REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

ano 4 - n. 13 - janeiro-março - 1996

13

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

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Novo endereço:
Rua XI de Agosto, 52, 2.° andar, Centro.
CEP 01018-010 - São Paulo, SP — Tels.: (011) 605-6482, 607-6743, Fax.: 605-4607

Composição no biênio 95/96 — **Presidente**: Alberto Zacharias Toron; **1.° Vice-Presidente:** Luiz Carlos Betanho; **2.° Vice-Presidente:** Sérgio Salomão Shecaira; **1.° Secretário**: Alberto de Oliveira Andrade Neto; **2.° Secretário:** Tatiana Viggiani Bicudo; **3.° Secretário:** Roberto Podval; **Tesoureiro**: Marcos Roberto Alexander; **Tesoureiro Adjunto**: Hélios Alejandro Nogués Moyano.

Trimestral — ANO 4. número 13 JAN.-MAR/96

Diretor: Carlos Vico Mañas.

Conselho Diretivo: Adauto Alonso Silvinho Suannes; Alvaro Busana; Antonio Magalhães Gomes Filho; Belisário Santos Júnior; David Teixeira de Azevedo; Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr.; Fauzi Hassan Choukr; Geraldo Faria Lemos Pinheiro; Luciano Ferreira Leite Pinto; Márcio Orlando Bártoli; Maurício Zanoide de Moraes; Maurides de Melo Ribeiro; Messias José Lourenço; Ranulfo de Melo Freire; Roberto Delmanto Júnior; Roberto Maurício Genofre; Rui Stoco; Sérgio Mazina Martins; Sérgio Salomão Shecaira; Tatiana Viggiani Bicudo.

Secretário Geral: Messias José Lourenço.

Diretores convocados: Alberto Silva Franco; José Henrique Pierangelli; Luiz Flávio Gomes; Luiz Regis Prado; Maria Tereza de Assis Moura; Miguel Reale Júnior.

Diretoria Adjunta: Alvino Augusto de Sá, Antonio Carlos de Castro Machado, Antonio Carlos Franco, Antonio Celso Aguillar Cortez, Angélica de Maria Mello de Almeida, Berenice Maria Gianella, Edson Torihara, Eliana Passarelli, Hélio Narvaez, José Carlos de Oliveira Robaldo, José Silva Junior, Laís Helena Domingues de Castro Pachi, Lufza Nagib Eluf, Luiz Antonio Marrey, Luiz Fernando Vaggioni, Luiz Flavio Borges D'Urso, Leonidas Ribeiro Scholz, Marco Antonio Rodrigues Nahun, Maria Lucia R. C. Pizzotti Mendes, Mario de Oliveira Filho, Oswaldo Henrique Duek Marques, Pedro Ricardo Gagliardi, Roberto Barioni, Sergio de Oliveira Medici, Silvia Helena Furtado, Sylvia Helena Steiner Malheiros, Sonia Rao, Tabajara Novazzi Pinto.

Colaboradores permanentes: *Nacionais* — Ada Pellegrini Grinover, Adriano Marrey, Ana Lúcia Sabatel, Antonio Carlos Barandier, Antonio Carlos Penteado de Moraes, Antonio Luiz Chaves Camargo, Antonio Nabor Areias Bulhões, Antonio Scarance Fernandes, Ariosvaldo de Campos Pires, Celso Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Damásio Evangelista de Jesus, Dante Busana, Dirceu de Mello, Edmeu Carmesini, Edmundo de Oliveira, Ercilio Cruz Sampaio, Ester Kosowsky, Evandro Lins e Silva, Evaristo de Moraes Filho, Fernando da Costa Tourinho Filho, Francisco de Assis Toledo, Geraldo Faria Lemos Pinheiro, Geraldo Batista de Siqueira, Gilberto Passos de Freitas, Hermes Vilchez Guerrero, Herminio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, James Tubenchlak, João José Caldeira Bastos, João Marcello de Araujo Junior, João Mestieri, José Adriano Marrey Neto, José Carlos Dias, José Renato Nalini, Juarez Tavares, Julio Fabbrini Mirabete, Leonardo Isaac Yarochelvsky, Licinio Leal Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro, Maria Lucia Karan, Mauricio Kuehne, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Norma Kiriakos, Odone Sanguiné, Paulo Costa Manso, Paulo Lucio Nogueira, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sebastião da Silva Pinto, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Sidnei Agostinho Beneti, Vicente Greco Filho, Volney Corrêa Leite de Moraes Jr., Weber Martins Batista. • *Estrangeiros* — Antonio Garcia Pablos de Molina, Benigno Rojas Via, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzalez Zorrilla, Carlos M.ª Romeo Casabona, Edmundo Hendler, Elio Morselli, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Santa Cecília Garcia, Jorge de Figueiredo Dias, Jose Cerezo Mir, Juan Bustos Ramírez, Luiz Fernando Niño, Manuel de Rivacoba Y Rivacoba, Ma. Paz Arenas Rodrigañez, Milton Cairoli Martinez, Norberto Spolansky, Pilar Gomez Pavon, Raul Cervini, Roberto Bergalli. • *Representante na Espanha* — William Terra de Oliveira. *Representante na França* — Luiz Regis Prado.

Entidade Colaboradora: Instituto Manoel Pedro Pimentel.

Reserva de todos os direitos de acordo com a lei.
As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 • Cx. Postal 678 • Tel (011) 31-15-2433
CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: 0800-11-2433

Impressão: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antônio Bardella, 280 • CEP 070220-20 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil — Março de 1996

APRESENTAÇÃO

O décimo terceiro volume de nossa Revista Brasileira de Ciências Criminais, que abre o quarto ano de sua existência, traz algumas novidades. O sucesso da publicação, que significou um marco na vida profissional de muitos operadores do direito na área penal, impôs o dever de aperfeiçoá-la para melhor atendimento à expectativa do leitor, que tem feito dela uma referência obrigatória.

Por isto, a revista cresceu e criou novas seções: Direito Penal Econômico, Direito de Trânsito, Criminologia e Medicina Legal, Polícia e Direito, Sociologia Jurídica e Meio Ambiente (esta ainda não preenchida neste número). A pretensão é publicar artigos de todas as seções nas revistas subseqüentes. A seção de Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores deixa de existir. Artigos sobre o tema quando houver, serão encartados na seção de Doutrina Nacional.

Num momento em que tantos projetos de reforma da lei penal são discutidos, nada melhor do que uma estimulante entrevista com o penalista português Jorge de Figueiredo Dias para abrir a revista. O ilustre professor de Coimbra, que esteve entre nós, recentemente, no Seminário Internacional de Direito Penal Econômico, fala, dentre outros assuntos, sobre a reforma da lei penal com sua experiência de reformador do Código Penal português. Faz a importante observação de que reformas pontuais em Códigos tão envelhecidos não são recomendáveis, devendo ser feita uma reforma global, abrangente. Afirma, mais, que o processo de defesa do Estado Democrático é dever de todos os operadores do direito.

Dentre outros importantes autores, Figueiredo Dias ainda colabora na seção Doutrina Internacional com artigo sobre o crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário português, escrito em co-autoria com Manuel da Costa Andrade. Além disso colaboram na edição outros consagrados juristas, como Antonio Beristain, Edmundo Hendler, Jesus Maria Silva Sánchez e Nicolás Rodrigues Garcia.

Na seção de Doutrina Nacional, além de importantes intervenções como a de Adhemar Ferreira Maciel, destacam-se três temas atualíssimos: a Lei 9.099/95, a questão do efeito vinculante de decisões dos tribunais superiores e a definição do crime de tortura.

Sobre a nova lei dos juizados especiais escreveram Cezar Roberto Bitencourt, Júlio Fabbrini Mirabete, Luiz Vicente Cernicchiaro e Lycurgo de Castro Santos. Os artigos por certo chamarão a atenção do leitor, já que a Lei 9.099/95 tem suscitado, nos primeiros dias de sua vigência, grande perplexidade. A compreensão exata de sua dimensão não pode ser feita sem uma mudança de mentalidade dos operadores jurídicos, sobretudo pelo abrandamento do princípio da obrigatoriedade da ação penal ao qual estava vinculado o promotor de justiça, pela presença mais marcante e ativa da vítima no processo e pelo novo papel atribuído ao juiz, de promover uma justiça consensuada. O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ciente de sua missão, em momentos como este, tem procurado organizar o debate de idéias, e já promoveu cursos de grande sucesso sobre a nova legislação.

A instituição das súmulas vinculantes é debatida pelo advogado Saulo Ramos e pelo ministro Evandro Lins e Silva, o primeiro a favor e o segundo contra a idéia.

A preocupação com o assunto, já então em pauta, havia merecido uma referência na apresentação do volume anterior da revista. Não se pode desejar, numa ótica democrática do exercício da jurisdição, tribunais superiores que retirem do juiz a liberdade no ato de decidir. A súmula, conceitualmente, é a resultante mais visível da síntese jurídica do processo dialético de que falava Roberto Lira Filho. Seu papel — como de resto de toda a jurisprudência — é reinserir-se neste processo, que faz do direito uma constante vir-a-ser, para receber o influxo de novas teses. Não se pode inverter autoritariamente tal dinâmica.

Sylvia Helena Steiner Malheiros discorreu sobre o crime de tortura em face do princípio da reserva legal, assunto que também merece toda a atenção, sobretudo quando o governo federal organiza um Plano Nacional de Direitos Humanos.

Exceto no que tange a fato praticado contra menores, não há entre nós um crime de tortura. E mesmo o tipo previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente tem sido apontado como inconstitucional, por falta de descrição exata da conduta incriminada. Nosso país é signatário da Convenção da ONU contra a Tortura (1984), que assegura a punição de tal ofensa. Também assumiu compromissos relativamente ao tema em virtude da Convenção em Cartagena (1985) e do Pacto de San José (1969). A Constituição da República, em seu artigo 5.º, XLIII, qualifica de inafiançável e insuscetível de graça ou anistia o crime de tortura. Mas até hoje não veio a tipificação adequada e tal falta tem até causado embaraços ao Brasil, no trato internacional: um absurdo a ser reparado logo por nossos legisladores.

Dentre artigos de consagrados autores, nas novas seções, destacam-se a interessante matéria assinada por Alvino Augusto de Sá no âmbito da Criminologia, e as presenças de Geraldo Pinheiro, especialista em direito de trânsito, e do sociólogo português Boaventura de Souza Santos, que faz uma "*cartografia simbólica do direito*" para abordar a questão do pluralismo jurídico e da interlegalidade entre as várias escalas daquele fenômeno.

René Ariel Dotti comparece, como já é tradição, com histórias antigas do Direito Criminal.

Há, também, um parecer importante: de Damásio E. de Jesus.

Das demais seções (jurisprudência, legislação, resenhas, noticiário e resumos) desincumbiram-se habituais colaboradores da revista: Adauto Suannes, Antonio Carlos da Gama Barandier, Ranulfo de Melo Freire, Roberto Delmanto Junior, Alberto Silva Franco, Luiz Carlos Betanho, Fauzi Hassan Choukr e Sérgio Salomão Shecaira.

Como se vê, a Revista Brasileira de Ciências Criminais inicia o quarto ano com muito fôlego.

Conselho Diretivo

SUMÁRIO

1. ENTREVISTA

Jorge de Figueiredo Dias 13

2. DOUTRINA INTERNACIONAL

Bioética y Nuevos "Deberes" — Derechos Humanos — ANTONIO BERISTAIN .. 21
Una Aproximacion al Tema de Los Delitos Economicos — EDMUNDO S. HENDLER .. 32
La Politica Criminal Ante El Hecho Penalmente Antijuridico Cometido por un Menor de Edad — JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ 38
O Crime de Fraude Fiscal no Novo Direito Penal Tributário Português (Considerações sobre a Factualidade Típica e o Concurso de Infracções) — JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE 54
A Justiça Penal e as Formas de Transação no Direito Norte-Americano: Repercussões — NICOLÁS RODRIGUES GARCIA 79

3. DOUTRINA NACIONAL

Aspectos Penais na Constituição — ADHEMAR FERREIRA MACIEL 93
Competência e Formalização dos Atos Processuais — Juizados Especiais Criminais — CEZAR ROBERTO BITENCOURT 98
A Questão do Efeito Vinculante — EVANDRO LINS E SILVA 110
A Representação e a Lei 9.099/95 — JÚLIO FABBRINI MIRABETE 115
Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 — Algumas observações — LUIZ VICENTE CERNICCHIARO 120
Culpabilidade e Pena na Lei n.º 9.099/95 — LYCURGO DE CASTRO SANTOS. 130
Imunidade Parlamentar — Alcance — ONIR DE CARVALHO PERES 144
Efeito Vinculante de Decisões dos Tribunais Superiores — SAULO RAMOS 148
O Princípio da Reserva Legal e o Crime de Tortura na Legislação Brasileira — SYLVIA HELENA STEINER MALHEIROS 163

4. DIREITO PENAL ECONÔMICO

O Espaço Jurídico-Criminal dos Tribunais de Contas — Brevíssimas Notas sobre o Crime do art. 89 da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 — JOÃO MARCELO DE ARAÚJO JR. 172
Crime Organizado e Crime Econômico — MIGUEL REALE JÚNIOR 182

5. DIREITO DE TRÂNSITO

Dolo Eventual, Culpa Consciente e Acidentes de Trânsito — ANDRÉ LUÍS CALLEGARI 191
Embriaguez ao Volante e Lesão Corporal — GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO 198

6. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

A Recuperação dos Sentenciados e a Questão do Exame Criminológico *versus* Parecer das Comissões Técnicas de Classificação — ALVINO AUGUSTO DE SÁ 203

Considerações Médico-Legais sobre Perdas Dentárias — JOÃO BOSCO PENNA, co-autoria com HILDA FERREIRA CARDOSO, MARA CRISTINA TRAMUJAS CALABREZ, MILTON SCAVAZZINI JR. e MARCOS DE ALMEIDA 218

7. POLICÍA E DIREITO

A Nova Polícia — ANTÔNIO CARLOS DE CASTRO MACHADO e CARLOS ALBERTO MARCHI DE QUEIROZ 236
Recognição Visuográfica do Local do Crime — MARCO ANTONIO DESGUALDO 242

8. SOCIOLOGIA JURÍDICA

Uma Cartografia Simbólica das Representações Sociais: Prolegómenos a uma concepção Pós-Moderna do Direito — BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS 253
Sobre Homens e Crimes — Construindo um diálogo tenso entre Marx, Durkeim e Foucault — FLÁVIA INÊS SCHILLING 278
Herança dos Herdeiros: os Filhos de Desaparecidos Políticos no Brasil — LUCI GATI PIETROCOLLA 286

9. PARECER

Medida Cautelar de Busca e Apreensão — DAMÁSIO E. DE JESUS 294

10. ANTIGUIDADES DE DIREITO CRIMINAL

História da Legislação Brasileira — II — RENÉ ARIEL DOTTI 301

11. JURISPRUDÊNCIA

11.1 Jurisprudência Comentada

A Inconstitucionalidade da Elevação da Pena pela Reincidência e a Inaceitabilidade do Reconhecimento Fotográfico — ADAUTO SUANNES 318
Licença para Viajar. Desnecessidade. Liberdade Ambulatória — ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER 325
Réu Preso no Curso do Processo. Cumpre a Ele a Comunicação ao Juiz? — RANULFO DE MELO FREIRE 328

11.2 Jurisprudência Recente

Aplicação Retroativa de Lei Benéfica Inconstitucional — Rel. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO 337
Necessidade de Fixação de Prazo para Encerramento do Processo — Rel. MÁRCIO BÁRTOLI 340
Crime Contra a Honra de Funcionário Público — Legitimação Concorrente — Rel. SEPÚLVEDA PERTENCE 342

11.3 Ementário de Jurisprudência — ROBERTO DELMANTO JÚNIOR 355

11.4 Jurisprudência Organizada — *Habeas Corpus* — Atualização — ALBERTO SILVA FRANCO E LUIZ CARLOS BETANHO 373

12. LEGISLAÇÃO

Lei 9.113, 16.10.95 403
Lei 9.127, 16.11.95 404

13. RESENHAS

Provas Ilícitas — Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas (Luiz Francisco Torquato Avoglio) — FAUZI HASSAN CHOUKR 405
Medos. Mitos e Castigos. Notas sobre a Pena de Morte (Alípio de Sousa Filho) — SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA 406

14. NOTICIÁRIO

Perfil do Sistema Carcerário do Estado de São Paulo 409

15. RESUMOS — FAUZI HASSAN CHOUKR 413

16. ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 415

CURRICULUM DOS COLABORADORES

ADAUTO ALONSO SUANNES

Advogado e Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

ALBERTO SILVA FRANCO

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

Professor Doutor do Departamento de Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Psicólogo da Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado de São Paulo. Diretor da Clínica Psicológica da Universidade de Guarulhos. Membro do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Advogado. Professor de Direito Penal na Universidade do Vale do Rio dos Sinos — Unisinos — RS

ANTONIO BERISTAIN

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

ANTONIO DE CARLOS CASTRO MACHADO

Delegado Geral de Polícia do Estado de São Paulo

ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER

Advogado no Rio de Janeiro

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Professor da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e Centro de Estudos Sociais

CARLOS ALBERTO MARCHI DE QUEIROZ

Delegado de Polícia em São Paulo

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

Doutor em Direito Penal. Coordenador Professor do Pós-Graduação em Ciências na PUC-RS. Procurador de Justiça

DAMÁSIO E. DE JESUS

Procurador de Justiça Aposentado. Professor de Direito Penal

EDMUNDO S. HENDLER

Professor de Direito Penal da Universidade de Buenos Aires

EVANDRO LINS E SILVA

Advogado. Ministro Aposentado do Supremo Tribunal Federal

FAUZI HASSAN CHOUKR

Promotor de Justiça. Professor de Direito Penal.

FLÁVIA INÊS SCHILLING

Mestre da Faculdade de Educação/UNICAMP. Doutorando do Departamento de Sociologia/ FFLCH — USP

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo

HILDA FERREIRA CARDOSO

Professora, Doutora de Odontologia Legal da Faculdade de Odontologia da Universidade de São Paulo

JOÃO BOSCO PENNA

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

JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JR.

Professor Titular de Direito Penal da UERJ. Procurador de Justiça no Rio de Janeiro.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Direito Penal da Universidad Pompeu Fabra, "Barcelona" (España)

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

JÚLIO FABBRINI MIRABETE

Advogado em São Paulo. Procurador de Justiça Aposentado

LUCI GATI PIETROCOLA

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

LUIZ CARLOS BETANHO

Juiz aposentado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor na Universidade de Brasília

LYCURGO DE CASTRO SANTOS

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

MANUEL DA COSTA ANDRADE

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

MARA CRISTINA TRAMUJAS CALABREZ

Pós-Graduanda em Medicina Legal — Doutoramento pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo

MARCO ANTONIO DESGUALDO

Delegado de Polícia. Diretor do Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa

MARCOS DE ALMEIDA

Professor Titular de Medicina Legal da Escola Paulista de Medicina de São Paulo

MIGUEL REALE JUNIOR

Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

MILTON SCAVAZZINI JUNIOR

Advogado. Pós-Graduando em Direito Penal. Mestrado pela Faculdade de Direito da UNESP — Franca-SP

NICOLÁS RODRIGUES GARCIA

Professor de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca

ONIR DE CARVALHO PERES

Advogado no Estado do Rio de Janeiro

RANULFO DE MELO FREIRE

Advogado. Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo

RENÉ ARIEL DOTTI

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

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

Advogado em São Paulo e Mestrando em Processo Penal pela Faculdade de Direito da USP

SAULO RAMOS

Advogado em São Paulo. Ex-Consultor Geral da República e Ex-Ministro da Justiça

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Advogado e Professor da UNESP — Franca

SYLVIA HELENA STEINER MALHEIROS

Juíza do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região

1. ENTREVISTA

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

O Professor Jorge de Figueiredo Dias é, na atualidade, o mais significativo representante da cultura penal portuguesa. Professor Catedrático de Direito Penal da tradicional Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra é autor de inúmeros livros e estudos que abordam não apenas a Dogmática Penal, mas também a Criminologia, a Política Criminal e o Processo Penal. Entre as obras editadas, merecem especial destaque: "O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal", "Liberdade, Culpa e Direito Penal", "As Conseqüências Jurídicas do Crime", "Direito Processual Penal" e, em co-autoria com o Prof. Costa Andrade, "Criminologia". Inúmeros ainda são os artigos de sua autoria publicados em revistas especializadas. O Prof. Jorge de Figueiredo Dias teve atuante participação na elaboração do Código Penal Português, de 1982 e presidiu a Comissão de Revisão desse Código, dando origem ao Código Penal revisto, publicado em 15 de março de 1995 e que entrou em vigor em 1.º de outubro de 1995. O Professor Jorge de Figueiredo Dias é ainda Diretor da Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Vindo ao Brasil, em setembro de 1995, para participar do "Seminário Internacional de Direito Penal Econômico", concedeu à "Revista Brasileira de Ciências Criminais", a seguinte entrevista:

IBCCrim: O Direito Penal é considerado um direito da liberdade, pois em face do princípio da legalidade, tudo o que não é proibido é permitido. No Brasil, nota-se uma certa reação contra isso por parte de muitos Juízes. Como vê o sr. esta tendência de o juiz, em matéria penal, ir além da lei, além do princípio da tipicidade, da legalidade estrita em nome de um clamor social, como se faz no Brasil, por vezes?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Tudo aquilo que eu disser não tem em vista a situação brasileira, mas é aquilo que eu, como teorizador do Direito Penal, por um lado, e como pessoa, com bastante experiência em matéria de revisão e reforma de lei penal, penso. Quero dizer o seguinte: continuo a acreditar firmemente que um Código Penal é antes de tudo um código de liberdade, não é um código de repressão, e justamente a sua primeira função é a de defender, preservar, manter os valores essenciais de uma comunidade, e se a comunidade é uma comunidade democraticamente estruturada, então esses valores são os valores da liberdade. Creio que essa tendência, que não é rara hoje, infelizmente — pelo contrário, é bastante comum — vem de uma errônea, salvo o devido respeito por outra opinião, de uma errônea concepção de qual seja a função do Direito Penal. Nós costumamos dizer que a função do Direito Penal é uma função exclusiva de proteção de bens jurídicos. O que isso quer dizer? Quer dizer que a função do Direito Penal e, por conseguinte, a sua legitimação democrática só existe na medida em que ele defende os valores essenciais a uma vida comunitária. Visto pela negativa, o Direito Penal não é, como hoje em tantas partes está a ser, um instrumento do governo da sociedade. Para isso há outras formas, há outros ordenamentos.

O Direito Penal é completamente inadequado a essa função e a esse fim. O Direito Penal é um direito de proteção da vida, do patrimônio, da honra, enfim, dos valores essenciais à comunidade.

IBCCrim: O juiz criminal surgiu para impor um limite ao poder absoluto do Estado. A "Operação Mãos Limpas" que na verdade não foi desfechada por juízes, mas por magistrados, termo que abrange tanto o julgador quanto o investigador, tem sido utilizado no Brasil para justificar uma atuação do juiz em favor da sociedade. Como lhe parece, — mais uma vez eu digo — não operando apenas no Brasil, mas no mundo inteiro, a tendência de um juiz, enquanto cidadão, enquanto membro até de uma burguesia, colocar-se a serviço da sociedade e não a serviço das garantias de um devido processo legal? Parece-lhe que essa tendência também é universal?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: É, infelizmente. E agora posso falar mais à vontade porque aquilo que vou dizer, nomeadamente sobre a situação italiana, já tive ocasião de dizer na própria Itália para juízes e magistrados. Eu creio que a "Operação Mãos Limpas" deu um estatuto de alta dignidade ao juiz — e isso até me congratula — obviamente por se verificar que seria o único corpo do Estado que poderia eficazmente levar a cabo uma luta contra a corrupção, mas ela teve um efeito perverso. E esse efeito perverso já se verificou. E eu atrever-me-ia a dizer que essa situação na Itália já se inverteu e esse conhecimento razoável que tenho, na Itália, vem de conversas inúmeras e longas que tenho tido com magistrados italianos. Por quê? Porque justamente na medida em que a magistratura italiana — digamos como que inebriada pelo aplauso justo que estava a ter da parte da comunidade pela sua ação — caiu no pecado de uma certa corporativização, isto é, começou também — podemos dizer assim de uma forma mais feia — olhar demasiado para seu umbigo, começou a usar o auto-governo, — que eu acho que é um bom instrumento — para dentro de si mesma e nessa medida perdeu legitimação democrática porque a verdade é essa: a magistratura, na medida em que a magistratura for um poder do Estado, ela tem que ser democraticamente legitimada. A legitimação democrática só pode vir direta ou indiretamente de um órgão eleito pelo povo. O que eu quero dizer e qual é a forma como eu vejo as coisas: eu concordo com o auto-governo; eu concordo com a existência de um Conselho Superior da Magistratura. O que nunca poderei concordar é com um Conselho Superior da Magistratura formado por juízes eleitos por eles próprios. Não pode ser. Um Conselho Superior da Magistratura deve auto governar-se, deve governar a magistratura, mas tem que ter um momento inicial de legitimação que só pode provir evidentemente do Parlamento.

IBCCrim: Isso se aplica também ao regime presidencialista como o brasileiro, por exemplo, ou o seu raciocínio leva em conta o parlamentarismo?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Não. Ainda bem que falou nisso. Quando eu falo do Parlamento, posso e quero dizer, com igual legitimidade de qualquer órgão que tenha uma legitimação democrática direta. Mesmo em Portugal, não me choca nada, por exemplo, que o Conselho Superior da Magistratura seja, em parte, constituído por membros eleitos pelo Parlamento, noutra parte, por membros escolhidos pelo Presidente da República. Em Portugal, também o Presidente da República é escolhido diretamente pelo voto popular. Portanto, onde exista um Presidente da República,

um Chefe de Estado, eleito por voto popular compreendo perfeitamente que também ele tenha o direito e a legitimação democrática para indicar membros constituintes do Conselho Superior da Magistratura. E até teria reparos a fazer ao próprio Executivo, porque também o Executivo nos regimes democráticos é um órgão que repousa na vontade popular simplesmente e há risco da governamentalização. A governamentalização é um risco terrível e ainda não foi há tanto tempo que acabou a idéia de o Judiciário estar de alguma forma submetido ao Executivo, aquilo que nós chamamos de "justiça de gabinete", e, portanto, eu julgo que neste momento é mais prudente que a legitimação provenha do parlamento e eventualmente também do Presidente da República quando ele seja eleito democraticamente e de forma direta.

IBCCrim: O senhor tem uma atuação tanto como professor de Direito Penal como de Direito Processual Penal. O tema do devido a processo legal é um dos temas que sensibiliza muito. O senhor conhece evidentemente a prisão preventiva que não é privilégio do Brasil, mas temos, no Brasil, hoje, a chamada "prisão temporária", onde a autoridade policial não precisa justificar o pedido de prisão que faz nem com a existência de um crime e nem com indícios de autoria. Isso parece brincadeira a quem não conhece, mas é exatamente isso, até porque se houvesse elementos a respeito do crime, indícios de autoria, ela requereria prisão preventiva. Por mais que nós tenhamos tentado demonstrar a inconstitucionalidade disto, essa prisão continua a existir e agora uma lei recente está ampliando esse prazo de 5 dias, já para 15, já para 30 dias. A seu ver isso representa um sintoma do quê? Porque parece que isso denota um sintoma, uma ideologia. Como nós podemos analisar isso? Admitir-se que a polícia, com o aval de um juiz, prenda alguém num processo absolutamente kafkaniano: ele é preso e muitas vezes vai saber depois de preso do que o acusam. Como lhe parece isso?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Mais uma vez não quero julgar a situação brasileira, mas conheço os princípios pelos quais me bato e nos quais tenho uma grande confiança. Eu entendo que a prisão preventiva é um instituto meramente cautelar. Prisão preventiva não pode ser para punir antecipadamente um crime ou qualquer crime que ainda não foi julgado nem pode ser uma forma de permitir a investigação. Eu acho que se deve investigar e depois prender, e não prender para investigar. Claro, isto quanto à prisão preventiva e, portanto, a partir do meu ponto de vista, a solução só pode ser uma: uma autêntica prisão preventiva só pode ser imposta por um juiz e que, em princípio, até não deve ser o juiz ao qual virá a caber o julgamento do caso. Deve ser um outro juiz. Agora, há uma coisa diferente, há a mera detenção, mas a detenção, esse ato material de pegar na pessoa a fim de lhe furtar a liberdade, a detenção deve ser um ato que deve servir exclusivamente, do meu ponto de vista, à possibilidade de condução de qualquer pessoa perante um juiz. E aí deve pura e simplesmente terminar e para isso não são precisos cinco dias, provavelmente nem cinco horas. Enfim reconheço que algumas Constituições admitem essa situação até o máximo de quarenta e oito horas. Eu acho que isso é o máximo dos máximos, mas verdadeiramente essas quarenta e oito horas devem ser esgotadas quanto antes, por qualquer motivo, porque é um fim de semana, ou porque está muito longe de qualquer juiz, não é possível apresentar um pedido a um juiz. Só e exclusivamente para isso é que eu suponho que

o instituto da detenção se possa legitimar democraticamente.

IBCCrim: No Brasil, como é de seu conhecimento, o Ministério Público é considerado não apenas o órgão acusador do Estado, mas o "custos legis", ou seja, o zelador da regularidade do processo, do devido processo legal. Nós tivemos, por exemplo, um processualista penal extraordinário, o prof. Edgar Magalhães Noronha, que foi membro do Ministério Público e escreveu inclusive nesse sentido. Mas notamos de um tempo a esta parte que boa parte da instituição, talvez até por questão ideológica, se coloca, mesmo quando atua em segundo grau, como o segundo acusador, passando ao largo, não poucas vezes, de deformações do processo que examinam, de nulidades processuais, de distorções na instrução, etc. Esse fenômeno é só brasileiro ou lhe parece que é mundial?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Tanto quanto sei, nem uma coisa, nem outra. Não é seguramente só brasileiro: há outros países em que a função do Ministério Público é essa função. Para mim confesso, — talvez o defeito seja meu — é uma função pouco definida de defender a legalidade democrática. Eu acho que defender a legalidade democrática é obrigação de toda e qualquer pessoa e não obrigação estrita que possa formar o núcleo das competências de um órgão. Por outro lado, entendo que a função do Ministério Público no processo criminal é uma função insubstituível e absolutamente indispensável. Só que eu concebo e só concebo um Ministério Público com algumas características que me parecem absolutamente essenciais. Primeiro. deve ser constituído exclusivamente por magistrados, magistrados do Ministério Público, não magistrados judiciais; segundo, deve ser uma magistratura não independente, — independente é só o juiz — mas deve ser uma magistratura autônoma, isto é, uma magistratura que não dependa rigorosamente nada do Executivo. Só não é independente porque deve ser uma magistratura hierarquicamente estruturada e neste sentido continua a ter valor a velha fala francesa "Le Ministère Public est un et indivisible", é uno e indivisível; terceiro, o Ministério Público deve ser uma entidade que deve atuar no processo penal subordinada estritamente ao princípio da legalidade e da objetividade. Da legalidade, é óbvio, não vou falar sobre isso. Por objetividade, eu quero dizer um Ministério Público como se costuma dizer que faz a instrução, a "charge" e a "decharge". que não é por conseguinte um acusador, que pode perfeitamente, ele próprio, pedir a absolvição do argüido e que deve então recolher todas as provas quer sejam favoráveis, quer sejam desfavoráveis. Um Ministério Público concebido desta forma é um poder indispensável, como no caso português em que efetivamente o Ministério Público é neste momento uma Magistratura altissimamente prestigiada, a ponto de eu poder dizer tranqüilamente que o Procurador Geral da República é, sem dúvida nenhuma, hoje, uma das entidades, se não for a entidade mais consensual, de toda vida pública portuguesa.

IBCCrim: Agora, passemos à Advocacia. Há um comentário muito ouvido no sentido de que as pessoas economicamente poderosas não são condenadas porque contratam bons advogados e esses conseguem, através de expedientes até mesmo permitidos pela lei, retardar, ou, pelo menos, criar fatos de tal modo no processo que o juiz acaba sem ter como condenar. Portanto, o advogado sob esta ótica seria instrumento de uma injustiça porque o pobre, que não tem condições de pagar um bom advo-

gado, vai parar na cadeia, enquanto que os grandes criminosos contam com bons advogados que os protegem e enfim, cumprem aquilo que a nossa Constituição chama de "defesa ampla". Parece-lhe que esta crítica é justa em relação aos advogados? Quer dizer, o advogado tem a obrigação de colaborar para a justiça no campo penal ou ele está apenas comprometido com a liberdade do seu cliente?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: A questão para mim é a seguinte: o advogado é um órgão de administração da justiça penal, e nesta medida a sua função é exatamente posta ao mesmo nível da função do juiz ou do Ministério Público. Só que tem uma especialidade e nunca pode esquecer esta especialidade: é um órgão da justiça penal cuja função é atuar em favor do seu constituinte. O que daqui decorre é que o advogado não deve ser, não pode ser um órgão público, não pode ser um órgão do Estado. Enfim, os resultados desastrosos do que foi a advocacia nos países, por exemplo, de regime socialista ou nos chamados regimes comunistas mostram bem que isso é uma posição insustentável. Mas também tenho a idéia de que o advogado, e nomeadamente, o advogado penal, não é um mero representante dos interesses do seu cliente e, por conseguinte, a atuação do advogado dito desta forma obviamente paradigmática que se impõe, o advogado tem de atuar em favor do cliente, mas só segundo aquilo que ao advogado parece ser de direito. Se o cliente insiste em que o advogado tome qualquer atitude que em consciência o advogado considere não ser direito, o advogado só tem uma saída: é abandonar o cliente, é recusar o patrocínio. Claro, há bons advogados e há maus advogados, como há bons professores e maus professores, como há bons juízes e maus juízes e todos nós temos pena, efetivamente, que nem todos possam pagar, se quiserem os melhores, mas essa não é uma questão de advocacia, essa é uma questão da própria estruturação da sociedade. Eu também gostaria bem mais que não houvesse pobres. Não sei se isso é inevitável ou se nós temos como corrigir isso.

IBCCrim: Nós sabemos, nós vemos, nós lemos que o juiz como ser humano que é, tende a interpretar as leis sob a ótica daquele estamento social com o qual está comprometido, o velho "esprit de corps". Não lhe parece que a tendência de juízes é muitas vezes interpretar algumas leis, como as leis fiscais, "pro domo sua", se eu puder usar essa expressão ou quase isto, no sentido de preparar uma jurisprudência que amanhã ou depois o beneficie ou beneficie seus familiares, seus amigos. Esta observação é muito cáustica ou lhe parece que há uma experiência em torno disto?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Só posso responder reportando uma experiência portuguesa e a experiência portuguesa neste momento não é nada essa. Eu diria que se há algum risco, é de o juiz nesta matéria como em outras que tem que ver direta ou indiretamente com o fenômeno geral da corrupção, ter tendência para aqui e ali esquecer por vezes o princípio da legalidade e o princípio da defesa dos direitos e das liberdades. Quer dizer, não julgo que o juiz seja demasiadamente ou pouco repressivo, ou evite aplicar a lei em toda sua extensão, relativamente ao contribuinte faltoso. Esta, repito, é a experiência portuguesa dos últimos anos.

IBCCrim: Aponta-se que o grande drama dos tempos atuais, a grande crise mundial, é uma crise basicamente ética e ninguém mais do que o próprio Estado para desconsiderar os princípios éticos elementares, para não falar dos agentes

do Estado. Na medida que o juiz torna-se um cumpridor rigoroso das leis, zelando portanto pela imposição dos padrões éticos, sabendo nós todos o que seja a cifra negra, aquele número minúsculo de pessoas que chegam às barras dos tribunais, é justa a afirmação de que quanto mais juiz for o juiz mais injusto ele será, na medida em que ele será instrumento dessa separação entre aquela minoria quase insignificante que é processada, que é levada aos tribunais, que é investigada e a grande maioria daqueles que contravêm às leis sistematicamente e não são punidos? Parece-lhe que essa crítica, que já foi feita por um autor, é procedente, ou é uma crítica pessimista demais?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Eu creio que essa idéia da justiça de classe hoje perdeu bastante da sua incidência. O que sucede é uma outra coisa. Eu julgo que naqueles crimes onde existem realmente cifras negras brutais, são em regra geral atividades que por ventura devem ser descriminalizadas e a ação do Direito Penal deve ser substituída por meios não penais. Só que aí, é verdade, o Estado tem tendência de introduzir meios penais. É mais fácil, descansa mais as consciências, tem provavelmente mais votos, é mais barato, e tem todas as "vantagens": só que tem a desvantagem da injustiça. Onde realmente haja cifras negras brutais, isso é sinal indiscutível de uma aplicação injusta da lei: casos como os do aborto, onde em todos os países o aborto é punido, mas se fala em centena de milhares, ou de milhões de abortos que pela lei penal não são punidos; casos como o da droga, pelo menos a nível de consumo, obviamente, em que de qualquer forma as cifras de condenados sobem astronomicamente e todavia a criminologia ensina que não são punidos nem sequer uma ínfima décima de percentagem dos que realmente cometem esse crime. Todos os chamados, na criminologia, crimes sem vítima, crimes que são fabricados pelo Estado, fabricados pela lei penal e por conseguinte devem ser despenalizados e o Estado deve ter a coragem de assumir relativamente a eles medidas de educação, medidas de condicionamento, medidas de esclarecimento e medidas em suma de política-social, mas não política penal.

IBCCrim: O governo brasileiro adotou como política fazer uma reforma chamada pontual do Código Penal. Por quê? Porque o envio de um projeto implicaria numa discussão demorada por toda a sociedade, um trâmite mais moroso. Isso levaria anos, como já levou anteriormente e a tal reforma pontual é discutida, aprovada, a toque de caixa, e com modificações em certos trechos hoje, e em outro trecho, amanhã. Com a sua experiência como responsável pela modificação da legislação penal portuguesa, poderia fazer uma comparação entre esses dois sistemas, uma reforma global e a chamada reforma pontual. Onde o conveniente e o inconveniente de cada uma dessas duas opções possíveis?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Como diz o Eclesiastes, há um tempo para cada coisa, e cada coisa passa debaixo dos céus no tempo que lhe é prescrito. Eu diria que há tempo para codificar e há tempo para descodificar e isto não é uma forma mais ou menos hábil de iludir a pergunta. Quando um país chega a um estado, — não vou dizer se esse é o estado do Brasil ou não, não sei — , em que tem um Código já velho, ou que se tornou velho, desatualizado e que já não tem sintonia com as condições de vida da sociedade, então o dever é de uma reforma global do direito penal e do processo penal, por mais que isso custe politicamente. Nós tivemos em

Portugal essa experiência relativamente ao Código Penal. Em 1982, tínhamos um Código Penal que tinha 130 anos, estava completamente desatualizado, havia obviamente as tais reformas pontuais que se multiplicavam, que se atrapalhavam umas às outras, que se contradiziam. E isso foi pior relativamente ao processo penal já que, como sabem, o processo penal. é uma sensitiva da Constituição Democrática do Estado ou mesmo não democrática. Por conseguinte, com as alterações do sistema político que houve em Portugal, cada uma tinha o seu próprio processo penal e depois da Revolução de 1974, a situação só piorou obviamente, e portanto era um *mare magnum* que era impossível alguém entender. Isso é uma situação terrível porque quem sofre com esta situação são os direitos, as liberdades e as garantias das pessoas. Aí só há uma solução por mais que ela custe: é fazer um novo Código Penal, é fazer um novo Código de Processo Penal. Outra coisa é o que fazer depois desses códigos feitos. Então a experiência mostra que importa alterar aqui, importa alterar lá. Este é o tempo — digamos assim —, da modificação pontual, da pequena reforma, da reforma que deve ser — é minha idéia — até uma reforma constante. Se fosse político mas não sou, uma vez aprovado um novo Código Penal e um novo Código de Processo Penal, eu constituiria uma comissão permanente de reforma penal que iria avaliando as reformas que fossem feitas e estudando aprofundadamente, sem pressa, quais as pequenas alterações que deveriam ser introduzidas. Esta coisa que nós temos, em muitos Estados, de uma política criminal que eu chamo "à flor da pele", é uma coisa desastrosa para os direitos, liberdades e garantias. Agora, sei que essa é a situação brasileira; não posso dizer que não estou a referir ao Brasil: estou a referir ao Brasil como estou a referir a outros países. Eu julgo que o Brasil conta com uma dificuldade suplementar: não acredito na feitura de um novo Código Penal ou de um novo Código de Processo Penal feito no Parlamento. A experiência está aí para mostrar: nos países mais democráticos, parlamentares, como no caso da Itália, como no caso da Alemanha, conseguiram novos Códigos Penais, novos Códigos de Processo Penal, através do sistema da "legge delega" da lei de delegação em que, naturalmente com um texto cerrado, o Parlamento diz ao governo: eu autorizo que se publique um novo Código Penal subordinado a esta, àquela e àquela regra, às vezes mais a princípios do que artigos de um Código Penal. Isso sim. Agora, francamente, uma lei que é uma lei extremamente difícil de preparar, feita pelos partidos, em discussão num Parlamento, é uma coisa que eu julgo uma tarefa impossível.

IBCCrim: Sobre a ideologia do "politicamente correto" onde, por exemplo, o negro não é mais chamado de negro, onde o anão não é mais chamado de anão, está se substituindo o nome daquilo que sempre assim se denominou — às vezes, até com alguma dose de razão — por força de um policialismo, quase um macartismo. O galanteio, que é tão próprio do brasileiro, próprio do português, o piropo, que é típico do espanhol, hoje correm o risco de ser no Brasil considerado crime hediondo. Como lhe parece esta preocupação de colocar em caminhos estreitos a conduta das pessoas o seu interrelacionamento, chegando a policiar-se a linguagem que se usa? O que lhe parece isso?

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Numa resposta anterior eu respondi a isso. O politicamente correto não é seguramente um bem jurídico que deva ser protegido pela lei penal. E isso a que me refere o que é afinal senão aquilo que

eu acaso chamei de tentação dos governos de fazerem do direito penal instrumento de governo da sociedade? Que governem de outra maneira, que governem por outras vias e deixem em paz a lei penal para punir severamente, se disso for o caso, os atentados insuportáveis às condições de vida de uma sociedade. A minha idéia é esta. Também posso dizer que o Direito Penal, mesmo nos países onde por ventura as condições exijam ainda um largo desenvolvimento das condições de vida, não tem uma função de promover valores. Promover valores é função da educação, do ensino, da informação, dos conhecimentos, não é função do Direito Penal. A função do Direito Penal, é exclusivamente uma função de proteção, na verdade, dos valores fundamentais de uma comunidade.

IBCCrim: Suas observações finais, professor.

Dr. Jorge de Figueiredo Dias: Se alguma coisa eu quisesse dizer ou acrescentar ao que foi dito reportaria aquilo que foi sempre a minha função, e a única cosia a que me senti vocacionado: a minha função de professor universitário. Eu julgo que o Brasil - tenho certeza — tem condições ímpares para um desenvolvimento relacionado à ciência, no caso a Ciência do Direito Penal. Para isso eu gostaria, e espero que ainda possa ver, o Brasil completamente inserido nos foros internacionais de discussão, onde se faz realmente o avanço da Ciência do Direito Penal. Creio que isso é bom para os penalistas, creio que isso é bom para os universitários, creio que isso é bom, em definitivo, para o próprio Brasil e até para seus governantes. Será uma ação politicamente correta o governo brasileiro acreditar nos seus intelectuais, nos seus cientistas, nos seus universitários e promover aceleradamente, — repito —, essa inserção do Brasil no contexto das grandes associações e das grandes discussões científicas e universitárias internacionais.

2. DOUTRINA INTERNACIONAL

BIOÉTICA Y NUEVOS "DEBERES" — DERECHOS HUMANOS

ANTONIO BERISTAIN

1 — Ética no dual. 2 — La Bioética salvará la Ética y los Derechos Humanos. 3 — Los nuevos derechos son deberes-derechos. 4 — Deber-derecho de una visión nueva. 5 — Deber-derecho de seguir investigando. 6 — Deberes-derechos en el nuevo orden económico mundial. 7 — Apostilla: el deber del optimismo.

1. Ética no dual

"Toda acción humana tiene carácter moral, sea perfectivo (moralidad *solito sensu*) o defectivo (inmoralidad) su modo de tenerlo; ninguna es amoral. Tanto menos, si el término de la acción es la vida de otro hombre o la vida propia. *Res sacra homo*, decían los romanos".

Pedro Lain Entralgo.[1]

El presente texto es una transcripción, con leves correcciones de estilo, de la comunicación expuesta el 4 de junio de 1993, en la Universidad Carlos III (Getafe, Madrid), dentro del "Seminario Internacional sobre problemas actuales de los Derechos fundamentales", organizado por Prof. Dr. Eusebio Fernández, Director del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, de dicha Universidad Carlos III.

Durante la exposición se proyectaron y comentaron imágenes de obras de eminentes artistas, a los que se hace referencia en el texto: Chillida, Dalí, Rodin y Tàpies, porque también el arte favorece la comprensión de los asuntos y los derechos humanos.[2]

Permítanme dedicar esta comunicación a la Fundación Banco Bilbao Vizcaya (BBV), por múltiples motivos. Ante todo, como muestra de agradecimiento por sus preocupaciones en favor de una ética a la altura del tercer milenio. Para confirmarlo, podemos leer las primeras líneas de la "Declaración de Bilbao", fechada hace pocos días, al finalizar el Encuentro Internacional sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, al cual he tenido la suerte de asistir. Dice así: "Estamos en un momento clave para la Humanidad. En el futuro conoceremos los orígenes de nuestra especie, su maravillosa variedad, sus relaciones con todas las criaturas, su puesto en el medio y su visión de futuro. Es esencial que los científicos y juristas de hoy sean capaces de responder al reto de esta nueva era con humildad, imaginación y un sentido de justicia global".

Este párrafo inicial y los demás de la "Declaración de Bilbao", junto con los libros publicados por la misma Fundación BBV, *Proyecto Genoma Humano: Ética,* cuya segunda edición

1. P. Lain Entralgo, *El cuerpo humano. Teoría actual,* 2ª edición, Espasa Universidad, Madrid, 1989, p. 334.

2. Cfr. G. Peces-Barba, "Introducción", en Idem (Comp.), *Ley y Conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho,* Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p. 11.

acaba de aparecer, y *América Latina: contradicciones y esperanzas*, de Nicole Rosensohn y Bertrand Schneider, basten como botón de muestra de lo mucho que esta Fundación bancaria está trabajando y logrando en el campo de la ética, de la bioética y de los derechos fundamentales. Gracias a las preocupaciones tan humanas y humanitarias de esta Fundación y de otras similares, podemos afirmar que la ética ha alcanzado su mayoría de edad; ha superado, por ejemplo, los tiempos en que todo préstamo de dinero a interés era considerado pecado e incluso delito de usura;[3] ha superado la dualidad de la ética civil frente a la ética eclesiástica; aquélla se arrastraba excesivamente a ras de tierra, mientras ésta volaba sobre las nubes y olvidaba, por ejemplo, la necesidad de inculcar el control de natalidad em algunos países del tercer mundo, etc.

Resulta gratificante constatar que el libro *Proyecto Genoma Humano: Ética* dedica cuarenta de sus 480 páginas a las consideraciones religiosas, concretamente en los cuatro estudios siguientes: *El punto de vista católico en sus implicaciones éticas; La procreación artificial: un punto de vista islámico; Actitudes éticas de un científico judío en relación con la intervención genética; El protestantismo y el Proyecto Genoma Humano.*

Esta integración de lo religioso con lo científico, para avanzar en el desarrollo del Proyecto Genoma Humano, nos recuerda la escultura de Rodin titulada "La catedral". Ciertamente, hoy la ética es una catedral aconfesional-ecuménica, un lugar de encuentro construido por dos manos unidas, ensambladas, la del científico especialista de la bioética civil con la del especialista de la bioética religiosa. Aunque la ciencia y la técnica pueden suprimir la ética tradicional, nunca se bastarán para alumbrar ni fundar por sí solas una nueva ética; siempre necesitarán de las religiones.[4]

Siguiendo este camino no dual, integrante, se formulan a continuación algunas breves consideraciones acerca de los nuevos derechos humanos, deberes-derechos, en relación con la bioética.

Dado que, según el programa de este Seminario Internacional sobre problemas actuales de los Derechos fundamentales, en las comunicaciones de hoy acerca de "Bioética y nuevos Derechos Humanos" colaboran dos conocidas catedráticas de Ética, Adela Cortina y Esperanza Guisán, parece oportuno que mi aportación trate de los nuevos Derechos Humanos más que de la Ética propiamente dicha.

2. La Bioética salvará la Ética y los Derechos Humanos

Con razón, Adela Cortina, em su artículo "Ética comunicativa",[5] manifiesta que la afirmación de Toulman — "la bioética salvará la ética" — le agrada. Como a ella, también nos agrada a muchas otras personas, pues se descubre no sólo que la bioética constituye hoy el nuevo rostro de la ética científica y que facilita la convergencia de la ética civil con la religiosa, sino que además nos motiva a los juristas, criminólogos y victimólogos para formular nuevos derechos

3. Cfr T.F. Divine, *Interest: An Historical and Analytical Study in Economics and Modern Ethics*, Milwaukee, *1959.*

4. H. *Küng*, "A la búsqueda de un 'ethos' básico universal de las grandes religiones", *Conciliun*, núm. 228 , marzo 1990, pp. 302 ss.

5. A. Cortina, Ética comunicativa", en V. Camps, O. Guariglia, F. Salmeron (Comps.), *Concepciones de la Etica*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 177 ss.

humanos (y a los teólogos para renovar las ciencias del conocimiento de Dios y las que regulan nuestras relaciones interpersonales).[6]

Los 6.000 dirigentes de 130 religiones reunidos en Chicago del 28 de agosto al 5 de septiembre, de este año 1993, en la *Declaración de una ética global*, al hablar de la urgencia de lograr un cambio de nuestras conciencias, enumeran las cuestiones concretas hoy en discusión, y nombran en primer lugar la Bioética.[7]

A todos nos satisface que la bioética esté creando algo *nuevo* en el ámbito é de la Ética y del Derecho. Atinadamente, la Declaración de Bilbao insiste repetidas veces en cuánto importa que la bioética nos haga "capaces de responder al reto de esta *nueva* era... El horizonte de sus actividades sería un *nuevo* tratamiento internacional (...) Debería establecerse un *nuevo* discurso regulador de los principios fundamentales (...)" (subrayado mío).

Los transcendentales descubrimientos y sus subsiguientes problemas de la bioética contemporánea que los medios de comunicación patentizan a todas las personas (aunque sólo sepan leer o simplemente ver, en las pantallas de la televisión) obliga a no pocos Profesores de las Facultades de Medicina (como lo muestra una encuesta llevada a cabo recientemente en la Universidad de Göttingen) a cambiar radicalmente su método docente: antes, esos Profesores se limitaban a enseñar lo que los alumnos tendrían que hacer el día de mañana em su profesión médica, pero no les explicaban por qué tienen que hacerlo, ni hacia dónde deben orientar su actividad como médicos, ni cómo programar dicha actividad. En pocas palabras, gracias (en gran parte) a la bioética la docencia universitaria médica ya no puede limitarse a la técnica, no puede olvidar la dimensión ética. Esta que tanta atención mereció de los "galenos" en tiempos remotos, especialmente en Grecia, y que con naturalidad unía Derecho y Moral, ciencia y religión, hospital y templo.

Algo similar expresó Dalí, en 1951, en su óleo sobre tela titulado 'Cabeza rafaelesca estallada', cuando nos muestra la cara de una Madona desintegrada y, en su interior, la estructura de casetones de una cúpula de estilo renacentista. Su mensaje consiste en tratar, como estructura de la cabeza de la Virgen, el interior de la cúpula renacentista, ensamblando con naturalidad razón y fe, ideas y creencias. Por esas mismas fechas y en sentido parecido, Dalí comenta su 'Cúpula formada por carretillas contorsionadas' con las siguientes palabras: "Ninguno de los descubrimientos filosóficos, morales, estéticos o biológicos permiten negar a Dios. Al contrario, el templo cuyos muros han levantado las ciencias particulares no podría tener otro techo que el cielo divino".

Conviene recordar que los extraordinarios avances técnicos en el campo de las ciencias de la vida patentizan que nos encontramos en un momento histórico de cambio que exige — y en parte va logrando — una radical, paralela, maduración innovadora en los valores éticos, como indica Hans Küng.[8] El catedrático de Tübingen, con solidez científica, nos obliga a saltar de la modernidad a la posmodernidad, y a considerar la falta de ética como uno de los principales factores etiológicos

6. D. *Mieth,* Ética teológica y bioética", *Concilium*, mayo 1989, pp. 395 ss.; cfr. también, todo el número 228 de esta revista, de marzo de 1990.

7. 1993 Parliament of the world's religions, *A Global Ethic,* Chicago, Illinois, 28 agosto - 5 septiembre 1993, cap. IV, núm. 1, p. 9.

8. H. Küng, *Proyecto de ética mundial,* Trotta, Madrid, 1991 pp. 18 ss.

del hundimiento de la superpotencia soviética, y también a esperar la superación de la crisis del moderno racionalismo en una nueva percepción de la moral no lineal sino compleja, no de rectas y curvas estadísticas, sino de todo un entramado de redes y de vinculaciones, una comunidad mundial multicultural y multiconfesional, con una amplia y profunda dimensión estética y ética del hombre, de la mujer y del cosmos.[9]

También entre los criminólogos aparece esta convicción y preocupación del *cambio*, de la *novedad*; ello explica el tema central de nuestro XI Congreso mundial (Budapest, agosto 1993), organizado por la Sociedad Internacional de Criminología: "El cambio socio-político y el delito — un desafío del siglo XXI".

Respecto a la novedad o, si se quiere, evolución, quede patente que por tal entendemos no el mero desenvolvimiento de lo que ya subyacía oculto, sino la creación de novedades reales, no de la nada, pero sí creadas verdaderamente por la persona en cuanto imagen de Dios.

Actualmente, a los cultivadores del Derecho Penal y de Criminología, la Bioética nos brinda nuevas perspectivas para reflexionar y formular algunos comentarios sobre los *nuevos* derechos humanos, considerándolos y titulándolos como *deberes*-derechos.

3. Los nuevos derechos son deberes-derechos

Históricamente, la Declaración de 1948 surge, en pleno clima de postguerra, como respuesta contra la macroviolación que millones de personas sufren de sus derechos más elementales, llevada a cabo por los poderes dictatoriales. Por eso iniste tanto en el respeto debido a los derechos de las personas, y tan poco en nuestra obligación de cumplir los deberes.

Muy probablemente se puede decir que esa Declaración universal ha contribuido a una convivencia más digna en los países que han fomentado el conocimiento, reconocimiento y respeto a dichos derechos fundamentales. Sin embargo, hemos de reconocer que desde 1948 han pasado muchos años, con notables progresos en los campos de la industria, de la economía, de la técnica, de la informática, de los vuelos espaciales, de la ingeniería genética, etc. Pero, a estos avances no ha seguido paralelamente el debido y esperado desarrollo correlativo en el ámbito de la paz, de la justicia, de la solidaridad y de la armonía mundial. Entre los múltiples factores etiológicos de este desequilibrio quizás se encuentre, en cierto sentido, la Declaración de 1948 por enfatizar desproporcionadamente nuestros derechos, con postergación de nuestros deberes.

Hemos de lamentar — aunque no suele hacerse — que, de los treinta artículos de la citada Declaración universal, sólo el 29 habla expresamente de deberes, y lo hace con suma brevedad, pues se limita a proclamar que "Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad". No colma esta laguna la inicial e indirecta referencia deontológica, cuando en el artículo primero se habla de que "Todos los seres humanos *deben* (subrayado mío) comportarse fraternalmente los unos con los otros".

No parece equivocado afirmar que en nuestros días se ha llegado a una malentendida hipertrofia de los *derechos* de los individuos y de los pueblos. Se han publicado miles de artículos y de libros, por ejemplo, sobre los derechos

9. T. McCARTHY, *Multicultural universalism. Variations on an enlightenment theme*, Fundación BBV, Colección Cátedra, Madrid, 1993, pp. 17 ss.

de la mujer y sobre los derechos del pueblo serbio, pero mucho menos se ha escrito acerca de los deberes de las mujeres y de los deberes del pueblo serbio, etc. Algo parecido cabe decirse de otros conflictos y problemas sociales.

Hoy, nos podemos preguntar si ha llegado la hora de que los juristas, los políticos, los criminólogos, los sociólogos, los economistas, los religiosos, etc., programemos uma nueva manera de pensar, de sentir, de acercarnos a la realidad y de actuar.[10] Y si esta nueva manera de convivir debe girar alrededor de los *deberes*, no menos que alrededor de los derechos.

Eusebio Fernández, ya el año 1984, incluye atinadamente los *deberes* dentro del concepto genérico de los derechos humanos. En su livro *Teoría de la Justicia y Derechos humanos,*[11] escribía: "En el concepto contemporáneo de los derechos humanos fundamentales nos encontramos la plasmación teórica y práctica de ese conjunto de necesidades, exigencias, derechos y *deberes*" (subrayado mío). Posteriormente, en la revista *Derechos y libertades*, vuelve sobre el tema, en el artículo titulado "Concepto de Derechos Humanos y problemas actuales";[12] en las páginas 46 y 47 repite media docena de veces la palavra deberes, porque "Los derechos humanos fundamentales incluyen varias cosas a la vez: responden a *necesidades humanas esenciales* que se traducen en *exigencias morales* y pretenden ser *reconocidas y garantizadas por el Derecho*, generando *deberes*". También se ocupa de los deberes y de las obligaciones en otros trabajos suyos. Baste citar su artículo "Conciencia y respeto al Derecho",[13] con las referencias a sus publicaciones de 1987 y 1990.

Hoy en día, nuestra convivencia y nuestra consciencia social postulan que cada persona cumpla sus deberes cotidianos y tome en serio sus correspondientes responsabilidades y se haga cargo de ellas (Zubiri), de manera que si no lo hace le consideran culpable e incluso le reprochan y sancionan con severas penas.[14]

Mirando hacia el futuro de la Bioética y del Derecho, conviene reflexionar seriamente acerca de unos nuevos derechos humanos, mejor dicho, unos nuevos *deberes*-derechos humanos, subrayando la primera palabra: deberes. Ojalá un grupo de especialistas se dedique con seriedad a reelaborar la Declaración Universal de derechos humanos para transformarla en la Declaración Universal de los deberes y derechos humanos, pues "el disfrute de los derechos no se puede garantizar sin la aceptación de las obligaciones — los derechos tienen que compensarse con los deberes; los privilegios con las responsabilidades. — Ambos son esenciales para el gobierno de las naciones y las sociedades".[15]

10. Acerca de una nueva manera de acercarnos a la realidad, D.T. Suzuki, "Conferencias sobre Budismo Zen" en D.T. Suzuki , E. Fromm, *Budismo zen y psicoanálisis,* Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pp. 20 ss.

11. E. Fernandez, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos,* Debate, Madrid, 1984, p. 38.

12. E. Fernandez, "Concepto de Derechos Humanos y problemas actuales", *Derechos y libertades,* Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año I, núm. 1, febrero-octubre 1993, p. 46.

13. E. Fernandez, "Conciencia y respeto al Derecho", en G. Peces Barba (Comp.), *Ley y conciencia...*, Madrid, 1993, especialmente las páginas 64 s., y 68.

14. H-H. Jescheck, "Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im deutschen und spanischen Recht", en J. Caro Baroja, A. Beristain (Comps), *Ignacio de Loyola, Magister Artium en París 1528-1535,* San Sebastián, 1991, pp. 405 ss.

15. N. Rosensohn y B. Schneider, América *Latina: contradicciones y esperanzas*, trad.

A continuación me refiero a tres o cuatro *deberes*-derechos concretos que considero, en cierto sentido, los más importantes en relación con la bioética.

4. Deber-Derecho de una visión nueva

"Los ojos han sido creados para ser, em beneficio nuestro, el principio de la mayor utilidad... todas las cosas que vemos...

...¿para qué celebrar todo lo que eso representa de beneficios interiores?"

Platón, *Timeo*, 47a, 47b.

Uno de nuestros *deberes*-derechos fundamentales, ante la problemática de la bioética y ante muchas otras problemáticas, es reflexionar acerca de nuestras teorías y experiencias *cognitivas* para aprender a mirar desde una perspectiva nueva, más humana, más tolerante, más solidaria, más global y más lúdica.

En cierto sentido, no en todos, conviene superar esa tradición cultural de la palabra como el comienzo de la convivencia, "en el principio era la palabra".[16] Más bien, hemos de afirmar que la construcción social de la realidad brota inicialmente desde nuestra peculiar *percepción*, individual y social, de la realidad; que el observador es actor y creador de todo, quien ve ilumina ("Si tu ojo está limpio, todo tu cuerpo será luminoso").[17]

Probablemente, algo de esto ha querido significar Antoni Tàpies con la vidriera en la iglesia de los Capuchinos, en Sión (Suiza). Nos pinta y nos brinda esas gafas para, a su través, mirar y ver el paisaje suizo. Tàpies nos sugiere la siguiente pregunta: ¿tenemos la obligación (gratificante obligación) de mirar con nueva pupila?

Recordemos que:

"En este mundo de amor[18]
nada es verdad ni es mentira,
todo es según el color
del cristal con que se mira"

Cuando intentamos conocer, analizar y resolver un problema de bioética, los juristas, y no sólo los juristas, hemos de comenzar *mirando cómo miramos* a la realidad social: recordando la inteligente poesía de Pedro Salinas: "Ver lo que veo".

"Quisiera más que nada, más que sueño,
ver lo que veo...
A la orilla del río de su calma,
quieto, contemplo.
Por la visión de lo que está delante,
dejo el proyecto...
Los dos amantes, dulce río abajo,
sueltan los remos;
que los lleven las ondas sosegados,
amor es lento...
¿Es lo que veo el río, o es el río?
¿Soy yo los dos amantes, o son ellos?
Sí. Ver lo que se ve"...

Este mensaje de Pedro Salinas nos puede ayudar con frecuencia a los juristas, por ejemplo cuando hemos de aplicar el artículo 3 del Código Civil, a tenor del cual: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la *realidad* social del tiempo en que han de ser aplicadas" (subrayado mío). ¿Es lo que yo veo la realidad, o es la realidad?.

Conviene que miremos, mejor dicho, *debemos* mirar a las "realidades", a "este mundo", de la bioética no con el tan extendido desencantamiento de Campoamor y Max Weber, pues, como dice Aranguren, hemos arribado ya a una época que, si bien se mira, debemos

Ann Johnston, Club de Roma, Fundación BBV, Bilbao, 1993, pp. 18 s.

16. S. Juan, *Evangelio*, cap. I, vers. 1.

17. S. Mateo, *Evangelio*, cap. VI, vers. 22; S. Lucas, *Evangelio*, cap. XI, vers.34.

18. Campoamor ve este mundo "traidor".

y podemos aprender a superar el desencanto.[19] El deseable reencantamiento puede brotar, en gran parte, desde algunas de las nuevas teorías cognitivas que nos enseñam a mirar a través de otra pupila más propicia a la felicidad.[20]

Este deber-derecho de aprender a *mirar* a través de *otra* pupila coincide con el postulado recientemente expresado por el Club de Roma cuando, en Montevideo y Punta del Este (Uruguay), en noviembre de 1991, pide que cada persona adquiera una nueva concepción global del mundo, mejor dicho, del cosmos, como ya lo veían, denominaban y valoraban los griegos.

5. Deber-derecho de seguir investigando

Según el artículo 1.º, de la Declaración de 1948, "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho dotados como están de razón y conciencia..." Permítanme que, después de manifestar mi aceptación entusiasta de esta fórmula, añada una pequeña crítica, desde la atalaya de Heidegger, Zubiri y otros filósofos, por considerar que estas palabras — "dotados *como están*" — muestran poco la inexorable dimensión existencial y temporal del ser (*Sein und Zeit*, de Heidegger), de la persona, y de la ciencia (*Naturaleza, Historia y Dios*, de Zubiri); y muestran poco nuestra obligación de seguir investigando. Esta obligación merece dos comentarios.

Primero: Cuando nacemos, ninguna persona está dotada de conciencia.[21] Todavía más, por desgracia, algunas personas ya adultas tampoco lo están suficientemente, por omisiones o carencias en su *curriculum vitae*. Todos vamos adquiriendo y desarrollando nuestra conciencia, unos más y otros menos. Todos tenemos el deber-derecho de ir madurando paso a paso nuestra ciencia y nuestra conciencia moral en general, y sobre los problemas de la bioética, en particular. Así nos lo piden las investigaciones de Piaget, de Kohlberg y de sus continuadores, cuando nos explican cómo se forma y *reforma* la pupila ética, cómo puede y debe cada hombre y cada mujer *ir* culminando su *metanoia*, su maduración ética.[22] Con acierto Rigoberta Menchú, la Premio Nobel de la Paz de 1992, titula su libro *Así nació mi conciencia*, y en él describe su lento camino de concienciación, y nos muestra que cada día busca aclarar más y afianzar más sus criterios y compromisos.

También Chillida considera que toda persona preocupada por la ética necesita estar constantemente abierta a la luz de la verdad, al sol durante el día y a las estrellas durante la noche. Por eso, su "Casa de Goethe", colocada en el centro de la ciudad de Frankfurt am Main, carece de techo. Goethe — nos sugiere la escultura del artista donostiarra — deseaba vivir siempre al aire libre,

19. J.L.L. Aranguren, Ética y Derechos Humanos", en A. Beristain, J.L. de la Cuesta (Comps.), *Protección de los Derechos Humanos en Derecho penal internacional y español*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, San Sebastián, 1989, p. 157; A Beristain, "Re-encantamiento criminológico en projimidad desde el des-encantamiento", *Actualidad penal*, núm. 25, 21 al 27 de junio 1993, pp. 343 ss.

20. J.M. RDZ. Delgado, *La felicidad. Dónde se siente y cómo se alcanza. Cómo cultivar y aumentar la felicidad personal*, 14a. edic., Madrid, 1992, pp. 133 ss.

21. J.M. RDZ. Delgado, "The psychophysiology of Freedom", *Political Psychology*, vol. 4 núm. 2, 1983, pp 355-374.

22. L. Kohlberg, *Psicología del desarrollo moral*, trad. de A. Zubiaur, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1992, pp. 49 ss., 185 ss.; F. Digneffe, Ethique et délinquance. *La délinquance comme gestion de sa vie*, Ed. Médecine et Hygiène, Meridiens Klincksieck, Genève, 1989, pp. 57 ss., 77 ss.

buscando más ciencia y más conciencia, más luz, *mehr Licht...* Así, ese anhelo le mantuvo toda su existencia, y con él murió.

Quienes de alguna manera estamos relacionados con la bioética, debemos recordar con frecuencia nuestra obligación de buscar incesantemente más luz, nueva luz. Nunca podemos pararnos, ni cansarnos de estudiar.

Los participantes en el reciente Congreso Internacional celebrado en Bilbao sobre el Proyecto Genoma Humano: Ética, repetidas veces han expresado esta necesidad de más claridad, de más investigación. Especialmente la reclaman en sus Conclusiones 1.ª y 2.ª:

"1.ª La incidencia del conocimiento genético en el ser humano demanda ya una detenida reflexión de los juristas para dar respuesta a los problemas que plantea su utilización.

2.ª La investigación científica será esencialmente libre, sin más cortapisas que las impuestas por el autocontrol del investigador. El respeto a los derechos humanos consagrados por las declaraciones y las convenciones internacionales marca el límite a toda actuación o aplicación de técnicas genéticas en el ser humano".

En sentido parecido se manifiestan Félix Goñi, en sus dos últimos artículos,[23] Eduardo López Azpitarte[24] y otros especialistas.

Segundo comentario: Unas breves líneas, pero paradigmáticas, de Pedro Laín Entralgo patentizan la posibilidad y necesidad de ver con otros ojos temas tradicionalmente intocables, como el del aborto. Dice así D. Pedro: "me parece enteramente inadmisible la actitud de los que, en nombre de sus creencias acerca de la procreación de nuestra especie, pretenden imponer legalmente la total prohibición del aborto y convertir su práctica no criminal en delito punible".[25]

6. Deberes-derechos en el nuevo orden económico mundial

Se puede decir que ne el fondo de la mayor parte de los problemas de bioética subyace una cuestión económica. También en algunos interrogantes de enfermos em fase terminal y del Proyecto Genoma Humano, que ahora comentamos.

Ya los moralistas escolásticos del siglo XVII establecián la no obligación de gastos extraordinarios para mantener en vida a los enfermos. Hoy en día, la postergación del óbito de tal o cual paciente de cáncer grave e incurable, aunque no llegue al encarnizamiento terapéutico, con frecuencia implica o exige gastos extraordinarios a la Seguridad Social, es decir, a la sociedad y/o a la familia. Sin embargo, lamentablemente, no se suele informar ni preguntar al paciente si desea o no tal dispendio.

No pocas personas, em los últimos meses de su existencia, están causando dispendios muy por encima de lo común a la Seguridad Social, sin ellas saberlo ni quererlo. Todavía más, queriendo evitarlo. Algunos médicos incumplen lo preceptuado en la Resolución del

23. F. Goñi , "DNA y herencia: problemas éticos y aplicaciones médico-legales", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 5 extr. sobre Droga, Bioética y Política, San Sebastián, 1992, pp. 97 ss.; IDEM, "Más sobre los aspectos paracientíficos de la tecnología del DNA recombinante", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología,* núm. 7, San Sebastián, 1993, pp. 245 ss.

24. E. Lopez Azpitarte, *Etica y vida. Desafíos actuales*, 2a. ed., Paulinas, Madrid, 1990, pp. 176 ss., con abundante bibliografía.

25. P. Lain Entralgo, El *cuerpo humano*, Espasa Universidad, p. 335.

Consejo de Europa-Comisión de la Salud y Asuntos Sociales, de 29 enero 1976,[26] pues, a pesar de que esas personas les han pedido que les informen completamente sobre su enfermedad y el tratamiento previsto, les ocultan o niegan que se encuentran en fase terminal; y, a veces, les dicen que el tratamiento es con metas de (muy) probable curación, cuando en realidad saben que es de mera prolongación de su agonía, durante semanas o meses. He conocido personas religiosas que durante toda su vida han cumplido con sumo gusto su voto de pobreza en grado extremoheroico, y han deseado experimentarlo también en su última enfermedad; pero los médicos se lo han impedido, ocultándoles su diagnóstico y su tratamiento extraordinariamente caro, que sólo pretendía alargar su enfermedad, de tal manera que, a veces, resultaba difícil distinguirlo del encarnizamiento. No hay razón alguna ética que justifique una limitación en las nuevas tecnologías costosísimas, pero parece imprescindible que, antes de su aplicación, se conozca la voluntad del paciente, debidamente informado, como sujeto, no mero objeto "propiedad" del médico.

Con otras palabras, en el campo de la salud, como en otros campos, nuestra sociedad del primer mundo está malgastando cantidades fabulosas de dinero, mientras el tercer mundo lamenta que millones de personas malviven en extrema pobreza y millones de niños mueren durante los primeros meses. Concretamente, según el Informe de este año 1993, de UNICEF,[27] al menos mil millones de seres humanos tienen vedado el acceso a necesidades consideradas básicas, como una alimentación adecuada, agua potable, sistemas seguros de saneamiento, una vivienda digna, una atención a la salud fiable y una educación mínima.

Ante éstas y otras consideraciones, conviene que se facilite más el conocimiento y la firma, en su caso, si alguien lo desea, del testamento vital. Aquí tiene plena cabida la petición de Rilke que desea a cada uno "su propia muerte" (*den eigenen Tod*). También cabe criticar la opinión de quienes consideran que el derecho a la vida tiene "un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte" (como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio).[28] Dado que muy pocas personas conocen el texto clásico del testamento vital y, lo que es peor, dado que alguna revista médica ha publicado un texto deformado, pues se añade, por ejemplo, "que no se me aplique la eutanasia activa",[29] parece oportuno transcribirlo aquí.

26. Comision de la Salud y Asuntos Sociales Del Consejo de Europa, *Resolución*, Estrasburgo, 29 de enero de 1976, núm. 10: "Recomienda el Comité de Ministros del Consejo de Europa (los ministros de la salud) que inviten a (los Gobiernos de los Estados Miembros (dieciocho): (...) b) Al lamar la atención de los médicos para que sepan que los enfermos tienen derecho, si así lo manifiestan, a ser informados completamente sobre su enfermedad y el tratamiento previsto y actuar de modo que en el momento de la admisión sean informados en lo que se refiere al funcionamiento y al equipo médico del establecimiento".

27. Fondo Internacional de las Naciones Unidas para la Ayuda à la Infancia (UNICEF), *El progreso de las Naciones*, Informe del año 1993.

28. C. Lamarca, "Régimen penitenciario y derechos fundamentales", *Estudios penales y criminológicos*, XVI, Universidad de Santiago de Compostela, 1993, pp. 233 s.; A. ESER, "Freiheit zum Sterben - Kein Recht auf Tötung", *Juristen-Zeitung*, 1986, pp 786 ss.; L. Schöllhammer, *Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments. Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993, pp. 17 ss., 67 ss., 147 ss.

29. *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra*, enero-marzo 1993, p. 57.

"Testamento vital

Yo, ...

D.N.I. ....., mayor de edad, domiciliado en ..... hago constar que temo menos al adelantamiento de mi hora final que a los sufrimientos inútiles y la degradación e indignidad de la persona y, en consecuencia, considerando que el trascurso hacia la muerte forma parte de lo más íntimo del ser humano y que nadie puede expropiarme lo que constituye la expresión máxima de mi derecho a la intimidad como persona adulta, jurídicamente capaz, ciudadano libre en um pueblo libre, en el día de hoy, tras madura reflexión y siguiendo mi propio criterio, espontáneamente *declaro*:

Primero. — Si algún día llego a padecer enfermedad o daño físico grave y manifiestamente incurable y que me cause grandes sufrimientos o me incapacite para una existencia racional y autónoma, no quiero que se me obligue a respirar mediante una máquina, ni que se me alimente a la fuerza, ni que por cualquier otro medio se me mantenga indefinida y artificialmente en lo que para mí sería una insoportable caricatura de vida. Como esse estado significaría que ya había muerto lo que yo considero que constituye realmente mi persona, pido que, si caigo en él, me sean administrados cuantos fármacos sean necesarios para evitarme dolores y sufrimientos y que se utilicen con este objeto todos los procedimientos disponibles aunque ello pueda adelantar el momento de mi muerte total.

Segundo. — Si me hallo inconsciente y en la situación descrita en el párrafo primero, debidamente comprobada y certificada por al menos dos médicos, se seguirán, las instrucciones de la persona que yo previamente haya designado (véase al dorso) para la efectividad de lo solicitado en dicho párrafo. En su ausencia, ruego cuide de ello al facultativo encargado de mi caso; si rehúsa, debe trasferirme a quien pueda y quiera cumplir mi voluntad según lo expresado.

Tercero. — Respeto sinceramente toda opinión y opción contraria y en la misma medida espero sea respetada la mía, que se refiere a *mi* vida y a *mi* persona, y no a la de otros, y que se basa en los artículos 10, 15, 17 y 18 de la Constitución española; en la resolución 613/76 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Doc-3699, Doc-3735, Rec-779, sobre los derechos de enfermos y moribundos; en la jurisprudencia internacional que ha establecido que:

— el constitucional derecho a la intimidad acota un ámbito propio, personal, del ciudadano, que incluye la opción a rehusar tratamiento médico;

— ante sufrimientos estériles derivados de lesión o enfermedad irreversible y grave, el derecho a morir reivindicado fehacientemente por un adulto capacitado, como compreendido en esse ámbito privado, tiene primacía sobre las razones ordinarias de "interés público" o "bien común".

Cuarto. — Si el azar de mi hospitalización me sitúa bajo la potestad de personas que después de haber sido notificadas de este documento persisten en anteporner sus creencias a mi voluntad y me obligan a soportar un tratamiento que expresamente rechazo, ruego a mi representante *ad hoc* o, en su ausencia, al portador del presente, ponga los hechos en conocimiento del ministerio fiscal acogiéndose al art. 124 de la Constitución y com posiblemente constitutivos del delito de coacciones previsto en el art. 496 del Código Penal.

Firmo esta declaración ante los testigos mayores de edad y no familiares míos que constan al respaldo, en (...) el (...) de (...) de mil novecientos (...)."

De otro deber-derecho económico se ha hablado en el citado Congreso sobre el Proyecto Genoma Humano, em

Bilbao. Se há discutido la cuestión de la patentabilidad de las secuencias genéticas. El premio Nobel Craig Venter se mostró en su favor como medio de obtener medios económicos para continuar investigando y como camino de hacer públicos los conocimientos que se van adquiriendo y evitar así la esterilidad del secreto. En cambio, la mayoría de los congresistas se oponían a la patentabilidad. *Teóricamente*, todos coincidían en que el cuerpo humano, por respeto a la dignidad personal, no debe ser susceptible de comercialización. Posteriormente, se manifiesta con formulación parecida la *Declaración de una ética global*[30] cuando proclama que la persona siempre debe ser sujeto de derechos, fin y nunca medio, ni objeto de comercialización o industrialización en el campo económico, político y de los media, o en instituciones de investigación y en las corporaciones industriales ("Humans must always be the subjects of rights, must be ends, never mere means, never objects of commercialization and industrialization in economics, politics and media, in research institutes, and industrial corporations"). Sin embargo, *prácticamente*, resulta difícil responder a algunos de estos problemas concretos. Cada día habrá que formular nuevas respuestas a nuevos interrogantes, como el de Hans Küng: "¿Por qué en los experimentos y en la terapia del científico de la naturaleza y del especialista de la reproducción el hombre no debe ser nunca objeto de comercialización e industrialización (el embrión mismo como artículo de venta y objeto comercial), sino siempre sujeto de derecho y objetivo final?".[31]

7. Apostilla: el deber del optimismo

Para terminar, recuerdo el discurso de don Felipe de Borbón y Grecia, en la apertura de la conferencia celebrada em Montevideo, el 18 de noviembre de 1991, cuando destacó el hecho de que las pertinaces desigualdades que aún existen entre los seres humanos sólo se pueden superar, en nuestro mundo complejo e incierto, si hay una mayor cooperación a todos los niveles y una vuelta a los valores éticos. Expresamente proclamó que "tenemos el *deber* (subrayado mío) de insuflar al mundo el optimismo de una vida enriquecida con libertad, responsabilidad y con el ejercicio de valores éticos y morales"(...).[32]

La dimensión ciudadana de todo hombre y toda mujer implica nuestro gratificante deber ético elemental[33] de participar responsablemente en la organización y el logro de la cosa pública, como también de buscar nuestra felicidad individual y la de los demás.

En sentido parecido, la *Declaración de una ética global* nos pide que cultivemos, y enseñemos a la juventud, un estilo de vida (*ways of life*) amical (*friendly*), alegre (*joy*) y feliz (*happiness*).

30. 1993 Parliament of the World's Religions, *A Global Ethic, 1993, cap. II, p. 4.*

31. H. Küng, "A la búsqueda de um ethos básico universal", p. 290.

32. N. Rosensohn y B. Schneider, *América Latina: contradicciones y esperanzas,* trad. Ann Johnston, Club de Roma, Fundación BBV, Bilbao, 1993, pp. 18 s.

33. Cfr. A Cortina, *Etica mínima,* Tecnos, Madrid, 1986.

UNA APROXIMACIÓN AL TEMA DE LOS DELITOS ECONOMICOS

EDMUNDO S. HENDLER

Los bienes jurídicos colectivos

En el terreno de la dogmática jurídico-penal la cuestión de la definición y deslinde de los delitos económicos está, fundamentalmente, hoy en día, centrada alrededor de concepto de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. Se trata de un objeto de tutela jurídica caracterizado por su naturaleza complementaria. Al decir de Bustos Ramírez, mientras que los bienes jurídicos individuales están en las bases mismas de existencia del sistema social, aquéllos operarían con relación a su funcionamiento. En la misma categoría complementaria estarían los que tutelan las instituciones y los que atienden a un estricto control. Lo que está en juego con esa noción de bienes jurídicos, que Bustos Ramírez prefiere designar com colectivos antes que supraindividuales, son las necesidades de carácter social y económico o, dicho em otras palabras, la participación de todos en el processo económico-social.[1]

Mientras que los intereses de contenido económico, por un lado, siempre están referidos a un titular determinado, la economía, en cambio, concierne al "régimen económico de la comunidad" y de esa discriminación es de donde puede deducirse el deslinde de los delitos económicos.[2] También se puede decir, siguiendo a otro autor, que se trata de la tutela del orden económico estatal en su conjunto o bien el flujo de la economía en su organicidad de lo que sería sinónimo, en definitiva, la economía nacional.[3] O, si se quiere, la protección de intereses económicos de tipo colectivo o social.[4]

Bajo una perspectiva bastante diferente, como es la que suelen emplear los autores anglosajones, se encuentra una aproximación semejante. En el trabajo ya clásico de Stanford Kadish sobre el empleo de sanciones penales

1. Juan Bustos Ramírez, "Los bienes jurídicos colectivos", en Revista de Derecho, Universidad Complutense, Monográfico 11, 1986, pp. 147-164.

2. Es la distinción que propone Manuel de Rivacoba y Rivacoba en "Los llamados delitos socio-económicos en los Códigos Penales y en los proyectos iberoamericanos y en la propuesta de anteproyecto español de nuevo Código Penal" (trabajo incluido en el volumen *La Reforma Penal. Delitos Socio-Económicos*, ed. de Barbero Santos, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1985, pp. 71-98).

3. Es el punto de vista de Klaus Tiedeman: *Poder económico y delito,* (trad. A. Mantilla Villegas), Barcelona, 1985, ed. Ariel.

4. En la nomenclatura que utiliza Jorge de la Rúa, aunque su punto de vista resulta bastante escéptico acerca de posibilidad de encontrar una noción de delito económico a partir de la determinación de los bienes jurídicos tutelados ("Los delitos económicos" en *Doctrina Penal,* Buenos Aires, año III, 1980, nro. 9, pp. 11-44.

para la imposición de reglamentaciones legales de la economía, se señala como una de las características más importantes de las leyes que así lo hacen, el propósito perseguido con ellas de "proteger el orden económico de la comunidad".[5]

Pero esta especie de nociones tienen una sustancia problemática: la de su escasa utilidad para la función que siempre ha desempeñado el concepto de bien jurídico, es decir, la de servir como instancia crítica y de delimitación de los tipos penales. Hace poco lo señaló Winfried Hassemer. El Derecho Penal moderno, al proteger la economía, tiende a disolver el concepto de bien jurídico, puesto que no se trata de intereses humanos concretos sino de instituciones sociales o "unidades funcionales de valor".[6]

Para superar esta disfuncionalidad Hassemer propone una fórmula conciliatoria: los intereses generales de la sociedad se deben funcionalizar a partir del individuo. La idea es retornar a la noción personal de bien jurídico, limitando la protección de los de carácter colectivo a aquellos que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre individual. En otras palabras, sólo se justifica el castigo cuando el objeto de tutela colectivo sea el medio para proteger concretos intereses del individuo. La proposición es, desde luego, sensata, pero lo que no está dicho es cuál sería la fórmula para reconocer la mediación. Lo único que se puede establecer es una conclusión de política criminal que vale la pena consignar tal como la expone, a manera de regla, el propio Hassemer: "Cuanto más difícil sea conciliar legítimamente una amenaza penal con un interés humano, tanto más cuidadoso se debe ser con relación a si se debe amenazar penalmente y cómo".

El carácter problemático de la determinación de los bienes jurídicos en los delitos económicos es, desde luego, una constante en la bibliografía del tema. Los comportamientos aislados constitutivos de esta clase de delitos no suelen ser, en sí mismos, mayormente dañosos. La dañosidad está relacionada con su eventual generalización y con el desajuste del modelo económico imperante. Esto último implica una gran relatividad histórico-geográfica y ha hecho decir que los delitos económicos, a diferencia de los delitos tradicionales, no tutelan "valores humanos inmutables".[7] O, con una perspectiva algo semejante, que la determinación está supeditada al distingo del modelo de organización económica que adoptan los estados de la comunidad internacional, es decir, esquemáticamente, los estados del sistema capitalista, los del sistema socialista y los regímenes intermedios.[8]

Esta diversidad de los modelos económicos no sería óbice, sin embar-

5. Stanford H. Kadish: *Some observations on the use of criminal sanctions. in enforcing economic regulations (*The University of Chicago Law Review, vol,. 30, 1973, § 3, pp. 423-449).

6. Winfried Hassemer: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico" (traducción castellana de Patricia Ziffer) en *Doctrina Penal*, nro. 46-47, pp. 275/285 (Buenos Aires, ed. Depalma, 1989).

7. Cesare Pedrazzi, "El bien jurídico en los delitos económicos" (incluido en *La reforma penal. Delitos socio-económicos,* ed. de Marino Barbero Santos, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1985, pp. 279/298. La negación de esa característica está implícita en la afirmacion de Pedrazzi de que el Derecho Penal económico se contrapone a los capitulos centrales de los Códigos en los que sí se tutelan esa clase de valores.

8. Eduardo Novoa Monreal, "Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXV, 1982, pp. 44/45.

go, en opinión de Novoa Monreal, para reconocer una rama del Derecho original y autónoma designada Derecho Económico así como un bien jurídico específico denominado "orden público económico". Tampoco lo sería para admitir un rasgo de universalidad: la existencia de fenómenos semejantes al actual Derecho Penal Económico en todas las épocas de la historia.[9] El dato es altamente significativo. En todos los tiempos, dice, por su parte, Jorge de la Rúa, el derecho ha sancionado atentados graves a la actividad económica de la comunidad. El ejemplo está en las normas sobre acaparamiento de trigo en Roma o el castigo de la caza furtiva en el Medioevo.[10]

No hay dudas, sin embargo, de que se trata de un fenómeno de características peculiares en nuestro tiempo y, sobre todo, de que esas características surgen a partir del llamado processo de industrialización de las naciones. Está claro, entonces, que la peculiaridad está constituída por una intensificación. A la manera de esas bacterias que son huéspedes permanentes del organismo pero que, en ciertas circunstancias, se multiplican y conforman un cuadro patológico.

Y lo que es todavía más importante, en todos los tiempos también, esa clase de transgresiones han tenido una esencia problemática. Si ella se debe, como entiende Pedrazzi, a la misma complejidad del fenómeno económico[11] igual se impone indagar más a fondo sobre sus características.

Transgresiones económicas y solidaridad social

Las precisiones que pueden conseguirse a partir de las reseñadas observaciones de distintos autores no son, desde luego, de gran alcance. Puede, eso si, establecerse una base problemática inicial. La proposición de Hassemer ya comentada, en definitiva, no hace sino señalar los graves inconvenientes que se derivan de la creación misma de delitos de carácter económico. Las dificultades con que se tropieza para su delimitación conceptual en la doctrina serían, por ende, una consecuencia de esos mismos inconvenientes. El punto de partida que, más allá de las divergencias, parece posible adoptar, conduce a un único común denominador: los bienes jurídicos a cuya protección corresponden los delitos económicos conciernen a la tutela de la economía de una comunidad en su conjunto. Y esta última noción, como es fácil advertir, se denota, exclusivamente, por su contraposición a la de protección de intereses económicos individuales o de grupos más reducidos o familiares.

Los términos de la contraposición pueden ser varios. Se ha señalado, por ejemplo, el carácter dialéctico de la relación de convergencia y antagonismo entre intereses de distinta naturaleza identificados como: individuales, de grupo, difusos, y de la comunidad.[12] Pero para la verdadera utilidad de la reflexión se impone hallar el conjunto binario de términos antagónicos.

La familia y la sociedad civil son, en ese sentido, las variables más significativas que entran en juego. El fortalecimiento de la cohesión en una debilita la otra y viceversa. Beccaria, que se ocupó del "carácter de la familia", en uno de los capítulos de su obra clásica, lo advertía claramente. Considerar a la sociedad como una reunión de familias,

9. Obra y lugar citado en nota anterior, p. 57 y nota al pie 21.

10. Jorge de la Rúa, "Los delitos económicos" en *Doctrina Penal*, año III, 1980, nº. 9, pp. 11/14.

11. En el trabajo ya citado, El bien jurídico en los delitos económicos".

12. Lo expresa así Cesare Pedrazzi en el trabajo ya citado, "El bien jurídico...".

decía el autor de "De los delitos y las penas", es erróneo y contrario al espíritu regulador de la república.[13] Lo mismo que Ortega y Gasset que, en varias partes de su obra, mostró el carácter contrapuesto y hasta contradictorio de la familia y la sociedad civil.[14] También es, finalmente, una tesis sustentada por la "Antopología estructural" de hoy en día. Levi-Strauss, el creador de la corriente de pensamiento así llamada, lo expresa sintéticamente en estos términos: "... la existencia de la familia es, al mismo tiempo, la condición y la negación de la sociedad".[15]

Investigaciones recientes sobre la transformación de la familia europea, aun emprendidas con el propósito de refutar la contraposición entre estado y familia, deben conceder que esta última ya no es la institución dominante em función de la cual se organizan las otras esferas de la sociedad.[16] Las mutaciones experimentadas en su estructura, en el aspecto demográfico, en el rol desempeñado por la mujer o en las relaciones intergeneracionales, a partir de la llamada "revolución industrial", son de tal magnitud que resulta imposible prescindir de ellas en la explicación de un fenómeno que se entiende característico del processo de industrialización como lo es el de los delitos económicos. Aun cuando tal característica sólo sea una intensificación de hechos que tienen vigencia permanente, como ya antes fue puesto de manifiesto, igual salta a la vista la correlación entre ambas variables: la transformación de los vínculos solidarios de parentesco y la organización económica a escalas mucho mayores que las que permite el entorno familiar.

