do que qualquer outra coisa. Como força modeladora não perde para a própria Natureza".

O sentimento do medo, além de ser um combustível das revoluções, é também o alimento ideológico das campanhas que não raro se dirigem contra pessoas inocentes e indefesas. Ruy Barbosa ilustra muito bem o pensamento de Michaud, ao lembrar que a França tinha medo da Convenção; a Convenção temia as comissões de salvação pública e de segurança, bem como a Comuna, o tribunal revolucionário, os cafés, os clubes, as galerias, os patriotas, as megeras da carniça revolucionária e os chefes dos partidos.[29] Mas, apesar de tudo isso, vale — ainda e muito — a advertência de Alexandre Herculano (1810-1877): "*O medo é o pior dos conselheiros*".[30]

Afinal, como nos revela a imensa sabedoria de Fernando Pessoa: "Viver não é preciso; navegar é preciso".

(26) *Henrique VI*, Primeira Parte, Ato V.

(27) Autor, entre outras obras, da *Collection de mémoires pour servir à l'histoire de France* (1836-1844), Ed. Poujoulat.

(28) Cit. por Ruy Barbosa, *Campanhas jornalísticas — República* (1899-1918), 3.º vol. Casa de Rui Barbosa, 1957, p. 62.

(29) *Campanhas jornalísticas*, cit., p. 62.

(30) *Apontamentos para a História dos Bens da Coroa e dos Forais*, VI.