Mientras que las unidades en que aparece organizada la actividad económica son los individuos y su grupo familiar, cada una de esas unidades opera independientemente y contrapuesta a las demás. Las reglas necesarias son las que aseguren el *fair play* dentro de la contraposición: se trata de evitar las transferencias furtivas, violentas, con engano o con abuso de confianza. Más allá de eso impera el *caveat emptor y* el libre comercio entre los individuos. Los castigos de índole criminal se requieren unicamente cuando las transferencias tienen alguna de aquellas características. En el interior de cada unidad, y fuera de las normas que rigen las transmisiones de riqueza en el orden familiar por medio de las herencias y las asociaciones conyugales, el derecho se desentiende y descansa en el control doméstico generalmente ejercido por un jefe o *paterfamilias*.

Esa verdadera actitud prescindente de la ley está claramente reflejada en la circunstancia de que la mayoría de los hechos delictivos de carácter patrimonial ocurridos en el seno de la familia se hallen al margen de la ley penal. Es la regla que exime de castigo a los delitos contra la propiedad entre parientes próximos que muchas legislaciones consagran, entre ellas la argentina (artículo 185 del Código Penal en vigor). Aún en aquellas legislaciones que no establecen expresamente la exención, como ocurre en las de tradición germana,

13. Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* traducción de N. Doppelheim, Barcelona, ed. Sopena, p. 133.

14. Por ejemplo: en el ensayo: "Socialización del hombre" (incluido en el volumen *El Espectador* VII-VIII, Madrid, ed. Rev. de Occidente, colección El Arquero, 1961, pp. 183/284).

15. Conf. el ensayo, "La familia" incluido en el volumen *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia,* ed. Anagrama, Barcelona, 1974, pp. 47/49.

16. Es el caso de la investigación llevada a cabo por Martine Segalen con el título "La revolución industrial: del proletario al burgués" que integra la obra *Historia de la familia,* dirigida, junto con los autores, por la misma Segalen (versión en castellano de ed. Alianza, Madrid, 1988, vol. II, pp. 387/424).

igual se verifica una situación semejante. En ellas se condiciona el ejercicio de la acción penal por los delitos de esa especie ocurridos entre parientes próximos, a la exclusiva instancia de la parte damnificada. Los Códigos Penales modernos afines a la tradición romana se han mantenido firmes en consagrar la excusa aunque con diferencias en cuanto a su mayor o menor amplitud. Su origen ancestral se hace remontar al Derecho Romano y a la ficción de la unidad de persona. Se la explica como inspirada en el propósito de no relajar los vínculos parentales más directos pero también se reconoce que juegan en ella consideraciones de comunidad patrimonial familiar.[17]

El funcionamiento de esa regla resulta, por eso mismo, indicativo del carácter de unidad económicamente solidaria de cada grupo familiar. Pero las necesidades de la producción industrial y masiva exigen unidades mucho más extensas que las del clan familiar. Toda la sociedade está abarcada y, por lo tanto, pierde significado el segmento constituído por el orden solidario interno de la familia.

En una perspectiva utópica, y aparentemente inalcanzable por ahora, una sociedad organizada económicamente de manera verdaderamente solidaria debería conferir a los delitos contra la propiedad, en general, un *status* semejante al que hoy en día se les asigna cuando tienen lugar entre quienes son parientes próximos. Bajo esa perspectiva, los castigos criminales, como *última ratio* del sistema social, podrían quedar de lado y seria preferible no utilizarlos con esa clase de delitos. En otras palabras, una organización económica en que las unidades productivas involucren a toda una comunidad y no sólo a un clan familiar debiera poder desentenderse del problema de algunos delitos que, aunque suponen la indebida apropiación de ciertos bienes, no trastornan la economía del conjunto. Al menos sería posible pensar que la criminalidad de esa clase de hechos no debiera ser mayor que la que, hoy en día, se atribuye a los que tienen lugar dentro del ámbito familiar. El castigo quedaría reservado a los hechos que afecten la estructura del sistema, cosa que no ocurre con las apropiaciones de bienes particulares que pasen de uno a otro individuo dentro de la misma comunidad. Los verdaderos delitos de índole patrimonial serían, en consecuencia, únicamente aquellos que hoy conocemos como delitos económicos.

De cualquier manera, la extensión de esas unidades comunitarias económicas está siempre determinada por su contraposición con otras. Solidaridad y oposición son las coordenadas de los hechos sociales y su intersección marca el punto que delimita cada segmento. Para expresarlo en las palabras de un etnólogo contemporáneo "a cualquier nivel de una determinada estructura social, la solidaridad de un grupo depende de la existencia de otro grupo al que puede oponérsele. Lejos de ser algo innato, el fenómeno solidario es una función de su relación con aquello que se halla conceptualmente excluido de él.[18]

Un autor ya clásico de la Antropología Social moderna, Franz Boas, al destacar las ideas ingenuas de progreso, propias del historicismo evolucionista, puntua-

17. Así lo explica un autor de la materia como A. Quintano Ripollés en su *Tratado de la parte especial del Derecho Penal* (2da. edición actualizada por E. Gimbernat Ordeig, tomo II, p. 141).

18. Lo expone en esos términos el antropólogo social inglés Julián Pitt-Rivers en "Ël análisis del contexto y el *locus* del modelo" (recogido en el volumen *Tres ensayos de antropología estructural*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1973. p. 18).

lizaba que el grupo cerrado al que pertenece un individuo reconoce un código de ética humana en cierta forma invariable. La diferencia, decía Boas, "reside más bien en la extensión del grupo social habia el cual se sienten obligaciones y un discernimiento más claro del dolor humano".[19] Hoy en día, sin duda, esa extensión tiende a estar referida a las fronteras del estado así como en otros tiempos o en sociedades distintas de las que integran la civilización occidental, no puede imaginárse la más allá de los límites del clan o de la tribu.

La diferenciación propuesta por Boas es, posiblemente, la fórmula más acabada para deslindar los fenómenos sociales y da clara explicación de las dificultades con que tropieza el Derecho Penal Económico. La formación de una conciencia comunitaria que abarque segmentos sociales apropiados a un sistema económico de producción masiva exige que los individuos dejen de ver al entorno familiar, o al de los vecinos de la aldea, como los únicos susceptibles, de crearle deberes solidarios y piensen, en cambio, en comportarse de modo leal hacia muchos otros individuos (tal vez millones de ellos) con la mayoría de los cuales no tendrán el menor contacto en toda su vida.

A todo esto, la vigencia del Derecho Penal es, en cierto sentido; la instauración de un sistema de castigos que no sean una pura reacción indiscriminada y supone, fundamentalmente, un criterio de coherencia racional y un relieve subjetivo en su aplicación. Esto es, en otras palabras, un cierto grado de comprensión humana hacia el transgresor y, por consecuencia, un reconocimiento del vínculo solidario de pertenencia a la comunidad. Y esse vínculo se da de manera estratificada. Dentro de una sociedad pueden distinguirse varios niveles de convivencia que confluyen y se contraponen. Las actividades económicas no escapan a esta regla y pueden estar organizadas de manera de corresponder a alguno de esos niveles. Cuando se trata de que lo sean en función de la comunidad toda los resultados tienden a optimizarse pero, al mismo tiempo, surgen otras dificultades, esencialmente, la ya mencionada concerniente a la creación de una conciencia comunitaria apropiada a la dimensíon extendida de esa clase de actividades.

El fenómeno, como ya ha quedado de manifiesto, se aprecia desde las dos vertientes. Por un lado, en la proclividad a la transgresión por la dificultad de comprender la cuantía del daño comunitario que puede ser individualmente insignificante. Por el otro, y he aquí la esencia problemática que incumbe al tema de los delitos económicos, en la necesidad de instrumentar un régimen de sanciones que atienda a las necesidades de disuasión sin declinar de lo que es sustancial a la noción misma del Derecho Penal: conformar un mecanismo de castigos coherentemente discriminados y aplicados en función del relieve subjetivo de cada hecho.

19. Franz Boas, *Cuestiones fundamentales de Antropologia Cultural,* Buenos Aires, 1964 (Ed. Solar-Hachette), p. 209.

LA POLÍTICA CRIMINAL ANTE EL HECHO PENALMENTE ANTIJURIDICO COMETIDO POR UN MENOR DE EDAD

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

La discusión relativa a cuál debe ser la respuesta jurídico-penal frente a los hechos antijurídicos cometidos por sujetos menores de edad, pese a su permanente vigencia, parece gozar en los últimos tiempos de renovada actualidad. Ello hace especialmente difícil la tarea de sustraerla del irracionalismo o la emocionalidad. Sin embargo, es obvio que dicha discusión, para conducir a algún resultado, debe enmarcarse, como cualquier otra propia del Derecho penal, en los principios político-criminales que legitiman el *si* y el *cómo* de la intervención de éste en la sociedad. En concreto, debe procederse a esclarecer el significado del concepto jurídico-penal de *culpabilidad*, pues no en vano se afirma comúnmente que los menores de edad, que pueden realizar hechos penalmente antijurídicos, son en cambio *inculpables*. Pero, al hacerlo, deben tenerse muy presentes los cambios que el contenido de dicho concepto ha experimentado en los últimos años. En concreto, en el ámbito que ahora nos ocupa, estos cambios han supuesto la transición de un modelo clásico — que denominaremos "*modelo del discernimiento*" — a otro modelo que designaremos como "*modelo de la necesidad de pena*". Para acometer el tema de modo progresivo permítaseme, sin embargo, comenzar citando a uno de nuestros más significados comentaristas del Siglo XIX, *D. Alejandro Groizard y Gómez de la Serna*. En sus *Comentarios al Código Penal de 1870*, realizaba *Groizard* las siguientes consideraciones, a propósito del artículo 8, 2.º y 3.º:

"(...) Una valiosa joya es sustraída del escaparate de una tienda de platero. Mientras los curiosos oyen las lamentaciones del perjudicado, un funcionario de policía conduce de la mano a un niño de cinco años que ostenta en su poder la alhaja. Preguntad a todos los espectadores de esta escena, cualquiera que sea su condición, su instrucción, su estado y posición social, si creen que aquél sea ante la moral, ante la razón, ante la ley, responsable del delito de hurto. Un *no* instantáneo saldrá de todos los labios. No bien haya llegado a apoderarse la inteligencia del sentido de la interrogación, una fuerza interior imperativa, categórica, irresistible, impulsará a cada uno a protestar contra simejante idea.

Pero aumentad la edad del protagonista: Suponed que en vez de cinco tiene diez o doce años. Dirigid la misma pregunta a los propios espectadores y veréis cuán distinto es el efecto que en ellos produce. Desaparecerá la conformidad de pareceres; habrá quien diga inmediatamente que sí y quien diga que no, y habrá seguramente una gran parte de hombres prudentes que se abstendrán por el pronto de juzgar y que sólo después de haberse hecho explicar todas las particularidades del suceso y de haber interrogado por si mismos

detenidamente a su autor, aventurará su opinión acerca de su responsabilidad.

Pero cambiad de hipótesis. Admitid que no es un niño el que ha puesto su mano en el objeto precioso, sino un verdadero adulto que aparenta tener diez y seis a diez y siete años. Está confeso del hecho y sólo hay que averiguar si obró con malicia, con intención, sabiendo que infringía un deber, que cometía un delito. Interrogad de nuevo sobre este punto a los que tan discordantes contestaron a vuestra última pregunta. La divergencia de opiniones desaparecerá; todos acusarán resueltamente a aquel adolescente como autor del delito aunque, atendida su corta edad, excitará todavía un sentimiento de compasión bastante poderoso para pedir que no se le aplique la ley en todo su rigor (...)."

La cita que acabamos de realizar refleja una distinción usual a lo largo de todo el Siglo XIX y expresa de modo claro lo que hemos calificado como "*modelo del discernimiento*". Dicho modelo proviene ya del sistema penal del Derecho Romano. Para éste, el sujeto de edad inferior a siete años, el llamado *infans*, se sustraía al Derecho penal en virtud de una presunción irrebatible de incapacidad. En cambio, el sujeto que tenía entre siete y catorce años, ell llamado *impuber*, era sometido caso por caso a un juicio individual de discernimiento para decidir si era susceptible de ser sometido a una pena o no. En fin, el sujeto denominado *minor*, de entre catorce y dieciocho años, era estimado susceptible de recibir la imposición de una pena, si bien inferior a la del adulto ordinario.

El Derecho Romano influyó, por la vía del Derecho Canónico, en los dos grandes sistemas jurídicos universales, el sistema del *Common Law* y el sistema del *derecho codificado*. Así, también en el *Common Law* cabe advertir que, en el caso de edades inferiores a siete años, el sujeto tiene una presunción de incapacidad para recibir la imposición de una pena, presunción ésta que es *iuris et de iure*, es decir, irrefutable. Entre los siete y los catorce años, por contra, se da una presunción refutable de incapacidad: para refutarla, el sujeto es sometido caso por caso a un juicio de discernimiento. Por fin, en edades superiores a los catorce años se da una plena responsabilidad al sujeto, a pesar de que la pena pueda ser atenuada.[1] Obviamente, esta caracterización del *Common Law* se ha visto afectada por diversas modificaciones, derivadas, unas, de la promulgación de leyes especiales que han fijado la edad mínima para que el sujeto sea sometido a una responsabilidad penal, en los diez años,[2] y otras, de la entrada en vigor de los diversos sistemas de derecho penal juvenil, muy significativa en diversos estados norteamericanos.[3]

Por lo que se refiere a los sistemas codificados, puede hacerse mención, a título de ejemplo, de los códigos españoles del Siglo XIX. En éstos, que por lo demás no se distinguían significativamente de los demás códigos penales europeos, puede observarse asimismo una tripartición. De este modo, tanto el Código Penal de 1848 como el de 1870 establecen una total impunidad para el sujeto de edad inferior a nueve años (así, el art. 8,2.º del Código penal de 1870). Igualmente, contemplan la realización de un juicio individualizado de discernimiento para los sujetos de entre nueve y quince años (así, el art. 8, 3.º del Código penal de 1870), dando lugar, por tanto, a que si, como

1. Cfr. *Smith & Hogan,* Criminal Law, 7.ª ed. London 1992, p. 188 y ss; *LaFave / Scott,* Criminal Law, 2.ª ed., St. Paul (Minn.) 1989, p. 398 y ss.

2. *Smith & Hogan,* Criminal Law, 7.ª ed., p. 189 y nota 7.

3. Cfr. *LaFave / Scott,* Criminal Law, 2.ª ed., p. 400 y ss.

consecuencia de tal juicio, se estima que el sujeto obró con discernimiento, será hecho penalmente responsable, y si se estima que obró sin dicho discernimiento, será considerado penalmente irresponsable. Finalmente, por encima de los quince años, se establece una plena responsabilidad criminal que puede dar lugar, no obstante, en virtud de la edad, a una atenuación de la pena.

El modelo del discernimiento, que tiene sus orígenes en el Derecho Romano, y que, a través del Derecho Canónico, influye tanto sobre los sistemas de la codificación continental europea como sobre los del *Common Law*, posee unos fundamentos teóricos muy concretos y, asimismo, parte de unos presupuestos prácticos que deben ponerse de relieve. En cuanto a los fundamentos teóricos del sistema, éste se asienta en una *concepción retributiva* de la pena: ésta, por tanto, es concebida como un castigo que restablece la justicia vulnerada por la comisión del delito. Asimismo, parte de la idea de que la culpabilidad, entendida como juicio de reproche, es presupuesto esencial de la pena, a través del denominado *concepto bilateral de culpabilidad*. Según éste, si no hay culpabilidad no puede imponerse la pena, pero, viceversa, siempre que haya culpabilidad deberá imponerse una pena.

Así las cosas, adquiere un papel esencial la determinación de quién es culpable, o de qué se entiende por culpabilidad. Pues bien, en el marco de este sistema general, es culpable el sujeto que, a la hora de cometer el delito, *podría haberse comportado de otro modo*, podría haber actuado de otra manera. Por lo tanto, desde este punto de vista la culpabilidad — como juicio de reproche-presupone dos elementos: la capacidad de conocer el contenido de injusto, de antijuricidad, de la propia conducta, así como la capacidad de adecuar la propia conducta a este conocimiento. Evidentemente, un planteamiento de esta naturaleza hace necesario, en el caso que aquí interesa, realizar un *juicio individual de discernimiento*.[4] En virtud de éste, se determinará, para la franja que aquí estimamos esencial (entre nueve y quince años, entre diez y dieciséis años, etc.), si efectivamente el sujeto podía haber conocido, o no, el injusto de su conducta y podía haberse comportado, o no, de otro modo, esto es, de forma adecuada a este conocimiento.

El modelo clásico tiene, sin embargo, junto a estos fundamentos teóricos, unas bases prácticas muy concretas. En primer lugar — y esto es decisivo —, la ausencia de consecuencias jurídicas del delito, entendido éste como hecho antijurídica, que no sean la pena retributiva. Así pues, o se le puede imponer la pena retributiva al sujeto, por entenderse que es culpable, es decir, que tiene discernimiento, o no se le puede imponer ninguna otra consecuencia jurídico-penal. Es muy ilustrativo, a este respecto, lo que establece el art. 8, 3.º del Código penal español de 1870. Este, en su párrafo último, señala que:

"Cuando el menor sea declarado irresponsable, en conformidad con lo que se establece en este número y en el que le precede, será entregado a su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado a un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados, de donde

4. Hay que subrayar que el modelo del discernimiento, de signo claramente individualista, tenía, como habrá podido observarse, diversos límites. Límites negativos, en la medida en que el menor de 7 o 9 años se presumía incapaz, sin poderse entrar a analizar caso por caso. Y límites positivos, en la medida en que elmayor de 15 o 16 años era tenido por capaz y responsable, salvo en casos de concurrencia de otra causa de inimputabilidad, como enfermedad mental, etc.

no saldrá si no al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos".

Esta base teórico-práctica (concepto retributivo de pena, juicio de discernimiento para determinar una culpabilidad que entendemos com poder actuar de otro modo, ausencia de consecuencias jurídico-penales distintas de la pena retributiva) ha experimentado, sin embargo, una serie de cambios teóricos y prácticos de la mayor importancia. En primer lugar, se ha producido, tanto en la legislación como en la doctrina, una creciente superación de las concepciones puramente retributivas mediante la introducción de conceptos mixtos, o incluso puramente preventivos de la pena y de la culpabilidad. Este es, a nuestro juicio, el gran cambio teórico que dará paso, de un modelo com el del discernimiento, a un modelo nuevo. En segundo lugar, en el campo práctico, tiene lugar la introducción en los diversos ordenamientos jurídicos de las medidas de seguridad aplicables a los inimputables, entendidas éstas como mecanismos ampíricos, radicalmente distintos de la pena retributiva, para hacer frente al delito (por vías específicamente terapéuticas, en lo que aquí interesa, por la vía de la reeducación). El nuevo punto de vista determinará que el único criterio de legitimidad de la pena sea sua *necesidad*, entendida, desde la perspectiva del cumplimiento de los fines del Derecho penal, como necesidad de pena para cumplir las exigencias de prevención general (negativa o positiva) o como necesidad de pena en términos de prevención especial. La pena se revela necesaria desde un punto de vista de prevención general negativa cuando haya que recurrir a ella para obtener una intimidación suficiente en el colectivo de autores potenciales del delito. Por lo que se refiere al punto de vista de la prevención general positiva, la pena aparece necesaria cuando haya que recurrir a ella para reforzar la confianza de la población en el ordenamiento jurídico, para reforzar la vigencia de las normas. Finalmente, la pena se hace necesaria desde un punto de vista de prevención especial sólo cuando la reinserción social del sujeto haga necesaria esa pena. Ahora bien, si la pena se justifica únicamente por su necesidad preventiva, subdividida en los aspectos mencionados, y no por la realización de una justicia absoluta, la conclusión es que la pena se ha de imponer únicamente cuando exista una auténtica necesidad, en términos preventivos, de recurrir a ella y, por contra, no cabe en absoluto imponerla si tal necesidad no existe. A todo se añade algo que aquí es de importancia: dicha necesidad puede decidirse de modo más general y no en virtud de juicios individuales de dicernimiento.

De hecho, el sistema vigente en el Código penal español, plasmado en el art. 8, 2.º del mismo, sólo se explica desde el punto de vista que ahora introducimos y no, en cambio, desde el anterior modelo del discernimiento. En efecto, como ha puesto de relieve *Mir Puig*,[5] "la exención incondicionada de pena hasta los dieciséis años se base en algo más que en la presunción de inimputabilidad, a saber: en la moderna convicción político-criminal de que los menores no deben ser castigados como los mayores, ni ir a la cárcel como ellos..." La observación es prácticamente irrefutable. En efecto, como ha señalado *García Andrade*,[6] psiquiatra forense, una perspectiva bio-psicológica individual, centrada en el discernimiento (y no, en cambio, en la necesidad de pena) exigiría

5. Mir Puig, Derecho penal PG, 3.ª ed., Barcelona 1990, p. 636.

6. García Andrade, "Política criminal y edad penal", en Política criminal y reforma penal. Homenaje al Prof. Del Rosal, Madrid 1993, p. 505.

un análisis caso por caso, huyendo de generalizaciones como las del vigente art. 8, 2.º CP. Por otro lado, se estima que los estudios de la psicología demuestran que a partir de la edad de doce o catorce años es posible que el sujeto establezca una relación con la norma, es decir, que tenga, en definitiva, el discernimiento al que al principio se hacía referencia. Desde un modelo com el del discernimiento, pues, carecería de sentido excluir la responsabilidad criminal de estos sujetos, de edad inferior a dieciséis años. Si taxativamente, y de modo general, se excluye tal responsabilidad penal para los sujetos de edad inferior a dieciséis años, eso es por razones distintas de las del modelo de discernimiento.[7]

La razón de la exclusión general de la pena para los menores de dieciséis años es, com han expuesto con claridad *Roxin*[8] y *Gimbernat*, entre otros, la falta de necesidad preventiva de la pena, y en consecuencia, la falta de legitimidad jurídica de esta pena. En efecto, como ha expresado con claridad *Gimbernat*,

"(...) Desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente alos enfermos mentales o los menores es intolerable y abusivo, porque es también innecesario; pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales. El sujeto normal distingue muy bien esos dos grupos de inimputables (...), sabe que pertenece a otro grupo y que a él sí se le va a castigar si realiza un tipo penal; sabe, pues, que la impunidad de aquéllos no afecta a la suya. Por ello, en referencia a los sujetos "imputables, las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los "inimputables" queden exentos de responsabilidad criminal(...)".[9]

En definitiva, la imposición de una pena a los sujetos de edad inferior a dieciséis años carece de legitimidad, tanto desde el punto de vista de la prevención especial, como de la prevención general negativa, como, finalmente, de la prevención general positiva. Para estos sujetos no hay necesidad de pena, desde el punto de vista preventivo especial, desde la perspectiva de la resocialización, porque es mucho más adecuada y prometedora una intervención educativa que la imposición de una pena. En lo que hace al punto de vista de la prevención general negativa, tampoco puede hablarse de necesidad de pena. De hecho, no plantea problemas prescindir de la pena, dada la percepción por la

7. Por cierto que tampoco es posible explicar sino desde este punto de vista la exclusión de los autores de hechos antijurídicos menores de doce años, no ya de la pena, sino también del ámbito de la medida de seguridad jurídico-penal (impuesta por el juez penal), para someterlo al ámbito puramente administrativo de la "protección de la infancia". Eso es lo que establece el art. 1.º de la L.O. 4/1992, de 5 de junio, que reforma el art. 9 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, dando al art. 9, 1.º II el siguiente contenido: "Cuando el autor de los citados hechos sea menor de doce años será puesto, en su caso, a disposición de las Instituciones administrativas de protección de menores". Pues bien, a ello subyace la consideración utilitarista - cuya corrección, sin embargo, es discutible y debiera ser discutida - de que es preferible que los menores de doce años que han cometido hechos penalmente antijurídicos se mantengan, pese a ello al margen del ámbito judicial y del llamado "control penal". Pero aquí surgen las dudas generales sobre lo preferible de una intervención administrativa sobre otra judicial, fundamentalmente por lo que se refiere al respeto de las garantías.

8. *Roxin*, Strafrecht AT, I München 1992, p. 575 Rdn. 49.

9. *Gimbernat Ordeig*, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en Estudios de Derecho penal, 3.ª ed, Madrid 1990, p. 157; cfr. también "El sistema del Derecho penal en la actualidad", Ibíden, p. 177.

colectividad del menor como un sujeto diferente, que determina que la no imposición de una pena al mismo no disminuya en absoluto la intimidación sobre la sociedad como conjunto de potenciales autores de delito. Es cierto que la ausencia de pena respecto al menor podría suponer una disminución de la intimidación sobre el colectivo de menores delincuentes potenciales, es decir, sobre aquellos menores de dieciséis años que pudieran ser autores potenciales de delitos. Sin duda, este aspecto es problemático. Pero cabe, con todo, sostener que aquí, en el conflicto entre la prevención general intimidatoria y la especial, podría primar este último, siempre y cuando el sujeto se someta a un tratamiento educativo, que también tiene, en un plano fáctico y secundario, algún efecto intimidatorio. Sobre todo si se introdujera, como parece razonable, una pena juvenil para el caso de fracaso o rechazo del tratamiento. En fin, por lo que hace a la prevención general positiva integradora ha señalado *Roxin* que el prescindir de la pena contra los menores autores de hechos delictivos no conmueve, no debilita la confianza de la población en el ordenamiento jurídico.[10] La observación es correcta, en principio, aunque quizá debiera profundizarse en las razones por las cuales no tiene lugar tal debilitamiento de la confianza en el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico.[11] En realidad, si no se pierde la confianza, ello es debido también a la aportación que efectúan en este ámbito las medidas de seguridad aplicables a los menores. Tales medidas, que no existían en el siglo XIX, son un instrumento de aseguramiento *cognitivo* de la vigencia de la norma, por emplear la terminología de *Jakobs*.[12] Así, determinan que la sociedad no pierda la confianza en ese ordenamiento jurídico, que ciertamente no impone la pena, pero sí un tratamiento en virtud del cual se va a tratar de conseguir que el menor no vuelva a delinquir: más que de reafirmar la norma, se trata de afrontar fácticamente el peligro, pero ello es, desde luego, muestra también de la eficacia funcional del Ordenamiento jurídico.

En definitiva, pues, la imposición de medidas de seguridad educativas, en lugar de la pena, a menores de dieciséis años no tiene repercusiones negativas. Desde luego no las tienes desde el punto de vista preventivo-especial, ni las tiene desde un punto de vista de prevención general positiva, y tampoco desde un punto de vista de prevención general negativa, salvo por una eventual pérdida de eficacia intimidatoria frente a otros menores de esa edad, autores potenciales de delitos, aspecto éste que ya ha sido comentado más arriba. Se plantea, a continuación, la cuestión de cómo varia lo anterior, desde la perspectiva de una concepción preventiva de la pena, y de una concepción de la culpabilidad entendida como necesidad preventiva de pena, cuando se trata de elevar la mayoría de edad penal a los dieciocho años. ¿Se produce alguna modificación en este terreno, o los argumentos que se han dado hasta el momento pueden tener aplicación también a la franja de edad de hasta dieciocho años?

Por lo que hace a las razones de prevención especial, de resocialización, parece que tampoco hay necesidad de pena cuando el sujeto activo del hecho antijurídico se inscribe en la franja de edad que llega hasta los dieciocho años. Siempre y cuando se pueda disponer de

10. *Roxin,* AT, p. 575 Rdn. 49.

11. Que también es subrayada por Jakobs, Strafrecht AT, 2.ª ed, Berlin 1991, p. 521 Rdn. 1: el fundamento de la presunción de inimputabilidad para los niños es que éstos no son definidos como iguales y, por tanto, no son competentes para desmentir la vigencia de la norma.

12. *Jakobs,* AT, 2.ª ed., p. 32-33 Rdn. 57.

medidas adecuadas a la nueva franja de edad — medidas que probablemente no serán las mismas que las de un sujeto de trece o catorce años — podría afirmarse la innecesariedad preventivo-especial de pena. Ciertamente, cabe plantear aquí, en lo que se hace referencia a la prevención especial, el problema de la colisión de los intereses de ésta con las garantías individuales, un problema que realmente puede suscitarse ya en la franja de hasta dieciséis años, pero que aquí surge quizá con mayor virulencia. La cuestión, relativa a cómo cabe respetar la autonomía del sujeto afectado por la medida que se expresa en un rechazo del tratamiento educativo, será examinada sin embargo más adelante. Tampoco parece que haya una necesidad de pena desde perspectivas de prevención general intimidatoria. En efecto, la eficacia intimidatoria del Derecho penal sobre el colectivo general de autores potenciales de delitos, no sufre menoscabo relevante porque la edad de dieciocho años constituye un punto esencial en la valoración del sujeto como igual o diferente del sujeto adulto ordinario. Dicha edad no es únicamente, en términos jurídicos, la edad de la plenitud de derechos civiles y políticos; además, en términos sociales, es la edad con la cual se puede obtener el carnet de conducir, se presta el servicio militar, se pueden comenzar los estudios superiores, etc. Por lo tanto, el sujeto que todavía no la alcanzado puede ser visto como claramente diferente de los sujetos adultos, de modo que éstos en absoluto dejarán de sentirse intimidados por las normas penales, por el mero hecho de que el sujeto menor de dieciocho años no sea sometido a la sanción de la pena.

Ciertamente, sí puede plantear algunos problemas la pérdida de eficacia intimidatoria frente a delincuentes potenciales de edad inferior a dieciocho años. Sin embargo, en primer lugar debe señalarse que la imposición de medidas de seguridad educativas a estos sujetos no obsta a comunicar al sujeto el valor que se encuentra detrás de la norma. En otras palabras, el mensaje comunicativo de la norma sí que le afecta al sujeto y, por tanto, también a todos los demás de sus mismas características, indicándole el valor (negativo en este caso) que tiene su conducta.[13] En segundo lugar, por lo demás, y efectuando una consideración ya más coyuntural, no parece que se pueda hablar de una gran disminución de eficacia preventivo-general respecto a la que puede predicarse del sistema vigente de responsabilidad jurídico-penal de sujetos pertenecientes a la franja de edad de entre dieciséis y dieciocho años. Este, que establece (*ex* art. 65 CP) la posibilidad de una atenuación de pena de hasta dos grados, en combinación con la posible, en realidad casi automática, aplicación de la condena condicional, comporta en muchos supuestos la inmediata puesta en libertad de un gran número de delincuentes pertenecientes a esta franja de edad. Así, parece evidente que, frente a esta situación de libertad *de facto*, la imposición de medidas de seguridad no supone un *minus*, sino que supone un *plus* de intervención y, por lo tanto, permite augurar una mayor eficacia preventiva en general. En todo caso, en tercer lugar, y reiterando ideas en parte ya aludidas, hay que tener en cuenta esa posibilidad de pérdida de eficacia del efecto intimidatorio, previendo fundamentalmente soluciones (básicamente, la pena juvenil) para los casos en los que sea rechazado el tratamiento o éste fracase, con lo cual, el sometimiento al mismo tendrá un refuerzo intimidatorio general suficientemente eficaz.

13. *Jakobs*, AT, 2ª ed., p. 12 Rdn. 13 c.

Por lo que hace a la prevención general positiva, la necesidad — o no — de pena para los sujetos pertenecientes a la franja de edad de entre dieciséis y dieciocho años obliga a efectuar algunas consideraciones generales. En efecto, la comunidad puede comenzar a sentir miedo y a perder la confianza en el sistema jurídico si tiene la percepción de que las medidas eventualmente aplicables a estos sujetos son insuficientes, son débiles, o son puramente simbólicas. Al respecto hay que tener en cuenta que la franja de edad entre dieciséis y dieciocho años concentra, en términos cualitativos, un sector muy importante de la criminalidad. Así pues, la renuncia a la pena en estos casos, si se pretende mantener el efecto integrador del sistema penal, exigirá una determinada configuración de las medidas que haga realmente innecesaria, en términos de prevención general positiva, la imposición de la pena. De todos modos, se ha de insistir de nuevo en que resulta preferible, en estos mismos términos, una intervención educativa que la ausencia de toda reacción (que en la práctica se deriva en muchos casos de la rebaja de pena en dos grados más la aplicación casi automática de la condena condicional). Claro está que, en todo caso, la afirmación de una innecesariedad de la pena en términos de prevención general positiva requeriría de nuevo que se contemplara muy seriamente la eventualidad de un fracaso o rechazo de la medida y que se establecieran previsiones de refuerzo del sistema (pena juvenil).

Efectuadas estas consideraciones generales, se plantea la cuestión de qué configuración debe darse al sistema de reacciones penales contra hechos antijurídicos cometidos por menores de dieciocho años para satisfacer, por un lado, las necesidades de resocialización; por otro lado, las de intimidación de los autores potenciales, en general, y de los autores potenciales pertenecientes a esa franja de edad, en particular; en tercer lugar, las necesidades de confianza de la sociedad en el normal funcionamiento del sistema jurídico; y en fin, las exigencias de salvaguarda de los derechos individuales y las garantías del sujeto.

La construcción de un sistema de esta naturaleza plantea, obviamente, considerables problemas. Sin embargo, puede aventurarse aquí un sistema de configuración mixta que atienda de modo omnicompresivo a todas estas particularidades. Dicho sistema, en primer lugar, optaría por una preeminencia de los aspectos educativos o de tratamiento (resocialización), frente a los aspectos pura y exclusivamente sancionatorios, quedando integrado por medidas educativas adecuadas al segmento de edad correspondiente. Ahora bien, frente al fracaso o rechazo de estas medidas educativas, necesariamente habrá que recurrir a la imposición de una pena, una pena que no debiera ser la pena convencional, normalmente aplicable al sujeto delincuente adulto, sino que tendría que ser una pena juvenil, como la que se contempla, en general, en los ordenamientos jurídicos que han elaborado un auténtico Derecho penal juvenil. Ello quiere decir que la pena juvenil debiera caracterizarse por tener una duración especial, unas normas especiales de ejecución, así como unos centros especiales para llevar a cabo dicha ejecución.

La razón por la cual es necesario, ante el fracaso o rechazo de las medidas educativas, retomar el instrumento de la pena, es precisamente, explicada en términos preventivos: el fracaso de la medida hace afluir de nuevo la necesidad preventiva de pena, tanto en términos de prevención general negativa, como en términos de prevención general positiva. En efecto, en términos de prevención general negativa, sólo un

sistema que prevé la pena para el caso de fracaso o rechazo de la medida puede mantener la eficacia intimidatoria sobre los sujetos que sean autores potenciales y pertenezcan a la franja de edad correspondiente. Sólo si estos saben que en el caso de que no acepten el tratamiento o éste fracase con ellos, podrán ser sometidos a una pena, se mantendrá la eficacia intimidatoria global del sisema. Por lo que hace a la prevención general positiva, sólo un sistema que, ante el fracaso de las formas de aseguramiento fáctico o cognitivo de la vigencia de la norma, ante el fracaso de las medidas, vuelve a un aseguramiento por vía normativa de la vigencia de esa norma, es decir, a la pena, puede aspirar a mantener la confianza de la población en el normal funcionamiento del sistema jurídico. En términos preventivo-especiales de resocialización, tampoco habrá problema para imponer la pena juvenil en el caso de fracaso o rechazo de la medida de seguridad, puesto que, en tal supuesto, no resta otra alternativa que la de experimentar las limitadas, pero reales, posibilidades resocializadoras derivadas de la apena, siempre que esta efectivamente se cumpla en los centros y en las condiciones establecidas, y con la duración debida como tal pena juvenil. Por fin, un sistema configurado en estos términos es quizá el que mejor satisface las exigencias de los derechos individuales del sujeto. En efecto, un sistema respetuoso con las garantías individuales, tiene que permitir la negativa del sujeto al tratamiento, en la medida en que éste no tiene como base una ausencia de discernimiento, una perturbación mental, disponiendo, para tal eventualidad, la imposición de una pena de duración determinada, inferior a la de los adultos y ejecutada en centros especiales. Y ello, probablemente, no sólo para la franja de edad de entre dieciséis y dieciocho años, sino desde el momento en que el sujeto tiene discernimiento. Debe insistirse aquí en que no estamos hablando de un tratamiento para inimputables, entendidos, en el sentido clásico, como personas que adolecen de problemas mentales, sino que se trata de una decisión político-criminal general acerca de la preferencia de las medidas de seguridad (intervenciones educativas) frente a la pena.[14] Pero, sentado esto, sólo un sistema que reconozca la posibilidad de los sujetos sometidos al mismo decidan rechazar el tratamiento que se les ofrece, respeta de modo general las garantías de los individuos. Todo ello abona la propuesta de carácter mixto antes efectuada, que apuesta, en primer lugar, por el recurso a las medidas de seguridad, pero, en segundo lugar, ante al fracaso, ya sea por rechazo del tratamiento, ya sea por imposibilidad de recuperar al sujeto para una reinserción social completa, opta simplemente por imponer una pena proporcionada al hecho cometido y a las necesidades intimidatorias específicas de los sujetos de esa franja de edad.

En conclusión, pues, creo que debe sostenerse que hay buenas razones derivadas del principio de necesidad de pena, entendido este como necesidad en términos preventivo-generales positivos, preventivo-generales negativos y preventivo-especiales, para situar en los dieciocho años el punto de partida para la imposición de penas convencionales a los sujetos de hechos antijurídicos. Expresado en términos clásicos, hay buenas razones para situar en los dieciocho años la frontera de la culpabilidad, como categoría sistemáti-

14. Ello obliga naturalmente a plantearse el sentido de las medidas de seguridad (y su propio régimen jurídico) en función de que la decisión de excluir la culpabilidad (mejor, sancionabilidad penal) responda a razones, en el fondo, de carácter psíquico o puramente normativas, sin base psíquica alguna.

ca del Derecho penal, o mejor dicho, de la responsabilidad penal a los efectos de la imposición de una pena convencional de adultos. Ahora bien, situar en los dieciocho años la frontera de la responsabilidad penal plena, tiene obviamente una serie de condiciones. En primer lugar, que las medidas aplicables a los sujetos de edad inferior a los dieciocho años, y en particular a los de entre dieciséis y dieciocho años, han de ser unas medidas adecuadas y adaptadas a las peculiaridades psicológicas y criminológicas de esta franja. En segundo lugar, la prevención general negativa y la prevención general positiva, así como las garantías individuales, exigen que, ante el fracaso de las medidas, ya sea por rechazo de las mismas, ya sea por imposibilidad de conseguir las metas a las que las mismas estaban dirigidas, se pueda imponer una pena diferente: pena juvenil que, en los términos antes delineados, sería una pena necesaria en términos preventivos y, por tanto, legítima. En tercer lugar, la viabilidad de este sistema, basado en las nociones de prevención y de garantías, determina que sea necesario adoptar una postura contraria a las propuestas que desde alguns años están de moda, orientadas a promover una desjudicialización y una desformalización de la intervención sobre los sujetos de edades inferiores a los dieciocho años. Las opciones en favor de la desjudicialización y de la desformalización, inspiradas en la humana pretensión de desdramatizar la intervención sobre los sujetos autores de hechos antijurídicos en edades juveniles, supone por el contrario, una importante disminución de garantías, así como una significativa pérdida de los efectos de prevención general negativa y positiva, que son fundamentales para la vertebración del sistema. En particular, tales propuestas implican una pérdida del importante efecto declarativo que tiene la imposición de una medida de seguridad jurídico-penal. Ciertamente, como ha señalado *Jakobs,*[15] la imposición de una medida tiene como consecuencia declarativa fundamental la afirmación de que el sujeto ha cometido un hecho antijurídico. Si no se le imponen sanciones punitivas es por razones determinadas de política criminal. Y esta afirmación de que el sujeto ha cometido un hecho antijurídico, de que ha incumplido una norma penal de conducta, es fundamental para reafirmar la vigencia de esa norma y para tener los efectos, tanto preventivo-especiales, como intimidatorios y preventivo-generales positivos, que se pretendem alcanzar con la intervención sobre el sujeto.

Informe Sobre la Modificación del Art. 65 del Código Penal

Razones de la modificación:

El Código penal español, a diferencia de algunos códigos penales europeos, no equipara la mayoría de edad penal a la civil. Como consecuencia, un sector de jóvenes menores de edad — los comprendidos en la franja de los 16-18 años — permanecen sujetos a la potestad punitiva del estado de forma similar a los adultos, bien que beneficiándose de una importante atenuación de la pena. Ni el procedimiento, ni el órgano judicial, ni la respuesta penal son especializados.

Aunque tal situación goza de valedores en la doctrina científica y responde a la existente en ciertos países de nuestro entorno (Francia, Inglaterra), no puede ignorarse que el processo de modernización del derecho penal pasa por la revisión del sistema de respuesta ante las infracciones cometidas por delincuentes jóvenes. Dicho processo ya ha sido iniciado en el Estado español

15. AT, 2ª ed., p. 12 Rdn. 13 c.

con la creación de los Juzgados de Menores y la especialización de sus titulares, la adecuación del procedimiento a la Constitución (con la Ley Orgánica 4/92 de 5 de junio) y con la participación de los organismos competentes de la Comunidades Autónomas, en la ejecución de las medidas.

La regla segunda del art. 65 CP: El internamiento del menor en sustitución especial de reforma.

"... pudiendo el tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en sustitución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable."

Este párrafo fue introducido en el CP de 1944, y en él se ofrece una nueva regulación del tratamiento de la delincuencia juvenil que no tiene parangón en nuestra legislación positiva. Respecto del mismo, cabe hacer las siguientes consideraciones:

1) En cuanto a su naturaleza, el internamiento no es una pena, porque prescinde en absoluto de la culpabilidad del agente. No viene referido al pasado, sino al futuro, no tiene en cuenta la magnitud del ilícito culpable, sino únicamente la corrección del joven (Casabó, *Comentarios al Código Penal*, p. 295). De ahí que la doctrina manifieste que no se trata de una pena, sino de una medida de naturaleza distinta: de una *medida de seguridad.*

2) La medida consiste en un internamiento en institución especial de *reforma*, dado que lo es de corrección, sin asomo alguno de represión.

3) La duración de la medida queda adscrita directamente al órgano judicial sentenciador, sin entender nunca que la misma pueda ser absolutamente indeterminada, pese al tenor literal del art. 65. En efecto, el límite a la duración de la medida vendrá determinado por el de la pena que ha sido sustituida, sin poder sobrepasar el mismo. A esta conclusión debe llegarse a través del inevitable imperativo de seguridad jurídica, recogido en el TP de la Constitución.

4) En el régimen actualmente previsto, la función del Tribunal consiste en sustituir la ejecución por el internamiento, en sustitución especial de reforma. No supone dejar en suspenso la pena, sino que la sustituye; por consiguiente: *nunca podrá el Tribunal volver sobre su acuerdo.*

Consideraciones críticas sobre la actual regulación

Aunque la Reforma 44 fue bien acogida doctrinalmente, en cuanto suponía un mayor arbitrio judicial que resolvería, aparentemente, los inconvenientes que plantea la inflexibilidad del límite objetivo impuesto por la atenuante 3.ª del art. 9, es lo cierto que, ya desde su promulgación, se han dirigido a la misma diversas críticas:

1) Por un lado, el hecho de no estar prevista la redacción actual del art. 65 ne la Ley de Bases de 17 de julio de 1944, convierte el precepto en ilegal.

2) La regulación del art. 65.2 resulta incongruente con el específico epígrafe de la Sección 2.ª del Cap. IV, Libro I, Título III del CP, pues no se establece aquí ninguna regla para la aplicación de las penas, sino la sustitución de ésta por una medida de seguridad.

3) El precepto recoge una fórmula ambigua, al hablar de que ... "se atenderá a las circunstancias del menor y del hecho...", confundiéndose elementos subjetivos y objetivos; por otra parte, el Tribunal se ve condicionado en su decisión, por la existencia de esas circunstancias, teniendo que formular objetivamente el razonamiento sustitutivo.

4) El que quizás representa el más grave problema del actual redactado: la no previsión de la incorregibilidad del menor, una vez sustituida la pena por

la medida, esto es, cuando el Tribunal, considerando que el sujeto es corregible, decide la sustitución de la pena por la medida de internamiento y, posteriormente, resulta que el sujeto no es susceptible de corrección. En este supuesto, el Tribunal no podrá volver sobre su decisión de sustitución de pena por medida, debiendo mantenerse el cumplimiento de ésta última hasta su extinción. Eso, con las graves consecuencias que pueden derivarse, tanto para el processo educativo de otros menores sometidos a internamiento, como para el satisfactorio cumplimiento de su función, por parte de los centros de menores.

Por tanto, se plantea la imperiosa necesidad de reforma de este precepto; lo que pudo ser una importante solución, en cuanto comportaba la posibilidad de sustituir la pena por la medida, para paliar los inconvenientes de la rigidez del 9.3.º, se ha quedado prácticamente en letra muerta, y ello, no debido a la ilegalidad del precepto, sino a los otros inconvenientes señalados (Jorge Barreiro, Agustín. *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, p. 185 y ss.)

Objetivos de la reforma que se propone

La reforma tiene como objetivos fundamentales, los de adecuar el actual redactado a los principios constitucionales y el de crear respuestas jurídico-penales adecuadas para los infractores comprendidos en la franja de los 16-18 años, dotando a las mismas de contenido educativo y formativo. Para articular dicha reforma, se propone el establecimiento en el Código penal, a través del art. 65, de un *sistema vicarial* de penas y medidas que permitirá obviar los inconvenientes anteriormente indicados.

En efecto, el sistema vicarial, o sistema sustitutivo, permite aplicar, en primer lugar, la medida de seguridad, cuyo tiempo de duración ha de imputarse al de cumplimiento de la pena impuesta (Mir Puig, S. *Derecho Penal. Parte General*, p. 67). El juez, una vez cumplida la medida de seguridad, podrá decretar — teniendo en cuenta la recuperación experimentada por el sujeto y las necesidades de defensa de la sociedade — la suspensión del resto de la pena (Jorge Barreiro, A. cit., p. 180). El sistema vicarial permite, por una parte, primar los objetivos de tratamiento y corrección. Por otra, sin embargo, ofrece vías más satisfactorias para hacer frente al problema del joven incorregible al que ha sido sustituida la pena por un internamiento no reversible. Al seguir la pena vigente, en toda su extensión temporal, la prognosis desfavorable constatada por los equipos de tratamiento, y sometida a la consideración del Tribunal, puede dar lugar a la suspensión de la medida y el consiguiente cumplimiento de la pena que subsista vigente.

Así, y centrándonos en los postulados del sistema vicarial, en este:

1) La ejecución de la medida de seguridad se adelanta, en el tiempo, a la de la pena, fijada en base a la culpabilidad del delincuente.

2) El tiempo de cumplimiento de la medida, será imputado al de la pena, concediéndose al juez la posibilidad de elegir entre ordenar el cumplimiento del resto de la pena, o dar a ésta por extinguida de forma definitiva, decretando la remisión condicional (son características en este sentido, los casos de Suiza — art. 42 y ss. StGB — donde se impone el cumplimiento, como mínimo, de la mitad del tiempo pena-medida, y las previsiones introducidas en 1975 en el Derecho alemán, donde se introducen los postulados del sistema vicarial en los parágrafos 67, 67b y 67c, si bien excluyendo previamente del sistema vicarial a la custodia de seguridad. Contra dicha limitación,

Mannheim *Deutsche Strafrechtsreform*, p. 28. El sistema vicarial obligatorio para la custodia de los delincuentes habituales, según el art. 42, núm. 5 del StGB suizo, ha tenido un gran éxito). (Jescheck *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª edición, p. 73 y ss.).

En base al sistema descrito, la reforma que se propone, introduciría, para los menores comprendidos en la franja de los 16-18 años, un *sistema vicarial obligatorio*. Los sistemas vicariales pueden ser facultativos o obligatorios. En este caso, la opción por un sistema obligatorio se justifica por la voluntad de que, en todo caso, se compruebe en primer lugar la idoneidad o no de las instituciones educativas, existiendo siempre después la posibilidad de revocar la medida y ejecutar únicamente la pena.

Se introduce así un redactado que, aunque similar al del párrafo 2.º del art. 9, núm. 1, difiere del mismo en el carácter obligatorio, no potestativo del juez o Tribunal, de la introducción de la medida. Tal criterio se corresponde con la distinta naturaleza del art. 9.3.º, respecto del 9.1.º. En efecto, el carácter potestativo del 9.1.º, viene dado por el hecho de que se contemplan en el mismo las situaciones de transtorno mental transitorio incompleto, que al poder no tener base patológica, ni ser susceptible de reproducirse fuera del contexto situacional en que se produjo, no permite la imposición automática de una medida de seguridad, quizá innecesaria. Asimismo, tampoco debería aplicarse la medida si se trata de un sujeto que, aunque, enfermo, no es peligroso y, por tanto no requiere el tratamiento (?)

"*... conviene precisar, aunque resulte obvio, que por más que el párrafo comentado se refiere a los supuestos de eximente se completa de los núm. 1 y 3 del art. 8 sin distinciones, las medidas previstas en dichos números sólo deben ser aplicables a las hipótesis de enajenación mental y alteración de la conciencia de la realidad incompletas, no a las de transtorno mental transitorio, para las que el propio art. 8 nada establece*". (Orts Berenguer, E. *La medida de internamiento por determinadas eximentes incompletas*, en *Comentários a la legislación penal.* Tomo V, vol. 1.º EDERSA).

Por contra, la situación contemplada en el núm. 3 del art. 9 es meramente objetiva: "*... ser el culpable menor de 18 años...*", por lo que, dada su concurrencia, procede que el tribunal — en el sistema propuesto — señale, automáticamente, medida y pena.

Asimismo, en el sistema propuesto, si la evolución del menor es desfavorable por fracaso de las medidas, el juez podrá acordar el cese de las medidas y la ejecución de la pena. 1. La concreción del contenido de la atenuante de minoría de edad del art. 9.3.º CP. Donde el juez atenuará la responsabilidad criminal, rebajando la pena en uno o dos grados. La pena así determinada (y en base a las demás circunstancias agravantes y atenuantes que puedan concurrir en el caso concreto) constituirá el marco temporal máximo del cumplimiento de la pena-medida de seguridad.

En el sistema propuesto, pierde su sentido la posibilidad de extensión del beneficio de la condena condicional hasta los dos años para los menores comprendidos en la franja de edad 16-18 años, previsto en el art. 93, último del CP. Tal sistema, unido a la rebaja de pena en uno o dos grados para los menores comprendidos en la franja de edad de 16 a 18 años, provoca en la práctica que la mayoría de los delincuentes primarios de esta edad no ingresen en prisión, lo que "de lege lata" puede contemplarse de modo favorable a la vista de los efectos nocivos que tal ingreso puede tener en términos de una adecuada resociali-

zación del joven. Ello no obstante, desde el momento en que se da la posibilidad de una intervención educadora por la vía de medidas de seguridad específicas parece que debe primar ésta sobre la devolución del menor a su medio, en el que es probable que, en muchos casos, se hallen estímulos delincuenciales que el no está capacitado para resistir adecuadamente. Dado, pues, el carácter educativo y formativo de las medidas, que responden al criterio del la prevención especial constitucionalmente consagrado y dado que las mismas no tienen carácter aflictivo alguno, es procedente restringir la concesión de dicho beneficio, primando el sometimiento terapéutico del menor. Se propone, pues, la derogación de la referencia que el art. 93 párrafo último CP hace a la atenuante de minoría de 18 años de edad.

La propuesta es distinta, no ya sólo del Derecho vigente, sino también del Proyecto de 1992, que en este punto señalaba:

Art. 107 "1. Al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho que cometiere un delito al que este Código señale pena privativa de libertad inferior a seis años, podrá el juez o Tribunal, razonadamente y previos los informes que estimare convenientes, sustituir la ejecución de toda o de parte de la pena de prisión que le sea impuesta por el internamiento en un centro reeducador para jóvenes delincuentes por un tiempo no superior al de dicha pena.

2. Una vez cumplida la medida, el Juez o Tribunal, previos los informes que estimare oportunos, podrá acordar alguna o algunas de las reglas de conductas previstas en el art. 108".

En tal regulación sorprende el límite representado por la gravedad del delito (6 años como máximo legal, esto es antes de apreciar la regla de determinación de la pena del art. 69 Proy. 1992), el carácter facultativo de la opción por la medida, así como la imposible revocación de la sustitución. Seguimos, pues, en el universo conceptual del Derecho vigente, sin modificación esencial que no sea la mera adecuación del texto a los postulados constitucionales.

Exposicion de Motivos

Una de las características del Derecho penal vigente es la ausencia de un sistema eficaz de consecuencias jurídicas específicas aplicables a los delincuentes jóvenes mayores de dieciséis años. Es compartida de modo general la tesis de que éstos requieren, por razones de prevención especial, un tratamiento distinto del propio de la ejecución convencional de las penas privativas de libertad. Ello, además, resulta obligado si se desea que también para este sector de delincuencia adquiera verosimilitud la declaración constitucional relativa a la finalidad resocializadora de la ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad. En efecto, la convivencia de delincuentes jóvenes con otros de edad superior puede frustrar o dificultar considerablemente la obtención de una resocialización que, por lo demás, se estima especialmente posible en este segmento de edad.

La solución definitiva en esta materia no es, probablemente, otra que la creación de un Derecho penal de jóvenes que atienda con consecuencias jurídicas propias a los hechos delictivos cometidos por individuos de hasta dieciocho o veintiún años. Sin embargo, un primer paso en ese sentido puede ser el de la búsqueda de soluciones aptas para la franja de edad comprendida entre los dieciséis y dieciocho años. El Derecho vigente se ocupa de ello en el art. 65 del Código Penal, fundamentalmente. En él, en efecto, se establece la rebaja de pena en uno o dos grados respecto

a la señalada por la Ley para los jóvenes que cometen el delito en la referida franja de edad, disponiéndose, además, que el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, podrá sustituir la pena impuesta por un internamiento em institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable. Tal regulación, con independencia del limitadísimo uso que los Tribunales han hecho de la misma, plantea problemas técnicos que abonan su derogación: en concreto, es facultativa, indeterminada, restrictiva e irrevocable. El carácter facultativo del internamiento resulta muy problemático, por oponerse a una real extensión de las medidas alternativas a la pena en el ámbito de la delincuencia juvenil. Por otro lado, un internamiento indefinido, que no guarde ningún género de proporcionalidad con la peligrosidad revelada en el hecho cometido ni con la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer, parece difícilmente compatible con las garantías del Estado de Derecho. En tercer lugar, la sustitución de la pena exclusivamente por un internamiento parece poco acorde con la realidad de este sector de delincuencia, en el que las medidas necesarias para una auténtica corrección del sujeto pueden no ser necesariamente de privación de libertad. Por fin, la irrevocabilidad de la medida no resulta satisfactoria: la posibilidad de un fracaso de las medidas educativas en un sujeto determinado que pueda comprometer, además, el éxito en la corrección de otros jóvenes hace absolutamente necesario garantizar, para tales casos, una revocación de la medida y el retorno a la ejecución de la pena, cuando el sujeto.

Sentado todo lo anterior, la solución que parece más adecuada no es de vía única ni de sustitución plena de la pena por medidas de seguridad, sino, más bien, la introducción también en este ámbito del sistema vicarial, que el legislador introdujo ya en 1983 para otros sujetos simiimputables peligrosos, sobre los que recayera una eximente incompleta (artículo 9, 1.º del Código penal). La peculiaridad del sector de delincuencia que aquí nos ocupa hace preferible, sin embargo, la opción por un sistema vicarial obligatorio, de manera que el juez haya de imponer siempre en primer lugar la medida. Ello implica un decidido apoyo a la propuesta puramente educativa com primera solución a los problemas de la delincuencia juvenil. Sin embargo, se garantiza la posibilidad de una revocación de la medida para el caso de que el tratamiento no surta los efectos pretendidos y, viceversa, una extinción de la condena restante, en el caso de que el tratamiento haya conseguido la pena resocialización del individuo. Es una prueba más de la preeminencia de la prevención especial sobre otras consideraciones en la fase ejecutiva de las consecuencias jurídicas del delito en el ámbito de la delincuencia juvenil. La introducción de este sistema hace innecesaria la extensión excepcional de los beneficios de la condena condicional a este ámbito. En efecto, en orden a una efectiva resocialización del individuo es preferible el sometimiento del mismo a una serie de medidas educativas, sujetas a todas las garantías del Estado de Derecho que la devolución del mismo a un medio que en muchos casos puede haber sido determinante de su actividad delictiva. En definitiva, se pretende introduzir una solución que, proponiéndose algunos avances concretos, resulte plenamente coherente con el sistema vigente de tratamiento de inimputables y semiimputables. Todo ello, a la espera de la promulgación de una Ley penal juvenil, que habrá de dar solución de modo permanente a todo este sector de problemas.

Art. 1.º — La redacción del art. 9.3.º del Código penal quedará como sigue:

"Art. 9 Son circunstancias atenuantes:

3.ª La de ser el culpable menor de dieciocho años. En este caso, el juez o Tribunal impondrá, además de la pena correspondiente, las medidas de seguridad previstas en la legislación de menores. No obstante, la medida de internamiento será aplicable sólo y siempre que la pena impuesta fuese privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de esta última, pudiendo, en todo caso, ser sustituida, a la vista de los informes técnicos, por otra de las previstas en la legislación de menores. En tales casos, la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el período de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma. El Tribunal podrá revocar la medida en atención a mal resultado del tratamiento, así como dar por extinguida la condena, o reducir su duración, en atención al buen resultado del mismo".

Art. 2.º La redacción del art. 65 del Código penal quedará como sigue:

Art. 65 "Al mayor de 16 años y menor de 18 años, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, imponiendo el Tribunal, junto a la pena correspondiente, alguna o algunas de las medidas de seguridad y tratamiento previstas en la legislación de menores en los términos establecidos por el art. 9, 3.º"

Art. 3.º La redacción del art. 93, párrafo último, del Código penal, quedará como sigue:

"El Tribunal sentenciador podrá ampliar el beneficio de la condena condicional a los reos condenados a penas hasta de dos años de duración cuando así lo estimare procedente, en resolución expresa y motivada, si en el hecho delictivo concurriera alguna atenuante muy cualificada, o una eximente incompleta, apreciada como tal en la condena".

2. DOUTRINA INTERNACIONAL

O CRIME DE FRAUDE FISCAL NO NOVO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO PORTUGUÊS

(Considerações sobre a Factualidade Típica e o Concurso de Infracções)

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS
MANUEL DA COSTA ANDRADE

1. Introdução — 2. Elementos fundamentais da factualidade típica da fraude fiscal — 3. Relações de concurso entre a fraude fiscal do RJIFNA e os crimes de falsificação de documentos e burla do Código Penal.

1. Introdução

1. Com a publicação do Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA) — aprovado pelo Decreto-lei 20-A/90, de 15 de janeiro e posteriormente alterado pelo Decreto-lei 394/93, de 15 de janeiro — passou a ordem jurídica portuguesa a dispor de uma disciplina normativa tendencialmente global dos atentados mais significativos contra os valores ou interesses encabeçados pelo Fisco e punidos já como crimes, já como contra-ordenações.

No que aos crimes especificamente a respeito — e só deles curaremos nesta sede — o RJIFNA veio, pela primeira vez, dar resposta à velha aspiração, de que se vinham fazendo eco tanto teóricos como práticos do direito,[1] duma arrumação sistematizada do universo de normas atinentes a estas infracções. Veio, noutros tempos, pôr de pé a primeira "codificação" do direito penal tributário português. Nele se contém, com efeito, a par de uma "Parte especial" votada à descrição, proibição e punição abstracta das singulares condutas típicas, uma "Parte geral" que dá consagração positivada aos princípios e soluções em que o direito penal tributário se afasta das regras e cânones consignados para o direito penal clássico ou de justiça. E isto tanto no plano material-substantivo, como no plano adjectivo-processual em que avulta sobremaneira a consagração do *Arquivamento do processo e isenção da pena* (art. 26.º), um regime de oportunidade preordenado à actualização das soluções de *diversão* bem conhecidas do moderno discurso político-criminal. Sendo, de resto certo que, como é próprio de qualquer sector do *direito penal secundário*, o art. 4.º define o Código Penal e a legislação complementar como direito subsidiário.

Como seria de esperar, a entrada em vigor do RJIFNA trouxe consigo a superação de muitas das aporias, descontinuidades e incongruências que vinham minando de escolhos o caminho

1. Cfr. neste sentido, por todos, *Eduardo Correia*, Os arts. 10º do Decreto-lei 27.153 de 31.10.1936, e 4º, nº 1, do Decreto-lei 28.221 de 24.11.1937, a Reforma Fiscal e a Jurisprudência (Secção Criminal) do S.T.J., Coimbra, 1968, p. 7.

da dogmática penal e, sobretudo, da *praxis* jurisprudencial. Apesar de tudo, nada mais apressado do que acreditar que a partir de então o intérprete e o aplicador do direito veriam a complexidade do seu labor reduzida de forma definitiva e sem resíduos. Os escassos anos da experiência jurídica sob a vigência do RJIFNA aí estão para desapontar o optimismo daquela expectativa. Também eles confirmando, afinal, a conhecida vocação da vida real para responder permanentemente com imprevisibilidade e surpresa renovadas à *hybris* regulamentadora e conformadora do direito.

Num relance intencionalmente apressado, estes anos ficam notoriamente marcados pela grande presença das infracções fiscais no quotidiano dos tribunais portugueses. Uma extensa casuística em que avultam — pelo seu peso privilegiado nos noticiários dos *media*, no debate político e, por vias disso, nas discussões do homem da rua — os casos que ficarão conhecidos como das *facturas falsas*. Uma fenomenologia de recorte naturalmente heterogéneo, mas cuja expressão típica é possível sintetizar nos termos seguintes: a inscrição na contabilidade (sobretudo das empresas) de facturas que não têm atrás de si qualquer transacção real e não correspondem, por isso, a custos efectivamente suportados. Procedimentos que são adoptados já como forma de redução dos impostos a liquidar, v.g., a título de IRC, já como expediente para a consecução de benefícios fiscais ou reembolsos (a título nomeadamente de IVA) indevidos.

Ora, o que em primeira linha sobreleva no panorama doutrinal e jurisprudencial desta casuística é o facto de o seu tratamento jurídico-penal ter posto a descoberto divergências de amplitude pouco vulgar em direito penal. Abundam, com efeito, os casos face aos quais se têm advogado soluções tão extremadas como as que vão da absolvição pura e simples (normalmente sob a forma indirecta de *isenção da pena* ou *arquivamento do processo*, nos termos do art. 26.º do RJIFNA) até à condenação em penas drásticas de prisão que podem atingir os 10 anos — a pena máxima prevista no Código Penal português (art. 314.º) para a *Burla agravada*.

2. Mesmo na ausência de investigações e levantamentos criminológicos consistentes, não cremos que seja difícil referenciar uma das causas maiores das divergências e da insegurança jurídica que elas sinalizam e ao mesmo tempo potenciam. No epicentro está seguramente o desencontro das respostas ao problema do *concurso* de infracções. E mais precisamente ao concurso entre, por um lado, a *Fraude fiscal*, um dos crimes nucleares do RJIFNA e, por outro lado, os crimes de *Falsificação de documentos* e de *Burla* do Código Penal. Como facilmente se representará, um problema que tem subjacente a questão de fundo quanto às relações que, no âmbito da ordem jurídica portuguesa, devem mediar entre o Código Penal, como cristalização histórica do direito penal de justiça, e o RJIFNA, um dos troncos fundamentais do direito penal secundário.

Longe de ser um problema novo e apenas conhecido dos tempos mais recentes, ele tem pelo contrário acompanhado invariavelmente a evolução do direito penal português. Que com ele se viu confrontado ainda ao tempo em que as velhas *Ordenações* filipinas configuravam o principal repositório codificado das leis penais pátrias. Isto sem prejuízo de ele ter conhecido períodos de particular visibilidade e relevo tanto no plano doutrinal com no plano pragmático. Foi o que aconteceu, por exemplo, ao tempo da reforma fiscal dos anos sessenta. Apesar de tudo e como a seu tempo pôde Eduardo Correia demons-

trar,[2] de forma tão penetrante como clarificadora, esta longa evolução de concorrência entre infracções fiscais e delitos de direito comum deixa atrás de si uma lição segura e unívoca. A saber: *a aplicação das sanções previstas na lei penal fiscal afastou sempre as sanções da lei penal comum, desde que em causa estivessem apenas interesses encabeçados pela Fazenda Pública.* Este foi, na verdade, um dado que se manteve sistematicamente constante e que resistiu incólume ao cortejo de vicissitudes e sobressaltos, de avanços e recuos da legislação.

Noutros termos, entre os dois ordenamentos vigorou sempre uma *relação de especialidade* nos casos em que o ilícito esgotava a sua danosidade social na direcção do Fisco. Isto é, sempre que o ilícito atingisse apenas, sob a forma de dano ou perigo, valores ou interesses do mesmo Fisco. Nunca, por isso, seria punível como crime de *Burla* nos termos do Código Penal o ilícito que apenas atingisse o património do Fisco. De igual modo, não daria lugar à punição como *Falsificação de documentos* a falsidade que apenas pusesse em causa a fiabilidade e segurança probatória no âmbito da relação tributária. Um caso e outro seriam invariavelmente levados à categoria e ao regime do *concurso de normas ou aparente*, cujas fronteiras só eram ultrapassadas quando se atingiam interesses que não os do Estado-Fisco, nomeadamente interesses de terceiros. Na síntese conclusiva de Eduardo Correia: "As regras da especialidade ou o efeito consuntivo das sanções tributárias só poderão funcionar quando os interesses que visam proteger sejam os mesmos que as sanções comuns se destinam a tutelar: os interesses do Estado na sua veste fiscal. Daí que, se através de uma infracção fiscal se violam também interesses de terceiros, deverão aplicar-se as penas comuns para além das sanções tributárias. Os bens jurídicos cuja violação estas procuram evitar — os interesses da Fazenda Nacional — não contêm e, por isso, não absorvem, nesse caso, a protecção dos interesses de terceiros, a um tempo ofendidos por essa mesma infração".[3]

3. Um exame atento da tradição e da evolução das instituições penais portuguesas permite ainda colher uma segunda lição, intimamente associada à primeira e tão convincente e heuristicamente fecunda como ela. Enunciada sob a forma de tese: *a regra da consunção das sanções penais comuns pelas sanções fiscais — quando estão em causa apenas interesses próprios do Fisco — viu a sua plausibilidade progressivamente reforçada à medida que se ia afirmando e ganhando terreno o conhecido movimento de "eticização" do direito tributário.* E à medida em que, reflexamente, a infracção fiscal deixava de valer como mero *Kavaliersdelikt*, correspondente a um mero *ilícito de polícia* ou mesmo a um *ilícito penal administrativo* e se convertia em autêntica infracção criminal.

Foram, com efeito, aqueles movimentos de "eticização" e transubstanciação evolutiva da infração fiscal que permitiram consolidar a solução da consumação. Tanto no plano dogmático e político-criminal como ao nível das representações colectivas, também elas uma instância de comunicação necessária e por onde invariavelmente passa o sucesso dos programas político-criminais levados à letra de lei. Resumidamente, só uma infracção fiscal densificada axiológico-materialmente, onerada com o estigma da censurabilidade e da culpa e atraindo sobre si o peso simbólico das penas criminais pôde em definitivo

2. *Eduardo Correia*, ob. cit., p. 9 e ss.

3. *Eduardo Correia*, ob. cit., p. 24.

legitimar a solução de consumação perante o consciente coletivo.

Correspondendo a um dos dados mais consensuais e intersubjectivamente estabilizados da experiência jurídica contemporânea, seria ocioso ensaiar aqui uma mais aturada demonstração e explicitação do sentido e do conteúdo do lastro ético da infracção fiscal. Nem sequer se afigura necessário refazer, mesmo per *summa capita*, os eventos e passos mais marcantes da história que a "construção social da realidade" (Beger-Luckmann) hoje dominante tem atrás de si. É por demais conhecida a distância que a este propósito nos separa dos tempos em que a fuga aos deveres fiscais era pacificamente olhada como um facto ética e moralmente neutro — uma representação das coisas a que S. Tomás emprestaria a força do dogma teológico-moral. Ou, noutro registro, do tempo em que a infracção fiscal era degradada para o limbo marginal do ilícito de polícia ou da mera ilegalidade *antiadministrativa*, uma categoria contraposta ao direito penal de *justiça*, e, por vias disso, intrinsecamente alheia à própria idéia de justiça, na esteira da doutrina de Goldschmidt e Wolf.[4]

É igualmente consabido o contributo decisivo da emergência do ideário do Estado de Direito social para o triunfo da nova imputação ético-jurídica do delito fiscal. E isto mercê de duas ordens de razões, aparentemente antitéticas mas complementares e convergentes.

Por um lado, a assunção da *Daseinsvorsorge* pelo Estado (ditada pelo étimo *social*) opera uma ruptura na semântica do intervencionismo: este em vez de se louvar em transcendentes *raisons d'État*, passa a legitimar-se pela necessidade de garantir a todos uma existência em condições de dignidade. O que empresta uma valência ética ao imposto como meio privilegiado ao dispor de um Estado de direito para assegurar as prestações sociais que tornam possível, na conhecida fórmula de Forsthoff que o cidadão "viva não só no Estado mas também do Estado". E, por vias disso, alarga a domínios até então insuspeitos a marca do que é *digno de tutela penal*. Como nesta linha, e por todos, enfatiza Roxin: "A garantia das prestações necessárias à existência (*daseinsnotwendiger Leistungen*) constitui tarefa tão legítima do Direito Penal com a tutela de bens jurídicos".[5] E não será arriscado acreditar que nem sequer o dogma moral ficou imune ao impacto desta mundivisão, que seguramente não será estranha à nova doutrina que proscreve a fuga aos impostos devidos como autêntico pecado.

Por outro lado, as exigências do étimo Estado-*de-direito* fizeram penetrar a racionalidade fiscal das categorias e dos valores da *legalidade* e da *igualdade*. E também por esta via as obrigações fiscais ganharam a cogência dos imperativos éticos: a partir de então não tem sentido acreditar que a honestidade fiscal é, na expressão do Veit, "o equivalente da estupidez".[6]

4. Neste contexto não teria outro alcance para além de afirmar o óbvio a asserção de que também o direito fiscal português vigente se inscreve plenamente neste movimento de eticização e assegura eficácia normativa

4. CF. dos autores, respectivamente, das Verwaltungstrafrecht, Berlim, 1902 e "Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem" in: Beiträge zur Strafrechtswissenschaft . Festagabe für R. Frank zum 70. Geburtstag, Bd. II, Tübingen, 1930, p. 516 e ss. Para uma mais aturada consideração histórica, H. Mattes, *Problemas de Derecho Penal Administrativo. Historia y Derecho Comparado. Madri, 1979.*

5. *Roxin*, "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", Jus, 1966, p. 381.

6. Apud *Eduardo Correia*, ob. cit. p. 18.

às suas exigências de princípio. Isto a começar pela matriz constitucional onde claramente sobreleva a proclamação dos imperativos da *legalidade, igualdade* e *justiça social* (arts. 106.º e 107.º da Constituição da República). E a acabar nos desenvolvimentos mediatizados e positivados pelo direito ordinário, designadamente pelo RJIFNA. Que de alguma forma procuram completar, na plétora das suas exigências prático-jurídicas, o programa de eticização já decididamente ensaiado pela reforma fiscal dos anos sessenta.[7]

Não é outra a conclusão consentida pelo exame das soluções legalmente sancionadas nem pelo mais apressado olhar sobre o processo legislativo que desembocou na versão definitiva do RJIFNA. Em que o apelo à eticização do direito penal fiscal é tão ostensivo e recorrente[8] como, parece lícito adiantá-lo, consequentemente assumido. Daí a tipificação como *crimes* das infracções mais socialmente intoleráveis, isto é, as de mais expostas *dignidade penal* e *carência de tutela penal.* E crimes cominados, após algumas hesitações, com todo o arsenal de reacções criminais, nomeadamente a pena de *prisão.* Este último passo viria a ser dado pelo Decreto-lei 394/93, de 24 de novembro, que colocaria assim o fecho da abóbada. E ao mesmo tempo criaria as condições teoricamente ideais — tanto no plano político-criminal e axiológico-material com no plano sociológico-criminológico — para a consagração positivada do mais decidido princípio de consunção das sanções do direito penal comum pelas sanções do direito penal fiscal.

Também foi este o entendimento do legislador do RJIFNA ao estabelecer no art. 13.º que só haverá aplicação cumulativa das sanções penais comuns quando "*tenham sido violados interesses jurídicos distintos*". Um dispositivo legal que no contexto da ordem jurídica portuguesa vigente só pode interpretar-se como a consagração legal de um princípio geral de especialidade e consunção entre o direito penal tributário e o direito penal comum. No sentido de que as condutas que apenas ponham em causa os interesses (v.g. da *verdade* e da *segurança probatória, patrimoniais*, etc.) do Fisco não podem dar lugar à aplicação das incriminações e das penas do Código Penal. Bem vistas as coisas, mais do que uma *regra de concurso* (isto é: uma norma

7. Cf. neste sentido a voz autorizada do principal responsável pela reforma, *Teixeira Ribeiro,* sobretudo em *A Reforma Fiscal*, Coimbra, 1965.

8. A eticização foi, com efeito, um *topos* permanente nos debates parlamentares e particularmente enfatizado pelo Governo na apresentação das suas propostas de lei. Na apresentação da proposta de Lei 91/V - que se converteria na Lei 89/89, de 11 de Setembro, lei de autorizacão legislativa subjacente ao Decreto-lei 20-A/90, de 15 de Janeiro - pôde, por exemplo ouvir-se o Governo argumentar: "Hoje, porém, é dado adquirido, quer na doutrina quer na jurispridência,a eticização do direito penal fiscal, uma vez que o sistema fiscal não visa apenas arrecadar o máximo das receitas, mas também uma maior justiça distributiva dos rendimentos entre os cidadãos, tendo em conta as necessidades de financiamento das actividades sociais do Estado". *Diário da Assembléia da República,* I Série, V Legislatura (19 de Abril de 1989), p. 2243. Na mesma linha e a propósito da discussão da proposta de Lei 68/VI - que daria origem à Lei 61/93, de 20 de Agosto, lei de autorização legislativa subjacente ao Decreto-lei 394/93 de 24 de Novembro - pôde o mesmo Governo alegar: "Fugir aos impostos legitimamente criados não é comportamento digno de aplauso, mas, outrossim, a infracção a um dever fundamental de cidadania. Nesse sentido dizemos que os impostos fazem parte da cidadania. O direito penal tributário não é um domínio globalmente destituído de relevância ética e tem sido progressivamente penetrado pelos valores do direito penal". *Diário da Assembléia da República* I Série, VI Legislatura (1 de Julho de 1993), p. 2.944.

preordenada a decidir do problema da unidade ou pluridade de crimes), o art. 18.º do RJIFNA prescreve um regime especial para o concurso (um concurso que, de certo modo, é pressuposto e integra a *fattispecie* da norma). Uma mera regra de concurso não seria, de resto, necessária tendo em conta os princípios subsidiários do Código Penal. O que, em rigor, está aqui em causa é, assim, um regime do concurso de ordenamentos jurídicos: o direito penal comum e o direito penal tributário.

Nestes termos, só à margem da lei e ao arrepio dos desígnios expressos do legislador — vale dizer, só em nome de um programa político-criminal apócrifo e constitucionalmente ilegítimo, *ex vi* princípios da *legalidade*, da *reserva de lei* e da *separação de poderes* — *poderão* o intérprete e o aplicador do direito, *v.g.*, aplicar as penas previstas no Código Penal para o crime de *Burla* a uma conduta que apenas lese ou ponha em perigo os interesses patrimoniais do Fisco.

Nem cremos que, contra isso, se possa invocar uma qualquer e suposta lacuna de punibilidade. Não cremos, designadamente, que possa argumentar-se que a solução por que vimos propugnando levará a uma punição das fraudes contra o Fisco com penas mais benignas do que as cominadas na lei penal comum para formas "equivalentes" de defraudação. Por sobre ser inequivocadamente querida pela lei, esta suposta benignidade é normal, em direito comparado, e, pode mesmo dizer-se, compreensível. Resumidamente, apesar da sua inquestionável eticização, a infracção fiscal persiste como uma concretização paradigmática do direito penal secundário. Como tal não integra ainda o repositório de crimes que relevam dos consensos basilares e fundantes da comunidade e são levados ao Código Penal. Incindivelmente associada ao imposto, instrumento privilegiado de política económica num Estado de direito, a infracção fiscal acaba sempre por prestar homenagem à mundivisão dominante e democraticamente legitimada. O que equivale a dizer que o seu regime é sempre portador de um coeficiente irredutível de conflitualidade, que espelha a conflitualidade de fundo sobre o que assenta a convivência democrática numa sociedade aberta e pluralista.

Não cremos, por último, que possa fundadamente duvidar-se de que este entendimento das coisas é o único consonante com os propósitos de legislador do RJIFNA. É o que bem demonstram, para além da disciplina vertida no já recenseado art. 13.º, dois outros decisivos argumentos hermenêuticos.

Temos em primeiro lugar em vista o regime do *Abuso de confiança fiscal* (art. 24.º do RJIFNA) que mesmo depois da agravação introduzida pelo Decreto-lei 394/93, de 24 de novembro, continua a ser punido com penas que ficam muito aquém das penas drásticas (que podem ir de 1 a 8 anos de prisão, agravados de um terço, cfr. arts. 300.º e 299.º do Código Penal) cominadas pela lei comum para o *Abuso de confiança*. E nem por isso deixa de ser unívoco que a incriminação do abuso de confiança fiscal consome e afasta a incinação homóloga do Código Penal.

Significativo, em segundo lugar, o facto de o legislador do Decreto-lei 394/93, de 24 de janeiro se ter expressamente proposto elevar as penas da *Fraude fiscal*, passando a cominar esta infracção com uma moldura correspondente à da infracção homóloga das leis alemã ou belga[9]. O que só pode ser entendido

9. Neste sentido se pronunciou expressamente o Governo no debate parlamentar da já citada proposta de Lei 69/VI que legitimaria o governo a alterar o RJIFNA e que deu origem ao Decreto-lei 394/93, de 24 de Novembro. Cf. *Diário da Assembléia da Repú-*

como a intenção de adscrever à pena da *Fraude fiscal* a mesma função e a mesma eficácia que é prosseguida na Alemanha com a pena da *Steuerhinterziehung* (§ *370 da Abgabenordnung*). Tanto do ponto de vista preventivo, como, mais especificamente, no contexto da concorrência de normas ou de regimes. Ora, como teremos oportunidade de assinalar, os autores e os tribunais alemães sustentam *una voce* que a aplicação da *Steuerhinterziehung* consome e afasta a incriminação da *Burla* inscrita no Código Penal.

5. Nas considerações expostas ficam já claramente indiciados os termos e o sentido em que, a nosso ver, devem equacionar-se e solucionar-se os problemas de concurso entre a *Fraude fiscal* do RJIFNA e incriminações da lei penal comum como a *Falsificação de documentos* e a *Burla*. O que aqui fundamentalmente nos propomos é buscar na reflexão dogmática um contributo para uma melhor sustentação da tese sumariamente enunciada. Para tanto há-de naturalmente começar-se por uma referência analítica à factualidade típica da *Fraude fiscal* prevista no art. 23.º do RJIFNA.

2. Elementos fundamentais da factualidade típica da fraude fiscal

6. À semelhança do que em geral sucede, também aqui são fundamentalmente dois os tópicos ou momentos que definem a factualidade típica de uma infracção criminal e, por essa via, a singularizam no universo dos crimes, em geral, e particularmente face às infracções de maior contiguidade sistemática. Concretamente: o *bem jurídico* protegido e a *área de tutela típica* que lhe é adscrita e que é balizada pela *conduta proibida e punida.*

A este propósito cabe, desde logo, assinalar uma das notas mais marcantes do *direito penal secundário* (a que pertence, já o vimos, o direito penal fiscal) e que, como tal, o contrapõe e o distingue do chamado *direito penal de justiça ou clássico:* a relação de codeterminação recíproca entre o *bem jurídico* e a conduta típica. Resumidamente, no direito penal de justiça é possível referenciar claramente o bem jurídico pondo entre parênteses o desenho normativo da incriminação — v.g., a *vida* em relação ao *homicídio* — e portanto como realidade ontológica e normativamente preexistente à descrição legal da conduta proibida. Já no direito penal secundário muitas vezes só a partir da consideração do comportamento proibido é possível identificar e recortar em definitivo o bem jurídico. Aqui, e pelo menos do ponto de vista heurístico-hermenêutico, isto é, na perspectiva do intérprete e aplicador do direito, a determinação do bem jurídico é normalmente um *posterius* em relação à conformação legal-positiva da incriminação. Como nesta linha e pertinentemente assinala Silva Dias: "A respeito do fundamento concreto da intervenção penal no âmbito do ilícito fiscal e diferentemente do que sucede nos chamados *crimes clássicos*, não se apresenta à partida um (ou vários) bem jurídico de contornos definidos, concretamente apreensível que funcione como *constituens* da estrutura do ilícito e vincule a uma certa direcção de tutela. Ao invés, objecto da protecção penal é um *constituto*, uma resultante de objectivo se estratégias de política criminal previamente traçados. O legislador não parte aqui das representações de valor pré-existentes na consciência jurídica da comunidade, mas intervém modeladoramente no sentido de uma ordenação da convivência. Por outras palavras, o interesse protegido pelas normas penais fiscais não é um *prius*,

blica, I Série, VI Legislatura (30 de Julho de 1993), p. 2.944.

que sirva ao legislador do instrumento crítico da matéria a regular e do modo de regulação, mas um *posterius*, com uma função meramente interpretativa e classificatória dos tipos, construído a partir da opção por um dos vários figurinos dogmáticos e político-criminais que o legislador tem à disposição. Com este sentido pode dizer-se que os crimes tributários têm natureza *artificial*".[10]

Bem se compreende, por isso, que nas controvérsias doutrinais e jurisprudenciais sobre o bem jurídico protegido pelos crimes fiscais avulte sobremaneira a invocação e o apelo ao sentido e alcance da matéria proibida, como argumento sistematicamente privilegiado. Elucidativa a experiência jurídico-penal alemã centrada sobre a figura da *Steuerhinterziehung*, prevista no § 370 da *Abgabenordnung* e homóloga do crime de *Fraude fiscal* do RJIFNA português. Nesta linha e para sustentar a tese que adscreve ao pertinente bem jurídico a estrutura de um específico bem jurídico-patrimonial, argúi, por exemplo, Kohlmann: "Se quisesse definir-se o bem jurídico como a protecção do Estado a uma *correcta informação* sobre os factos (fiscalmente relevantes) (...) então seria pura e simplesmente supérflua a exigência normativa de um resultado para além da acção".[11]

7. A experiência histórico-comparativa está longe de respeitar um modelo unívoco de desenho da factualidade típica do crime de *Fraude fiscal* e de compreensão do correspondente bem jurídico. Apesar de tudo, é possível reconduzir o espectro de soluções conhecidas[12] a três modelos fundamentais e arquetípicos.

a) Num extremo avultam as legislações que conformam a infracção como um *crime de dano*, cuja consumação exige a efectiva inflicção de um prejuízo ao Estado-fisco. Já sob a forma de não pagamento ou pagamento indevidamente reduzido de um imposto, já sob a forma de um reembolso sem suporte legal, já sob a forma de obtenção indevida de um benefício fiscal. Esta foi a via paradigmaticamente seguida pelo direito positivo alemão que, nos termos do já citado § 370 da *Abgabenordung* (1977), incrimina e pune a título de *Steuerhinterziehung:*

"*quem*

1. Prestar às autoridades fiscais ou outras autoridades declarações falsas ou incompletas sobre factos com relevância fiscal,

2. Omitir às autoridades fiscais informações que esteja obrigado a prestar sobre factos com relevância fiscal

e, por essa via, obtiver a redução de impostos ou obtiver para si ou para terceiro, um benefício fiscal indevido".

10. *Silva Dias*, "O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro (Decreto-lei 20-A/90 de 15 de Janeiro). Consideracões Dogmáticas e Político-Criminais", Fisco, Julho de 1990, p. 29. Para uma mais aturada caracterização dos bens jurídicos do direito penal secundário, cf. *Figueiredo Dias, Para Uma Dogmática do Direito Penal Secundário*,Coimbra, 1984 e *Costa Andrade*, "A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia (Decreto-lei 28/84, de 20 de Janeiro) à Luz do Conceito de bem Jurídico", in: *Direito Penal Económico*, Coimbra, 1985, p. 71 e ss.

11. *Kohlmann, Steuerstrafrecht, Köln, 1992* § 370 nº 9.4.

12. Sobre os possíveis modelos de compreensão da factualidade típica e do bem jurídico protegido pela incriminação *Fraude fiscal* e a sua projecção na problemática do concurso de infracções, cf. desenvolvidamente, K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 2. Besonderer Teil, Hamburgo, 1976, p. 117 e ss; Kohlmann, ob. cit. e ss; Silva Dias, ob. cit. p. 20 e segs; Eliana Gersão, *Revisão do Sistema Jurídico Relativo à Infracção Fiscal*, Lisboa, 1976, p. 21 e ss. Para uma primeira síntese de direito comparado, J. Bruron, *Droit pénal fiscal*, Paris, 1993, p. 141 e ss.

Face a este dispositivo legal, compreende-se que a doutrina e a jurisprudência germânicas, claramente maioritárias e dominantes, propendam a definir o bem jurídico protegido na esteira das formulações adiantadas pelo *Reichsgericht*. Este definia o bem jurídico como: "o interesse público no recebimento completo e tempestivo dos singulares impostos." E ainda: "a pretensão do Estado ao produto integral de cada espécie singular de imposto".[13] Para caracterizar o bem jurídico assim compreendido, fala entre nós Silva Dias da "pretensão do fisco à obtenção integral da receitas tributáveis, *centrando a ilicitude no dano causado ao erário público e, portanto, primacialmente no desvalor de resultado*".[14] Segundo esta concepção, o que em primeira linha define o bem jurídico protegido é a sua índole prevalentemente *patrimonial*. Do que aqui se trata, assinala Tiedemann, é da *tutela de um património,*[15] que de particular tem apenas a circunstâncias de ser um património encabeçado pelo Estado, na veste de Fisco.

A representação do bem jurídico nos termos que ficam sumariamente enunciados há-de, naturalmente, emprestar à incriminação fiscal uma estrutura substancialmente idêntica à dos crimes contra o património em geral. E há-de, por isso, reclamar o recurso privilegiado aos princípios metodológicos e hermenêuticos, bem como às categorias e conceitos próprios do direito penal patrimonial. Resumidamente, a *Fraude fiscal* há-de, no essencial, reconduzir-se a uma forma especial de *Burla*, em cuja factualidade típica terá, conseqüentemente, de avultar o *dano patrimonial causado ao Estado*.

b) Numa direcção ostensivamente divergente pode conceber-se e construir-se a *Fraude fiscal* exclusivamente como violação dos deveres de *informação* e de *verdade* que impendem sobre o cidadão contribuinte. O que acima de tudo avulta nesta compreensão das coisas é a projecção do cidadão como um "órgão auxiliar da administração" (Eb. Schmidt),[16] chamado a honrar com lealdade e rigor os seus deveres de colaboração com a Administração, em particular a Administração fiscal. E isto a partir da constatação de que a "nova política fiscal exigiu, por um lado, uma intensificação dos *deveres de informação* por parte do contribuinte ou de terceiros; por outro lado, um alargamento dos *poderes de investigação* da Administração".[17] Nesta linha e entre nós, já chegou a propor-se uma infracção descrita nos termos seguintes:

"A falta ou inexactidão das declarações legalmente exigidas em vista da determinação da matéria colectável, bem como as omissões nela praticadas, serão punidas no caso de dolo, com prisão até dois (um?) ano e(ou) multa igual ao dobro do imposto não liquidado"[18].

Aqui só poderá ser erigida à categoria de autónomo bem jurídico-penal "a pretensão do Estado ao cumprimento dos deveres de revelação dos factos que versem a comunicação de dados às autoridades financeiras, conforme o estabelecido nas singulares leis fiscais".[19]

13. Apud, Kohlmann, ob. loc. cit. No mesmo sentido, para além de Kohlmann, P. Spörlein, Steuerstrafrecht, Darmastadt, 1993, rubrica "Steuerhinterziehung", p. 1 e ss.

14. Silva Dias, ob. cit. p. 29

15. Tiedemann, ob. cit. p. 118.

16. Eb. Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, Tübingen, 1950 p. 28.

17. Eliana Gersão, ob. cit. p. 38.

18. Id. p. 40.

19. Cf. Kohlmann, ob. loc. cit.. Neste sentido se tem pronunciado uma corrente minotitária da doutrina alemã, que se fez ouvir sobretudo antes da Abgabenordnung de 1977. Cf., v.g., neste sentido, Franzen/Gast/Samson, Steuerstrafrecht mit Steuerordenungswidrigkeiten und Verfahrensrecht, München, 1969, "Einleitung", nota nº 8; Ehlers/Lohmeyer, Steuerstraf-und Ordenungswidrig-

Em sentido convergente e no contexto do direito penal fiscal espanhol sustenta Bagicalupo que em causa está fundamentalmente "a proteção da actividade de investigação da Administração no que toca aos pressupostos fácticos dos dados tributáveis".[20] O que equivale a proclamar que o "bem jurídico protegido (...) é a pretensão do Estado de contar com uma colaboração leal dos cidadãos na determinação dos factos tributáveis".[21] Na formulação sobreponível de Silva Dias, o que emerge como interesse juridicamente protegido é "a pretensão do Estado à revelação dos factos fiscalmente relevantes, construindo-se a ilicitude na base da violação de deveres de colaboração com a administração financeira e, portanto, do desvalor de acção".[22]

Esta segunda concepção aponta para um bem jurídico polarizado em torno dos valores da *transparência* e da *verdade*. Claramente distinto do património, este bem jurídico assume antes a estrutura e a índole dos bens jurídicos próprios dos crimes de falsificação, a saber: "a *segurança e a fiabilidade do tráfico jurídico com documentos*",[23] na área específica da prática fiscal. Trata-se, noutros termos, de um bem jurídico que emerge numa irredutível relação de comunicabilidade axiológico-material, mesmo de sobreposição praticamente total, com o bem jurídico de crimes como a *Falsificação de documentos*. E que, no contexto do direito penal português vigente (art. 228.º do Código Penal), podemos, com Leal Henriques e Simas Santos, definir como "a segurança e a confiança do tráfico jurídico, especialmente o tráfico probatório, a verdade intrínseca do documento enquanto tal".[24] Em sentido materialmente convergente e noutra sede, puderam os subscritores deste *estudo* sustentar: "o que o crime de falsificação protege é a *verdade intrínseca do documento enquanto tal*".[25]

Também esta compreensão do bem jurídico prejudica e predetermina decisivamente a estrutura da factualidade típica da infracção correspondente. Neste plano, avulta logo o facto de a *lesão* ou o *dano* — ou, consoante os casos, o benefício — patrimonial não aparecer como elemento autónomo do tipo. O tipo e a ilicitude esgotam-se no atentado à transparência fiscal, um interesse "*prodrómico*" e independente da verificação do resultado lesivo (exterior à conduta)" (Gallo).[26]

C) As soluções oferecidas pelo direito comparado estão longe de se circunscrever aos dois modelos extremados que ficam sumariamente caracterizados. Com não rara freqüência, os legisladores tendem a privilegiar soluções compromissórias ou mistas, apostadas em assegurar protecção penal tanto aos valores da *verdade-transparência* como aos interesses *patrimoniais-fiscais*. Pode, por exemplo, dispensar-se a um daqueles bens jurídicos a protecção directa e primária da infracção e reservar-se para

keitenrecht einschl. Verfahrensrecht, Stuttgart, 1969, p. 80.

20. Bacigalupo, "El delito fiscal na España", *Revista de la Faculdad de derecho de la Universidad Complutense*, nº 56 (1979), p. 80.

21. Id. p. 82.

22. Silva Dias, ob. cit p. 29.

23. É com esta expressão que alguns autores definem o bem jurídico-penal do crime de Falsificação de documentos. Cf., neste sentido, V. Krey, Strafrecht. Besonderer Teil, Bd. I, Köln, 1972, p. 272; K. Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München, 1989, § 267, nº 1.

24. L. Henrique Santos, O Código Penal de 1982, 1986, vol. 3, p. 144.

25. Figueiredo Dias/Costa Andrade, "O Legislador de 1982 optou Pela Descriminalização do Crime Patrimonial de Simulação", *Colectânea de Jurisprudência*, Ano VIII (1983). Tomo III, p. 23.

26. Apud, Silva Dias, ob. cit. p. 46.

o outro a tutela reflexa ou secundária. Para além disso, pode estruturar-se a *Fraude fiscal* como um delito de falsidade, mas expressamente preordenada à produção do dano ou prejuízo patrimonial do Fisco.

Segundo este último modelo — que foi, vê-lo-emos, paradigmaticamente seguido pela lei penal fiscal portuguesa — o *dano* patrimonial, sendo, enquanto tal, estranho ao tipo, está a ele associado pela mediação de um específico elemento subjectivo, isto é, *figura como referente expresso da intenção do agente.*

Do ponto de vista político-criminal e teleológico, o que por esta via se procura alcançar é o alargamento e reforço da tutela jurídico-penal do património fiscal. Trata-se de assegurar a este património uma *protecção avançada* — a *Vorfeldschutz* de que falam os tribunais e os autores alemães —,[27] antecipando a intervenção preventiva e repressiva do direito penal para um momento anterior ao da ocorrência do sacrifício ou dano patrimonial. E actualizando aquela intervenção do instrumento de *ultima ratio* que é o direito penal mesmo que o dano não chegue a ter lugar. *Brevitatis causa:* comprovada a intenção do agente de infligir um dano ao património fiscal (ou, consoante os caos, a obtenção de um benefício indevido), a sua produção efectiva não é indispensável à consumação da infracção.

A *Fraude fiscal* surge a esta luz com um estatuto dogmático ambivalente: ela é, *tipicamente*, um crime de *falsidade*; mas é também e ao mesmo tempo, *materialmente*, um crime contra o património fiscal. E é esta ambivalência que define a compreensão da infracção segundo a solução compromissória e a separa dos modelos extremados anteriormente assinalados. Assim, e diferentemente do que vimos suceder com o primeiro modelo, o resultado lesivo não integra aqui a factualidade típica da infracção, não constituindo, um pressuposto da sua consumação. Diferentemente, porém, do que se passa com o segundo modelo, a falsidade não esgota só por si o ilícito típico: *à falsidade tem de acrescer a intenção de produzir o resultado lesivo sobre o património fiscal.*

Compreende-se, assim, que, com plasticidade e inquestionável rigor, a doutrina[28] e a jurisprudência alemãs falem a este propósito de *crimes de resultado cortado* ou, mais genericamente, *de crimes de tendência interna transcendente.* Na caracterização de Jescheck, "*o agente almeja um resultado que há-de ter presente para a realização do tipo, mas que não é preciso alcançar*".[29] Na mesma linha, refere-se Jakobs à "impaciência" do legislador penal, que o leva a renunciar a alguns elementos objectivos atinentes à lesão efectiva do bem jurídico. Isto explicará ainda a "incongruência" entre o tipo objectivo e o tipo subjectivo que, segundo o autor, constitui invariavelmente a marca dos *crimes de resultado cortado:* o preenchimento do tipo subjectivo reclama a verificação cumulativa de mais elementos do que o preenchimento do tipo objetivo.[30]

8. Estes são os três modelos abstractos e arquetípicos, em geral, oferecidos ao legislador para pôr de pé a infracção da *Fraude fiscal.* Modelos que convirá ter presentes com o pano de fundo quando, num momento ulterior, curarmos de ensaiar uma melhor caracterização da

27. Cf., no mesmo sentido, Bacigalupo, ob. cit. p. 82

28. Cf., neste sentido, por todos, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, Parte General,* Granada, 1993, p. 286 e ss; Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlim, 1991, p. 176 e s.

29. Jescheck, ob. cit. p. 286.

30 Jakobs, ob. cit p. 176.

Fraude fiscal do RJIFNA, quer no que toca ao *bem jurídico* protegido, quer no que respeita à área de tutela típica que lhe é adscrita. Para tanto, nada heuristicamente mais fecundo do que a lição da experiência jurídica alemã face à incriminação homóloga — a *Steuerhinterziehung* do § 370 da lei fiscal de 1977 —, consabidamente, a fonte directa do legislador português.

Ora, apesar de directamente tributário da lei alemã, o legislador português imprimiu à *Fraude fiscal* do RJIFNA um desenho e uma estrutura típicas que a distinguem e contrapõem, em aspectos significativos, à figura da lei alemã. Resumidamente, enquanto a lei alemã adoptou — e assumiu na plenitude das suas implicações dogmáticas e práticojurídicas — o primeiro dos modelos referenciados, a lei portuguesa seguiu, irrestrita e conseqüentemente, o terceiro.

Propondo-se reprimir e prevenir directamente a evasão fiscal, a *Steuerhinterziehung* alemã tem a estrutura típica da *burla:* apenas marcada pela singularidade de se dirigir *contra o património do Estado-fisco*. Assim, enquanto não sobram dúvidas consistentes quanto à índole *patrimonial* do bem jurídico protegido, do lado da factualidade típica avulta claramente a produção *de um resultado lesivo:* já como produção directa de um dano ou prejuízo, já, reversamente, pela via da obtenção de um benefício fiscal indevido. Um resultado que configura um momento nuclear da factualidade típica e cuja verificação (e prova) efectiva constitui pressuposto irrenunciável da consumação da infracção.

Compreende-se, por isso, que entre os autores e os tribunais germânicos seja pacífico e consensual o entendimento segundo o qual entre a incriminação da *Steuerhinterziehung* (§ 370 da lei fiscal de 1977) e da *Burla* (§ 263 do StGB) medeia uma clara *relação de especialidade*. E que as duas incriminações sejam *una voce* citadas como manifestação exemplar do *concurso aparente* de infrações.[31] Por força do qual a aplicação da lei penal fiscal (lei especial) exclui a aplicação da lei penal geral, *sc.*, a incriminação da *burla* nos termos do Código Penal: *lex specialis derogat legi generali*. Como, nesta linha e fazendo-se eco do entendimento da doutrina e jurisprudências alemãs, refere Kohlmann: "Entre a *Steuerhinterziehung* e a *Burla* há um *concurso de normas* (ou *concurso aparente de crimes*) sempre que a acção fraudulenta deva servir apenas à redução dos impostos. Suponha-se, por exemplo, que um contribuinte *A* engana as autoridades financeiras acerca da sua incapacidade para pagar, conseguindo deste modo um adiamento do pagamento de importâncias devidas a título de imposto. *A* comete naturalmente o crime de *Steuerhinterziehung* na forma de obtenção de um benefício fiscal indevido. Em conseqüência das suas manobras fraudulentas resultam também preenchidos os pressupostos da factualidade típica do crime de *Burla*. Só que não há qualquer espaço para a punição por *Burla* nos termos do § 263 do Código Penal, a par da punição por *Steuerhinterziehung*. Uma evasão fiscal, que configura ao mesmo tempo uma *burla*, mas que não tem por objecto nada mais para além da frustração de pretensões tributárias da administração fiscal, há-de, por isso, dar apenas lugar à aplicação das normas especiais do direito penal fiscal".[32]

Importa reter que, ao emprestar esta estrutura à *Steuerhinterziehung*, a lei de

31. Cf., neste sentido, por todos, Schonke/ Schröder/ Cramer, *Strafgesetzbuch. Kommentar, München,* 1991, p. 1.905; Sanson, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,* Neuwied, 1991, § 263, nº 203,; Kohlmann, ob. cit., nºs 313 e ss.

32. Kohlmann, ob. cit., nº 313.

1977 mais não faz do que prestar homenagem e preservar a fidelidade a um modelo com uma longa e consolidada tradição na história do direito penal fiscal germânico. Uma tradição que remonta, pelo menos, à lei fiscal do Império (*Reichsabgabenordnung*) de 1919, cujo § 359 incriminava já a *Steuerhinterziehung*, adscrevendo-lhe uma factualidade típica que resistira, sem alterações significativas, ao cortejo das numerosas e sucessivas reformas legislativas, que culminaram no diploma em vigor.[33] Nos termos, por exemplo, da versão vigente imediatamente antes da lei de 1977 e introduzida pela reforma de 1968 (§ 392), era punido por *Steuerhinterziehung:*

"1. Quem, em proveito próprio ou alheio, conseguir obter vantagens fiscais ilegítimas, ou produzir dolosamente a redução das receitas fiscais".[34]

9. O quadro é outro do lado da experiência jurídica portuguesa. E tanto na perspectiva histórico-evolutiva, como no plano do direito positivo vigente, *maxime*, na disciplina jurídico-penal da *Fraude fiscal* no contexto do RJIFNA.

Como Eliana Gersão assinala, o modelo germânico — que põe a "tónica da infracção no *dano causado à Administração*, através das *manobras enganosas* do contribuinte"[35] e que perspectiva a *Steuerhinterziehung* como atentado contra o património público e, por vias disso, como uma manifestação particular de *Burla* — não tem tradição entre nós. A sua consagração postularia, na verdade, a criação "*ex novo* no nosso direito do crime de *burla fiscal*, no qual incorreria quem conseguisse, para si ou para outrem, vantagens fiscais ilegítimas — frustração da liquidação do imposto ou liquidação do mesmo em montante inferior ao devido; obtenção de isenções ou reduções fiscais ilegítimas — induzindo um erro a Administração".[36]

Não foi este o caminho trilhado pelo legislador português quando no art. 23.º do RJIFNA verteu a disciplina jurídico-penal da *Fraude fiscal*. Desde logo, a lei penal fiscal portuguesa não inscreve o *dano patrimonial* entre os *pressupostos objectivos* da factualidade típica. Nem sob a forma de inflicção de um prejuízo ao Fisco — como redução do imposto liquidado ou obtenção de um reembolso —, nem na forma da obtenção de um benefício ou reembolso indevidos. E isto diferentemente do que faz a incriminação alemã de *Steuerhinterziehung* e mesmo do que sucede entre nós com o chamado *Abuso de confiança fiscal*. Esta última uma infracção descrita no art. 24.º do RJIFNA que pressupõe, entre os elementos da factualidade típica, a efectivação de um dano/enriquecimento, sob a forma de descaminho de prestações correspondentes a créditos tributários. Resumidamente, no que ao chamado *tipo objectivo* respeita, necessário — e suficiente — ao preenchimento da factualidade típica da *Fraude fiscal* é apenas o *atentado à verdade ou transparência* corporizado nas diferentes modalidades de falsificação previstas no n.º 1 do art. 23.º do RJIFNA. Uma infracção que se consumará mesmo que nenhum *dano/enriquecimento* indevido venha a ter lugar.

Tudo se conjuga, assim, em abono da tese segundo a qual são a segurança e a fiabilidade do tráfico jurídico com documentos no domínio específico da prática fiscal — e não o património fiscal como tal — que configuram o bem jurídico directa e primacialmente protegido pela incriminação da *Fraude fiscal*. Que emerge assim, *tipicamente*,

33. Para uma mais desenvolvida consideração histórica, Kohlmann, ob. cit. nºs 1 e ss.

34. Segundo a tradução de Eliana Gersão, ob. cit., p. 37.

35. Eliana Gersão, ob. cit., p. 36 e ss.

36. Eliana Gersão, ob. cit. p. 36.

como um crime de *falsidade*. Em termos perfeitamente idênticos e sobreponíveis ao que sucede, no contexto do tráfico jurídico geral, com o crime de *Falsificação de documentos* da lei penal geral (art. 228.º do Código Penal). Um entendimento que vê a sua plausibilidade e acerto particularmente reforçados pelo disposto no art. 26.º do RJIFNA. O qual privilegia, como condição da concessão do benefício do *arquivamento do processo* e da *isenção de pena*, a *reposição pelo agente da verdade sobre a sua situação fiscal:* uma forma de adscrever à *reposição da verdade* a eficácia neutralizadora da danosidade social da conduta típica. E, por vias disso, uma forma indirecta — mas nem por isso menos impressiva e convincente — de apontar a *verdade e a transparência* como o bem jurídico-penal em primeira linha protegido pelo crime de *Fraude fiscal*.

10. As considerações expendidas permitiram pôr a descoberto uma sobreposição acentuada entre o *tipo objectivo* da *Fraude fiscal* (art. 23.º do RJIFNA) e o tipo objectivo da *Falsificação de documentos* (art. 228.º do Código penal). Esta sobreposição repete-se de forma simétrica, do lado do chamado tipo *subjectivo*.

No tipo subjectivo da *Falsificação de documentos* avulta a "*intenção de causar prejuízo a outrem ou ao Estado ou de alcançar para si ou para terceiro um benefício ilegítimo*". E só aparentemente pode ser outro o sentido e alcance da fórmula adoptada pelo legislador de 1990 no desenho da factualidade típica da *Fraude fiscal: "intenção de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial indevida"*. Não se vê, com efeito, que deva atribuir-se qualquer significado prático-jurídico ou alcance normativo ao silêncio que aqui se faz quanto ao *prejuízo* para o Estado-Fisco, o reverso necessário de qualquer vantagem patrimonial indevida segundo o direito fiscal. E a verdade é que na versão de 1993 — e sem que isto equivalha a uma alteração significativa do quadro normativo vigente — o legislador veio explicitar a referência a ambas as faces da mesma realidade: "*que visem a não liquidação, entrega ou pagamento do imposto ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais susceptíveis de causarem diminuição das receitas tributárias*".

A única diferença que neste plano é possível referenciar entre o crime de *Falsificação de documentos* (art. 228.º do Código Penal) e o crime de *Fraude Fiscal* (art. 23.º do RJIFNA), prende-se com o horizonte e o universo dos resultados que, num caso e noutro, figuram como referentes típicos da *intenção* do agente. Isto é: a infracção do Código Penal visa prevenir atentados à segurança e fiabilidade do tráfico jurídico, em geral; a incriminação da lei penal fiscal propõe-se apenas fazer face aos atentados à verdade, à segurança e fiabilidade no âmbito circunscrito da relação jurídico-tributária. *Brevitatis causa*, a *Fraude fiscal* configura a todos os títulos um caso de *especialidade* face à incriminação genérica da *Falsificação de documentos*. Um dado que predetermina decisivamente a equacionação e a resposta às questões de concurso suscitadas pela aplicação concreta da *Fraude fiscal*.

É a problemática que nos propomos afrontar de seguida.

3. Relações de concurso entre a *fraude fiscal* do RJIFNA e os crimes de *falsificação de documentos* e *burla* do Código Penal

11. Importa, à partida, assinalar a complexidade e as dificuldades acrescidas dos problemas de concurso suscitados pela incriminação da *Fraude fis-*

cal. Complexidade e dificuldades que devem, em boa medida, levar-se à conta do espectro dissonante e centrífugo das respostas oferecidas pelo direito comparado aos problemas do concurso neste domínio. E em que se reflecte, de forma particularmente exposta, a diversidade de modelos seguidos pelos legisladores no desenho da pertinente factualidade típica. Isto é, no que toca à definição do *bem jurídico* protegido e à delimitação da *área de tutela* típica. Particularmente decisivos a este propósito são o relevo e o estatuto reconhecidos ao *resultados lesivo do património fiscal* na estrutura da factualidade típica. Assim, e continuando a privilegiar os três modelos abstractos e arquetípicos, acima recenseados, tudo estará, com efeito, em saber:

a) Se o legislador erige a *Fraude fiscal* como um crime *material e de dano*, em que o resultado lesivo do património fiscal figura como um elemento insuprível da factualidade típica. Um modelo em que a *Fraude fiscal* surge claramente numa relação de *concurso aparente* com a figura geral da *Burla*. Foi o que a referência à experiência jurídica alemã nos permitiu ilustrar. No quadro deste modelo, cabe outrossim questionar se a aplicação da incriminação da *Fraude fiscal* não deverá, em princípio, excluir a norma incriminatória da *Falsificação de documentos*, agora em nome duma relação de *consunção impura.*[37]

B) Se o legislador concebe e modela a *Fraude fiscal* como mero *atentado contra a verdade, sc.*, denegando qualquer relevo ao resultado lesivo do património, quer como elemento do tipo objectivo quer como referente da intenção do agente. A *Fraude fiscal* estará aqui numa relação de *concurso aparente* com a *Falsificação de documentos* e, a par disso, numa relação de concurso efetivo com a *Burla.*

C) Se o legislador prescreve o resultado lesivo como referente necessário da *intenção* do agente de uma *Fraude fiscal* que se consuma mesmo que aquele resultado não venha a ter lugar. Isto é, se o legislador conforma a infracção segundo o modelo dos *crimes de resultado cortado.* Neste quadro, a *Fraude fiscal*, que surge tipicamente como um crime contra a verdade, está numa relação de *concurso aparente ou legal* com a *Falsificação de documentos.* Para além disso, também não haverá espaço para um *concurso efectivo (real ou ideal)* com a *Burla*, mas tão só para um *concurso legal ou aparente* com esta infracção. *E isto depois de se ter valorado a produção do resultado como fundamento autónomo de agravação da pena.* Os casos de efectiva ocorrência do resultado lesivo — os únicos em que obviamente tem sentido questionar a aplicabilidade da norma incriminatória da *Burla* — hão-de, assim, ser tratados sob o regime da *medida da pena*, em que o resultado esgota a relevância jurídico-penal.

37. Isto com base no entendimento, com grande eco na doutrina, segundo o qual "o art. 313º do Código Penal (*Burla)* consome impuramente um eventual crime de falsificação de documentos que tenha sido realizado como meio para praticar um crime de burla (quando o documento falsificado é um dos descritos no nº 2 do art. 228º do CP)". Cf. Helena Moniz, *O Crime de Falsificação de Documentos.* Da Falsificação Intelectual e da Falsidade em Documento, Coimbra, 1993, p. 88. Ora, a relação de *consunção impura* que medeie entre a Burla e a *Falsificação de documentos* há-de, *por manifesta identidade de razões*, mediar também entre a Fraude Fiscal - que na economia deste modelo surge afinal como um tipo especial de Burla - e a *Falsificação de documentos.* Esta, porém, uma questão que não merecerá neste contexto um tratamento mais aturado, por se suscitar no âmbito de um modelo normativo da *Fraude fiscal* que não foi o adoptado pelo legislador penal fiscal português.

Como o percurso até aqui empreendido terá deixado claro, este último é, seguramente, o paradigma a que obedece o direito português vigente. Ele reclama, por isso, um exame mais aturado e uma demonstração mais desenvolvida. Antes, porém, e à vista da dispersão da experiência comparatística, importará prevenir contra os inconvenientes da transposição apressada das soluções com curso estabilizado no âmbito de outros ordenamentos jurídicos. Isto sem pôr em causa a inquestionável fecundidade heurística e hermenêutica do elemento comparatístico. Só que ele não deve sobrepor-se às soluções que, por sobre serem as mais consistentes doutrinalmente, se mostrem outrossim as mais consonantes com o direito positivo, o programa político-criminal subjacente e as mais solváveis à luz dos princípios constitucionais da *igualdade, proporcionalidade e ne bis in idem*.

12. No quadro do direito português vigente, não cremos que a fronteira entre a *Fraude fiscal* e a *Falsificação de documentos* suscite problemas de *concurso* particularmente difíceis. Isto sendo, desde logo, manifesto que entre as duas incriminações medeia uma nítida relação de *especialidade*. É o que resulta da já assinalada sobreposição entre a factualidade típica das duas incriminações, tanto no plano objectivo como subjectivo. Em termos tais que a recondução ao regime do *concurso aparente* — *sc.*, a subsunção de um caso concreto na incriminação da *Fraude fiscal*, com exclusão da aplicação da norma incriminatória da *Falsificação de documentos* — não deixaria a descoberto um qualquer *desvalor de acção* ou um qualquer *desvalor de resultado* que a lei penal tenha pretendido censurar e punir a título de *Falsificação de documentos*.

Terá pelo menos de ser assim sempre que a falsificação dos documentos é levada a cabo com o único objectivo de realizar a *Fraude fiscal* e esgota a sua danosidade social no âmbito desta infracção. Na síntese clarificadora e já recordada de Eduardo Correia, as regras da especialidade ou o efeito consuntivo das sanções tributárias terão de funcionar "quando os interesses que visam proteger sejam os mesmos que as sanções comuns se destinam a tutelar: *os interesses do Estado na sua veste fiscal*".[38] Uma lição que já o vimos, viria a ser acolhida e expressamente sancionada pelo legislador do RJIFNA (art. 13.º)

13. À mesma conclusão se poderia chegar por uma via alternativa: uma via que privilegiasse o regime jurídico-penal da *Simulação* e das relações entre a *Simulação* e a *Falsificação de documentos*, no contexto da ordem jurídica portuguesa vigente a partir da entrada em vigor do Código Penal de 1982.

Resumidamente, na experiência jurídica portuguesa vale hoje como asserção axiomática, com a força estabilizada de um dogma, a tese segundo a qual a *Simulação* não configura, em si e de per si, *um autónomo ilícito penal não sendo, como tal, proibida e sancionada pelo direito criminal vigente*.[39]

38. Cf. supra. Em sentido convergente, Silva Dias, ob. cit. p. 24 e ss.

39. Este entendimento tem por si, desde logo, o apoio — decisivo à luz do princípio *nullum crimen sine lege* — e decorrente do próprio texto do Código Penal em vigor. O qual não contém nenhum dispositivo correspondente ao art. 455.º do Código Penal de 1886, que incriminava a *Simulação* como um autónomo *crime contra o património*. Para além disso, a tese da descriminalização da *Simulação*, unanimemente referendada pela doutrina portuguesa, colhe outrossim o aplauso pacífico da *praxis* jurisprudencial. No plano doutrinal cf., por todos, Lopes Rocha, "O Novo Código Penal Português. Algumas Questões de Política Criminal", *BMJ*, n.º 322 (janeiro de 1983), p. 61; Helena Moniz, *ob. cit.*, p. 182 e ss.; Figueiredo Dias/Costa

Enquanto isto e no que especificamente contende com as relações entre a simulação e o crime de *Falsificação de documentos*, outra tese corre hoje

Andrade, "O Legislador de 1982 ...", *cit., passim*. No que à jurisprudência concerne, clarificador neste sentido o Aç. de 9.11.1983 do STJ. Cf. *BMJ* n.º 331.º (dezembro de 1983), p. 312 e ss. No direito penal português actual, a simulação só pode dar origem a um comportamento penalmente punível: a) no contexto dos apertados pressupostos do n.º 2 do art. 233.º do Código Penal; b) por força de incriminação específica (e extravagante) vigente em domínios localizados do *direito penal secundário*, de que pode citar-se, como exemplo, precisamente o n.º 1 do art. 23.º do RJIFNA (alínea b), na versão do Decreto-lei 20-A/90, de 15 de janeiro e a alínea c) do n.º 2 na versão do Decreto-lei 394/93 de 24 de novembro).

a) O n.º 2 do art. 233.º do Código Penal incrimina e pune *"quem, induzindo em erro um funcionário, o levar a fazer constar de documento ou objecto comparável, a que a lei atribui fé pública, algum facto que não é verdadeiro."* Configurando uma inovação na história do direito penal português, este dispositivo legal visará, além do mais e na opinião de Eduardo Correia (expressa na apresentação e discussão do Projeto de Código Penal, de que era autor), "a punição da simulação do acto público". Cf. Acta das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Especial, 1979, p. 242.

De forma sincrética e sincopada, para que se concretize a hipótese típica deste dispositivo legal exige-se, *inter alia*, a verificação cumulativa de três pressupostos: 1.º que se trate de *documento público*; 2.º que se dê a intervenção de um *funcionário público*; 3.º que o funcionário público actue com base em *erro induzido* pelo agente. Razão assiste, deste modo, a Helena Moniz quando precisa que a simulação é aqui punida "já não como crime patrimonial, nem como crime de falsificação de documentos, mas como falsa *documentação indirecta*" Helena Moniz, ob. cit., p. 199 e ss. Isto em termos sensivelmente idênticos aos do § 271 do Código Penal alemão (StGB) — mittelbare Falschbeurkundung —, que serviu de modelo ao legislador do Código Penal português de 1982. Ainda de acordo com a caracterização da mesma autora, a simulação *"já não será punida como era à face do Código Penal de 1886*, isto é, como crime de simulação, mas sim como acto que lesa ou põe em perigo de lesão a especial segurança e credibilidade que a comunidade deposita nos documentos realizados pelo oficial público. O que agora se pune não é o acto de realização da simulação, não é a simulação em si mesma considerada que constitui crime (tal como o era no art. 455.º do Código Penal de 1886 (...). *Não é o facto de proferir uma declaração falsa que é penalizado, é sim penalizada a indução em erro do funcionário*" (Cf. ob cit., p. 203). Assim, mesmo à vista do disposto no n.º 2 do art. 233.º do Código Penal de 1982, pode continuar a acompanhar-se a doutrina e a jurisprudência nacionais e a sustentar-se, sem reservas, que a simulação não configura no direito penal português vigente uma manifestação autônoma de ilicitude penal. À semelhança, aliás, do que se passa com a generalidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que não conhecem o crime de simulação *qua tale*, bastando-se, para o efeito, com as sanções de índole civilística, *maxime*, a que resulta na invalidade do negócio simulado.

b) Considerações análogas poderiam adiantar-se a propósito da incriminação da simulação no contexto das práticas proibidas pelo art. 23.º do RJIFNA, *sc.*, como forma típica de realização da *Fraude fiscal*. Também aqui não é a simulação, enquanto tal e sem mais, que é erigida em referente ou fundamento autónomo da ilicitude penal. A punição do negócio simulado exige a verificação cumulativa de duas exigências: 1.º que a simulação configure um *atentado à verdade fiscal*; 2.º para além disso (elemento subjectivo), que a simulação seja motivada pela *intenção* de obter para si ou para terceiro uma vantagem patrimonial indevida (ou pela inversa: inflicção de um dano patrimonial ao Fisco). isto no contexto e no universo de sentido de factualiadde típica da *Fraude fiscal*, cuja estrutura — tanto na dimensão objectiva, como na vertente subjectiva — tivemos já oportunidade de referenciar.

Resumidamente, também a incriminação da simulação nos termos do art. 23.º do RJIFNA, circunscrita ao domínio específico da actividade fiscal, está longe de repristinar a situação vigente antes da entrada em vigor do Código Penal de 1982, caracterizada pela criminalização da simulação como infracção geral contra o patrimônio. E também ela está

sob a adesão e o aplauso pacíficos dos autores e dos tribunais portugueses. Precisamente a de que a *simulação não preenche a factualiadde típica do crime de Falsificação de documentos* (art. 228º do Código Penal), não podendo ser punida como tal.

Na apodíctica e clarificadora formulação de Cavaleiro de Ferreira: "*A simulação é incompatível com a falsidade*, não apenas com a falsidade material, mas com a falsidade ideológica em documentos".[40] E ainda: "o contrato simulado não dá origem a documento falso".[41] Em ordem a uma melhor explicitação das coisas e reportando-se concretamente à hipótese da escritura pública de um contrato simulado, precisa o mesmo prestigiado penalista: "Os documentos emanados do notário certificam a verdade dos factos perante ele passados, isto é, as declarações das partes, narrando a verdade dessas declarações, que podem ser simuladas, sem que o alcance probatório do documento seja afectado, pois que se destina a provar a verdade do facto da declaração, não a verdade do conteúdo da declaração; a verdade do conteúdo da declaração, não constitui conteúdo do documento".[42]

Em sentido substancialmente convergente puderam já os autores deste *estudo* sustentar, em síntese conclusiva: "A alínea b) do n.º 1 do art. 228.º do novo Código Penal — a chamada *falsificação intelectual ou ideológica* — não vale para o negócio simulado, por ser evidente que a formalização do negócio simulado, através de escritura pública, é coisa radicalmente distinta da falsidade intelectual e com ela inconciliável"[43].

E não é outro o entendimento sufragado pela jurisprudência nacional, designadamente a do Supremo Tribunal de Justiça. De resto, era já assim durante a vigência do Código Penal de 1886, isto é, no contexto da incriminação generalizada da *Simulação, ex vi art.* 455.º. Já então o Supremo Tribunal de Justiça propendia para apartar as águas e extremar as coisas, distinguindo a *Simulação* e a *Falsificação de documentos* como duas infracções incompatíveis entre si.

Nesta linha e por acórdão de 8 de Outubro de 1969, pôde aquele tribunal superior decidir que: "A realização de uma escritura de confissão de dívida, sem que esta exista e com o propósito de prejudicar terceiro, integra o crime de simulação e não o de falsificação de documento".[44] Uma compreensão a que o Supremo Tribunal de Justiça se manteria fiel após a entrada em vigor do Código Penal de 1982, que trouxe consigo a descriminalização da *Simulação* como infracção geral contra o património.[45]

São óbvias e decisivas as implicações prático-jurídicas desta relação de in-

longe de infirmar a tese segundo a qual a ordem jurídica portuguesa vigente não conhece a incriminação da simulação *qua tale*, no quadro dos crimes contra o património em geral.

40. Cavaleiro de Ferreira, "Depósito Bancário. Simulação. Falsificação. Burla", *Scientia Jurídica*, ano 19 (1970), p. 294.

41. *Ob. cit.*, p. 300.

42. *Ibidem*, p. 299

43. Figueiredo Dias/Costa Andrade, "O Legislador de 1982...", *cit.*, p. 23.

44. Cf. *BMJ*, n.º 190 (Novembro de 1969), p. 239.

45. É o que bem documenta o acórdão de 9 de Novembro de 1983 em que — louvando-se expressamente da doutrina de Cavaleiro de Ferreira: *a simulação como "nítido limite à falsidade documental"* — aquele tribunal proclamou: "O crime de simulação, tal como era previsto no art. 455.º do Código Penal de 1886, foi eliminado do Código Penal de 1982, não sendo confundível com o crime de falsificação previsto pela alínea b) do n.º 1 do art. 228.º deste novo diploma". Cf. *BMJ*, n.º 381 (Dezembro de 1983), p. 312.

compatibilidade ou exclusão recíprocas entre a simulação e a falsificação de documentos no contexto da descriminalização da simulação, operada com a entrada em vigor do Código Penal de 1982. Se a simulação for praticada num daqueles domínios circunscritos em que ela é, a título excepcional, criminalmente punível (v.g., no âmbito do RJIFNA), à eventual punição do agente pela simulação — como modalidade da conduta típica da *Fraude fiscal* — terá de corresponder a exclusão da sua responsabilização por *Falsificação de documentos*. De modo idêntico se passarão as coisas se a simulação acontecer no domínio geral da sua não punição: também aqui a afirmação ou constatação da simulação constitui motivo bastante para afastar o ilícito próprio do crime de *Falsificação de documentos*. A diferença residirá apenas na circunstância de a não-punibilidade da simulação determinar a impunidade, pura e simples, do agente.

Enquanto isto, tudo em princípio se conjuga no sentido de qualificar a prática das chamadas *facturas falsas* como um caso manifesto de simulação. Tudo, noutros termos, permite concluir que, na medida em que os seus agentes preencham a factualidade típica do crime de *Fraude fiscal*, o façam sob a forma descrita na lei (art. 23.º do RJIFNA) como "*celebrar negócio jurídico simulado*". Como, nesta linha e pertinentemente assinala Helena Moniz, "as facturas falsas constituem o documento comprovativo da simulação de contratos de compra e venda não realizados".[46]

Sabe-se como o que verdadeiramente define a simulação é a divergência intencional entre a vontade negocial declarada e a vontade real — divergência essa proveniente de um acordo (o *pactum simulationis*) feito com o intuito de enganar terceiros. Para haver simulação torna-se, portanto, necessário que as partes declarem uma coisa e queiram efectivamente outra. Ora, em geral, não é manifestamente outro o sentido e alcance das chamadas *facturas falsas*. Na verdade, e por acordo com os fornecedores ou com terceiros, os agentes económicos simulam a celebração de contratos que não têm qualquer correspondência na realidade. E fazem-no com o propósito de enganar e prejudicar o Estado-fisco.

Não pode, naturalmente, questionar-se a relevância jurídico-penal dessa conduta, enquanto modalidade da acção típica do crime de *Fraude fiscal*. Só que esta conclusão — *sc.*, a qualificação dos factos como *simulação* e, por vias disso, a subsunção na factualidade típica do crime de *Fraude fiscal* — preclude *eo ipso* qualquer pretensão de imputar aos seus agentes o crime de *Falsificação de documentos* (art. 228.º do Código Penal). Isto precisamente por força da incompatibilidade entre a simulação e a falsificação de documentos, que corresponde, já o vimos, a um axioma consensual da experiência jurídico-penal portuguesa contemporânea.

14. O quadro não será substancialmente outro do lado do concurso entre a *Fraude fiscal* e o crime de *Burla*, previsto e punido nos termos do art. 313.º do Código Penal. Como deixámos antecipado, o problema só pode suscitar-se nas hipóteses em que o agente, por sobre atentar contra a segurança e a fiabilidade do tráfico jurídico-fiscal, chega a *causar um resultado lesivo do património fiscal*. Um resultado que tanto pode assumir a forma de um arbitrário não pagamento ou pagamento reduzido, de obtenção de um benefício indevido ou de um reembolso sem suporte legal.

Decisiva desde logo, é a estrutura normativa e doutrinal da *Fraude fiscal*.

46. Helena Moniz, "Facturas Falsas. Burla ou Simulação?" *Scientia Jurídica*, T. XLIII (1994), p. 157.

Como já tivemos oportunidade de pôr em evidência, o que mais avulta no desenho da incriminação é o facto de ela assegurar um "*tutela avançada*" do património público fiscal. Para maximizar e reforçar a protecção deste património, a lei portuguesa antecipa a intervenção preventiva e repressiva do direito penal para um momento em que apenas se efectiva a lesão da *verdade* e *transparência* exigidas nas relações Fisco-contribuinte. Isto suposta a verificação comulativa e comprovada da intenção de, por esta via, se infligir o dano ao Fisco. São, de resto, estas notas que, já o vimos, reconduzem a *Fraude fiscal* à categoria dogmática dos chamados *crimes de resultado cortado* ou de *tendência interna transcendente*. Haverá, por isso, toda a vantagem em equacionar a questão do significado jurídico-penal do resultado no horizonte mais alargado dos *crimes de resultado cortado*, em geral.

Na pertinente e clarificadora caracterização de Zielinski, o que verdadeiramente define os *crimes de resultado cortado* é o facto de eles serem "*estruturalmente delitos de tentativa*". Isto porquanto, prossegue o autor, "a punição a título de consumação basta-se com a realização parcial da lesão do bem jurídico, conjugada com a existência simultânea do dolo da realização completa ou da realização ulterior da lesão do bem jurídico".[47]

Na economia do sistema penal, o recurso à figura dos *crimes de resultado cortado* representa, assim, uma inversão e uma excepção em relação ao procedimento normalmente seguido pelo legislador. Por via de regra, o legislador procede à incriminação do crime consumado, considerada a forma paradigmática do ilícito penal. E é a partir do crime consumado e por referência a ele que se encara a punição da tentativa com *forma* especial do crime e com tutela avançado do pertinente bem jurídico. Inversamente, no caso dos crimes de resultado cortado o legislador erige a "tentativa" em crime fundamental, tratando a "consumação" como forma derivada da infracção. Nestes termos, e à semelhança do que, em geral, acontece com a *tentativa*, também aqui a verificação efectiva do resultado lesivo não determina um salto para fora do ilícito material do crime fundamental. O homicídio tentado é ainda uma forma de *Homicídio*. Uma *forma* naturalmente privilegiada, dada a ausência do *desvalor de resultado*. De igual modo, uma *Fraude fiscal* que desemboca numa lesão efectiva do património fiscal continua a ser uma forma de *Fraude fiscal*. Uma *forma* naturalmente qualificada, dada a concorrência do *desvalor de resultado*.

Noutro plano, se a conformação normativa da tentativa se opera pela via da redução da pena prevista para o crime consumado, também aqui e inversamente a ocorrência do resultado lesivo há-de levar-se à conta de agravação da pena prevista para *o crime de resultado cortado*.

Resumidamente e em síntese: como forma "estrutural de tentativa" (Zielinski) a *Fraude fiscal* consuma-se antes e independentemente da produção do resultado lesivo. Mas a ocorrência deste resultado determina a agravação da pena. A *medida da pena* configura, em qualquer caso, a única e esgotante sede de relevância jurídico-penal do resultado lesivo do património fiscal.

E é aqui que ganha algum significado a diferença já assinalada entre a *Steuerhinterziehung* da lei alemã e a *Fraude fiscal* do nosso RJIFNA. Diferentemente do que sucede no direito pátrio, a incriminação da lei penal fiscal germânica integra já o resultado lesivo

47. Zielinski, *in*: StGB. *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, Neuwied, 1990, p. 495.

sobre o património do Fisco. O que determina, sem mais, uma relação de *concurso legal ou aparente* com a *Burla* no direito penal comum. No direito português a relação de concurso aparente só se actualiza a partir da agravação da pena nos termos que ficam assinalados. A partir deste momento ela resulta, porém, tão unívoca como imperativa. Na verdade, falar de concurso aparente antes ou à margem da agravação equivaleria a deixar o desvalor de resultado sem a necessária valoração jurídico-penal. Denegá-la depois disso equivaleria a uma irremível violação do princípio constitucional *ne bis in idem*.

15. A solução que vimos defendendo — e segundo a qual o resultado lesivo sobre o património fiscal esgota a sua relevância jurídico-penal em sede de *medida da pena* — é abertamente suportada tanto pela lição do direito comparado, como pela experiência jurídico-penal portuguesa.

Também para o direito comparado esta solução aparece como a única juridicamente correcta e político-criminalmente acertada. Exemplares mais uma vez os ensinamentos que podem buscar-se na lei, na doutrina e na jurisprudência alemãs. Onde é este, invariavelmente, o tratamento reservado aos *crimes de resultado cortado*. Pela sua particular fecundidade hermenêutica permitimo-nos citar para o efeito o regime da chamada *burla de subvenção* (*Subventionsbetrug*) prevista e punida nos termos do § 264 do StGB alemão, uma figura homóloga da *Fraude na obtenção de subsídio ou subvenção* da lei portuguesa dos crimes contra a economia nacional (art. 36.º do Decreto-lei 28/84, de 20 de janeiro).

Também neste domínio se registram diferenças entre o direito português e o direito alemão. Diferenças[48] que, curiosa e significativamente, invertem o quadro que se verifica ao nível das infracções fiscais. Agora é o legislador português que define a fraude na obtenção de subvenções como um *crime material de dano:* o crime do art. 36.º do Decreto-lei 28/84 de 20 de janeiro, só se consuma com a produção do resultado lesivo, *sc.*, com a obtenção efetiva de uma subvenção contra o que está legalmente sancionado. Enquanto isto, o legislador alemão bastou-se com a mera falsidade, preordenada à obtenção daquele resultado, mas cuja produção efectiva não é, em qualquer caso, necessária para a consumação da *Subventionsbetrug*. Noutros termos, o legislador alemão imprimiu à *burla de subvenção* uma estrutura típica em tudo idêntica e sobreponível à da *Fraude fiscal* constante do art. 23.º do nosso RJIFNA *sc.*, a estrutura própria dos *crimes de resultado cortado.*

Significa isto que o problema do concurso entre a *Fraude fiscal* do RJIFNA e a *Burla* do art. 313.º do Código Penal português se coloca em termos rigorosamente idênticos ao que se passa na Alemanha entre a *burla de subvenção* e a *burla* clássica do direito penal comum. Ora, face a esta questão, tanto na jurisprudência como na doutrina é claramente maioritária — Tiedemann fala mesmo de "quase indiscutível"[49] — a tese do *concurso aparente*. Nesta linha, os autores e os tribunais alemães voltam-se invariavelmente para

48. Para um confronto mais aturado, Figueiredo Dias/Costa Andrade, "Sobre os Crimes de Fraude na Obtenção de Subsídio ou Subvenção e de Desvio de Subvenção, Subsídio ou Crédito Bonificado", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1994, p. 337 e ss., sobretudo p. 362 e ss.

49. K. Tiedemann, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10 Aufl. § 264, n.º 134. No mesmo sentido, por todos, Lenckner, *in:* Schönke/Schröder, § 264, n.º 87; Ranft, "Täterschaft beim Subventionsbetrug i. S. der § 264, I Nr. 1 StGB — BGH St 32, 203", *JuS*, 1986, p. 450.

a medida da pena como a única sede normativamente admissível de valoração jurídico-penal do resultado. Na opinião de Tiedemann, "a medida da pena terá também de considerar se o agente conseguiu ou não a obtenção efectiva da subvenção" indevida.[50]

E não se pense que esta compreensão das coisas é estranha à experiência jurídica portuguesa. Pelo contrário, é precisamente neste sentido que o legislador português se decide sempre que abertamente confrontado com o problema. É o que bem demonstra a disciplina do crime de *Fraude na obtenção de crédito*, constante do art. 38.º do mesmo Decreto-lei 28/84 de 20 de janeiro. Recorda-se que, ao contrário do que fez com a *Fraude na obtenção de subsídio ou subvenção*, regulada no art. 36.º do mesmo diploma, o legislador penal português não inscreveu a produção do resultado lesivo — *sc.*, a efectiva obtenção ilegal de um crédito — entre os pressupostos da factualidade típica. À semelhança do que acontece com a *burla de subvenção* alemã e a *Fraude fiscal* do RJIFNA, o legislador começa logo por punir as manobras fraudulentas preordenadas à obtenção do crédito. Como noutra sede pudemos já escrever, "a lei antecipa aqui a matéria proibida, de modo a assegurar uma área avançada de tutela; precisamente para o momento da prática das manobras fraudulentas, sob a forma de prestação de informações inexactas, sonegação de informações pertinentes ou utilização de documentos inexactos ou incompletos (...) em termos idênticos, de resto, aos constantes da *Subventionsbetrug* do direito penal alemão (§ 264 do StGB)".[51]

Ora, também aqui o legislador português impôs a medida da pena como a única e esgotante sede de valoração jurídico-penal do resultado lesivo que venha eventualmente a ter lugar. É o que prescreve o n.º 2 do art. 38.º do Decreto-lei 28/84, de 20 de janeiro.

Tudo legitima a conclusão de que, no caso dos *crimes de resultado cortado*, e tanto no direito português como no direito comparado, é a medida da pena que invariavelmente constitui a única e exclusiva sede de relevância jurídico-penal do resultado lesivo. A esta luz não se crê que outra teria sido a decisão do legislador para o caso da *Fraude fiscal* se tivesse curado expressamente do problema. É o percurso que o intérprete e o aplicador da lei não podem deixar de fazer.

16. No mesmo sentido aponta ainda um decisivo argumento de índole histórica. Na verdade, tudo nos trabalhos preparatórios, *maxime*, nos debates parlamentares, deixa a descoberto um inequívoco propósito do legislador português: o de inscrever os ilícitos que apenas contendem com interesses encabeçados pelo Fisco nas incriminações do RJIFNA como regime especial que afasta o regime geral do Código Penal. Como já tivemos oportunidade de recordar, a prossecução conseqüente deste propósito levou mesmo o legislador português a sancionar a *Fraude fiscal* com uma pena que queria tendencialmente igual à da *Steuerhinterziehung* alemã. Uma pena a que, por vias disso, não pode deixar de adscrever-se o mesmo efeito consuntivo que o direito penal alemão reconhece à *Steuerhinterziehung:* precisamente a consunção do crime de *Burla* do Código Penal.

17. O confronto, já sumariamente enunciado, entre a *Fraude fiscal* e o regime jurídico-penal da incriminação contígua, o *Abuso de confiança fiscal* (art. 24.º do RJIFNA), oferecer-nos-á um último e decisivo argumento em abono do entendimento que vimos sufragando. Dele resulta, com efeito,

50. Tiedemann, *ob. cit.*, n.º 116. No mesmo sentido, Lenckner, *ob. cit.* p. 1.921.

51. Figueiredo Dais/Costa Andrade, "Sobre os Crimes de Fraude", *cit.* p. 364.

que a tese do *concurso real* entre a *Fraude fiscal* e a *Burla* (art. 313.º do Código Penal) só seria possível à custa de uma violação tão frontal e intolerável da justiça que não pode ter sido querida pelo legislador. De qualquer forma, ela seria sempre constitucionalmente inadmissível com afronta gritante aos princípios da *igualdade* e da *proporcionalidade*.

Como já ficou assinalado, diferentemente da *Fraude fiscal*, o *Abuso de confiança fiscal* integra, entre os pressupostos da factualidade típica, a efectiva produção de um dano patrimonial. Em termos rigorosamente idênticos ao que sucede com o *Abuso de confiança* do art. 300.º do Código Penal. Entre o *Abuso de confiança* do Código Penal e o *Abuso de confiança fiscal* medeia, assim, uma relação de sobreposição total, tanto no que toca ao *desvalor de acção*, como no que respeita ao *desvalor de resultado*. Isto descontada a particularidade de o *Abuso de confiança fiscal* estar naturalmente circunscrito ao domínio específico das relações jurídico-tributárias e de ser, *hoc sensu*, o abuso de confiança do direito penal fiscal.

Nada, por isso, mais linear do que levar os crimes de *Abuso de confiança fiscal* e de *Abuso de confiança* do Código Penal à conta de uma manifestação paradigmática do *concurso legal ou aparente*. É o que impõe a relação de *especialidade* que claramente medeia entre as duas incriminações. Assim, em casos de concorrência de normas, isto é, da subsunção da conduta do agente tanto na factualidade típica do art. 24.º do RJIFNA, como na do art. 300.º do Código Penal, a aplicação da primeira afastará sem mais a segunda (*lex specialis derogat legi generali*). Seja qual for o resultado lesivo produzido, *sc.*, seja qual for o montante das somas indevida e arbitrariamente descaminhadas em prejuízo do Fisco, sobre o agente recairão sempre e apenas as sanções mais benignas da lei penal fiscal. Por vias disso, nunca o autor do crime de *Abuso de confiança fiscal* estará sujeito às penas particularmente drásticas previstas no Código Penal para o *Abuso de confiança*.

Por manifesta *identidade de razões*, não se vê que possa ser outra a solução aplicável em caso de *Fraude fiscal*. De outra forma poderia chegar-se ao absurdo de punir com prisão até 10 anos (art. 314.º do Código Penal) quem por via de *Fraude fiscal* infligisse ao Fisco um dano, por exemplo, de 20 mil contos. Enquanto isto, um agente que, por via de *Abuso de confiança fiscal*, prejudicasse o Estado-fisco em muitos milhões de contos, incorreria apenas nas sanções mais benignas do RJIFNA. Se os factos ocorressem antes de 1 de janeiro de 1994, isto é, antes da entrada em vigor das alterações introduzidas pelo Decreto-lei 394/93, de 24 de novembro, o agente condenado por *Abuso de confiança fiscal* só poderia sofrer uma pena de multa!

É o absurdo a que levaria a tese do concurso efectivo entre a *Fraude fiscal* e a *Burla* do Código Penal. Não pode ser! O legislador não pode ter querido uma desigualdade tão brutal. Mesmo que o quisesse, sempre lho vedariam os princípios da *igualdade* e da *proporcionalidade*, exigências axiomáticas do direito constitucional em matéria de definição de crimes e de cominação de penas.

18. Se dúvidas pudessem ainda subsistir, bastaria uma leitura atenta do disposto no n.º 1 do art. 26.º do RJIFNA para em definitivo as dissipar. Este preceito vale, com efeito, como o reconhecimento expressamente feito pelo legislador de que a ocorrência do resultado lesivo não determina em qualquer caso que a conduta caia já fora do ilícito típico do crime de *Fraude fiscal* e haja,

por vias disso, de ser levada à conta de concretização do crime de *Burla*. Esta é, pelo contrário, uma possibilidade que o legislador abertamente afasta. Em termos tais, que só à custa de violação frontal do princípio de legalidade, *sc.*, só *contra legem*, se poderia qualificar a conduta como um caso de *Burla*.

Recorda-se que, ao prescrever o processo penal próprio dos crimes fiscais, aquele preceito estabelece que só haverá lugar ao instituto do *Arquivamento "desde que se mostrem estarem pagos o imposto ou impostos em dívida e os eventuais acréscimos legais ou terem sido restituídos ou revogados os benefícios constantes injustamente obtidos"*. O legislador não podia ser mais claro no sentido de precisar que a produção do resultado lesivo — sob a forma de não pagamento dos impostos devidos ou da obtenção de vantagens sem suporte legal — é ainda punível *sub nomine*, sob o regime e com as sanções próprias das infracções do RJIFNA. Designadamente, sob o título de *Fraude fiscal*.

Um claro desígnio legal que o intérprete e aplicador do direito não estão, por si, legitimados a frustrar.

19. Importa, a terminar, sublinhar um aspecto já aflorado ao longo deste estudo mas que convirá pôr, mais uma vez, em evidência. Pela natureza das coisas, *sc.*, da relação e das obrigações tributárias, o *resultado lesivo* relevante para efeitos de direito penal fiscal pode assumir várias formas: pode traduzir-se no não pagamento puro e simples de um imposto devido; pode resultar na liquidação e pagamento de um imposto em montante inferior ao legalmente previsto; pode consistir na obtenção de um benefício fiscal à margem da lei; pode ser a obtenção de um reembolso sem suporte legal. Como facilmente se intui, qualquer destes resultados configura a igual título, tanto um enriquecimento indevido como, reflexamente, um prejuízo infligido ao Estado-fisco. Para ambos os efeitos é rigorosamente igual não pagar pura e simplesmente um imposto de 10, pagar 10 quando se devia pagar 20 ou obter um benefício ou um reembolso indevidos de 10.

Nada, por isso, menos infundado do que um tratamento jurídico-penal diferenciado assente, por exemplo, na distinção conceitual entre um *enriquecimento* (por recebimento de uma soma indevida) e uma não diminuição do património (por não desembolso ou desembolso em montante inferior ao legalmente devido). Em termos jurídico-materiais trata-se rigorosamente da mesma coisa, a reclamar, por isso, o mesmo tratamento jurídico-penal.

Nestes termos, nada juridicamente menos correcto e mais injusto do que considerar que, diferentemente do que sucede nos demais casos, o reembolso determina, por si só, a punição do agente a título de *Burla*. O reembolso indevido é uma forma de enriquecimento do agente e de prejuízo do Estado inteiramente igual às demais. Foi o que, de resto, a nova redacção do n.º 1 do art. 23.º do RJIFNA, introduzida pelo Decreto-lei 394/93, de 24 de novembro, veio definitivamente clarificar, ao levar o *reembolso* indevido à conta de conduta típica da *Fraude fiscal*.

Em síntese conclusiva: também para o reembolso indevido terá de valer, por manifesta e invencível identidade de razões, a tese que julgamos ter pertinentemente demonstrado e segundo a qual a obtenção do resultado fraudulentamente almejado pelo contribuinte não determina em qualquer caso a sua punição a título de *Burla*. Também em caso de reembolso, a sua ocorrência há-de apenas determinar a agravação da pena aplicável nos termos do art. 23.º do RJIFNA.

No que fica dito vão já enunciadas as razões da nossa clara e assumida distanciação em relação à doutrina sustentada pelo STJ no seu acórdão de

15 de dezembro de 1993. Que se louva precisamente na distinção entre *enriquecimento* e mero *não-empobrecimento* para extremar, dentre a fenomenologia das "facturas falsas", as hipóteses de *reembolso* como fundamento da punição do agente a título de *Burla*. Nos termos do próprio aresto: "no caso de burla, é elemento essencial um *enriquecimento* do agente, isto é, um engrandecimento do seu património à custa do lesado e provocado pelas manobras artificiosas, fraudulentas e enganosas daquele sobre este; na infração fiscal não há propriamente enriquecimento do agente, uma vez que o seu património não fica acrescido com o não pagamento dos impostos através do engano em que o fisco caiu mercê das manobras daquele, mas apenas uma não diminuição do mesmo património correspondente àquilo que ele conseguiu não pagar".[52]

Não cabe naturalmente questionar o acerto lógico-categorial da distinção. Já se nos afigura mais difícil adscrever-lhe um qualquer significado axiológico-material e uma qualquer valência normativa. Seja, porém, com for quanto a este ponto em abstracto, uma coisa sobra com líquida: a entrada em vigor (em 1 de janeiro de 1994) do Decreto-lei 394/93, de 24 de novembro veio precludir em definitivo o tratamento excêntrico dos casos de reembolso. Ao inscrever expressamente o reembolso na constelação das condutas puníveis a título de *Fraude fiscal*, a nova versão do RJIFNA veio cortar o passo à doutrina até então ensaiada pelo STJ. Nestes termos e em síntese conclusiva: fossem quais fossem os créditos que assistissem ao citado acórdão na data em que ele foi proferido, a sua doutrina já não seria legalmente admissível a partir de 1 de janeiro de 1994.

52. Em sentido abertamente crítico e, a nosso ver, em termos substancialmente pertinentes, Helena Moniz, *Scientia Jurídica*, 1994, p. 153 e ss.

2. DOUTRINA INTERNACIONAL

A JUSTIÇA PENAL E AS FORMAS DE TRANSAÇÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO: REPERCUSSÕES[1]

NICOLÁS RODRIGUEZ GARCIA[2]

1. Introdução — 2. Conceito e Incidência das Negociações — 3. Classes — 4. Requisitos para a Aceitação da *Plea* do Acusado — 5. Conclusões

1. Introdução

Frente à afirmação de que no sistema da *common law* um acusado só pode ser condenado por um tribunal de jurados, depois de um procedimento contraditório, realizado com todas as formas de proteção e garantias, no qual o advogado defensor e o Ministério Público discutem arduamente sobre a culpabilidade ou a inocência, a realidade se mostra diferente, posto que em muitos casos não se chega a esse juízo.[3]

A disponibilidade do objeto do processo antes do ajuizamento é um procedimento tão velho como o próprio processo criminal;[4] desde os primeiros tempos o acusado podia ser condenado com base na sua confissão, através do reconhecimento de que ele efetivamente havia cometido os fatos de que estava sendo acusado, implicando assim em que não se chegava ao ajuizamento. Esta era a característica que distinguia os sistemas anglo-saxões daqueles de inspiração continental, embora também nestes últimos havia a possibilidade de que o acusado de um delito confessasse a sua prática, porém, com a diferença de que essa confissão não impedia a realização do juízo.[5]

As declarações de culpabilidade ("*pleas of guilty*"), que tiveram sua origem na Inglaterra, experimentaram

1. Trad. de Fernando A. Fernandes, professor da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Unesp.

2. Professor da Área de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca (Espanha).

3. *Vid.* Schulhofer, Stephen J. "Effective Assistance on the Assembly Line", *New York University Review of Law & Social Change*, v. XIV, n. 1, 1986, p. 144 e ss.; Heumann, Milton. "Criminal Trials, Negotiated Plea, and the Effective Assistance of Counsel: Notes About and Toward a Theory of the Attorney's Role in Case Resolution", *New York University Review of Law & Social Change*, v. XIV, n. 1, 1986, p. 159; Blumberg, Abraham S., "The Practice of Law as a Confidence Game. Organizational Cooptation of a Profession", *Law & Society Review*, v. 1, n. 2, June, 1967, p. 18; Swick, Kevin L., "Plea Bargains: What to Do when the Prosecutor Says No", *University of Dayton Law Review*, v. 6, n. 1, Winter, 1981, p. 95.

4. Cf. Newman, Donald. "Making a Deal", Johnson, Norman, e Savitz, Leonard. *Legal Process and Corrections*, John Wiley & Son, Inc., 1982, p. 94; Beall, George. "Principles of Plea Bargaining", *Loyola University of Chicago Law Journal*, v. 9, n. 1, Fall, 1977, p. 175.

5. *Cf.* Van Den Haag, Ernest. "Limiting Plea Bargaining and Prosecutorial Discretion", *Cumberland Law Review*, v. 15, 1984, p. 1 e ss.

uma grande difusão nos Estados Unidos da América do Norte, passando a ser consideradas nos finais do século XIX e princípios do século XX como um elemento característico do direito penal deste país.[6]

A adoção deste instituto como o modo normal de resolução dos casos[7] deveu-se ao alto custo dispendido para a realização dos processos e ao longo tempo em que se arrastavam até chegar a uma conclusão, gerando uma grande incerteza para o acusado. Ressalte-se que foi a partir da Guerra Civil americana que isto se produziu, portanto, em um momento em que houve um rápido e enorme crescimento da população que se concentrava nos núcleos urbanos.

O *guilty plea* é, pois, a forma por excelência de resolução dos casos, sendo que o funcionamento do sistema penal é viável tão-somente porque muitos dos acusados *plead guilty* (*negociam a sua culpa*); implicando essa negociação de culpa na admissão de todos os elementos de prova do fato que se é acusado, o Estado não se encontra ante a necessidade de ter que provar que o acusado é realmente culpado.[8]

Todavia, com o passar dos anos os promotores se viram na necessidade de ter que oferecer grandes concessões aos acusados em troca da confissão de culpa, objetivando com isso manter constantes os percentuais de declarações de culpabilidade, os quais estavam em torno de 90%, tanto a nível federal como estadual.[9] A justificativa para a manutenção dos percentuais residia no fato de que uma abolição desta instituição provocaria resultados gravíssimos,[10]

6. *Vid.*, por exemplo, Friedman, Lawrence M., "Plea Bargaining in Historical Perspective", *Law & Society Review*, v. 13, n. 2, Winter, 1979, p. 258 ("... *Plea bargaining does not stand by itself. It is part of a process*"); Bazelon, David L., "The Defective Assistance of Counsel", *University of Cincinnati Law Review*, v. 42, n. 1, 1973, p. 34 ("... *I pointed out the ironic truth that plea bargaining is one of the most significant and yet least visible aspects of the criminal justice system*").

7. *Vid.*, LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., *Criminal Procedure*, Second Edition, St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1992, p. 898; Wilkins, William W. Jr., "Plea Negotiations, Acceptance of Responsibility, Role of the Offender, and Departures: Policy Decisions in the Promulgation of Federal Sentencing Guidelines", *Wake Forest Law Review*, v. 23, n. 2, 1988, p. 185.

Esta generalização da instituição do *plea bargaining* conduz Milton Heumann a afirmar que, apesar da nomenclatura, os "*trials courts*" são realmente "*plea bargaining courts*" (*Plea Bargaining. The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys*, Chicago and London: the University of Chicago Press, 1978, p. 1).

8. Note, "The Unconstitutionality of Plea Bargaining", *Harvard Law Review*, v. 83, n. 6, April, 1970, p. 1.387.

9. Alschuler, Albert W., "Plea Bargaining and Its History". AA.VV., *Settlement and Plea Bargaining*, Association of Trial Lawyers of America. Ed. Mary Francis Edwards, 1981, p. 255 e ss.

10. Segundo Lafave e Israel, "...*The assumption is that the system can function only if a high percentage of cases are disposed of by guilty plea and that this will happen only if concessions are granted to induce pleas. So that argument goes, our present criminal justice system is based on the premise that approximately 90 per cent of all defendants will plead guilty, leaving only 10 percent, more or less, to be tried, meaning that even a small reduction in the percentage of pleas received would have a tremendous impact*" (LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., *Criminal Procedure...*, ob. cit., p. 899).

O *Chief Justice Burger* se manifestou em termos semelhantes em *Santobello v. New York*, 404 US 257, 92 S Ct 495, 30 L Ed 2d 427 (1971): "... *If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities*". Inclusive, chegou a ser mais explícito: "... *A reduction from 90 per cent to 80 per cent in guilty pleas requires*

uma vez que a criminalidade havia duplicado nesse período enquanto que o número de tribunais permaneceu constante.[11]

Neste sentido, quando utilizamos o termo *plea bargaining* estamos fazendo referência à modalidade da *guilty plea* "típica" dos EE.UU., cuja essência consiste na obtenção pelo acusado de uma série de concessões oficiais em trocar de declarar-se culpado.[12]

2. Conceito e Incidência das Negociações

A legislação "estadunidense" não opõe nenhum obstáculo às declarações de culpabilidade negociadas, tanto que na *Rule* 11 (e) (1) das *Federal Rules of Criminal Procedure* se estabelece:[13,14]

"The attorney for the government and the attorney for the defendant or the defendant when acting pro se may engage in discussions with a view toward reaching an agreement...".

Podemos, pois, definir ao *plea bargaining* como o processo de negociação que possibilita discussões entre a acusação e a defesa, com vistas à obtenção de um acordo, no qual o acusado se declarará culpado, em troca de uma redução na imputação que lhe é dirigida ou de uma recomendação por parte do Ministério Público,[15] evitando assim a celebração do processo.

Com a generalização deste instituto, a maioria das causas de natureza criminal, inclusive as movidas em decorrência da prática de delitos graves, não chega a juízo: as negociações acabam por converter-se no modo habitual de terminação do processo, assinalando graficamente Hughes que "*... the trial has become no more than an occasional adornment on the vast surface of the criminal process*"[16].

Assim, a maioria dos processos penais fica reduzida à fase de *pre-trial*, podendo ser afirmado que nos Estados Unidos encontramos dois modelos de justiça: um modelo teórico, jurisdicional e acusatório, que na prática se converte

the assignment of twice the judicial manpower and facilities-judge, court reporters, bailiffs, clerks, jurors and courtrooms. A reduction to 70 per cent trebles this demand" ("The State of the Judiciary-1970", *American Bar Association Journal*, v. 56, October, 1970, p. 931).

Vid., igualmente, Kaplan, Johh. "American Merchandising and the Guilty Plea: Replacing the Bazar with the Department Store", *American Journal of Criminal Law*, v. 5, n. 1, 1977, p. 220.

11. Alschuler, Albert W., "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", *The University of Chicago Law Review*, v. 36, n. 1, Fall, 1968, p. 51.

12. *Cf.* Alschuler, Albert W., "The Defense Attrorney's Role in Plea Bargaining", *The Yale Law Journal*, v. 84, n. 6, May, 1975, p. 1.180, nota 6; Maynard, Douglas W., *Inside Plea Bargaining. The Language of Negotiation*, New York and London: Plenum Press, 1984, p. 46 e ss.

Como se assinala em *Corbitt v. New Jersey*, 439 US 212, 99 S Ct 492, 58 L Ed 2d 466 (1978), "*... incentives seem to exist for defendants to foregio the risks of trial to obtain subtantial benefits in return of the plea of guilty*".

13. Colhidas nas *Federal Rules of Criminal Procedure for the United States District Courts*, onde se contém *The Judicial Code and Rules of Procedure in the Federal Courts*, Student's Edition, Foundation Press, 1993, p. 459-519, depois da última emenda que sofreu em 15 de junho de 1993. Na seqüência do texto se utilizará; *Fed. R. Crim. Pag.*, ou simplesmente, *Rule...*

14. Em termos parecidos se expressam as legislações dos Estados: *vid.*, por exemplo, *Colo. Rules of Crim. Proc., Rule 11 (f) (2); Fla. Rules of Crim. Proc., Rule 3.171 (b) (1).*

15. *Vid.* Zimring, Franklin, E., Frase, Richard S., *The Criminal Justice System. Materials on the Administration and Reform of the Criminal Law*, Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1980, p. 495.

16. Hughes, Graham. "Pleas without Bargains", *Rutgers Law Review*, v. 33, n. 3, Spring, 1981, p. 753.

em um modelo prevalentemente burocrático-administrativo.[17]

Apesar da dificuldade em se obter dados, e dada a escassa transparência dos processos de negociação, a maioria da doutrina e a jurisprudência assinala que é de 90% o percentual de incidência do *plea bargaining*, tanto a nível federal como estadual.[18] Entretanto, o *plea bargaining* não apresenta tratamento uniforme em todo o país, já que se verificam variações entre as diferentes jurisdições, e, inclusive, dentro de uma mesma jurisdição. Isso se deve às seguintes razões:[19]

1.ª — os juízes e os promotores adotarão distintos pontos de vista no momento de aplicar este instituto, afetando dessa forma a uniformidade de tratamento a ele dispensado na jurisdição em que desempenham as suas funções. A informalidade e as amplas divergências de opinião que existem entre os promotores e os tribunais de uma jurisdição em relação com os de outra, freqüentemente causam descontentamentos e um sentimento de injustiça entre os acusados, os quais sentem que forma vulnerados no seu direito a um tratamento em conformidade com o "princípio da igualdade".[20]

2.ª — o problema se acentua tendo em vista que a maioria dos processos é por infrações ao *State Law* (Lei dos Estados Federados), já que os Estados exercem o principal papel na repressão das condutas de natureza criminal, atendendo cada um à sua necessidade no momento de criminalizar condutas. Portanto, as práticas permitidas em uma jurisdição podem não o ser em outras, em virtude da divergência das legislações de cada Estado.

3.ª — a natureza dos fatos imputados ao acusado, sendo normalmente maior o percentual de ocorrência nas *misdemeanors* que nas *felonies*.

4.ª — os percentuais estão em função da disposição dos acusados de negociar a culpa, seja porque acreditam que

17. Cf. Illuminati, Giulio. "Accusatorio ed inquisitorio (sistema)". VV.AA., *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Trecanni S.P.A., 1988, v. I, p. 4.

18. *Vid. United States Department of Justice, Sourcebook of Criminal Justice Statistics*, ed. Kathleen Maguire & Timothy J. Flanagan, 1991, p. 58, tabla 5.36, onde se recolhem as estatísticas dos acusados que têm sido julgados nos *U.S. Disctrict Courts* de 1945 a 1990, podendo-se observar que entre 85 a 90% deles foram condenados sem ir a juízo, através das suas declarações de culpabilidade.

19. Cf. Bond, James E., *Plea Bargaining & Guilty Pleas*, Second Edition, New York: Clark Boardman Company, Ltd., 1983, p. 1-4 e ss.; Jones, David A., "Negotiation, Ratification and Rescission of the Guilty Plea Agreement: A Contractual Analysis and Typology", *Duquesne Law Review*, v. 17, n. 3-4, 1978-1979, p. 605-606; Berger, Moise. "The Case Against Plea Bargaining", *American Bar Association Journal*, v.62, May, 1976, p. 621 e ss.

20. *Vid.* Goldstein, Abraham S., Orland, Leonard. (*Criminal Procedure. Cases and Materials on the Administration of Criminal Law*, Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1974, p. 186 e ss.; Newman, Donald J., *Conviction: The Determination of Guilt or Innocence Without Trial*, Boston and Toronto: Editor Frank J. Remington, Little, Brown and Company, 1966, pp. 53-56.

Gifford demonstra sua preocupação para com o risco de que o *plea bargaining* provoque um tratamento desigual entre os acusados, afirmando que "... *thousand of individual plea bargainins are approved by prosecutors who have differing philosophies, attitudes and capabilities. At best, their decisions are inconsistent and hapharzard. At worts, the hidden and informal nature of plea bargaining invites prosecutors to be influenced by corruption, racism or personality conflicts between themselves and defendants or their attorneys*" (Gifford, Donald G., "Meaningful Reform of Plea Bargaining: The Control of Prosecutorial Discretion", *University of Illinois Law Review*, v. 1983, n. 1, 1983, pp. 40-41 e pp. 61-65).

serão condenados de qualquer maneira, seja porque não suportam a incerteza do resultado do julgamento, seja porque não querem sofrer as conseqüências do juízo, especialmente graves em alguns tipos de delitos (exemplo: os relacionados com a liberdade sexual, as corrupções políticas, defraudações contra a fazenda pública...).

5.ª — alguns autores, inclusive, assinalam que existe uma correlação entre os percentuais dos casos que efetivamente vão a juízo e as características do local e da população de cada jurisdição; acrescentam que os promotores das regiões mais rústicas (rurais) são propensos a aceitar, com maior facilidade, as declarações negociadas, comparativamente com os *prosecutor* das grandes cidades.[21]

3. Classes

Na prática, as *guilty pleas* podem adotar três formas:[22]

A — Voluntary ou *Ininfluenced.*

O acusado confessa porque a sua culpabilidade é tão evidente que a celebração do juízo careceria de sentido, ou para acalmar seu peso de consciência, ou, até mesmo, porque não encontra vantagem alguma em negar a sua culpa.[23]

B — Structurally induced.

O acusado se declara culpado porque a lei estabelece uma pena mais severa para aqueles que insistem em ir a juízo, ou porque é sabido que geralmente os juízes impõem penas mais benignas aos que renunciam ao seu direito de ter um julgamento.

Até o momento em que se generalizaram as concessões feitas ao acusado em troca de sua *plea*, esta era a forma mais comum, posto que o acusado e seu defensor não tinham mais que estudar as pautas que seguiam os tribunais na hora de ditar a sentença.[24]

Esta modalidade também se denomina *implicitat* ou *tacit plea bargaining*, já que não vai existir uma negociação entre o *prosecut* e o *defendant* (ou seu *defense counsel*). Nesta hipótese, o acusado tem uma "razoável expectativa" de obter um tratamento favorável, expectativa que dificultará enormemente um controle efetivo do processo de *plea bargaining* por parte do órgão jurisdicional.[25]

Nos tribunais em que ocorrem este tipo de *pleas* não há nada com o que negociar a declaração de culpabilidade, e, como indica McDonald, "... *defendants are simply informed that they have a choice: they can either plead guilty and get mercy or go to trial and get justice*".[26]

21. Cf. Saltzburg, Stephen A., *American Criminal Procedure (Cases and Commentary)*, Third Edition, St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1988, p. 792; Lagoy S. Pag., Senna, J. J., Siegel, L. J., "An Empirical Study on Information Usage for Prosecutorial Decision-Making in Plea Negotiations", *American Criminal Law Review*, v. 13, Winter, 1976, p. 435 e ss.

22. Goldstein, Abraham S., *The Passive Judiciary. Prosecutorial Discretion and the Guilty Plea*, Baton Rouge and London: Louisiana State University Press, 1981, p. 33.

23. Friedman, Lawrence M., *Introducción al Derecho Norteamericano*, traducción de Joan Vergé i Grau, Barcelona: Librería Bosch, 1988, p. 197.

24. Beall, George. "Negotiating the Disposition of Criminal Charges". AA.VV., *Settlement and Plea Bargaining*, Association of Trial Lawyers of America. Editor Mary Frances Edwards, 1981, p. 287.

25. Goldstein, Abraham S., Orland, Leonard. *Criminal Procedure... ob. cit.*, p. 135 e ss.

26. McDonald, William Frank. "From Plea Negotiation to Coercive Justice: Notes on the Respecification of a Concept", *Law & Society Review*, v. 13, n. 2, Winter, 1979, pp. 385-386.

C — Negotiated

É a que se obtém antes do juízo e em virtude de uma negociação entre o *prosecutor* e o *defendant*, seja sobre o delito, seja sobre a pena a ser imposta, ou sobre ambos.

Em contraposição à anterior, esta modalidade recebe o nome de *explicit bargaining*, sendo a mais comum de todas elas;[27] é a *plea of guilty*, conseqüência da instituição do *plea bargaining*.

O acordo a que chegam as partes neste tipo pode ter o seguinte conteúdo:[28]

1.º — *Charge bargaining, charge reduction* ou *charge dismissal.*

A essência deste caso é que se permite ao acusado realizar uma *plea of guilty* com uma ou várias imputações, em troca de que o *prosecutor* se comprometa a reduzir, abandonar ou abster-se de trazer imputações adicionais.[29] Por isso, a intenção do advogado defensor será tentar que o *prosecutor* acuse a seu cliente por um delito de gravidade inferior, ou seja, para o qual esteja prevista uma pena menor que aquela a que estaria sujeito o acusado se a acusação fosse pelo crime realmente praticado.

Com este tipo de *plea* corre-se o risco de que o *prosecutor* utilize a prática de "*overcharging*", ou seja, que inclua na acusação imputações mais severas contra o acusado para contrariar a sua *plea*, atitude essa que é oposta a todo princípio ético de atuação.[30] Por outro lado, não há que se temer que o Juiz não queira seguir as recomendações do promotor, já que o acusado será informado disso e lhe é permitido retratar a sua *plea*.[31]

27. Israel, Herold H., Kamisar, Yale, La Fave, Wayne R., *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Instructory Test*, St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1989, p. 500.

Saltzburg recolhe um estudo que nos mostra que ambos os tipos, o implícito e o explícito, podem encontrar-se nas diferentes jurisdições, porém em 27 das 30 jurisdições consultadas no estudo, o explícito é o dominante, particularmente nos casos por *felony* (Saltzburg, Stephen A., *American Criminal Procedure...*, *ob. cit.*, p. 792).

28. Referimo-nos somente aos tipos mais comuns, nos quais podem ser enquadrados o resto de variáveis existentes porque, como assinala Saltzburg (*American Criminal Procedure..., ob. cit.*, p. 792), a variedade dos acordos a que se pode chegar são "ilimitados", existindo em cada jurisdição mais de um tipo, ainda que sempre predominará um deles.

Cf. também Vetri, Dominick R., "Guilty Plea Bargaining: Compromises by Prosecutors to Secure Guilty Pleas", *University of Pennsylvania Law Review*, v. 112, n. 6, April, 1964, p. 866.

29. Beall, George. "Principles of Plea Bargaining..., *ob cit.*, p. 175. *Vid.*, também Zimring, Franklin E., Frase, Richard S., *The Criminal Justice System...*, *ob. cit.*, p. 498 e ss.

30. Beall, George. "Negotiating the Disposition..., *ob. cit.*, p. 286.

O *Judge Bazelon* expôs claramente em *Scott v. United States*, 419 F 2d 264, 135 US Ap. D.C. 377 (D.C.Cir. 1969) que o promotor não pode ter carta branca para aplicar qualquer tática que deseje, visando conseguir a *plea of guilty*, pois pode se constituir em uma hostilidade contra ao acusado "*...a policy of deliberately overcharging defendants with no intention of prosecuting on all counts simply in order to have chips at the bargaining table would, for example*".

31. A *Rule 11(e)(2)* dispõe que "*... the court may accept or reject the agreement, o may defer its decision as to the acceptance or rejection until there has been an opportunity to consider the presentence report*".

A Rule 11 (e) (4) acrescenta que "*... if the court rejects plea agreement, the court shall, on the record, inform the parties of this fact, advice the defendant personally in open court or, on a showing of good cause, in camera, that the courts is not bound by the plea agreement, afford the defendant the opportunity to then withdraw the plea, and advise the defendant that if the defendant persists in a*

Este é o tipo de acordo mais generalizado, tanto em nível federal como a nível dos Estados; é a classe "ideal" de acordo, viável, prático, sendo muito vantajoso[32] para todos:

a) para o acusado, que sendo consciente de que a manutenção da tese de sua inocência em juízo pode resultar-lhe muito caro, em termos econômicos e em termos de responsabilidade penal, evita assim tanto a *high statutory maximum sentence* como a *high statutory minimum sentence*, com o que se limita a discricionariedade do Juiz ao impor a pena; evita também que o registro de um delito mais grave conste em seus antecedentes penais, o que é especialmente importante naqueles delitos que são mal vistos pela sociedade e que etiquetam as pessoas (como os relacionados com a liberdade sexual, por exemplo); evita os *collateral attacks* a que conduzem alguns tipos de delito (como a perda de direitos civis, a impossibilidade de ascensão a determinados postos de trabalho, etc.).

b) para o promotor, posto que não terá que levar o caso a juízo e disporá de tempo para preparar outros processos. Não podemos nos esquecer que nos EE.UU. os promotores são eleitos ou nomeados para representar somente ao povo, que avaliará sua atividade em função do número de condenações que haja obtido, sem importar-se com o fato de terem sido obtidas depois de um juízo ou por meio das *pleas* do acusado.[33] As absolvições comprometem sua reputação profissional, e, ante o perigo de perder o caso em juízo, tentarão por todos os meios conseguir as declarações de culpabilidade dos acusados, retirando imputações ou reduzindo outras.[34]

c) para a sociedade, uma vez que é melhor ter as pessoas perigosas fora das ruas por um breve período de tempo do que correr o risco de serem absolvidas.[35]

d) para os Tribunais, porque quanto mais casos forem assim resolvidos menor será o congestionamento dos processos; ao declarar a responsabilidade penal dos acusados estão facilitando o bom funcionamento da administração da justiça.[36]

2.º — *Sentence bargaining, sentence reduction* ou *"on the nose guilty plea"*.

guilty of plea or plea of nolo contendere the disposition of the case may be less favorable to the defendant than that contemplated by the plea agreement".

32. Cf. LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., *Criminal Procedure..., ob. cit.*, p. 898; Goldstein, Abraham S., Orland, Leonard. *Criminal Procedure..., ob. cit.*, p. 135 e ss.; Zimring, Franklin E., Frase, Richard S., *The Criminal Justice System..., ob. cit.*, p. 498 e ss.; Budeirei, Priscila. "Collateral Consequences of Guilty Pleas in the Federal Criminal Justice System", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 16, n.1, Summer, 1981, p. 163-164; Bazelon, David L., "The Defective Assistance..., *ob. cit.*, p. 16-17; *Blackledge v. Allison*, 431 US 63, 98 S Ct 1621, 52 L Ed 2d 136 (1977); *Santobello v. New York*, 404 US 257, 92 S Ct 495, 30 L Ed 2d 427 (1971).

33. Musso, Rosanna Gambini. *Il "plea bargaining" tra common law e civil law*, Milano: Giuffrè Editore, 1985, p. 62 e ss.; Polstein, Robert. "How to Settle a Criminal Case", *The Practical Lawyer*, v. 30, n. 3, April 15, 1984, p. 65.

34. McConville, Michael. "Dilemmas in New Models for Indigent Defense", *New York University Review of Law & Social Change*, v. XIV, n. 1, 1986, p. 181.

35. Fine, Ralph Adam. "Plea Bargaining: an Unnecessary Evil", *Marquette Law Review*, v. 70, n. 4, Summer, 1987, p. 618.

Para George Beall, "os fins da nossa sociedade são atendidos pelo fomento da cooperação de todas aqueles que são envolvidos nos delitos, de forma a elevar à justiça aqueles que sejam mais culpados ou os sujeitos que sejam mais perigosos" ("Principles of Plea Bargaining"... *ob. cit.*, p. 177).

36. Sitgraves, Darcy D. "The Role of a Trial Judge in Relation to Parole Term Disclosure to a Guilty Plea", *Thurgood Marshall Law Review*, v. 7, n. 1, Fall, 1981, p. 158.

Neste caso o acusado se declara culpado dos fatos originariamente imputados, em troca de alguma promessa feita pelo promotor, relativa à sentença que lhe vai ser imposta, podendo prometer que pedirá brandura na fixação da pena, que solicitará um benefício específico (por exemplo, a *probation*), que se absterá de fazer recomendações (*recommendations*) ao juiz, ou que não se oporá ao pedido de moderação da pena interposto pelo acusado.

Este tipo de acordo é menos comum que o anterior e nele sim há um risco de que o juiz não queira seguir as recomendações do promotor, não estando vinculado por elas:[37] nestes casos o *prosecutor* somente se compromete a buscar ou a não se opor a um determinado resultado (diferente do caso anterior, no qual ele teria que obter um resultado determinado). Isto significa que quando o juiz tem conhecimento de que foi celebrado um acordo deve avisar ao acusado de sua precária situação, já que não lhe é permitido retratar a sua *plea*.[38]

Estas são as duas grandes categorias de concessões que o acusado pode receber em troca de sua declaração de culpabilidade. Nada obstante, ele pode ser induzido a *pleas guilty* em atenção à uma ampla série de considerações: um delinqüente jovem pode declarar-se culpado em troca de ser julgado conforme a legislação de menores; o acusado poderá negociar o lugar onde vai cumprir a pena; o objeto do acordo poderá ser também a sujeição a um programa especial de reabilitação (drogadependentes, pessoas com deficiências psíquicas...); etc.

Igualmente, além da declaração de culpabilidade de seu cliente, a defesa do acusado pode oferecer uma série de outras coisas ao *prosecutor:* fazer a devolução das coisas subtraídas; comprometer-se a indenizar à vítima; não apelar da resolução judicial; dar ao promotor ou à polícia a informação que eles desejam; ajudar à polícia na investigação do crime; testemunhar contra outros envolvidos na prática do delito.

Em resumo, quaisquer que sejam os tipos de concessões que receba o acusado, estas normalmente visarão o mesmo objetivo: atenuar a pena.[39]

4. Requisitos para a Aceitação da *Plea* do Acusado

Dado que uma declaração desta natureza do acusado produz graves conseqüências para ele, tanto o legislador como os tribunais tiveram que estabelecer uma série de requisitos sem os quais o juiz não pode aceitar a declaração de responsabilidade penal.

1.º — Determinação da voluntariedade da declaração

Esta determinação exige, em primeiro lugar, a obrigação que o juiz tem de

37. Na *Rule 11(e)(1)* se afirma que "... *with the understanding that such recommendation or request shall not binding upon the court*". Por isso M. Cherif Bassiouni (*Criminal Law and Its Processes. The Law of Public Order*, Springfield, Illinois, USA: Charles C. Thomas Publisher, 1969, p. 462) assinala que não devem ser utilizadas este tipo de promessas em troca de declarações de culpabilidade, porque o fato do promotor estar atuando com um poder que não possui introduz considerações éticas e um elemento de fraude, o qual pode viciar a declaração de culpabilidade. Isso se verifica especialmente naqueles casos em que o tribunal pronuncia uma condenação mais grave do que aquela que o promotor propunha na *reduced sentence*.

38. A *Rule 11(e)(2)* dispõe a esse respeito que "... *the court shall advise the defendant that if the court does not accept the recommendation or request the defendant nevertheless has no right to withdraw the plea*".

39. Davis, Anthony. "Sentences for Sale: A New Look al Plea Bargaining in England and America", *Criminal Law Review*, 1977, p. 151.

certificar se o acusado possui capacidade para aceitar a *plea of guilty*, do mesmo modo que tem a responsabilidade de averiguar se o acusado é competente para estar em juízo, já que existiria uma situação anômala caso se declare a competência de um acusado para estar em juízo, porém ele seja incapaz de compreender as vantagens acordadas em troca de sua declaração de culpabilidade.

Posteriormente, o tribunal tem a importante responsabilidade de determinar se a declaração é "*voluntary*", ou seja, para ser válida a *plea* não deve ser produto de uma *improper coercion* pelos oficiais do governo; o acusado deve tomar livremente a decisão de declarar-se culpado, sem ser submetido a violências (físicas ou mentais), coações, ameaças (...).[40]

2.º — Determinação de que a plea *é feita* "intelligently"

É outra das responsabilidades do juiz: dirigir-se pessoalmente ao acusado para determinar se ele compreende uma série de fatos antes de aceitar sua *plea*, em concreto:[41]

A — Compreensão da "*nature*" das imputações: o acusado tem que compreender a essência das imputações sobre as quais se declara ou não culpado, circunstância que deverá constar no *record* do processo. Assim, em *Henderson v. Morgan* reconhece-se que esta exigência de que o acusado conheça a essência das imputações que há contra ele é o primeiro e o requisito mais conhecido, do *due process*[42].

B — Compreensão da pena e das possíveis conseqüências da mesma. A *Rule 11 (c) (1)* exige que o acusado deve compreender o máximo de informações relativas à pena: a pena máxima e mínima que poderá lhe ser imposta; a possível existência de regras ou orientações (*guidelines*) que deva seguir o juiz na hora de ditar sentença, e as circunstâncias nas quais este pode deixar de as observar; a possibilidade de

40. *Boykin v. Alabama,* 395 US 238, 89 S Ct 1709, 23 L Ed 2d 274 (1969): "*Ignorance, incomprehension, coercion, terror, inducements, subtle o blatant threats might be a perfect cover-up for inconstitucionality*"; *Brady v. United States,* 397 US 742, 90 SCT 1463, 25 L Ed 2d 747 (1970): "*The agents of the State may not produce a plea by actual or threatened physical harm or by mental coercion overbearing the will*"; *North Carolina v. Alford,* 400 US 25, 92SCT 160, 27 L Ed 2d 162 (1970): "*That he would not have pleaded except for the oportunity to the limit the possible penalty does not necessarily demostrate thea the plea of guilty was not the product of a free and rational choice, especially where the defendant was represented by competent counsel whose advice was that the plea would be to the defendant's advantage*". *Vid.* Israel, Jerold H., Lafave Wayne R., *Criminal Procedure. Constitutional Limitations.* Fifth Edition. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1993, pp. 423-424.

Tendo em vista a abundante jurisprudência sobre esta exigência da voluntariedade da declaração, tanto de tribunais federais como estaduais, a *Rule 11(d)* foi modificada em 1975 para proporcionar um *record* mais completo de todas as circunstâncias relativas à validez das *guilty pleas.* Na atualidade dispõe: "*The Court shall not accept a plea of guilty or nolo contendere without first, by addressing the defendant personally in open court, determining that the plea is voluntary and not the result of force o threats or of promises apart from a plea of agreement. The court shall also inquire as to whether the defentatan's willingness to plead guilty or nolo contendere results from pior discussions between the attorney for the government and the defendant's attorney*".

41. *Rule 11(c)(1): "Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and inform him of, and determine that he understands, the following..."*

42. *Henderson v. Morgan,* 426 US 637, 96 SCT 2253, 49 L Ed 2d 108 (1976).

Vide este caso em Israel, Herold H., Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., *Criminal Procedure and the Constitution..., ob. cit.*, p. 513 e ss.

se beneficiar da liberdade condicional, quando assim for tipificado, segundo o delito que haja cometido; avisar ao acusado de que uma parte da sentença constará da imposição da obrigação de reparar o dano ou indenizar a vítima do delito, quando for devida (recorde-se que este pode ser uma das propostas que o acusado pode fazer na negociação, visando receber maiores concessões).

O que é evidente é que a exigência da *Rule 11* de que o acusado deve mostrar o conhecimento das conseqüências de sua *plea* nunca significará que ele deva conhecer a sentença que lhe vai ser imposta. Tão pouco a *guilty plea* estará viciada em virtude do acusado não estar de acordo com a severidade da sentença imposta, a menos que as expectativas de brandura na fixação da pena foram geradas por atos do tribunal ou do governo.[43]

C — Determinação dos direitos renunciados.

Como uma parte da natureza voluntária da *plea*, o acusado tem que ser informado dos direitos constitucionais de que dispõe: (a) Direito a ser assistido por um advogado durante todo o processo, devendo lhe ser nomeado um nos casos em que se fizer necessário; (b) o direito a declarar-se não culpado (*plead not guilty*) e a ter um juízo perante o tribunal de jurados, no qual poderá ser assistido por um advogado, podendo, inclusive, solicitar uma acareação com as testemunhas que declararam contra ele, não podendo ser obrigado a declarar contra si mesmo; (c) finalmente, o acusado deverá ser informado de que todas as afirmações que haja feito, na presença do seu advogado, sobre o delito do qual se declarou culpado poderão ser usadas posteriormente contra ele, nos casos de haver incorrido em perjúrio ou falso testemunho.

3.º — Determinação da exatidão da declaração

A necessidade de que o juiz verifique se há uma *factual basis* para a declaração (por exemplo, que o acusado haja admitido a realização dos fatos que deram lugar a que lhe fosse imputado o delito do qual vai se declarar culpado) é uma obrigação que há poucos anos se acrescentou às que já tinham na hora de receber as *pleas of guilty*. Assim, na *Rule 11 (f)* se estabelece que "*Notwwithstanding the acceptance of a plea of guilty, the court should not enter a judgment upon such plea without making such inquiry as shall satisfy it that there is a factual basis for the plea*".

Ao determinar a base fática da declaração se relaciona o fato realmente cometido e a acusação admitida, por isso será difícil estabelecê-la quando a declaração seja o resultado de *charge bargaining*, na qual o acusado se confessa culpado de um delito menor, "hipotético", porque não foi realmente ele que o cometeu. A justificativa para esse procedimento é a de que a substituição se faz porque o delito de maior gravidade não poderia ser provado[44].

Entretanto, mesmo quando o tribunal determina que há uma *factual basis* para a declaração poderá admitir que o acusado faça alegações de inocência junto à sua declaração de culpabilidade.[45]

43. *Vid.* Cissel, James. *Federal Criminal Trials*. Third Edition. Charlottesville, Virginia: The Michie Company, Law Publishers, 1992, p. 159; Orfield, Lester B., *Orfield's Criminal Procedure under the Federal Rules*. New York and San Francisco: The Lawyers Cooperative Publishing Co. and Bancroft-Whitney Co., 1985, v. 2, p. 153 e ss.

44. De Diego Diez, Luis Alfredo. "Algunos apuntes sobre la "plea bargaining" de los USA", *Justicia*, 1989, n. IV, p. 951.

45. Cf. *North Carolina v. Alford*, 400 US 25, 91 SCT 160, 27 L, Ed 2 162 (1970). *Vid.*, este caso e outros posteriores em Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel,

5. Conclusões

A vantagem das negociações e das declarações de culpabilidade reside no fato de serem uma forma de administrar a justiça de forma muito mais flexível do que o modelo tradicional.[46] Como se assinala no caso *Bordenkircher v. Hayes*, "seja como for a situação em um mundo ideal, o fato é que a *guilty plea* e a *plea bargain* são componentes importantes do sistema judicial deste país. *Properly administered, they can beneficit all concerned*".[47] Entre essas "*mutuality advantages*", que sem dúvida alguma são a base para que mais de três quartos das condenações nos EE.UU. sejam produto das *pleas* e as quais são necessárias para que hoje em dia a administração da justiça funcione, podemos assinalar as seguintes:[48]

a) para o acusado, no caso em que veja uma pequena possibilidade de ser condenado, pois intentará evitar a todo custo a celebração do *trial*, já que poderá obter uma pena mais leve do que a que se supõe lhe será imposta se houver a realização do juízo, além de outra série de concessões que poderá obter da parte do promotor (retirada de outras imputações, abster-se de realizar alguma recomendação que possa agravar a pena, não opor-se à que o acusado permaneça em liberdade sob fiança, etc.); as provas necessárias para a celebração do juízo são eliminadas, assim como a publicidade adversa e demais conseqüências que podem derivar da celebração do mesmo; com a sua declaração facilita a individualização da justiça, podendo o processo de reabilitação começar imediatamente depois de declarar-se culpado e houver dado mostras de querer admitir sua responsabilidade e reintegrar-se na sociedade, principalmente quando o lugar designado para tratamento é um centro especializado e apropriado para as circunstâncias do delito e do delinqüente (por exemplo, os centros de desintoxicação para toxicômanos).

b) para os *prosecutors*, que também querem evitar o juízo, porque assim serão aliviados em sua carga de trabalho, podendo reduzir o atraso dos processos existentes nos tribunais, assim como evitando o risco de que o acusado possa ser absolvido no *trial*. Além disso,

Jerold H., *Modern Criminal Procedure. Cases, Comments, Questions*. Seventh Edition, St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1990, pp. 1.268-1.271.

46. Alschuler, Albert, W., "The Prosecutor's Role..., *op. cit.*, p. 71 e ss.

47. *Bordenkircher v. Hayes*, 434 US 357, 98 SCT 663, 54 L Ed 2d 604 (1978).

McCoy e Mirra assinalam que "... *plea bargaining is the process by which both the state's interest in identifying and punishing criminals efficiently and the defendant's interest in reducing punishment are maximized in an economic sense*" (McCoy, Thomas R., Mirra, Michael J., "Plea Bargaining as Due Process in Determining Guilt", *Stanford Law Review*, v. 32, Maio, 1980, p. 895).

48. Vid., entre vários outros, Israel, Herold H., Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., *Criminal Procedure and the Constitution...*, *ob. cit.*, p. 500; Fanchiotti, Vittorio, "Spunti per un dibattito sul *plea bargaining*". AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di Ennio Amodio e M. Cherif Bassiouni. Milano: Giuffrè Editore, 1988, pp. 283-284; Fine, Ralph Adam, "Plea Bargaining..., *ob. cit.*, pp. 623-627; Myhre, Jonas A., "Conviction Without Trial in the United States and Norway: A Comparison", *Houston Law Review*, v. 5, 1967-1968, pp. 657-658; De Diego Diez, Luis Alfredo. "Algunos apuntes sobre la "plea bargaining"..., *ob. cit.*, pp. 947-948; Casper, Jonathan D., "Reformers v. Abolitionist: Some Notes for Futher Research on Plea Bargaining", *Law & Society Review*, v. 13, n. 2, Winter, 1979, p. 569; Clark, Peter. "The Public Prosecutor and Plea Bargaining", *The Australian Law Journal*, v. 60, April, 1986, p. 210; *Bordenkircher v. Hayes*, 434 US, 357, 98 SCT 663, 54 L Ed 2d 604 (1978); *Brady v. United States*, 397 US 742, 90 SCT 1463, 25 L Ed 2d 747 (1970).

a colaboração do acusado pode ajudar ao *prosecutor* no desempenho de seu trabalho, já que obterá evidências e provas que permitirão resolver outros casos, conseguindo com isso que sua imagem pública e seus percentuais de atuação se mantenham.

c) para os defensores, porque com as *pleas* reduzem o trabalho e a dedicação ao processo, sem prejuízo dos honorários, podendo assim dedicar o tempo a outros processos; e ao final de tudo celebraram um bom acordo para seu cliente, ainda que alguns de seus princípios éticos tiveram que ser flexibilizados.

d) também para o Estado há vantagens, posto que a imposição mais rápida da pena, através da declaração de culpa do acusado, pode ter mais eficácia no sentido de conseguir os fins esperados da sanção penal; por outro lado, ao evitar o juízo os escassos recursos judiciais e do Ministério Público se conservam para aqueles casos nos quais há uma dúvida substancial sobre a culpabilidade do acusado ou em que se duvida que o estado possa sustentar a carga da prova, ou para os delitos que causam um maior alarme social.

Em resumo, o *plea bargaining* é um procedimento simples e rápido que favorece o princípio da economia processual, permitindo a rápida definição e a resolução da maioria dos processos penais, beneficiando assim, tanto no aspecto econômico como no de redução de tempo, a todos os participantes.

Enquanto todos concordam que as vantagens existem, acreditamos que os custos gerados pela adoção do *plea bargaining* excedem toda a economia de tempo e de dinheiro que ele favorece, se é que essa economia realmente ocorra.[49] Não se deve estranhar que essa instituição conduza à idéia de que o sistema penal formal não funciona, de que está nas mãos de todos aqueles que usam e abusam das possibilidades que o ordenamento jurídico lhes oferece.

As críticas que se podem formular ao instituto, e com as quais concorda a maioria da doutrina, são as seguintes:

1.ª — a grande margem de discricionariedade do promotor norte-americano no desempenho do monopólio do exercício da ação penal.

2.ª — a transformação que se produz nos papéis tradicionais que desempenham as partes no processo penal.[50]

Estamos, pois, frente a um sistema no qual todos pretendem evitar a celebração do juízo, amparados em supostos benefícios; o lamentável é que as razões que usam para justificar essa opção pouco ou nada têm de comum com a justiça.

3.ª — a negociação de culpa se produz em um momento processual no qual o conhecimento do caso pelas partes é limitado. Dessa forma, a decisão do promotor é normalmente tomada sem a informação referente às circunstâncias do delito, as características do acusado e outros fatores necessários para tomar a decisão. Isso faz com que em muitos casos a aceitação das declarações por imputações inferiores, que no início eram instrumentos discricionários para a individualização das penas, se converta em rotina, com reduções-padrão de certas penas, sendo provável que o juiz nunca chegue a conhecer a realidade dos fatos, tendo em vista não ser necessária uma investigação exaustiva dos mesmos.[51]

49. Kipnis, Kenneth. "Plea Bargaining: a critic's rejoinder", *Law & Society Review*, v. 13, n. 2, Winter, 1979, pp. 555-556, nota 1.

50. Vid. Brown, Jeff. "Meritti i limit del patteggiamento". AA.VV., *Il processo penale..., ob cit.*, p. 143 e ss.; Callan, Sam W., "An Experience in Justice Without Plea Negotiation", *Law & Society Review*, v. 13, n. 2, Winter, 1979, p. 328.

51. Goldstein, Abraham S.,Orland, Leonard. *Criminal Procedure..., ob. cit.*, p. 186; De

4.ª — o fato de que tanto em processos por *felonies* como por *misdemeanors* os acusados que se declaram culpados recebem penas menos severas que os que decidem ir a juízo. Ou seja, na hora de determinar a pena a ser imposta não se levam em consideração elementos como a gravidade do delito, a personalidade e circunstâncias do acusado ou exigências de prevenção geral e especial, mas sim, simplesmente se gratificam[52] aqueles sujeitos que aceitam a responsabilidade pela conduta cometida e que contribuem para uma eficiente e econômica administração da justiça, e, em contrapartida, se castigam mais severamente e se penalizam[53] a todos aqueles que exercem seu direito constitucional a um juízo com jurados populares.

Esta disparidade de tratamento na hora de ditar sentença é que induz os acusados a declararem-se culpados: esperam receber concessões do Estado na sentença, em virtude de terem lhe poupado os gastos e inconvenientes de ir a juízo. Isto não é uma esperança só dos acusados, os próprios juízes admitem que "... *it is just human nature to look more favorably on a defendant who admits his guilty*".[54]

5.ª — Todavia, a conseqüência mais grave é a de que em muitas ocasiões, ante às evidências existentes, pessoas inocentes são induzidas a declararem-se culpadas, temendo que, no caso de serem condenadas em juízo, a sanção imposta será mais severa, ou visando evitar a publicidade adversa que supõe o juízo.[55]

Parece-nos inadmissível que se tente justificar a injustiça dessas situações com o amparo na escassa probabilidade de que os acusados inocentes se declarem culpados e sejam condenados, e com o argumento de que eles, com mal menor, são recompensados com a sentença "*light*" que recebem.

Apesar das críticas, a realidade dos fatos nos mostra como mecanismos similares ao *plea bargaining* foram adotados não só em ordenamentos jurídicos que se inspiram no modelo anglo-saxão ou de *common law* (Inglaterra, Gales, Escócia, Nova Zelândia, Canadá, Porto Rico, Austrália...), como também

Diego Diez, Luiz Alfredo, "Alguns apuntes sobre la "plea bargaining"..., *ob. cit.*, pp. 945-946.

Zimring e Frase assinalam que "... *under the pressure of a heavy, time-consuming caseload, the prosecutor may easily be seduced at an early stage of the procedings, before such facts are more fully developed, by the offer of a quick guilty plea in exchange for a light sentence, only to discover too late that the offense, or the offender, was far more serious than originally tought*" (Zimring, Franklin E., Frase, Richard S., *The Criminal Justice System...*, *ob. cit.*, p. 501).

52. Alschuler, Albert W., "The Defense Attorney's Role..., *ob. cit.*, pp. 1.235-1.236.

53. McCoy, Thomas R., Mirra, Michael J., "Plea Bargaining as Due Process..., *ob. cit.*, p. 904; Packer, Herbert L., "Two Models of the Criminal Process", *University of Pennsylvania Law Review*, v. 113, n. 1, November, 1964, p. 49; *Scott v. United States*, 419 F 2d 264, 135 US Ap. D.C. 377 (D.C.Cir. 1969).

54. Lefstein, Norman. "Plea bargaining and the Trial Jude, the New ABA Standards, and the Need to Control Judicial Discretion", *North Carolina Law Review*, v. 59, n. 3, March, 1991, pp. 498-506.

55. Newman assinala que esse fato é comum naquelas hipóteses em que os acusados de *felonies* podem declarar-se culpados por *misdemeanor* (Newman, Donald J., "Pleading Guilty for Considerations: A Study of Bargain Justice", *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, v. 46, n. 6, March-April, 1956, pp. 783-784), e Whitman completa afirmando que os que são mais propensos a isso são os acusados que possuem antecedentes criminais e que sabem que os juízes serão especialmente severos com aqueles que lutam em juízo e perdem (Whitman, Peter A., "Judicial plea bargaining", *Stanford Law Review*, p. 19, n. 5, Maio 1967, pp. 1.084-1.085).

em ordenamentos jurídicos da Europa continental, nos quais se verificam sistemas processuais que, baseados na atuação conjunta da acusação e da defesa, visam conseguir o arquivo do processo.

Brevemente, podemos citar:

a) na Alemanha, o parágrafo 153 da Lei Processual Penal prevê a abstenção da persecução por delitos menores, as denominadas "bagatelas": nos processos cujo objeto são delitos castigados com penas privativas de liberdade inferior a um ano o Ministério Público tem a possibilidade de prescindir da acusação, com a autorização do Tribunal competente para a abertura do procedimento ordinário, sempre que não existir interesse público na persecução e a culpabilidade do autor for considerada ínfima. De igual modo, o parágrafo 153, *a,* regula o arquivo da causa, com autorização do Tribunal e mediante o cumprimento de determinadas ordens ou mandatos, no caso em que se chega a um acordo entre as partes.

b) em Portugal, o art. 281 do Código de Processo Penal regula a suspensão provisória do processo, instituto com uma clara relação com o art. 153, *a,* do StPO: nos delitos castigados com pena de prisão não superior a três anos, ou com sanção de natureza diferente da privativa de liberdade, o Ministério Público pode, em conformidade com o Juiz, com o acusado e seu defensor e com a vítima, solicitar a suspensão provisória do processo, mediante a imposição de certos deveres ou regras de conduta; transcorrido um prazo não superior a dois anos e verificado o cumprimento das condições impostas, se procede ao arquivo definitivo do processo.

c) em Itália, o art. 444 do novo Código de Processo Penal criou um procedimento alternativo ao ordinário, a aplicação da pena a pedido das partes, permitindo que o acusado e o Ministério Público solicitem ao Juiz a aplicação de uma pena substitutiva, ou de uma pena pecuniária diminuída em um terço, ou uma pena privativa de liberdade que, diminuída em um terço, não supere os dois anos de duração. Esta solicitação pode produzir-se até a abertura da audiência principal, determinando uma simplificação do procedimento, através da supressão da fase de juízo oral.

d) Finalmente, em Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882 já previa dois momentos processuais diferentes para esta conformidade em relação ao objeto do processo: a qualificação provisória das defesas (art. 655) e os prolegômenos do juízo oral (art. 688 e ss.). Depois da Reforma de 1988 e com o estabelecimento do procedimento abreviado se estabeleceram duas manifestações do princípio de oportunidade equivalentes às já existentes (arts. 791.3 e 793.3, respectivamente).

Em conclusão, reafirmamos a idéia de que a administração da justiça é algo mais que uma análise dos custos e benefícios; é absolutamente injustificável buscar legitimar as práticas de disponibilidade do objeto do processo penal anteriormente mencionadas, principalmente a estadunidense, ao simples fundamento de que os prejuízos que se podem produzir são enormes. Todos os cidadãos possuem o direito à justiça e é dever do Estado proporcionar um sistema que possa efetivamente prestar justiça para todos, não só para uma minoria; nenhum benefício aparente pode preponderar sobre a necessidade de preservar o sistema de justiça criminal. Incorre-se em erro ao tentar aplicar à Administração da Justiça os princípios e valores da sociedade capitalista: a produtividade, entendida como o maior ou menor percentual de condenações obtidas, convertendo-se no instrumento de medida da eficácia da atividade jurisdicional nos ordenamentos jurídicos de nosso tempo.

ASPECTOS PENAIS NA CONSTITUIÇÃO*

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

I — Primeiramente quero tecer algumas considerações gerais, de ordem introdutória e teórica.

Sob o ponto de vista puramente histórico, podemos dizer, com o professor Jorge Miranda, que o nosso constitucionalismo nasceu em terras lusas, após a revolução de 1820. Para a elaboração da Constituição de 1822, foram eleitos deputados das províncias brasileiras do então Reino de Portugal, Brasil e Algarves. Mas, sob o ponto de vista jurídico-político já podemos afirmar que a "base" de nosso constitucionalismo atual é de origem norte-americana. Efetivamente, com a proclamação de nossa República, em 1889, os constituintes de 1890 e 1891 procuraram "imitar" a matriz estadunidense, que serviu de "espelho" para outros Estados latino-americanos, para a Suíça e, no pós-Segunda Guerra Mundial, para o Japão ("Constituição McArthur") e outros Estados asiáticos.

Com o passar do tempo, nosso constitucionalismo foi recebendo influências marcantes do constitucionalismo europeu continental. A Constituição de 1988, embora tenha mantido em sua essência o "federalismo", a "república" e "controle judicial" (já sem seu cariz original), todos de matriz americana, trouxe para seu seio muitos institutos e dispositivos de Estatutos constitucionais europeus, sobretudo da Constituição da República Portuguesa e da Lei Fundamental de Bonn.

Outra observação a ser ressaltada é quanto à Constituição de 1988, que mais do que todas as Cartas e Constituições brasileiras anteriores, é "dirigente" (*dirigierende Verfassung*) e "programática" (*programmatische Verfassung*). Ela almeja "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3.°, I), erradicando "a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (*id*, III). Em outras palavras, um dos objetivos fundamentais da nossa República Federativa é oferecer "diretivas modeladoras" para a própria Sociedade, acenando com a intervenção do poder público na "ordem econômica", "financeira", "cultural" e "ambiental".

A nossa Constituição, deliberadamente, se afastou do "modelo clássico", que se limitava a estruturar e a dar competência aos órgãos do poder e sobretudo a garantir os direitos fundamentais. Com isso, é fato, a Constituição não deixa de perder parte de sua força normativa e trazer insegurança. Ainda que se corram tais riscos, não se admite mais a "indiferença constitucional", voltada quase só para o Estado e divorciada da Sociedade para a qual ela é feita e procura aprimorar, diminuindo os gritantes desníveis sociais e econômicos.

Hoje, se há preceitos impositivos na Constituição, vinculando materialmente o próprio legislador ordinário, também o Judiciário deve cumprir seu papel na

* Palestra proferida em Maceió, AL, no "Ciclo de Estudos Jurídicos em homenagem ao Ministro Pedro Acioli" (16.06.95).

"atualização constitucional" (*Verfassungsaktualisierung*), interpretando as leis ordinárias tal qual preceituado na própria Constituição.

II — Os Códigos Penal e Processual Penal brasileiros, que foram promulgados sob o pálio de outra ordem político-jurídica, não podem, à evidência, ser mais interpretados tal como há cinqüenta, vinte ou dez anos.

Na área penal, a Constituição, hoje, tem suas vistas voltadas também para a macrocriminalidade, para o crime organizado, para os delitos praticados contra a ordem econômica, social, financeira, popular e contra o meio ambiente.

III — Nossa Constituição de 1988, possivelmente é de todos os estatutos políticos do mundo o mais detalhista em matéria de direitos fundamentais. Em parte isso se explica, porque tínhamos saído de vinte anos de regime autocrático. O seu art. 5.º, que contempla maciçamente os "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", está dividido em cerca de 77 incisos, muitos com subdivisões. E note-se que nem todo direito fundamental está concentrado só neste art. gigantesco.

Vou dar dois exemplos.

O primeiro: logo no art. 1.º, inciso III, a Constituição toma a "Dignidade da Pessoa Humana" como um de seus marcos filosóficos. Tal princípio fundamental nos veio diretamente do art. 1.º da Constituição da República Portuguesa, que, por sua vez, se inspirou no art. 1.º da Lei Fundamental de Bonn, com a rubrica "Proteção da Dignidade Humana (*Schutz der Menschenwürde*). Esse dispositivo foi colocado no Estatuto constitucional alemão, como explicam Hans Jarass e Bodo Pieroth em seu livro "*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland — Kommentar*" (C. H. Beck, München, 1992, 2.ª ed., p. 27), em razão dos crimes praticados durante o Estado nacional-socialista. Para se ressaltar o primado do homem em relação ao Estado, "primeiro vem o homem e depois, então, o Estado" (*...zuerst der Mensch kommt und dann der Staat*).

Tal princípio fundamental é sumamente importante para o tratamento humanitário a ser dispensado ao preso, seja ele provisório ou já integrado ao sistema penitenciário. Aliás, tal princípio se desdobra em escólio no inciso III do art. 5.º: "Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante".

O inciso XLIX conplementa: "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

É sabido que em alguns países — inclusive na Alemanha nazista — faziam-se experiências científicas com prisioneiros.

Internacionalmente, repercutiram os massacres de presos no Brasil: Carandiru (outubro de 1992) e Penitenciária Ary Franco (novembro de 1991).

O segundo exemplo está no art. 93, inciso IX, que cuida do princípio da "Publicidade dos Atos Judiciais" e do "Princípio da Necessidade da Fundamentação das Decisões Judiciais". A Constituição diz textualmente "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...*"

Nossa Constituição foi mais radical do que a Constituição lusa, sua fonte inspiradora, que dispõe no art. 208.º, 1: "As decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei". A 6.ª Turma do STJ, da qual faço parte, tem, de modo reiterado, anulado, sobretudo em decretos de prisão preventiva, as decisões de juízes monocráticos ou colegiados que apenas invocam, de modo abstrato, o art. 312 do Código de Processo Penal.

No corpo do art. 5.º, encontramos mais de quatro dezenas de normas sobre direitos fundamentais, que não estão

colocadas de modo ordenado ou sistemático. Assim, vem o princípio penal da "Licitude da Prova Produzida". Só a prova obtida de acordo coma lei é que vale processualmente. Dessa maneira, a prova conseguida mediante tortura, coação, narcoanálise ou sub-repção é considerada ilegítima.

O inciso XXXV abre as portas do Judiciário para quem se sentir lesado ou ameaçado de lesão em seus direitos subjetivos, sejam eles de cunho penal ou não. É o *direito de ação* e o seu reverso, o *direito de contra-ação* (defesa). Não se trata de acesso puramente formal. É mais que isso. É o acesso ao processo regular, ao denominado "*devido processo legal*". Ou seja, o processo criado por lei formalmente feita de acordo com a própria Constituição, com ampla defesa e assistido por profissional habilitado, sem prejuízo de eventual autodefesa. Tanto isso é certo que o inciso LIV repete enfaticamente que "*ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido a processo legal*". No caso de miserabilidade do demandante ou do demandado, ser-lhe-á garantida "Assistência Judicial Integral e Gratuita" (inciso LXXIV).

A garantia da tutela jurisdicional apresenta, para maior aperfeiçoamento, sobretudo na área penal, diversos desmembramentos. Assim, o inciso XXXVII e o inciso LIII consagram o princípio do "Juiz Natural", repudiando as *kangaroo courts*, os tribunais *ad hoc* ou constituídos *post factum*. Todos os acusados têm direito ao seu "*day in court*", isto é, o direito fundamental de ser ouvido e expor suas razões perante seu juiz natural (Juiz competente), produzindo suas provas e criticando as provas produzidas (Dialética processual) e de se utilizar licitamente de todos os Recursos judiciais que a lei põe a seu alcance (inciso LV).

No inciso LXI está consagrado que a prisão só pode ocorrer em duas hipóteses (excepciona o caso de transgressão militar): em flagrante delito ou mediante ordem escrita de juiz competente. Mas, de qualquer sorte, só se mantém preso — flagrante delito — se houver necessidade para acautelar a regularidade do processo penal.

O inciso LVII cristaliza marco importante da jurisprudência americana, o denominado "*Miranda v. Arizona*", de 1966, que passou por 5 votos a 4, quando a Court Warren procurou restringir os *law-enforcement methods* em prol das garantias dos indiciados e acusados. Praticamente toda criança americana, de tanto ver televisão, hoje sabe de cor as palavras que a polícia passou a recitar quando da prisão de alguém: "*you have the right to remain silent...*" Esse inciso constitucional obriga a polícia a dar notícia ao preso de seus direitos constitucionais, inclusive o de comunicar-se com a família e com seu advogado. Também abre a possibilidade de o preso saber quem efetuou a prisão e qual a razão dela (nota de culpa).

O inciso XXXIX repete o *princípio da legalidade* ou da *reserva legal*, que vem escrito em todas as nossas Cartas e Constituições.

As figuras típicas e suas sanções só podem ser criadas por leis do Congresso Nacional e de acordo com o devido processo legal.

Assim, pode-se colocar em xeque a instituição de tipo e de pena via medida provisória. No caso de se admitir a sua criação, há o entendimento de que a definição do novo crime só opera depois de a medida provisória se converter em lei.

Outro princípio também já assentado e arraigado em nossa consciência jurídica, mas, mesmo assim, nem sempre bem entendido por nossos juízes, é o da *irretroatividade da lei penal.*

O inciso XL é peremptório, dizendo que "*a lei penal não retroagirá, salvo*

para beneficiar o réu". É comezinho que a irretroatividade, aí, não é só da norma puramente penal, mas também da denominada "*norma processual material*". Como se sabe, a comunhão entre "direito penal" e "direito processual penal" é muito maior do que entre o direito em geral e o processo não-penal. É que o direito penal só se realiza através do processo. Em outras palavras, não existe concreção penal sem processo penal. A norma nova não é só quanto a tipo, mas quanto à forma e ao próprio modo de execução da pena.

A Constituição, contrariando as ciências penais, torna alguns crimes imprescritíveis. É o caso da "*prática de racismo*" (inciso XLII) e a "*ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o estado democrático*" (inciso XLIV).

Para outros crimes, ela mesma já os torna inafiançáveis, como a "*prática de tortura*", "*tráfico de drogas*", o "*terrorismo*" e os "*hediondos*" (inciso XLIII), bem como a "*ação de grupos armados*" (inciso XLIV).

O inciso XLV consagra o *princípio da responsabilidade pessoal*, já tradicional em nosso direito constitucional. Esse princípio nos vem da Revolução Francesa. A Constituição, ao secundá-lo, mostra sua aversão à responsabilidade objetiva. A responsabilidade penal só pode ser pessoal do criminoso. É interessante, porém, notar que nos arts. 173, § 5.º, 225, § 3.º, a Constituição procura se afinar com corrente moderna, atribuindo "responsabilidade penal à pessoa jurídica". Como se sabe, muitas vezes a responsabilidade penal da pessoa física atinge exatamente o testa-de-ferro, o *straw man*, que apenas faz cumprir decisão de órgão colegiado da empresa.

Outro princípio que tem ensejado margem a discussões no STJ (6.ª Turma) e no próprio Supremo Tribunal Federal é o da *individualização da pena* (inciso XLVI). Doutrinadores, como Alberto da Silva Franco ("Crimes Hediondos", RT, 3.ª ed.) e Luiz Vicente Cernicchiaro ("Cons. sobre o Crime Hediondo, em Proc. Penal e Constituição Federal) entendem que o § 1.º do art. 2.º da LCH, por fixar previamente o regime prisional dos crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e terrorismo, é inconstitucional. Inconstitucional porque contraria o "princípio da individualização da pena", o "princípio da isonomia" e o "princípio da humanidade". Pessoalmente, não tenho partilhado desse ponto de vista. A individualização da pena, no nosso sistema, embora possa parecer ilógico, cabe não só ao juiz, mas também ao legislador ordinário. O Supremo Tribunal Federal — vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence — ao apreciar a questão (HC nº 69.657-1-SP) foi pela não-ofensa aos princípios constitucionais. Embora os votos, no fundo, tenham sido majoritariamente convergentes (constitucionalidade), as argumentações foram díspares. A 6.ª Turma do STJ, vencido o Min. Vicente Cernicchiaro, tem seguido a orientação majoritária do STF. Se num sistema misto, como o nosso, em que o juiz não é inteiramente livre para fixar a modalidade da pena e seu *quantum*, cabe ao legislador também individualizar a pena para determinados crimes que entenda politicamente mais nocivos ao meio social. Foi o que fez a LCH, sem nenhum abalo constitucional, penso. O que a lei infraconstitucional não poderia fazer era estabelecer pena de morte, pena muito alta (prisão perpétua), banimento e pena cruel (inciso XLVII). O entendimento da 5.ª Turma do STJ é no mesmo sentido.

O inciso XLVIII, como observa Sidnei Agostinho Beneti ("A Constituição e o Sistema Penal", RT, 704/296 e seg.), ao dizer que "*a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o*

sexo do apenado", vem de encontro a experiências internacionais penitenciárias de *ressocialização* do interno. No Estado americano da Califórnia, em Sacramento, há um estabelecimento penitenciário em que homens e mulheres trabalham e têm recreação juntos.

O inciso LXVII fala em "*prisão civil por dívida*". A 6.ª Turma, diferentemente da 5.ª Turma do STJ e do próprio STF, não tem admitido a prisão do inadimplente no caso de contrato de alienação fiduciária em garantia. Entendemos que o "depositário infiel" a que alude a Constituição só pode ser aquele da ação de depósito tal como previsto nos arts. 1.265 e seg. do Código Civil (RHC n.º 4.288). É que o credor fiduciário não é proprietário e o devedor fiduciante não é depositário. O contrato de alienação fiduciária poderia, no máximo, ser entendido como de "penhor sem tradição da coisa", nunca como "contrato de depósito". O que o Decreto-Lei 911/69 fez, ao alterar o art. 66 da LMC, foi reforçar garantia de dívida civil mediante ameaça de prisão, o que contraria o espírito da Constituição e os postulados do direito moderno.

Por último, um enfoque ligeiro no denominado princípio da presunção de inocência (inciso LVII), que tanta polêmica tem trazido em nossas cortes de justiça.

Esse dispositivo foi, sem dúvida, inspirado no art. 32, 2 da Constituição da República Portuguesa (1976):

"Todo o argüido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa".

Além da inserção constitucional, já temos dois diplomas legislativos introduzindo o "princípio da presunção de inocência" em nossa legislação interna. Refiro-me ao "Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos" (Decreto Legislativo 226/91, com obrigação internacional a partir de 24.04.92) e a "Convenção Americana sobre Direitos Humanos" ("Pacto de São José da Costa Rica", através do Decreto Legislativo 27/92). São direitos fundamentais incorporados à Constituição por força do § 2.º de seu art. 5.º.

O STJ editou a Súmula n.º 9, que tem a seguinte redação:

"A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência".

Desse verbete sumular apenas se extrai o entendimento de que mesmo o réu de bons antecedentes e primário está sujeito à prisão provisória.

Mas, é preciso que fique bem claro: o juiz, em qualquer circunstância, só pode deixar preso (prisão em flagrante) ou mandar prender (prisões preventiva, de pronúncia ou em sentença condenatória), se mostrar, formal e materialmente, que tal custódia é *imprescindível*. Se houver necessidade acautelatória, prende-se. Senão, deixa-se solto. Desse modo, não basta que o juiz, quando da prisão provisória ou mesmo da sentença condenatória, invoque simploriamente, como se dá com a Lei dos Crimes Hediondos, o inciso II do art. 2.º, que diz que "os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de (...) fiança e liberdade provisória".

A 6.ª Turma do STJ tem entendido que o juiz é sempre obrigado a demonstrar a necessidade da prisão, ainda que se trate de tais figuras penais relacionadas acima. Se não ficar cabalmente demonstrada a necessidade, violados ficam os princípios da "dignidade humana", da "presunção de inocência" e da "liberdade provisória".

COMPETÊNCIA E FORMALIZAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

Juizados Especiais Criminais

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

1. Competência nos Juizados Especiais Criminais — 2. Formalização e validade dos atos processuais — 3. Comunicação dos atos processuais: citações e intimações.

1. Competência nos Juizados Especiais Criminais

Jurisdição criminal é o poder atribuído ao juiz de decidir, aplicando a lei, de apurar a violação ou o perigo de violação da ordem jurídico-penal. Jurisdição em seu sentido estrito constitui exclusividade do Poder Judiciário, representando sua função por excelência. Ontologicamente a jurisdição é una, apresentando diversidade em razão da matéria somente para facilitar o seu exercício: jurisdição penal, jurisdição civil, jurisdição comercial, jurisdição fazendária, etc. Nem todos os juízes podem julgar todas as causas. Por isso, as leis de organização judiciária fixam-lhes limites jurisdicionais. Essa limitação do *Poder Jurisdicional* denomina-se *competência*. A jurisdição é poder, a competência é atividade, decorrendo daí a afirmação de que pode haver jurisdição sem competência, mas jamais existirá competência sem jurisdição.

Ao criar um novo sistema de justiça criminal no Brasil a Lei 9.099 não podia deixar de se preocupar também com a competência, estabelecendo, assim, as suas linhas básicas, que passamos a examiná-las.

1.1 Competência funcional

Constata-se que embora a lei tenha a seção I do Capítulo III com a rubrica *da competência e dos atos processuais,* na verdade começa a definir a competência já no art. 60, o primeiro dispositivo endereçado aos Juizados Especiais Criminais.

Competência funcional é atribuída aos órgãos judiciários para a prática de atos na relação processual, prevendo quem pode atuar em determinado processo, além do que cada um pode realizar. Competência funcional, na lição de Frederico Marques, "pressupõe a competência *ratione materiae* em sentido lato, dispondo assim sobre a função que cada órgão judiciário vai exercer, mediante a prática de atos processuais".[1] Segundo a doutrina, na competência funcional, o poder jurisdicional é distribuído de acordo com o objetivo do juízo, graus de jurisdição ou fases de processo.[2]

1. José Frederico Marques. Tratado de Direito Processual Penal, vol. 1, São Paulo, Ed. Saraiva, 1980, p. 290.

2. Fernando da Costa Tourinho Filho. Processo Penal, vol. 2, 3.ª ed., São Paulo, Ed. Jalovi, 1977, p. 126.

A competência, por fim, pode ser horizontal e vertical. Na competência horizontal objetiva-se os atos de órgãos jurisdicionais da mesma instância, enquanto que na competência vertical visa-se atos praticados dos órgãos jurisdicionais de instâncias diferentes, num mesmo processo, decorrente do princípio do duplo grau de jurisdição.

Em relação a competência funcional horizontal, os Juizados Especiais Criminais serão providos por Juízes togados ou togados e leigos (art. 60). Contará, ainda, na sua estrutura, com a figura dos "conciliadores, que são considerados auxiliares da Justiça, e deverão ser recrutados, preferentemente entre bacharéis em Direito (art. 73, parágrafo único). A estes "conciliadores" poderá ser atribuída a função de conduzir a conciliação, sob a orientação do Juiz, é claro.

A composição dos danos, no entanto, deverá ser homologada pelo Juiz (art. 74); também a imposição de pena criminal decorrente de conciliação, será privativo do Juiz (art. 76, § 4.º).

Em relação a competência funcional vertical, surge uma competência *sui generis*, nos Juizados Especiais Criminais, porque em verdade o órgão recursal, denominado de *Turma*, será composto por "três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição" (art. 82). Embora sejam juízes com jurisdição no primeiro grau, constituem, na estrutura institucional dos Juizados Especiais, uma espécie de segunda instância, na medida em que representa o órgão com competência recursal.

Essa *Turma*, com competência recursal, somente poderá ser constituída por *Juízes togados*, de acordo com a interpretação que se pode tirar do texto do art. 82, o qual refere que os mesmos devem estar "em exercício no primeiro grau de jurisdição". Ora, somente os Juízes togados podem estar exercendo jurisdição no primeiro grau, posto que a justiça brasileira comum não tem juízes leigos em seus quadros regulares. Por isso, a possibilidade de provimento do Juizado Especial Criminal por "Juízes togados ou togados e leigos" restringe-se ao "Juizado de Instrução", ou, se preferirem, de "competência originária", por que o art. 82 afasta, implicitamente, a possibilidade de os "juízes leigos" integrarem os órgãos recursais.

Outra questão que não demorará ser objeto de desinteligência será a *inconstitucionalidade* do art. 82, que afasta o princípio do "quinto constitucional", não prevendo a participação da *Ordem dos Advogados* e do *Ministério Público* (art. 94 da CF). O aspecto fundamental para o deslinde dessa questão será decidir se a "Turma", órgão colegiado do *Juizado Especial Criminal*, está abrangida, *lato senso*, pela expressão *Tribunal Estadual*. O tema ganha relevância quando, segundo os prognósticos oficiosos, afirma-se que os Juizados Especiais atingirão mais da metade do movimento forense atual.

Por fim, a *competência funcional* apresenta uma última questão, que necessita reflexão: afinal, os Juizados Especiais Criminais teriam competência para adotar o instituto da *suspensão do processo*, previsto no art. 89? A questão não é tão simples, como pode parecer inicialmente.

O fato de a suspensão do processo ser criado e regulado pela lei que institui e regulamenta os Juizados Especiais, por si só, não lhe garante plena competência para aplicá-lo. Nem mesmo as legislações estaduais que instituírem seus respectivos Juizados poderão conceder-lhe tal competência.

Para se definir essa questão faz-se necessário examinar os limites da competência do Juizado Especial; em outros termos, como dizia Frederico Marques, a competência funcional pressupõe a competência *ratione materiae*. Para a solução desse problema socorrem-se nos

arts. 60 e 61 deste diploma legal. O primeiro dispositivo referido estabelece que o Juizado Especial Criminal "tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das *infrações penais de menor potencial ofensivo*". E o segundo dispositivo, art. 61, define como *infração de menor potencial ofensivo* "as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano". Logo, o Juizado Especial não tem competência para suspender o processo, pelo menos, nos limites em que o art. 89 prevê.

Por outro lado, a suspensão do processo não está afastada, definitivamente, da competência do Juizado Especial. Nem o fato de o art. 60 não incluir no rol de competência do Juizado Especial, a de suspender o processo, nem os limites estabelecidos no art. 89 eliminam completamente a competência do Juizado Especial. Em primeiro lugar porque o rol constante do art. 60 pode ser interpretado como meramente exemplificativo; em segundo lugar, porque o limite previsto no art. 89 refere-se ao limite máximo das infrações que admitem a adoção da suspensão do processo.

Assim, a solução do problema é simples:

a. nos limites das infrações de competência do Juizado Especial, naquelas definidas como de menor potencial ofensivo, poderá haver a suspensão do processo.

b. as infrações que não se caracterizarem como de menor potencial ofensivo, ainda que estejam dentro do limite previsto no art. 89, não poderão receber a suspensão do processo através do Juizado Especial, posto que a competência será da Justiça comum.

Concluindo, a suspensão do processo tanto pode ser aplicada pela Justiça comum quanto pelo Juizado Especial, nos limites da competência *ratione materiae*, de cada órgão. Essa concepção decorre da interpretação do próprio art. 89, que ao estabelecer os limites da pena, para instituir a suspensão do processo, destaca, "abrangidas por esta lei ou não".

Ainda, em sede de competência funcional vertical, surge outra questão que demanda acurado exame. O texto do art. 82 que cria a "Turma", com competência recursal, não faz qualquer alusão à participação do Ministério Público e da defesa. Evidentemente que essa omissão pode ser suprida — ao contrário daquela da composição da *Turma* — pelas legislações estaduais que criaram os Juizados Especiais Criminais. Vindo a persistir tal omissão será duplamente inconstitucional: de um lado por violar os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, CF); de outro lado, por afastar o Ministério Público titular exclusivo da ação penal pública (art. 129, I e II, CF).

1.2 Competência pela natureza da infração

O art. 74 do Código de Processo Penal determina que a competência *ratione materiae*, isto é, pela natureza da infração, será determinada pelas leis de organização judiciária dos Estados, ressalvando, a competência do Tribunal do Júri (crimes contra a vida).

No entanto, ao cumprir mandamento constitucional (art. 98, I), a Lei 9.099/95 criando os *Juizados Especiais Criminais* e definindo o que deve ser entendido por *infração penal de menor potencial ofensivo*, implicitamente, começou a definir a competência em razão da matéria (arts. 60 e 61), constituindo a segunda exceção da regra prevista no referido art. 74 do Código de Processo Penal.

Assim, a competência *ratione materiae*, objeto de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, apresenta-se da seguinte forma:

1.2.1 Crimes com pena máxima cominada não superior a um ano

Os tipificados no Código Penal ou em leis extravagantes, cuja pena máxima cominada não seja superior a um ano, passam a ser considerados *infrações de menor potencial ofensivo*, e a competência será dos Juizados Especiais Criminais. É indiferente sua natureza dolosa ou culposa, sua forma qualificada, simples ou privilegiada; é suficiente que a pena cominada não seja superior a um ano.

No entanto, nem todos os crimes referidos serão objetos dos Juizados Especiais, sendo necessário a existência de uma condição negativa: inexistência de previsão de procedimento especial. Em outros termos, somente os crimes que eram processados e julgados através dos *procedimentos comuns* (arts. 394 a 502 e 531 a 540), excetuados os crimes do Tribunal do Júri, serão julgados pelos Juizados Especiais.

Assim, os crimes de falência, de responsabilidade de funcionários públicos, contra a honra, contra a propriedade imaterial, e os que tiverem outros procedimentos regulados nas leis especiais, ainda que o limite de pena cominada não exceda a um ano, não sofrerão a incidência da Lei que regula os Juizados Especiais.

E a modalidade tentada de crimes, cuja pena diminuída nos termos do art. 14, parágrafo único, do Código Penal ficar dentro do limite de até um ano, inclusive, será considerada infração penal de menor potencial ofensivo? Não se pode ignorar que a *tentativa* é um tipo penal ampliado, um tipo penal aberto, um tipo penal incompleto, mas um tipo penal.[3] Na verdade, a tentativa constitui ampliação temporal da figura típica.[4] O novo diploma legal, no entanto, não faz nenhuma referência, nem para incluir nem para excluir os *crimes tentados* para nenhum dos efeitos que regula. Esta, seguramente, será uma tormentosa questão que dará margem a longas e intermináveis controvérsias nos próximos anos.

1.2.2 Contravenções penais

As contravenções penais, não somente as do Decreto-Lei 3.688/41, mas as que são previstas em leis especiais, independentemente da previsão de procedimento especial.

Em que pese a obscuridade do texto legal (art. 61), a existência de previsão de procedimento especial afasta a competência do Juizado Especial somente em relação aos crimes, posto que as contravenções são, por natureza, infrações de pequeno potencial ofensivo. A pequena ofensividade das contravenções penais não está nem na quantidade de pena cominada nem no procedimento penal adotado, mas na sua natureza ontológica. Tanto é verdade que a maioria da doutrina define as contravenções como "quase-crime".

1.3 Competência pelo lugar da infração

A competência *ratione loci*, determinada pelo art. 63, é universal e apresenta dois aspectos que justificam a sua preferência: o primeiro, é a prevenção geral, que é uma das finalidades da sanção criminal, e deve operar-se no local em que o crime foi praticado; o segundo, é a facilidade de coleta de provas que o local em que a infração ocorreu apresenta. Levantamentos, perícias, testemunhas, corpo de delito, tudo

3. Cezar Roberto Bittencourt. Lições de Direito Penal, Parte Gral, 3.ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1995, p. 76.

4. Damásio Evangelista de Jesus. Direito Penal, v. 1, 12.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 281.

será facilitado pelas circunstâncias locais.

Ao definir a competência pelo lugar da infração, percebe-se, este diploma legal adotou a *teoria da atividade* (art. 63) — o lugar em que foi praticada a infração penal — ao contrário do Código Penal que adota a *teoria pura da ubiqüidade* (art. 6.º).[5]

1.4 Causas modificadoras da competência

A competência funcional, *ratione materiae* e *ratione loci* não se caracterizam pelo absolutismo. Ainda que se trate de contravenção ou de crime cuja pena máxima cominada não seja superior a um ano, esta lei não terá aplicação, isto é, não haverá competência dos Juizados Especiais Criminais, se ocorrer, o que chamamos de *causa modificadora da competência, que podem ser as seguintes:*

a. procedimentos especiais

Ao definir as infrações consideradas de *menor potencial ofensivo*, o art. 61 exclui aquelas infrações para as quais haja previsão legal de *procedimento especial*. Assim, mesmo que se trate de crime cuja pena não exceda a um ano, a previsão de procedimento especial afasta a competência dos Juizados Especiais.

b. ausência de citação pessoal

Ao dispor sobre os atos processuais, e particularmente sobre as formas de realização da citação do acusado, o legislador mostra todo o seu romantismo, para não dizer ingenuidade. Parte, na verdade, da presunção de que as infrações penais de menor potencial ofensivo são sempre de autoria conhecida, e que autor e vítima, como bons cavalheiros, ocorrido o fato, dirigem-se, de comum acordo, à Delegacia mais próxima ou ao Juizado Especial. Essa circunstância fica ainda mais latente quando, no art. 69, determina à autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência a obrigação de lavrar "termo circunstanciado", que "o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima". Com todo esse *lirismo jurídico*, determina que a *citação* será pessoal e *realizar-se-á no próprio Juizado*, salvo impossibilidade, quando então será por mandado.

Acreditamos na sua *profissão de fé*, não admite a citação do acusado através de Edital. Não sendo aquele encontrado para a citação — determina o art. 66, parágrafo único — o Juiz encaminhará as peças existentes para o juízo comum, onde obedecerá o rito do Código de Processo Penal.

Em outros termos, pode-se afirmar, *a ausência de citação pessoal* altera a competência: transfere a competência do Juizado Especial para a justiça comum.

c. complexidade ou circunstâncias do caso

Embora conste vagamente, isto é, sem uma definição precisa, a *complexidade ou circunstância* que envolverem a infração penal, poderão determinar também a modificação da competência *ratione materiae*. Mas afinal, o que se poderá entender por "complexidade ou circunstâncias do caso"? A quem compete a avaliação de tratar de um caso complexo que impossibilite o oferecimento da denúncia?

Pela referência vaga do texto legal, a complexidade pode decorrer na forma de execução do fato, da quantidade de pessoas envolvidas, como os arrastões, linchamentos, invasões, etc., ou simplesmente a dificuldade probatória, ou seja, quando demandar maiores investigações, tratar-se de autoria ignorada

5. Luiz Régis Prado & Cézar Roberto Bittencourt. Elementos de Direito Penal, Parte Geral, Coleção Resumos, vol. 1, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 60.

ou incerta, exigir prova pericial, etc. Quanto a avaliação da complexidade, num primeiro momento, inegavelmente, competirá a Ministério Público fazer essa valoração. E o fundamento é simples: a avaliação da complexidade ou circunstâncias do fato estão diretamente relacionadas com a impossibilidade de *oferecimento* de denúncia, que a lei, em mais uma impropriedade técnica, denomina de "formulação". Ademais — em que pese alguma insinuação — o novo diploma legal não ousou antecipar a competência do Juiz para antes da "formulação" da denúncia. O Ministério Público, por preceito constitucional, é o *dominus littis* da ação penal pública, e a ele portanto, somente a ele, cabe formular o juízo de viabilidade de propositura da ação penal, sob pena de o Juiz transformar-se também em parte acusatória. Nosso entendimento ganha evidência incontestável com o disposto em relação a ação privada, referente ao mesmo tema, atribui-se "ao Juiz verificar a complexidade e as circunstâncias do caso" (art. 77, § 3.º). O Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes (arts. 77, § 2.º e 66 parágrafo único). Nada impede, evidentemente, que o magistrado que receber o requerimento entenda diferentemente, dando-se por competente. Ao Ministério Público, que mantiver seu entendimento, caberá argüir a incompetência de Juízo, via exceção, nos termos dos arts. 95, II e 108, ambos do Código de Processo Penal.

2. Formalização e validade dos atos processuais

Com relação a publicidade dos atos processuais não se traz nada de novo, além de permitir que possam ser realizados *inclusive* no horário noturno e em qualquer dia da semana, o que inclui, evidentemente, os sábados e domingos. As leis de organização judiciária dos Estados terão, assim, mais liberdade para organizar o funcionamento dos seus Juizados Especiais Criminais.

Procura-se desmistificar o formalismo processual que tantos males tem causado à Justiça Pública, por priorizar os fins em relação aos meios. Nenhuma nulidade será declarada sem a demonstração da ocorrência efetiva de prejuízo, prevê o art. 65, § 1.º. Essa filosofia é reforçada com a afirmação de que os atos processuais serão válidos, sempre que atingirem as finalidades para as quais foram realizados, desde que sejam respeitados os critérios de oralidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 65). Vejamos, sucintamente, cada um desses princípios, que a lei chama de *critérios:*

a. *princípio da oralidade* — o procedimento passa a ser, finalmente, *oral por excelência*, deixando de constituir mera retórica quando se fala em *oralidade do processo brasileiro*. Chiovenda procurou demonstrar que o *princípio da oralidade* consiste em *um conjunto de princípios distintos*, embora intimamente associados entre si. Quando eles forem aplicados a uma legislação, pode-se concluir que nela existe a *oralidade*.

Esse conjunto de princípios Chiovenda resumia nos seguintes:

a.) prevalência da palavra falada sobre a escrita;

b.) imediatidade entre o juiz e as pessoas cujas declarações aquele deva valorar;

c.) identidade da pessoa física do juiz, ou seja, o juiz que colher a prova é o que deve julgar a causa;

d.) concentração do trabalho de coleta da prova, discussão da causa e seu julgamento em uma única audiência, para que se mantenham vivas as impressões do julgador;

e.) irrecorribilidade das decisões interlocutórias para não suspender o curso da causa.[6]

A questão a analisar é: tendo adotado a *oralidade*, o novo texto legal adota também o *conjunto de princípios* sugeridos por Chiovenda? Quanto à prevalência da palavra falada, a imediatidade do juiz e a concentração dos trabalhos, não há dúvida que fazem parte do bojo da nova estrutura judicial. Mas e os outros dois princípios, que nos parecem fundamentais — identidade física do juiz e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias — demandam uma análise mais detida.

A *identidade física do juiz*, segundo entendimento doutrinário-jurisprudencial, é uma questão superada no direito processual brasileiro, que não a consagra. No passado, quando o magistrado resumia os debates orais, entendia-se que havendo substituição, por qualquer razão, o novo magistrado deveria repetir os debates; modernamente, de regra, as próprias partes ditam resumidamente seus argumentos nos debates orais, entendendo-se, na eventual ocorrência de substituição do juiz, ser desnecessário aquela repetição. No entanto, a identidade física do juiz é corolário da oralidade processual, agora consagrada no novo texto legal. Inadmitindo-se a identidade física do juiz, será impossível apreender-se as impressões do juiz-instrutor, além de perder-se grande parte do conjunto probatório. Não se pode perder de vista que somente "serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais" (art. 65, § 3.º). E o que serão atos essenciais? Além de não haver definição de atos essenciais e não essenciais, tampouco existe qualquer referência em relação a identidade física do juiz. E, como visto, a situação fica mais preocupante quando se admite que a identidade física não integra a estrutura jurídico-processual brasileiro contemporânea.

Por isso, embora não previsto expressamente, entendemos que sendo adotado o princípio da oralidade, consagrou-se igualmente a *identidade física do juiz*, cuja violação será uma das poucas causas de nulidade, posto que o prejuízo será manifesto (art. 65, §).

b. princípio da informalidade — a *informalidade* está patente em quase todas as fases dos procedimentos regulados, como veremos ao longo de todo esse trabalho. Embora nos pareça excessivamente formal quanto a realização das audiências (preliminar e de instrução de julgamento), a recorribilidade das decisões (chegando ao absurdo de permitir recurso de decisões meramente homologatórias — art. 76, § 4.º), os excessivos prazos recursais, inclusive maiores dos que são previstos no vestuto Código de Processo Penal.

c. *economia processual e celeridade* — esperamos que a *praxis* comprove a celeridade, que o novo diploma legal deixa em expectativa.

A *apregoada celeridade processual* sofre duro golpe com a presunção de que todos os crimes abrangidos por esta lei serão sempre de "*autoria conhecida*". Essa presunção transparece cristalinamente em mais de uma oportunidade: em primeiro lugar, quando determina à autoridade policial em lavrar o termo de ocorrência, deve efetuar o encaminhamento imediato ao Juizado, *do autor do fato* e da vítima; em segundo lugar, a realização da audiência preliminar pressupõe o comparecimento do autor do fato (arts. 70 e 72); e, por derradeiro, em terceiro lugar, quando exige a citação pessoal, determinando que "não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará às peças existentes ao Juízo comum" (art. 66,

6. Giuseppe Chiovenda. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, n. 309, 1.ª ed., São Paulo, 1942, p. 74 e s.

parágrafo único), alterando, inclusive, a competência.

No entanto, deve-se reconhecer, apresenta significativos avanços, em relação a economia processual, especialmente quando reconhece a validade dos atos processuais "sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados", e condiciona a declaração de nulidade à ocorrência de prejuízo (art. 65 e § 1.º), como já referidos. Além da simplificação das formas de comunicações dos atos processuais, dispensando, quando possível, a necessidade de mandados e precatórias.

3. Comunicação dos atos processuais: citações e intimações

As comunicações dos atos processuais são feitas, segundo este diploma legal, através de *citação* e de *intimação*. Percebe-se, desde logo, que primou efetivamente pela simplificação, ao não repetir a distinção entre notificação e intimação, consagrada pelo Código de Processo Penal, além de afastar o tradicional rigorismo formal.

O formalismo na realização das comunicações dos atos processuais, notadamente das citações, notificações e intimações, tem sido um dos grandes entraves impeditivos da tão almejada celeridade processual. Nosso ultrapassado Código Processual de 1940 preocupa-se mais com o formalismo do que com a efetividade dos atos processuais. Mas, em todo caso, o apego à forma do legislador de 1940 é até compreensível, ao legislar sob o império ditatorial de então, o incompreensível, o inaceitável, é que, decorridas mais de cinco décadas da promulgação do referido Código, muitos *operadores do direito de hoje* mostrem-se mais formalistas do que aquele legislador; que priorizem a forma sobrepondo-a ao conteúdo e, com isso, destruam qualquer expectativa de efetividade da Justiça Criminal. Registre-se, por imperativo, que não defendemos, de forma alguma, a violação de garantias fundamentais do cidadão, apenas, desejamos que a letargia não seja uma enfermidade do Judiciário brasileiro que se convença de sua incurabilidade. Vejamos, a seguir, como podem operar-se citações e intimações.

3.1 Formalidade da citação do acusado

A citação é o chamamento do acusado para vir a juízo se ver processar e exercer amplamente seu direito de defesa. Destinatário da citação é o acusado que, de regra, deve recebê-la pessoalmente. A citação é também ato constitutivo da relação processual, sem a qual estará incompleta.

A citação, para efeitos do Juizado Especial, poderá operacionalizar-se das seguintes formas:

a. no próprio juizado

A citação para fins do Juizado Especial será sempre pessoal, isto quer dizer, que não admite citar o acusado na pessoa de procurador, ainda que disponha de poderes específicos, devidamente formalizados. Igualmente significa a inadmissibilidade de citação através de edital. Essa interpretação decorre do *caput* do art. 66, o qual determina expressamente que a "citação será pessoal", bem como do parágrafo único do mesmo art., segundo o qual, não sendo encontrado o acusado para ser citado, as peças deverão ser encaminhadas para o Juízo comum.

Embora não haja esclarecimento da forma como deve ocorrer a citação, *no próprio Juizado*, presume-se que seja colhendo a assinatura do acusado nos próprios autos do processo. Pelo texto legal — art. 66 — afasta-se a possibilidade de a citação *no próprio juizado* efetivar-se através de mandado. No entanto, vigorando o princípio da infor-

malidade, não nos parece que exista proibição radical, nesse sentido. Quando, por exemplo, comparecendo ao Juizado, o acusado, e existindo o mandado, nada impede que se o cite por mandado. Em que pese a existência da partícula "ou" antes do vocábulo "por mandado" dando a entender que através de mandado somente será possível fora do Juizado. Não há nenhuma razão lógica para impedir a citação por mandado, mesmo no Juizado.

b. ou por mandado

A forma tradicional de citação, tanto no processo civil quanto no criminal, é através de mandado. Essa modalidade vem reforçada nos arts. 66, *caput*, 68 e 78, § 1.º. A formalidade da citação representa a garantia de *prova* de sua efetivação.

Não há no texto legal nenhuma previsão de que o mandado citatório deve ser acompanhado de cópia da inicial, nem sobre os requisitos que tal mandado deve satisfazer. No entanto, como o Código de Processo Penal é invocado expressamente com diploma subsidiário, entendemos que o mandado de citação deve obedecer os requisitos do art. 352 do Código de Processo Penal, e a citação por mandado deve igualmente satisfazer as formalidades previstas no art. 357 do mesmo diploma legal. A ausência de certidão do oficial de justiça, discriminando a entrega de contrafé, sua aceitação ou recusa, é causa de nulidade, posto que levará à presunção de que a citação foi irregular.

c. através da entrega de cópia da inicial

Curiosamente, o mandado de citação, com suas formalidades referidas, pode ser dispensado, e substituído por cópia da inicial — denúncia ou queixa — nos termos do art. 78. Parece-nos, também, que esta seria uma das formas de citar-se o acusado "no próprio juizado", como refere o art. 66. Essa hipótese, no entanto, somente existirá se o acusado comparecer, por alguma razão, à sede do Juizado.

Não vemos nenhuma possibilidade, por exemplo, de entregar-se cópia da denúncia ou queixa ao oficial de justiça para, de posse destas, formalizar a citação do acusado. Ademais, o texto legal refere "Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado", levando a conclusão de que essa citação deve ocorrer na sede do Juizado. Finalmente, o parágrafo 1.º do mesmo art. 78 reforça esse entendimento, determinando que "se o acusado não estiver presente, será citado na forma dos arts. 66 e 68 desta lei", isto é, através de mandado. Persiste uma dúvida: a cópia a ser entregue, segundo o art. 78, será da denúncia ou queixa, ou será do termo a que foi reduzida? Ante essa obscuridade, nos inclinamos a sugerir pela entrega da peça preambular onde se encontra reduzida toda a pretensão acusatória.

d. inadmissibilidade de citação por edital

A citação através de edital sempre foi uma forma normal de citação do acusado que não for encontrado nos endereços fornecidos ou conhecidos, e que o oficial de justiça certificar que se encontra em lugar incerto e não sabido.

No entanto, o Juizado Especial Criminal não acolhe esta forma de citação. A não localização do acusado para ser citado opera a *declinatoria fori* (art. 66, parágrafo único). Embora a competência *ratione materiae* fosse do Juizado Especial, a não localização do acusado para o ato citatório tem o condão de alterar a competência, transferindo-a para o "Juízo comum". A compreensão dessa orientação, aparentemente ilógica, deve ser buscada na celeridade processual que, como destacamos é um dos princípios orientadores do Juizado Espe-

cial Criminal, na medida que as formalidades e prazos da citação através de edital entravariam a pretendida celeridade.

3.2 Formalidade das intimações

O novo diploma legal, adequando-se a era das comunicações, facilita e simplifica as intimações, chegando a admitir "qualquer meio idôneo de comunicação" (art. 67).

As formas eleitas para a realização das *intimações* são as seguintes:

a. por correspondência:

1. *pessoa física* — faz-se distinção quando o destinatário for pessoa física ou jurídica. Tratando-se de pessoa física, a *intimação por correspondência* deverá ser com *aviso de recebimento*. Isto é, deve ser comprovado que o destinatário recebeu a intimação. Por isso, a exigência do tradicional "AR". A correspondência pode ser carta, ofício, fax, telex, telegrama, mensagem, etc. É suficiente que o destinatário a receba e seja compreensível o seu conteúdo.

2. *pessoa jurídica* — sendo pessoa jurídica a intimação por correspondência (firma individual também é pessoa jurídica) deverá ser entregue ao encarregado da recepção, que será necessariamente identificado (art. 67). A redação relativa à pessoa jurídica é obscura, permitindo equívocos de interpretação. Poder-se-á interpretar que a *intimação de pessoa jurídica* somente poderá realizar-se através do encarregado da recepção, e jamais na pessoa do representante legal de referido ente moral. Essa concepção não resiste a uma interpretação teleológica, na medida em que a intimação visa cientificar a pessoa jurídica do andamento de processo criminal, que só pode ser através de seu representante legal. Na realidade, a determinação de a correspondência ser entregue ao "encarregado da recepção, devidamente identificado", tem a finalidade única de assegurar que a intimação chegue ao conhecimento do representante legal da pessoa jurídica. Por isso, nada impede, sendo possível, que se efetive a intimação na pessoa do próprio representante legal.

As formas que essa *correspondência* pode assumir são as mesmas possíveis em relação a pessoa física, ou seja, carta, ofício, fax, telex, telegrama, mensagem, etc. Basta que destinatário a receba e seja compreensível o seu conteúdo.

b. por oficial de justiça

sendo necessário, diz a lei, a intimação será feita "por oficial de justiça". Mas a intimação através de oficial de justiça, que na Justiça Criminal, é a forma tradicional, no Juizado Especial, apresenta uma peculiaridade singular: para que o oficial de justiça realize as intimações não dependerá de mandado, nem de precatória (art. 67). Será suficiente que alguém — a lei não estabelece quem tem autoridade para tanto — lhe determine que efetue as intimações necessárias. À evidência o oficial de justiça não realiza os atos de comunicação processual por decisão própria: ao contrário, cumpre ordens. É típico de suas funções. Mas lacunas ou omissões como essa deverão ser objeto das legislações estaduais que instituírem os Juizados Especiais em seus respectivos territórios.

Por ora, vislumbramos, no entanto, que somente o Juiz togado, os conciliadores e os escrivães ou chefes de secretaria poderão ter, dentre as suas atribuições, a determinar ao oficial de justiça que realize intimações. Não seria admissível que qualquer funcionário ou qualquer das partes, ou mesmo o próprio oficial de justiça, por conta própria, decidisse, livremente, quem, como, quando e onde intimar.

c. por qualquer meio idôneo de comunicação:

pode ser através e fax, telex, telegrama, entre outros. Despreocupa-se com a forma, e valoriza o resultado produzido pelo ato. Importa efetivamente é a certeza de que o ato atingiu a sua finalidade. Aliás, o art. 65, além de prescrever que a prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada "por qualquer meio hábil de comunicação", afasta a necessidade de cartas precatórias, reafirmando, ao mesmo tempo, o compromisso com a *informalidade*, princípio reitor do Juizado Especial.

3.3 Citação e intimação do acusado e princípio da ampla defesa

A *informalidade* como critério orientador do Juizado Especial — na expressão da lei — só merece encômios. No entanto, a pretendida informalidade não pode atingir extremos ao ponto de violar princípios garantistas do cidadão, tais como, *a ampla defesa* e a *presunção de inocência*. Uma lei justa e democrática — política e socialmente legítima — deve orientar-se no sentido de obter o equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade. Quando se trabalha com presunções — *iuris tantum* ou *iure et iure* — não importa, em relação ao acusado, corre-se o risco de violar sagrados princípios constitucionais, dentre os quais, o da ampla defesa.

E essa violação apresenta-se em algumas oportunidades, no novo texto legal que, em homenagem às garantias constitucionais, deverá ser sanada na *praxis forensis*. Por exemplo:

3.3.1 Intimação presumida dos atos praticados em audiência.

Esta presunção de que as partes, interessados e defensores estão cientificados dos atos praticados em audiência (art. 67, parágrafo único), exige interpretação restritiva. Qualquer dos relacionados que não comparecer à audiência não poderá ser considerado ciente dos atos nela praticados. Nem o processo civil admite que o terceiro que não intervier no processo seja atingido pela coisa julgada.

O acusado se, eventualmente, não comparecer na audiência terá, necessariamente, que ser intimado dos atos nela praticados, sob pena de violação da ampla defesa, a menos que para ela estivesse regularmente intimado e, em não comparecendo, lhe seja, então, decretada a revelia, em razão da subsidiariedade do processo penal (art. 92).

O Ministério Público, por sua vez, tem assegurado constitucionalmente, o direito de ser intimado pessoalmente de todos os atos processuais. Assim, essa presunção também não se aplica em relação ao Ministério Público, por sua flagrante inconstitucionalidade (Lei 8.625).

3.3.2 Nomeação compulsória de defensor público

Como tivemos oportunidade de dizer, no segundo capítulo deste trabalho, que o Direito Penal não pode — a nem um título e sob nenhum pretexto — abrir mão das conquistas históricas consubstanciadas nas garantias fundamentais insculpidas na Constituição brasileira. Por isso, seria cômica, se não fosse trágica, a inconstitucional advertência do art. 68, de que se o acusado não comparecer acompanhado de advogado, "ser-lhe-á designado defensor público". Esta é outra disposição que será considerada não escrita, pois será engolida avassaladoramente pelo princípio de ampla defesa consagrado no art. 5.º, LV, da Constituição Federal. O Juizado Especial Criminal tem todo o direito de pretender instaura "um novo modelo

consensual de Justiça criminal", mas nada o autoriza a aplicar um "Direito Penal do terror".

A advertência admissível, em um Estado Social e Democrático de Direito, é de que o acusado citado "deverá comparecer acompanhado de seu defensor" e, que se não puder contratar um, o Estado lhe proporcionará assistência jurídica. Na realidade, ao acusado, regularmente cientificado, que comparecer a juízo sem o respectivo defensor, quando o ato sem ele não pode se realizar, ser-lhe-á nomeado um defensor "*ad hoc*", e jamais lhe poderá ser *imposto* um defensor "público", por que eventualmente compareceu sem defensor. Isso constitui uma violência abominável aos direitos fundamentais, digno somente dos Estados Totalitários, que procuram simplesmente dar uma "roupagem de legalidade", despreocupado com os reais interesses do cidadão. Nunca se pode perder de vista, como afirma Márcia Dometila de Carvalho, que, "pelo processo penal deve o Estado exercer sua pretensão punitiva, materializar a justiça, expressa em seus princípios e valores constitucionais, mas tutelar, também, a liberdade jurídica do acusado, porque esta é, igualmente, um valor constitucional inalienável para o Estado Democrático de Direito".[7]

7. Márcia Dometila Lima de Carvalho. Fundamentação Constitucional do Direito Penal. Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1992, p. 86.

A QUESTÃO DO EFEITO VINCULANTE*

EVANDRO LINS E SILVA

Único sobrevivente dos ministros presentes à sessão de 13 de dezembro de 1963, quando foi publicada oficialmente a primeira edição da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, posso dar um testemunho de sua origem, da sua natureza, da sua razão de ser, da sua finalidade e das suas limitações. Ninguém ignora que ela se deve ao espírito criativo, à operosidade, à iniciativa e à dedicação aos trabalhos da Corte, de um de seus grandes juízes, em todos os tempos, o saudoso ministro Victor Nunes Leal. Era um período, como o atual, de grande congestionamento das atividades do tribunal. A implantação da Súmula traria um desafogo e facilitava o julgamento pronto e célere dos milhares de processos, que eram repetição de inúmeros outros, já decididos de modo uniforme, fixando a jurisprudência do Tribunal, que tinha a dupla missão de Corte Constitucional e de Corte de Cassação. Para se ter uma idéia do volume de processos em andamento naquela época, presto a informação de que em cinco anos e quatro meses julguei, como relator, cinco mil processos, e participei, nas turmas e no plenário, de um total de mais de trinta mil julgamentos. Foi um "ovo de Colombo", que ficou de pé até hoje, passou a ser adotado por outros tribunais e a figurar na legislação processual, como fonte de uniformização jurisprudencial. Houve resistências para sua aceitação. Dos que estavam na Corte lembro a figura extraordinária de Hahnemann Guimarães, que receava a estagnação da jurisprudência com a tendência a manter a submissão dos casos futuros, por comodismo ou por uma espécie de fetiche, ao precedente, como, por exemplo, no direito anglo-saxão. Mas Victor Nunes Leal, na "explicação preliminar da 1.ª edição, da Súmula, de que foi relator, juntamente com os seus companheiros da Comissão de Jurisprudência", ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves, deixou claro o seu exato sentido, que não excluía "a possibilidade de alteração do entendimento da maioria, nem pretenderia o Tribunal com a reforma do Regimento, abdicar da prerrogativa de modificar sua própria jurisprudência". E acrescentou: — "Ficou, assim, explícito que qualquer dos Ministros, por ocasião do julgamento, poderá propor ao Tribunal a revisão do enunciado constante da Súmula... Sempre que o Plenário decidir em contrário ao que constar da Súmula, será cancelado o enunciado correspondente, até que de novo se firme a jurisprudência no mesmo ou em outro sentido... A finalidade da Súmula não é somente proporcionar mais estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais freqüentes".

* Exposição feita no XIV Congresso de Magistrados Brasileiros, realizado em Fortaleza (CE), em setembro de 1995.

Desde o primeiro momento ficou firmado que a Súmula era matéria puramente regimental, que não obrigava nem os Ministros nem o Tribunal ao seu enunciado. Ela não tinha, nem tem força de lei e pode ser alterada a qualquer momento, por sugestão dos Ministros ou das partes, através de agravo regimental contra despacho de arquivamento do recurso extraordinário ou do agravo de instrumento.

Em conferência proferida em Belo Horizonte, em 12.08.64, o Ministro Victor Nunes Leal reafirmou que a Súmula não tinha o caráter de uma jurisprudência impositiva ou obrigatória e disse: "Firmar a jurisprudência de *modo rígido* não seria um bem nem mesmo seria *viável*. A vida não pára nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre a *mudança, que é freqüentemente necessária e a anarquia* jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o *meio termo* para que o Supremo Tribunal Federal possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando ou *diminuindo* os dissídios da jurisprudência".

Não sei de ninguém que haja até há pouco sustentado a possibilidade de impor à Súmula o poder vinculante ou de cumprimento obrigatório, imutável para o próprio Tribunal que a edita ou para as instâncias inferiores. O Ministro Prado Kelly não lhe era muito afeiçoado quando chegou ao Supremo, na reforma de 1965. Desde o primeiro instante contestou-lhe qualquer efeito vinculante e escreveu com a sua autoridade: "Nem aos membros do Supremo Tribunal, isoladamente, nem às justiças estaduais autônomas se impõe, como de observância forçosa, a Súmula oficial de que cuida o Regimento daquela Corte. O rigor da emenda aprovada a 28.08.63 foi mitigado, na prática, pelo cômputo de votos dissidentes na assentada de julgamento das espécies em que tenha lugar invocação da Súmula. Nem poderia ser de outro modo, pois então estaria vulnerada a competência *constitucional* dos membros do colégio judiciário, como desta elevada instância, para "julgar, segundo a sua consciência, os feitos que lhe são submetidos". E lembrou ainda que eram "facultativas" as prescrições da Súmula, porque nela estava ressaltado o procedimento da revisão como também porque ensejava a interposição de agravo contra a sua aplicação (Enc. Saraiva, 1982, vol. 71, pp. 315-316).

Prado Kelly ainda destaca que a Súmula afastou o risco da revivescência de editos pretorianos ou de Assentos do Supremo Tribunal de Justiça, na esteira dos Assentos das Casas de Suplicação, que o Supremo Tribunal Federal, desde a fundação da República, *reputou inconstitucionais* (id. id.)

Desde a sua origem, a Súmula jamais pretendeu estratificar a interpretação do direito, mesmo porque não podia fazê-lo, como acentuou o grande Pedro Lessa ao estigmatizar a figura do "juiz-legislador", não prevista "pelos que organizaram e limitaram os nossos poderes políticos" (id. id.)

Nesse volume da Enciclopédia Saraiva estão alinhadas as opiniões de juristas eminentes dando à Súmula o seu caráter apenas de precedente na uniformização da jurisprudência e negando-lhe força vinculante e obrigatória, de eficácia normativa (Muniz de Aragão — p. 320, Haroldo Valladão — p. 329, Rogério Lauria Tucci — p. 335, Alcides Mendonça Lima — p. 336, Barbosa-Moreira — p. 339, Roberto Rosas — p. 319).

Na verdade, a Súmula é um valioso elemento de persuasão, mas não obriga nem vincula nem mesmo os juízes de primeiro grau.

A discussão volta, agora, à tona, por força do crescente aumento do volume de processos, que chegam, em repetição

cada vez mais freqüente, aos Tribunais Superiores. Pretendendo superar a crise, o Poder Executivo enviou mensagem ao Poder Legislativo, de que resultou o Projeto de Lei 3.804, de 1993, que altera os arts. 478 e 479 do Código de Processo Civil. O projeto insere, em seu contexto, *o efeito vinculante* da Súmula, dando-lhe força de lei.

Vejamos. O Tribunal, quando várias ações envolverem a mesma questão de direito, poderá pronunciar-se *previamente* a respeito da questão. Tomada a decisão, pelo voto da maioria absoluta dos membros do órgão competente, o resultado será sumulado, e, feito isso, ficam os órgãos inferiores proibidos de conceder liminar que o contrarie, cessarão os efeitos das liminares concedidas, o recurso contra a decisão que contrarie a Súmula terá sempre efeito suspensivo e, nos processos pendentes e nos posteriores, com pretensão fundada na tese da Súmula, poderá ser concedida a antecipação da tutela, prosseguindo o feito até final julgamento.

Tão inaceitável era a proposição que a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, contra o voto do relator, o então deputado e hoje ministro da Justiça, Nelson Jobim, e do deputado Prisco Viana, opinou pela sua inconstitucionalidade.

A nosso ver, o parecer da Comissão é incensurável. Continuam de pé todos os fundamentos desenvolvidos no histórico destes apontamentos. A Súmula não é lei e não pode ter força vinculante para os demais órgãos de qualquer grau de jurisdição subordinados ao Tribunal. Salvo o Supremo Tribunal Federal, que pode julgar, *em tese*, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, nenhum outro tribunal pode julgar em *tese* ou *previamente*, questões que ainda se encontram em outras instâncias. Sua competência só se afirma no momento em que a causa lhe é aforada. Os Tribunais têm competência originária e recursal definida na Constituição. O projeto impede ao juiz de grau inferior que conceda liminar que contrarie a Súmula, manda cessar a eficácia das liminares concedidas e estabelece efeito suspensivo ao recurso que contrarie a Súmula, tudo isso antes do recurso chegar ao tribunal. Parece claro que o Regimento (de que faz parte a Súmula), não pode ter essa força impositiva. Só a lei.

Não estamos no Sistema de *Common Law*, onde há dois tipos ou efeitos das decisões judiciais sobre os casos futuros: o efeito meramente persuasivo, equivalente ao das atuais Súmulas, entre nós, e o efeito vinculante (*Binding precedents*). Mesmo nesta última hipótese, o efeito obrigatório do precedente é sempre relativo, podendo o juiz ora desconsiderá-lo por se tratar de fatos diversos e, também, mesmo reconhecendo a identidade do fatos, caso ele seja "desarrazoado e inconveniente" (*unreasonable* e *inconvenient*), desde que o juiz decline cumpridamente as razões para esse julgamento (P. F. Smith e S.H. Bailey, The Modern English Legal System, 1984, pp. 278 e ss.)

Percebe-se, de logo, a absoluta inviabilidade de se introduzir o instituto do precedente absolutamente vinculante nos sistemas jurídicos da família romano-germânica.

Nestes, como sabido, a fonte primária do direito é sempre a lei, isto é, a norma geral e abstrata emanada do Poder competente, o qual, no regime democrático, é o próprio povo diretamente, ou os seus representantes legitimamente eleitos que formam o órgão estatal legislativo. Os juízes não têm legitimidade democrática para criar o direito, porque o povo não lhes delegou esse poder. A sua função precípua, na organização estatal, é a de funcionar com árbitros supremos dos conflitos de interesse na aplicação da lei.

Ademais, o pretendido efeito vinculante dos precedentes judiciais afrontaria duas garantias institucionais maiores, ou seja, dois institutos postos na Constituição para garantir os direitos fundamentais do cidadão.

O primeiro deles é a separação de Poderes, inscrita no art. 2.º da Constituição. A independência recíproca dos Poderes pressupõe, como é óbvio, que cada um deles exerça uma função exclusiva; caso contrário, haveria superposição funcional. A função precípua e exclusiva do Poder Legislativo, como estabelecido desde os primórdios do regime democrático moderno, é a de ditar as leis, entendidas como expressão da vontade geral do povo. Ora, a súmula com efeito vinculante absoluto para os juízes de primeira instância significa a introdução de um sucedâneo da lei em nosso sistema jurídico, produzindo a superposição ou conflito de atribuições entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

A segunda garantia institucional afrontada pelas súmulas vinculantes é a liberdade-poder de todos os magistrados de decidir os litígios segundo a lei, conforme o seu convencimento pessoal. Essa independência da magistratura não pode ser suprimida nem mesmo reduzida, não só, como é óbvio, pelos demais Poderes, mas também pelos tribunais superiores ou órgãos dirigentes do Poder Judiciário. Os juízes de primeira instância ficariam proibidos de julgar livremente os casos abrangidos pelo pronunciamento prévio dos tribunais superiores, com a supressão do princípio do duplo grau de jurisdição.

Sempre que uma situação de crise se apresenta começam a surgir propostas ou soluções. Essa, do efeito vinculante da decisão, só se pode aplicar, a nosso ver, nos casos de decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria de natureza constitucional. Rejeitada a argüição de inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo federal ou estadual nenhum óbice existe para que essa decisão obrigue de imediato a todas as autoridades, especialmente, a todas as instâncias judiciárias. A competência do Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo é um obstáculo removível, seja por prontos expedientes burocráticos, seja por emenda que suprima essa disposição excrescente. Pode o Senado recusar-se a cumprir a decisão do Supremo ou retardá-la indefinidamente? Declarada a inconstitucionalidade, a lei está fulminada e não apenas suspensa, desaparece do ordenamento jurídico. Parece lógico e óbvio que não apenas as Súmulas, como as decisões do Supremo, em tema constitucional, têm efeito vinculante. A Constituição é o que a Corte Suprema diz que ela é.

No que toca ao direito federal e à legislação de modo geral, já nos posicionamos contra os efeitos vinculantes da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Compreendemos as dificuldades atuais e as preocupações para superá-las. Busquemos outras formas. Quando foi promulgada a Constituição de 1946, juristas com Levi Carneiro, Filadelfo Azevedo e Noé Azevedo manifestaram publicamente o seu otimismo quanto ao que se chamava a crise do Supremo Tribunal Federal, que tinha a atribuição de julgar, em segunda instância, todas as causas de interesse da União. Com a criação do Tribunal Federal de Recursos, entendiam que o Supremo, dispensado dessa pesada tarefa, estaria em condições de se desempenhar, normalmente, de sua dupla missão de corte constitucional e de tribunal de cassação.

Na época, com a ousadia e o atrevimento da juventude, ousei discordar, sustentando o que me parece válido até hoje. A crise da justiça está na sua base. Agora, com a Constituição de 1988, o

Supremo Tribunal Federal transformou-se em Corte Constitucional. O seu papel de intérprete e de uniformizador do direito federal — Corte de Cassação — passou ao Superior Tribunal de Justiça. Recordo que na Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, nas proximidades da Constituinte, mais de vinte teses foram apresentadas, todas propondo a solução que veio a ser adotada. Não houve um único trabalho sobre a base do poder judiciário. Acreditava a quase totalidade dos advogados que a divisão das atribuições, na cúpula, resolveria os problemas do poder judiciário. Continuei a insistir que a solução está, principalmente, na base, numa reforma estrutural. Os fatos vieram provar que os dois tribunais — o Supremo e o Superior Tribunal de Justiça — não conseguem dar vazão à mole imensa e repetitiva de causas que exigem um esforço sobre-humano dos seus juízes.

O caminho começou a ser vislumbrado e podemos ter a esperança de que venha a produzir resultados. Refiro-me a essa lei que cria os juizados especiais civis e criminais para a justiça comum. A simplificação dos procedimentos, os meios expeditos, os julgamentos rápidos e orais para a maior parte das causas, podem ser estendidos à Justiça federal. Neste momento, no Rio de Janeiro, que conheço melhor, é impossível a qualquer juiz, dentro das regras processuais em vigor, dar vencimento e despachar em prazo razoável os feitos que lhe chegam às mãos.

É preciso pôr a imaginação a funcionar e instituir um poder *judiciário* que possa atender às necessidades e aos reclamos da sociedade. Excluído o efeito vinculante da Súmula, urge encontrar outra ou outras formas que tornem viável o funcionamento da Justiça federal em sua base.

3 — DOUTRINA NACIONAL

A REPRESENTAÇÃO E A LEI 9.099/95

JULIO FABBRINI MIRABETE

1. Introdução — 2. Retroatividade da lei — 3. Aplicação às ações em andamento — 4. O prazo do art. 91 da Lei 9.099 — 5. Revogação da Súmula 608 do STF — 6. Extensão do art. 88 da Lei 9.099 — 7. Conclusão.

1. Introdução

A Lei 9.099, de 26 de novembro de 1995, dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e, em seu art. 88, prescreve que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas, várias questões devem ser estudadas e resolvidas quanto à aplicação dessa norma aos fatos ocorridos anteriormente à vigência da lei, bem como sua repercussão frente a outros dispositivos penais e processuais. Com o sentido de provocar o debate sobre essas questões, que nos parece essencial e urgente por já estar em vigor o referido diploma, que altera o panorama penal e processual penal nas hipóteses tão freqüentes desses delitos, pretendemos discorrer sucintamente a respeito do assunto.

2. Retroatividade da lei

Há um consenso no sentido de que a representação, embora basicamente matéria de direito processual, é também um instituto de direito material. Decorre essa conclusão do fato de que o não oferecimento da representação no prazo previsto em lei acarreta a decadência do direito de queixa e de representação, causa extintiva da punibilidade. Como a extinção da punibilidade é matéria penal, por excluir a possibilidade do exercício do *jus puniendi* do Estado, deve a sua aplicação no tempo ser regida pelas normas constitucionais e penais relativas ao assunto. Assim, uma nova lei que exija a representação como condição de procedibilidade para a aplicação da lei penal a infrações penais, quando na lei anterior eram objeto de ação penal pública incondicionada, por ser mais benéfica é aplicável aos fatos ocorridos antes de sua vigência. É o que deflui do art. 5.º, inc. XL, da Constituição Federal, e art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal, ao preverem, por exceção ao princípio geral da irretroatividade da lei penal, a retroatividade da norma mais benigna.

É correta, portanto, a conclusão de que o art. 88 da Lei 9.099, por ser norma mais benéfica que a anterior, é dotado de retroatividade, devendo ser aplicado aos fatos criminosos ocorridos antes de sua vigência.

3. Aplicação às ações em andamento

Com fundamento nessa conclusão, se tem defendido a tese de que o art. 88 da citada lei é aplicável inclusive aos processos em andamento, se no dia de

sua vigência não tiver transitado em julgado e sentença. Tratar-se-ia de norma mais benigna, portanto retroativa em qualquer hipótese (Cf. Gomes, Luiz Flávio, *Suspensão condicional do processo penal*, p. 207; Demercian, Pedro e Maluly, Jorge Assaf, *Juizados Especiais Criminais*, p. 121; Araújo, Carla Rodrigues de, *Juizados Especiais Criminais*, p. 39; Lopes, Maurício Antonio Ribeiro, *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, p. 80; Bitencourt, Cezar Roberto, *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*, p. 129). Por isso, a partir do início da vigência da lei, em todos os processos em curso, ou seja, em que não houve trânsito em julgado da sentença, teria se tornado obrigatória a representação, sob pena de se julgar extinta a punibilidade.

Parece-nos, entretanto, que há obstáculos jurídicos à aceitação dessa tese. Em primeiro lugar, se acatada a orientação, não se pode justificar que a representação seja exigida apenas aos processos em que não ocorreu o trânsito em julgado. A regra constitucional e o dispositivo penal que dão fundamento a essa conclusão não limitam a aplicação da norma mais benigna aos fatos anteriores, impondo-se a retroatividade inclusive aos fatos definitivamente julgados e atingindo todos os efeitos penais de uma sentença condenatória, como prevê o art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal. É de se ressaltar que, conforme a doutrina, a relação processual instaurada com o recebimento da denúncia persiste após a sentença condenatória transitada em julgado, durante a execução da pena, sendo esta nada mais nada menos que a última etapa da ação penal condenatória. Não se esgota o processo com o trânsito em julgado, mas somente com o cumprimento da pena ou sua extinção e depois de produzidos os efeitos penais da condenação. De acordo com o art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal, em consonância com a Constituição Federal, que não prevê nenhuma limitação à retroatividade da lei mais benigna, a lei posterior, que *de qualquer modo favorece o agente*, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. Não havendo na Constituição e, portanto, na lei nenhuma limitação à aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, que estende seus benefícios inclusive a todos efeitos penais da sentença condenatória, não é possível distinguir entre os casos em que há trânsito em julgado e aqueles em que ainda não há decisão definitiva. Sendo assim, a adoção da tese implicaria a necessidade de representação inclusive nos processos na fase executória, seja quando o condenado esteja cumprindo a pena, está submetido ao *sursis* ou ao livramento condicional, e, porque não, às hipóteses em que a condenação esteja provocando efeitos penais (reincidência, inscrição no rol dos culpados etc.). Ora, é intuitivo que tal conclusão levaria ao absurdo, não podendo ser aceita.

Deve-se, portanto, conciliar a afirmativa inicial de que a norma do art. 88 da Lei 9.099 exige aplicação retroativa com a conclusão de que não se pode julgar extinta a punibilidade pela decadência nas hipóteses mencionadas acima.

A solução decorre do alcance da premissa inicial de que a necessidade de representação, sendo de natureza também penal, é exigência da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. Como já se afirmou, essa *carga penal* da representação deve-se ao fato de que, quando não oferecida no prazo legal, acarreta a decadência. Devemos lembrar, porém, que, segundo a doutrina penal e processual penal pacífica, conforme à legislação, a decadência é a perda do direito de ação ou de representação. Também segundo a lei e a doutrina, como conseqüência, a

decadência do direito de representação somente pode ocorrer antes de iniciada a ação pública a ela condicionada. Significa isto que a carga penal dessa condição de procedibilidade deixou de existir quando já foi instaurada a ação penal. Iniciado o processo antes de entrar em vigor a lei que passou a exigir essa condição de processabilidade, não há que se falar em decadência do direito de representação e, portanto, na sua falta como causa extintiva da punibilidade. Não se pode falar na perda do direito de representação quando este foi exercido regularmente.

Por essa razão, é possível concluir que a regra prevista no art. 88 da Lei 9.099 é retroativa, aplicando-se aos fatos ocorridos antes do início da vigência da lei, mas não pode alcançar os processos em andamento por ter se extinguido o aspecto penal da representação com a instauração da ação penal na época em que ela não era exigida. Exercido o direito da ação penal pública pelo Ministério Público quando ainda não era exigida a representação, não há que se falar em decadência intercorrente, ou seja, durante o processo penal condenatório. Não é possível sujeitar agora o prosseguimento da ação penal à essa condição de procedibilidade que, por sua natureza, deve anteceder à instauração da ação penal.

4. O prazo do art. 91 da Lei 9.099

Prevê o art. 91 da Lei que, nos casos em que esta lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência. Essa disposição tem servido aos defensores da tese da aplicação do art. 88 aos processos em andamento para afirmar que a regra se destina a essas hipóteses. Entretanto, ousamos discordar, *data venia* dos doutos doutrinadores que assim se têm manifestado. Refere-se aquele dispositivo evidentemente aos crimes ocorridos antes da vigência da lei. Mas a sua finalidade é propiciar às vítimas desses delitos oferecer a representação que não era exigida por ocasião do ilícito e da instauração do inquérito. Exige, portanto, a lei que seja o ofendido intimado para ser alertado de que, por não ter sido iniciada ação penal, somente com a formulação da representação pode isto ser feito. Precaução da lei para que não seja a vítima prejudicada pela decadência sem que tivesse conhecimento da necessidade de prover a condição de procedibilidade, exigida pela lei após a instauração do inquérito policial. Assim, em todos os inquéritos policiais em andamento e nos autos em poder do Ministério Público para oferecimento da denúncia deve proceder-se à mencionada intimação, para evitar-se, como registra expressamente o art., a decadência. E esta só pode ocorrer antes de iniciada a ação penal, não depois de instaurada.

Não concordamos, *data venia*, aliás, com a opinião de que a lei, no art. 91, está se referindo a uma condição de prosseguibilidade e não à decadência. A interpretação não pode ser *contra legem*, para se entender que o termo "decadência" deva ser entendido ora como "condição de procedibilidade" (art. 88), ora como "condição de prosseguibilidade" (art. 91). A decadência é sempre a perda do direito de ação ou de representação e a ela se refere o art. 91. Já exercido o direito de ação por parte do Ministério Público quando a ação penal não exigia a representação não há que se falar em decadência. Caso a vontade da lei fosse obrigar a iniciativa da vítima para o prosseguimento do processo penal já instaurado, referir-se-ia expressamente a um pedido de pros-

seguimento da ação penal. Na inexistência de disposição expressa em contrário, decadência continua a ser a perda do direito de ação ou de representação, já que, nos termos do art. 92 da Lei 9.099, aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com o referido diploma legal.

Supondo-se, porém, que não se faça ou não se consiga fazer a referida intimação antes de iniciada a ação penal. Nessa hipótese, o prazo de decadência será de seis meses, como determinam os arts. 103 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal. Como esse prazo não corria antes da lei, por inexistente a regra, o termo inicial é o do início da sua vigência. A partir de 26 de novembro de 1995, portanto, iniciou-se o prazo de decadência de 6 meses para todos os casos dos crimes mencionados ocorridos posteriormente. Excetua-se, entretanto, a hipótese de intimação da vítima, em que o prazo é de 30 dias a contar da intimação.

5. Revogação da Súmula 608 do STF

Com fundamento no art. 101 do Código Penal, que prevê ação pública incondicionada nos ilícitos que tenham como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos constituem crimes em que caiba essa espécie de ação, o STF editou a Súmula 608: "No crime de estupro, praticado mediante violência real, ação penal é pública incondicionada". Assim, havendo vias de fato ou lesão corporal na hipótese desse crime (ou atentado violento ao pudor), dispensado era a queixa ou a representação da vítima. Com a nova lei, porém, está revogado o referido enunciado. Passando, na hipótese de lesão corporal a exigir-se a representação, é inaplicável no caso o art. do Código citado. Assim, os processos penais em caso de estupro ou atentado violento ao pudor, seja caso de violência ou ameaça, exigem a queixa, ou a representação nos casos em que esta é permitida em substituição àquela.

É de se notar que, em decorrência do que foi exposto e no item anterior, a conclusão a respeito da revogação da Súmula 608 do STF só tem relevância para os casos em que ainda não foi instaurada a ação penal. Exercido o direito de ação pelo Ministério Público antes da vigência da lei não há mais que se falar em decadência.

6. Extensão do art. 88 da Lei 9.099

Outra questão a ser resolvida é a que concerne a extensão do disposto no art. 88 da lei à contravenção de vias de fato (art. 21 da LCP). Sob o argumento de que essa infração, consubstanciada também em violência, é um *minus* com relação ao crime de lesões corporais, por não causar ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima, já se defende a tese de que a representação deve ser também exigida para a apuração desse ilícito menor. Embora formulada com um fundo lógico e por medida de eqüidade, essa orientação é, no mínimo, perigosa, pois, além de contrariar o sistema legal brasileiro, que só exige a representação em casos expressos, vedando a analogia, levaria a uma total insegurança na aplicação dos dispositivo. Pelo raciocínio adotado para estender a obrigatoriedade da representação à contravenção das vias de fato, o mesmo deveria ocorrer, p. ex., para o crime de rixa simples (art. 137, *caput*, do Código Penal), ilícito de menor gravidade do que as lesões e que nada mais é do que a prática de violência dos agentes em que não se pode identificar os sujeitos e ativos e passivos de crime de lesão corporal ou da contravenção de vias de fato. Também não estaria fora

da hipótese a necessidade de se estender a interpretação ao crime menos grave de maus tratos simples (art. 136, *caput*, do Código Penal), que no mais das vezes se configura pela violência abusiva praticado pelo agente contra o ofendido, com fim de correção e disciplina. E por que não estender a interpretação ao crime de perigo para a vida e a saúde de outrem (arts. 132 do Código Penal), da mesma gravidade que a lesão corporal, sem que resultado lesivo ocorra? E se é necessária também a representação para o crime de lesões corporais culposas, porque não ampliar o alcance da norma em discussão para abranger a contravenção de direção perigosa de veículo na via pública, de menor gravidade que uma lesão culposa do delito de trânsito que poderia ter sido provocado pelo motorista? Parece-nos evidente, assim, que a conclusão inicial, quanto à contravenção de vias de fato não deve prevalecer, sob pena de gerar incertezas e perplexidades aos aplicadores do direito, e, em maior escala, aos envolvidos nos ilícitos mencionados na amostragem, tudo pela aplicação extensiva da norma a casos não previstos expressamente em lei, contrariando o sistema normativo.

7. Conclusão

São essas algumas das questões que devem ser examinadas pela nossa jurisprudência, cabendo aos magistrados brasileiros as soluções exigidas pelo ordenamento jurídico nacional na aplicação dos novos dispositivos legais de modo a que se preserve o quanto possível o direito positivo e se evitem o tumulto processual e a diversidade nos julgamentos que só podem conduzir à insegurança aos destinatários da lei.

São Paulo, 8 de dezembro de 1995.

LEI 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995 — ALGUMAS OBSERVAÇÕES

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

1. Introdução — 2. Natureza jurídica — 3. Procedimentos — 4. Menor de 18 anos — 5. Discordância entre o autor do fato e seu advogado — 6. Sentença homologatória - natureza jurídica — 7. Danos civis - composição — 8. Representação — 9. Ministério Público-Proposta — 10. Arquivamento.

1. Introdução

A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 — Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais e dá outras providências — introduziu importantes modificações. Inaugura novo momento no Direito Processual brasileiro, tanto civil como criminal.

Aqui, a preocupação é restrita ao segundo aspecto.

Antes de mais nada, cumpre registra a sua origem. A Associação dos Magistrados do Brasil, quando Presidente o dinâmico Desembargador Régis Fernandes de Oliveira, hoje Deputado Federal por São Paulo, pleiteou ao Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, constituição de comissão para sugerir reforma no processo brasileiro. A pletora de autos tornava inquietante a angústia dos Juízes e negativa se fazia a imagem do Judiciário perante a população. A idéia foi aceita. Transmitida a incumbência à Escola da Magistratura da AMB, cujo diretor, o Min. Sálvio Figueiredo, tomou, imediatamente, as primeiras providências. Foram constituídas duas comissões. Uma para cada área. Recrutaram-se representantes da magistratura, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Polícia. Após várias reuniões e inúmeros debates, o texto final foi entregue ao Ministro da Justiça, Alexandre Duperat. Em seguida, a remessa das mensagens ao Congresso Nacional. O Relator, Deputado Ibrahim Abi Ackel, fundiu dois projetos. De um lado, iniciativa do deputado Michel Temer e de outro projeto do então Deputado Nelson Jobim. O Senador Bisol elaborara substitutivo em tintas rápidas, aí estão os antecedentes da alei que veio revolucionar o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

2. Natureza jurídica

A Lei 9.099/95 só pode ser bem compreendida, desde que se compreenda, faça-se exata interpretação do disposto no art. 98, da Constituição da República:

"A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I — Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e

sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

Defina-se a natureza jurídica da norma transcrita. Encerra mero procedimento? Restringe-se a inaugurar mais um rito para processar e julgar especial categoria de infrações penais?

Aqui, insista-se, está a pedra de toque, o ponto de partida para a exata interpretação. As conclusões dependerão dessa resposta.

A Carta Política encerra, tradicionalmente, princípios fundamentais do Direito Processual Penal; explicitamente, faz irrenunciáveis o contraditório e o exercício da plenitude de defesa. Ninguém pode ser condenado criminalmente sem o devido processo legal. E mais. Consagrado está ainda a presunção de inocência. O *status* de condenado surge somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nessa linha, compreende-se a exata posição do Ministério Público. Na verdade, não é o grande inimigo do réu, o acusador renitente e implacável como o leigo o vê. Ao contrário, juridicamente grande aliado do acusado. O processo está consagrado para ninguém ser punido, senão pelo crime que cometeu, e sofrer a sanção penal correspondente, consoante os dados objetivos e subjetivos, recolhidos na instrução criminal.

No Resp 10.715-0-PR, de que fui relator, decidiu a 6.ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça:

"Resp — Processual Penal — Ministério Público — Recurso em Favor do Réu — Legitimidade — O Ministério Público, como instituição, não é acusador, no sentido vulgar do termo. Tecnicamente, por imperativo constitucional, faz a imputação, para averiguar, presentes o contraditório e a defesa plena, o fato, com todas as circunstâncias. Juridicamente, não está jamais contra o réu. Ao contrário, confluem interesses, a fim de evitar o erro judiciário. Busca a verdade real, a decisão justa. Em conseqüência, evidencia-se a legitimidade para recorrer em favor do réu".

O art. 98, paralelamente a esse complexo de princípios, inaugura sistema diferente. Pela primeira vez, em matéria criminal, menciona a transação.

Transação é acordo, renúncia de parte de direitos, definição de situação jurídica, constituída pela vontade do sujeito-pretensor e do sujeito-obrigado, respectivamente, sujeito ativo e sujeito passivo do referido vínculo. Como a relação jurídica evidencia conteúdo (complexo de direitos e obrigações), no caso, surge obrigação penal, aceita pelo acusado.

Alterou-se, pois, e profundamente, o clássico processo penal. Processo de formalizar a imputação, ensejar a defesa plena, recolher as provas e, afinal, o juiz proferirá a sentença, sem estar adstrito a tese do Ministério Público, do querelante e do réu. O magistrado projeta, pois, a verdade real. Não aceitará eventual acordo das partes.

Aqui está a viga mestra da Lei 9.099/95. Rompeu com o tradicional processo penal. Inaugurou um novo sistema. Sim, e convém sublinhar — novo sistema. A mencionada lei não se restringiu a introduzir mais um — procedimento, mero rito. Ao contrário, a Constituição da República reuniu outros princípios, próprios para a "conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo".

Esse o ponto de partida para a exata interpretação da nova lei. Caso contrário, certamente, a interpretação será equivocada. Em termos jurídicos, e com mais precisão, poder-se-á registrar esta afirmação: a Lei 9.099/95 constitui um sistema jurídico. Em sendo assim, reúne normas orientadas por princípios próprios.

Anote-se. Princípios tradicionais do Direito Processual Penal foram repensa-

dos. Assim, o princípio da indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público e a indisponibilidade do contraditório e exercício de defesa plena pelo acusado. Afastou-se a instrução criminal, como antecedente lógico de sentença penal condenatória. O *status* de condenado pode resultar independentemente de sentença condenatória trânsita em julgado. Dá-se o contrário. A sanção, independentemente da instrução, decorre de "aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade" (art. 72). Inaugura-se, pois, um novo — processo.

Em sendo — processo — e não mero procedimento — a interpretação da Lei 9.099/95 reclama, além de, em primeiro lugar, raciocinar com os princípios que lhe são próprios, tomar-se o Código de Processo Penal como repositório de normas que, eventualmente, possam ser aplicadas subsidiariamente, mero soldado de reserva.

Em outras palavras, o processo da Lei 9.099/95 não se confunde com o processo do Código de Processo Penal. Além disso, encerra ainda — procedimento próprio. Só eventual e subsidiariamente, repita-se, invocar-se-á o procedimento do mencionado código. Forma-se, pois, relação de subsidiariedade: norma principal (primária) e norma subsidiária (secundária). Só se aplica a segunda quando a primeira invocá-la e com ela não for incompatível.

Não se pode olvidar também a finalidade da lei, narrada pelo comando do art. 2.º:

"O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação ou transação".

A finalidade do Código de Processo Penal é descobrir a verdade real.

A finalidade da Lei 9.099/95 é definir situação jurídica através de "conciliação ou transação". Aqui, a "verdade real" é lançada para plano secundário. Busca, isso sim, com mínimo de formalidade, a paz social, relativamente às infrações penais de menor importância, com as quais a sociedade consegue evitar, tidas "de menor potencial ofensivo". Além disso, compor o dano social resultante da conduta ilícita. A vítima, sempre que possível, será indenizada. Tanto assim, à "audiência preliminar", como denomina o art. 71, sempre que possível, comparecerá também o — responsável civil.

Aqui, nota-se outro particular. No sistema tradicional a sentença penal condenatória transitada em julgado faz título executório civil. Na lei nova, resulta de composição amigável.

Neste ponto, atendeu-se à uma velha crítica, ou seja de o Direito Penal e o Direito Processual Penal preocuparam-se apenas com o réu, o bandido, como assinalavam as objeções mais veementes, esquecendo-se da vítima. Agora, o autor do fato, a vítima e o responsável civil sentam-se à mesma mesa. Independentemente de formalidade maior, podem encontrar ponto comum de convergência. Com isso, efetivada a composição, gera-se título jurídico, pondo fim à divergência. Imediatamente, gera-se a paz social. Pelo menos, em termos jurídicos.

Conseqüência das considerações anteriores, ao contrário do que autoriza o Código de Processo Penal, o responsável civil não poderá, porque entende a culpa ser de outrem, e não sua, ou de seu preposto, denunciar a lide a fim de valer-se da ação regressiva (CPC, art.70/76). Esse instituto integra outro sistema jurídico. Não pode comunicar-se com o sistema do Juizado Especial. Se isso ocorrer, o art. 98 da Constituição da República cairá na vala comum, seus princípios serão sacrificados e nenhuma utilidade resultará. Insista-se: a Lei 9.099/

95 criou um novo sistema. Não é mero procedimento. Quem não vir essa distinção, não raciocinará como os princípios próprios. Continuará interpretando com o espírito do Código de Processo Penal. Antes de tudo, é uma questão de modernização. Impõe-se mudar a mentalidade, o modo de ver o Direito.

3. Procedimentos

A Lei 9.099/95 encerra três procedimentos.

a) Fase preliminar.
b) Procedimento Sumaríssimo.
c) Execução.

3.1 Fase Preliminar

Introduziu-se inovação, tocou-se em tema considerado tabu, intocável, ou seja, suprimir o inquérito policial. O que parecia impossível acabou acontecendo. Se o fato configurar infração penal de menor potencial ofensivo, a autoridade policial "lavrará termo circunstanciado". Remete-lo-á imediatamente ao juizado, com o autor do fato e a vítima". Providenciará, ademais, a requisição dos exames periciais necessários.

O fato, evidente, para estimular a lavratura do termo, em tese, deve configurar infração penal de menor potencial ofensivo. Pelas normas tradicionais, qualquer do povo poderá e a autoridade policial deverá efetuar a prisão em flagrante, iniciando-se o inquérito. Nada disso, entretanto, acontecerá. Se o autor do fato, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o cumprimento de a ele comparecer, não será submetido à prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

A Lei 9.099/95 busca, em atenção à paz social, evitar os traumatismos próprios do inquérito policial e do processo criminal. Sabe-se, inúmeros são os inconvenientes jurídicos, pessoais e sociais padecidos pelo indiciado e pelo réu. É conhecida a expressão de quem deseja evidenciar a sua vida ilibada: "Nunca fui ao fórum. Nem como testemunha". Há, é certo, explicação sociológica para isso. Só as pessoas econômica, política e profissionalmente desprotegidas ficam à disposição das instâncias formais de controle da criminalidade: polícia, Ministério Público e Juiz.

À fase preliminar é imprescindível a presença do autor do fato e da vítima. E, se possível, também do responsável civil. Tanto assim, se, no dia do acontecimento, não se realizar a audiência, dali ambos sairão cientes da próxima data. Se um dos interessados não comparecer, será intimado pela Secretaria. O mesmo acontecerá com o responsável civil.

A solenidade da intimação obedecer ao critério da simplicidade. Estatui o art. 67:

"A intimação far-se-á por correspondência, com aviso de recebimento pessoal, ou, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado, ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória, ou ainda por qualquer meio idôneo de comunicação.

Parágrafo único — Dos atos praticados em audiência considerar-se-ão desde logo cientes as partes, os interessados e defensores".

Registre-se, de passagem, uma impropriedade técnica. O legislador repetiu equívoco correntio nos fóruns, dando impressão de haver considerado — firma individual — pessoa jurídica. Não é assim. "Firma individual" é o nome sob o qual a pessoa física exerce o comércio. Deve ser registrado na Junta Comercial para conhecimento de terceiros, o que se torna relevante também para definir a responsabilidade comercial.

Estando presentes as partes acima nominadas, acompanhadas de seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não restritiva de liberdade.

A presença do advogado, ou de defensor *ad hoc* é obrigatória. Atende-se, com isso ao comando do art.133 da Constituição da República — o advogado é indispensável à administração da justiça. Não obstante a simplificação do procedimento, a seriedade mantém-se intocável. E mais. Pessoas leigas, notadamente, pessoas humildes não se sentem à vontade diante da solenidade presidida pelo magistrado, presente o representante do Ministério Público, e a parte contrária, principalmente se estiver acompanhada de advogado. Além disso, importante, para afastar qualquer circunstância que possa gerar constrangimento, haverá assistência técnica, de modo o autor do fato, deliberando pela composição, fazê-lo conscientemente, sabedor da respectiva extensão normativa e o que é muito importante, sem qualquer coação ou constrangimento. A deliberação deve ser resultante da livre manifestação de vontade.

A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

O conciliador, define o parágrafo único do art. 73, são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente, entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

A Lei 9.099/95 estatui no art. 93:

"Lei Estadual disporá sobre o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sua organização, sua composição e competência".

Essa lei, evidente, faz-se importante para a criação de cargos e despesas orçamentárias, ou outras providências administrativas.

Quanto aos conciliadores é dispensável. Entenda-se: somente será necessária para a criação de cargos de conciliador e definir os respectivos vencimentos. Nada impede, entretanto, a designação de conciliador honorárioa exemplo dos jurados que desempenham a função. Ideal que assim seja. A sociedade, notadamente com a convocação de clubes de serviços e entidades profissionais, poderá prestar inestimável auxílio. As Universidades, fornecendo estagiários, e pondo à disposição os escritórios de advocacia, através dos quais preparam os estudantes para a vida profissional, colaborando com a comunidade, devem também ser convocados. Aqui, sem dúvida, haverá a orientação e assistência do profissional responsável por esses núcleos de aprendizagem. Com isso, atender-se-á à exigência de — preferentemente — serem convocados bacharéis em Direito. Ainda. Só estão excluídos os servidores que exerçam função na "administração da Justiça Criminal". Se a atividade funcional for em outro setor civil, de família, Fazenda Pública, sem dúvida, não haverá óbice algum. A Ordem dos Advogados poderá indicar advogados para essa honraria.

O conciliador aproxima as partes, diga-se assim. Evidencia a conveniência do acordo. Orienta para afastar qualquer dúvida e explicar a situação jurídica que nasce.

Algumas hipóteses podem ocorrer:

A) Quanto aos danos civis

1) As partes estão de acordo. Segue-se a sentença homologatória. Eis a dicção do art. 74: "A composição dos danos civis será reduzida a escrito, homologada pelo Juiz, mediante sentença irrecorrível". Ganha, ademais, eficácia de título executivo, no Juízo civil. Norma especial, relativamente, à geral,

constante do Código de Processo Penal e Código de Processo Civil, cujo pressuposto é a sentença penal condenatória transitada em julgado. No caso da Lei 9.099/95 a sentença opera efeito imediatamente, porque insuscetível de recurso.

A homologação repercute na ação penal. Cumpre distinguir:

a) ação penal incondicionada;

b) ação penal dependente de representação;

c) ação penal de iniciativa privada.

Obs.: De propósito, evitei mencionar — ação penal pública. Toda ação, no sentido de direito público, subjetivo de solicitar a prestação jurisdicional, porque manifestado ao Estado, é sempre pública.

a) Se o Ministério Público atuar de ofício para oferecer a ação penal, a homologação afeta o interesse de agir do Estado. Não poderá haver a proposta de aplicação de sanção, narrada no art. 76.

b) Se a ação penal depender de representação, a homologação acarreta a renúncia ao direito de representar ao Ministério Público.

c) Se a ação penal depender de iniciativa da vítima (queixa), a homologação, tal como no caso anterior, implica renúncia ao direito de queixa.

2) A composição dos danos civis, de um lado, obrigatoriamente, reclama a presença da vítima. Se menor, falará o representante legal. Se este não existir, não for conhecido, ou não comparecer, o Juiz designará Curador. Tal como no Código de Processo Penal, analogicamente, atuará, desde que habilitado, como advogado. Dessa forma, resguardam-se os interesses do menor.

Do outro lado da relação jurídica, estará o autor do fato, ou o responsável civil. A transação poderá ser celebrada por um deles, ou por ambos. À vítima é consentido aceitar uma ou outra resposta.

Aqui, pode ocorrer uma particularidade, cuja solução reclama, antes, conceituar responsável civil.

Responsabilidade civil é a obrigação jurídica de alguém que, por haver praticado (ação ou omissão) ato ilícito, causou dano a outrem. Compreende o que efetivamente são perdeu e razoavelmente se deixou de lucrar. Inicialmente, reclamava-se dolo, ou culpa. Hoje a tendência é expandir, cada vez mais, o âmbito da responsabilidade objetiva.

Assim, quem causou o dano é o responsável civil. Colocado o tema, em termos jurídicos, a conduta do preposto é atribuída ao preponente. Do ponto de vista jurídico, a conduta é praticada pelo segundo.

Nada impede, exemplificativamente, o preposto assumir a responsabilidade e, pessoalmente, promover o ressarcimento.

É certo, o preponente tem o direito de regresso para haver do preposto a reparação de danos que, eventualmente, lhe seja causado. Esse debate, no entanto, será estranho à parte penal e processual penal da lei em comento. O Juiz não poderá dar oportunidade para prosperar. A pretensão deverá ser deduzida no juízo cível (ainda no Juizado Especial Cível).

3) Em havendo divergência entre o preposto e o preponente, aceita pela vítima a sugestão de um, ou de outro, ao Juiz incumbe homologar a transação.

Aqui, pode surgir a seguinte hipótese: como a proposta do preponente era mais vantajosa à vítima, esta preferiu à ofertada pelo preposto. Se este não concordar com o valor, reputando-o excessivo, desejando, pois, pagar a menor, só poderá promover a discussão no juízo civil. Repita-se, não é justa causa para impedir a homologação.

4. O Menor de 18 anos

O menor de 18 anos, em assistência do representante legal, poderá compor danos civis. Como autor do fato e como vítima?

A responsabilidade penal reclama capacidade imputabilidade presumida) e imputabilidade. A primeira começa aos 18 anos de idade. A responsabilidade civil plena se dá a partir de 21 anos.

Essa distinção não deve ser levada em conta, em termos de Juizado Especial.

Os sujeitos da composição dos danos são o autor do fato, a vítima e responsável civil. Logicamente, em havendo capacidade e imputabilidade penais, satisfeitas estão as exigências para celebrar a transação. Aplica-se, mais uma vez, o princípio de a lei especial derrogar a lei geral. Para o referido efeito, o maior de 18 anos de idade é *sui iuris*.

5. Discordância entre o autor do fato e seu advogado

Outra hipótese poderá ocorrer. O autor do fato, ou a vítima, durante as tratativas, discordam dos respectivos advogados. Lógico, o fato só ganha relevância se a proposta do autor do fato for inferior à sugerida pelo profissional.

O juiz não pode impor a transação. Todavia, como menciona o disposto no art. 73, "a conciliação será conduzida pelo juiz". Vale dizer, o magistrado não fica reduzido a dois de pau. Deve participar, fazer-se presente, aconselhar a que cheguem ao consenso, evidenciando, para ambos os efeitos positivos do acordo. Colocar-se-á ponto final no caso. De um lado, não será desenvolvida a ação penal. De outro, a vítima vê-se ressarcida dos danos. Em toda transação, sempre há renúncia de parte do direito. Caberá, pois, ao juiz fazer a aproximação. Não só das partes. Como eventual discordância entre elas e seus advogados. Assim, não obstante a divergência do advogado do autor do fato e seu cliente, ou da vítima e seu advogado, se autor do fato e vítima estiverem de acordo, a manifestação de vontade de ambos prevalece à divergência. O juiz homologará a composição. Explica-se: o autor do fato e a vítima são interessados diretos na transação. O procurador para realizá-la depende de poder especial. Certo, presente o mandante, na particular, sua vontade prevalece, afetando até a extensão dos poderes do mandado.

6. Sentença homologatória

Qual a natureza jurídica da sentença de homologação da composição de danos civis?

Importante promover, distinguir a seguinte distinção.

Autor do fato e vítima, com a composição, definem o conteúdo da relação jurídica que os prende, tendo, como causa, o fato da ocorrência, definido como crime de menor potencial ofensivo.

O juiz, assim, restringe-se, de modo solene, a dar assentimento àquela definição. Trata-se de sentença meramente declaratória. Daí, resultam conseqüências. Não acarreta nenhum efeito de natureza penal. Em não sendo condenatória, não serve como parâmetro para, no futuro, implicar reincidência. Também não poderá ser invocada para, ao depois, ser atribuído ao autor do fato maus antecedentes. A razão é simples. Não houve o debate judicial, com o exercício da plenitude de defesa. Houve, isso sim, solução socialmente adequada para pôr fim à discussão do fato. Do ponto de vista civil, a conseqüência que logo se evidencia é indicada no art. 74: "a sentença irrecorrível terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente".

7. Danos civis

Se não houver a composição dos danos civis, cumpre distinguir algumas situações:

a) Se o Ministério Público agir de ofício para oferecer a ação penal, o malogro da transação ensejar-lhe-á propor, especificamente, a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas;

b) Se a ação penal depender de representação, o ofendido poderá exercer esse direito, fazendo-o verbalmente, o que será reduzido a termo (art. 75).

O não oferecimento da representação, na audiência preliminar, não implicará decadência do direito; poderá ser exercido no prazo legal (idem, parágrafo único).

Atenção! A regra geral, no Código Penal é de seis meses, contados do dia em que o ofendido veio a saber quem é o autor do crime (CP, art. 103).

A Lei 9.099/95 fixou o prazo especial para as hipóteses que ela atrai. E são de duas categorias originárias desse diploma legal (art. 88: lesões corporais leves e lesões culposas); b) constantes do Código Penal e leis especiais.

O art. 91, por sua vez, dispõe: "nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência. Trata-se sem dúvida, de norma especial, restrita aos "casos em que esta Lei passa a exigir representação". E somente dois casos foram mencionados: lesão corporal e lesão corporal culposa.

Entenda-se, porém. A intimação pressupõe relação processual constituída. O art. 88 inaugurou situação antes inexistente. A representação, tradicionalmente, antecede ao oferecimento da denúncia, é condição de procedibilidade. Caso contrário, o Ministério Público não poderá ofertar a denúncia. Agora, a situação é diferente. A ação penal está em curso, é hígida, não padece de nenhuma mácula. A representação figura como condição de prosseguimento da ação penal.

Não faz sentido o Estado ir a procura de vítimas para intimá-las para ofertar representação. Trata-se, como sabido, de direito disponível. O titular exercê-lo-á, se assim o entender. Entenda-se o art. 91, como advertência a ofendido para restar ciente do tempo máximo para manifestar interesse no prosseguimento da ação penal. A redução do prazo é salutar. A vítima não pode fazer da representação a sua espada de Dâmocles para molestar o autor do fato. Trinta dias, nas circunstâncias mencionadas, é prazo razoável. Impede até eventual manobra de extorsão para compelir a aceitação de composição vantajosa.

Põe-se importante problema. O prazo para o oferecimento da representação — ainda não constituída a relação processual penal — (compreendendo as hipóteses do Código Penal, leis especiais e Lei 9.095/95) é de 30 dias ou de 6 meses?

8. Representação

Relembre-se. A lei 9.099/95 constitui um sistema jurídico. Urge ser interpretada como tal. A norma principal (primária) prefere à norma subsidiária (secundária). Perdoem a insistência. A nova lei não é mero procedimento que se agregou ao Código de Processo Penal. Um dos princípios que a orienta é a celeridade. Celeridade busca definição rápida. Evidente, levando em conta a teleologia de modo mais célere do que o Código de Processo Penal.

Desse contexto, decorre conclusão lógica. O prazo de trinta dias para a representação estende-se a todas as hipóteses pensadas. Lei especial derroga

a lei geral. Não faz sentido da duplicidade de prazos. O princípio comanda o dispositivo legal. A solução da controvérsia, outro argumento, não interessa apenas ao autor do fato, à vítima e ao responsável civil. Antes de tudo, revela interesse social, especificado na solução da situação jurídica constituída com a projeção da contravenção penal e de crime de menor potencial ofensivo.

Não obtida a composição de danos civis podem ocorrer duas situações:

a) Arquivamento do termo de ocorrência. Resulta de um dos casos que se seguem:

a.1) O fato não ser definido como infração penal de menor potencial ofensivo, isto é, contravenção penal e crime a que a lei comine pena máxima não superior a um ano.

a.2) Não haver legitimidade ativa e (ou) passiva para a relação jurídica processual.

a.3) Não estar extinta a punibilidade.

A fase preliminar, como regra, escorada no termo de ocorrência, inicia-se com a chegada desse documento, com o autor do fato e da vítima, ao juizado. Nada impede, entretanto, separação no tempo entre a data do fato e o início da chamada fase preliminar. Se o período intermediário for alcançado por fato extintivo da punibilidade, desaparece o interesse processual.

A fase preliminar também é necessária quando se tratar de procedimento sumaríssimo (art. 79).

b) O ofendido, imediatamente, poderá exercer o direito de representação, que será reduzido a termo (art. 75).

Como restou anotado, o não oferecimento da representação, na audiência preliminar, não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

c) O não oferecimento da representação, na audiência preliminar, não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

d) Se houver representação, ou tratando-se de crime de ação incondicionada, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, especificadas na proposta.

Observe-se, não há oferecimento de denúncia. O termo circunstanciado da autoridade policial servirá de parâmetro para especificar o fato tido com infração penal. Não constitui, é certo, imputação, como se denúncia fosse. Ao contrário, restringe-se a ser a balisa para estimular a composição de danos civis e da proposta de aceitação da sanção penal. Até aqui, o que se busca é a transação.

9. Ministério Público — Proposta

O processo perante o Juizado Especial visa à reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62).

A Lei 9.099/95 não definiu novos crimes. Restringiu-se a conceituar, por imperativo da Constituição da República, as "infrações penais de menor potencial ofensivo" (art. 61). Urge, pois, fazer coordenação com a Lei das Contravenções Penais, Código Penal e leis especiais. Nelas, encontrar-se-ão as infrações de "pena máxima não superior a um ano".

Assim, a cominação das penas está nas respectivas leis, orientada pela Lei de Introdução ao Código Penal" (art. 1.º).

As penas restritivas de direitos são autônomas e substitutivas das penas privativas da liberdade (Código Penal, art. 44).

No caso do Juizado Especial a substituição é obrigatória, dado não ser possível a aplicação de pena restritiva de liberdade.

Coloca-se esta interrogação: a pena restritiva de direito está submetida à disciplina do Código Penal?

Cumpre traçar algumas considerações.

A proposta do Ministério Público está submetida às seguintes condições:

a) não obtida a composição dos danos civis;

b) exercício do direito de representação, no caso de ação penal dela dependente;

c) não ser caso de arquivamento;

d) não ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crimes, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

e) ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa;

f) não indicaram os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção de medida.

10. Arquivamento

Mais uma palavra a respeito do arquivamento.

Acredito, aqui manifesta-se importante relevo da atuação do Ministério Público. A Lei 9.099/95 rompeu, viu-se, com o princípio da indisponibilidade da ação penal. Adotou, sem dúvida, tese oposta. É possível, pois, o Ministério Público dela dispor. Nessa linha o arquivamento compreende hipóteses que por ausência de reprovabilidade significativa à conduta e ao resultado, o Promotor Público recomenda o silêncio ao processo penal. Exemplificativamente, caracterizada a insignificância do evento (independentemente de solucionar-se a divergência doutrinária se repercute na tipicidade, ou na culpabilidade). No mesmo sentido, a quase nenhuma censurabilidade ao autor do fato. A título de ilustração ainda: as partes interessadas, apesar do acontecido, reconciliaram-se. Do ponto de vista pessoal e social, o fato restou superado!

3 — DOUTRINA NACIONAL

CULPABILIDADE E PENA NA LEI 9.099/95

LYCURGO DE CASTRO SANTOS

1. Introdução — 2. A compreensão da função da norma penal a partir da constituição da república — 3. A culpabilidade e a pena fundamentados na função da norma penal no estado democrático de direito — 4. A culpabilidade e a necessidade da pena na conciliação — 5. A culpabilidade e a necessidade da pena na transação — O *plea guilty* — 6. A culpabilidade e a necessidade da pena na suspenção condicional do processo — 7. Conclusões.

1. Introdução

O estudo da política criminal ganha espaço cada vez maior do moderno Direito Penal. A Lei 9.099/95, no que tange aos juizados especiais criminais, é um exemplo do quanto uma política criminal de cunho eminentemente humanista conforma o Direito penal como um todo, abolindo vetustos conceitos, criando outros tantos, remexendo, enfim, na própria estrutura da teoria do delito.

É de Roxin a idéia de que o Direito penal, especificamente a teoria do delito, deve responder às diretrizes da política criminal. Lembra o professor de Munique que, na teoria finalista, o dolo é compreendido como uma ação típica e apenas um erro sobre as características típicas pode excluí-lo. Na caso da legítima defesa putativa, todavia, o dolo permanece sistematicamente intocado e conduz, no caso de sua evitabilidade a uma pena atenuada.[1]

Todavia, a despeito do parágrafo 17, StGB, a jurisprudência e grande parte da doutrina entendem que um tratamento sociologicamente adequado seria apenas um castigo por um fato culposo, pois quando alguém executa, uma ação de defesa por sentir-se erroneamente atacado não se lhe pode increpar uma falsa atitude com respeito ao Direito, mas apenas um descuido. Esta é a solução político-criminal adequada. Para Roxin, não obstante, a sistematização do Direito penal é necessária: não se pode prescindir de um sistema coerente, uma vez que representa ele uma garantia de segurança do indivíduo frente à potestade punitiva do Estado. Todavia, adverte Roxin, há que ser a sistematização construída em uma base sólida de política-criminal, invertendo-se a famosa de Liszt, no sentido de que o Direito penal é a barreira infranqueável da política criminal; para "a política crimi-

1. Cf. Claus Roxin, "Política Criminal y Estructura de Delito". Trad. Bustos Ramires e Hormazábal Malarée, Barcelona, 1992, pp. 39 e 46. Em nosso ordenamento jurídico o tratamento à descriminante putativa é ambivalente. A ela se aplica ora o tratamento destinado ao erro de tipo, ora o tratamento aplicado ao erro de proibição. Conferir Alberto Silva Franco e Outros, "*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*" RT, São Paulo, 1995, pp. 227/228.

nal é a fonte da construção penal-conceptual e sistemática".[2]

Ensina Jescheck que "a política criminal se ocupa de como se deve conformar o Direito penal para cumprir melhor sua missão de proteger a sociedade; conecta as causas do delito; ocupa-se de como deverão ser concebidos e desenvolvidos os elementos dos tipos penais para responder à realidade do crime: procura determinar os efeitos das sanções penais empregadas pelo Direito penal, para não restringir a esfera de liberdade do cidadão além do absolutamente indispensável e examina se o Direito penal se encontra configurado de maneira que possa realizar o processo penal".[3]

Nada melhor do que os princípios que informam o Estado Democrático de Direito e os princípios de garantia individual dele corolários, inseridos na Carta Magna, para se extrair os elementos de política criminal, sob os quais está o legislador infraconstitucional subordinado em sua tarefa legislativa: o Direito penal é ditado quanto à sua inerente política-criminal pelos princípios maiores que nortearam o legislador constitucional em sua tarefa criadora. Deles vertem os elementos indispensáveis para a melhor construção do sistema do Direito penal positivo.

Daí a importância fundamental do chamado Direito Constitucional penal, malgrado a parcimônia com que os órgãos judicantes dele se socorrem para solucionar as virtuais questões de Direito penal material.

Tratarei neste trabalho apenas da teoria da culpabilidade e, como não poderia deixar de ser, da pena, ambas vistas sob uma moderna política-criminal, e a sua implicação na Lei 9.099/95.

2. Claus Roxin, Ibidem,

3. Jescheck, "Tratado de Derecho Penal", Trad. Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 18.

2. A compreensão da função da norma penal a partir da Constituição da República

Em primeiro lugar, vejamos qual é a função da norma penal em um Estado Democrático de Direito. A lei, quando diz "não mate", está ordenando que não se mate ou, pelo contrário, limita-se a considerar a privação da vida como algo desvalioso? Ou ainda, faz a lei as duas coisas ao mesmo tempo? Ou, por fim, deixa ela a opção livre ao destinatário: ou se abstém de matar ou sofre a pena correspondente? Fundamentalmente, três são as posições que se formaram sobre a matéria.

A primeira compreende a norma penal como um imperativo, um *praeceptum legis*, ou seja, a norma se traduz em uma vontade dirigida a incitar os súditos a um certo modo de vida. Defendiam-na, entre outros, Binding e Petrocelli. O maior problema que se vislumbra na aceitação desta teoria é a polarização da sociedade política: de um lado, um grupo que manda habitualmente; e, de outro, um grupo que obedece. A idéia de Direito subjetivo torna-se apenas reflexo do dever jurídico, categoria básica do sistema. O núcleo do delito não será a lesão de um bem jurídico protegido, senão a rebeldia do autor aos mandamentos do Estado, a hostilidade, a desobediência. A lei, com isso, invade o campo da moralidade, antecipando a antijuridicidade para um momento prévio subjetivo de rebelião frente aos mandamentos do Direito.

Outra teoria defende a dupla função da norma penal: em primeiro lugar, é ela uma norma objetiva de valoração (norma de direito) e apenas de modo reflexo ou indireto é norma subjetiva de determinação (norma de dever). Segundo esta concepção, o injusto é uma lesão objetiva das normas de valoração e no campo da culpabilidade apenas

aparece a norma de dever como fundamento da existência de uma obrigação de agir conforme o delito.[4]

Dentre as inúmeras críticas a esta segunda teoria, a mais destacada é aquela formulada por Mir Puig. Segundo este autor, a lei penal não pode evitar resultados que não deseja, como por exemplo, a morte de uma pessoa devido a catástrofes naturais (furacões, terremotos, etc.), muito embora tenha este fato um valor negativo; mas pode e deve motivar os indivíduos através da sanção penal a que se abstenham da prática de determinadas condutas que possam lesionar ou colocar em perigo os bens jurídicos fundamentais à vida em sociedade. Daí que a antijuridicidade refira-se a uma ação que o Direito pretende evitar (desvalor da ação) e o resultado apareça apenas como causa objetiva de punibilidade.[5]

A teoria da motivabilidade, que advém de tais críticas, reconhece que a norma penal tem como função motivar os indivíduos a não praticarem determinadas condutas que possam ferir ou colocar em perigo determinados bens jurídicos. Expressa, sem dúvida, o imperativismo da norma penal. Não obstante, reconhece os limites da imperatividade nos princípios da garantia penal, como princípio da legalidade, o princípio da intervenção mínima, da culpabilidade, etc. Não admite a punição da intenção (*gesinnung*) contrária às normas jurídicas não exteriorizada no mundo fenomênico, nem a responsabilidade penal objetiva. Vale dizer, arrefece o absolutismo no qual se insere a teoria imperativa, adequando-a ao Estado Democrático de Direito.

Pois bem, qual das três teorias espelha, em nosso sistema jurídico, a função da norma penal? Devemos chegar à teoria adequada através de princípios constitucionais, que indicam a política criminal a ser seguida, sob os quais deve se conformar todo o Direito penal pátrio.

Antes, porém, impõe-se que se esclareça a amplitude do termo "função" da norma penal. Ensinam Cobo/Vives que função da norma como proposição normativa diz respeito a seu sentido, enquanto que função da norma como fato social aponta à sua realidade.[6] Não se pode olvidar, nas duas abordagens da norma penal, que é ela uma criação humana para um fim determinado — seja o de submeter os súditos aos mandamentos do rei, seja o de valorar as relações humanas nos diversos âmbitos de sua existência. A função da norma, pois, rege a sua configuração, o que nos remete a missão do Direito penal e, em conseqüência, ao fundamento do próprio Estado.

A Constituição da República é o texto que nos diz as bases sob as quais está fundamentado o Estado. Ela reconhece e garante a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º da Constituição da República). Ela, já se disse, explicita a direção da político-criminal a ser tomada.

Tomemos, em primeiro lugar, o pluralismo político como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e o analisemos enquanto diretriz fundamental da político-criminal. A existência de uma sociedade pluralista

4. Segui, fundamentalmente, na exposição das duas primeiras teorias sobre a função da norma penal a Cobo/Vives, "*Derecho Penal — Parte General*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 211 e ss. os quais adotam expressamente a teoria da dupla função da norma penal.

5. Mir Puig, *El Derecho Penal en El Estado Social y Democrático de Derecho*", Ariel, Barcelona, 1994, p. 61 e ss. Da mesma opinião, porém com distintos matizes, Gimbernat Ordeig e Muñoz Conde; citados por Cobo/Vives, cit. pp. 213-214.

6. Cobo/Vives, cit. p. 211.

é reconhecida e garantida pela Carta Magna. Não se admita, em princípio, um juízo de valor positivo ou negativo de um grupo frente a outro — e do Estado imparcial frente aos grupos —, porque todos estão inseridos, com suas idiossincrasias, na sociedade multicultural. Esta é conflitiva, composta de interesses antinômicos e contraditórios, em meio aos quais o ser humano tem o direito inalienável de escolher (ou não escolher), dentre os diversos sistemas sociais, aquele que lhe permita o melhor desenvolvimento da própria personalidade[7] (e isso se refere à dignidade da pessoa humana! — também fundamento do Estado Democrático de Direito).

A valoração objetiva, como juízos sobre determinados acontecimentos ou estados, surjam eles de condutas humanas bem definidas ou de processos naturais, que se pretende como função da norma penal (teoria da dupla função da norma penal), fere, pois, o reconhecimento da sociedade pluralista (diferenciada) e o princípio da dignidade humana — que pressupõe a mínima intervenção do Estado (e o Direito penal como *ultima ratio*) — especificamente no que diz respeito à liberdade de desenvolvimento da personalidade, na medida em que os valores, em uma sociedade multicultural, pluralista, são relativos e não absolutos.[8]

Não se pode negar que o exercício da motivação, levado a cabo pelo Estado para que os indivíduos deixem de praticar determinadas condutas, implica uma valoração — que se dá quando o legislador elege quais condutas devem os indivíduos evitar, bem como o magistrado declara que determinado comportamento contrariou a norma jurídica. Neste sentido, uma ação contrária à norma implica um juízo valorativo (desvalor da ação). O Direito penal é, pois, valorativo. Todavia, este desvalor da ação é compreendido de modo diverso nos grupos de distintos matizes culturais sob sua égide. Se existe esta ambivalência da valoração da norma em relação aos seus destinatários, nos dois momentos retromencionados, não se concebe que a sua função seja a de valorar positiva ou negativamente determinadas condutas, função precária, insegura e ambígua, que afronta também o princípio de segurança jurídica.

Como conceber a função da norma no sentido de valorar condutas, se a norma que proíbe o tráfico de entorpecente, por exemplo, é desprovida de valor entre os "junkies" e não entre a comunidade cristã ortodoxa? Compreende-se, não obstante, dentro do pluralismo social, do princípio da dignidade humana, que uma norma penal motive as pessoas a não praticarem o comportamento de traficar de forma

7. Veja-se José Afonso da Silva, "Curso de Direito Constitucional Positivo" RT, São Paulo, 1990, pp. 127/128).

8. Como bem afirma Fermim Morales, "O princípio de dignidade da pessoa aparece assim com um postulado de garantia que deve se contrapor à razão social ou coletiva, cuja inércia inexoravelmente conduz, no terreno penal, ao terror estatal utilitarista, caso não existam os adequados contrapesos 'garantistas'. A dignidade humana, em vista do art. 10-1 da Constituição espanhola, erige-se em ponto referencial do quadro de direitos constitucionais da pessoa; em suma, em fundamento ideológico de um *neopersonalismo* coerente com os postulados e ainda com as contradições do Estado social e democrático de Direito. Se trata, portanto, de promover o desenvolvimento da livre personalidade do indivíduo, através do exercício e da profundização de seus direitos-garantias fundamentais, e em última instância de reconhecer a primazia do pessoal (não do individual), enquanto pressuposto de uma participação livre e crítica da pessoa, sobre o estatal, contexto este último cujos valores tendem a absolutizar-se ou divinizar-se inclusive no Estado de Direito pela própria inércia do sistema". in Quintero Olivares, "*Derecho Penal — Parte General*" — Marcial Pons, Madri, 1992, p. 74.

ilícita entorpecentes, se este comportamento impede a real possibilidade de participação dos indivíduos nas estruturas sociais a ele afetas.

A norma penal, portanto, tem como função, em um Estado Democrático de Direito, apenas motivar os indivíduos a se absterem de determinados comportamentos, não porque seja sua obrigação, dever ou sentido, valorá-los positiva ou negativamente, bom ou mau, embora o faça de modo reflexo em relação à norma (como contrários ou como concordes), mas porque o exige a convivência pacífica entre as diversas multiculturas.[9]

Existe a necessidade, para a coexistência das pessoas em sociedade, que algumas condutas sejam motivadas a serem evitadas com uma pena, mas não há qualquer exigência sob o aspecto do *jus puniendi*, de que os comportamentos sejam valorados como positivos ou negativos. É certo, repita-se, que ao motivar esta e não aquela conduta há um juízo de valor. O que importa, todavia, é que a função da norma penal no Estado Democrático de Direito não seja a de valorar, mas sim a de motivar. A valoração de comportamentos (e não de resultados, como diz Mir Puig) é apenas conseqüência reflexa da função de motivação que compete ao Estado através da norma. O maniqueísmo decorrente da valoração positiva e negativa de comportamentos apenas aparece como contrário à sociedade pluralista e ao princípio da dignidade da pessoa humana, quando se compreende tal valoração como função da norma penal; e, neste sentido, sim, invade o campo perigoso, movediço, da moralidade.

Se a norma penal é norma subjetiva de motivação — esta é a sua função — e apenas de modo reflexo valora comportamentos como sendo estes contrários à norma (no campo da antijuricidade), devemos compreender que sua função corolária é a de prevenir determinados comportamentos que ofendam ou coloquem em perigo bens jurídicos — necessários à preservação da paz social — e a pena, com conseqüência lógica, também tem, sob a égide da Constituição da República, a única função de prevenir delitos, prescindindo, como veremos a seguir, da retribuição de um mal por outro mal.[10]

3. A culpabilidade e a pena fundamentados na função da norma penal no estado democrático de direito

A concepção bilateral do princípio da culpabilidade, no sentido de que a pena tem que corresponder à culpabilidade do agente e que a afirmação desta, por sua vez, exige a imposição de uma pena, encontra restrições no moderno Direito penal. Como vimos, o Direito

9. Como afirma Habermas, "Naturalmente os maometanos estão tão convencidos quanto os cristões de que sua fé é a única verdadeira. Isto está OK. Mas há dois níveis. Num nível, dizemos que eles têm uma atitude fundamentalista com relação à verdade de sua religião. E existe um segundo nível, em que dizemos que eles têm uma atitude não-fundamentalista, no sentido de que, embora acreditem que seu Deus é o único verdadeiro, tem consciência de viverem em uma sociedade que assegura um universo público em que sua religião é apenas uma entre várias, e por isso estão dispostos a argumentarem publicamente" in Folha de São Paulo, 30.04.95, p. 5-8. É neste segundo nível que atua a norma, motivando as pessoas a se comportarem de modo a reconhecerem e a conviverem de forma pacífica com o espaço e a liberdade alheios. Neste sentido, afirma Habermas, os maometanos estão autorizados apenas a fazer propaganda de sua fé única através da razão, prescindindo de ações violentas e fundamentalistas. Ibidem.

10. Neste sentido, Mir Puig, citado, p. 36 e segs., com outros argumentos. A retribuição, não obstante, está presente no texto do art. 59 do Código Penal brasileiro que cuida da fixação da pena.

penal do Estado Democrático de Direito está ancorado à Constituição cujos princípios exigem não uma justiça retributiva, incompatível com a sociedade pluralista e com a dignidade humana, mas sim, um direito penal essencialmente preventivo. Roxin foi o primeiro a defender a culpabilidade jurídico-penal (ou responsabilidade, como prefere) como subordinada às necessidades da pena.[11] Mir Puig seguiu o mesmo caminho, com diversos matizes, todavia, advertindo que a retribuição pressupõe livre arbítrio, o que é impossível comprovar-se no caso concreto.

Lembra o catedrático catalão que "... ainda admitindo que a decisão humana não se explica como mero produto mecanicista, é razoável pensar que se encontra determinada, ao contrário, pela concorrência de distintos fatores, em parte normativos, que concorrem no processo de motivação racional fundamentada no sentido humano: a disposição hereditária e o meio dão origem, ao confluir, a uma personalidade determinada que reage de uma determinada forma ante cada situação motivacional e que, em definitivo, não pode deixar de decidir pelo motivo que, segundo seu modo de ser — não livre — no momento concreto e irrepetível lhe parece preferível, quaisquer que sejam suas razões, inclusive irracionais. Uma tal decisão será própria do sujeito, mas o lógico é pensar que, no instante em que tomou a decisão, esta não pôde ser outra diante dos concretos e irrepetíveis fatores concorrentes — inclusive o ponto de vista do sujeito neste preciso momento — por muito que em um momento anterior ou posterior, ou introduzindo alguma variante, houvera podido ser distinta.[12]

Um juízo positivo de culpabilidade, pois, não pode depender de algo indemonstrável, o livre arbítrio, no sentido de "poder agir conforme a direito", senão que expressa a um juízo de necessidade da pena. Isso para efeitos de prevenção geral positiva (fortalecimento e estabilidade do sentimento jurídico da população), geral negativa (intimidação dos indivíduos no sentido de que, se cometerem delito, sofrerão sanção penal), e especial (não dessocialização do indivíduo, ante a derrocada dos "programas de socialização máximo e mínimo", ambos de duvidosa constitucionalidade, no sentido de evitar que a pena contribua à reincidência).

Portanto, a concepção bilateral do princípio de culpabilidade cede lugar à seguinte proposição: o juízo de culpabilidade depende do juízo de necessidade de pena.[13]

Isso não significa o abandono das garantias que advêm do princípio de culpabilidade, nem a necessidade de se presumir o livre arbítrio para o Direito penal reconhecê-las. Tais garantias, como a não punição do inimputável e a imputação subjetiva do fato ao agente são inerentes à função da norma penal do Estado Democrático de Direito e por isso o âmbito da necessidade da pena deverá abarcá-las.

Como disse acertadamente Mir Puig, "o sujeito é culpável não porque teve a capacidade normal de motivação, no sentido de que poderia motivar-se em uma medida normal a atuar de outro modo — o que certamente suporia a liberdade de vontade —, senão porque pôde ser (de forma passiva) e foi motivado normalmente — ainda que o

11. Veja-se Claus Roxin, "Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal", trad. Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981.

12. Mir Puig, cit., pp. 81/82.

13. A pena representa, sem dúvida, a inflição de um mal, a privação de um direito, de um bem jurídico, como ensinam Cobo/Vives (cit. p. 616). Este mal, todavia, é inflingido ao autor apenas porque é necessário para prevenir delitos e não como vindicta, como retribuição de um mal por outro mal.

motivo representado pela norma não lograra impor-se frente a outros motivos. Por uma parte, não entendo a motivação como objeto de uma capacidade ativa do sujeito, senão como o efeito que exercem sobre ele os motivos, e não exijo para a imputabilidade a capacidade ativa de motivar-se (normalmente), senão a capacidade passiva de ser influído (normalmente) pelas normas; e por outra parte, ser motivado normalmente não significa necessariamente, para mim, ser motivado com êxito (no sentido que também tem este verbo de ser efetivamente determinado por um motivo) a atuar de acordo com o Direito, nem em nenhum outro sentido determinado, senão apenas que no processo de decisão cada motivo concorrente (a norma é um destes motivos) teve sua eficácia causal normal. Entendido, assim, o processo de motivação como um conjunto de forças causais motivadoras percebidas pelo sujeito, não vejo o que pressuponha a liberdade de vontade".[14]

Assim, o juízo positivo de necessidade de pena (e de culpabilidade) depende essencialmente da normalidade do processo de motivação do indivíduo. Sendo este processo anormal (tratando-se dos inimputáveis ou dos que não têm consciência da ilicitude de seu comportamento, nem como atingi-la), seja para efeitos de prevenção geral, seja para efeitos de prevenção especial, não há necessidade de pena.[15]

Vejamos agora a implicação destas concepções do juízo de culpabilidade e da pena na Lei 9.099/95, que instituiu os chamados juizados especiais criminais.

4. A culpabilidade e a necessidade de pena na conciliação

A Lei 9.099/95 reconheceu a primazia da função preventiva da sanção penal ao admitir o chamado Direito Consensual Penal. A composição dos danos civis acarreta, de acordo com o art. 74, parágrafo único, a renúncia ao direito de queixa ou representação nos casos de ação penal privada ou pública, mediante representação do ofendido, respectivamente. Ou seja, a pena, no caso de reparação civil, não é necessária, porque desde um ponto de vista de prevenção geral (positiva, no caso de fortalecimento do sentimento jurídico da comunidade; e negativa, no sentido de intimidação da população para que não cometa crimes) e desde um ponto de vista de prevenção especial (evitando a dessocialização decorrente da pena), a situação de desequilíbrio nas relações sociais, representada pelo conflito do qual emerge o ilícito penal, é satisfeita pela reparação civil. A reparação do dano suprime, nestes caos, a virtual necessidade de pena.

14. In *Derecho Penal — Parte General*, PPU, Barcelona, 1990, nota 38, pp. 590/591.

15. Neste sentido, anota Gimbernat que as medidas de segurança, deste um ponto de vista preventivo, representam uma melhor resposta do que a pena aos inimputávies, Por outro lado, os cidadãos normalmente motiváveis pela norma não se identificam com os inimputáveis e sabem que, se obrarem da mesma maneira, serão sancionados. Semelhante raciocínio se concebe com relação ao erro de proibição: as pessoas que acedem às normas sabem que no seu caso serão apenadas, vez que não se encontram na singular situação do autor do fato antijurídico. Ademais, precisamente por estar socializado, o autor, atua ele em erro, acredita firmemente que obra de acordo com as normas jurídicas. O medo insuperável (coação moral irrresistível), implica uma situação dificilmente repetível e anormal, razão pela qual ninguém se identifica com tais situações. Não há, pois, nestes casos, necessidade de pena, sob o aspecto de prevenção geral e especial. Veja-se Gimbernat Ordeig, "Estudos Penales" — Tecnos, Madri, 1981, pp. 148 e ss.

Não existindo necessidade de pena, não há que se falar, obviamente, na conciliação operada em juízo positivo de culpabilidade, sob o aspecto jurídico-penal.

5. A culpabilidade e a necessidade de pena na transação — o *Plea Guilty*

No caso de representação ou de ação penal pública incondicionada, com a conseqüente proposição de acordo, aceitação pelo ofensor e aplicação da sanção pelo magistrado, haverá um juízo de culpabilidade sobre o agente do delito?

O Ministério Público, ao propor ao agente do fato o acordo, deverá não emitir um juízo positivo de culpabilidade, pois ainda não houve processo-crime com trânsito em julgado da sentença penal condenatória,[16] culpabilidade sempre no sentido de necessidade da pena, mas um juízo de probabilidade de culpabilidade, havendo, no caso, uma antevisão de necessidade de pena com os elementos de prova que lhe são apresentados no momento.

Por outro lado, existe a possibilidade da recusa, por parte do agente, ao acordo proposto pelo Ministério Público, entendendo aquele que não é culpável e, ao final do processo, resultar que de fato não era culpável. Seria um contra-senso o Ministério Público propor o acordo, emitindo um juízo positivo de culpabilidade e, afinal, reconhecer que a necessidade da pena não existe. É, pois, provisório o juízo de culpabilidade que faz o Ministério Público, ao propor o acordo ao agente do fato, devendo fazê-lo, portanto, tão-somente quando vislumbrar a probabilidade de afinal existir a necessidade de pena. Se verificar, já em um primeiro momento, a ausência de culpabilidade, de necessidade de pena, a proposição de arquivamento é o caminho a ser seguido.

O que compreende este juízo de probabilidade de culpabilidade que deve ser feito pelo Ministério Público quando da transação? A proposta que o Ministério Público leva ao agente do crime pressupõe a certeza do *parquet* acerca da antijuricidade do fato típico e da normalidade da motivação da norma penal em relação a ele, de modo que um futuro juízo positivo de culpabilidade apareça axiomático, em princípio, à luz das provas apresentadas ou que são imediatamente produzidas, e por isso altamente provável. Havendo dúvida que demande a produção de prova, deverá o Ministério Público requisitar as diligências necessárias para tanto, podendo propor em um momento posterior o acordo, nos termos dos arts. 77, *caput*, e § 3.º e 79 da Lei 9.099/95, ou a remessa do expediente ao juízo comum, nos termos do art. 66 da referida Lei.

Todavia, admitindo o acordo, o agente estará admitindo a culpabilidade, no sentido de que a sua conduta está a exigir pena, sendo esta necessária e suficiente, não apenas como forma de se evitar a sua dessocialização (que adviria com uma provável pena privativa de liberdade, que se procura evitar, e todas as suas conseqüências estigmatizantes, como a perda da primariedade, a inclusão do nome no "rol dos culpados", etc.), mas também com o fim de fortalecer o sentimento jurídico da comunidade (prevenção geral positiva) e advertir à população que aquela conduta deve ser evitada (prevenção geral negativa). A impunidade deve estar em antinomia manifesta com os postulados de necessidade da pena. Neste sentido deve ser compreendido o termo anglo-saxão *plea guilty*: é uma declaração do

16. Veja-se o art. 5.º, LVII, da Constituição da República, que diz: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

agente do delito, aceitando a proposta do Ministério Público, declarando-se culpado pelo fato a ele atribuído.

O magistrado, ao apreciar a proposta do Ministério Público (na qual deve estar especificada a pena), admitida pelo agente do fato, aceita ou não a declaração de culpabilidade, o *plea guilty* do infrator e emite, quando aceita a transação, um juízo positivo de culpabilidade, ou seja, admite que a pena é necessária para o fim de prevenir delitos. Havendo aplicação de pena (restritiva de direitos ou multas), no seu sentido técnico-jurídico, é irretorquível a existência de um juízo positivo de culpabilidade. Não há em nosso Direito penal pátrio pena sem culpa: *nulla poena sine culpa.*

O magistrado não pode modificar os termos da proposta levada a cabo entre o Ministério Público e o agente do delito, caso contrário estará impondo ao agente uma pena não querida, não aceita como necessária e suficiente para os efeitos de prevenção, descaracterizando o *plea guilty*, e afrontando o princípio de culpabilidade. Ademais, a pena diversa não se imporia sob o devido processo legal, pois o agente não admite a culpa para sofrer sanção penal distinta da que acordara com o Ministério Público. Haveria afronta manifesta aos incisos LIV e LVII do art. 5.º da Constituição da República. O magistrado, entendendo insuficiente a pena para os efeitos de prevenção, deve simplesmente rejeitar o acordo proposto pelo Ministério Público e aceito pelo agente do delito.

Por outra parte, o agente do fato, premido ante a circunstância de ter contra si um processo penal, poderá aceitar a pena a ser imposta apenas a fim de evitar um transtorno maior, que é o processo-penal, muito embora exista a possibilidade eventual da suspensão condicional do processo, que paradoxalmente pode lhe resultar mais proveitosa, como veremos adiante. Isso requer um cuidado extremo do Ministério Público ao antever a probabilidade de um juízo positivo de culpabilidade (ante uma dúvida insolúvel, deverá requisitar diligências, na forma dos arts. 77 e 79, como foi dito acima).

A participação do defensor é também imprescindível, garantindo-se o princípio da ampla defesa, pois há inequivocamente um processo-penal em desfavor do agente, para o fim de se lhe aplicar uma pena. O princípio da ampla defesa o exige (art. 5.º, LV, Constituição da República). O defensor deverá sempre, a exemplo do Ministério Público e do magistrado, esclarecer ao agente as diversas hipóteses de solução do conflito penal, de modo que, se eventualmente declarar-se culpado, que o faça consciente de que é culpado e não levianamente, com o fito de evitar o aborrecimento que lhe resulta ser o processo penal (quando o juiz deverá rejeitar a proposta, nos termos do § 4.º do art. 76). Vale dizer que a aceitação da culpa pelo agente do delito implica a assunção, também por ele, de que aquela sanção penal que se propõe é necessária a fim de prevenir delitos.

O agente do delito deverá ser alertado, por isso, de todos os pressupostos e de todas as conseqüências do reconhecimento da culpa, de forma que o faça de forma consciente. Não se pode admitir o reconhecimento da culpa pelo agente por motivos diversos a ela. Seria como admitir um crime e uma pena sem culpa, apenas respaldada por um juízo de probabilidade de culpa promovido pelo Ministério Público e pelo magistrado, aceito pelo defensor, quando em nosso Direito penal é consagrado o princípio *nullum crimen nulla poena sine culpa.* Ademais, o agente do delito tem, na maioria das vezes, a possibilidade de evitar a estigmatização que lhe possa advir com o processo-crime, aceitando a suspensão condicional do

processo, como veremos em seu momento.

As restrições à proposição de acordo pelo Ministério Público na Lei 9.099/95 são de caráter objetivo (incisos I e II do art. 76, § 2.º) e subjetivo (inciso III do art. 76, § 2.º). Causa espanto a restrição de caráter subjetivo. Em primeiro lugar, no prazo exíguo de tempo imposto pelo art. 62 não há meio de se comprovar suficientemente a conduta social, os antecedentes, a personalidade do agente, bem como todos os motivos e circunstâncias do fato.[17]

Abre espaço tal inciso à discricionariedade, olvidando que o objetivo da lei é a desestigmatização e a solução rápida de conflito penal. É um óbice injustificável ao acordo, pois a necessidade da pena, em crimes cuja pena privativa de liberdade máxima não excede a um ano, sempre existe de forma atenuada quando não estão presentes as restrições objetivas.

O que importa é o crime em si, a culpabilidade em relação ao fato (e não a culpabilidade pelo *modus vivendi*), a necessidade da pena em virtude da ação do infrator e não de seus antecedentes, de sua conduta social e de sua personalidade. Crer o contrário é abrir espaço à retribuição, à devolução de um mal por um mal, espécie de justiça divina, de lei de talião, própria de estados absolutistas que guardam o ranço do estado eclesiástico, olvidando-se que a pena pela própria natureza, malgrado o pensamento neokantiano, deve ser limitada o máximo possível, e este é o espírito da Lei 9.099/95, senão pela simples ausência de identidade entre delito e sanção.[18]

Este inciso, portanto, contraria o objetivo da Lei em foco; impede por motivos assaz subjetivos a desestigmatização do infrator, deixando de relegar ao indivíduo e sua religião o processo expiatório, criando obstáculos ilusórios à possibilidade de uma eficiente e suficiente prevenção do delito.

Parece-me correto compreender, por outro lado, que estando presentes os pressupostos objetivos retromencionados significa que "os motivos e as circunstâncias são necessárias e suficientes à adoção da medida" (veja-se o inciso III novamente, que não pode ser interpretado de forma desvinculada dos dois primeiros incisos), de forma que o Ministério Público não pode recusar-se a propor o acordo (vislumbrado, é claro, um futuro juízo positivo de culpabilidade), com fundamento na "estranha" forma de viver do infrator. Neste contexto, é inequívoco que o Ministério Público carece de discricionariedade para propor ou não o acordo. Estando presentes os requisitos objetivos e havendo a probabilidade de um juízo positivo de culpabilidade, deve propor o Ministério Público a transação, o que implica reconhecer a existência de um cunho de obrigatoriedade no que ora se chama princípio da oportunidade.[19]

17. Lembra com agudeza Gimbernat que "se um psicoanalista, contando com o constante esforço do paciente em colaborar e superar suas inibições e depois de largos anos de tratamento psicoterapêutico, apenas aproximadamente e inseguramente pode chegar a constatar, sobre a base de hipotéticas explicações que nunca encontram confirmação absoluta, que peso têm e quais são os fatores que determinam o comportamento do analisado, como poderá conseguir o não especialista (o juiz) no tempo muito mais limitado que dispõe? Apud Octavio de Toledo/Huerta Tocildo — "Derecho Penal — Parte General", Madrid, 1986, p. 288.

18. Assim, Jiménez de Asúa — "Princípios de Derecho Penal — La Ley y el Delito", Abeledo — Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 97.

19. O princípio da oportunidade, em contraposição ao princípio da obrigatoriedade, significa que o Ministério Público deverá dispor da ação penal, em favor do acordo, nas hipóteses previstas em Lei.

Ressalte-se, por fim, que a lei tem como escopo evitar a aplicação de pena privativa de liberdade. Se a multa é suficiente para satisfazer os aspectos de prevenção geral e especial da pena, constitui flagrante ofensa ao princípio da culpabilidade, que exigiu apenas uma pena de multa, a sua conversão em pena privativa de liberdade, na forma do art. 85 da Lei 9.099/95.

Já se falou que crime e pena nunca se equivalem. São também ontologicamente distintas as penas privativas de liberdade e pecuniária. A privação de liberdade limita a própria natureza ambulatória humana, reveste-se de um aspecto dessocializador incontestável, enquanto a pena de multa tem predominantemente caráter patrimonial. E, tendo caráter patrimonial, assemelha-se à dívida civil.

Em virtude do pacto de San Jose da Costa Rica de 22.11.69, referendado pelo Brasil através do Decreto Legislativo 27 de 26.5.92, "ninguém deve ser detido por dívida" (art. 7.º, número 7).[20] Este dispositivo não especifica a origem da dívida — civil ou penal. Ainda que o fizesse, a natureza de ambas é a mesma — uma obrigação jurídica, especificamente toda quantia de dinheiro que se deve a alguém[21] — no caso o condenado para com o Estado. A multa penal, na acepção jurídica do termo, é dívida, o que implica a ilegalidade de sua conversão em pena de liberdade, seja o réu solvente ou não, nos moldes do art. 85 da Lei 9.099/95, confrontado com o Pacto de San Jose.[22]

6. A Culpabilidade e a Necessidade de Pena na Suspensão Condicional do Processo

Estabelece o art. 89 que, "nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei (no caso, farão jus todos aqueles que se enquadram na hipótese do art. 61 que não tenham, por qualquer razão, estabelecido o acorde de que trata o art. 76 e ss.), o Ministério Público, ao oferecer denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)".

Aqui vale a crítica, feita anteriormente, aos requisitos de natureza subjetiva (conferir o art. 77, II, do Código Penal).

Ressalte-se que não se pode falar na suspensão condicional do processo em juízo de culpabilidade, posto que ao acusado não é feita uma proposta de reconhecimento de culpa, como na transação, senão de suspensão do processo mediante condições. O juízo que irá determinar a responsabilidade do réu frente à necessidade da pena ainda não se encerrou, senão apenas teve seu

20. Sobre a situação do Pacto de San Jose em nosso ordenamento jurídico, veja-se Luiz Flávio Gomes, "A questão da obrigatoriedade dos Tratados e Convenções no Brasil (Particular Enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), in RT-710, dezembro de 1994, pp. 21 e ss.

21. Veja-se a definição de "dívida" em De Plácido e Silva — "Vocabulário Jurídico" — Forense, Rio, 1987, pp. 107 e ss.

22. A norma do Pacto de San Jose prevalece em relação à norma ordinária, pois tem *status* constitucional (veja-se novamente Luiz Flavio Gomes; cit. pp. 29-30), já que diz respeito ao Direito à Liberdade Pessoal e nossa Constituição da República garante o Direito à Liberdade. Assim, o inciso LXVII do art. 5.º da Constituição da República deve ser lido atualmente da seguinte forma: "não haverá prisão civil ou penal por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

início em virtude de um juízo de probabilidade de culpabilidade penal (com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público e o seu recebimento pelo magistrado). E a Constituição da República estabelece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5.º, LVII).

Por outro lado, estando presentes os pressupostos objetivos da lei: que o agente não esteja sendo processado ou que não tenha sido condenado por outro crime (doloso ou culposo — pois a norma não distingue a natureza do delito, como o faz o inciso I do art. 77 do Código Penal — excluídas as contravenções), é imperativo que o Ministério Público proponha a suspensão do processo. Não se aplica a hipótese do inciso III do art. 77 do Código Penal, que diz respeito à pena restritiva de direitos, haja visto que no instituto da suspensão condicional do processo ora enfocado não há que se falar em pena.

Com o oferecimento e o recebimento da denúncia, há um juízo prévio de probabilidade de culpabilidade realizado pelo Ministério Público e pelo magistrado, nos moldes a que me referi anteriormente. Deverá o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, estando presente a condição objetiva já mencionada, propor a suspensão do processo mediante as condições elencadas no § 1.º do art. 89 da Lei 9.099/95. O magistrado, antevendo um juízo positivo de culpabilidade, recebe a denúncia. Se não recebê-la, por qualquer motivo que seja, não há razão para levar a proposta ao acusado e ao seu defensor. O acusado apenas pode aceitar a proposta de suspensão condicional do processo se já houver processo. Antes do recebimento da denúncia pelo magistrado, não há que se falar ainda em processo-crime. Neste sentido deve ser entendido o § 1.º do art. 89 da Lei 9.099/95.

A suspensão condicional do processo apenas pode ser concedida pelo magistrado quando o acusado aceita a proposta, o que implica um juízo de probabilidade de culpabilidade que deve efetuar o acusado. Este juízo, todavia, não se refere à sua compreensão de haver culpabilidade quanto ao fato a si atribuído, como no caso do *plea guilty* anteriormente mencionado, senão que, auxiliado pelo defensor, deverá verificar a probabilidade real de afinal ser reconhecida pela Justiça Penal a sua culpabilidade e julgada em definitiva procedente a ação penal com a imposição de uma pena. Isso porque, repita-se, não há culpabilidade nem imposição de pena na suspensão condicional do processo.

Ressalte-se uma vez mais a importância dada pelo legislador à reparação do dano. A instituição feita pelo legislador da reparação do dano como causa de extinção da punibilidade nos casos de ação penal privada ou pública mediante representação e como condição objetiva da suspensão do processo-crime, a par de reconhecer a vítima como protagonista principal do drama criminal, satisfaz à virtual necessidade de pena, aliada, no caso da suspensão condicional do processo, a outras condições, as quais devem ser vistas sob o enfoque de prevenção especial, no sentido de se evitar a dessocialização do agente.

Vale dizer que a participação ativa da vítima na solução do conflito penal, que deve ter o dano reparado como uma das condições à manutenção da suspensão do processo (art. 89, § 3.º) e a imposição de condições "ressocializadoras", ou melhor, "não dessocializadoras" (esta pauta deve seguir o magistrado na especificação das condições, de acordo com o § 2.º do art. 89) reflete uma resposta penal antecipada a um provável juízo positivo de culpabilidade, e ao conflito penal; e, por isso, sob o aspecto preventivo, as condições devem ser

suficientes e necessárias à prevenção de delitos — com a vantagem de se evitar a estigmatização do processo-penal (é o que difere este instituto, conforme Luiz Flávio Gomes, do instituto anglo-saxão da *probation*[23]), bem como a admissão de culpa na transação (o *plea guilty*) e uma sentença condenatória.

É possível, pois, cumpridos os requisitos objetivos do art. 89 da Lei 9.099/95, o agente preferir, a se declarar culpado e receber uma pena restritiva de direitos, com a imposição de uma sentença condenatória, ser denunciado pelo Ministério Público, para então ter suspenso o processo mediante determinadas condições, e não ter contra si um juízo positivo de culpabilidade — pois determina o § 5.º do mencionado art. que, expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a culpabilidade.

7. Conclusões

7.1. A política-criminal é essencial à compreensão do sistema jurídico-penal. Ela deflui dos princípios e garantias constitucionais; e, assim como o legislador, o intérprete e o magistrado não podem dela se afastar na criação, na interpretação e na aplicação do Direito.

7.2. A função da norma penal em um Estado Democrático de Direito é prevenir delitos, motivando os indivíduos a que prescindam de praticar determinadas condutas que lesionem ou ponham em perigo bens jurídicos protegidos.

7.3. A culpabilidade e a pena são institutos dependentes e são compreendidos a partir da função do Direito e da norma penal no Estado Democrático de Direito.

7.4. O juízo de culpabilidade depende do juízo de necessidade de pena. A pena apenas é necessária para prevenir delitos (prevenção geral, positiva e negativa, e prevenção especial). Não se admite a função retributiva da pena, que suporia a comprovação do livre arbítrio, e pelo mesmo motivo nega-se ao magistrado um juízo de reprovabilidade do comportamento, pelo fato de o agente poder e dever atuar conforme o direito.

7.5. A conciliação na Lei 9.099/95 (juizados especiais criminais) não reflete um juízo positivo de culpabilidade, porque a reparação do dano é suficiente para prevenir determinados delitos, prescindindo-se da pena pública.

7.6. A transação na Lei 9.099/95 importa um juízo de probabilidade de culpabilidade promovido pelo Ministério Público e a aceitação da culpa por parte do agente. Há um juízo positivo de culpabilidade proferido pelo magistrado, ao aceitar a culpa declarada pelo agente e aplicar a pena adequada à sua culpabilidade (prevista no acordo).

7.7. Apenas os requisitos objetivos para a concessão do benefício da transação são compatíveis com o princípio de culpabilidade pelo fato. Os requisitos de caráter subjetivo são próprios da responsabilidade pelo modo de vida, proscrito em nosso Direito.

7.8. A conversão da multa em pena privativa de liberdade ofende o pacto de San Jose, referendado pelo Brasil, e a Constituição da República, além de contrariar o princípio de culpabilidade (necessidade e suficiência da pena).

7.9. A suspensão condicional do processo implica um juízo de probabilidade de culpabilidade promovido pelo Ministério Público. Apenas depois de recebida a denúncia a proposta deve ser levada ao acusado. Este não aceita a culpa, mas verifica a presença de um provável juízo positivo de culpabilidade ao final do processo.

7.10. Os requisitos para a concessão do benefício da suspensão condicional

23. In Boletim do IBCCRIM, outubro/1995, p. 3.

do processo são de caráter objetivo, sob pena de afronta ao princípio de culpabilidade pelo fato.

7.11. Em todos os institutos, o legislador reconheceu a vítima como um dos protagonistas principais do crime, concedendo a ela participação positiva no processo-criminal, condicionando determinados benefícios ao agente à reparação dos danos sofridos com o delito.

3 — DOUTRINA NACIONAL

IMUNIDADE PARLAMENTAR — ALCANCE

ONIR DE CARVALHO PERES

1. A imunidade deve ser entendida como privilégio decorrente de determinadas situações funcionais em que se pretende deferir aos seus ocupantes certas regalias de natureza penal ou processual penal. É o caso daquela assegurada aos parlamentares, cuja razão de ser reside na "necessária independência e segurança no desempenho de seu mandato" (Aníbal Bruno, Direito Penal, Rio de Janeiro, 1959, vol. I, p. 236). Aos parlamentares deve ser garantida a certeza de que a crítica ao poder constituído, quando do desempenho de seu mandado, não resultará em perseguição política, camuflada, as mais das vezes, nos meandros da *persecutio criminis*.

2. A imunidade parlamentar tem sua previsão constitucional assentada no art. 53 e § 1.º, da Constituição Federal. Enquanto o *caput* desse art. prevê a imunidade material, consagra o § 1.º aquela de natureza "processual". Diz respeito a primeira à imunidade dos parlamentares "pelas opiniões, palavras e votos", de natureza e motivação essencialmente políticas e cuja expressão se efetiva no desempenho do mandato. Quanto à imunidade processual (art. 53, § 1.º, da CF), atende sua aplicação aos casos de "crimes comuns" cometidos durante o mandato.

3. Esta diferenciação no tratamento legal das hipóteses acima referidas tem, segundo a doutrina, conseqüências diversas: "a imunidade parlamentar material (identidade penal), que isenta de pena os deputados e senadores em relação aos delitos de opinião, tem 'eficácia absoluta'". Significa que a punibilidade não se restabelece após o exercício do mandato. Como explica Raul Machado Horta, "as palavras e opiniões sustentadas no exercício do mandato ficam excluídas de ação repressiva ou condenatória, mesmo depois de extinto o mandato" (Damásio E. de Jesus, Questões Criminais, São Paulo, 1986, p. 293). Para a imunidade meramente processual, entende este autor que, "terminado o exercício do mandato, o parlamentar perde a imunidade processual" (ob. cit., p. 294). Os comentários deste emérito penalista tinham por fundamento o art. 32 e § 1.º, ambos da Constituição Federal de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n.º 1/69.

4. A anterior Constituição Federal, ao prever a imunidade parlamentar (art. 32), deu-lhe o seguinte contorno jurídico: "os deputados e senadores são invioláveis no exercício de seu mandado, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a honra". É evidente que, ao excepcionar os crimes contra a honra, restringia a norma constitucional o alcance da imunidade parlamentar, visto que a incidência desta espécie de delito tem como suporte fático a emissão de opinião, as palavras proferidas ou os votos, estes desde que deles se depreenda qualquer afirmação capaz de ensejar, pelo menos em tese, crime contra a honra.

5. A Constituição Federal de 1988 dá novo contorno jurídico ao instituto da imunidade parlamentar. Não mais condiciona sua eficácia ao "exercício do mandato" (Constituição Federal de 1946, 1967 e EC n.º 1/69); ao "exercício de suas funções" (Constituição Política do Império do Brasil e Constituição Federal de 1937) ou, ainda, ao "exercício das funções do mandato" (Constituição Federal de 1934). Estabelece, apenas, no art. 53, que "os deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos", sem qualquer condicionamento ou restrição a delimitar o alcance do privilégio.

6. Diante disso, é óbvio que não pode continuar a prevalecer o entendimento doutrinário e jurisprudencial anteriores que circunscreviam a aplicação da imunidade parlamentar tão-somente às opiniões, palavras e votos, quando proferidas "no exercício do mandato", entendendo-se nesta expressão, consoante o magistério de Pontes de Miranda, "só aos atos praticados 'no exercício' da função de deputado ou senador, escapando eles, por esta única razão, dos princípios que regem a criminalidade e a responsabilidade civil..." (cf. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1/69, Rio de Janeiro, Vol. 3, p. 10). Restringindo, ainda mais, a eficácia da imunidade parlamentar colocava-se o "exercício do mandato" nos estreitos limites das casas legislativas.

Se diferente o enunciado da norma constitucional (art. 53), diversa deve ser a sua exegese e compreensão. É a doutrina do culto Carlos Maximiliano, na clássica obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito": "quando a nova Constituição mantém, em algum de seus art.s a mesma linguagem da antiga, presume-se que pretendeu não mudar a lei neste particular e a outra continua em vigor, isto é, aplica-se à atual a interpretação aceita para a anterior" (ob. cit., Rio de Janeiro, 1984, p. 311, n.º 372). *Ex contrario sensu*, quando a linguagem da norma constitucional é modificada, a presunção é de mudança naquele particular em que se diferencia da anterior. Impõe-se, portanto, neste caso, interpretação diversa de forma a compatibilizar o novo texto com a modificação efetuada pelo constituinte.

7. Se a nova Constituição Federal "não estabelece restrições ou condicionantes" para o exercício de determinado direito, não há porque restringi-lo com base em previsão constitucional anterior que, embora da mesma natureza, se apresenta com diverso contorno legal. Socorrendo-nos, ainda, do magistério do culto Carlos Maximiliano, podemos afirmar como princípio geral de Direito Constitucional, o entendimento de que "quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, ou uma pena aplicada, esta especificação importa proibir, implicitamente, qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas ou estender a outros casos a penalidade" (ob. cit., p. 313, n.º 3.750). Ora, se veda este princípio até mesmo a interferência legislativa, com maior razão haverá de proibir a criação, através da interpretação, de condições para o exercício do direito quando não as prevê o texto constitucional. Konrad Hesse, em seus Escritos de Derecho Constitucional, esclarece: "*La interpretación se halla vinculada a algo establecido. Por eso los limites de la interpretación se sitúan alli donde no existe algo establecido de forma vinculante por la Constitucion... Alli donde il interprete se impone a la Constitucion deja de interpretala para cambiarla o quebrantarla*" (ob. cit., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 51/52).

8. O texto do art. 53, da atual Constituição Federal, estabelece a imunidade parlamentar sem as condicionantes contidas nas Cartas Políticas anteriores e o

faz de forma vinculante. Logo, não se pode, através de interpretação realizada em cima de texto constitucional diverso, restringir-lhe o alcance. Importa, ainda, salientar que, quando o constituinte quis, em relação à imunidade parlamentar, diminuir a extensão do preceito jurídico contido no art. 53, se manifesta de forma expressa, como se verifica pela leitura do art. 29, VI, da Constituição Federal. Ao estabelecer a inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos, vincula, expressamente, este privilégio ao exercício do mandato e na circunscrição do Município. Se, portanto, no caso do art. 53, não estabeleceu o texto constitucional quaisquer condições ou circunstâncias específicas para a sua eficácia, não pode criá-las a interpretação de molde a restringir onde a lei não restringe.

9. Recente ensaio de Direito Constitucional de autoria do professor da Universidade Complutense, Dr. Eloy Garcia, enfoca a questão do alcance da imunidade parlamentar.

O art. 71.1 da Constituição Espanhola, de 31.10.1978, prevê o instituto da imunidade parlamentar restringindo-lhe o alcance através da expressão "*en el ejercicio de sus funciones*".

"*Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones*".

Comentando esta norma constitucional, pleiteia este constitucionalista uma interpretação para o texto que atenda às novas realidades da atividade parlamentar e política.

Começa por afirmar que "*en su visión primigenia, el objeto de inviolabilidad vendría dilimitado por dos notas superpuestas y absolutamente coincidentes: una, de caráter formal,* el locus parlamentaris, *y otra de tipo material la* función representativa". (Inmunidad Parlamentaria y Estados de Partidos, Editorial Técnos, Madrid, 1989, p. 65). Traça, a seguir, a situação da imunidade palamentar diante das especiais circunstâncias da atividade política na sociedade contemporânea: "*Hoy como se verá más adelante, la representación política ha desbordado, con mucho, los estrechos cauces del recinto parlamentario, provocando de este modo una crisis de la institución de la que se ha echo eco la doctrina na forma de la seguinte pregunta: la protección que la inviolabilidad dispensa al diputado es predicable tan solo de las opiniones y votos emitidos en el parlamento, o alcança también a aquelas situaciones públicas que el representante efectua fuera del marco parlamentario*?" Para responder a este questionamento invoca a Lei Federal Suíça de 14 de março de 1958 que, em seu art. 14, trata da imunidade parlamentar: "*precisamente la preocupación por garantizar de alguma forma la actividad política extraparlamentaria del diputado ha movido a uno de los ordenamientos más progresivos del mundo en esta materia, el suizo, a diseñar, um* tertius genus, *una tercera figura, la llamada* irresponsabilité relative, *que, aun incorporando elementos de las otras dos, se define como un instituto singular perfectamente diferenciado*". (ob. cit., p. 66).

Concluindo arremata Eloy Garcia: "*mientras que para el pensamiento libera su (de la inmunidad parlamentaria) ambito de acción quedaría reducido a las condutas privadas del diputado, en el momento actual incluiría los comportamientos públicos del representante que no estubiesen protegidos por la inviolabilidad.* (ob. cit., p. 67).

Vemos, portanto, que naqueles países em que a norma constitucional prevê com restrições o privilégio da imunidade parlamentar, procura-se, através de interpretação, que atenda às exigências da sociedade moderna, compatibilizá-la

com as circunstâncias em que se dá, atualmente, o desempenho da atividade política e parlamentar.

10. A atual Constituição Federal Brasileira, atendendo às preocupações expostas pelo moderno pensamento constitucional em torno do instituto da imunidade parlamentar face às novas circunstâncias da representação política, "não restringia o exercício deste privilégio". Ampla é, na Constituição de 1988, a extensão da imunidade parlamentar, "alcançando a atuação política do deputado ou senador ainda que fora do Parlamento". O fundamental é que seja de natureza política a conduta colocada sob a proteção do privilégio constitucional. Entendemos que os votos, opiniões e palavras, estas duas últimas, ainda que proferidas fora das Casas Parlamentares, desde que vinculadas ao desempenho da atividade política do deputado ou senador, se encontram ao abrigo da imunidade parlamentar "material" (*caput* do art. 53 da CF). Diante do novo texto constitucional, não se resume a eficácia da imunidade parlamentar aos atos legislativos propriamente ditos, "mas se estende a toda a atividade política do congressista, no Congresso ou fora dele".

Esta a compreensão autorizada pelo art. 53 da atual Constituição Federal e que, como foi demonstrado, melhor atende às peculiaridades e circunstâncias em que, hoje, se desenvolve a atividade política parlamentar.

Bibliografia

BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Rio, 1959.
GARCIA, Eloy. Inmunidad Parlamentaria y Estados de Partidos, Madrid, 1989.
HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional, Madrid, 1986.
JESUS, Damásio E. de. Questões Criminais, São Paulo, 1986.
MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio, 1984.
MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional de n.º 1/1969, Rio, 1987.

3 — DOUTRINA NACIONAL

EFEITO VINCULANTE DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES*

SAULO RAMOS

Diante do meu compreensível constrangimento de falar para tantos, e tão cultos, doutores em Direito, prefiro escolher a rápida via prática do advogado velho e enfrentar o tema desta conferência, polêmico e até certo ponto complexo, observando duas advertências íntimas: ser breve no resumo dos debates e sugerir imediatas soluções, deixando para os senhores a incumbência de gestá-las, aperfeiçoá-las ou repeli-las.

É uma só a realidade: O Judiciário está atulhado de processos, acusado de morosidade e ineficiência. E os juízes, em todos os graus de jurisdição, estão produzindo o máximo, fantasticamente acima do possível, num formidável equilibrismo entre a quantidade e a qualidade. Dentre muitas e muitas outras razões, que concorrem para esta esdrúxula situação, debate-se agora, com maior ênfase, o número espantoso das causas repetitivas, sobretudo nos tribunais superiores.

Na minha opinião, esta aflitiva situação dos tribunais não será o motivo principal para a revisão do nosso direito constitucional, mas o direito em si mesmo e as enormes lesões causadas aos jurisdicionados, pelos quais existe e foi concebido.

* Exposição feita no XIV Congresso de Magistrados, realizado em Fortaleza (CE) em setembro de 1995.

Em face daquela realidade atual, das aflições do Judiciário e a necessidade de dar-se ao Direito a efetiva destinação de tutelar bens jurídicos do povo, surgiu a tese em defesa do efeito vinculante às decisões das últimas instâncias, que passariam a ter eficácia subordinativa para as jurisdições inferiores e para o Poder Executivo, considerada a idéia de vinculação como espécie de panacéia para todos os males atuais das atividades jurisdicionais.

Contra a solução, inicialmente proposta de forma simplista, insurgem-se os defensores da liberdade dos magistrados, da magna figura do juiz natural, alertando para o perigo de termos de colocar uma respeitável toga em nossos computadores. Embora outros países desenvolvidos consagrem a subordinação geral aos julgados superiores, a tradição brasileira a repele, por vários e respeitáveis fundamentos.

Mas, talvez, haja solução, desde que invoquemos a lição camoniana de nos colocarmos nem tanto à terra, nem tanto ao mar.

Para provocar as necessárias reflexões sobre o *in mesus virtus*, impõe-se um breve comentário sobre nosso sistema constitucional, neste particular. Todos reconhecemos que o Brasil tem um razóavel sistema de controle de constitucionalidade, consubstanciado nas competências concentradas e difusas, isto é, da apreciação, em abstrato, das leis e atos normativos face à Constitui-

ção, bem como nos casos concretos em que se realiza o controle incidental.

Mas o sistema apresenta lacunas graves: o controle de constitucionalidade em abstrato não tem conseqüências práticas concretas, a não ser para recursos, quase sempre onerosos e fora do alcance de muitos brasileiros, literalmente sem recursos (...). E o controle da legalidade somente se processa na competência difusa. Não temos nada para impedir a prática da ilegalidade através de decisões concentradas, circunstância que faz deste país o paraíso dos economistas e dos burocratas, grandes legisladores por portarias, fator que multiplica ao infinito as lesões individuais e os conseqüentes pedidos de socorro ao Judiciário.

Nosso sistema constitucional consagra a ação direta de inconstitucionalidade, para o controle de leis e de atos normativos em face das Cartas Políticas, federal e estaduais, mas sem eficácia subordinante. Juízes e tribunais inferiores não estão obrigados a aplicar a decisão do órgão judicial superior. Esta rebeldia tem sido justificada contra o que se convencionou chamar de perigo da ditadura do Supremo Tribunal Federal.

Nem os burocratas se comovem com aqueles julgamentos, sobretudo os pronunciados pela Corte Constitucional. Ao contrário: cometem conscientemente várias inconstitucionalidades, estimulados pelo cálculo cinicamente contábil sobre quantos cidadãos lesados recorrerão ao Judiciário e quantos deixarão de recorrer.

Obviamente, a maioria não recorre e, assim, a prática da inconstitucionalidade torna-se vantajosa para a arrecadação, servindo aos mais altos interesses do tesouro público (...)

Antigamente, havia, por tradição, absoluto acatamento das decisões superiores por parte dos Juízes e tribunais menores. Não era subordinação, mas respeito reverencial à presunção de maior sabedoria. Eram os tempos em que não existia tribunal federal no Rio Grande do Sul. Explicarei mais tarde.

Hoje, em caso de entendimento contrário às decisões dos tribunais superiores, com todas as *venias concessas e permissas*, de que vale a tão solene concepção brasileira de controle de constitucionalidade?

Vale apenas para fundamento de recursos, sob a certeza de futura vitória, mas para a parte que pode dispor de outro tipo de recursos, os financeiros, aplicáveis no custeio da causa até as instâncias maiores, todas situadas na longínqua e caríssima Brasília.

Na verdade, estamos andando em círculos há muitos anos. Hoje, nos deparamos com a mesma inutilidade da velha representação de inconstitucionalidade, instituída pela emenda n.º 16, de 26 de dezembro de 1965, que deferiu, ao Supremo Tribunal Federal, competência para declarar, em tese, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, mediante provocação do Procurador-Geral da República.

A Emenda Constitucional n.º 7, de 1977, introduziu, no direito constitucional brasileiro, a chamada representação interpretativa das leis, numa tímida tentativa de criar o controle abstrato da legalidade, o que levou o Supremo Tribunal Federal, quando tinha competência para editar normas processuais, a utilizar-se da expressão *força vinculante*, na alteração que fez em seu Regimento Interno, através da Emenda Regimental n.º 7, de 1978, dando ao art. 187 a seguinte redação: "*A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos.*"

De nada adiantou, posto que a desobediência apenas autorizava o recurso extraordinário, uma vez que sua não

observância era considerada com simples negativa de vigência do texto interpretado, segundo o testemunho sempre sábio do Ministro Néri da Silveira.[1]

A representação, que acionava o controle constitucional abstrato, em nada difere, na prática, da atual ação direta de inconstitucionalidade, a não ser pelo grande elenco dos legitimados a propor esta última, enquanto aquela era privativa do Procurador-Geral da República. E também por um segundo "a não ser": o aumento de rebeldias na magistratura, estimuladas, em casos vários, não pela ciência jurídica, mas por simples motivação política, nem sempre fundada em divergência doutrinária. Ao lado dessa inssurreição, dentro do próprio Judiciário, em número não muito expressivo, surgiu o mal maior: a insubordinação geral dos agentes administrativos.

Todos lembramos que o Supremo Tribunal Federal, quando se entendeu obrigatório o encaminhamento das representações, incluiu no art. 174, de seu antigo Regimento Interno, o § 1.º, que autorizava o Procurador-Geral da República, se provocado, por autoridade ou terceiro, a exercitar a iniciativa daquele dispositivo, a encaminhar a súplica com parecer contrário se a entendesse improcedente. Esta curiosidade mereceu de Victor Nunes Leal a arguta observação de que a representação com parecer contrário à argüição de inconstitucionalidade seria uma representação de constitucionalidade.[2]

Mas conseqüência prática da declaração de inconstitucionalidade apenas uma tinha-se por certa: nos casos concretos, quem sofresse a aplicação da lei tida como inconstitucional pelo Supremo estaria seguro do provimento do correspondente recurso extraordinário, se o manifestasse no prazo.

Haroldo Valadão, no seu anteprojeto de "*Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas*", cogitou da vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal, propondo solução parecida com a atualmente adotada pela Constituição Portuguesa, isto é, a subordinação obrigatória dar-se-ia após o julgamento de três casos concretos iguais. Descuidou da votação qualificada, a meu ver aspecto importante na subordinação aos julgados. Mas valeu a observação:

"O texto constitucional é um simples saco sem fundo, e em vez de uniformizar a jurisprudência, torna-se inútil, falha espetacularmente, servirá apenas de ponto de apoio para novos e intermináveis recursos extraordinários (...) É um verdadeiro 'divertissement' judiciário."[3]

Hoje, tudo continua igual, salvo o número de ações diretas, que a partir de 1988 já chegaram a 1.300. Na vida dos pobres mortais, a declaração de inconstitucionalidade tem que passar por essa ridícula concepção processualística de que o recurso, manifestado fora de prazo, torna coisa julgada a decisão que aplicou lei declarada inconstitucional e, portanto, nula, inexistente, porque afastada do mundo jurídico, segundo o gosto doutrinário pelas definições gongóricas, pela grandiloqüência retórica e, neste caso, absolutamente inútil.

Alfredo Buzaid lembra:

"que toda a lei adversa à Constituição é absolutamente nula, não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta.

1. "O Supremo Tribunal Federal e a Interpretação Jurídica Normativa", in Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal, Universidade de Brasília, 1982, p. 131.

2. RDP 53-54:25.

3. Folheto publicado por Haroldo Valadão, em 1964.

Não teve, pois, nenhum momento de validade."[4]

Francisco Campos chegou a considerar a expressão "lei inconstitucional" uma *contraditio in adjeto*, porque:

"É, pois, fora de dúvida que uma lei inconstitucional não é lei, nem poderia ser, jamais, como tal considerada. Ela era o que é e continuará a ser coisa nenhuma em Direito, antes e depois da declaração de sua inconstitucionalidade."[5]

Grandes mestres norte-americanos e juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, como Black,[6] Marshall (1803) e Field, professam o mesmo entendimento:

"A legislative act contrary to the Constitution is not a law."[7]

No Brasil, porém, a lei inconstitucional, como tal já declarada pela Corte Suprema, pode, sem hesitação e cerimônia, ser aplicada contra qualquer cidadão. E a monstruosidade transitará em julgado se irrecorrida ficar a sentença que a aplicou.

Nosso sistema admite, pois, a convalidação de nulidade absoluta pela simples inobservância de prazo recursal. Nós, os estudiosos do Direito, somos freqüentemente acusados de cultivar filigranas jurídicas. Temos que reconhecer, porém, na ourivesaria constitucional e processual uma lamentável ausência de proteção e segurança para o cidadão comum. Se a inconstitucionalidade é o mais fulminante dos defeitos das normas, como pode o entendimento popular entender o trânsito em julgado, contra direito seu, de decisão que aplicou lei declarada inconstitucional e, portanto, *inexistente e nula* desde a edição, uma vez que proclamamos sempre, e com ares professorais, que a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*?

Nestes casos, a coisa julgada, tutela constitucional da segurança jurídica, protege a coisa alguma, isto é, a inconstitucionalidade. É a tutela do nada, mas de cruéis conseqüências materiais para os jurisdicionados. Mesmo a ação rescisória, limitada no tempo, é uma nova via sacra para quem tenha sofrido a aplicação de lei inconstitucional. Não pode haver lógica alguma que aceite a garantia constitucional aplicada para assegurar a permanência da inconstitucionalidade.

Contra a rebeldia de juízes e tribunais, que apliquem leis e normas de inconstitucionalidade previamente decretada pelo Supremo Tribunal Federal, não cabe sequer a reclamação constitucional, limitada esta aos casos concretos de processos em que se tenha por desobedecida a decisão superior. Não é comum, mas o simples fato de que pode acontecer demonstra a fragilidade do sistema. Fernando Pessoa, o inexcedível poeta português, costumava dizer: "Tudo, menos o ridículo."

Há um exemplo doloroso a analisar nestes debates: o caso do Tribunal Regional Federal de Porto Alegre, com jurisdição sobe o Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Rebelou-se aquela Colenda Corte contra a decisão do Supremo que julgou auto-aplicáveis os §§ 5.º e 6.º, do art. 201, da Constituição, que dispõem:

"§ 5.º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

§ 6.º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano."

4. "Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade ao Direito Brasileiro", Ed. Saraiva, São Paulo, 1958, p. 129.

5. "Direito Constitucional", Ed. Freitas Bastos, 1956, 1.º vol., p. 440.

6. "Handbook of the American Constitutional Law", ed. 1987, § 18, p. 33.

7. Apud Caio Tácito, "Rev. de Dir. Adm.", vol. 59/346.

O TRF da 5.ª Região considerou o Supremo Tribunal Federal errado na interpretação da Constituição Federal e, à falta de lei de concreção, continuou a negar esses direitos fundamentais, embora mínimos na expressão econômica, para os aposentados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, enquanto todos os demais brasileiros, na mesma situação jurídica, passaram a tê-los respeitados no resto do território nacional.

Aposentados, em geral, não têm condições para recorrer ao Supremo Tribunal Federal, sobretudo aqueles que, por força daquela teimosia do Tribunal Regional Federal, ganham menos de um salário mínimo. Mas um desses pobres jubilados conseguiu a proeza de recorrer (...) fora do prazo. Na Corte Suprema, o recurso não foi conhecido por este motivo. Contra esses pobres cidadãos, a inconstitucionalidade transitou em julgado. O nada jurídico, contra eles aplicado, tirou-lhes o salário mínimo dos benefícios previdenciários e a gratificação natalina.

Esta situação é revoltante. Agrava-se com o cinismo do INSS, condenado em todo o país a respeitar a decisão do Supremo, porque prestigiada pelos demais tribunais federais, mas se recusa a estender aos aposentados gaúchos, catarinenses e paranaenses os benefícios da auto-aplicabilidade daqueles comandos constitucionais.

Diante de um simples fato como este — outros existem em quantidades — nosso belo sistema de controle de constitucionalidade passa a ser uma arrematada inutilidade para o povo. Bastam um tribunal teimoso e uma autoridade inescrupulosa para riscarmos da Carta da República e dos livros dos doutrinadores todas as lindas normas retóricas e declamatórias, enfaticamente interpretadas como tutelares da justiça e segurança social.

Adotamos, pois a ação direta de inconstitucionalidade como elemento principal de controle abstrato das leis e atos normativos, federais e estaduais, em face da Carta da República. Como resultado prático das decisões é quase eunuco, dependendo das adesões dos juízes e tribunais inferiores, qual a solução que se concebeu?

A ação declaratória de constitucionalidade, introduzida pela Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, que passou a dar eficácia vinculante às decisões nela proferidas, subordinando os Poderes Executivo e Judiciário aos seus efeitos.

Não é solução, está evidente. Trata-se de um claro estelionato juspolítico.

Desde sua promulgação, até hoje, foi usada uma única vez (Lei Complementar n.º 70/91, que instituiu contribuição para o financiamento da seguridade social). O Supremo inicialmente discutiu a constitucionalidade da própria ação declaratória, e, depois, conheceu e julgou aquela filha única, declarando constitucional a lei complementar por ela visada.

Preocupa-me não o expediente encontrado pelo governo: através de emenda constitucional, mas a pobreza intelectual da solução. Temendo-se o efeito vinculante às decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, concebeu-se essa declaratória, que nada mais é do que outra em sentido contrário.

Ora, nosso processo legislativo submete-se a rigoroso controle de constitucionalidade durante a elaboração das normas, através das diversas comissões especializadas na Câmara e no Senado. Em seguida, vai o autógrafo ao Presidente da República, que, antes de sancioná-lo, ou vetá-lo, examina mais uma vez a constitucionalidade. É um tanto quanto esdrúxulo os representantes desses poderes, responsáveis pela elaboração e edição da norma, serem os legitimados para requererem o pronun-

ciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade das leis que eles próprios fizeram.

Quer queiram, quer não queiram, transforma-se o Supremo em órgão consultivo, antes de qualquer controvérsia sobre a lei declaranda. Nada se argüiu contra a norma, ninguém propôs ação direta de inconstitucionalidade, nenhum juiz ou tribunal usou a competência difusa para declarar-lhe a nulidade em caso concreto. Por quê o pedido declaratório ao Supremo Tribunal Federal?

Trata-se, simplesmente, de um expediente para obter o efeito vinculante, que a ação direta não tem em quaisquer dos sentidos da respectiva decisão. Temendo-se a gritaria contra a vinculação dos efeitos na ação direta inventou-se, para uso exclusivo do governo da União, essa especialíssima declaratória restrita às leis e atos normativos federais. Durante a ditadura, os atos institucionais impuseram ao país a inapreciabilidade, pelo Judiciário, dos atos ditos revolucionários, inclusive os normativos. A EC n.º 3/93 propõe a mesma solução de força, desta vez com a cumplicidade do Supremo Tribunal Federal.

A isto pode-se chamar de direito constitucional?

Não vejam nesta crítica uma irresignação de fundo político, mas e apenas um inconformismo quanto ao péssimo nível técnico do expediente, que em nada aperfeiçoou nosso sistema constitucional. Ao contrário: ampliou o ridículo.

Durante o calor dos debates, suscitados por esta esperteza governamental, alguns juristas, mais eufóricos, viram na ação declaratória semelhanças ao controle de constitucionalidade consagrado pelo sistema francês e alemão. Ora, na Alemanha o controle de constitucionalidade é sério, submetido a um processo rigoroso e amplo de debates e instruções. Quando se suscita, naquele país, dúvidas sobre a constitucionalidade de lei, a Corte Constitucional ouve pessoas, toma depoimentos de juristas, de professores, requisita dos tribunais inferiores os julgamentos proferidos com fundamento na norma impugnada, sobretudo quando tenha havido fortes divergências nas instâncias ordinárias, pressuposto primeiro para acionar o sistema alemão de controle.

Essa tradição alemã é conservada desde a Constituição de Weimar, que previa a mesma sistemática no art. 13. O julgamento da lei, posta sob suspeita, é precedido de amplos debates em processo submetido a uma curiosa e volumosa instrução doutrinária.

Nada disto existe na nossa declaratória de constitucionalidade. Aqueles que viram nela aquilo que nela inexiste, invocando o processo germânico, apenas aproveitaram a oportunidade para exibir erudição inaplicável ao caso concreto examinado.

Na França, os arts. 61 e 62 da Constituição conferem efeito vinculante às decisões do Conselho Constitucional, mas somente quanto às leis orgânicas, antes de promulgadas, isto é, na fase de suas elaborações. Trata-se de consultoria vinculante, mas quanto aos projetos e não quanto a lei.

Aos brasileiros impõe-se grande cuidado na adoção de institutos estrangeiros, porque ... ou caímos na imitação inajustável às nossas características, ou, em nome do aperfeiçoamento de soluções alienígenas, acabamos tendo de engolir alguns estelionatos doutrinários praticados pelos adaptadores nacionais.

Nossos problemas são problemas nossos. A experiência estrangeira deve ser estudada e não imitada. Cultura e conhecimento na ciência jurídica são essenciais e melhores se forem amplos, abrangentes do conhecimento e cultura de outros povos. Mas a solução para os problemas brasileiros há de ser conce-

bida e aplicada de acordo com as próprias características e necessidades, que se plasmam em peculiaridades locais, culturais, emocionais, tradicionais, religiosas, políticas, insubordináveis aos modelos estrangeiros, ainda que vitoriosos em seus países. Imitar soluções e adaptar modelos são duas maneiras de não se ter nada.

Aqui mesmo, em nosso país, tivemos e temos excelentes formuladores de sugestões, não aproveitadas por nossos legisladores, mas nem por isso destituídas de fundamentos, ou, antes e por isto mesmo, muito inteligentes.

Como exemplo, basta uma leitura dos anais da Constituinte de 1934, onde se encontram várias propostas curiosas, que mereceriam ser novamente analisadas. Dentre elas, algumas recolhidas de um debate entre os então constituintes João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Themístocles Cavalcanti, Antônio Carlos, Oswaldo Aranha e outros luminares da época. Dentre as sugestões chamou-me a atenção uma proposta de João Mangabeira, apoiada pelos demais juristas antes citados, mas rejeitada pela Constituinte, e assim redigida:

"Art. Uma lei da Assembléia Nacional só poderá ser declarada inconstitucional quanto votarem neste sentido pelo menos dez ministros do Supremo Tribunal. Verificado este caso, o presidente do Supremo Tribunal remeterá, dentro de 48 horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordar com o julgamento, expedirá, dentro de 48 horas, um decreto declarando a lei revogada.

Se isso não aquiescer, comunicará a sua opinião, com a cópia da sentença à Assembléia Nacional ou a Comissão Permanente em sua ausência. E, se uma ou outra, por dois terços dos votos, discordarem da sentença o dissídio entre o Supremo Tribunal e os outros poderes do Estado será resolvido por um plebiscito.

Se a Assembléia ou Comissão se conformarem com a sentença ou não a recusarem por dois terços, a lei ficará *ipso fato* revogada."

Naquele tempo, o Supremo era composto de quinze ministros. Mangabeira, na justificativa de sua proposta, defendendo a declaração de inconstitucionalidade por dois terços (dez votos), dizia com muita ênfase sob aplausos de Themístocles e Maximiliano:

"O que não pode, absolutamente, continuar é o inconveniente de decisões do Supremo Tribunal, por oito votos contra sete, em que um só ministro, com o seu voto, põe abaixo uma lei votada por uma Assembléia e sancionada pelo Presidente da República, em um caso de inconstitucionalidade, inconstitucionalidade essa tão duvidosa que no próprio Supremo teve sete votos contra ela."

A emenda passou na Comissão com alterações no texto. O Supremo comunicaria a decisão, em primeiro lugar, à Assembléia Nacional, que poderia recusá-la por dois terços de seus votos. Se não recusada, a lei estaria revogada. Caso recusada, seria comunicado o resultado ao Presidente da República. Este, se favorável ao entendimento do Supremo, poderia baixar decreto revogando a lei. Se contrário e, portanto, favorável à recusa da Assembléia, convocaria plebiscito.

A proposta previa, ainda, que não poderia ser argüida inconstitucionalidade de lei com mais de cinco anos de vigência.

Em síntese, a nulidade de lei, para ser declarada, dependia da concordância, com o Supremo, de pelo menos um dos outros dois Poderes da República. Do contrário, plebiscito.

São instrutivos esses debates em que se empenharam, como constituintes, aqueles ilustres constitucionalistas nacionais. Embora tenham ilustrados seus argumentos com citação de Kelsen, Constituição da Áustria, Corte de

Leipzig, as soluções apresentadas cuidavam da tradição e condições brasileiras.

Menciono estas passagens para demonstrar que, entre nós, a criatividade jurídica já teve bons tempos. Não defendo, hoje, a solução cogitada em 1934, mas dos debates daqueles mestre recolhi a lição de que as graves decisões do Supremo Tribunal Federal, eliminando da ordem jurídica uma lei resultante de processo normativo com participação dos dois outros poderes, necessitam ser submetidas a maior número de votos. A maioria absoluta é causa de grave perturbação da certeza em julgamentos desta importância.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal suspende liminarmente a lei atacada em ação direta, por deliberação de maioria simples, outro grave equívoco, posto que a perda de eficácia, ainda que cautelarmente decretada, é tão perturbadora da ordem jurídica quanto a decretação de nulidade.

E formulo tais comentários, censurando a adoção de modelos estrangeiros, em razão de entusiastas adesões ao sistema vinculante da Constituição de Portugal, manifestadas atualmente por vários parlamentares brasileiros, cujo número aumenta na medida em que estudam direito comparado, invariavelmente em língua portuguesa...

Não nos serve simplesmente copiar o direito constitucional português, que prevê força obrigatória geral para as declarações de inconstitucionalidade, ou ilegalidade, pronunciadas, em tese, pelo Tribunal Constitucional (art. 281, n.º 1), observando-se que o número 3 daquele art. manda aplicar a obrigatoriedade geral desde que aquela Corte tenha declarado a inconstitucionalidade, ou a ilegalidade, de qualquer norma em três casos concretos no uso da competência difusa.

Estaríamos adotando solução altamente contrária às tradições brasileiras, na primeira hipótese, pelo cerceamento da liberdade dos juízes brasileiros na apreciação das variadíssimas situações jurídicas e fáticas, decorrentes das condições continentais do território nacional; na segunda, pela quebra da regra tradicional de suspensão da lei pelo Senado, quando a inconstitucionalidade é declarada *incidenter tantum*.

Com efeito, a solução portuguesa de dar vinculação ao decidido pela Corte após os julgamentos de três casos idênticos, sem considerações sobre votação qualificada, não me parece ideal, em que pese a adesão a este critério do nosso ilustre e saudoso Haroldo Valadão.

Mas, por amor ao debate, algo poderíamos aproveitar da Constituição Portuguesa. Seria a solução prevista em seu art. 278, a fiscalização preventiva da constitucionalidade, deferida ao Presidente da República, que pode "requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação prévia da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura."

Este processo seria mais inteligente e mais científico do que a nossa ação declaratória de constitucionalidade, que nasce somente depois de ter sido a norma editada por presunção de ser constitucional, expediente claro visando apenas o efeito vinculante em casos singulares, de interesse político da administração, e não do Direito. No método português, nosso Supremo Tribunal Federal objetaria contra sua transformação em órgão consultivo. Mas, no atual procedimento da ação declaratória do direito constitucional brasileiro, não é o Supremo Tribunal Federal um claro órgão de consulta?

Deixaria de sê-lo apenas pelos efeitos da decisão? Ou pela hipótese de rejeitar a declaratória e, como conseqüência, considerar a norma inconstitucional, produzindo a mesma eficácia vinculante contra os próprios consulentes? Não seria melhor que a consulta fosse respondida antes da edição da norma, evitando-se as conseqüências altamente perturbadoras da ordem jurídica, da decisão em um ou outro sentido?

Estamos, na verdade, diante de uma parafernália de institutos constitucionais mal-elaborados e pessimamente concebidos, que brigam entre si, carecem de sistemática, e, agora, contaminados pelo oportunismo. Declaração de inconstitucionalidade, em tese, com validade *erga omnes*, mas sem eficácia subordinante; declaração de inconstitucionalidade em casos concretos, com efeitos restritos às partes integrantes do processo, acrescida da hipótese do Senado Federal suspender a lei declarada inconstitucional, providência que teve seu momento histórico, mas altamente contraditória com a competência concentrada do Supremo, que pode fulminar a norma, em tese, no controle abstrato. Quando, porém, pronuncia a mesma coisa em controle incidental, na competência difusa, o efeito geral fica na dependência de ato suspensivo a ser praticado por uma das Casas do Poder Legislativo.

A tantas e tão confusas regras constitucionais acrescentou-se essa outra, a declaratória de constitucionalidade, que é uma espécie de indireta ação direta, com efeitos a esta negados, mas permitidos à sua irmã às avessas, única e casuisticamente em razão da legitimidade ativa deferida somente aos detentores do poder.

Por estas imperfeições que assolam o direito constitucional brasileiro, justifica-se o generalizado temor da sociedade contra a eficácia subordinante das decisões do Supremo Tribunal Federal, ou de qualquer outro tribunal.

Teme-se prejuízo na distribuição da Justiça, nos casos concretos, teme-se a eliminação do juiz natural, teme-se o término da composição dos conflitos nas causas submetidas ao magistrado, que tem contato direto com as aflições das partes e vivência dos fatos sociais agitados no processo a que preside.

De um lado, ilustres estudiosos invocam a necessidade de maior estabilidade nas decisões judiciais, maior uniformidade e celeridade da aplicação do direito fundamental. Ouvimos e lemos lindos trabalhos sobre a vinculação do direito alemão, francês, português, italiano, argentino, fascinantes exposições sobre o *stare decisis*, adotado pelo direito norte-americano e inglês, e sobre as leis de amparo, no México.

Muitos dos ilustres defensores do efeito vinculante perderam-se em considerações sobre a extensão da eficácia subordinativa, alguns indagando se nela se incluem as considerações marginais tecidas nos votos, ou, filosoficamente, consideram as decisões, com efeito vinculante, mais relevantes do que a coisa julgada, porque abrangeriam os fundamentos determinantes da decisão, valendo para todos os casos iguais ou assemelhados.

Temos visto, por outro lado, notáveis juristas combatendo o efeito vinculante como exterminador do juiz natural, dizendo que o *stare decisis* dos norte-americanos não eliminou o *due process of law*, por admitir o reexame de casos concretos. No Brasil, país de tamanho continental e notáveis diferenças regionais, a vinculação cassará o direito de milhares de cidadãos sem ouvi-los, sem terem sido parte em qualquer processo. Estaríamos admitindo julgamentos *per saltum*, o que contraria as seculares conquistas da ciência jurídica. Advertências, bem sustentadas, quanto ao perigo da jurisprudência estática, quanto à mumificação de certas interpretações, sobretudo pela semelhança com os velhos

assentos da Casa da Suplicação, ao tempo das Ordenações, que ditava a inteligência das leis em caráter perpétuo.

E mais: argumenta-se que pelo atual sistema faz-se justiça objetiva, democrática, de acordo com a realidade do caso concreto, sempre diferente em cada Estado ou Município, e contra tais sentenças, ainda que contrárias ao Supremo Tribunal Federal, nem sempre são manifestados recursos, o que deixa o *stare decisis* recair sobre elas e não sobre o abstracionismo dos julgados superiores. Temos aqui uma curiosa e esperta interpretação da doutrina adotada pelo sistema da Common Law, quanto aos precedentes vinculantes, neste caso, de baixo para cima.

Por outra faceta deste poliângulo gritam os números absurdos dos processos repetidos, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, onde, desde a promulgação da Carta, em 1988, até março deste ano, foram publicados 22.763 acórdãos, dos quais 15.551 são repetições de outros, totalizando 68,32% dos julgamentos da Alta Corte de hipóteses idênticas.

Estou me referindo a acórdãos e não a totalidade dos julgamentos, pois, segundo art. de jornal, de Paulo Brossard, recentemente publicado,[8] somente em 1994 o Supremo Tribunal Federal decidiu 29.112 feitos, prevendo-se que em 1995 chegar-se-á a 36.218 julgamentos. Alerta o ex-ministro e ilustre jurista que o percentual de repetições neste ano de 1995, até o mês de março, chegou a 88,88%.

Realmente, ingressamos nas chamadas raias da loucura.

Brossard chama a atenção para um detalhe interessante: os mais renitentes e recalcitrantes culpados pela desobediência aos julgados do Supremo Tribunal Federal são os órgãos da Administração Pública, o que força a oceânica tempestade de recursos interpostos pelos lesados.

É deplorável o espetáculo que assistimos diante da insistência das autoridades fazendárias e previdenciárias nos casos do FINSOCIAL, do PIS e da Contribuição Social sobre o Lucro, depois que tais tributos tiveram declarada a inconstitucionalidade parcial pelo Supremo Tribunal Federal. São testemunhas os juízes dos Tribunais Regionais Federais dos milhares de processos que ainda hoje entopem suas pautas, todos repetitivos.

Outra triste curiosidade surgiu, com o Decreto 1.601, de 23 de agosto último, através do qual o Presidente da República dispensa o Procurador-Geral da Fazenda Nacional de interpor os recursos cabíveis contra as decisões de mérito sobre empréstimo compulsório na compra de veículo e consumo de combustível, de 1986, contribuição social do FINSOCIAL (majoração de alíquota) e sobre o lucro (ano-base de 1988), IPMF de 1993, taxa de licenciamento de importação, sobretarifa ao Fundo Nacional de Telecomunicações, ICMS na importação de mercadorias (matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, Súmula 577), e adicional de Tarifa Portuária.

Registre-se: o Chefe do Poder Executivo dispensa os advogados da União de interpor recursos nos processos julgados contra a Administração, mas não desiste, nem manda confessar as ações em andamento. Por quê? Porque há decisões favoráveis às cobranças consideradas inconstitucionais. Melhor seria que a Administração se vinculasse às superiores decisões judiciárias, nestes particulares, e proibida fosse a cobrança dos títulos após a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, e de ilegalidade pelo Superior Tribunal de Justiça. Haveria maior coerência e respeito à ordem jurídica, devida pelo

8. "O Estado de São Paulo".

Poder Executivo, cujo chefe, ao assumir o cargo, jura defender a Constituição e as leis do país.

Não há dúvida de que o decreto presidencial mencionado vai permitir um parcial desafogamento das instâncias recursais, mas o problema de rebeldia às declarações de inconstitucionalidade e de ilegalidade permanecerá.

Mais de cem milhões de brasileiros continuam sem receber, de volta, o IPMF, que lhes foi cobrado em 1993, a despeito da inédita declaração de inconstitucionalidade de texto da própria Constituição, dia em que concedemos visto de entrada, no Brasil, para o professor alemão Otto Bashof. O anterior Superintendente da Receita Federal condicionou a devolução do imposto, indevidamente cobrado, à quebra do sigilo bancário dos contribuintes, de todos os contribuintes, de mais de cento e vinte milhões de pessoas. Para devolver o produto da ilegalidade, o agente administrativo condicionou à prática de outra: a coação do contribuinte para entregar cópias de suas contas e movimentações bancárias.

A questão até hoje se arrasta na Justiça Federal. E os brasileiros continuam sem reposição dos valores que lhes foram expropriados à força. Tudo isto acontece diante das declarações de inconstitucionalidade da cobrança do IPMF, em 1993, e da quebra do sigilo bancário, recém pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal. Para o homem do povo, para que serviram os dois pronunciamentos da Corte Constitucional?

Algo tem que ser feito.

A vinculação dos juízes e tribunais, pura e simples, às decisões do Supremo, ou do Superior Tribunal de Justiça, não seria a solução recomendável. A própria Corte Excelsa, em muitos casos relevantes, vacila e tem tido posições pendulares.

Exemplo mais eloqüente está na decisão que proferiu, por sete a quatro votos, na questão dos juízes dos Tribunais de Alçada, investidos pelo quinto constitucional, quando da promoção para os Tribunais de Justiça. Vencidos quatro juízes, houve embargos infringentes. No julgamento deste recurso, modificada a composição da Corte, nova decisão proferiu-se, no mesmo sentido, mas desta vez por seis a cinco votos. Finalmente, ocorreu novo julgamento da mesma matéria, em processo sucessivo, após outra alteração na composição de seus membros, o Supremo acabou decidindo de forma diametralmente oposta ao entendimento anterior, e igualmente por sete votos a quatro.

Se houvesse eficácia subordinativa na primeira decisão, o novo processo, em que se alterou o entendimento, não teria chegado ao Excelso Tribunal.

Logo precisamos refletir sobre solução que resolva esta tormentosa questão da avalancha de processos repetitivos, não apenas no Supremo, hoje Corte Constitucional e, mesmo assim, sob o risco de afogamento pelo amazônico volume de recursos que sobem, "facilitados" pelos milhares e milhares de precedentes, que ocorrem, antes, nas jurisdições de primeiro e segundo grau.

É tempo de pensar-se, também, no controle, em abstrato, da legalidade, deferindo a competência ao Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de simples extensão de sua competência recursal. Tem sido o Supremo muito acionado, através de ações diretas de inconstitucionalidade, que não são conhecidas porque o objeto, na verdade, é a ilegalidade, evidente em muitos casos, mas estranha à competência da Corte Constitucional.

Vimos que a Constituição Portuguesa instituiu o controle da constitucionalidade e legalidade deferindo a competência concentrada, para o conhecimento em abstrato, ao Tribunal.

O Superior Tribunal de Justiça, que já tem a competência de zelar pelo direito federal, por sua aplicação uniforme e conhecer e prover recursos, na hipótese de decisões que o contrariem, poderá ser depositário da incumbência constitucional de controlar, também em abstrato, as legalidades de atos e normas federais e estaduais, cumprindo melhor suas funções de tribunal nacional.

Acredito, a despeito de tudo, que haja solução para os problemas, aqui resumidamente comentados, respeitando-se nossa tradição de independência dos juízes de primeiro grau e tribunais comuns.

Está na adoção, pelos tribunais superiores, de dois tipos de súmulas.

A súmula ordinária, tal como concebida e editada atualmente, de elaboração regulada nos regimentos internos e de propósitos paradigmáticos na interpretação do direito, tal como a sonhou o querido Victor Nunes Leal, deve ser mantida, na forma atual, como uniformizadora da jurisprudência e subordinante apenas para os membros de seus respectivos tribunais.

Vamos debater a criação de outra súmula. É minha sugestão: a Súmula Vinculante, cuja edição deve ser constitucionalmente regulada, permitindo-se aos Tribunais Superiores a adoção dos enunciados com eficácia subordinante *erga omnes*, desde que decidida pelos votos de, no mínimo, quatro quintos de seus membros, o que no Supremo significaria 8 votos, e no Supremo Tribunal de Justiça 26 votos.

Este tipo de súmula seria reservado exclusivamente às matérias de abrangência nacional. Não é plausível pensar-se em vincular os juízes do Ceará a uma declaração de inconstitucionalidade de lei estadual do Piauí.

Não se pode, também, conceber — e isto me parece de magna importância — vinculação em deliberações tomadas por maioria absoluta, posto que, em qualquer colegiado, sob este critério, poderia ser decretada a vinculação pela diferença de um único voto. No Supremo, as decisões tomadas por maioria absoluta, isto é, seis votos, podem ter cinco votos contrários, lembrando-se que, se vencidos apenas quatro votos, admitem-se embargos infringentes do julgado, com eventual efeito modificativo da decisão. Não seria aceitável a vinculação decidida por maioria inexpressiva de juízes. Aqui cabe recordar a lição, acima referida, de João Mangabeira, Themístocles Cavalcanti e Carlos Maximiliano, nos debates da Constituinte de 1934, que se rebelaram precisamente contra a decisão declaratória de inconstitucionalidade por maioria inexpressiva de um voto. Dirigiu-se a crítica à simples declaração, sem eficácia subordinativa. Talvez, é bom que se medite um pouco, o critério de maioria absoluta seja o responsável por grande parte das rebeldias contra o Supremo Tribunal Federal, desde as autênticas até as simuladas como pretexto para não acatá-las.

O comando constitucional poderá, ou não, proibir o Tribunal de editar, de ofício, a Súmula Vinculante, sujeitando-a a requerimento das partes investidas de titularidade para a ação direta de inconstitucionalidade. É matéria para reflexão.

Mas é preciso dar-se conseqüência à solução. A reforma constitucional deverá ser seguida de inúmeras inovações legislativas, sobretudo de ordem processual.

Convém estabelecer responsabilidade dos juízes rebeldes, que deixarem de aplicar a Súmula Vinculante em casos concretos da mesma espécie, acrescendo-se ao art. 133, do Código de Processo Civil, perdas e danos em favor da parte prejudicada. Dar, somente para este caso, efeito suspensivo a todos os

recursos que não o tenham. Permitir a reclamação constitucional contra as desobediências ao enunciado da súmula subordinante, mesmo nas hipóteses de perda de prazo para recorrer, declarando-se expressamente que não transita em julgado decisão que aplicou lei inconstitucional, como tal consubstanciada em súmula vinculante.

Admitir-se-á, quanto às sentenças de mérito e contrárias ao enunciado subordinante, a ação rescisória, em qualquer tempo, proposta pelo vencido ou pelo Ministério Público, porque a ordem constitucional paira acima do interesse particular da parte, que deixar de recorrer e conformar-se.

Seria o caso de pensar-se em tipificar, como crime de responsabilidade, os atos dos servidores públicos contrários ao direito simulado com eficácia subordinante.

Convém, igualmente, estabelecer sanções para o recorrente contumaz, isto é, para a parte que interpuser recurso contra decisão que aplicar a Súmula Vinculante, com estabelecimento de multa em benefício do recorrido.

Não se recomenda a vedação do recurso, posto que a matéria de fato poderá ser diferente e justificá-lo. Somente o tribunal deverá apreciá-lo. Verificado tratar-se de correta aplicação da súmula e de recurso abusivo, incide a sanção de multa em favor do recorrido.

Com a adoção da Súmula Vinculante, não teremos as dúvidas, procedentes aliás, sobre se a vinculação se fará igualmente quanto aos fundamentos dos votos proferidos nas decisões, tal como acontece na Alemanha e Portugal, e muitas vezes aconteceu nos Estados Unidos com o princípio do *stare decisis*.

A Súmula, por sua própria natureza, será um enunciado sucinto, não conterá as considerações tecidas a *latere*, que, em muitos julgamentos, são até impertinentes.

E mais um aspecto: a súmula vinculante, por sua eficácia *erga omnes*, passará a ter natureza normativa e, portanto, quando editada pelo Superior Tribunal de Justiça, ou outro Tribunal Superior, com o do Trabalho e o Eleitoral, poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade e reapreciada pelo Supremo Tribunal Federal, o que hoje não se admite quanto às súmulas vigentes, posto que simples uniformizadoras da jurisprudência do próprio tribunal.

Penso que o país será pacificado mediante esta solução, pois a magistratura continuará exercendo a sagrada missão do juiz natural, em plena liberdade na aplicação do direito, e na difícil distinção dos casos concretos, sujeitos a significativas diferenças provocadas pelas diversidades regionais de nosso incomensurável território e pelas diversidades culturais, que cunharam o refrão "em cada cabeça, uma sentença."

Mas estará obrigada, na totalidade, a aplicar a Súmula Vinculante, que não versará sobre qualquer decisão, e sim sobre as matérias excepcionais, depois de consolidadas pacificamente nos tribunais, e imposta a vinculação pela expressiva maioria de quatro quintos dos membros da Corte, o que equivale quase à unanimidade.

Esse número expressivo, exigido para a edição da súmula subordinante aqui proposta, será respeitado pelos jurisdicionados, pela segurança que concretiza na interpretação do direito, revestida de obrigatoriedade na aplicação, deixando-se de lado, em casos excepcionais, o bizantismo aparente das atividades judiciárias, que, aos olhos da sociedade, muitas vezes figura um jogo floral de exercícios intelectuais, sem nenhuma conseqüência prática para a aplicação da justiça.

Afastaremos, igualmente, a ameaça da vinculação automática, tão temida

por muitos, sobretudo a resultante de um certo número de julgados iguais. A subordinação vinculativa há de ser decretada pelo tribunal em casos excepcionais e através de votação qualificada, que dúvida alguma possa deixar sobre a imensa maioria, ou unanimidade, na adoção dos enunciados de obediência obrigatória.

Seria, por imprestável, eliminada a ação declaratória de constitucionalidade, que já prevê efeitos vinculantes, mas somente em matérias de interesse do Governo, quando a necessidade de vinculação é ditada sobretudo pela rebeldia dos agentes administrativos.

Com relação aos 15 mil acórdãos repetitivos do Supremo Tribunal Federal, dúvida não haveria que a Súmula Vinculante, se instituída, seria editada por unanimidade.

No Superior Tribunal de Justiça as questões de ilegalidade podem ser resolvidas por esta forma, desde que a ele atribuída, por emenda constitucional, a necessária competência concentrada. E as questões concretas, que merecerem, por excesso de repetição dos recursos, súmulas vinculantes, deverão ser objeto da aprovação pelo voto de 26 dos seus 33 Ministros.

Claro está que na adoção da súmula vinculante deverá ser previsto processo de sua revisão, motivado por alterações constitucionais, legais ou composição das Cortes Julgadoras. Evita-se a petrificação, que venha a chocar-se com situações futuras e alteradas pelo tempo, pelas normas supervenientes, ou pelo intérprete do direito nos tribunais. A revisibilidade é princípio indispensável, diante da incontinência legislativa brasileira, da dinâmica do direito e dos fatos sociais, renovados, alterados e mudados em cada época.

O saudoso Ministro Prado Kelly, reproduzindo palavras de Victor Nunes sobre a súmula, teceu judicioso comentário:

"Firmar a jurisprudência de modo rígido não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre mudança, que é freqüentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o meio termo, para que o Supremo Tribunal Federal possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando ou diminuindo os dissídios de jurisprudência."[9]

O sábio jurista e eminente político já falava em meio termo para as soluções dos problemas que os atormentavam naquela época e que consistiam, principalmente, em desordem jurisprudencial. Modernamente, porém, os males se concretizam na subversão da ordem constitucional, sobretudo por parte de autoridades administrativas. Hoje, a jurisprudência, pelas infovias, computadores, informática, a rápida divulgação dos repertórios impressos, livros e revistas, está em ordem ou, ao menos, suficientemente atualizada para informações dos militantes. Os dissídios atuais decorrem não mais do desconhecimento dos julgados superiores, mas de divergências doutrinárias, o que é absolutamente respeitável na ciência jurídica.

É preciso, porém, evitar-se a rebeldia acintosa em questões fundamentais. Não defendo a vinculação para todos os julgados, nem sequer para todas as declarações de inconstitucionalidade, decretadas por maioria inexpressiva e muitas vezes contra normas estaduais, mas propugno por um instrumento eficaz na concreção prática das decisões colegiadas dos tribunais superiores, particularmente para as da Corte Constitucional, em matérias de alta relevância para o país e para o povo, sem descuidar-se da ilegalidade praticada aos borbotões pelos agentes do Gover-

9. RTJ 37/163.

no, o que pode ser coibido por súmulas vinculantes do Superior Tribunal de Justiça.

Não defendo, tampouco, a ressurreição dos velhos assentos, com força de lei, da Casa da Suplicação, como o pretendeu o saudoso Ministro Alfredo Buzaid no anteprojeto do Código de Processo Civil. Se a experiência portuguesa moderna não nos serve, muito menos a seiscentista desenvolvida sob a monarquia.

Tomo a liberdade de propor à reflexão deste Congresso de Magistrados uma solução prática, situada no meio do caminho, nem vinculação geral, nem vinculação alguma, mas vinculação excepcional, decretada pelos tribunais superiores, em condições igualmente excepcionais, conservando-se a tradição brasileira de liberdade doutrinária da magistratura, mas impondo conseqüências reais à eficácia dos nossos controles de constitucionalidade e de legalidade, hoje reduzidos a uma humilhante condição de caricatura diante de governantes e juízes que deles discordarem.

Temos de demonstrar, por todas as formas, enquanto possível, que estava errada a frase atribuída a De Gaulle. Nós somos um país sério.

Saulo Ramos

XIV Congresso Brasileiro dos Magistrados

Fortaleza, setembro de 1995.

3 — DOUTRINA NACIONAL

O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E O CRIME DE TORTURA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

SYLVIA HELENA STEINER MALHEIROS

Recentemente, no julgamento do Habeas Corpus 70.389-5, debruçou-se o E. Supremo Tribunal Federal sobre a discussão acerca da tipificação de delito de tortura em nossa legislação. Versava a matéria sobre o reconhecimento da litispendência entre ações penais movidas contra policiais militares, denunciados, perante a Justiça Comum, pela prática de delito de tortura previsto no art. 233 da Lei 8.069/89 e, perante a Justiça Militar, pelo delito de lesões corporais, previsto no art. 209 do Código Penal Militar.

A questão fora submetida ao E. Superior Tribunal de Justiça, pelo Conflito de Competência 3.532-5, tendo por Relator o eminente Ministro Costa Lima, que ao final restou vencido, tendo aquela E. Corte decidido pela competência da Justiça Militar para processo e julgamento feito. No entanto, centrada a discussão sobre o objeto do recurso, qual seja, a competência jurisdicional, a matéria referente à efetiva tipificação do delito de tortura, tal com previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, não foi aprofundada.

Já na Suprema Corte, em voto memorável, o eminente Ministro Relator Sydnei Sanches enfrentou a questão, como verdadeiramente prejudicial à compreensão da matéria submetida a julgamento. E, tendo S. Exa. concluído pela inconstitucionalidade do dispositivo contido no art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhado pelo não menos ilustrado voto do eminente Ministro Marco Aurélio,[1] por não definir, referido dispositivo, o crime de tortura, suscitou discussões entre os profissionais das diversas áreas do Direito, e entre militantes das organizações de defesa dos direitos humanos. De outro lado, o voto vencedor do eminente Ministro Celso de Mello, acompanhado pelos não menos eminentes Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Francisco Resek, que entenderam suficiente a tipificação contida no citado art. do ECA, trouxe à baila a preocupação de penalistas de escol, que temem pela afronta ao princípio da reserva legal, instituído dentre as garantias absolutas de proteção das pessoas contra o arbítrio do Estado. Essa a discussão a que nos permitirmos adentrar, dentro dos limites estreitos do presente trabalho, sem a pretensão de darmos melhor tratamento à decisão referida.

A partir do século XVIII, na esteira dos acontecimentos políticos da época e da revolução iluminista, preocupada com a defesa dos indivíduos contra o arbítrio e os abusos cometidos pelos detentores do poder, e mais precisamente quando da promulgação da Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia, em 1776, vimos dentre os princípios lançados a condenação das penas "cruéis

1. Comentado pelo Autor na Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ed. RT, São Paulo, n.º 8, p. 93 e ss.

ou aberrantes", e os rudimentos do que viríamos depois chamar de "due process of law". Onze anos após, na primeira Constituição da nova nação, dedicou-se o art. VII à expressa proibição da aplicação de penas cruéis ou aberrantes. Na França, no mesmo período, foi proclamada a 1.ª Declaração dos Direitos do Homem, assinalando, em seus arts. 8.º e 9.º, que a lei somente deve estabelecer "penas estrita e devidamente necessárias", e que o rigor no tratamento dos presos deve ser severamente reprimido. Os mesmos dispositivos foram inseridos na Constituição francesa de 1791.

Impregnada de tais princípios, a nossa Carta Constitucional do Império contemplou o princípio da legalidade das prisões (art. 179, 8.º, 9.º e 10) e a abolição dos "açoites, torturas, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis" (19).

Já em nosso século, com o recrudescimento da prática de torturas e violências contra populações inteiras, proclamou a Carta das Nações Unidas como primeiro princípio o respeito à dignidade dos seres humanos. Nesse objetivo, uniram-se todas as vozes, apontando no sentido de que "para colocar os direitos do homem acima do Estado e garantir-lhes eficácia jurídica intangível, dois caminhos se apresentam, unicamente: proclamar sua natureza jurídica de Direito Natural, que por sua essência é supra estatal e intangível, ou internacionalizá-las, fazendo deles direitos positivos de caráter internacional".[2] A Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 1948, foi geratriz de uma série de pactos e convenções que regulamentaram os direitos ali estabelecidos. Iniciou-se, assim, o reconhecimento da tortura como delito previsto no direito internacional positivo, impondo-se aos Estados a obrigação de reprimi-la e de impor sanções aos violadores da norma.

Dentre os documentos internacionais que primeiro alinhavaram o princípio da abolição de qualquer forma de tortura, poderíamos citar a Convenção Européia de Direitos Humanos, promulgada aos 4 de novembro de 1950, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de dezembro de 1966, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada em novembro de 1969. Esta última, conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica, trouxe expresso o preceito segundo o qual "ninguém poder ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano".

No entanto, essas normas dos instrumentos gerais de proteção internacional, para maior eficácia, tiveram de encontrar guarita em instrumentos internacionais específicos, que, nos dizeres de Espiell,[3] "dedicasse específica e particular atenção a essa prática, definindo-a, regulando a responsabilidade dos torturadores, estabelecendo a invalidez das declarações ou confissões extraídas mediante tortura, determinando os critérios relativos à competência e jurisdição...", prosseguindo o Autor por afirmar que, após o primeiro passo — a tipificação de determinada conduta como crime — iniciar-se-á uma segunda e importante etapa: a jurisdição internacional para seu julgamento e sanção.

Com tal objetivo, iniciou-se o processo de edição de instrumentos específicos de proteção internacional contra a tortura e as penas ou tratamentos cruéis

2. José Soder, "Direitos do Homem", Cia. Ed. Nacional, 1960, p. 114.

3. Hector Gross Espiell, "Curso de Derecho Internacional", org. Comitê Jurídico Interamericano, n. XIV, 1988, pp. 225/226.

ou degradantes, que culminou com as Convenções da ONU, em 1984, e da OEA, em 1985.

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Desumanos, Cruéis ou Degradantes foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU aos 10 de dezembro de 1984, entrando em vigor aos 26 de julho de 1987, quando depositado em Secretaria o 20.º Termo de Adesão. O Brasil firmou a Convenção em 23 de setembro de 1985, ratificando-a em 28 de setembro de 1989. A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura foi aberta à assinatura em 9 de dezembro de 1985. Foi firmada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1986, e ratificada em 20 de julho de 1989. Ambos os textos convencionais foram incorporados ao direito positivo nacional, através, respectivamente, dos Decretos n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991 e n.º 98.386, de 9 de novembro de 1989.

Vimos, portanto, que incorporaram-se à legislação pátria os textos convencionais que tratam da prevenção, repressão e punição da tortura. Despicienda aqui seria a discussão sobre a validade dessas normas perante o sistema jurídico de nosso Estado. A doutrina mais amplamente aceita entre os internacionalistas modernos, a chamada teoria monista internacionalista, pressupõe o primado das normas de direito internacional sobre as normas de direito interno. Já para o monismo nacionalista, a adoção dos preceitos de direito internacional depende da faculdade discricionária do Estado soberano, que adotará tais normas segundo sua própria sistemática. Dizemos despicienda a discussão tendo em vista que nosso País expressamente incorporou os textos convencionais ao direito positivo interno, como já dito acima. Logo, quer sob a ótica monística, quer sob a dos teóricos do dualismo, o certo é que nossa legislação interna incorporou os preceitos das duas convenções específicas sobre a tortura.

Seguindo nessa direção, cumpre verificar se, com tal incorporação das normas internacionais à nossa legislação, tipificado estaria o crime de tortura, para efeitos de persecução penal.

Ambos os textos convencionais definem a conduta incriminada.

A Convenção da ONU o faz nos seguintes termos:

"Para os efeitos desta Convenção, o termo tortura designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará tortura as dores ou sofrimentos que sejam conseqüência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou dela decorram.

O presente art. não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo." (art. 1.º)

O art. 2.º da Convenção Interamericana está assim redigido:

"Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medi-

da preventiva, como pena ou com qualquer outro fim.

Entender-se-á também por tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou psíquica.

Não estarão compreendidas no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente conseqüência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou aplicação dos métodos a que se refere este art.."

Antes de prosseguirmos, cabe aqui deixar, desde já, assinalado que ambas as Convenções (art. 4.º — ONU e art. 9.º — OEA) obrigam os Estados a introduzir na legislação interna normas de tipificação de tais delitos.

Iniciando a leitura do voto do eminente Ministro Sydnei Sanches, destacamos que S. Exa. se reporta ao art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal, para inferir que o delito de tortura não pode ser tido por tipificado na nossa legislação, sob pena de afronta ao princípio da reserva legal insculpido naquele dispositivo constitucional. Ilustra S. Ex.ª o magnífico voto trazendo a lição do renomado mestre Alberto Silva Franco, tirada de sua obra "Crimes Hediondos" (Ed. Revista dos Tribunais, 1992, pp. 51/52), lançada nos seguintes termos:

"A Constituição Federal inclui a prática da tortura entre os delitos inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5.º, XLIII, da CF), deixando, à evidência, para a lei ordinária a definição de sua estrutura típica. A Lei 8.072/90 referiu-se, em seu art. 2.º, à tortura, mas não se preocupou em defini-la, de maneira que, em sua relação, o novo texto legal não possui nenhuma possibilidade operacional: constitui um total vazio. Não há equiparar a tortura, utilizada pelo agente como meio para a concretização de um determinado fato criminoso, como delito autônomo de tortura."

O eminente Min. Marco Aurélio, em sua declaração de voto, complementa:

"... a simples menção à tortura, sem que se defina o comportamento suficiente a configurá-la, deixa ao sabor da capacidade até mesmo intuitiva daquele que exerce o ofício judicante o alcance da norma penal, a conclusão sobre a prática, ou não, do crime ao qual o contexto jurídico constitucional impõe conseqüências das mais gravosas, como são o afastamento da graça, do indulto e da anistia, da fiança, o elastecimento da prisão temporária e o cumprimento da pena, em sua integralidade, no regime fechado. A insegurança grassará e, o que é pior, o julgamento das ações penais correrá à conta da formação do julgador."

Ambos os eminentes Magistrados trazem à luz, como exemplo da inexistência de norma tipificadora do delito de tortura em nossa legislação, os textos dos diversos Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional, cada um deles com uma descrição dos elementos e circunstâncias definidoras da conduta que a norma pretende agasalhar. No projeto de Lei n.º 28, do Senado Federal, a exemplo, vemos entendida a tortura como "sofrimento físico, psíquico ou moral, com o propósito de castigo, vingança ou obtenção de confissão ou informação". No Projeto de Lei n.º 837, da Câmara dos Deputados, o texto assim caminha: "Ofender a integridade física ou moral de outrem, com o intuito de obter informação, ou confissão dele ou de terceira pessoa, mesmo que tendente a caracterizar envolvimento do ofendido, ou de terceiro, em ilícito criminal; ou aplicar, na prisão cautelar ou na execução da pena, tratamento cruel, desumano ou degradante." Tramitam, como já dito, seis diferentes projetos de lei

tipificadores da conduta criminosa, cada qual com sua redação, mais ou menos abrangente.

Conclui o nobre Magistrado afirmando que "a iniciativa quanto aos projetos tem uma razão de ser, ou seja, a necessidade de descrever-se o comportamento penalmente condenável, sob o nome jurídico de "tortura", para que, com isso, tenha-se atendido o princípio da reserva legal".

Já em seu voto vencedor, o Ministro Celso de Mello avança, ao entender que, no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, acha-se configurado na espécie, em todos os seus elementos essenciais, o delito de tortura contra criança e adolescente.

Segundo S. Ex.ª., "... o tipo penal em causa é passível de complementação, à semelhança do que ocorre com os tipos penais abertos, bastando, para esse efeito, que o aplicador da norma proceda à integração do preceito primário incriminador mediante a utilização dos meios postos à sua disposição." Para tal fim, prossegue, "cumpre destacar a existência de diversos atos internacionais que, subscritos pelo Estado brasileiro, já se acham formalmente incorporados ao nosso sistema jurídico". Portanto, reconhece o eminente Ministro a integração das definições de crime de tortura contidas nos textos internacionais ao tipo de crime descrito no art. 233 do ECA. Nessa mesma esteira caminharam vários penalistas, entre os quais Paulo Lucio Nogueira, para quem "a tortura não deixa de ser, assim, uma norma de definição em aberto a ser complementada pelo juiz no caso concreto, pois diversas são as formas de tortura, bem como diversos podem ser os seus resultados".[4]

Cremos ser importante a afirmação trazida pelo preclaro julgador, para quem "a simples referência à tortura (...) exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, as múltiplas formas de execução desse gesto caracterizador de profunda insensibilidade moral daquele que se presta, com ele, a ofender a dignidade da pessoa humana." É bem nessa linha de argumentação que avança o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, que aponta em seu voto a existência de numerosos tipos, no Direito Penal positivo, que se valem, para a definição da ação incriminada e de suas circunstâncias típicas, de "conceitos culturais, que permanecem compatíveis com a exigência da definição legal, se o seu núcleo significativo é suficientemente unívoco". Esse o caso da figura típica da tortura que, ainda que não descritiva das diversas formas de comportamento possíveis para sua perpetração, observa o princípio da legalidade formal estrita, bastando ao julgador sua integração aos textos já incorporados ao direito positivo interno.

Esse, o momento de expressarmos nossa preocupação em relação aos entendimentos acima resumidos. E cinge-se essa preocupação ao sopesamento de dois direitos fundamentais absolutos garantidos constitucionalmente: o inscrito no inciso III do art. 5.º — ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante — e o inscrito no inciso XXXIX do mesmo art. — não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

E, em que pese a gravidade da conduta consistente na "negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete — enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva — um inaceitável ensaio de atuação estatal tendende a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indiví-

4. "Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado", Saraiva, 1991, pp. 303/4.

duo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento jurídico", nas candentes palavras do Ministro Celso de Mello, tememos ver agasalhar-se, sob o manto do princípio constitucional da reserva legal, a tese de que o delito de tortura esteja tipificado na legislação ordinária interna, quer pela aplicação da conduta descrita nos textos convencionais, quer na inovadora figura do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em relação aos textos convencionais, cujas normas são, sem sombra de dúvida, de aplicabilidade e eficácia imediatas, eis que inseridas no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5.º, § 2.º da Constituição Federal), vemos o entendimento esposado pelos eminentes Ministros Sydnei Sanches, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, de nossa Corte Superior, para quem as Convenções não pretenderam tipificar as condutas, tanto que previram a obrigação dos Estados em fazê-lo em suas legislações internas. Em relação à previsão contida no art. 233 do ECA, adotam o entendimento de que a norma não tem qualquer eficácia, pois não descreve a conduta que pretende incriminar.

Neste ponto, enfrentamos com preocupação o entendimento manifestado pelo eminente Ministro Francisco Resek, em declaração de voto proferida no julgamento do citado Habeas Corpus, na parte em que S. Ex.ª. entende estar perfeitamente enquadrada, "*à luz do senso comum*", a situação típica prevista no art. 233 do ECA. Afirma S. Ex.ª. que "*... bem caracterizado aquilo que a doutrina já proporcionou ao entendimento do tipo* tortura — *e não excluo aquilo que poderíamos encontrar, ainda que a título único de doutrina, nos textos internacionais de que o Brasil é parte, e que integram assim a nossa ordem jurídica*". O reconhecimento de conduta típica, penalmente relevante, não poderia, a nosso ver, ser fruto de criação doutrinária, nem fruto do chamado senso comum. Ao contrário, pugnam os penalistas pelo aperfeiçoamento cada vez maior da técnica legislativa, afastando-se sempre que possível a incidência até dos chamados "tipos abertos", das "cláusulas gerais", dos "tipos indeterminados", a fim de que pouco espaço reste à interpretação do julgador ou do intérprete. Tal rigidez é garantia do cidadão, que tem no princípio da legalidade a segurança contra a discricionariedade — ou mesmo a arbitrariedade do Estado julgador.

Igualmente, não nos alivia a imagem trazida pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, para quem "como todo conceito cultural, esses, utilizados na definição de figuras criminais, possam ter sua *zona cinzenta*", expressão essa traduzida como de "*situações fronteiriças*" pelo Ministro Resek em sua declaração de voto vencedor. Não fosse a indignação maior que causam os atos de tortura no espírito de todos nós, não poder-se-ia sequer admitir com argumentação a comparação entre diversas condutas de definição mais fluida nas nossas leis penais, como o jogo do bicho, ou a rixa, ou o rapto, e o delito de tortura, ao qual a Constituição Federal e as Leis Penais conferem conseqüências as mais gravosas, retirando aos seus autores garantias como a da individualização da pena, acesso aos benefícios da graça, anistia e indulto, a liberdade provisória, entre outras.

Não haveria no caso, com a devida vênia dos que entendem de forma diversa, como recorrer-se à analogia, ou à interpretação, quer pela utilização da definição trazida pelas Convenções, quer pelo recurso às figuras típicas assemelhadas contidas nos diversos diplomas legais.

Formalmente, delito é uma conduta contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena. Tiramos da lição de Manoel

Pedro Pimentel[5] algumas das definições mais aceitas pela doutrina:

"Sob o aspecto formal, James Tubenchlak tratou do tema dizendo: Examinando-se o crime sob um ângulo estritamente técnico ou formal, em sua aparência mais evidente de oposição a uma norma jurídica, *tendo por decorrência a punibilidade*, várias definições podem ser lembradas: *toda a conduta que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena* (Carmignani), *fato a que a lei relaciona a pena como conseqüência de Direito* (von Lizst), *toda ação legalmente punida* (Maggiore), *fato individual com que se infringe um preceito jurídico provido de sanção específica, que é a pena* (Manzini)."

Vê-se, portanto, que não basta ao aplicador da Lei entender por configurada conduta contrária à Lei, se esta não a define, em todos os seus contornos, e não impõe a sanção, tida por justa retribuição à ofensa perpetrada. Não se trata, como cuidou o eminente Ministro Carlos Velloso, de "formalismo excessivo, ou apego excessivo à letra fria da lei, exigir mais do que está posto na Convenção, que é direito interno."

Na sempre preciosa lição do renomado penalista Francisco de Assis Toledo,[6] "em razão do princípio, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que entre nós é regra legislada (CF, art. 5.º, XXXIX; Código Penal, art. 1.º), só a lei federal pode criar tipos penais (CF, art. 22, I). Assim, um fato, por mais danoso que seja, não poderá jamais ser reputado crime antes de ser expressamente previsto em lei como tal. Essa previsão se faz por meio do tipo legal de crime." Por outro lado, é cediço que, em face mesmo do princípio da reserva legal, não se admite o recurso à interpretação extensiva, ou à analogia, para criar novas figuras de delitos ou estabelecer sanções. Na salutar lição de Basileu Garcia,[7] "*não pode o intérprete, a pretexto de penetrar no significado da norma penal, dilatar-lhe o âmbito, a ponto de infringir o princípio da legalidade dos delitos e das penas, criando por analogia, para regular e punir determinado fato, um preceito que não o alcançava*". Ainda do voto do Ministro Marco Aurélio extrai-se que o princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. E a Constituição Federal exige que a lei defina o crime. E aduz o I. Magistrado: "*A definição não se limita à simples referência ao nome jurídico de um certo acontecimento. É preciso que a lei contenha a descrição dos fatos que o revelam, sob pena de cair no vazio o citado princípio. Por isso mesmo, Mantovani, em 'Diritto Penale Parte Generale', Edição Cedam, Pádua, 1979, páginas 95 e seguintes, adverte que o legislador está compelido a proceder, quando elabora norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, a fim de saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido.*"

Não há, pois, como afastar-se a relação direta entre o princípio da legalidade e o processo legislativo de tipificação, como bem assinala Alberto Silva Franco.[8] Aliás, a eficácia do princípio depende da perfeita aplicação das técnicas legislativas de tipificação delitiva, já que a imperfeição, a ausência de conceitos específicos ou a indeterminação seriam a causa, segundo o Autor, da inoculação no sistema penal "do vírus destruidor do princípio da legalidade, anulando-se, por via de

5. "O Crime e a Pena na Atualidade", Ed. RT, São Paulo, 1983.

6. "Princípios Básicos de Direito Penal", Saraiva, 1991, p. 128 e ss.

7. "Instituições de Direito Penal", Max Limonad, v. 1, t. 1, pp. 161/162.

8. "Temas de Direito Penal", Saraiva, 1986, p. 2 e ss.

conseqüência, a função garantidora do tipo." E o princípio da estrita legalidade, reafirma José Afonso da Silva,[9] contém uma reserva absoluta, assecuratória da garantia individual prevista no art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal.

Vale trazer à colação a lição dos mais renomados juristas europeus, retirada do texto de Alberto Silva Franco, no texto acima citado:

"Sobre a matéria, Hans Welzel (Derecho Penal Alemán, parte general, p. 40) observa que 'o verdadeiro perigo que ameaça o princípio nulla poena sine lege não decorre da analogia, mas sim de leis indeterminadas, (...) Não é diverso o entendimento de Johannes Wessels (Direito Penal, parte geral, pp. 11-2): 'As leis penais devem acusar, tendo em vista seus tipos penais e conseqüências jurídicas, um mínimo de determinação (princípio da determinação). Na verdade, o emprego de cláusulas gerais e de conceitos carecedores de preenchimento valorativo não é admissível na legislação penal e, certamente, o alcance e o âmbito de aplicação dos tipos penais devem ser suficientemente reconhecíveis.' (...) No mesmo sentido é o parecer de Claus Roxin (Iniciación al Derecho Penal de Hoy, pp. 112-3) ao enfatizar que os 'tribunais alemães declararam nulos preceitos penais de conteúdo indeterminado, já que, de sua leitura, não se poderia deduzir quais as ações concretas que estavam proibidas.' Isto significa que, na redação dos preceitos penais, se deve evitar o mais possível os conceitos gerais vagos (as chamadas cláusulas gerais) e descrever com precisão o comportamento proibido."

Também menciona o Autor a doutrina francesa, quando se insurge contra os chamados "tipos abertos". A exemplo, Roger Merle e André Vitu, para quem "o princípio da legalidade impõe a promulgação de textos precisos definindo claramente as incriminações e indicando sem erro possível as penas aplicáveis". Assim, a ausência ou deficiência na definição da conduta incriminada implicaria no desrespeito ao conteúdo *material* da legalidade, legalidade esta analisada sob o enfoque da proteção dos direitos fundamentais do ser humano, entre os quais tal princípio avulta.

A tortura é uma das afrontas mais intoleráveis aos direitos individuais num Estado democrático de direito. Como nas palavras candentes de Espiell:

"Ninguém pode duvidar no mundo atual que a tortura constitui uma das práticas mais desumanas, indignas e inadmissíveis. Torturar um ser humano, qualquer que seja a razão ou objetivo pelo qual se submete esse "tratamento", e qualquer que seja a condição do torturado, seus antecedentes ou suas idéias, e haja ou não cometido atos ilícitos, penal ou moralmente repudiáveis, é algo intolerável para a consciência individual e coletiva de hoje. Ninguém e nada, em nenhuma situação ou circunstância, pode justificá-la".[10]

Por outro lado, o elastecimento do princípio da reserva legal, nele vislumbrando-se a possibilidade de interpretação dos textos penais segundo processos de integração, de analogia, ou à luz do "senso comum", nada mais traduziria senão o desrespeito ao conteúdo *material* da legalidade, legalidade essa cuja afronta fere, em igual medida e gravidade, direitos fundamentais absolutos. Seria, como no entender de Heleno Fragoso,[11] "*um aspecto novo do velho princípio, que pode ser formalmente observado com a existência de lei pré-*

9. "Curso de Direito Constitucional Positivo", Ed. Malheiros, 1995, p. 409.

10. Opus cit., p. 221.

11. "Lições de Direito Penal", Nova Parte Geral, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 96.

via, mas violado na substância, com a indeterminação da conduta delituosa."

Ninguém pode duvidar dos riscos ao direito fundamental que todos temos de não sermos processados nem condenados senão por condutas previstas em lei se tolerarmos, por quaisquer motivos, que vigorem textos tipificadores de condutas penalmente relevantes como, a exemplo, os que prevêem penas de um a quatro anos de reclusão àqueles que "*incitarem à subversão da ordem política e social*", ou "*à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis*", como previsto no art. 23, I e II da lei de Segurança Nacional. Ainda estão em nossa lembrança normas como a contida no Código Penal soviético de 1926, que previa como crime "*toda ação ou omissão dirigida contra a estrutura do Estado Soviético, ou que lese a ordem jurídica criada pelo regime dos trabalhadores e camponeses para a época de transição à organização social comunista.*" Ou como a previsão do Código Penal do Reich, de 1935, que remetia o juiz ao uso da analogia para incriminar condutas, tendo em vista a "*sã consciência popular*" e auscultando "*o consenso geral, o sentir do povo*", como exemplifica Basileu Garcia.[12]

As duas garantias fundamentais — a proteção contra a tortura e o princípio da reserva legal constitucionalmente positivadas, foram aparentemente postas em confronto nos votos proferidos pelos Magistrados da Suprema Corte. A inércia do Legislativo em trazer ao direito positivo interno as normas de tipificação do delito de tortura tem gerado, como conseqüência, a punição de atos de violência física e mental contra pessoas pelo *juízo de desvalor dos resultados* dessas condutas, como o seqüestro e cárcere privados, ou as lesões corporais, ao invés de prever tais delitos pelo *juízo de desvalor das condutas*. De outro lado, a posição assumida pelos votos vencedores poder ser precedente para a flexibilização do princípio da estrita reserva legal na tipificação de condutas penalmente relevantes. Essa aparente confrontação gerou as preocupações trazidas neste trabalho.

12. Op. cit., p. 144.

4 — DIREITO PENAL ECONÔMICO

O ESPAÇO JURÍDICO-CRIMINAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. BREVÍSSIMAS NOTAS SOBRE O CRIME DO ART. 89 DA LEI 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

JOÃO MARCELO DE ARAÚJO JR.

1. Introdução — 2. Dispositivos pertinentes — 3. Nomem iuris — 4. Bem ou interesse jurídico protegido — 5. Tipo objetivo; 5.1 O espaço jurídico-penal dos Tribunais de Contas; 5.2 Crime de Dano ou de Perigo, Material ou Formal; 5.3 Crime instantâneo ou permanente; 5.4 Crime comissivo ou omissivo; 5.5 Tentativa — 6. Tipo subjetivo, modalidade culposa — 7. Sujeito ativo da relação criminal — 8. Sujeito passivo da relação criminal — 9. Penas

1. Introdução

A lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, a nova Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, com a redação que lhe deu o art. 3.º da Lei 8.883, de 08 de julho de 1994, na Seção III de seu Capítulo IV, que trata das "sanções administrativas e da tutela judicial", definiu crimes e cominou penas.

Neste estudo, será examinado o tipo definido no art. 89 da mencionada lei, que, assim, estabelece:

"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade:

Pena-detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público."

1. João Marcello de Araujo Junior: Professor Titular de Direito Penal da UERJ, de Criminologia da FBCJ, Professor Convidado das Universidades de Pau et des Pays de l'Adour (1994), Católica de Santiago (1993), de Castilla-La Mancha (1992), de Salamanca (1992), Católica de Montevidéu (1991), Inca Garcilaso de la Vega (1990), de Gdansk (1989), do País Basco (1988), Complutense de Madrid (1987); Professor dos Cursos de Mestrado das Universidades do Estado do Rio de Janeiro, Federal do Rio de Janeiro e Estadual de Maringá; Vice-Presidente do VIII Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Havana, 1990); Secretário-Geral Adjunto para a América Latina da Association Internationale de Droit Pénal (Paris); Diretor do Istituto Superiore Internazionale Scienze Criminali (Siracusa); Presidente do Conselho Consultivo do International Center of Economic Law Studies (Miami); Diretor do Centro Internazionale Ricerche Giuridiche Iniziative Scientifiche (Milão); Doutor Honoris Causa da Universidade Inca Garcilaso de la Vega (Lima), membro do Conselho Consultivo do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente — ILANUD (San José); Procurador de Justiça junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro; membro da Comissão de Reforma do Código Penal Brasileiro (1993/1994); ex-Secretário de Estado de Justiça (1990).

A simples leitura do texto transcrito evidencia a fragilidade das normas nele contidas, em conseqüência da imperfeição técnica com que foram construídas.

Não seria muito difícil fazer a crítica da Lei 8.666/93. Mostrar as suas incoerências. Deixar de manifesto suas lacunas e imperfeições. Este, entretanto, não é o objetivo do presente trabalho. Ao contrário, ele pretende tentar fazer aquilo que é o objeto da dogmática, reconstruir a norma, organizando-a dentro de um sistema lógico e, se possível, eficaz. A crítica ficará para outra oportunidade.

Segundo orientação, há muitos anos, traçada por um Mestre, Roberto Lyra[2] a seguir, serão analisados os seguintes aspectos da aludida infração penal: a) dispositivos pertinentes; b) *nomen iuris*; c) bem ou interesse jurídico protegido; d) tipo objetivo; crime de dano ou perigo, crime formal ou material; crime instantâneo ou permanente; crime comissivo ou omissivo; tentativa; e) tipo subjetivo; modalidade culposa; f) sujeito ativo da relação criminal; g) sujeito passivo da relação criminal; h) penas.

2. Dispositivos Pertinentes

Diversas normas constantes da Lei 8.666/93 estão relacionadas diretamente com o crime em exame.

Assim, "os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar" (art. 82). Trata-se de preceito legal supérfluo, que, em matéria de nada, diz tudo, pois o que nele se contém, nada mais é, senão, a repetição do princípio geral da responsabilidade e da independência entre a responsabilidade penal, administrativa e civil.

Já no art. 83, inova, ao estabelecer que "os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo".

A norma em exame comporta dupla interpretação em razão de seus defeitos de redação. Será possível admitir-se que a perda de cargo, emprego, função ou mandato eletivo seja uma conseqüência puramente de caráter administrativo e não criminal. Admissível será entender-se, também, e ao contrário, que tal conseqüência tenha natureza penal.

A segunda opção, ajusta-se melhor à lógica global do texto, que é nitidamente uma norma de conteúdo penal. Em sendo assim, são necessários alguns comentários.

Em primeiro lugar, o legislador, aparentemente, teria feito renascer a figura da pena acessória, ao estabelecer para os servidores públicos, "além das sanções penais", a perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Esta, entretanto, não parece ser a melhor interpretação, pois considerando o comando insculpido no art. 12 do Código Penal, as regras gerais do código "aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso". Ocorre que, a nova Parte Geral do Código Penal brasileiro abandonou o critério da anterior, qual seja, o de dividir as penas em principais e acessórias. Hoje, o magistério punitivo brasileiro prevê, apenas, as antigas penas principais, porém, sem tal denominação. Aquilo que, outrora, compunha o rol das penas acessórias, passou a ser tratado no Capítulo dos "efeitos da condenação", mediante regras próprias, dentre as quais se destaca aquela constante do parágrafo único, do art. 92,

2. Guia do Ensino e do Estudo do Direito Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1964.

segundo a qual, "os efeitos de que trata este art. não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença". A declaração e a motivação na sentença adquiriram relevância especial.

Assim, o comando do art. 83 da nova Lei de Licitações deve ser interpretado segundo os critérios do Código Penal, salvo quanto à quantidade da pena privativa de liberdade aplicada. Em outras palavras.

O art. 92 do Código Penal estabelece em seu n.º I, que será efeito da condenação, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for superior a 4 (quatro) anos. Esta norma é, praticamente, a mesma, da contida no art. 83 da Lei de Licitações e Contratos, salvo no que se refere à necessidade, exigida pelo Código, de que, para que tal efeito seja declarado na sentença, a pena efetivamente imposta seja superior a 4 (quatro) anos de privação de liberdade.

Diante disso, nos crimes definidos na Lei de Licitações o efeito da condenação para ser reconhecido em determinado caso concreto, deverá ser declarado pelo juiz na sentença, seja qual for a quantidade de pena a que o funcionário público venha a ser condenado, seja em razão da prática de um crime consumado, seja na hipótese de mera tentativa.

O art. 84 da Lei de Licitações e Contratos, dá o conceito de funcionário público para os fins da Lei 8.666/93. Tal norma é, também, dispensável, uma vez que o Código Penal, em seu art. 327, de maneira mais precisa, dá o conceito de funcionário público para fins penais e não, apenas, para alguns efeitos. O legislador de 1993, parece ter pretendido ir além daquilo que se contém no art. 327 do CP, mas findou por estabelecer confusão conceitual quando, em vez de continuar falando em funcionário público, como o faz o Código, empregou a expressão "servidor público". Em verdade, com a pretendida ampliação do conceito de funcionário público, constante do art. 84, a Lei nada mais fez senão, estratificar em seu texto, a dimensão que a doutrina e a jurisprudência, deste há muito, dão ao art. 327 do Código Penal, inclusive quanto à, agora, expressa, equiparação a servidor público, do empregado de sociedade de economia mista.[3]

Seja como for, como o conceito contido no art. 84 se refere, exclusivamente, aos fins da Lei de Licitações e Contratos, somente serão considerados servidores públicos aqueles que exerçam cargo, função ou emprego, ainda que transitoriamente e sem remuneração, vinculados a entidades que estejam sujeitas ao processo licitatório. Esta, segundo o estatuído no parágrafo único do art. 1º, são, "além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios".

Por seu turno, as hipóteses de dispensa de licitação estão previstas no art. 24 e as de inexigibilidade, no art. 25 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

3. Nomen Iuris

A estrutura da Lei 8.666/93 é diferente daquela adotada pelo Código Penal. Este, como se sabe, possui duas Partes, cada uma delas dividida em Títulos, os Títulos em Capítulos, os Capítulos em

3. Alberto Silva Franco e outros: Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo, RT, 4ª ed., 1993, p. 1.675 e ss.

Seções, as Seções em arts., os arts. em parágrafos, os parágrafos em números e os números em letras. Os Títulos, Capítulos e Seções possuem epígrafes e os arts. e parágrafos são precedidos por ementas, rubricas, ou cotas marginais.

As epígrafes expressam os bens ou interesses jurídicos protegidos e as ementas, rubricas ou cotas marginais contêm o *nomen iuris*.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos está dividida em Capítulos e Seções apenas, e os art.s não possuem ementas. Por esse último motivo não foram atribuídos *nomina iuris* aos delitos nela definidos.

Para dar nome a um delito o legislador deve buscar, fundamentalmente, sintetizar na ementa o conteúdo da ação, expressa através do verbo do crime. No injusto típico em exame, o núcleo do tipo está na ação de dispensar ou inexigir licitação. Entretanto, esses verbos estão intimamente ligados a um elemento normativo do tipo, qual seja, atuar "fora das hipóteses prevista em lei" e a algo que não está explícito na definição legal, isto é, a contratação com a Administração. Diante dessa impregnação normativa, o *nomen iuris* de tal crime poderia ser: "dispensa ou inexigibilidade ilegal".

4. Bem ou Interesse Jurídico Protegido[4]

O art. 3.º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, estabelece que: "a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatados." Em suma, o processo licitatório interessa tanto à Administração, quanto aos particulares que com ela desejam contratar, predominando, entretanto, o interesse da Administração.

A Administração Pública tem interesse em selecionar a melhor proposta, que lhe proporcione a necessária economicidade relativamente às obras, serviços, compras, alienações e locações que contratar e em garantir a igualdade entre os concorrentes.

É esse interesse da Administração, que o legislador pretendeu proteger através da criminalização da conduta descrita no tipo constante do art. 89 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Trata-se, portanto, de um crime contra a Administração Pública praticado por quem está a seu serviço, o servidor público.

Quando da publicação da lei em tela, pretendeu-se ver nos crimes nela definidos, verdadeiros crimes contra a ordem econômica, na suposição de que os aspectos preponderantes de tais crimes

4. O fundamento científico da teoria do bem jurídico ainda não está definitivamente estabelecido: Claus Roxin: L'evoluzione della politica criminale a partire dai progetti alternativi; in AA.VV. Metodologia e problemi fondamentali della riforma del Codice Penale, 1981, p. 34. No mesmo sentido, Giovanni Fiandaca: Il "bene giuridico" come probleme teorico e come criterio di politica criminale; in Alfonso M. Stile (a cura): Bene Giuridico e Riforma della Parte Speciale, Jovene Editore, Napoli, 1985, p. 7. Para Giorgio Marinucci: Relazione di Sintesi, do Seminário "O Bem Jurídico e a reforma da Parte Especial", organizado pelo Instituto Superior Internacional de Ciências Criminais, em Siracusa, de 14 a 18 de outubro de 1981, o bem jurídico é como uma faca de dois gumes, pois ao mesmo tempo em que exerce uma função de garantia contra os abusos do Estado, atua como instrumento de organização repressiva.

seriam aqueles relativos aos interesses econômicos dos particulares que contratam com a Administração.

Tal parece não ocorrer, pois prevalece no injusto típico o interesse da Administração. Além disso, para que tal crime ofendesse a ordem econômica seria necessário que o bem jurídico tivesse caráter supra-individual, o que também não acontece,[5] pois o interesse imediato da Administração é um bem jurídico individual e não supra-individual.

5. Tipo Objetivo[6]

O tipo do art. 89 possui conteúdo variado. O tipo objetivo, em sua primeira forma, caracteriza-se pela ação de dispensar licitação, fora das hipóteses previstas em lei. A segunda forma prevista materializa-se na ação de reconhecer inexigibilidade de licitação, fora das hipóteses previstas em lei. Finalmente, o crime poderá ser cometido ainda, pela ação de deixar de observar formalidade essencial pertinente ao processo de dispensa ou de inexigibilidade de licitação. Em todas as hipóteses há o fim de beneficiar alguém, outorgando-lhe um contrato com a Administração. A Lei não alude a essa especial finalidade de agir, mas ela existe, tanto assim, que o parágrafo único lhe faz expressa referência.

No parágrafo único está prevista a seguinte hipótese: contratar com a Administração, beneficiando-se de dispensa ou inexigibilidade de licitação, para a qual, comprovadamente, concorreu. Aqui o crime é do particular contra a Administração.

Na primeira modalidade, o funcionário público declara a dispensa a licitação, quando deveria, por força das normas legais, ordenar a realização do processo licitatório. Na segunda, reconhece a existência de alguma daquelas situações que tornam inexigível a licitação, quando, ao contrário, deveria, também, promover a licitação. A terceira modalidade prevista no tipo, refere-se a qualquer outra atividade que importe em violação das regras relativas à dispensa ou à inexigibilidade. Aqui a dispensa ou a inexigibilidade pode ser lícita, porém, o funcionário deixa de atender a alguma formalidade essencial exigida pela lei.

Trata-se de um "delito obstáculo", pois na realidade o que a Lei deseja é punir a celebração de contratos administrativos com violação da regra da isonomia e da seleção de proposta mais vantajosa para a Administração, verificada esta mediante os princípios básicos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade

5. Nos atuais Estados Democráticos de Direito, os bens jurídicos a serem selecionados não se limitam mais aos "naturais" e ao patrimônio individual. Hoje a inserção social do homem é muito mais ampla do que outrora, abrangendo outras facetas da vida, tais como o direito a um ambiente sadio, a equilibradas relações de consumo, a um humano ordenamento urbano, a uma eficiente e justa ordem econômica. Esses novos bens jurídicos não dizem respeito direta e exclusivamente a um indivíduo ou a um grupo deles, mas sim a todos generica e indistintamente. Daí serem denominados bens jurídicos supra-individuais (João Marcello de Araujo Junior: Los Grandes Movimientos Actuales de Política Criminal — aspectos; in Boletin de Información del Ministerio de Justicia, n.º 1.439, Madrid, 1986, p. 12). No mesmo sentido, Juan Bustos Ramirez: Perspectivas actuales del Derecho penal económico, in Revista Peruana de Ciencias Penales, n.º 1, Lima, 1993, p. 65.

6. A palavra *tipo*, da forma latina *typus*, é originária do grego, onde, a despeito de outras acepções, significava exemplo, modelo e daí, valorativamente, protótipo ou arquétipo. Sobre os diversos significados da palavra tipo, v. Misabel de Abreu Machado Derzi: Direito Tributário, Direito Penal e Tipo, São Paulo, RT, 1988, p. 21 e ss.

administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

O crime, ora em exame, alcança o funcionário público que, contrariando as normas legais, pratica o ato administrativo que importe em autorizar dispensa de licitação ou em declará-la inexigível. Ocorrerá o delito, por exemplo, quando for declarada situação de emergência inexistente, ou reconhecida a notória especialização de contratante que não possua tal qualidade.

No crime definido no parágrafo único, o particular contrata com a Administração beneficiando-se de uma dispensa ou inexigibilidade ilegal, para a qual concorreu. Para a caracterização do crime será indispensável que o contratante beneficiário, de alguma forma, material ou psicológica, concorra efetivamente para que o funcionário tenha declarado ou reconhecido, ilegalmente, a dispensa ou a inexigibilidade. Existirá concurso de crimes, quando a concorrência do contratante para a ilegalidade caracterize outro delito.

5.1 O Espaço Jurídico-Penal dos Tribunais de Contas

A norma referida, na sua aplicação prática, apresentará extremas dificuldades, uma vez que está incrustada no campo da interpretação legislativa e no do ajustamento do fato à norma, ou seja, em terreno quase exclusivamente subjetivo, no qual as interpretações podem variar.

Tal fato, cumulado à função preventiva e controladora dos Tribunais de Contas irá gerar o que denomino "espaço jurídico-criminal dos Tribunais de Contas".

A punibilidade do crime em tela não irá depender, exclusivamente da conduta física do agente da Administração, mas, também, da solução que vier a ser dada, caso a caso, pelo Tribunal ao efetuar o controle externo dos atos de dispensa e inexigibilidade.

A Constituição Federal, em seu art. 70, estabeleceu que a "fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder." Complementando a norma transcrita, o art. 71 da Constituição estatui: "O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União..." Por último, o art. 75 de Lei Maior dispõe que "As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados..."

Para os fins da Constituição, a Lei 8.666/93, em seu art. 113, determinou que: "O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto."

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei Complementar n.º 63/90, Lei Orgânica do Tribunal de Contas, expressamente, em seu art. 3.º, n.º XX, determina: "Compete, também, ao Tribunal de Contas: ... verificar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, como disposto em ato próprio do Tribunal."

Atendendo a esse último comando legal, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, à luz da nova lei de Licitações e Contratos Administrativos,

baixou "ato próprio", a Deliberação no 174, de 29 de julho de 1993, na qual, em seu art. 1o, no 2, impõe o seguinte: "Para os fins do disposto na Lei Federal 8.666/93, art. 113, § 2.º, os órgãos dos Poderes do Estado e dos Municípios e seus órgãos da Administração indireta, compreendendo fundos, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado e pelos Municípios, encaminharão ao Tribunal de Contas, no prazo de 5 (cinco) dias: ... II — do prazo fixado para publicação (Lei Federal 8.666/93, art. 26), cópia dos atos de dispensa ou de reconhecimento da inexigibilidade de licitação, devidamente fundamentados e com justificativa pormenorizada, acompanhada da respectiva publicação, de valores superiores aos limites fixados no art. 2.º, § 1.º desta deliberação;"

Os atos administrativos de dispensa e inexigibilidade de licitação estão, portanto, sujeitos ao controle externo, preventivo, do Tribunal de Contas. Pelos prazos estabelecidos na Resolução 174/93, os atos de dispensa e de inexigibilidade devem ser, conhecidos, corrigidos ou declarados anuláveis pelo Tribunal de Contas antes, da celebração dos contratos deles decorrentes (fato que na prática nem sempre ocorre).

A existência de tal controle externo não importa em dizer que o ato administrativo de dispensa ou de inexigibilidade seja composto ou complexo, uma vez que estamos diante de vontades administrativas diversas: de um lado a vontade executiva da Administração, formadora do ato de dispensa e de inexigibilidade, e de outro, a vontade controladora do Tribunal. Esta não integra o ato nem lhe dá eficácia, pois este estará pronto e acabado no momento em que o funcionário declara a dispensa ou a inexigibilidade e, ganhará eficácia, com ratificação por parte do superior hierárquico.

Entretanto, isso não bastará para que a conduta funcional seja punível, pois como se sabe, milita em favor da Administração a presunção de legalidade de seus atos. Assim, para que a conduta funcional seja punível, é indispensável a inversão dessa presunção. Tal acontecerá no momento em que o Tribunal de Contas, através do exercício do seu poder de controle declarar a ilegalidade do ato. Até que tal declaração ocorra, o ato da Administração é presumidamente legal.

Diante disso, a decisão do Tribunal funcionará como verdadeira condição objetiva de punibilidade, não escrita e supralegal, mas indispensável à punibilidade. O mesmo ocorrerá se a ilegalidade for declarada pelos órgãos de controle interno ou, diretamente, pelo Poder Judiciário. Em qualquer situação, a punibilidade estará condicionada à existência de um ato que rompa a presunção de legalidade dos atos administrativos.

O Tribunal de Contas ao examinar os procedimentos de inexigibilidade e dispensa de licitação irá declarar em seu acórdão, se a conduta do administrador violou ou não as hipóteses previstas na lei. Somente a partir da decisão do Tribunal, efetuando o controle externo dos atos da administração, será possível o reconhecimento da ocorrência do tipo objetivo do crime. Antes, o administrador estará sempre coberto pela presunção de legalidade e legitimidade, que envolve os atos administrativos.

Assim, a decisão do Tribunal que analisar as hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação funcionará, como já ficou dito, como verdadeira condição objetiva de punibilidade[7]

7. Sobre a natureza jurídica das condições objetivas de punibilidade v. Hans-Heinrich

extralegal, em relação a tal crime. Somente a partir dela o delito será punível e o Ministério Público legitimado para atuar contra o seu autor.

Além disso, a decisão do Tribunal de Contas conterá os elementos que permitirão saber se a violação à lei foi ou não grosseira, se o dolo é ou não manifesto, se houve ou não grave lesão ao interesse jurídico protegido.

Fica assim caracterizado, o "espaço jurídico-criminal dos Tribunais de Contas". Uma função nova que possui importantes conseqüências na esfera da ordem jurídico-penal.

5.2 Crime de Dano ou de Perigo, Material ou Formal

A hipótese em exame é de um crime material e de dano e não de crime de perigo abstrato,[8] embora se trate de um delito obstáculo. O dano está na violação ao interesse da Administração em cumprir a regra da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa. Tal violação ocorre quando uma licitação deixa de ser realizada por ser considerada, ilegalmente, dispensável ou inexigível. Este é um resultado material e externo à conduta do autor.

No crime em exame existe um dano *sui generis*. Este é causado ao próprio interesse de regularidade, transparência e licitude da atividade administrativa e não ao interesse patrimonial da Administração.[9] Sem dúvida existe uma forte aparência de crime de perigo abstrato, vinculado à idéia de que, com ele se estaria prevenindo a ocorrência de um contrato economicamente prejudicial à Administração, que seria o resultado final da conduta criminosa. Entretanto, o contrato desvantajoso para a Administração será, apenas, exaurimento do crime em questão. O dano é lesão ao interesse supra-referido.

5.3 Crime Instantâneo ou Permanente

Trata-se de crime instantâneo, que se consuma no momento em que o ato de declaração da dispensa ou o de reconhecimento da inexigibilidade é firmado, embora deva, ainda, ser ratificado pela autoridade superior e publicado (art. 26).

Os atos de dispensa e de inexigibilidade de licitação participam da natureza dos chamados atos administrativos compostos, ou seja, daqueles que para sua perfeição exigem a conjugação homogênea de duas ou mais vontades. No caso, a do servidor público que declara a dispensa ou reconhece a inexigibilidade e a da autoridade superior que a ratifica e manda publicar o ato. O crime consuma-se com a manifestação da primeira vontade, que é a formadora do ato. A segunda vontade, dá ao ato, apenas, eficácia.

Jescheck: Tratado de Derecho Penal, parte general, vol. II, Barcelona, Bosch, 1981, p. 763. Também, Eugenio Raúl Zaffaroni: Manual de Derecho Penal, parte general, Buenos Aires, 1986, p. 645, embora negue a existência das condições objetivas de punibilidade, por entender que elas violam o dogma da culpabilidade. Por isso, prefere considerá-las, umas, como elementos do tipo objetivo e outras, como "condições processuais de operatividade da coerção penal". A prevalecer este último entendimento de Zaffaroni, a situação do art. 89 da Lei de Licitações identificar-se-ia como uma dessas "condições processuais de operatividade da coerção penal".

8. Em sentido contrário, Vicente Greco Filho: Dos Crimes da Lei de Licitações, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 11.

9. Sobre o tema do dano *sui generis*, veja-se: João Marcello de Araujo Junior; Crimes contra a Ordem Econômica, São Paulo, RT, 1995. Também, Damásio E. de Jesus: Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo; in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1, n.º 4, outubro-dezembro, 1993, São Paulo, RT, p. 81.

Trata-se de crime instantâneo, com efeitos permanentes.

Na modalidade criminosa prevista no parágrafo único do art. 89, o crime é também instantâneo, porém, sua consumação ocorre com a lavratura do contrato conseqüente da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para a qual o autor concorreu.

5.4 Crime Comissivo ou Omissivo

Nas duas primeiras situações previstas no *caput* do art. 89, o crime é comissivo, pois o autor pratica uma ação que a lei não queria que ele praticasse. O mesmo acontece, na modalidade definida no parágrafo único. Entretanto, na terceira situação constante da cabeça do art., o crime é omissivo, uma vez que o autor deixa de fazer alguma coisa que a lei lhe determinava fazer. Há violação de um dever de agir contido implicitamente na norma incriminadora.[10]

Assim, por exemplo, na hipótese de o funcionário que declarou a dispensa ou reconheceu a inexigibilidade deixar de submeter o ato à homologação do superior hierárquico, estará ele deixando de fazer alguma coisa que a lei lhe exigia fazer, ou seja, dar cumprimento a uma formalidade essencial.

5.5 Tentativa

Salvo no que se refere à modalidade omissiva, omissão pura, na qual a tentativa não é admissível, o momento consumativo das demais hipóteses criminosas previstas no tipo do crime é fraccionável no tempo, logo, a tentativa é teoricamente possível. Do ponto de vista prático, salvo no que se refere à situação prevista no parágrafo único, entretanto, será muito difícil a caracterização da tentativa.

10. Damásio E. de Jesus: Direito Penal, 1.º vol. Parte geral, São Paulo, Saraiva, 15.ª ed., 1991, p. 209.

6. Tipo Subjetivo, Modalidade Culposa

Do ponto de vista subjetivo o crime em exame caracteriza-se pela vontade dirigida ao resultado de violação da regra da isonomia e da apuração de proposta mais vantajosa para a Administração, através da declaração ilegal de dispensa ou de inexigibilidade.

O dolo é portanto genérico. Embora toda a conduta do agente seja praticada tendo em vista a celebração de um contrato que beneficie determinado indivíduo, a lei, no *caput* do art., não fez referência a tal circunstância. Em conseqüência disso, não há como se falar em dolo específico. Nesse ponto a lei foi sábia ao abandonar um velho costume das legislações latinas.[11] Realmente as legislações latinas, tradicionalmente, têm o costume de recorrer aos elementos subjetivos, gerando com isso sérias dificuldades práticas no campo da prova. No caso em tela, o legislador assim não desejou, se limitando a punir o comportamento objetivo de declarar a dispensa ou de reconhecer a inexigibilidade de licitação, ao qual ligou a vontade do autor.

Não há previsão de modalidade culposa.

7. Sujeito Ativo da Relação Criminal

Nas modalidades previstas no *caput* do art. 89, há um crime do funcionário público. Especificamente, daquele que declara ou reconhece a dispensa ou a inexigibilidade. O sujeito ativo poderá agir isoladamente ou em concurso com outros servidores públicos. Convém destacar que a participação do particular que objetiva contratar com a Administração, beneficiando-se da dispensa ile-

11. Klaus Tiedemann: Crimes contra a ordem sócio-econômica, in conclusões do XV Congresso Internacional de Direito Penal, Rio de Janeiro, AIDP, 1994.

gal, caracterizará delito autônomo, previsto no parágrafo único, podendo, como já ficou dito, ocorrer concurso de crimes.

Questão interessante, que certamente despertará inúmeros problemas, será a de saber-se se a autoridade superior que ratifica a dispensa ou inexigibilidade ilegal participa ou não do crime. O assunto não foge à teoria da participação.

Caso exista prévio ajuste entre o funcionário e o superior hierárquico, não há dúvida quanto à co-participação, entretanto, se o dolo do superior for posterior à formação do ato, o superior estará cometendo um outro crime, pois não há participação após a consumação do crime. Trata-se daquilo que a doutrina denomina *participação post factum.*[12]

12. Jair Leonardo Lopes: Curso de Direito Penal; São Paulo, RT, 1993, p. 171.

8. Sujeito Passivo da Relação Criminal

Sujeito passivo de um crime é o titular do bem ou interesse jurídico protegido. Assim, sujeito passivo será a Administração Pública.

9. Penas

A pena cominada ao crime do art. 89 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos é de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa, que é mais leve que a prevista para o crime de corrupção passiva.

Convém relembrar aqui o que ficou dito com relação à norma pertinente constante do art. 83, caso se entenda que tal matéria tenha caráter penal e não puramente administrativo.

4 — DIREITO PENAL ECONÔMICO

CRIME ORGANIZADO E CRIME ECONÔMICO

MIGUEL REALE JÚNIOR

O crime organizado constitui há algumas décadas preocupação intensa da comunidade internacional. É desafio constante o combate a entidades dotadas de estrutura específica voltada à consecução de crimes, e para tanto providas de organização burocratizada, hierarquizada, baseada na divisão de trabalho, combinando-se a centralização do controle com a mais ampla descentralização das ações, que se ramificam em diversos países ou regiões.

Alcançam fama as organizações delituosas como a Máfia siciliana e sua co-irmã norte-americana, a Camorra napolitana, Ndrangheta calabresa, os cartéis de Medellín e de Cali, e mais recentemente a Organizacÿa russa. Busca-se ansiosamente estabelecer os dados característicos destas associações, os seus traços elementares.

É certo que, para se obter este conceito, cumpre arriscar, logo de início, a fixação de importante distinção: de um lado a "entidade crime organizado", de outro a "prática organizada de delitos", que vem a ser a associação efêmera ou circunstancial para a realização planejada de um ou mais crimes, envolvendo a cooperação de diversas pessoas, inclusive com a participação de agentes oficiais.

Exemplos desta associação para a prática organizada de delitos está no furto de automóveis, em combinação com oficinas de "desmanche", que alteram o número de chassi e de outros dados identificadores do veículo, com a obtenção de certificados falsos de propriedade, que permitem a venda e o ocultamento de toda a operação.

Há, sem dúvida, uma organização delituosa, com ramificações e lastreada na eficaz participação de agentes do Estado, que cooperam no fornecimento de meios para a emissão de documentos falsos de propriedade.

O mesmo se diga com relação a fato recente, que envolveu a importação clandestina, descaminho de aparelhos de telefonia celular do Paraguai, internalizados por via de empresas fantasmas, que evidentemente falsificavam notas de venda ao consumidor, o qual iludido por sua vez iludia a Telesp.

São inegavelmente associações organizadas para o fim de cometer delitos, mas que se diferenciam da entidade crime organizado pela ausência de dado elementar, essencial, ou seja, não configuram uma instituição.

Parafraseando o poeta, diria que são associações permanentes enquanto dura a prática dos delitos planejados, mas sem que o grupo se institucionalize, cristalizando uma organização dotada de poder e hierarquia.

Pode-se recorrer a M. Hauriou que, em sua teoria das instituições, ressalta que uma instituição forma-se em torno de uma idéia diretora, gerando uma comunhão de interesses, uma reunião assentida de pessoas, que redunda na constituição de uma autoridade, na imposição de regra. (apud Miguel Reale,

Teoria do Direito e do Estado, S. Paulo, Saraiva, 4.ª ed. 1984, p. 284).

As instituições, diz Hauriou, são fundadas graças ao poder, mas este cede passo a uma forma de consentimento; e se a pressão que ele exerce não chega até a violência, o assentimento dado pelo sujeito é juridicamente válido; *coactus voluit, sed voluit.*

Miguel Reale destaca que vivem as instituições uma vida objetiva e subjetiva, esta última em razão do consentimento que une as pessoas em torno de um fim. A objetividade provém da personificação da organização, que se dá pela incorporação dos membros no conjunto estruturado, pela disciplina e hierarquia e pelo exercício do poder que aplica paritariamente a justiça interna (op. cit. p. 287).

Santi Romano, em sua concepção pluralista, entende que ao lado das instituições do Estado e das auxiliares do Estado, há outras instituições lícitas ou ilícitas.:

"nel primo caso, sono di diritto privato; nel secondo caso, lo Stato se ne occupa solo per vietarle o dichiarandone nulla e senza efficacia la fondazione, o minacciando varie sanzione, fra cui hanno speciale importanza quelle penali" (Corso di Diritto Costituzionale, Milão, Cedam, 1933, p. 63).

Destarte, a institucionalização da associação criminosa, ou seja, a sua organização em torno de um centro de poder de forma hierarquizada e disciplinada vem a constituir uma das notas características do "crime organizado".

A instituição "crime organizado tradicional" forma-se na ilicitude para a prática de ilícitos.

Em especial as "instituições crime organizado" voltadas para o tráfico de drogas, ou para o contrabando de armas ou visando ao comércio de órgãos humanos, ou tráfico de mulheres, formam-se pelo assentimento de seus membros, mas se mantém pela violência interna.

Das características que se lhe dão, cumpre destacar as lembradas pelo Prof. peruano Luis Lamas Puccio: *estrutura*, com funções desenvolvidas por cada um dos membros, havendo distribuição de responsabilidades; *criminalidade*, a essência da organização está na prática de variados delitos; *violência*, que é a estratégia para manter e ampliar sua ação, impondo a conspiração do silêncio; *poder*, visando a dominação, de determinado mercado, com a eliminação de organizações concorrentes; *proteção*, buscando garantir a impunidade de seus membros, para o que se vale da corrupção de agentes oficiais, sejam magistrados, policiais ou agentes políticos; *apoio*, seja de pessoas especializadas, seja de meios, como armamento, produtos químicos, seja de suporte social, isto é, auxílio por parte de pessoas ou entidades que detenham poder, especialmente visando à legalização de fundos (Manifestaciones del crimen organizado, na revista "Derecho Penal y Criminologia", v. XI, n.º 39, set./dez. 1989, p. 159).

Luiz Flávio Gomes, em festejado e recente livro, coleciona diversas opiniões sobre as características do crime organizado, lembrando, por exemplo, a de Maierovitch, para o qual estas associações caracterizam-se "pela intimidação, interna e difusa, pelo indissolúvel vínculo hierárquico e pelo silêncio solidário". A hierarquia, o planejamento empresarial, a divisão de trabalho, a simbiose com o Estado, código de condutas, procedimentos rígidos e divisão territorial são dados lembrados por Guaracy Mingardi.

Pinho Candeloro destaca como características próprias do método mafioso o constante apelo à intimidação e à violência, forjando clima de medo e a imposição absoluta do silêncio (vide Crime Organizado, São Paulo, RT, 1995, p. 55 e ss.).

Raúl Cervini, em primoroso estudo publicado, em companhia de Luiz Flávio Gomes, no livro Crime Organizado supracitado, em linhas gerais configura o crime organizado como uma comunidade de interesses, com interdependência de seus membros visando ao proveito e à ajuda mútua, regidos por um acordo tácito de lealdade, solidariedade e acatamento. Vem a delinqüência organizada a constituir um sistema econômico clandestino, mesmo porque suas receitas ultrapassam o PIB de muitos países. Este sistema econômico clandestino, por seu poderio, constrói uma rede de corrupção em esferas oficiais, instituindo "una red de desoborno, corrupción y violencia que impregna toda la sociedad y el aparato del Estado"... (op. cit. p. 200).

O jurista uruguaio destaca, também, a delinqüência organizada como constituída de *coordenação*, consistente na unidade de decisão operativa, estabelecendo-se uma relação de subordinação e coordenação entre os diferentes segmentos que integram o grupo criminoso. Caracteriza-se, outrossim, por ter uma *estratégia global*, ou seja obedecendo a um plano diretor comum, sendo que este planejamento estratégico busca estabelecer dependência estreita entre as atividades ilegais e legais, uma perna de apoio que legitima e facilita a existência do grupo, bem como permite a legalização das rendas produto do crime. A *transnacionalização* é a nota mais importante da contemporânea delinqüência organizada, posto que as condutas delituosas desenvolvem-se além fronteiras, estendendo-se por diversos países, dificultando a ação policial e judicial (op. cit. p. 211 e ss.).

Dentre as características descritas por Alberto Silva Franco como próprias do crime organizado cumpre ressaltar o caráter transnacional, a estrutura organizativa e a estratégia global, conexões com outros grupos delinqüenciais, rede subterrânea de ligações com quadros oficiais no âmbito econômico, político e social, prática de atos violentos, poder de corrupção (Boletim do IBCCRIM, n.º 21, extra, p. 5).

Em trabalho apresentado pela Colômbia no IX Congresso da Nações Unidas sobre prevenção do delito e tratamento do delinqüente, ressaltam-se como notas configuradoras da delinqüência organizada a *estrutura hierárquica* com linha de comando centralizada; capacidade de incorporação e de substituição imediata de seus integrantes; atividade comprometida com a prática simultânea de diversos e graves delitos; inversão em alta tecnologia para consumar delitos; pessoal qualificado; *conexão com altas esferas financeiras, políticas e sociais; sistemas coercitivos, com rígidos códigos de conduta e de lealdade; alta capacidade de corrupção; utilização de meios lícitos para encobrir suas ações e legitimar sua receitas;* grandes capitais e capacidade de celebrar alianças em nível internacional com outras organizações criminosas. Redes de informação e poder intimidatório e de corrupção configuram a delinqüência organizada.

É possível, portanto, fixar os dados elementares caracterizadores da delinqüência organizada tradicional, sendo de se ater ao aspecto institucional da associação, com planejamento estratégico e hierarquia, que se organiza sob uma férrea disciplina de comando, valendo-se da violência para impor obediência e servilismo, sempre sob a exigência da lei do silêncio, a *omertà*, fazendo da corrupção de agentes oficiais o instrumento garantidor de impunidade e facilitador de suas ações delituosas.

Outro elemento configurador está nos expedientes de que deve lançar mão para revestir de legalidade as altas somas oriundas da prática delituosa, via lavagem de dinheiro, seja mediante

transferências de numerário para paraisos fiscais, recorrendo a empresas fantasmas ou a negócios simulados, seja ao depois atuando em negócios lícitos, nos quais sempre transborda, para não perder o hábito, para condutas irregulares.

São organizações rígidas voltadas à consecução de delitos de grave danosidade social, cuja etapa final reside, portanto, na legalização das receitas oriundas da ação delituosa, introduzindo-as no sistema financeiro internacional, valendo-se do sigilo bancário e da não exigência de identificação dos titulares das operações.

No informe da região européia ao IX Congresso das Nações Unidas realça-se a infiltração por meios eletrônicos de mais de 1 bilhão de dólares no sistema financeiro derivados de delitos, a exigir de todos os países medidas de controle, a exemplo do que sucede na legislação americana, bem como nas recomendações constantes da Convenção de Viena sobre tráfico de entorpecentes. Neste importante documento internacional, de 19 de dezembro de 1988, em seu art. 3.º, estabelece-se o compromisso dos países signatários de dotar medidas de controle de operações financeiras que se saibam relacionadas com o tráfico de drogas.

Importantes são as orientações fixadas na Diretriz 91.308 de 17 de junho de 1991, da Comunidade Econômica Européia relativa às medidas a serem adotadas para impedir ou dificultar a lavagem de dinheiro, a saber: obrigação de identificação dos clientes; obrigação de conservação dos documentos seja com relação à identificação, seja referente às operações; obrigação de vigilância; obrigação de cooperação com as autoridades; obrigação de abstenção de realização de transação que saiba ou que suspeite ser ligada à lavagem de dinheiro; obrigação de silenciar junto ao cliente as informações concedidas às autoridades a seu respeito relativas à desconfiança de lavagem de dinheiro; ausência de responsabilidade pela revelação em boa-fé de dados sobre operação que suspeita ligada à lavagem de dinheiro; obrigação das autoridades responsáveis pelo controle e fiscalização das entidades financeiras de comunicar às autoridades encarregadas do combate à lavagem de dinheiro das suspeitas existentes e das medidas adotadas; adoção de procedimentos internos pelas instituições financeiras, inclusive treinamento de pessoal, apto ao controle e comunicação de operações suspeitas de serem ligadas à lavagem de dinheiro (vide J. Pardon, "Le blanchiment de l'argent et la lutte contre la criminalité axee sur le profit", na "Revue de Droit Penal et de Criminologie", n.7/8, 1992, p. 740 e ss).

Especial referência é feita no informe da região européia apresentado ao IX Congresso das Nações Unidas realizado este ano no Cairo, às 40 recomendações do Grupo Especial de Peritos Financeiros sobre lavagem de capitais estabelecido pelo Grupo dos Sete principais países industrializados, para se evitar a obtenção de aparência legal a capitais oriundos de ações ilícitas.

Luis Olavo Baptista, em conferência no ciclo sobre Ética e Política patrocinado pelo Instituto Manoel Pedro Pimentel, pondera que malgrado consagrada a expressão "lavagem de dinheiro", não se trata de lavar dinheiro e sim de legitimar o dinheiro ganho ilicitamente. Os expedientes são os mais variados e complexos, facilitados hoje pelos meios eletrônicos de transferências de numerário, para qualquer parte do mundo, usando-se de denominada Rede Swift.

Hoje sofistica-se, graças ao avanço tecnológico o *modus operandi* da delinqüência organizada, mormente com referência ao processo de legitimação do dinheiro obtido ilicitamente.

A ação do crime organizado, por outro lado, expande-se graças à redução das distâncias, seja pelos meios de transporte, seja pelos meios de comunicação, e se internacionaliza, torna-se transnacional, rompendo mais facilmente fronteiras valendo-se das conquistas tecnológicas de nossa época.

Mas, o crime organizado tradicional perdura em suas carcterísticas já realçadas, mudando parcialmente o *modus operandi*, sem alterar a sua estrutura organizacional, de associação clandestina hierarquizada, de poder rígido centralizado e ações descentralizadas, de forte capacidade corruptora, dedicada à prática de delitos graves, que rendem altos benefícios.

Mas, a realidade presente forja uma nova forma de prática de delitos por via de associação altamente organizadas, que não se constituem para a realização de delitos, porém que se valem de sua estrutura institucional, para, respaldadas em sua força econômica e política, vir a realizar delitos de repercussão nacional ou transnacional, de forte impacto na vida do país ou dos países em que se consumam, valendo-se de meios tecnologicamente sofisticados e de pessoas profissionalmente qualificadas.

São entidades de âmbito nacional ou multinacional que não se organizam para cometer crimes, mas que usam sua elevada capacidade organizacional, para abusar do poder econômico ou político que detêm, vindo a afrontar a ordem econômica e a Administração Pública, visando à obtenção de vultosos benefícios.

Ao inverso das associações criminosas tradicionais, que vivem para a prática de delitos para ao depois buscar fontes de legitimação de seus rendimentos, os grandes conglomerados têm finalidade lícita ou aparentemente lícita, e transbordam para atividades ilícitas no afã de maiores lucros, sempre estimulados ou acobertados pelo poder econômico ou político que possuem.

Em um mundo que se apequena pela globalização da economia, pela imediatidade das comunicações, pela difusão da informática, o processo de concentração econômica, em busca de produção em escala, e maximização dos resultados, no atual sistema de livre comércio, constitui forte tentação à obtenção de lucros extraordinários que ofendem o princípio básico de uma economia social de mercado: a livre concorrência.

A concentração econômica é fenômeno característico de nosso século, mas passou a atingir elevado grau com o desenvolvimento tecnológico, que exige a obtenção de conhecimentos em pesquisa e a inversão de valiosas quantias em sofisticadas formas de produção e de comercialização.

A formação de um poder econômico privado, no dizer de João Bosco Leopoldo da Fonseca ("Lei de Proteção da Concorrência", Rio, Forense, 1995, p. 10) gera a "capacidade que um grupo de vendedores ou de compradores tem para influenciar a formação do preço num mercado".

Os oligopólios ou oligopsônios, quando agem concertadamente, dominam o mercado e fixam preços livremente, aumentando arbitrariamente seus lucros, perturbando a economia de um país e conseqüentemente produzindo graves prejuízos ao conjunto dos consumidores.

Mesmo sem haver um oligopólio, a ação concertada de empresas, de forma a constituir posição relevante no mercado, permite a limitação da concorrência e a arbitrária fixação de preços.

Os grandes conglomerados, todavia, avolumam-se, sendo recentes fusões que envolveram bilhões de dólares, como a compra da Capital Cities/ ABC pela Walt Disney; a aquisição da CBS pela Westinghouse; sociedade entre o grupo de comunicações Dow Jones e a ITT

adquiriu a emissora de TV novaiorquina WNYC; as empresas ferroviárias Union Pacific e Southern Pacific se fundiram; a Shell fundiu-se com a Montedison. Fundiram-se o Chemical Bank e o Chase Manhatan.

No Brasil a concentração econômica é espantosa, conforme noticia reportagem de Elvira Lobato e Maristela Mafei publicada na Folha de S. Paulo de 28 de agosto de 1994. Segundo a matéria, baseada em estudo efeito pelo IPEA, poucas empresas dominam a indústria no Brasil, sendo exemplo o setor de limpeza, no qual a Cragnotti & Partners, fruto da fusão da Orniex e da Bombril, sozinha domina 58% do mercado de detergentes líquidos; a Eterbrás, nascida da fusão da Brasilit com Eternit concentra 68% do mercado de caixas de água e telhas de amianto.

Apresentam, por exemplo, índices elevados de concentração os setores de copiadoras, baterias, lâmpadas, torneiras e chuveiros.

Não é por ser concentrado um setor que se deve inferir que pratique abuso do poder econômico. Mas, o elevado grau de concentração, o caráter oligopolizado da economia brasileira constitui um terreno fértil para o abuso de posição dominante em mercado relevante, com graves repercussões na vida econômica.

Marshall Clinard e Peter Yaeger ponderam que: "le principali grandi emprese controllano la vita lavorativa — e quindi la salute e la sicurezza — di gran parte della popolazine; hanno effetti massicci sui prezi (e quindi sulla inflazione) sulla qualità dei beni e sul tasso do disoccupazione; possono manipolare l'opinione pubblica attraverso l'uso dei mezzi di comunicazione di massa; influenzano consistentemente l'ambiente e le relazione con l'esteroinfine, come suggeriscono le scoperte piu recente, possono nettere in pericolo il processo democratico mediante ellicite pressione politiche" ("Criminalità delle grande imprese", na coletânea "II cambiamento delle forme di criminalità e di devianza", Milão, Giuffrè, 1988, p. 61).

O oligopsônio também caracteriza alguns setores da economia nacional, bastando lembrar o reduzido grupo de indústrias de suco de laranja, único comprador da produção de centenas de agricultores, que recentemente representaram à SDE sobre a imposição concentrada de contratos-padrão na aquisição da safra. É a ação abusiva de um setor concentrado, o industrial, sobre outro, frágil e fracionado, o da agricultura.

Outra forma insidiosa de dominação do mercado, com submissão de vendedores ao grupo comprador, está no controle em vertical da cadeia própria de um setor, desde a produção, transporte, armazenamento, comercialização, exportação e até mesmo importação do produto.

O *dumping* interno ou internacional, este consistente na venda do produto no país importador por preço artificialmente inferior ao preço médio praticado no país de origem, é prática que se vê repetir e altamente lesiva à indústria da Nação importadora, ocorrência hoje facilitada pelo livre comércio, mas tão só possível de se realizar por empresas de porte, em especial detentoras de avançada tecnologia.

A posição dominante permite a prática de discriminação de preços no fornecimento de matérias-primas, ou até mesmo boicote de vendas a um determinado fabricante, de que se tem exemplo no fato lembrado por Tiedemann (Poder económico y delito, trad. Amelia M. Villegas, Barcelona, 1985, p. 84), praticado pela United Brands Company, dona de 45% do mercado de banana na Comunidade Européia, que faturou preços diferentes a seus compradores e proibiu a revenda do produto por ela fornecido, transformando-os em meros

distribuidores. A United Brands negou-se a vender o produto a atacadista que tomou parte em campanha publicitária de outra empresa.

Refere-se Tiedemann o boicote contra laboratório italiano feito por empresa norte-americana, única produtora e comercializadora de matéria-prima básica para a produção de remédio contra tuberculose, não só negando-se a fornecer substância como proibindo os laboratórios aos quais fornecia de a revender (idem).

A imposição de preço uniforme, por meio de acordo entre empresas, em prejuízo de toda a economia e dos consumidores em particular é o fato mais grave repetidamente verificado, lembrando Ceretti e Merzagora, por exemplo, a extraordinária igualdade de preços de preparados contendo tetraciclina, vendidos pelas maiores multinacionais de fármacos, durante cerca de vinte anos. Referem-se os Autores a outro cartel que na Holanda instalou-se no mercado farmacêutico durante a década de 80 ("Criminalità dei colletti binchi e medicina", na "Rassegna italiana di Criminologia", ano IV, n. 1, jan. de 1993, p. 41).

Valer-se de posição dominante para a fixação abusiva de preços, aumentando injustificamente seus lucros, é outra conduta reiteradamente verificada na ação ousada de grandes conglomerados (vide Tiedemann, op. cit., p. 58).

Esta criminalidade sofisticada, lastreada no poder econômico e político causa perplexidade, gera até mesmo a sensação de impotência. Autores como Luís Lamas Puccio consideram que delinqüência econômica e crime organizado estão bastante ligados "sobre los parametros en los que se desenvuelve la llamada *delincuencia del cuello blanco*" (op. cit., p. 155).

No documento já citado apresentado pela Colômbia ao IX Congresso das Nações Unidas, chega-se a afirmar: "quem fala de criminalidade econômica, fala de delinqüência organizada". Ressalta-se, também, o perigo desta criminalidade que não alcança repúdio público, vista até mesmo com notória benevolência, malgrado atinja bens jurídicos supra-individuais ou coletivos.

Caracterizariam a delinqüência econômica a versatilidade de meios, com a utilização de dados tecnológicos qualificados, constituindo delitos de inteligência em oposição aos de violência, não só por se utilizar recursos tecnológicos, como por se valer de pessoas altamente qualificadas.

A criminalidade econômica torna-se assustadora diante da internacionalização da economia, em processo de abertura do comércio mundial.

No mesmo diapasão o informe da região européia ao IX Congresso das Nações Unidas que convém reproduzir: "Uno de los ambitos en que se observan una intensa actividad de la delincuencia transnacional organizada es la de los delitos economicos. Actualmente había mayores posibilidades de la comisión de los delitos económicos transnacionales debito a la liberalización del comercio, la eliminación de las barreras económicas y la utilización de la tecnologia y las telecomunicaciones por parte de las empresas. La combinación de esos factores también abria pasos a nuevas formas de delitos tecnológicos, en particular, delitos relacionados con la informática."

Raúl Cervini falando da criminalidade dourada a caracteriza como a praticada por quem detém *poder político* e o exerce impunemente ou que dispõe de *poder econômico* que usa em detrimento da sociedade e fora do alcance do sistema penal (grifo nosso) (op. cit., p. 185).

Outros dados fundamentais que configuram a *criminalidade dourada* são o recurso a profissionais especializados, mormente na utilização de meios tec-

nológicos, e o mais importante, sob a égide de *estratégia global*, característica esta que Cervini reputa *inerente ao crime organizado*.

A criminalidade dourada expande-se além dos destacados fatos que ofendem a ordem econômica *strictu senso*, compreendendo os delitos financeiros e as fraudes na informática, a respeito das quais hoje se tem estudos e legislação específica em diversos países europeus como Alemanha, Áustria, França (a respeito vide principalmente a coletânea organizada por Santiago Mir Puig, Delincuencia informática, Barcelona, PPU, 1992, bem como os trabalhos de Carlos M. R. Casabona, "Los delitos de daños en el ambito informatico", na "Rev. de Derecho Penal y Criminologia", v. XIII, n. 43, 1991, p. 45; Jean Spreutels, "Le vol de donnees informatiques", na "Rev. de Droit Penal et de Criminologie", n. 12, dez. 1991, p. 1.027; Marugo e Moro, "I computer crimes: una ricerca sugli atteggiamenti di un gruppo di studenti iscriitti al politecnico di Torino", na Rassegna italiana di Criminologia, ano IV, n. 2, 1993, p. 255; além do estudo de Cervini já citado).

Já nas conclusões do VII Congresso das Nações Unidas de Caracas, em 1985, constava do item 34 o seguinte: "tuttavia, poichè la tecnologia moderna può produrre nuove forme de criminalità, dovranno essere prese misure appropriate contro eventuali abusi. In particolare, poichè, i sistemi computerizzati possono fornire un accumulo di dati personali, suscettibili di essere usati per violare i diritti umani, o per commettere altri abusi"... (na coletânea dirigida por Franco Ferracuti, La dimensione internazionale della criminologia, Milão, Giuffrè, 1987, p. 155).

Merece, a nosso ver, destaque a criminalidade dourada corruptora, ou seja, a praticada por empresas detentoras de poder econômico e político que, em geral mancomunada com agentes oficiais, atingem a Administração Pública, por exemplo, cartelizando a participação em processos licitatórios, ou uniformizando preços e elevando-os injustificadamente na prestação de serviços ao Estado.

O financiamento de campanhas eleitorais por meio de grandes conglomerados ou empreiteiras, com retorno de seu investimento em benefícios governamentais futuros, colocam em co-autoria empresários e servidores públicos e agentes políticos, de que foram exemplo os recentes fatos ocorridos entre nós no governo Collor.

A fraude em concorrências públicas, com divisão da construção de trechos de uma estrada entre as concorrentes, sempre com sobrepreço dividido com as autoridades, antes, durante e depois da obra, quando do pagamento das faturas.

A criminalidade dourada praticada por meio de empresas realiza-se tendo por base elevada estrutura organizacional, dotada de hierarquia, em processo centralizado de decisões com ação descentralizada, usando de seu forte poder econômico e político, corrompendo agentes oficiais, recorrendo a profissionais especializados e meios tecnológicos, dificultando a descoberta de prova dos atos ilícitos, valendo-se, também, da ausência de repúdio de suas ousadias no meio social, no qual gozam de prestígio.

O caráter institucional do crime organizado, realçado no princípio deste trabalho como dado fundamental desta forma de delinqüência, destaca-se na forma de criminalidade dourada, porém, sob sinal inverso: a instituição não se forma nos moldes citados para cometer crimes, mas sim tem-se a mesma configuração institucional licitamente constituída para fins originalmente lícitos, da qual se valem e utilizam para a prática de ações ilícitas, que exigem estratégia global, organização, disciplina na

submissão à hierarquia da empresa, acordos com outras entidades empresariais, capacidade de intimidação por sua força econômica e política.

Não se submetem à necessidade de legitimar ganhos, porquanto, apesar de oriundos de atividades delituosas vêm revestidos de aparente legalidade.

Resta saber como enfrentar tais ações de âmbito transnacional ou nacional com os instrumentos normativos da repressão penal.

Luiz Flávio Gomes sugere, em substituição à recente lei sobre crime organizado, Lei 9.045/95, cujos defeitos a comunidade jurídica vem denunciando, que haja um aumento de pena ao crime de quadrilha ou bando se a associação for organizada, considerando-se organizada a associação que reunir no mínimo três das seguintes características: previsão de acumulação de riqueza indevida; hierarquia estrutural; planejamento empresarial; uso de meios tecnológicos sofisticados; recrutamento de pessoas; divisão funcional de atividades; conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agentes do poder público; ampla oferta de prestações sociais; divisão territorial das atividades ilícitas; alto poder de intimidação; real capacidade para a fraude difusa; conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Sem entrar na análise da proposta, que apresenta muitas virtudes e algumas imprevisões, creio que outra deveria ser a solução normativa com referência à criminalidade dourada, fugindo-se de qualquer liame com a figura da quadrilha ou bando, que exige o elemento subjetivo consistente no fim de cometer crimes que não se casa com a hipótese em análise.

Doutra parte, se a repressão deve recair sobre os dirigentes das empresas convertidas em associação criminosa, se os delitos que são cometidos cingem-se a determinadas áreas, com atingimento a bens jurídicos identificáveis, caberia estatuir a aplicação de sanção que fira os interesses mais caros destes autores, toda vez que determinados tipos de crimes forem praticados por meio da empresa.

Destarte, a sugestão é no sentido de se prever a cominação da pena de interdição do exercício do cargo ou função de diretor, gerente, membro de conselho de administração, de 6 meses a 6 anos, àquele que por meio de empresa vier a ser condenado à pena superior de 1 ano, pela prática de crime contra a fé pública, a administração pública, a ordem econômica, financeira ou tributária, bem como contra as relações de consumo e meio ambiente, sem prejuízo das penas aplicáveis ao fato típico.

Deve-ser-ia, então, criar na Parte Geral, no capítulo dos Efeitos da Condenação, art. 92 do Código Penal, um novo inciso, assim redigido:

IV- a interdição temporária do exercício de cargo ou função de diretor, membro de Conselho de Administração ou gerência, pelo dobro do tempo da condenação, nos crimes praticados, por meio de empresa, fundação, ou sociedade civil, contra a fé pública, a administração pública, a ordem econômica, financeira ou tributária, bem como contra as relações de consumo e o meio ambiente, se a pena aplicada for superior a 1 ano de reclusão.

5 — DIREITO DE TRÂNSITO

DOLO EVENTUAL, CULPA CONSCIENTE E ACIDENTES DE TRÂNSITO

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Com a violência dos acidentes de trânsito ocorridos no Rio Grande do Sul, onde ocorrem várias mortes e lesões corporais, a opinião pública passou a exercer, juntamente com a mídia, uma forte pressão no tratamento aos delitos de trânsito (chamaremos assim as lesões e os homicídios decorrentes destes acidentes). Os critérios fundamentais que se instalaram para estabelecer a responsabilidade do agente foram: embriaguez do motorista; número de vítimas; violência das lesões decorrentes do acidente. Somados esses fatos, levam o representante do Ministério Público a que ofereça a denúncia contra o agente por homicídio doloso (dolo eventual). Por sua vez, o Tribunal de Justiça, em inúmeros processos em que há recurso da sentença de pronúncia, confirma a sentença do juiz da Vara do Júri, submetendo o réu a júri popular.

Torna-se claro os resultados de tais julgamentos, onde praticamente a imprensa e a comunidade já decidiram o veredito do réu, o júri serve tão-somente para ratificá-lo, ou, tornar o julgamento legal.

O presente trabalho não visa a defesa dos agentes causadores de acidentes de trânsito, tampouco quer que seja declarada a impunidade dos mesmos. O que pretendemos é que não se distorçam os princípios elementares de Direito Penal no enquadramento da conduta dos causadores destes delitos, pois, como recentemente temos escutado, inclusive em debates no Seminário da Revisão do Decênio da Reforma Penal, realizado em abril do corrente na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é que a conduta e a violência de certos acidentes de trânsito tem reclamado uma resposta da justiça perante a sociedade, ou seja, uma punição mais severa a este tipo de criminalidade. Então, passaríamos a aceitar, em face do clamor social, que o agente embriagado e responsável pela morte ou lesões consideráveis de um número de vítimas respondesse a título de dolo eventual.

Em primeiro plano, parece que estaríamos aceitando até mesmo uma responsabilidade objetiva, tudo pela repercussão social que causou o delito cometido pelo agente. Em segundo lugar, demonstra-se, claramente, o desconhecimento de elementos fundamentais da Teoria Geral do Crime pelos operadores do direito ou, uma inserção na área legislativa, querendo criar um tipo próprio para acidentes de trânsito mais graves. Se a sociedade clama por uma maior responsabilização dos agentes causadores de mortes ou lesões no trânsito, deve-se mudar a própria lei penal, através do legislativo, que modificaria as sanções e o tratamento dos delitos de trânsito e não através do judiciário, que, como pretendemos demonstrar no presente trabalho, vem adotando posturas que não se coadunam com a melhor doutrina orientadora de nossos princípios elementares.

O principal problema a ser desenvolvido é o estudo do dolo eventual e da culpa consciente, princípios norteadores do presente trabalho e salvo melhor juízo, representam as soluções no direito penal vigente para os delitos de trânsito. Feita a distinção com clareza, o que cada instituto representa, o enquadramento legal ficaria resolvido sem maiores dificuldades, restando o problema da pena. Porém, respectivo tópico, pode o juiz resolver dentro de nosso sistema legal, ou seja, nosso direito penal é o da culpabilidade, então, quanto maior a responsabilidade do agente, maior a sua sanção penal, desde que no enquadramento correto, ou seja, pena máxima do delito culposo caso os autos não demonstrem o elemento subjetivo caracterizador do dolo, no caso, o dolo eventual.

Antes de ingressarmos no tema específico devemos analisar a influência que a mídia passou a exercer em decorrência dos acidentes de trânsito. Prisões preventivas começaram a ser decretadas não mais pela sua necessidade mas, pela saída que o juiz tem ao decretá-la por garantia da ordem pública, em virtude do apelo da opinião pública que passa a exercer forte influência nas decisões judiciais. Recentemente, tivemos notícia de prisão decretada com esse fundamento na comarca de Viamão, RS.

Em primeiro plano, devemos lembrar que a prisão preventiva decorre de um dado de valoração: necessidade. A medida de cautela só pode ser aplicada quando se revelar de imperiosa necessidade para desenvolvimento normal e eficaz do processo. Mas, observando-se os processos recentes, verifica-se uma tendência não de necessidade mas de acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça. O fato do agente encontrar-se embriagado e o número elevado de vítimas são critérios orientadores da decretação da prisão preventiva por "garantia da ordem pública". Nesse caso a medida de coerção pessoal perde o seu caráter de providência cautelar, constituindo, antes, como falava Faustin Hélie, verdadeira medida de segurança.[1]

Conforme Alberto Silva Franco, "os vários escopos conferidos à prisão cautelar a partir do conceito extremamente elástico de "garantia de ordem pública" provocaram uma verdadeira equiparação da medida instrumental de coerção pessoal às finalidades da própria pena. E a prisão cautelar, perdendo seu caráter de instrumento destinado ao desenvolvimento normal e eficaz do processo, assumiu um perfil político-ideológico, transformando-se na viga mestra da corrente criminológica "da lei e da ordem", que objetiva atender, de maneira exclusiva, às exigências da defesa social".[2]

Resta, ainda, acentuar no tocante a prisão cautelar as palavras de Grevi, citado por Alberto Silva Franco, que "a referência ao parâmetro do alarme social, de per si inidônea justificar a restrição da liberdade do acusado em vista de fins coerentes à lógica do processo, dá espaço a valoração dos elementos emotivos e irracionais que, a nenhum título, deveriam influir sobre decisões a respeito da liberdade pessoal. Sobretudo a correlação que se pretenderia estabelecer entre alarme social e periculosidade do acusado, pressupondo uma concreta apreciação das reações da opinião pública frente à sua eventual permanência em liberdade, acaba por subordinar a adoção de medidas restritivas ao concurso de fatores — como os representados pela excitação e perturbação populares — não apenas estranhos à exigências da defesa social, mas

1. Marques, José Frederico, citado por Alberto Silva Franco, Crimes Hediondos, 3.ª ed., RT, 1994, p. 80.

2. Franco, Alberto Silva, Crimes Hediondos, 3.ª ed., RT, 1994, p. 80.

também suscetíveis de fácil manipulação por obra de grupos de pressão interessados num determinado andamento do processo". Por outro lado, se o sacrifício da liberdade pessoal se verificar em razão do clamor público derivado da gravidade do delito, não se poderá fugir à conclusão de que "a autoridade judiciária competente para decidir sobre a liberdade pessoal do acusado se encontra praticamente sem defesa diante da onda crescente da emotividade popular, ficando por isso perigosamente exposta à tentação de segui-la, até mesmo *contra conscientiam*".

Portanto, nos casos de acidentes de trânsito onde a prisão é decretada sob fundamento da "garantia da ordem pública", concluímos por uma antecipação da pena ou periculosidade do agente, visto que deixa de ser medida intraprocessual, passando a ser medida penal antecipada. É evidente que estamos tratando de réus dentro dos parâmetros traçados por esse trabalho, ou seja, quando não restasse qualquer outro fundamento para que o juiz segregasse a liberdade do acusado. Torna-se importante adentramos nesse tema, visto que vislumbrado pelo juiz o possível dolo eventual (informação na maioria das vezes baseada no número de vítimas e embriaguez), o agente sofrerá o ônus da prisão. Portanto, vítimas e álcool são fatores decisivos para a providência cautelar segregatória, desrespeitando-se critérios informador da necessidade da medida cautelar.

A propósito, Antônio Magalhães Gomes Filho, citando Warat, coloca que a expressão "ordem pública" cuida-se de uma expressão estereotipada, portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos; assim, quando o legislador a utiliza está autorizando os juízes a emitirem, em suas sentenças, definições persuasivas que, "sob a aparência de definições empíricas, encobrem juízos de valor".[3]

A ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em "exemplaridade", no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a prática delituosa ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado.[4]

Gomes Filho diz que parece evidente que nessas situações a prisão não é um "instrumento a serviço do instrumento", mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade.[5]

O apelo à exemplaridade, como critério de decretação da custódia preventiva, constitui seguramente a mais patente violação do princípio da presunção da inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada a *priori*.[6]

Essa incompatibilidade se revela ainda mais grave quando se tem em conta a referência à função de pronta reação do delito como forma de aplacar o alarme social; aqui se parte de um dado

3. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar, 1991, p. 66.
4. Ob. cit., p. 67.
5. Ob. cit., p. 68.
6. Ob. cit., p. 68.

emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima à idéia de justiça sumária.[7]

Embora o trabalho não diga respeito exatamente ao tema da prisão cautelar, necessário que se discorresse sobre o tema, visto que, como já salientado, algumas prisões decorrentes de acidentes de trânsito no Rio Grande do Sul têm sido decretadas sob tal fundamento e, nesse sentido, as lições sobre prisão cautelar do Prof. Gomes Filho não poderiam ser esquecidas. Superada esta etapa, adentraremos no tema específico: dolo eventual e culpa consciente.

Como o trabalho tem por objeto uma distinção entre dolo eventual e culpa consciente, deixaremos o estudo do dolo direto afastado, visto que no presente caso não nos representa interesse.

Com efeito, a categoria do dolo direto não pode abarcar todos os casos nos quais o resultado produzido, por razões de política criminal, deva ser imputado a título de dolo, ainda que o querer do sujeito não esteja referido diretamente a esse resultado. Fala-se aqui de dolo eventual. No dolo eventual o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas "conta com ele", "admite sua produção", "assume o risco" etc. Com todas essas expressões pretende-se descrever um complexo processo psicológico no qual se mesclam elementos intelectivos e volitivos, conscientes ou inconscientes, de difícil redução a um conceito unitário de dolo ou culpa. O dolo eventual constitui, portanto, a fronteira entre o dolo e a negligência ou culpa e dado o diverso tratamento jurídico de uma ou outra categoria é necessário distingui-las com maior clareza.[8]

Para a distinção entre o dolo eventual e a negligência foram formuladas várias teorias, entretanto, ficaremos com duas que reputamos as mais importantes: *a teoria da probabilidade e a teoria da vontade ou do consentimento.*

A teoria da probabilidade parte do elemento intelectivo do dolo. Como é difícil demonstrar no dolo eventual o elemento volitivo de querer o resultado, a teoria da probabilidade admite a existência de dolo eventual quando o autor representa o resultado como de muito provável produção e, apesar disso, atua, admitindo ou não essa produção. Se a probabilidade for remota ou mais longínqua, haverá culpa ou negligência com representação.[9]

A teoria da vontade ou do consentimento atende o conteúdo da vontade. Para esta teoria não é suficiente que o autor situe o resultado como de produção provável, mas é preciso que, além disso, diga: "ainda que fosse certa sua produção, atuaria" (fórmula de Frank). Há. ao contrário, culpa se o autor, ao haver representado o resultado como de produção certa, tivesse deixado de atuar.[10]

Contra a teoria da probabilidade afirma-se que deixa sem valorar uma parte essencial do dolo: o elemento volitivo que, por outra parte, nem sempre a alta probabilidade de produção de um resultado obriga a imputá-lo a título de dolo (pense-se nas intervenções cirúrgicas de alto risco). Muñoz Conde conclui que é preferível a teoria da vontade, porque, em última instância, todo o problema do dolo desemboca amplamente na de-

7. Ob. cit., p. 68

8. Cf. Muñoz Conde, Francisco, Teoria Geral do Delito, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, p. 60.

9. Muñoz Conde, ob. cit., p. 60.

10. Idem.

monstração do querer o resultado, sendo insuficiente a simples representação de sua produção provável. A demonstração desse querer suscita, na prática, certamente problema de prova, mas nem por isso dele se prescinde.[11]

Portanto, somente a prova contida nos autos é que demostrará o elemento subjetivo do agente, o que não leva a crer que a embriaguez e o número de vítimas determinem elemento subjetivo, pois devemos perquirir se no caso concreto, ainda que fosse certa a produção, o sujeito agiria. Se a resposta for afirmativa, estamos frente ao dolo eventual, caso contrário, continuamos adotando a opinião que se trata de culpa consciente. O fator decisivo está, acertadamente, na vontade do agente. Para os defensores de que há sempre dolo eventual nos casos de embriaguez do sujeito conjugada com outros elementos (excesso de velocidade, números de vítimas etc.) conclui-se que estes adotam a teoria da probabilidade, visto que, ao ingerir bebida alcóolica o sujeito representa o resultado como de muito provável produção e, apesar disso, atua, admitindo ou não essa produção. Portanto, para os seguidores da teoria da probabilidade, a ingestão de bebida alcóolica seria também o marco para a responsabilidade objetiva por dolo (eventual) do causador do acidente de trânsito, visto que não mais se perquire o "querer do agente", ou seja, a vontade.

Welzel, por sua vez, já mencionava que delimitar o dolo eventual da culpa consciente era um dos problemas mais difíceis e discutidos do Direito Penal. A razão desta dificuldade está em que o querer é um fenômeno anímico originário último, que não pode ser reduzido a outros processos anímicos — nem emocionais, nem intelectuais e que por isso só pode ser circunscrito, porém não propriamente definido.[12]

No entanto, Juan Bustos Ramírez, com precisão afirma o seguinte: "se trata, pues, de una diferencia sólo en un momento subjetivo, de distintos elementos subjetivos específicos en cada caso, pero la sustancialidad (riesgo y falta de cuidado) en uno y otro caso es la misma, por eso el dolo eventual es aó culpa con representación, pero con una actitud de contar con (o decidirse por la realización que lleva a afetar un bien jurídico, lo que Engisch llamaba indiferencia frente al bien jurídico)".[13]

Não nos parece que o autor do delito de trânsito, mesmo embriagado, conte com o risco de matar ou ferir pessoas, pois caso aceitasse tal produção, evidente que estaríamos frente ao dolo eventual. Tampouco haveria indiferença pelo autor em relação ao bem jurídico tutelado. Embora Welzel coloque a dificuldade de estabelecermos o "querer" do agente no caso concreto, posto que se trata de fenômeno anímico, parece que tão-somente nos casos que restasse claramente evidenciado esse "querer" que poderíamos falar em dolo eventual. E, esse "querer", deve ser buscado no fim último do agente, ou seja, quando houver a causação do resultado é que se deve perquirir qual era o seu "querer", visto que não havendo por parte do agente sequer a representação positiva do resultado, não se configura o dolo, restando, assim, a culpa.

A conjugação da consciência e da vontade representa o cerne do dolo e esses dois momentos definidores não são estranhos ao dolo eventual que, como observa Díaz Palos, "es dolo antes que eventual" (Dolo Penal, Bar-

11. Ob. cit., p. 61

12. Derecho Penal Aleman, Hans Welzel, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 83.

13. Manual de Derecho Penal Español, Parte general, Ariel Derecho, Barcelona, 1984, p. 270.

celona, p. 97). E, por ser dolo e, desta forma, por exigir os dois momentos, não pode ser conceituado com o desprezo de um deles, como fazem os adeptos da teoria da probabilidade, que se desinteressam, por completo, do momento volitivo. Assim, não basta para que haja dolo eventual que o agente considere sumamente provável que, mediante seu comportamento, se realize o tipo, nem que atua consciente da possibilidade concreta de produzir o resultado, e nem mesmo que torne a sério o perigo de produzir possível conseqüência acessória. Não é exatamente no nível atingido pelas possibilidades de concretização do resultado que se poderá decretar o dolo eventual e, sim, numa determinada relação de vontade entre esse resultado e o agente. Daí a posição mais correta dos defensores da teoria do consentimento que se preocupam em identificar uma manifestação de vontade do agente em relação ao resultado. Tolerar o resultado, consentir em sua provocação, estar a ele conforme, assumir o risco de produzi-lo não passam de formas diversas de expressar um único momento, o de aprovar o resultado alcançado, enfim, o de querê-lo.[14]

Com efeito, não é possível afirmar, como querem alguns aplicadores do direito de nosso Estado, que da conduta daquele que se embriaga, dirige em velocidade elevada e fere ou mata mais de uma pessoa, que estaria agindo com dolo eventual, visto que em tal conduta não há manifestação de vontade do agente em relação ao resultado. Não se pode afirmar que os fatores descritos (embriaguez e velocidade) sejam vistos como consentimento do agente para o resultado.

Parece correta a doutrina, agora predominante, de que existe dolo eventual, quando o autor não se tenha deixado dissuadir da execução do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado e sua conduta justifique assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformado com risco de realização do tipo, antes até concordando com a concorrência do evento do que renunciando a prática da ação.[15]

Paulo José da Costa Júnior coloca que o dolo eventual exigiria, de parte do agente, a aprovação ou consentimento ou, quando ao menos, um comportamento de absoluta indiferença. Contudo, é a vontade e não a representação a essência do dolo eventual. A decisão de agir, mesmo com a possibilidade de realização do evento, configura uma situação psicológica impregnada de volição; uma decisão da vontade diante do evento previsto como possível, ainda que indiferente ou até incômodo.[16]

Nelson Hungria, em sua obra histórica, colecionava um exemplo interessante e que marca a divisão correta a ser feita entre o dolo eventual e culpa consciente: "Um motorista, dirigindo o seu carro em grande velocidade, já em atraso para atender ao compromisso de um encontro amoroso, divisa à sua frente um transeunte, que, à aproximação do veículo, fica atarantado e vacilante, sendo atropelado e morto. Evidentemente, o motorista previu a possibilidade desse evento; mas, deixando de reduzir ou anulando marcha do carro, teria aceito o risco de matar o transeunte, ou confiou em que este se desviasse a tempo de não ser alcançado? Na dúvida, a solução não pode ser outra senão do reconhecimento de um ho-

14. Cf. Franco, Alberto Silva, Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 2.ª ed., RT, 1987, p. 44.

15. Cf. Wessels, Johannes, Direito Penal, Parte Geral, Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 53.

16. Curso de Direito Penal, vol. 1, Parte Geral, Saraiva, 1992, p. 88.

micídio simplesmente culposo (culpa consciente)".[17]

Hungria ainda enfatizava que a posição adotada pelo Código (Decreto-lei 2.848, de 7 de setembro de 1940), pela leitura da exposição de motivos, era a de que o Código adotava a teoria do consentimento.[18]

Conforme o exposto até o presente, verificamos que adotada a teoria do consentimento, que parece a mais correta, não restaria como enquadrarmos o agente causador de delito de trânsito que estivesse embriagado ou em excesso de velocidade na modalidade de dolo eventual, como querem alguns aplicadores do direito no Rio Grande do Sul. Restaria, então, o enquadramento correto de referidas condutas, a menos, é claro, que os autos demonstrem o dolo. Portanto, parece-nos que nos casos do presente trabalho, o agente só pode ser punido a título de culpa, mesmo porque, a distinção de culpa consciente e dolo eventual é fronteiriça, mas é necessário que se realize tal distinção, sob pena de ratificarmos a errônea aplicação do direito penal em nosso Estado.

A culpa consciente ocorre quando o agente prevê o resultado, mas espera, sinceramente, que não ocorrerá. Há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele a afasta por entender que evitará, que sua habilidade impedirá o evento lesivo que está dentro de sua previsão.[19]

Assim, mister que se faça tal distinção sobre a conduta do agente, perquerindo-se a respeito de sua intencionalidade (vontade) no momento da causação do resultado danoso, visto que não será a embriaguez, o número de vítimas ou excesso de velocidade, entre outros motivos, que delinearão a imputação ao acusado, mas, tão-somente, o seu consentimento para a produção ou não do resultado típico.

O problema fundamental para os aplicadores do direito em nosso Estado, que se filiam nesses casos a imputação do dolo eventual é de que a pena imposta a título de culpa é pequena em relação ao dano causado pelo agente, então, adota-se a solução de modificação da teoria do crime, ou, adota-se a teoria da representação, visto que, dessa maneira, torna-se possível que o agente receba uma pena mais elevada e, assim, estariam com a impressão de que o problema dos acidentes de trânsito estaria resolvido, até mesmo em face da repercussão de reprimenda penal imposta. Esquecem-se que na maioria dos casos os aumentos de pena nunca funcionaram como forma de evitar a criminalidade (a respeito, veja-se a lei dos crimes hediondos) e, que na mais variada das vezes, a lei acaba por incidir em "determinados casos" e não de maneira uniforme, em face dos próprios meios de controle social.

Assim, a solução é clara dentro de nosso sistema penal vigente e está com o próprio juiz que julgará o processo. Esclarecemos. O nosso Direito Penal é o da culpabilidade e, culpabilidade nada mais é do que censurabilidade, reprovabilidade, juízo de pura censura e reprovação sobre a conduta do réu. Então quanto mais censurável for a conduta do réu (embriaguez, excesso de velocidade, número de vítimas), maior poderá ser a reprimenda penal imposta pelo juiz ao aplicar a pena, dentro do delito culposo, ou seja, se a conduta do réu for extremamente censurável, aplica-se a pena máxima do delito culposo, não se falando, nesse caso, em dolo eventual. A pena aplicada é do delito culposo, devendo ser dosada de acordo com a culpabilidade do acusado.

17. Comentários ao Código Penal, v. I, Tomo 2, arts. 11 a 27, Edição Revista Forense, 1953, p. 115.

18. Ob. cit., pp. 117/118.

19. Cf. Mirabete, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, v. 1, Parte Geral, 7.ª ed., Atlas, p. 143.

5 — DIREITO DE TRÂNSITO

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E LESÃO CORPORAL

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

Sobre este tema reiteramos nossos artigos publicados em JTACrim/SP, mar.-abr./78, Revista Trânsito n.º 4, RT junho 1977, Revista Trânsito n.º 3 e ainda remetemos o leitor à obra Doutrina, Legislação e Jurisprudência do Trânsito (Saraiva, 3.ª ed., especialmente pp. 206/232). A bibliografia estrangeira sobre o assunto é vasta, em contraposição aos estudos nacionais, bastante incipientes, enquanto a jurisprudência atende especialmente os arts. 34 e 62 da LCP, 121, § 3.º, e 129 § 6.º do CP. Na parte administrativa destacamos o Código Nacional de Trânsito e Resolução n.º 737/89 do CONTRAN.

O condutor embriagado, envolvido em acidente de trânsito a que deu causa, responde penalmente pelo sinistro, já que a ingestão de bebida alcoólica afeta os reflexos, a atenção e a avaliação das situações a serem enfrentadas na via pública. "Che l'alcool aumenti la periculosità di guida è ampiamente demonstrato ed accettato da tutti gli studiosi, e, soprattuto, é opinione comune che l'alcool e la guida si scludono reciprocamente. La Frankfurter Rundschau nel marzo 1968 ha affermato che el male deve essere attacato alla radice e che è necessario adottare la formula categorica di "zero grammi", contrariamente a tutti i tassi limiti di alcoolemia compatibili legalmente" (Alcool e Traffico — Revista Giuridica Della Circolazione e dei Transporti — luglio/ottobre, 1970 — Carmine Melino, pp. 305/313).

A prova da embriaguez é feita por qualquer meio técnico científico que possa avaliar o teor alcoólico do condutor, como declara a Resolução n.º 737/89. Far-se-á também pelo testemunho. Dois vetustos julgados do Tribunal de Alçada de São Paulo merecem reparos, tendo-se em conta que se afastaram do comum entendimento dos pretórios, nas decisões sobre embriaguez ao volante.

Na Apelação n.º 7.583, da Capital, a Corte, em breve acórdão, acolheu o pronunciamento do Procurador de Justiça, nos seguintes termos: "Entre a prova pericial que, no caso, não é absoluta, e a prova testemunhal que constata uma situação de fato, penso que esta deve prevalecer" (RT 252/376). Acompanhando a decisão de 1956, outra Câmara, na Apelação n.º 61.463, de Araraquara, afirmou em 1973: "O exame de laboratório admitindo tratar-se de embriaguez, por ter encontrado 3,7 gramas de álcool por litro de sangue, não é o bastante para se concluir pelo estado etílico". Resultou, desse julgamento, a ementa: "Entre a prova pericial da embriaguez e a testemunhal, contestando-a, deve prevalecer esta, para o fim de ser o réu absolvido" (RT 462/376). O acórdão trazido à colação no julgado de 1973 (RT 252/586), é justamente o acórdão paradigma de 1956. Quanto ao citado como "no mesmo sentido, 277/586", nada tem a ver com o caso em exame.

A prova testemunhal é perfeitamente válida quando assegura o estado de embriaguez, embora o mesmo não se possa dizer quando é pela negativa. Sustentar que o testemunho é superior ao laudo pericial, *data venia*, está em desacordo com tudo quanto a experimentação científica demonstra como certeza. "Nada tem de científico — escreveu o juiz Azevedo Franceschini — orientação que, na verificação de embriaguez sobrepõe a prova testemunhal à pericial. A ausência desta contudo, não impede o reconhecimento da contravenção" (RT 468/359).

Flaminio Favero na obra Medicina Legal, 2.ª ed., 1942, define os peritos como pessoas entendidas e experimentadas em determinados assuntos e que, designados pela justiça, recebem a incumbência de ver e referir fatos de natureza permanente cujo esclarecimento é de interesse num processo. Cabe-lhe o *visum et repertum* segundo antiga expressão. Daí se deduz logo — afirma o Mestre — que há evidente diferença entre peritos e testemunhas. A testemunha, em geral, não é um técnico e não vê com função oficial. O perito deve ser sempre técnico no assunto a esclarecer e a sua atuação se forra de função oficial. A função do médico avulta com freqüência nas perícias; e tão freqüentes e difíceis são os casos a esclarecer que fizeram surgir — segundo Alcântara Machado — a medicina legal como ramo distinto de outros ramos de conhecimento (ob. cit., p. 26).

Subsistem, pois, a prova testemunhal e a perícia médica, mas de modo algum se poderá afirmar que a primeira desacredita a segunda. "No indivíduo vivo, o diagnóstico da embriaguez alcoólica não se faz apenas pela dosagem alcoólica, mas, também, pela observação comum (prova testemunhal, exame clínico e testes)" (Rel. Cunha Camargo, JTACrim 33/397). E ainda: "Em matéria de embriaguez, são provas hábeis à sua comprovação, tanto o laudo de exame clínico, fundamentado de acordo com quesitos previamente estabelecidos e subscrito por profissionais médicos, como os depoimentos das testemunhas, que derivam da observação primeira do estado etílico do acusado, a qual observação clínica depois se seguirá" (TACrim/SP, Rel. Luiz Ambra, RJD 14/67). "O exame de dosagem alcoólica não é o único meio hábil para o diagnóstico da embriaguez. O exame clínico para sua verificação também o é, notadamente quando ela é percebida pelo cheiro que exala o réu" (RT 543/381 e ainda RT 538/379). "É sabido que a melhor prova do estado de embriaguez é a testemunhal, já que informa as condições físicas do indivíduo embriagado, muito conhecidas pelo andar inseguro, as palavras incoerentes e confusas" (RT 575/396).

Nossa legislação não cuidou de estabelecer porcentagens de álcool na circulação sangüínea, e nem quanto ao ar alveolar expirado, impregnado de álcool. Para a verificação administrativa o CONTRAN, na Resolução 737/89 estabeleceu que a concentração de oito decigramas de álcool por litro de sangue, ou 0,4 mg por litro de ar expelido dos pulmões comprovam que o condutor se acha sobre influência do estado de embriaguez. A fixação procura estabelecer uma regra para o art. 89, III, do CNT, assim redigido: "É proibido a todo condutor de veículo: Dirigir em estado de embriaguez alcoólica ou sobre o efeito de substância tóxica de qualquer natureza". Tal Resolução revogou a de n.º 476/74, mais ou menos nos mesmos termos, mas que não se referia à porcentagem do ar alveolar.

A legislação estrangeira, diferentemente do Brasil, tem fixado as porcentagens nacionais sobre o estado de embriaguez, mas também como aqui não existem informações avaliadoras dos efeitos das substâncias tóxicas de

qualquer natureza. As decisões transcritas na magnífica Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial, 5.ª edição, RT, não questionaram os efeitos, limitando-se apreciar o uso e porte das substâncias e exame toxicológico do material apreendido.

Sendo discutível a legalidade das porcentagens estabelecidas pelo CONTRAN, na Resolução 737/89, entendemos que para outros fins que não o administrativo (art. 89, III, do CNT) não tem validade a porcentagem estabelecida pelo órgão normativo de trânsito. A comprovação da embriaguez, portanto, para os fins de Lei Penal e das Contravenções, não tem vinculação com a mencionada decisão.

A doutrina e a jurisprudência italianas diferenciam as expressões "ebbrezza" e "ubbriachezza"; a primeira usada no *Codice Della Strada* e segunda no *Codice Penale. Ebbrezza* tem um significado mais amplo do que *ubbriachezza*, pois compreende o estado de quem, pela ingestão, ainda que módica de álcool, torna-se em estado de excitação psíquica, que pode tornar perigosa a direção de veículos (Anton Aldo Abrugiati e Vincenzo Di Cio — Codice Della Strada annotato — 4.ª ed., Giuffré, p. 447).

Foram os países escandinavos os primeiros a sentir a necessidade de reprimir esta grave causa de insegurança no trânsito, como delito autônomo. Desde 1926 a Noruega erigiu em ilícito penal a ação de conduzir veículo motorizado, sob a influência de bebida alcoólica, punindo-a com multa ou prisão até um ano, apreensão da Carteira no mínimo por um ano e cassação na reincidência. O exemplo foi seguido pela Finlândia, depois Suécia, Dinamarca e daí para inúmeros países. Legislações estrangeiras, ainda mais cautelosas, não restringiram a repressão aos veículos motorizados. A lei francesa mencionou apenas "dirigir veículos", incluindo portanto qualquer veículo, inclusive de propulsão humana ou tração animal. A lei holandesa declara expressamente "veículo a motor ou bicicleta". Enquanto o CP de 1969 estabelecera no art. 287 como crime autônomo "dirigir veículo motorizado encontrando-se em estado de embriaguez por bebida alcoólica ou qualquer outro inebriante", no anteprojeto Nelson Hungria (art. 138) bastava dirigir "sem estar em condições de fazê-lo, por haver abusado de bebida alcoólica ou de qualquer outro inebriante" (Valdyr de Abreu, Direito Penal do Trânsito, Forense, 1987, p. 181).

Entendemos que, não obstante a Resolução 737/89, a direção de veículos sob a influência do álcool, ainda que em mínima proporção, pode tipificar a contravenção do art. 34 ou, no acidente de trânsito, pode demonstrar a culpa do condutor por imprudência. Mais uma vez nos ensina Valdyr de Abreu: "Não se suponha que só a embriaguez completa seja incompatível com a atividade de conduzir veículos. Quando ela é profunda torna mesmo impossível a ação de dirigir. O perigo surge no extremo oposto antes da fase de euforia. O paciente já perde a precisão na estimativa das distâncias e das velocidades" (Direção Defensiva, José Olympio, Cap. VII).

Para o efeito de apuração da embriaguez, mediante extração do sangue, entendemos legítima a recusa do cidadão, inclusive aquele envolvido em acidente, ou surpreendido na rotina do policiamento, por não existir lei a respeito da obrigatoriedade do exame de sangue, valendo, para tanto, o princípio da legalidade firmado no art. 5.º, II, da Constituição Federal. Tal princípio, inscrito na Lei Maior, é inviolável, mesmo a pretexto de apuração de crime de ação pública, tanto mais que é regra de direito que ninguém está obrigado a produzir prova contra si. Consulte-se, a

respeito, "Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro" (Rogério Lauria Tucci, Saraiva, 1993, p. 39). A propósito e por analogia permitida, confira-se "O interrogatório do réu e o direito ao silêncio" de David Teixeira de Azevedo in RT 682/285.

Verificada, entretanto, pelo exame visual (*ictu oculi*), e pela aparência do condutor, o agente da autoridade de trânsito, nos termos do § 5.º do art. 199 do RCNT deve diligenciar a sua apresentação à autoridade policial competente, para que se resolva sobre a conseqüente responsabilidade penal.

Pelo mesmo fundamento acima mencionado será legítima a recusa ao uso do bafômetro (ar alveolar) e à coleta da urina para comprovação da embriaguez, porque na verdade são atos que dependem de assentimento pessoal do suposto embriagado. Nada impede, todavia, que a verificação seja pelo exame clínico e pela prova testemunhal. A Lei 9.099 de 26.06.95 por certo facilitará o procedimento quanto as contravenções e infrações de menor potencial ofensivo.

Um pormenor não deve ser esquecido, quanto à conduta dos médicos que cuidam das emergências. Apresentado o paciente envolvido em acidente de trânsito, sem consciência para ser interpelado, e sem parentes que supram a autorização pessoal, pode e deve o médico efetivar a coleta do sangue, para apuração do limite sangüíneo do álcool, tendo em conta que o resultado desse exame é que indicará a medicação e até o anestésico a ser aplicado na operação de salvamento de vida. Salientamos que, em tais casos, a ficha hospitalar se abriga no princípio do segredo médico, já que o indivíduo se torna paciente, e, como tal, nada pode ser divulgado, a não ser por requisição judicial; e mesmo assim sem que os dados sirvam para a incriminação do atendido. Esclarecemos, contudo, que essa ficha poderá ser usada, como defesa, em eventual imputação de erro médico, no atendimento do paciente.

Consoante lição de Luis Jimenez de Asua (Tratado de Derecho Penal, 3.ª ed., Tomo IV): "A intervenção necessária para salvar a vida ou evitar o perigo de morte está plenamente justificada ainda que sem o consentimento do enfermo". Mais adiante afirma o jurista: "Quando o tratamento é absolutamente necessário e com grande porcentagem de bom êxito, o médico pode e deve intervir", referindo-se ao "direito de curar" e invocando, para o sistema penal brasileiro, o art. 146, § 3.º, inciso I, do CP. No mesmo sentido a doutrina de Eugenio Cuello Calon (Derecho Penal, Tomo II, 1952, p. 497): "Em caso de extrema urgência, quando a perda de tempo pode originar a morte ou um grave dano a vida, ou a saúde do paciente, o médico poderá operar sem o requisito do consentimento do operado ou de seus parentes ou representantes legais. Anibal Bruno escreveu "O atuar do agente não é apenas não punível por não culpável; a sua separação da natureza do verdadeiro crime é mais profunda, por que ele não penetra sequer na zona da ilicitude. Não seria de modo algum razoável que uma função de tamanha importância como o exercício da medicina tivesse os fatos resultantes da sua prática embora regular e eficiente como antijurídicos, precisando para eximir-se de punição recorrer ao elemento subjetivo do agente".

Aproveitando a citação de Schaefer, o mesmo autor ensina: "É exato que o médico escapa ao ilícito porque se mantém dentro do risco permitido, mas só lhe é permitido afrontar esse risco porque o Estado lhe reconhece a faculdade de praticar a arte de curar com as eventualidades de dano que lhe são inerentes, e desse modo torna legítima a sua intervenção e exclui a antijuridicidade do fato típico que daí resulte.

Essa é a razão final da justificativa. A noção do risco permitido valerá apenas para a delimitação da atividade do médico dentro da licitude" (Direito Penal, tomo 4.º, 1.ª ed. , p. 196). Nelson Hungria (Comentários ao CP, vol. V, 2.ª ed., p. 310) ensina que o objeto da tutela penal é o bem jurídico da integridade física, esclarecendo que por estar em jogo um interesse social, é de todo irrelevante, para excluir o crime o consentimento do ofendido.

Ainda a respeito da recusa para colheita do sangue o Boletim do IBCCrim (n.º 31 — julho 1995) publica comentários do magistrado Alexandre Alves Lazzarini, a propósito da perícia hematológica na investigação de paternidade. A jurisprudência citada é dirigida evidentemente para o âmbito do Direito Civil, mas reforça a tese de que sem a lei própria não pode o agente ser obrigado a submeter-se ao exame de alcoolemia, quando envolvido em acidente de trânsito, por se tratar de uma lesão ao seu corpo ou à sua saúde. Conferindo-se a variada jurisprudência sobre embriaguez ao volante, verifica-se em muitos casos que a prova positiva da embriaguez é simplesmente testemunhal, já que é notório o conhecimento vulgar para detectar os sintomas do álcool no organismo das pessoas. Na maioria dos acidentes a culpa é declarada como imperícia ou imprudência do condutor, quando na verdade a causa primeira da conduta terá sido a embriaguez, ainda que leve e a ponto de iludir o observador. A própria fadiga ou a sonolência constituem fatores contributivos para o acidente, e podem ser decorrentes da ingestão de álcool nas paradas do percurso. As estatísticas sobre a alcoolemia, e as afirmações de exagero que alguns atribuem aos casos conhecidos, se devem, como anota Roger Piret, à conspiração do silêncio que com freqüência adotam as autoridades, as testemunhas e os advogados.

Como a prova de sangue não é obrigatória resulta difícil conseguir certos dados (Psicologia del Automovilista y Securidad Vial, Ed. Dossat, Madrid, tradução de m. Arias Paz, p. 64). O mesmo autor adverte que se deve resguardar do "otimista": o homem simplesmente alegre é o perigoso (p. 65). Luciano Zanaldi afirma que "Per arrivare al tasso di 0,8% bisogna che durante un pasto leggero una persona di 70 chili circa beva mezzo litro di vino ovvero un litro di birra". "Mi pare che non si impongano particolari sacrifici con la adozione di un tale tasso limite neppure a coloro i quali (come gli italiani) hanno I' abititudine di pasteggiare con vino" (Alcool e traffico stradale, Giuffré, 1972, p. 88). Jose Alves Garcia, mencionando Braudt, afirma que esse autor constatou que a maioria de acidentes de automóvel e motocicleta ocorre com uma alcoolemia entre 0,1 e 0,15% (Psicopatologia Forense, 1945, p. 396). Citando Sydney Selenick informa o mesmo autor: "A alcoolemia de 0,2% exterioriza-se como embriaguez leve; entre 0,2 e 0,3% a ebriedade é manifesta, sob a forma de alterações do humor, de loquacidade, brejeirice, mordacidade, atitudes párvoas, ou irritabilidade e tendência à rixa, com maiores ou menores distúrbios de locomoção; de 0,3 a 0,4% condiciona a incerteza ou impossibilidade de expressão verbal, com fala espessa ou pastosa e sonolência; entre 0,4 e 0,5%, a maioria dos indivíduos perdeu toda a atividade voluntária e caiu em estado estuporoso; a etilemia acima de 0,5% produziu em todos os pacientes o coma alcoólico.

6 — CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

A RECUPERAÇÃO DOS SENTENCIADOS E A QUESTÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO *VERSUS* PARECER DAS COMISSÕES TÉCNICAS DE CLASSIFICAÇÃO

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

Introdução — 1. O exame criminológico: suas limitações e grau de confiabilidade — 2. Algumas considerações sobre a questão da recuperação do sentenciado — 3. A natureza e relevância dos pareceres das Comissões Técnicas de Classificação frente a questão da recuperação — Conclusão — Bibliografia

Introdução

Dias atrás, vi-me interpelado pelo Diretor do Centro de Observação Criminológica (C.O.C.), Dr. Élio Nepomuceno, que me dirigiu as seguintes questões: "O que é recuperação? Quando podemos dizer que um preso está recuperado? O preso se recupera? E nós, nós nos "recuperamos"? Questões por demais intrigantes. Elas nos reportam a outras intrincadas indagações: o preso se recupera ... de quê? Se ainda presentes aquelas condições subjetivas que, supostamente, colaboraram para a eclosão de sua conduta delinqüente, concluir-se-ia então pela não-recuperação, deduzindo-se o prognóstico de reincidência e vendando-se, conseqüentemente, a concessão dos benefícios legais? A recuperação supõe a superação dessas tais condições subjetivas, cuja perquirição é objetivo fundamental e "típico" do exame criminológico? E, caso se pressuponha que a recuperação ou algo de recuperação possa ocorrer, como detectá-la? Será que essa recuperação ou esse "algo de recuperação" não poderá escapar ao rasteio dos "radares periciais" do exame criminológico? Mesmo porque o seu objetivo primordial é a investigação da dinâmica criminal, das condições motivadoras da conduta criminosa. Não é, em primeiro plano, a investigação da recuperação, mas, sim, a investigação dos "fatores de crime".

Pretende o presente trabalho oferecer algumas contribuições para a discussão dessas questões acima. Abordar-se-á inicialmente o exame criminológico: as exigências técnicas para que se possa ter um diagnóstico criminológico e o conseqüente prognóstico criminológico. A seguir, discutir-se-á a crucial questão da recuperação do sentenciado: como entendê-la, os problemas de sua aferição. Num terceiro e último item, será enfocado o parecer das Comissões Técnicas de Classificação (C.T.C.): sua fundamental importância como alternativa de avaliação técnica, diversa da que oferece o exame criminológico, mais eficaz no que diz respeito à aferição da recuperação, e, como tal, a ser ainda incrementado no sistema.

1. O exame criminológico: suas limitações e grau de confiabilidade

O exame criminológico é uma perícia que, conforme preceitua a Lei de Execu-

ção Penal, deveria ser feita logo no início da execução da pena. Tal precocidade nos parece tecnicamente imprescindível, pois, quanto mais próxima temporalmente do fato ocorrido estiver a avaliação, supostamente menos alteradas estarão as condições pessoais do agente e maior segurança haverá em se estabelecerem os nexos entre elas e a conduta criminosa. De tal sorte que, inocorrendo essa perícia *ab initio*, que solidez terão as perícias futuras em estabelecer os supostos "nexos causais", já que não contarão com a primeira como marco de referência? De fato, àquela altura, poderá estar alterado, ou até profundamente alterado, aquilo que eu chamaria de "local psicológico do crime", ou seja, aquelas condições pessoais e personalísticas *nas quais* (e não necessariamente *em função das quais*), o preso cometeu o crime. Nesse caso, não mais se estará fazendo uma perícia criminológica, propriamente, e sim um exame técnico interdisciplinar, que investiga as características pessoais e personalísticas de alguém que cometeu crime ou crimes. Na medida em que não se pode concluir pelo "nexo causal" entre essas características e a conduta criminosa, na linha do chamado "diagnóstico criminológico", também não se pode, a partir da constatação de tais características, concluir pela probabilidade de reincidência, na linha do chamado "prognóstico criminológico". Se inviáveis o diagnóstico e prognóstico criminológicos, descaracterizado fica o exame criminológico.

Não há que se negar a real importância e alcance, do ponto de vista do diagnóstico e prognóstico criminológicos, das condições subjetivas. Assim, poderíamos citar, à guisa de exemplo, entre os múltiplos dados referentes à personalidade (restringindo-nos, pois, à área psicológica), as seguintes condições subjetivas desfavoráveis: personalidade imatura, ego frágil, primitivismo, agressividade, impulsividade, baixa resistência às frustrações, perspectivas inconsistentes de futuro, etc. Entretanto, o fato de se reconhecer que cada um desses traços tem sua importância para a perícia criminológica, não nos permite, por si só, concluir pelo prognóstico de reincidência, a partir de sua constatação. Algumas ressalvas parecem oportunas e necessárias de serem feitas.

Antes de mais nada, há que se ter um mínimo de garantia para se assegurar que a característica observada já existia a época dos fatos, que a mesma não acabou resultando de experiências posteriores, sobretudo das experiências do processo de prisionização. Aspectos regressivos que, *a posteriori*, advêm à conduta do sentenciado, produtos de sua experiência carcerária, não lhe podem ser imputados como "causas" de sua conduta criminosa, ainda que muito sedutora e teoricamente sustentável a aparente compreensão que a constatação de tais aspectos regressivos nos permite ter dessa conduta criminosa.

Ainda, para que o "liame causal" entre uma característica observada e a prática criminosa possa ser estabelecido com um mínimo necessário de segurança científica, é mister que essa característica esteja inserida numa constelação significante de outras características e fatores, na qual sua constatação venha contribuir claramente para se compreender e se elucidar, do ponto de vista das condições pessoais do agente, não a conduta criminosa, em termos genéricos, mas *aquela* conduta *daquele* indivíduo, para *aquele* tipo de crime (ou crimes), e com seu *modus operandi* próprio.

Retomemos agora, para fins de melhor ilustração, os exemplos acima referidos de características psicológicas desfavoráveis. Quanto à personalidade imatura, cumpre-nos, antes de mais nada, assinalar o seu caráter de amplitude e

generalidade, podendo assumir múltiplas conotações. Furtando-nos, no entanto, a essa discussão, digamos que imaturidade significa um quadro de infantillidade, no qual prevalecem as relações de dependência, os pensamentos "mágicos" de solução de problemas, enfim, a fuga à realidade, a resistência em enfrentar essa realidade de modo adulto, independente, auto-determinado. Por aí, já se vê o quão "humana" é essa característica, jamais servindo ela de divisor de águas, para se distinguir o delinqüente do não delinqüente. É evidente, porém, que, dentro de um contexto mais amplo de fatores, e quando bem definida, caracterizada e dimensionada, ela pode ser criminologicamente relevante, ajudando-nos a compreender a dinâmica de uma dada conduta criminosa, de um dado indivíduo. Entretanto, a experiência carcerária, via de regra, é fonte geradora de aspectos regressivos na conduta do preso, compromete sua saúde mental, tomando-se aqui saúde mental em seu sentido amplo, enquanto condição de bem-estar pessoal. Ao dizer isto, tenho plena consciência de que estou dizendo o óbvio, mas devo repeti-lo, para os propósitos desta explanação. O Relatório "Arquitetura e Prisões", do Ministério da Justiça da França (1987), fala da constatação do grave problema desse processo regressivo a que está sujeita a personalidade do preso. Segundo Simone Buffard, citada pelo referido Relatório, entre os efeitos da prisionização, podemos situar o comprometimento da identificação sexual, da imagem viril, graças à privação sexual, e, graças à privação sensorial, ocorre um favorecimento da vida imaginativa ou mesmo alucinatória, em detrimento da atividade voluntária. Aliás, num trabalho que tive a oportunidade de apresentar em 1987 no II ENARPE — Encontro Nacional de Arquitetura Penal — intitulado "Arquitetura Carcerária e Tratamento Penal", publicado na Revista dos Tribunais (Sá, 1990), abordo o problema da influência negativa que o próprio espaço arquitetônico tem sobre a saúde do preso.

A "personalidade imatura", como já se disse anteriormente, é um conceito amplo. Já que ele implica um estado de infantilidade, de manifestação de relações de dependência e de fuga aos compromissos do adulto, acaba se relacionando com as outras características psicológicas desfavoráveis mencionadas, à guisa de exemplo, ou até mesmo englobando-as, principalmente ego frágil, baixa resistência às frustações e perspectivas de futuro pouco consistentes. Não se pretende aqui, absolutamente, um aprofundamento no conceito psicanalítico de desenvolvimento de ego e de fragilidade de ego, o que demandaria páginas e páginas. Pode-se, consultar sobre o assunto a monumental obra de Freud "O Mal Estar na Cultura" (1930). A fragilidade do ego é condição de fragilidade de vínculos com a realidade concreta, extrínseca, aquela realidade que se impõe e que, não raras vezes, se contrapõe às nossas fantasias, sonhos, desejos, expectativas, ambições. Realidade que se contrapõe também, quando for o caso, à nossa inércia, à nossa indisposição para investir nos nossos sonhos, à busca de soluções fáceis e imediatas, ou aos nossos sonhos por ajuda protetora e salvadora de terceiros (relações de dependência). O ajuste de nossas condições internas a essa realidade, e a conseqüente capacidade de atuar produtivamente e até modificá-la, só se dão via experiência, via aprendizado, experiência e aprendizado a se desenvolverem, obviamente, no seio dessa mesma realidade. O distanciamento da realidade, tende, conseqüentemente, a realimentar os sonhos, as fantasias, a inércia, a dependência, já que a única condição para se colocarem em xeque os limites e a adequação de tais vivências é a própria

realidade. O ego se desenvolve e se fortalece na medida em que o indivíduo responde satisfatoriamente àquilo que a psicanálise chama de "prova de realidade". Essa resposta, ele a desenvolve na medida de sua descoberta de que nem tudo o que mais deseja, por mais que deseje, nem por isso lhe pertence, e nem tudo o que mais lhe desagrada, por mais que lhe desagrade, nem por isso deixa de lhe pertencer. É uma das descobertas mais custosas da vida, se não a mais custosa, mas, por certo, um requisito primeiro para qualquer felicidade perene. Tal descoberta se faz dentro da própria realidade, em confronto com ela, jamais distante dela. O primeiro grande passo já se deu (ou deveria ter-se dado), quando tivemos que deixar o útero materno, quando de lá fomos "expulsos". Foi a primeira grande perda, a primeira grande frustração da vida. Ora, todos nós trazemos, no mais recôndito de nosso ser, resquícios dessa frustração, resquícios de "saudades do útero materno", embora com diferentes graus de superação. Aliás já dizia nosso grande poeta, em versos que se tornaram cantilena popular:

Oh, que saudades que tenho
da aurora da minha vida
da minha infância querida
que os anos não trazem mais.
Que amor, que sonhos, que flores,
naquelas tardes fagueiras,
à sombra das bananeiras,
debaixo dos laranjais! ...
Oh! dias da minha infância!
Oh! meu céu de primavera!
Que doce a vida não era
Nessa risonha manhã!
Em vez de mágoas de agora,
Eu tinha nessas delícias
De minha mãe as carícias
E beijos da minha irmã!

Se os versos de Casimiro de Abreu se tornaram cantilena popular e tiveram reflexo na coletividade, é porque o poeta, por eles, expressou, não um sentimento pessoal, mas, simbolicamente, instuiu o coletivo. E nisto consiste o belo artístico: intuição do coletivo. Ora, se o poeta, ao cantar as saudades da "aurora da vida", intuiu o coletivo, então a imaturidade, enquanto resquício de fixação num passado em que predominavam as relações de dependência, bem como predominavam as fantasias e os pensamentos mágicos, não pode ser tida como um marco divisório entre delinqüentes e não delinqüentes. Aliás, nada deve ser tido como um marco divisório entre delinqüentes e não delinqüentes. É tudo uma questão de "graus", de intensidade, dentro de contínuos teóricos maturidade *versus* imaturidade, força de ego *versus* fragilidade, forte resistência à frustração *versus* baixa resistência, etc., dentro dos quais nos situamos e nos diferenciamos. Dentro desses contínuos, também nos deslocamos, para um lado ou para outro, dependendo das experiências de vida por que passamos. Se ampliamos nosso aprendizado e nossa experiência na realidade, nosso ego se fortalece e ocorrerá um progresso psíquico. Se, porém, nosso aprendizado e nossa experiência na realidade se restringem seriamente e se empobrecem, nosso ego se fragiliza e ocorrerá um regressão psíquica, com todas as conseqüências daí decorrentes.

Mas (...), por falar em "regressão psíquica", voltemos às "grades". Voltemos às grades, somente para retomar o que já foi dito, reafirmando, agora dentro do contexto teórico acima exposto, os aspectos regressivos que a vida carcerária acarreta à conduta do preso. Isso, como resultado da principal violência, a violência psíquica, que essas grades representam para ele: uma trágica restrição e empobrecimento da realidade, em detrimento de sua experiência e aprendizado na mesma. Diante dessa fundamental frustração (da qual às vezes o próprio sentenciado, desgraçadamen-

te, sequer tem consciência, deslocando sua revolta para outros setores), poderão ser revividas frustrações passadas, em parte, ao menos, já resolvidas, e reativadas relações de dependência já superadas.

Quanto às prospecções inconscientes de futuro, sua estreita relação com o quadro anteriormente descrito, (imaturidade, fragilidade de ego), é clara e cristalina. A maturidade e consistência com que projetamos nosso futuro emanam naturalmente da maturidade com que lidamos com a realidade presente. Quem sofre sérias restrições e limitações em seu aprendizado e experiências atuais na realidade, que condições terá de projetar de formar consistente e madura o seu futuro?

Diante de tudo isso, pergunta-se: o que quer dizer o exame criminológico quando aponta personalidade imatura, fragilidade de ego, baixa resistência à frustração, perspectivas inconsistentes de futuro? Qual o alcance dessas informações? Existe de fato um "nexo causal" entre essas características apontadas e a conduta criminosa? E, ainda que tal nexo possa ser postulado, vem a crucial indagação: qual foi o papel da vida carcerária, do processo de prisionização para que o resultado fosse esse quadro?

Agora, rápidos comentários sobre a agressividade. É comumente tida como o grande "vilão", na busca de compreensão da delinqüência. No entanto, conforme tive oportunidade de apontar, em trabalho no qual publiquei uma pesquisa sobre fatores associados à reincidência criminal (Sá, 1987), a agressividade, em si, não se tem mostrado um dos principais fatores associados à reincidência. Em outros estudos, não tem sido constatada uma relação estreita entre agressividade e delinqüência (Richuette, 1985; Rocha, 1981). Antes de mais nada, ela é uma energia, uma energia de "enfrentamento", de auto-imposição e, é claro, uma energia de oposição ao ambiente da qual todos temos necessidade, para nossa sobrevivência. A agressividade se torna particularmente relevante, de ponto de vista do diagnóstico e prognóstico criminológicos, quando atinge níveis patológicos de intensidade, e/ou quando inserida num contexto patológico, de desvio de conduta, como por exemplo, no caso de desvios e conflitos na área da sexualidade, ou de ego seriamente frágil, ou de um quadro de sério primitivismo. De qualquer forma, cabe sempre a mesma indagação: existe "nexo causal" entre a agressividade observada e a conduta criminosa? De fato, causa-nos estranheza concluir-se, em função dos traços de agressividade observados, pela não concessão de um benefício a um sentenciado que foi condenado por crimes de estelionato, furto, por exemplo. Teoricamente, é possível estabelecer-se a ligação entre agressividade e estelionato, aliás da mesma forma como seria possível em relação a uma série de outros crimes e contravenções penais, tais como falsificação de documentos, furto, receptação, direção de veículo em via pública sem habilitação, etc. Meras conjecturas não são suficientes para fundamentar uma decisão. O reconhecimento do "nexo causal" entre a agressividade e a prática criminal deve ser um achado "clínico criminológico", fundamentado, refletido, em função do caso concreto, pois é coisa muito séria, dele resultando um prognóstico de reincidência e implicações em termos de expectativa de recuperação. Corre-se o risco de afirmar tal nexo a partir de um estereótipo que se tem acerca da agressividade, problema, aliás, que não se aplica exclusivamente à agressividade.

Escolhi algumas características psicológicas desfavoráveis para, à guisa de ilustração, discutir aspectos relativos à complexidade do exame criminológico, enquanto perícia centrada no diagnós-

tico e prognóstico criminológicos. O objetivo não é aqui procurar esgotar a lista de características, mas sim, a de, a partir de algumas, mostrar o quão difícil e complexa é a questão de se estabelecer um "nexo casual" entre os dados observados e a conduta criminosa, e o quão responsável deve ser o reconhecimento desse nexo, pois dele pode resultar um prognóstico de reincidência e, mais do que isso, podem resultar, ainda que indevidamente, parâmetros para se definirem critérios de recuperação do examinado.

Vê-se, portanto, o quão relativa ou, até mesmo, às vezes, o quão precária é a conclusão por um "liame causal" entre as condições subjetivas desfavoráveis observadas e o(s) ato(s) criminoso(s) praticado(s). Por isso mesmo, entendo que a assim dita recuperação do sentenciado não implica necessariamente a superação de tais condições subjetivas desfavoráveis. Aliás, ainda que se reconheça o citado "liame causal", seria um raciocínio algo simplista, mecanicista, e, por que não dizer, pré-determinista querer atrelar a recuperação à superação dessas condições subjetivas, concepção essa hoje em dia absolutamente superada. Passemos então, na segunda parte, a discutir a questão da recuperação.

2. Algumas considerações sobre a questão da recuperação do sentenciado

O que seria a recuperação de um preso? Quando um preso está recuperado? Em que sentido? Recuperado (...) de quê?

Entendo oportuno, de início, situar teoricamente a recuperação no âmbito geral da prevenção da saúde, na linha do diagnóstico adaptativo da conduta, proposto por Simon (1977). É um critério de diagnóstico que, embora desenvolvido no contexto da psicologia clínica preventiva, abre-se perfeitamente a uma abordagem preventiva interdisciplinar.

No âmbito da prevenção da saúde (prevenção primária, secundária ou terciária), e na linha do critério de diagnóstico adaptativo da conduta, não há muito espaço para se falar de recuperação, se se entender que ela supõe um marco divisório entre uma situação desfavorável anterior, agora superada, e uma situação favorável atual. A recuperação é, antes, um processo contínuo, que se identifica com a melhoria no nível da qualidade adaptativa da conduta. A qualidade adaptativa da conduta vai depender da eficácia das respostas que o indivíduo der às situações que enfrenta. De tal sorte que o indivíduo poderá melhorar o nível qualitativo da adaptação de sua conduta, melhorar a eficácia de suas respostas, ainda que não resolvido algum núcleo problemático interior. Assim, conforme bem exemplifica Simon, poder-se-á promover a saúde mental, ou seja, melhorar a qualidade adaptativa da conduta até de um psicótico, ou de um homossexual, sem que isso implique necessariamente a cura da psicose ou a superação do homossexualismo. Dependendo do ambiente no qual ele convive, das experiências de relacionamento que venha ter, ele passará a lidar melhor com o quadro e a ter com o ambiente uma convivência mais saudável e mais satisfatória para ele. Trata-se pois de uma concepção de melhoria de saúde mental baseada na melhoria do nível de qualidade adaptativa da conduta, não se supondo necessariamente a resolução e superação de núcleos problemáticos mais profundos, ou até mesmo, conforme o caso, a superação de impulsos e tendências. Tal concepção, justamente porque menos ambiciosa, menos pretensiosa em seus objetivos, tem a grande vantagem de fundamentar e estimular pro-

gramas que visem a melhoria da qualidade da saúde mental, no âmbito da saúde pública, dentro de uma abrangência maior de público-alvo, programas planejados interdisciplinarmente, e poderão mesmo se utilizar dos chamados agentes multiplicadores. Ninguém nega a eficácia e importância das intervenções propriamente psicoterápicas, em seu sentido estrito, que visem atingir diretamente os núcleos conflitivos. Entretanto, qual a margem da população que tem condições econômicas para ter acesso a tais intervenções? E o que dizer da população carcerária? Dentro desta linha de raciocínio, a recuperação, conforme dito acima, é melhoria no nível da qualidade adaptativa da conduta, ou seja, da eficácia das respostas às situações-problema. E a melhoria da eficácia das respostas supõe que o indivíduo, no contacto com a realidade, através de experiências significativas, de experiências, quem sabe, estrategicamente planejadas, discutidas e refletidas, através de trocas de experiências, etc., aprenda cada vez mais a reconhecer os limites, tanto os seus como os da realidade (como condição primeira, aliás, para, posteriormente, atuar adequadamente sobre eles e modificá-los, se for o caso), a entrar em contacto com seus núcleos problemáticos, seus impulsos e tendências, e, sem negar nada, aprenda cada vez mais a "administrar" esse quadro, no contexto da realidade. Por conseguinte, tal melhoria (ou, tal "recuperação"), não irá refletir-se necessariamente, ao menos de imediato, em mudanças mais profundas de personalidade. É claro que, com o tempo, conforme se repitam as experiências positivas e significativas, seus efeitos se sedimentarão e irão se reforçando novos padrões de conduta.

Para ilustrar essa questão de possibilidade de melhoria da qualidade adaptativa da conduta, ainda que persistam tendências ou conflitos, que, no caso, seriam melhor conhecidos e administrados, retomemos a imaturidade psicológica, nos termos anteriormente expostos. Todos nós nos flagramos, vez ou outra, tomados interiormente por saudades (por muitos abafadas), da "aurora de nossa vida", "de nossa infância querida, que os anos não trazem mais". Até aí, meras saudades, sem maiores conseqüências, ligadas ao que a psicanálise chama de "saudade do útero materno", saudades da época em que tudo nos era fácil, era "tudo azul", as necessidades eram plenamente satisfeitas, imediatamente satisfeitas, mesmo porque nosso aparelho psíquico não tinha ainda condição alguma de suportar qualquer procrastinação nesse sentido. Saudades da época em que sentíamos o ambiente como apêndice de nosso ser, a nós subordinado, pronto a responder às nossas necessidades, às nossas ambições e, o que é mais importante, sem o mínimo esforço de nossa parte. Saudades da época em que nos sentíamos seguramente protegidos e incondicionalmente amados, naquelas tardes cheias de afago, "à sombra das bananeiras, debaixo dos laranjais", "bananeiras" e "laranjais" que, graciosamente, sem o mínimo esforço nosso, nos alimentaram com suas frutas. Em nossas fantasias, o mundo era assim, simplesmente porque tinha de ser assim, tinha de "existir para nós", sendo inimaginável qualquer alternativa diversa. Era pois a primazia do chamado "sentimento oceânico" (Freud, 1930). Na medida em que tivemos então experiências gratificantes e edificantes, a partir delas sedimentaram-se em nós bases sólidas para que construíssemos nossa própria segurança interna e, pouco a pouco, descobríssemos que, além de nós, existem os outros, com suas necessidades e direitos; que na realidade, o mundo, afinal, não está à nossa disposição.

Ocorre, porém, que nem todos nós fizemos essa descoberta, ou, pelo me-

nos, não a fizemos a contento. Em alguns, as experiências daquela época não foram tão gratificantes para que se sedimentassem as bases sólidas da própria segurança interior. E isso por uma série de problemas, limitações, carências do ambiente que os rodeava. Carências afetivas, morais, todas elas, em muitas das vezes, ligadas a carências econômicas, culturais e educacionais. Para alguns de nós, o ambiente, ou, mais particularmente, os pais não souberam ou absolutamente não puderam atender suas necessidades fundamentais, naquela "saudosa" época. Para eles, o que existe são saudades da infância apenas fantasiada como querida, da infância que eles muito desejavam lhes fosse querida, mas não foi. E isto lhes acarretou profundas frustrações e lhes dificultou a construção da própria segurança interior e a construção daquele "adulto" que a realidade hoje deles espera e exige. Outros há, sobre os quais o ambiente exerceu um poder coercitivo, obstruindo seu crescimento pessoal. Ou, mais particularmente, a figura do pai ou da mãe não conseguiu conceber um filho que não fosse um apêndice seu, um prolongamento de seu ser, "chantageou-o", mostrou-lhe um mundo perigoso e hostil, manteve-o preso a si, impediu-o de se tornar adulto. Enfim, sob qualquer hipótese, o que ocorreu foram frustrações fundamentais. E nisto consiste a frustração fundamental: acontecer para o indivíduo, na época primordial de sua vida, aquilo que por ele sempre foi sentido, e ainda é, como impossível e inadmissível de acontecer. Aconteceram frustrações fundamentais, cujas conseqüências fizeram persistirem as relações de dependência, persistir a sensação de que o mundo está à disposição do indivíduo, fizeram ruinar a sua resistência às frustrações supervenientes, as quais, embora objetivamente possam ser sustentáveis, compreensíveis e até esperadas, tornam-se intoleráveis na medida em que calcadas sobre as frustações fundamentais. Já não se trata então simplesmente de saudades, meras saudades. Nesse caso, o que se tem, no indivíduo adulto, é um desejo mais ou menos intenso, mais ou menos persistente, mais ou menos recôndito de resgatar e/ou manter as relações de dependência, de manter a inércia de quem espera receber tudo pronto, desejo de manter a fantasia de que o outro é um intruso no espaço ocupado por suas ambições. A intensidade desse desejo depende da intensidade das frustrações ocorridas em épocas primordiais, conjugada com a intensidade das frustrações supervenientes, nos termos, analogamente falando, do que propõe a teoria das "séries complementares", de Freud (1916-1917; ver também Simon, 1977).

Da explanação sumária e despretenciosa feita acima sobre as possíveis raízes históricas da "imaturidade psicológica" e demais características a ela aglutinadas (relações de dependência, baixa resistência à frustração, fragilidade do ego, etc.) pode-se inferir que a superação, propriamente dita, desse complexo de traços de imaturidade não é coisa nada fácil. Os programas amplos de prevenção e promoção da saúde pública devem ter, antes, como meta, conforme já foi dito acima, a melhoria do nível de qualidade adaptativa da conduta.

Pois bem, para se falar em recuperação de um encarcerado, ao qual se atribuem os supracitados traços de imaturidade, recuperação essa enquanto entendida como melhoria no nível da qualidade adaptativa da conduta, não há que se supor e exigir necessariamente a superação das frustrações fundamentais, embora isto fosse altamente desejável. A expectativa seria, isto sim, que esse indivíduo, a partir de um conhecimento e consciência, ainda que rudimentares, de suas frustrações funda-

mentais, descubra aos poucos seus valores, descubra ser ele o principal responsável pelo gerenciamento de sua vida e aprenda a reajustar suas expectativas diante do ambiente e a redimensionar suas frustrações supervenientes. A recuperação do sentenciado, entendida nesses termos, certamente tem objetivos mais modestos, mas já não seria propriamente uma utopia.

Ocupamo-nos em caracterizar particularmente o complexo de "traços de imaturidade", unicamente para recorrer a um exemplo de um quadro de comportamento psicológico, a fim de ilustrar o que seria essa tal melhoria do nível de qualidade adaptativa da conduta. Mesmo porque são traços de personalidade sobre os quais freqüentemente se alicerçam as conclusões contrárias, por parte das equipes técnicas, ao deferimento de pedido, bem como sentenças de indeferimento de pedidos de benefícios legais. Além desse "complexo", outros traços, freqüentemente apontados nos exames criminológicos, poderiam ser abordados, ao se tentar delinear os objetivos da recuperação enquanto entendida como melhoria da qualidade adaptativa da conduta. Citemos: agressividade, impulsividade, primitivismo, entre outros. A agressividade, se bem caracterizada (se não se tratar de uma emergência circunstancial de impulsos hostis contra uma situação de vida também sentida pelo indivíduo como hostil e adversa), é um traço que tende a ser estável. O potencial agressivo de uma pessoa praticamente não se altera. Portanto, não há que se esperar que a recuperação de um preso signifique atenuação desse potencial. Poderá significar, isto sim, uma consciência sobre essa agressividade, uma boa consciência crítica sobre os motivos que mais a provocam, bem como sobre as conseqüências que ela pode acarretar. A recuperação poderá significar ainda o desenvolvimento de atividades que permitam o redirecionamento dessa agressividade.

Quanto à impulsividade, embora diverso o seu conceito, dir-se-á quase o mesmo. Uma pessoa que, de fato, é impulsiva, dificilmente o deixará de ser. Exceto se sua impulsividade tiver um substrato neurológico, quando então a atenuação do potencial impulsivo estará atrelada às condições desse substrato. A recuperação, do ponto de vista da impulsividade, poderá significar, tal como no caso da agressividade, uma consciência clara da mesma, dos motivos e circunstâncias que mais a provocam, de suas conseqüências no passado e das conseqüências a que poderá levar.

O primitivismo já se refere a um traço involutivo da personalidade, tal como, aliás, a já comentada imaturidade. Desejável seria sua efetiva superação. Há que se ter muito cuidado, no entanto, na avaliação e caracterização desse primitivismo, na avaliação de seu alcance e no prognóstico de suas formas de manifestação, pois é um dado que pode se relativizar bastante, em função do contexto cultural e sócio-econômico do qual provém o examinado e no qual está inserido. Relativizando-se o "primitivismo", relativiza-se, por vias de conseqüência, a expectativa de recuperação acerca do mesmo.

Em tempo, uma observação de capital importância. Da mesma forma que os dados, características, traços de personalidade do sentenciado não podem ser avaliados isoladamente, mas sempre num contexto mais amplo de dados inter-relacionados, também a recuperação não deve ser avaliada com relação a dados isolados. Nem mesmo é possível de ser feita, na prática, com relação a uma área isolada, por exemplo, a psicológica. O que está em jogo é a recuperação do indivíduo, como um todo. Neste sentido, os aspectos sócio-familiares, os referentes à dinâmica da vida social do presidiário, à sua forma

de participação das atividades propostas pela casa, (cursos, laborterapia, etc.), assumem especial importância, como dados concretos para se ter uma visão integrada da recuperação do indivíduo. Aliás, para se ter uma visão integrada de sua recuperação, justamente enquanto concebida a recuperação como uma melhoria no nível de qualidade adaptativa da conduta do indivíduo, e não necessariamente como uma superação de seus conflitos, impulsos, tendências, etc.

Uma outra observação que é mister seja feita é que, com relação à recuperação, devemos distinguir três grupos de aspectos de dados pessoais e personalíticos: 1.º) os referentes à conduta criminosa, propriamente, guardando com ela um nexo causal, ou seja, integrando a dinâmica criminal; 2.º) os dados referentes à pessoa do indivíduo, como tal, à sua personalidade, sem se levar em conta o "indivíduo enquanto criminoso"; 3.º) os dados que expressam conseqüências do processo de prisionização, referentes à "contaminação carcerária", ou seja, ao que chamamos acima de aspectos regressivos de conduta.

Os dados do primeiro grupo são detectados através do exame criminológico. A recuperação que lhes diz respeito reveste-se de particular importância, no âmbito do prognóstico criminológico. Se verificado aqui grau insatisfatório de recuperação, a conclusão será pelo prognóstico de reincidência, já que firmado previamente, sobre os aspectos aqui classificados, seu nexo causal com a conduta criminal. Daí, a responsabilidade e implicações técnicas, ao se firmar esse nexo.

Os dados do segundo grupo seriam detectados através do chamado "exame de personalidade", cuja diferença em relação ao criminológico é claramente estabelecida na Exposição de Motivos da Lei 7.210, no item n.º 34. Tal exame tem por objetivo estudar amplamente a pessoa do preso, "para além das grades", portanto não como criminoso, mas em sua totalidade. Deve pois ser mais abrangente que o criminológico. Apesar de ser "de personalidade", ele é essencialmente interdisciplinar, já que, conforme preceitua o art. 9.º da Lei 7.210, é atribuição da Comissão Técnica de Classificação (C.T.C), que o fará, pressupõe-se, logo quando da chegada do reeducando, vindo do Centro de Observação Criminológica. Tal exame, lamentavelmente, não vem sendo praticado. Entretanto, sua importância é indiscutível. Através dele, a C.T.C. passa a conhecer a pessoa do preso, sua história toda, como pessoa (e não mais simplesmente enquanto criminoso), seus acertos, seus fracassos, frustrações, conflitos, desejos, interesses, aptidões, aspirações, amizades, convivência social, escola, etc. Afinal, antes do presidiário ser um criminoso, ele é uma pessoa, e é essa pessoa que, após passar pela experiência do crime e da prisão, deverá um dia voltar ao convívio social. Ela tem seus pontos fortes e os seus pontos frágeis, aos quais deverá estar atenta a C.T.C., equipe responsável pela elaboração e administração dos programas destinados à recuperação dos presos. Portanto, se verificado um grau insatisfatório de recuperação, porém que seja pertinente sobretudo a aspectos deste segundo grupo, a conclusão será por um prognóstico de dificuldades adaptativas ao meio livre, das quais até poderia vir a resultar uma volta à prática criminosa. Não poderá, no entanto, a conclusão ser diretamente pelo prognóstico de reincidência criminal, de vez que não estão em jogo dados relativos à dinâmica da conduta criminal.

Os aspectos que integram o terceiro grupo seriam levantados e caracterizados a partir do trabalho de acompanhamento do dia a dia do preso, de suas mudanças de comportamento, de pensa-

mento, de formas de sentir, de interpretar a vida, etc., trabalho esse a cargo das Comissões Técnicas de Classificação. A C.T.C. deverá preocupar-se, a esse respeito, não só por programas de recuperação, mas, antes de tudo, por programas de prevenção desses tais aspectos regressivos da conduta, decorrentes das experiências negativas da vida carcerária. Ao se aferir um grau insatisfatório de recuperação do preso, há que se atentar para a influência marcante que essas experiências poderão ter no comprometimento da recuperação.

Vimos pois que, da recuperação do sentenciado, não se deve esperar necessariamente superação de núcleos problemáticos, de tendências, impulsos, conflitos, ou mesmo das frustrações fundamentais. Há que se esperar, isto sim, uma melhoria no nível da qualidade adaptativa da conduta do indivíduo, uma maior consciência sua (consciência crítica, ética), na avaliação e gerenciamento de sua conduta, bem como na análise de sua vida, de sua realidade e de seu contexto. Vimos que a recuperação pode se referir a aspectos ligados à dinâmica, à motivação do ato criminoso, ou a aspectos situados numa compreensão mais abrangente da pessoa do preso (que não deveriam portanto ser levados em conta no diagnóstico criminológico e no prognóstico de reincidência), ou ainda a aspectos pertinentes a influências negativas da vida carcerária. Diante disso tudo, surgem alguns graves problemas. Se a recuperação não se processa necessariamente a um nível de tendências, impulsos, etc., mas a um nível de melhoria na qualidade adaptativa da conduta, a um nível de "gerenciamento consciente" da conduta (cujos efeitos paulatinamente, espera-se, irão se sedimentando e estruturando um modo de ser do indivíduo), então qual seria a melhor forma de aferi-la? Qual seria a melhor forma de acessá-la? E não só de acessá-la, mas de diferenciá-la quanto aos três grupos de dados acima discriminados, isto é, os que estão ligados à dinâmica do ato criminoso, os que se ligam à pessoa do preso, não mais enquanto criminoso, e os que decorrem de influências negativas da vida carcerária. Sem essa diferenciação, a avaliação técnica oferece sérios riscos de incorrer em erros e de, através dela, se apelar para decisões mais fáceis.

Na próxima parte, discutiremos as limitações do exame criminológico, enquanto instrumento isolado de se aferir a recuperação, bem como o papel importante que teriam nesse sentido as Comissões Técnicas de Classificação, as quais, a partir do exercício integral das atribuições que a Lei de Execução Penal lhes confere, estariam em melhores condições de avaliar, não propriamente sua capacidade criminosa, mas a forma como vem se processando sua recuperação, bem como de propor as medidas que seriam mais adequadas para o avanço nesse processo de recuperação. Discutiremos então a importância dos pareceres do C.T.C., naquilo que deve ser seu verdadeiro sentido, e não portanto como meras repetições de exames criminológicos, rotulados de "parecer".

3. A natureza e relevância dos pareceres das Comissões Técnicas de Classificação frente à questão da recuperação.

O exame criminológico tem sido a peça técnica fundamental para a avaliação criminológica do preso, para fins de diagnóstico e de prognóstico criminológicos. Já discorremos acima sobre sua natureza e não vamos voltar a esse assunto. O fato é que, para a Criminologia de cunho mais tradicional, ele praticamente tem-se constituído no capítulo principal, em torno do qual giram

as demais questões. Daí, colocando-se em xeque sua confiabilidade, o "grau de certeza" que se tem emprestado às suas conclusões, é como se se colocasse em xeque a própria Criminologia, como ciência. Esse seu "grau de certeza" deve-se em grande parte às suas origens, as quais estiveram profundamente comprometidas com o modelo médico-organicista. Os criminólogos mais tradicionais identificam sua prática profissional com a prática do exame criminológico. Por outro lado, sua confiabilidade e "grau de certeza" revestem-se de incontestável conveniência para as práticas forenses pertinentes à execução da pena, na medida em que tecnicamente sufragam os pareceres e decisões na esfera judicial. Em função de tudo isso, paira no ar uma resistência ante a discussão sobre o "grau" de confiabilidade e certeza desse exame.

Não se trata de negar a importância do exame criminológico. Se alguém for condenado e preso pela prática de um crime, nada mais tecnicamente útil, estrategicamente válido e cientificamente correto do que, o mais precocemente possível, quando inicia a execução da sua pena, se investiguem os motivos por que delinqüiu, se investigue a dinâmica de seu ato criminoso. Da mesma forma, aliás, que, se alguém adoece, deve-se antes de mais nada investigar porque adoeceu; se alguém fracassou na escola, convém pesquisar os motivos desse fracasso, antes de se tomar qualquer providência. O mesmo se diga de alguém que fracassou na profissão, no matrimônio, ou vive fracassando em suas amizades. Antes de se tomar, portanto, qualquer providência, em termos de programa de execução da pena, urge conhecer os motivos por que o sentenciado fez sua "opção" pelo crime. Não se trata pois de questionar a validade do exame criminológico da entrada, o qual aliás, exatamente ele, não vem sendo feito, ao menos no Sistema Penitenciário do Estado de São Paulo. O problema crucial ocorre em relação ao exame que é feito posteriormente, para fins de obtenção de benefícios, e é a ele que estaremos nos referimos doravante quando simplesmente falarmos "exame criminológico".

Tal exame oferece alguns riscos de erro para a aferição da recuperação. Se tiver sido feita a observação criminológica inicial, tanto melhor, já que se disporá de parâmetros de comparação. Entretanto, ainda que se conte com esses parâmetros, penso que o exame criminológico oferece riscos de viéses, a esse respeito. Primeiramente, trata-se de um exame voltado, em primeiro plano, à dinâmica do ato criminoso e à verificação da persistência ou não das condições pessoais que motivaram tal ato. Não está voltado, em primeiro plano, ao processo de recuperação, não se tratando pois de simples aferição de aspectos que nos fazem presumir ter havido uma recuperação. A recuperação é um processo que ocorre paulatinamente, no dia a dia da execução. O exame criminológico é uma perícia que se faz em determinado momento; como perícia que é, não deveria ser feito por quem acompanha a vida carcerária do preso e com ele interage (pois, entre outras coisas, implicaria problemas éticos), e se trata, até certo ponto, se poderíamos assim chamá-lo, de uma "avaliação pontual". Como perícia, como "avaliação pontual", tendo pois uma abordagem mais restrita, por sua própria natureza, oferece limitações para se detectar o processo da recuperação, enquanto processo. Ademais, a recuperação, embora possa estar de fato se processando, não implica necessariamente, como já repetidamente dito acima, mudanças de tendências, impulsos, superação de conflitos, frustrações fundamentais, etc. Ora, o exame, ao rastrear primordialmente, como perícia que é, essas características e ao considerá-las

então como inalteradas, tende a concluir pelo prognóstico de reincidência. A recuperação, ainda que presente ou ainda que possa estar se processando, corre o risco de ser ofuscada por essas características negativas inalteradas, dado o enfoque criminológico e pericial do exame.

Por conseguinte, as equipes que estarão em melhores condições de avaliar o processo de recuperação do sentenciado não são as equipes de perícia, responsáveis pelo exame criminológico, mas sim as Comissões Técnicas de Classificação, através de seus pareceres. Trata-se de uma decorrência natural de suas atribuições, tais quais definidas pela Lei de Execução Penal, conforme já vimos acima. Bem entendido, as C.T.C. é que melhor estarão em condições de aferir o processo de recuperação, através de seus pareceres, se de fato estiverem se desincumbindo das atribuições que a Lei lhes confere, ou seja (repetindo): realização do exame de personalidade, classificação do sentenciado, elaboração dos programas individualizadores de execução da pena, acompanhamento desses programas e avaliação de sua eficácia, acompanhamento do aproveitamento do preso, emissão de parecer. Se as C.T.C. não se desincumbirem, de fato, dessas funções, não terão condições de emitir um parecer de C.T.C. autêntico. Realizarão, isto sim, um exame criminológico, embora rotulado de parecer.

As C.T.C. deveriam constituir-se na "célula-mater", na própria "inteligência" para a execução científica e eficaz da pena reclusiva de liberdade. A Lei prevê que, juntamente com o preso que chega, a C.T.C. receberia o relatório do exame criminológico de entrada nele realizado (observação criminológica). A seguir, faria no mesmo um exame bem abrangente, interdisciplinar, procurando conhecê-lo profundamente, não mais como criminoso, mas como pessoa. Seria o exame de personalidade de que fala a Lei e a que já nos referimos. Munida destas duas ordens de dados, dados da dinâmica criminal e dados de ordem pessoal, a C.T.C. iria traçar um perfil desse preso (incluindo-se aí, faço questão de repetir e de frisar, a sua pessoa), a partir do qual poderia definir metas e programas de recuperação e prevenção: recuperação, no que diz respeito aos aspectos pertinentes à dinâmica criminal, recuperação no que diz respeito aos aspectos pertinentes à pessoa, como tal, e prevenção frente aos possíveis efeitos perniciosos da experiência carcerária. Os programas de recuperação traçados pelas C.T.C não devem abrir mão, evidentemente, das atividades já tradicionalmente existentes no presídio: laborterapia, cursos, lazer, esporte, religião, etc. Sua função, como equipe técnica que é, inserida que deve estar na instituição e comprometida com a rotina diária de sua atividades, será, com relação a essas atividades tradicionais, fazer com que elas de fato se revistam de um caráter "terapêutico", de um caráter de recuperação e prevenção. Sim, pois embora seja melhor trabalhar do que ficar parado, o trabalho, em si, não tem necessariamente um cunho de prevenção e recuperação. Muitos dos que hoje estão condenados e presos já trabalhavam à época em que praticavam seus crimes. O mesmo se diga em relação a cursos, esporte, lazer, religião, etc. A C.T.C., além disso, elaborará outros programas, evidentemente, e implantará estratégias de acompanhamento do preso, de avaliação, fazendo as "correções de rota" necessárias. Pois bem, os pareceres das C.T.C. deverão emanar, nada mais, nada menos, do que de todo esse trabalho.

Por conseguinte, o parecer da C.T.C. deve constituir-se na peça técnica fundamental da avaliação de todo o processo de recuperação. Deve emanar de um trabalho diário de propostas, de

acompanhamento, de avaliação e de redirecionamento. Através dele é que se terão melhores condições de se aferir o processo de recuperação e de se distinguirem, nessa aferição, os diferentes grupos de aspectos já mencionados: os referentes à dinâmica criminal, os referentes à pessoa do preso, como tal, e os referentes aos efeitos negativos da experiência carcerária. Quanto ao exame criminológico, é util e prudente que ele também venha a ser realizado, quando a especial gravidade do caso o recomendar. A possibilidade da realização de ambas as avaliações é prevista, aliás, no art. 112 da L.E.P..

Conclusão

Vê-se portanto o quão complexa é a questão da recuperação de um sentenciado e de sua avaliação. Espero ter trazido algumas contribuições para responder as questões formuladas pelo Diretor do C.O.C.: "O que é recuperação? Quando podemos dizer que um preso está recuperado? E nós, nos recuperamos?" Não se pode esperar e exigir que, com um preso, aconteça aquilo, que com o próprio cidadão comum, livre, é difícil de acontecer. Não se pode pretender estabelecer apressadamente "nexos causais" entre características de personalidade e a conduta criminosa, simplesmente porque, teoricamente, esses nexos são admissíveis e tornam compreensível a conduta. Há que se ter atenção para o fato de que a recuperação pode estar se processando, pese estarem ainda presentes características de personalidade ou condições pessoais tidas como desfavoráveis. A recuperação é antes de tudo um processo que não implica necessariamente superação de conflitos, tendências de comportamento, impulsos, frustrações, etc. Implica, isto sim, uma melhoria no nível da qualidade adaptativa da conduta, no nível de consciência e de crítica do indivíduo, no "gerenciamento" dessa conduta. A recuperação pode se dar, e assim deve ser avaliada, com relação a três grupos de características e condições: as referentes à dinâmica criminal, às referentes à pessoa do preso, como tal, e as referentes às conseqüências negativas da experiência carcerária.

O exame criminológico, como perícia que é, tem uma abordagem restrita, volta-se, em primeiro plano, para a dinâmica do ato criminoso, e, quanto a recuperação, pode, no máximo, oferecer uma "avaliação pontual" de aspectos relativos à mesma. O instrumento técnico fundamental, mais apropriado para se avaliar o processo da recuperação é o parecer da C.T.C.. Parecer, enquanto, parecer, propriamente dito, e não enquanto exame criminológico, rotulado de parecer. Para tanto, é necessário que as Comissões Técnicas de Classificação assumam de fato suas funções previstas em lei, coisa que, lamentavelmente, ao menos no Sistema Penitenciário do Estado de São Paulo, não vem acontecendo.

E aqui vai um alerta final. Oxalá os Estados formulem sua leis de execução penal, através das quais criem espaços e condições para que as Comissões Técnicas de Classificação se incumbam das atribuições que a Lei Federal lhes confere, e passem de fato a administrar tecnicamente a execução da pena privativa, para que ela se torne menos perniciosa e um pouco mais eficaz. Quem sabe, com o tempo, através de todo esse trabalho, se desenvolvam experiências ricas em torno da recuperação do preso, implementando-se um instrumento eficaz de avaliação da mesma, que é o parecer das C.T.C., digo mais uma vez, o verdadeiro parecer, junto ao qual, aliás, o exame criminológico, a ser feito por equipes de perícia especializada (jamais pelas C.T.C.), quando necessário, viria adqui-

rir maior grau de confiabilidade e certeza.

Bibliografia

FREUD, S. — "*El molestar en la cultura*" (1930), "in" Obras Completas de Sigmund Freud, 3.ª ed. tomo III. Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 1945.

———. "*Lecciones Introdutorias al Psicanalisis*" (1916-1917), Lec. XXII, idem, Tomo II.

Ministério da Justiça da França — "*Arquitetura e Prisões*" (Relatório), 1987.

RICHUETTE, M. B. e ESTEVÃO, R. — "*Aplicação do inventário de personalidade de Yesness em adolescentes delinqüentes e não delinqüentes*", "in" Arquivos Brasileiros de Psicologia, Fundação Getúlio Vargas, 38 (4):48-55, out./dez. 1985.

ROCHA, Zola Oliveira — "*Estudo comparativo de comportamento agressivo de adolescentes delinqüentes e não delinqüentes*", "in" Arquivos Brasileiros de Psicologia, Fundação Getúlio Vargas, 33 (1-2): 89-94, jan./jun. 1981.

SÁ, Alvino A. de — "*Reincidência criminal: sob o enfoque da Psicologia Clínica Preventiva*", E.P.U., São Paulo, 1987.

———. "*Arquitetura carcerária e tratamento penal*", "in" Revista dos Tribunais, janeiro de 1990, 651 (2):247-257.

SIMON, R. — "*As séries complementares de Freud como base para uma história natural dos distúrbios mentais*", "in", Jornal de Psicanálise, S.B.P.S.P., 9 (22):17-21, 1977.

———. *Psicologia Clínica Preventiva: novos fundamentos.*", E.P.U. (Edit. Pedagógica e Universitária), São Paulo, 1989.

6 — CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

CONSIDERAÇÕES MÉDICO-LEGAIS SOBRE PERDAS DENTÁRIAS

JOÃO BOSCO PENNA
HILDA FERREIRA CARDOSO
MARA CRISTINA TRAMUJAS CALABREZ
MILTON SCAVAZZINI JR.
MARCOS DE ALMEIDA[5]

A Odontologia é uma profissão que exige dos que a ela se dedicam, o conhecimento científico de um médico, a destreza manual de um cirurgião, o senso estético de um artista e a paciência de um monge.

Pio XII

Abordaremos este tema porque as vítimas de perdas dentárias são examinadas por Médicos Legistas, nos Institutos Médicos-Legais.

Embora a Lei preveja, até o momento presente, a grande maioria dos referidos Institutos não têm em seus quadros especialistas em Odontologia Legal. E bem sabemos: somente estes profissionais conhecem as dificuldades e nuances de um tratamento odontológico.

O Código Penal, tutelando a integridade sômato-funcional da pessoa,[38] protege não só o bem-interesse pessoal, mas também, o social.

Protegendo a integridade da pessoa, o Código Penal a resguarda como uma unidade operante no âmbito das relações sociais, representando cada Lesão Pessoal uma limitação da Personalidade da vítima, uma limitação da sua Identidade Social e nas suas relações com outras pessoas e que ofende também o Direito Natural, bem como altera as normas de convivência social.

Das Lesões Pessoais merecem consideração especial as Perdas Dentárias, quer dolosas, quer culposas, não só pela sua elevada freqüência e pela facilidade com que tais lesões atingem a face.[10,35] Esta é a região corpórea delineada pela linha frontal superior, os pavilhões auriculares e o bordo inferior da mandíbula, segundo Rojas[36] e Cualla.[19]

As lesões na face podem determinar entre outros, "danos tegumentares, dentários, esqueléticos, musculares, nervosos, maxilares e nos dutos salivares".[4]

Segundo Agrestini, poderão ocorrer: Sinusites, rinites, lesões maxilofaciais, rinorragia, fístulas liquóricas, estenose nasal uni ou bilateral, transtornos na abertura da boca, perda dentária, pseudo artrose do maxilar inferior, alterações nas articulações dentárias, alterações nos côndilos mandibulares que são zonas de crescimento por excelência, luxação da articulação têmporo-maxilar.[1]

Merecem também consideração especial pela dificuldade encontrada quanto ao seu enquadramento legal, uma vez que a avaliação das mesmas é feita por Médicos-Legistas e não por Odontólogos especializados. Estes sim, são os profis-

sionais indicados e mais adequados para estabelecer o diagnóstico e prognóstico das Perdas Dentárias, pois são eles que tratam estas lesões. Fica a vítima entregue a critérios que seguramente, não preenchem o espírito do legislador nem dos magistrados.

Deve-se ressaltar que os critérios dos Médicos-Legistas para avaliar tais lesões não são uniformes. Isto associado ao desinteresse da vítima em voltar ao exame complementar, pois desconhece ela as conseqüências reais, mastigatórias, estéticas e fonéticas das perdas dentárias, bem como desconhece sua capacidade de exercer seus Direitos Subjetivos, isto é, desconhece que pode exigir a reparação do dano.

Se as vítimas de Perdas Dentárias quiserem recorrer após exame feito pelo Médico-Legista, devem contratar um perito particular, um Cirurgião-dentista, que será por ela remunerado. A Legislação Penal não prevê que tais vítimas sejam examinadas por Odontólogos, que são as pessoas mais capazes para avaliar a Gravidade do dano.

Recorrer aos serviços profissionais destes é inacessível à maioria de nossas vítimas. Com isto não recebem a devida indenização pelo dano. Este é um procedimento que se contrapõe à proteção social e legal das pessoas de escassos recursos e que necessitam provar sua incapacidade ou deformidade, para receber a devida indenização.[32] É muito difícil avaliar as Perdas Dentárias, pois os dentes desempenham em conjunto, tríplice função: Mastigatória, Estética e Fonética.

Infelizmente, quase todos Institutos Médicos-Legais não têm em seus quadros especialistas em Odontologia Legal, cujo estado é restrito às Faculdades respectivas e cuja aplicação se faz, quase que exclusivamente, nos casos de "repercussão" e nas perícias contratadas.

Em relação à Tipificação Penal não vemos grandes dificuldades no enquadramento legal dos Traumatismos Dentários: a Lei Penal é "seca" e no Tipo Penal encontram-se todos os elementos do fato punível e a Gravidade do dano é classificada na Legislação Penal em Leve, Grave e Gravíssima, o que naturalmente, enseja conseqüência penal diferente. Se a conseqüência penal é diversa, diferente também será o *quantum* da reparação cível.

Isto torna-se particularmente importante no Foro Cível pelas funções que os dentes desempenham na economia geral do organismo e na vida de relação.

Se bem observarmos o art. 129 e § § do C.P.B.[14] vemos que tanto o *caput* como os §§ 1.º e 2.º prescidem da "personalidade" da vítima, isto é, de todas as suas "qualidades", de seus "atributos", de sua "Identidade Social".

Também, no formulário oficial do Exame de Corpo de Delito-Lesões Corporais, nos quesitos, não há nenhum "elemento qualificador" no *caput* e nos incisos dos §§ 1.º e 2.º do art. 129 do C.P.B.,[14] que torne uma lesão mais grave em uma vítima que em outra, variando conforme condições pessoais da mesma.

Assim, frente ao Código Penal uma lesão que cause Incapacidade Temporária, Antecipação do Parto, Debilidade de Função ou Deformidade Permanente, etc., ela o será independentemente de fatores extrínsecos a ela como estado cível, cor, profissão, sexo, "status", idade, etc.[33]

Naturalmente, em caso de Perdas Dentárias, deve-se examinar cuidadosamente os quatro hemiarcos dentários e verificar o estado atual dos dentes remanescentes.

O perito deve sempre estar muito atento em caso de perda de prótese ou elementos desta após Lesão Pessoal: trata-se, aqui, de dano à coisa.

Em todos esses casos deve o perito Médico-Legista "ver e relatar", fazendo o enquadramento legal; na parte livre do Laudo, isto é, na Discussão, deve ele justificar tal enquadramento, alicerçado em conhecimentos Científicos, na Ética, sem jamais esquecer das causas e que a lesão sofre modificações com o passar do tempo.

Devemos lembrar que a gravidade da lesão é avaliada no momento da perícia e não o que pode vir a ser se a vítima submeter-se à tratamento especial ou aplicação de prótese, segundo Introna.[30]

"Em ordem crescente temos uma gama que vai da concussão, à subluxação, à luxação com todas as suas variantes clínicas e à avulsão traumática", segundo Montagna et alii.[32]

Para De Michelis, as lesões podem ser menos ou mais graves, variando de simples luxação de um ou mais dentes à fratura da coroa, da porção radicular do dente, a avulsão traumática, a fratura dos alvéolos ou do osso maxilar ou mandibular.[20]

Os dentes incisivos superiores permanentes são os mais atingidos nos traumas dentários, devido à sua localização, à sua proeminência, sua exposição, seja pelas características anatômicas: uma só raiz, lâmina óssea vestibular muito fina.

Há grande predomínio para as fraturas da coroa.

Já nos incisivos superiores decíduos predominam os traumas simples sem sinais de fratura evidente, a avulsão e luxação.

A freqüência das lesões dentárias é elevada e constante até 12-13 anos. A idade média é a escolar onde são maiores as atividades recreativas do paciente. A predominância é a do gênero masculino na proporção de 2:1, segundo Grulliero et alii.[29]

Já no Foro Cível, além dos elementos intrínsecos da lesão deve-se levar em conta os fatores extrínsecos à ela, isto é, deve-se levar em conta a "personalidade" da vítima, sua "qualificação", seus "atributos", ou seja, sua Identidade Social, que fazem com que ela se torne menos ou mais prejudicada.

Tais prejuízos serão maiores ou menores dependendo principalmente da profissão, sexo, idade, "status", cor.

A Função Mastigatória dos dentes é essencial à nutrição graças à perfeita apreensão, à laceração, à insalivação, à trituração com a conseqüente assimilação dos alimentos. É portanto, fundamental à função digestiva e conseqüentemente à função de absorção.

A ausência dos incisivos centrais determina Prejuízo Mastigatório no que diz respeito à apreensão e corte dos alimentos. Sem dúvida tal prejuízo será maior nos casos de perda dos molares.[3,10]

Muitas vezes os dentes estão tão malconservados, que sua função atual é nula ou quase, e, a avulsão decorrente do trauma poderá até ter sido benéfica. Não é o caso se o dano prévio ao trauma for mínimo, como acontece com os dentes cariados, segundo Introna.[30] Não concordamos com a primeira assertiva. Seria o mesmo que afirmar que uma pessoa que não tenha um membro inferior poderá ter amputado o outro, já que era manco.

Devemos lembrar que a Função Mastigatória não é específica dos dentes, à ela concorrendo, também, os lábios, língua, músculos da face principalmente os músculos mastigatórios, as articulações têmporo-mandibulares, as mandíbulas e os maxilares. Isto posto, vemos que um déficit funcional dos músculos mímicos e da mastigação podem também determinar Dano Estético e da Fonação.[11,12,13,31]

A Função Mastigatória resulta da atuação sinérgica de vários órgãos, na qual os dentes são dotados de função específica e insubstituível, segundo Introna,[30] daí falar-se em Órgão Dentário. Não devemos esquecer que os

órgãos da mastigação identificam-se com o aparelho da mastigação.[25]

Segundo De Laet, apud De Michelis,[20] não se pode separar a importância da lesão traumática dos dentes da função do aparelho digestivo.

Felix Van Oefele e Kaepel apud De Michelis,[20] encontraram em indivíduos sem molares, amido nas fezes por insuficiente secreção salivar. Isto foi sanado com o emprego de próteses dentárias, com o conseqüente aumento do peso.

Deste modo, as perdas dentárias associadas ou não à lesões outras da face, podem determinar alterações mastigatórias, distúrbios dispépticos, absortivos com a conseqüente hipoalimentação que, sem dúvida, influenciarão o estado geral e mesmo a saúde da vítima, podendo ocorrer diminuição do rendimento laboral, principalmente naqueles que dependem de grande quantidade calórica para executar seu trabalho. Citamos como exemplo alguns trabalhadores braçais que podem necessitar até 6.500/ 7.000 cal/d.

Isto, sem falarmos nas possíveis gastro-enterites crônicas que agravarão ainda mais, as condições gerais do paciente, segundo Fiori e Marin.[25]

Mas é raro que a diminuição do aparelho mastigatório influencie negativamente sobre o trabalho especiífico como nos pugilistas, nos trapezistas.[25]

Conforme bem ponderam Silva et alii:

É preciso lembrar que a perda dentária decorrente de traumas tem uma conseqüência danosa diferente para o organismo daquelas perdas ocasionadas por patologias dentárias (cáries e periondontopatias), uma vez que essas se fazem ao longo de grande número de anos, ocorrendo, então uma adaptação de todos os componentes do processo da matisgação, como também dos hábitos alimentares do indivíduo. Já na situação traumática essa perda é abrupta sem tempo para adaptações orgânicas e da pessoa lesada.[37]

Segundo Cappa apud Introna:

O edêntulo, principalmente o idoso, atinge essa condição no decorrer dos anos e, portanto, tem condições de adquirir uma adaptação progressiva geral, local e ainda psicológica, na carência completa dos dentes, enquanto que, aquele que se vê bruscamente edêntulo é incapaz de mastigar e deve, rigorosamente, limitar-se à alimentação líquida ou semi-líquida e com problemática possibilidade de adaptação futura.[30]

Em relação à Fonética, os elementos dentários contribuem para a emissão das palavras, haja visto que, na divisão das consoantes existe o grupo das consoantes oclusivas linguodentais: "T", "D", "N" (ponta da língua e arcada dental superior); o grupo das consoantes fricativas labiodentais: "F", "V" (lábio inferior e arcada dental superior).

Gerin foi muito feliz ao escrever:

A voz é de fundamental importância na valorização estética do indivíduo. Ela exprime a fisionomia, influenciando-a todos os movimentos da alma, gerando reações particulares em quem a escuta. Ela exprime os sentimentos.[27]

Os defeitos e dificuldade da pronúncia (linguagem, fonética) devido às perdas dentárias podem determinar Prejuízo Estético concomitantemente ao Déficit Mastigatório. E, bem sabemos que o dano fonético que ocorre pela perda dos incisivos centrais e laterais superiores podem tornar a vítima incapaz ao trabalho específico como instrumentista de sopro, orador, artista, telefonista, trapezista, locutor, apresentador, etc., comprometendo sua eficiência social.

Na Função Estética assume papel preponderante a Função Fisionômica entendida a função, segundo o Novo Dicionário Aurélio, como a utilidade, o uso, a serventia e como fisionomia, a

feição (forma, aspecto, jeito, modo, maneira) do rosto, do semblante.

"A aparência é fundamental e as pessoas apresentáveis são mais valiosas", segundo Constable e Bernstein apud Cardozo.[17] E continuam, "quanto mais a face é envolvida por perturbações estéticas maior é a reação negativa causada em outras pessoas".

Recordando, é pela face que, geralmente, somos reconhecidos, pois por ela externamos nosso mundo interior pela mímica e pela voz, pela qual, também somos identificados; na face estão quatro órgãos do sentido (visão, audição, paladar e olfação); abriga a Função Fonética, a Função Mastigatória, e suas deformidades não são adequadamente dissimuladas. Isto posto, vemos que na face estão funções muito importantes como mastigatória, estética, fonética, respiratória, visual, auditiva, etc.

Não há como negar: a face é a principal sede da Função Estética e seu valor no âmbito da vida de relação-social é diverso conforme a "personalidade" de cada um. Mas os danos faciais podem, como já se disse, determinar não só alterações estéticas, mas também neurológicas e funcionais outras, como muito bem Bertrand[11,12] minudencia.

Dano Estético é a modificação depreciativa da vida de relação, da face externa da pessoa, segundo Gerin, que afirma:

A fisionomia, os gestos, a fala, o comportamento, revelam o mundo interior (ou psíquico) e exteriorizam os movimentos dos ânimos e atitudes mentais, irradiando no ambiente social a nossa espiritualidade, revelando as características psíquicas ainda que momentâneas.[27]

Gerin define o que seja Função Estética:

Função estética são todos aqueles atributos exteriores que contribuem para caracterizar a personalidade do indivíduo, atributos estes morfológicos e funcionais de relevância na vida de relação, capaz de definir esteticamente um indivíduo e de valorizá-lo na vida social.[27]

Real importância na estética da face desempenham os elementos dentários, pois interferem na estéticas, tanto *per se* quanto por sustentarem as partes moles da mesma. As perdas dentárias parciais determinam alterações fisionômicas e da expressão e as perdas totais ou quase totais, dão aspecto senil às pessoas.

Reduzindo a Função Estética pode haver prejuízo da capacidade de trabalho e de ganho. Concordamos com Agrestini e Barone ao afirmarem que:

A qualidade estética constitui conjunto de relevância indubitável no âmbito da eficiência social. A qualidade estética permite ao indivíduo afirmar a própria personalidade, sendo de fundamental importância na vida de relação. Toda pessoa quer ter seu aspecto agradável não só no âmbito da vida social, mas, também, particularmente, no mundo profissional e do trabalho.[4]

E continuam,

"eficiência social" é o conjunto das atividades humanas que constituem pressupostos de ganho. Disto deduz-se que a debilitação estética implica entre outras, num prejuízo econômico.[4]

Ninguém discute que a perda dos dentes anteriores, principalmente os incisivos centrais superiores determina vergonha, constrangimento ao portador e desconforto, desagrado, a quem vê. A vítima sente-se e realmente torna-se feia. É por isto que se diz que o Prejuízo Estético é o Afeamento.

Trata-se de um Dano Moral, de uma Dor Moral, pois, conforme assinala Gerin.

O dano imprime ao nosso complexo estético um caráter que, pelo menos em *lato sensu*, não corresponde mais à nossa individualidade psíquica, pare-

cendo assim, pelo menos psicologicamente, diverso daquilo que realmente somos.[27]

Segundo Subileau et alii, "o melhor momento para ser efetuada uma perícia, referente o Dano Estético, situa-se de seis meses a um ano após sofrida a lesão".[39]

Para Cardozo*, no caso de perdas dentárias, a perícia deve ser feita no máximo, um mês após.

Como se vê, há íntima relação entre as três funções desempenhadas pelos elementos dentários.

Entretanto, os diferentes grupos dentários têm, em relação às referidas funções, desempenho de pesos diferentes.

A Função Mastigatória aumenta dos incisivos centrais para os molares; para a Função Estética, nesta seqüência os papéis diminuem, sendo que os incisivos centrais superiores constituem os elementos mais evidentes do sorriso, da aparência, graças às suas posições anatômicas, à coloração e luminosidade.

Vejamos algumas tabelas que bem mostram as opiniões diferentes de diversos autores, o que exprime a complexidade de tais avaliações:

Dueñas, in Beltran, citado por Arbenz,[7,8] apresenta o seguinte critério numérico:

	Valor Fonét.	Valor Estét.	Valor Mastigat.
Incisivo central	100	100	40
Incisivo lateral	90	90	40
Canino	80	80	70
Primeiro pré-molar	70	50	60
Segundo pré-molar	60	40	70
Primeiro molar	50	—	100
Segundo molar	40	—	90
Terceiro molar	—	—	—

Para Mamlock apud De Michelis,[20] para 100% da total integridade e normal Função Mastigatória, o valor correspondente a cada dente é:

Incisivos centrais	2%
Incisivos laterais	1%
Caninos	3%
Pré-molares	3%
Primeiro e segundo molares	5%
Terceiro molar	3%

25% x 4 = 100%

Para Hentze apud De Michelis:[20]

Incisivos centrais	1
Incisivos laterais	1
Caninos	2
Primeiro pré-molar	3
Segundo pré-molar	3
Primeiro molar	5
Segundo molar	5
Terceiro molar	5

Para Messina apud De Michelis,[20] considerando 100% a função normal de uma dentadura íntegra, atribui a cada dente, os seguintes valores:

	Superiores	Inferiores
Incisivos centrais	2	1
Incisivos laterais	1	2
Caninos	2	2
Primeiro pré-molar	3	3
Segundo pré-molar	3	3
Primeiro molar	5	5
Segundo molar	5	5
Terceiro molar	4	4

Miceli e D'ambrosio apud De Michelis,[20] considerando a capacidade mastigatória igual à 100%, atribuíram os seguintes valores aos diversos dentes:

Incisivo central e lateral	0,50%
Canino	1,00%
Primeiro e segundo pré-molares	1,25%
Primeiro e segundo molares	2,50%
Terceiro molar	2,00%

O Coeficiente de Antagonismo é 1% para os molares, 0,50% para os pré-molares e 0,25% para os incisivos e caninos, para estes autores.

Conceitua-se como Coeficiente de Antagonismo o valor percentual que deve ser associado ou atribuído ao dente perdido, em razão da diminuição da função do dente antagonista, que não

*. Comunicação pessoal.

perdendo todo o seu valor, tem sua função reduzida.

De Laet apud De Michelis,[20] atribui ao Coeficiente de Antagonismo, um valor igual à 50% daquele mesmo dente.

Mori apud De Michelis,[20] para a valorização funcional dos dentes, propõe os seguintes valores:

	Superiores	Inferiores
Incisivos centrais	2	1
Incisivos laterais	1	2
Caninos	3	3
Primeiro pré-molar	4	4
Segundo pré-molar	5	5
Primeiro molar	8	8
Segundo molar	8	8
Terceiro molar	6	6

Justifica o autor que o incisivo central inferior, sendo menor que o homólogo dente superior, articula somente com este; o oitavo dente superior, sendo menor que o homólogo inferior, somente articula com este último; entretanto, todos os outros dentes da arcada superior articulam com dois opostos.

Assim, a perda anatômica de um dente, que não seja o oitavo superior ou o primeiro inferior, determina uma perturbação funcional permanente de três dentes. O inconveniente desta tabela é não dar valores percentuais.

Segundo este autor, numa articulação dentária normal, cada dente articula com dois antagonistas: dois terços com o antagonista homólogo e um terço com o antagonista vizinho.

Distinguem-se, assim, catorze trígonos dentários: sete com base superior e sete com base inferior, sendo cada trígono formado por três elementos: dois antagonistas contra um e dos dois, um é compreendido por dois terços e o outro, por um terço (De Michelis[20]).

Admite-se, assim, que a perda de um só dente debilita a Função Mastigatória e/ou Fonética. Na verdade, devemos ter em mente que a perda de qualquer dente corresponde à perda funcional do antagonista e até dos dentes vizinhos, segundo De Michelis.[20] Portanto, a perda de um ou dois dentes, significa a perda funcional de dois ou quatro dentes, respectivamente, segundo Introna.[30]

Isto vale não só para as avulsões, mas, também, para as fraturas porque para o exercício da sua função, a coroa deve estar íntegra (Introna[30]).

Para Chiarini apud De Michelis,[20] o dano estético é para os:

Incisivos e caninos 75%
Pré-molares 20%
Molares 5%

Para Lambusta apud De Michelis,[20] o dano estético por perda dentária em porcentagem é:

Incisivo central e lateral ... 1,0%
Canino 0,5%
Primeiro pré-molar 0,25%

Segundo trabalho De Michelis,[20] a porcentagem de invalidez mastigatória decorrente da perda de todos ou de parte dos elementos dentários é:

Incisivo central	0,50%
Incisivo lateral	2,25%
Canino	1,00%
Primeiro e segundo pré-molares	0,50% cada um
Primeiro e segundo molares	1,50% cada um
Terceiro molar	0,50%
Perda de todos os dentes	25,0%

O Coeficiente de Antagonismo é igual à 50% do valor do dente que falta, também para De Michelis.[20]

Assim o Dano Fonético pode tornar a vítima incapaz ao trabalho específico como instrumentista de sopro, orador, artista, trapezista, apresentador, pugilista, etc.

A minoração das perdas se faz por próteses móveis e fixas, que apresentam uma série de restrições.

Quanto à prótese parcial móvel:

a) Não permite boa apreensão e corte de alimentos principalmente as de dentes anteriores.

b) Determinam alterações fonéticas devido barras metálicas.[16]

c) Não se consegue disfarçar que é uma prótese, uma restauração; a artificialidade da restauração protética é evidente.[16,37]

d) Dificultam a higienização podendo determinar cáries e periodontopatias, sendo que estas podem determinar perda de dentes remanescentes.[37]

e) Determinam um componente psicológico negativo, isto é, a pessoa dá conta que apresenta um elemento estranho na cavidade bucal.[30]

As *próteses parciais fixas*, de custo mais elevado que as móveis, portanto, menos acessíveis à população, determinam melhor desempenho mastigatório, geralmente não dão alterações fonéticas, são melhores do ponto de vista estético e não determinam tanto componente psicológico negativo, quanto o modelo anterior.[16,37]

Entretanto, para o emprego de prótese parcial fixa necessário é utilizar-se de dentes vizinhos ao local da perda, que, por sua vez, sofrerão desgaste em suas estruturas podendo surgir necessidade de tratamento endodônticos, sem falarmos em tratamento de cáries e periodontopatias.[16,37]

As próteses móveis são, então, usadas quando há ausência de dentes que sirvam de pilares para uma prótese fixa, "pilares" que poderão se tornar sede de cáries e periodontopatias.

Além do mais, a duração da prótese fixa ou móvel é variável dependendo da sua natureza, higienização bucal, regime alimentar da vítima, problemas infecciosos, cáries, periodontopatias, etc.

Deve-se salientar que, as próteses fixas e móveis, com o decorrer do tempo, têm seu valor estético diminuído e sempre representam uma agressão aos dentes remanescentes.

As Perdas Dentárias sempre determinam um prejuízo permanente à vítima, pois não se pode pretender que os dentes artificiais ou mesmo desvitalizados tenham igual valor funcional e durabilidade que os dentes naturais, embora, às vezes, superem estes em relação à estética, segundo Agrestini[2,3] e Introna.[30]

Diferem também de qualquer outra Lesão Pessoal a começar pela Incapacidade Temporária: a vítima pode estar fisicamente apta para o trabalho, mas não o está do ponto de vista psicológico em razão das alterações estéticas e funcionais outras que, geralmente, demandam longo tempo para serem reparadas, pois o tratamento, comumente, é contínuo e iterativo, segundo Denoix.[32]

Outras vezes, a vítima está apta para o trabalho do ponto de vista físico e psicológico, mas não o está do ponto de vista da Função Mastigatória.

Mesmo com prótese (e com todos os inconvenientes a ela inerentes) as vítimas de perdas dentárias têm prejudicadas a sua eficiência social, a sua vida de relação, seja na alteração da pronúncia, nas refeições em público, no sorriso, etc., com repercussão, às vezes, no desempenho profissional.

Além disto, segundo Laufer:

"Os prejuízos corporais apresentam convalescença, enquanto que, as reparações das alterações do sistema dentário são passíveis de uma volta ao trabalho, não compatível com uma vida de relação nos limites do normal."[31]

A avaliação do dano psíquico decorrente de alterações funcionais do aparelho dentário, se no adulto é problemático, muito mais o será na criança.[34]

Muitas vezes, nas crianças, as lesões estão atenuadas mas as seqüelas psíquicas podem ser graves ou as implicações subjetivas do dano podem estar para acontecer,[21] não só pela perda dentária mas também pelas brincadeiras de mau gosto, principalmente na escola e no ambiente social. A reparação cirúrgica do dano dentário, que a vítima não é

obrigada a fazer, mas a ela se submete para diminuir seu sofrimento físico e tortura moral, em muitos casos faz aumentar ainda mais o dano psíquico, segundo Elliot et alii.[23]

As mudanças de comportamento, nas crianças, são muito freqüentes, podendo ser causas de péssimos resultados escolares: nestes casos a participação de um psiquiatra infantil é necessária.

Na criança e adolescente, o sistema dentário está em contínua evolução e não se pode dizer que o dano funcional já se extinguiu ou é definitivo, enquanto não houver completado o crescimento, de acordo com Deffez e Ambrosini,[21] Robetti e De Bernardi.[34] E isto porque os traumas dentários, geralmente associados a traumas faciais, podem lesar zonas de crescimento, com conseqüências tardias, menos ou mais importantes e desastrosas, sobre o desenvolvimento facial e dentário, este caracterizado por anomalias oclusivas e nos próprios dentes, que ensejarão tratamento ortodônticos posteriores. Este é o Dano Futuro muito bem descrito por Agrestini e Barone.[4] Tudo isto de permeio à possível dificuldade em abrir a boca por alterações nas articulações têmporo-mandibulares. Acrescente-se a isto, o fato de que o Dano Estético poderá comprometer seu ingresso no mercado de trabalho ou impedir uma justa remuneração.[4,2]

Como já se relatou, dos fatores extrínsecos à lesão, os mais importantes são o sexo, profissão, idade e o *status*. Alguns autores citaram a cor, sem entrar no mérito.[5,7,8,18,21,24,27,28]

As Perdas Dentárias interferem na capacidade laborativa genérica, especialmente as perdas dos incisivos, mas principalmente em determinadas atividades profissionais. É o caso dos músicos que se utilizam de instrumentos de sopro, nos quais os dentes não só constituem-se ponto de apoio ao instrumento, mas, também, contribuem para formar caixa de ressonância pela modulação do som, quando unidos aos lábios.

Os Danos Estéticos causados pelas perdas de dentes anteriores têm grande relevância nas pessoas cuja profissão e *status* requerem excepcional performance estética: cantores, artistas, bailarinas, pessoas que trabalham com o público, apresentadores, médicos, oradores, executivos, professores, etc., onde o Dano Estético repercute na atividade profissional, laborativa.

Em relação ao sexo, o fator estético é de maior importância na vida social e sentimental da mulher que no homem. É difícil uma mulher com Dano Estético atrair sexualmente, casar-se, ter profissão de destaque com posição de mando. A pessoa deformada acaba por isolar-se, encapsular-se, evitando contatos sociais, associado ao fato de serem menos aceitas socialmente. "Como o que não é visto não é lembrado, aumenta-se o fosso social", segundo Cardozo.[17]

Quanto à idade, algumas coisas foram ditas em relação às perdas dentárias nas crianças. Sabe-se que a importância estética dos dentes diminui com idade; "a falta de alguns dentes é fato de observação comum na idade avançada e não se mostra como fato anti-estético como numa criança, segundo De Michelis.[20]

"Quando o trauma atinge o dente permanente da criança entre 6 e 12 anos, o dano será mais importante que na lesão idêntica no adulto, seja pela repercussão no ulterior desenvolvimento do maxilar, seja no alinhamento dos dentes que estão a irromper sucessivamente, seja pela necessidade da demanda de cura protética até 16 a 20 anos (época de erupção dos dentes do siso).

A perda traumática precoce de dentes decíduos, seja no período de erupção (1 a 6 anos), seja no período de troca (6

a 12 anos), pode determinar mal formação maxilo-facial, com correspondente má oclusão, cuja atuação é incluída no cálculo do dano futuro, que deve ser ressarcido enquanto apresente caracteres de certeza ou de grande probabilidade, segundo Demichelis.[20]

Os Danos Fonéticos, que ocorrem pela perda de dentes incisivos centrais e laterais superiores, comprometem a eficiência profissional e social daquelas que usam o *verbum* como profissão: locutores, telefonistas, professores, relações públicas, apresentadores, oradores, etc.

Perícia

I. No Âmbito Penal

Ninguém, nem mesmo o Magistrado pode obrigar a vítima a submeter-se a tratamento algum, nem mesmo ao tratamento Odontológico, Clínico ou Cirúrgico, nem sempre livre de riscos, para beneficiar o agressor.

Obrigá-la seria Constrangimento Ilegal, tipificado no art. 146 e §§ do CPB.[14]

Do ponto de vista Jurídico-Penal faz-se a descrição das lesões ou seqüelas e seu enquadramento Legal.

O estado anterior da vítima, no que se refere ao sistema dentário, pode influenciar a conclusão do perito conforme já fora dito porque, muitas vezes, os dentes e tecidos do periodonto, que fazem valer a função do aparelho dentário, têm função nula ou quase, antes do trauma. O perito médico com prudência relatará no laudo tudo o que vir, e, na Discussão, justificará o porque daquele enquadramento legal, mostrando aqui seu conhecimento científico, ético e a relação de causalidade com as concausas.

Assim, as Perdas Parciais ou Totais de dentes, ante o art. 129 e §§ do CPB[14] podem ser interpretadas como:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Enquadram-se aqui, como lesões leves, as lesões dentárias de pequena monta como ligeira luxação dentária, fratura de pequena parte da coroa, etc.

Embora consideradas lesões leves o perito deve fazer constar em seu laudo que a terapia destes danos, na maioria das vezes, perdurarão por toda a vida da vítima.[1] Citam-se como exemplo as reparações das restaurações de fraturas coronárias.

§ 1.º - I — Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 dias.

Para maioria dos autores, esta Incapacidade cessa quando a vítima pode voltar às suas ocupações habituais sem maior dano ou perigo à sua vida ou saúde. Trata-se, portanto, de uma cura funcional e não anatômica.

Para os Odontólogos, "a data da consolidação coincide com o fim dos cuidados odontológicos" segundo Denoix.[22]

Entretanto, jamais devem ser esquecidas nas vítimas de perdas dentárias, as três Funções: Mastigatória, Estética e Fonética, bem como de todos os problemas à estas referentes, já mencionados.

Esta Incapacidade é justificada pela confecção de próteses fixas ou móveis em caso de fratura ou avulsão dentária. Ou mesmo os tratamentos endodônticos.

Deve ser levado também, em conta, aqui, o "tempo necessário para a reabilitação, sempre longa e os cuidados terapêuticos, às vezes por toda a vida da vítima, de acordo com Agri\estini.[1]

§ 1.º - III — Debilidade permanente de membro, sentido ou função.

Almeida Jr. e Costa Jr.[5], Arbenz,[7,8] Cardozo,[16] Carvalho et alii,[18] De Michelis,[20] Introna,[30] Silva et alii,[37] consideram as perdas de elementos dentários como causadores de Debilidade Permanente.

As perdas dos pré-molares e dos molares, principalmente, devem ser enquadradas neste inciso, dada a importância dos mesmos na função mastigatória.

Mesmo que não tenha ocorrido perda dentária, mas somente fratura da coroa, a debilidade de função está presente, uma vez que, para o exercício da função mastigatória, os elementos dentários devem ter coroa íntegra.

A perda dos incisivos centrais e laterais superiores determinam debilidade da função fonética.[4,27]

Tommasini[40] admite que as necessidades calóricas em relação ao tipo de trabalho executado deveriam constituir parâmetro móvel para valorizar redução da capacidade mastigatória. Para tanto, existem tabelas onde estão relacionadas as necessidades calóricos e as diversas atividades laborais.

As próteses fixas ou móveis não tornam a vítima perfeitamente apta à mastigação porque:

1. "Os dentes artificiais e/ou desvitalizados não têm o mesmo valor funcional e durabilidade que os dentes naturais", segundo Cardozo,[16] Denoix,[22] Silva et alii.[37]

As próteses fixas e móveis apresentam cada qual suas limitações, já referidas.

§ 2.º — I — Incapacidade Permanente para o Trabalho.

Como sabemos, por força do enunciado do tipo, este inciso refere-se ao trabalho genérico. Caso contrário, dele constaria o possessivo "seu" e, este inciso, teria a descrição "Incapacidade Permanente para o seu trabalho".[5,7,8,26,38]

Realmente é uma ponderação muito aceitável pois, caso contrário, poderiam ser exploradas as seguintes circunstâncias:

1 — deixa de existir tal incapacidade se a vítima pode executar outra atividade lucrativa que não a degrade do seu nível socioeconômico?

2 — é justo que uma mesma lesão, dependendo da profissão, seja considerada grave em uma vítima e gravíssima em outra?

Mas em se tratando do trabalho genérico, em caso de perdas dentárias, encontramos raras profissões que dependem dos dentes para serem executadas.

Já em relação ao trabalho específico, situações mais freqüentes, voltamos a insistir na importância dos elementos dentários nas funções mastigatória, estética e fonética, quando tais perdas poderão causar embaraço ou mesmo impedir que a vítima continue no seu trabalho.

Também, jamais poderá ser esquecido que as perdas de dentes podem determinar alterações mastigatórias com a conseqüente hipoalimentação da vítima. Isto é, realmente importante em trabalhadores braçais que requerem até 7000 cal/d para poderem executar, a contento, o seu trabalho.

§ 2.º — II — Enfermidade Incurável.

Se considerarmos, sob o enfoque médico, que segundo Mário Egídio De Souza Aranha, em *Lições De Patologia*, citado por Carvalho et alii e Gomes:

"1) Moléstia é o conjunto de fenômenos de reação, que se produzem no organismo, provocados pela ação da mesma causa mórbida.

Ex: tuberculose, sífilis, lepra.

2) Afecção é conjunto de fenômenos dependentes da mesma lesão, mas independentes da causa original.

Ex: otite, laringite, bronquite, artrite, arterite, etc.

3) Doença é o termo genérico, significando qualquer desvio do estado normal.

Ex: diabetes, hipertiroidismo, etc.

4) Enfermidade é a falta ou perturbação de uma ou mais funções, quer por ausência congênita, quer por alteração ou abolição definitiva delas e compatível com relativo estado de saúde.

Ex: perda dos dois olhos por trauma, a pseudo artrose por fratura, a paralisia por isquemia cerebral, o pé torto, a idiotia, a epilepsia, a demência, etc.[18,28]"

Se, segundo Litré, Em "Dictionaire de Medicine, de Chirurgie, de Pharmacie", "na efermidade, a função jamais existiu ou está definitivamente alterada ou abolida. A moléstia é um fato que se opera, a enfermidade é um fato acabado: esta é o término daquela;" as perdas dentárias, mesmo uma simples fratura de coroa, serão enquadradas neste inciso.

Porém, se o legislador ao prescrever Enfermidade nela subentendeu Moléstia,[5,7,8] raras serão as circunstâncias que as perdas dentárias poderão determiná-la.

§ 2.º — III — Perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

Segundo Penna, "a comparação com a Legislação Acidentária é muito útil e necessária pois, se a diminuição da função

- for menor ou igual a 25%, a lesão será leve;
- for maior que 25% e menor que 75%, a lesão será grave;
- for maior ou igual a 75% a lesão será gravíssima.[33]"

Desta forma consideramos que há Perda ou Inutilização de Membro, Sentido ou Função se a redução da função, em estudo, for igual ou maior que 75% da mesma.[33]

Assim, não é necessário que a redução da função seja extrema, absoluta: basta que, o que restou pela lesão sofrida, seja inútil ou quase.

A presente figura legal está presente quando ocorre a perda de todos os elementos dentários ou de um número tal que o ato mastigatório se torne muito difícil, determinando sobrecarga funcional. Daí, conseqüências diversas poderão surgir quanto à absorção e digestão dos alimentos porque a mastigação, somente com os rebordos alveolares, não forma adequado bolo alimentar pela ausência da trituração e laceração dos alimentos. A perda da Função Mastigatória ocorre, também, nos casos de trismo, luxação têmporo-mandibular irredutível, anquilose da articulação têmporo mandibular que só permite passagem de líquidos.

Não se pode afirmar que ainda persiste mastigação mesmo com a perda total ou quase de todos os dentes. Isso porque a mastigação com os rebordos alveolares é apenas um vestígio desta função, não formando o adequado bolo alimentar pela falta de laceração e trituração dos alimentos. Trata-se, aqui, de uma pseudomastigação, pois, segundo Cappa apud Introna,

"O edêndulo, principalmente o idoso, atinge essa condição no decorrer dos anos e portanto tem condições de adquirir uma adaptação progressiva geral, local e ainda psicológica, na carência completa dos dentes, enquanto que aquele que se vê bruscamente edêntulo é incapaz de mastigar e deve rigorosamente limitar-se a alimentação líquida ou semi-líquida e com problemática possibilidade de adaptação futura;[30]" e

Conforme ensinamentos de Silva et alii:

"é preciso lembrar que a perda dentária decorrente de traumas tem uma conseqüência danosa diferente para o organismo daquelas perdas ocasionadas por afectologias dentárias (cáries e periodontopatias), uma vez que estas se fazem ao longo de grande número de anos, ocorrendo, então, uma adaptação de todos os componentes do processo da mastigação como também dos hábitos alimentares do indivíduo. Já na situação traumática essa perda é abrupta sem tempo para adaptações órganicas e da pessoa lesada.[37]

Resta uma colocação de difícil entendimento e, às vezes, enquadramento legal: como fazer a tipificação penal no caso de perda de dentes decíduos?

Sabemos que a prescrição legal exige que o dano (debilidade, perda, inutilização, deformidade) seja Permanente, o que não ocorre no caso, uma vez que ele será reparado naturalmente com a erupção dos dentes permanentes.

No nosso entendimento, como médicos, a lesão será no mínimo leve, mas a criança deve ser assistida durante tempo necessário e suficiente para se comprovar que nela não restaram seqüelas psíquicas, pois sabemos que estas pequenas vítimas são alvo de brincadeiras, de muito mau gosto, no tocante à sua aparência.

O tempo pode atenuar ou mesmo suprimir o defeito estético da criança, porém, o dano psicológico já poderá estar estabelecido ou estar para acontecer, segundo Deffez e Ambrosini.[21] Muda-se, neste caso, o enquadramento legal.

§ 2.º - IV — Deformidade permanente.

A presente qualificadora ocorre nas perdas de dentes anteriores, principalmente os incisivos centrais e laterais, pois a deformidade, o dano estético é:

1- Visível, aparente
2- Permanente, irrecuperável
3- De certo vulto
4- De certa extensão
5- Causa vexame, incômodo permanente ao portador, afeiam-no
6- Causa desconforto, desagrado a quem os vê
7- Dificulta, altera a vida de relação, depreciando a eficiência social podendo trazer alterações para o lado da personalidade e até para o desempenho profissional.

Também as dificuldades e defeitos da pronúncia pela ausência dos incisivos centrais e laterais superiores, por si só caracterizam a Deformidade Permanente. Lembramos que a perda de todos ou quase todos os dentes determina aspecto senil às pessoas.

Mas Silva et alii afirmam que:

"As perdas de dentes posteriores (pré e os molares) podem configurar dano estético irreparável em indivíduos com diastemas (espaços entre dois dentes vizinhos) ao longo de todo o arco dentário, pois, as próteses fixas não conseguirão reproduzir aquelas características próprias da estética daquela pessoa. Isto sem falarmos no prejuízo da função mastigatória, conseqüentemente digestiva e de absorção."[37]

Voltamos a citar que as próteses, com o tempo têm seu valor estético diminuído.

II. No Foro Cível

A Lesão Pessoal causada a outrem deverá ser ressarcida pelo autor, conforme disposto nos artigos 159, 1538, 1539 do CCB.[15]

Pretende a perícia, neste âmbito, não só reavaliar as "Incapacidades" (*lato sensu*) resultantes que foram objeto da Perícia no Foro Penal, mas, também, avaliar os Prejuízos Patrimoniais e Extrapatrimoniais decorrentes de perdas dentárias.

Da análise da literatura, observa-se que os autores, principalmente Barrot, Benciolini,[10] Biou,[13] Deffez e Ambrozini,[21] Denoix,[22] Introna,[30] Laufer,[31] Robetti e Iorio,[35] Subileau et alii,[39] classificam os danos ressarcíveis em:

1 — Dano Patrimonial

Em outras palavras, procura-se dar ao dano sua real e devida indenização, sem ultrapassar o *status quo ante*.

1.a — Dano emergente

1.b — Lucro cessante:

1.b.1 — Redução da Capacidade de Ganho

1.b.2 — Incapacidade Temporária

1.b.3 — Incapacidade Permanente Total ou Parcial

1 — Dano Patrimonial

É a conseqüência da depreciação da pessoa física vista e avaliada no âmbito

econômico. Baseia-se num componente sômato-funcional e sobre um componente jurídico-econômico. Tem reflexo direto no patrimônio da vítima.

Aqui são avaliados os prejuízos econômicos que a vítima sofre. Este tópico é muito bem abordado por Agrestini,[1] Agrestini e Barone,[4] Biou,[13] Gerin.[27]

1.a — Dano Emergente

É a perda econômica direta, súbita, imediata, decorrente da lesão. Decorrem da Urgência e da Emergência do tratamento.

São as despesas com transporte, diagnóstico, internações, cirurgias, aparelhos ortodônticos, próteses, substituição de próteses, medicamentos, etc. São os gastos médicos-odontológicos, farmacêuticos e hospitalares.

Quando o trauma interessa somente os dentes, o tratamento é somente dentário, a não ser os casos que requeiram internação, como pacientes com cardiopatias seríssimas, problemas hemorrágicos, crianças que necessitem internações para serem convenientemente tratadas, etc. Entretanto, em casos de lesões múltiplas de dentes, associados às lesões dos músculos da face e ossos, o tratamento geralmente inicia em hospital associado a tratamento médico.

1.b — Lucro Cessante

É o lucro ou ganho que cessa ou diminui devido à Incapacidade Temporária ou Invalidez. Existe aqui um dano à Capacidade de Ganho, que é o prejuízo, sem que haja redução da capacidade de trabalho, prejudicando total ou parcialmente a adequada remuneração.

1.b.1 — O prejuízo decorre de depreciação da função estética da vítima, que determina limitação da sua própria personalidade e dificulta ou danifica suas relações sociais e mesmo profissionais. É um prejuízo, sem que haja redução da capacidade laboral, que diminui, parcial ou totalmente, a adequada renumeração, segundo Agrestini e Barone.[4] Estes autores citam o caso do apresentador de televisão, que tendo sofrido dano estético vai trabalhar em transmissões radiofônicas, onde a aparência perde a importância. Neste caso a alteração estética incidiu sobre a capacidade de ganho.[4] O mesmo se diz do operário que, portador de defeito estético, não encontra trabalho devido a sua má aparência, ao seu desagradável aspecto.

Concluem que a Função Estética, muito raramente, interfere na capacidade de trabalho genérico mas é essencial a determinados trabalhos específicos reduzindo, interferindo na Capacidade de Ganho, determinando prejuízo econômico direto.

1.b.2 — Incapacidade Temporária é o período entre a data do trauma e a volta às atividades habituais, não havendo necessidade de ser, naturalmente, total.

É o tempo em que a pessoa fica inapta, incapacitada para as múltiplas atividades que tem, do levantar-se ao deitar-se: é a sua atividade costumeira, desde que lícita, pouco importando que seja ou não produtiva. Compreende as múltiplas manifestações corpóreas do ancião, do trabalhador, do executivo, da dona de casa, etc.

Incapacidade temporária parcial, portanto, é aquele período de transição entre a incapacidade temporária total e a volta às ocupações da vida corrente.[31]

"Se o trauma é só dentário este período geralmente não ultrapassa uma semana. Mas, se à lesão dentária estiver associada lesão maxilo-facial, o dano é muito sério. As mudanças de comportamento e aproveitamento escolar são severamente prejudicados," segundo De Michelis.[20]

Assim, há sempre um período de Incapacidade Total e Temporária: o afastamento do trabalho por dias é justificado pela confecção imediata de próteses, quando os dentes visíveis são

lesados nas pessoas que têm relação com o público.

As sessões de tratamento têm caráter iterativo.

Para verificar a incapacidade funcional ou invalidez permanente é necessário conhecer o estado anterior dos dentes e alvéolos, porque muitas vezes o tecido dos dentes e do periodonto que faz valer a função do órgão dentário, é nulo antes do trauma. É preciso usar parâmetros precisos, conforme muito bem explica Denoix.[22]

1.b.3 — Incapacidade Permanente

É a invalidez física-funcional resultante do trauma dentário, podendo ser Parcial ou Total.

As alterações psíquicas, caso apareçam, estão incluídas neste tópico, de acordo com Subileau et alii.[39]

Na criança, a Incapacidade não pode ser considerada definitiva até que se complete todo o seu crescimento. O dano é evolutivo e o perito tem toda razão para pensar que o dano atual será modificado pelo crescimento ósseo e muscular, às vezes anômalos.

Como estamos a tratar de Perícia em Foro Cível, as vítimas serão, naturalmente, prejudicadas, menos ou mais, dependendo de fatores extrínsecos à lesão onde deverão ser levados em conta, principalmente, o sexo, a profissão, a cor, a idade, o *status* da mesma, em estrita correlação com os Danos Mastigatórios, Estéticos e Fonéticos decorrentes da perda dentária.

Assim, no Foro Cível, associar o dano, à "limitação da personalidade da vítima", conforme ensina Gerin.[27] Melhor dizendo, associar o dano à Identidade Social da vítima.

2- Dano Extrapatrimonial

Segundo Robetti e De Bernardi:[34]

"este não causa empobrecimento econômico, mas se caracteriza na condição de sofrimento físico e/ou moral baseados na reduzida capacidade de se manter na precedente atitude devida de prazer e realização pessoal.

Diz-se que são danos imensuráveis em valores econômicos:[2,3,4]

"O Dano Extrapatrimonial pode ser dividido em:

2.a — Dano Estético:

- Dano à Vida de Relação
- Dano Moral

2.b — *Pretius Doloris*

2.c — Prejuízo do Prazer

2.d — Prejuízo do Futuro (Prejudice d'avenir)"

Ressalta-se que não há interesse em aumentar o números de rubricas "prejuízos" de modo a indenizar mais, pela mesma seqüela.

2.a — Dano Estético

A qualidade estética constitui um conjunto de relevância indubitável no âmbito da eficiência social.

Ela permite ao indivíduo afirmar a própria personalidade e é de fundamental importância na vida da relação.

Toda pessoa quer ter seu aspecto agradável não só no âmbito da vida social mas particularmente no extenso mundo profissional e do trabalho.[4]

Dentre as inúmeras classificações de Dano Estético feitas por diferentes autores, optamos pela elaborada por Agrestini[1,2,3] e Agrestini e Barone[4] que os divide em *Dano à Vida de Relação e Dano Moral.*

O *Dano à Vida de Relação* é o prejuízo, o Dano Social, isto é, é a depreciação social, pois a vítima não se mantém mais no *status quo ante* com reflexos econômicos diretos, naturalmente.

Deve-se ressaltar que o Dano à Vida de Relação é sempre identificado com o Dano Social, porque, na sociedade moderna, a relação pública cada vez mais tem seu reflexo econômico, segundo Franchini, apud Fiori e Marin.[25]

O *Dano Moral* é vergonha e a inferioridade que se sente, o desagrado que

se causa, devido à depreciação da função estética; as higienizações de próteses às escondidas; ao fato de a "nova" individualidade física ser diversa da que era, que repercute no psiquismo, parecendo, do ponto de vista psíquico, diverso do que realmente é; ao fato de tornar-se feio aos seus olhos e aos dos outros.

2.b — *Pretium Doloris* (ou *Quantum Doloris*)

É o preço da dor, o preço da reparação da dor, devido ao trauma, cabendo ao Juiz, fixá-lo.

O *Quantum Doloris* é de avaliação pericial e o *Pretius Doloris* é fixado pelo juiz.

Trata-se de dano de caráter temporário, estendendo-se do momento do trauma até a cura, referindo-se à dor do momento do trauma; dor das intervenções cirúrgicas, às vezes, iterativas; as dores das anestesias, das imobilizações; dos curativos; da reeducação funcional; da hospitalização; da separação da família; dor da reconstrução dentária; dor de portar prótese; dor de portar aparelho ortopédico de contenção, tão incômodo; as nevralgias dos tratamentos radiculares, etc., conforme ponderações de Benciolini,[10] Deffez e Ambrosini,[21] Denoix,[22] Introna,[30] Laufer,[31] Robetti e Iorio.[35]

É a dor traumática e pós traumática.

Em alguns países (Alemanha, Países Baixos), o Prejuízo Estético está incluído no *Pretius Doloris*, segundo Fiatte apud Subileau at alii, pois o Prejuízo Estético resulta dos sentimentos de sofrimentos morais experimentados, do fato da desgraça física, conseqüentes à lesão pessoal.

2.c — Prejuízo do Prazer

2.c.1 — É o desagrado sentido pela vítima por não poder dedicar-se às distrações ordinárias, particulares, exigidas das atitudes físicas, próprias, de cada idade.

2.c.2 — São as perdas escolares, com as conseqüentes repetências, as perdas das horas de lazer próprias da idade. Todas ocasionadas pelas idas e vindas do tratamento odontológico; o "tempo gasto" no consultório odontológico e com este tratamento, etc., tudo isso associado ao *Pretius Doloris*.

2.c.3 — Para Subileau et alii,[39] o Prejuízo do Prazer confunde-se com a Incapacidade Permanente: assim, os elementos do Prejuízo do Prazer são os mesmos do Prejuízo Profissional (aqueles que influenciam o ganho).

2.c.4. — A lista de ocupações de lazer e sua prática são fáceis de serem verificadas, tanto pelo perito como pelo Judiciário.

2.c.5 — Sob esta rubrica de Prejuízo do Prazer estão inclusos o Prejuízo Juvenil e o Prejuízo Senil.

2.d — Prejuízo do Futuro.

O prejuízo hipotético, eventual, não pode ser indenizado.

O Prejuízo do Futuro, certo que virá, deve ser avaliado a partir do momento em que se tem certeza que ele será produzido e que se pode avaliar o *quantum*. Trata-se de critério Diagnóstico.

É necessário que se coloque a vítima em situação equivalente àquela em que se encontrava, se o dano não tivesse ocorrido, segundo Deffez e Ambrosini.[21]

Na criança isto é impossível, pois sabe-se que conforme a localização da lesão do germe de dente permanente, devido à avulsão traumática de dente decíduo, será afetado o esmalte ou a coroa do dente permanente.

Pertencem ao Prejuízo do Futuro, encontrados nos adultos e crianças, as trocas de próteses necessárias aos diferentes passos de tratamento; a longevidade de um reimplante dentário e sua ulterior troca; as mudanças visuais futuras por desenvolvimento facial e dentário anômalos; as anormalidades oclusivas dentárias, etc.

Não se pode negar que determinadas Perdas Dentárias em crianças e jovens,

tornam essas vítimas absolutamente incapazes para o exercício de determinadas profissões, devendo ser avaliado como seria a vida delas o dano não tivesse ocorrido.

Referência bibliográficas

1. AGRESTINI, F. *Sul risarcimento delle spese di cure protesiche.* Ann. Stomatol., v. 15, n. 4, pp. 671-3, 1966.
2. AGRESTINI, F. *Sullo sfregio e deformazione permanente del viso.* Ann. Stomatol., v.15, n. 4, pp. 329-31, 1966.
3. AGRESTINI, F. *Sullo sfregio e deformazione permanente del viso.* Ann. Stomatol., v. 15, n. 14, pp. 429-31, 1966.
4. AGRESTINI, F.; Barone, G. *Sul danno estetico da traumatismi maxillo-faccialli.* Ann. Stomatol., v. 17, n. 9, pp. 677-96, 1968.
5. ALMEIDA JR., A.; Costa, Jr., J.B.O. *Lições de medicina legal.* 12.ed. São Paulo, Nacional, 1974.
6. ALVES, E.S. *Medicina legal e deontologia.* Curitiba, Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1966.
7. ARBENZ, G.O. *Compêndio de medicina legal.* São Paulo, Atheneu, 1983.
8. ARBENZ, G.O. *Medicina legal e antropologia forense.* São Paulo, Atheneu, 1988.
9. BARROT, R. *La place de l'expertise medicale dans l'indemnisation du prejudice corporel.* J. Med. Leg. Droit Med., v.26, n. 4, pp. 315-27, 1983.
10. BENCIOLINI, P. *Lo stato anteriore nel giudizio di indebolimento permanente dell'organo della masticazione.* Minerva Stomat, v. 13, n. 11, pp. 585-9, 1964.
11. BERTRAND, J. Ch. *Polytraumatisme facial.* J. Med Leg. Droit Med., v. 24, n.2, pp. 171-5, 1981.
12. BERTRAND, J. Ch. *traumatismes de la mandibule.* J. Med. Leg. Droit Med., v. 24, n. 2, pp. 133-44, 1981.
13. BIOU, C. *Lesions traumatiques, indemnisation des sequeles et evolution des prejudices dans les traumatiques du massif facial superieur.* J. Med. Leg. Droit Med, v. 24, n. 2, pp. 143-56, 1981.
14. Brasil. Leis etc. *Código penal.* São Paulo, Saraiva, 1984.
15. Brasil. Leis etc. *Código civil brasileiro.* 41. ed. São Paulo, Saraiva, 1991.
16. CARDOZO, H. F. *Verificação da ocorrência de traumatismos faciais e de* elementos dentários em ocupantes de veículos, recorrentes de *acidentes de trânsito.* São Paulo, 1990. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Odontologia, Universidade de São Paulo.
17. CARDOZO, H. F. *Avaliação do dano nas seqüelas faciais decorrentes de acidente de trânsito.* São Paulo, 1993. 224p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Odontologia, Universidade São Paulo.
18. CARVALHO, H.V., Segre, M.; Meira, A. R.; Almeida, M.; Salaru, N.N.R.; Muñoz, D.R.; Cohen, C. *Compêndio de medicina legal.* São Paulo, Saraiva, 1987.
19. CUALLA, G.U. *Medicina legal e psiquiatria forense.* Bogotá — Colômbia Libreria Voluntad, S.A., 1952.
20. DE MICHELIS, B. *Criteri valutativi del danno dell'apparato dentário nel campo della responsabilitá civile.* Minerva stomatol., n.4, p. 189, 1958.
21. DEFFEZ, J.P.; AMBROZINE, J.C.. *Le prejudice d'avenir dans les lesions dento-maxillo-facialles de l'enfant et de l'adolescent.* J. Med. Leg. Droit Med., v. 24, n.2, pp. 177-84, 1984.
22. DENOIX, G. *Traumatismes des organes dentaires.* J Med. Leg Droit Med., v.24, n.2, pp. 157-63, 1981.
23. ELLIOTT, M.; BULL, R.; JAMES, D.; Landsdoun, R. *Children's and* adults. Reactions to photographs taken before and after facial surgery. J. Maxilofac. Surg., v. 14 , p. 18-21, 1986.
24. FÁVERO, F. *Medicina legal.* 11. ed. São Paulo, Martins; Belo Horizonte, Itatiaia, 1980.
25. FIORI, A.; MARIN, F. *Considerazioni medico-legali sulle fratture dei mascellari.* Minerva Stomatol., v. 13, n. 9, pp. 446-61, 1964.
26. FRANÇA, G.V. *Medicina legal.* 2. ed. Rio de Janeiro, Guanabara-Koogan, 1985.
27. GERIN, C. *Medicine legale e delle assicurazioni.* 5.ed. Roma, Tip. Lit. G. Pioda, 1959-60. v.2, pp. 334-94.
28. GOMES, H. *Medicina legal.* 25. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987.
29. GRULLIERO, A.; PARASCANDOLO, S.; RUSCIANO, A.; FLORIO, F.F.; TORTORA, P. *Considerazione cliniche sulle lesioni traumatiche dei denti in associazione ai traumi oro-maxillo-facciali. Minerva Stamatol.*, v. 36, n.9, pp. 685-90, 1987.

30. INTRONA, F. *La perdita di denti nel delitto de lesioni personali. Minerva Stomatol.*, v.13, n.10, pp. 511-23, 1964.
31. LAUFER, J. *Indemnisation des sequelles traumatiques dans le domaine facial et conclusions de la journee. J. Med. Leg. Droit Med.*, v.24, n.2, pp. 185-92, 1981.
32. MONTAGNA, J; ARANEDA, M.; LOPEZ, O.; SCHNEIDER, E.; ZAPATA, F. *Prognóstico de lesiones en odontologia. Odont. Chil.* V. 18, n. 92, pp. 23-9, 1969.
33. PENNA, J. B. *Estudo dos critérios clínicos e médicos legais para a caracterização das lesões corporais.* São Paulo, 1994. Tese (Doutorado). Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.
34. ROBETTI, I.; DE BERNARDI, C. *I postumi dei traumatismi dei denti anteriori nel bambino: aspeti deontologici. dent. Cadm.*, v. 54, n. 11, pp. 35-42, 1982.
35. ROBETTI, I.; IORIO, M. *Un caso di lesione personale di interesse odontostomatologico.* Minerva Stomatol., v. 30, n. 6, pp. 621-3, 1981.
36. ROJAS, N. *Medicina legal.* Buenos Aires, El Ateneo, 1936.
37. SILVA, M.; Cardozo, H. F.; Ramos, D. L. P. *Lesões da face e dos dentes frente ao art. 129 do Código Penal Brasileiro.* C. R. O. Agora. Órgão oficial do Conselho Regional de Odontologia de São Paulo. Ano XV — n.º 45 — junho 1991.
38. SILVEIRA, E.C. *Direito penal — crimes contra a pessoa.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.
39. SUBILEAU, C. L.; LE CLECH, G.; DITVIAL, J.L. *Les fractures de la face/ l'evaluation du dommage corporal en traumatologie faciale.* J. Fr. Otorhinolaryngol., v. 26, n. 4, pp. 297-306, 1977.
40. TOMMASINI, F. *Menomazioni dell'apparato della mastigazione e capacita di lavoro.* Minerva Stomatol., v. 15, pp. 545-8, 1964.

7 — POLÍCIA E DIREITO

A NOVA POLÍCIA

ANTONIO CARLOS DE CASTRO MACHADO
CARLOS ALBERTO MARCHI DE QUEIROZ

1. Considerações preliminares — 2. Conceitos de Polícia — 3. Resumo histórico da Polícia brasileira — 4. Resumo histórico da Polícia Militar do Estado de São Paulo — 5. Resumo histórico da Polícia Civil do Estado de São Paulo — 6. As Polícias brasileiras nas Constituições pátrias — 7. As Polícias paulistas à luz da atual Constituição Estadual — 8. A velha Polícia e os equívocos do passado — 9. A nova Polícia — 10. Considerações finais e conclusivas.

1. Considerações preliminares

O exercício da atividade policial é função tão antiga que se perde na noite dos tempos. Nos seus primórdios, a *Polícia* confundia-se com a *Magistratura* estatal. Tanto, que seus juízes eram investidos de poderes de capitão. E seus capitães, antes de sua integração pelo próprio Estado, investidos de poderes de juiz. Numa certa quadra da evolução da *História Universal*, ambos, juízes e capitães, prendiam e julgavam, sendo certo, porém, que a manutenção do condenado em calabouço dependia, sempre, do capricho, ou da vontade imperial, de príncipes e de reis, supostos depositários divinos de ilimitados poderes de vida e de morte sobre seus súditos.

No século XVIII, todavia, com o advento da Revolução Francesa, *os Iluministas*, ou filósofos da liberdade, passaram a combater esse desmedido poder de prender e de julgar por parte dos juízes-capitães, ou dos capitães-juízes, e, até, de autoridades administrativas, semeando uma curiosa idéia de separação entre Polícia e Justiça.

Dessa época é que, com certeza histórica, advém a conhecida dicotomia que informa a teoria da divisão da Polícia em dois grandes ramos: *Polícia Administrativa* e *Polícia Judiciária*. A primeira, responsável pela manutenção da ordem pública e pela prevenção das infrações penais em geral. A última, responsável pela apuração das infrações penais não evitadas, pela colheita de provas e pela condução dos autores às barras dos tribunais.

Essa divisão pioneira apareceu, inicialmente, nos artigos 18, 19 e 20 do *Código de Brumário*, na França revolucionária, fato histórico antecedente à época napoleônica. A propósito, doutrina *João Mendes Júnior*, antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, com meridiana clareza que "*a missão policial foi definida pela Assembléia Nacional Francesa, em 1791; a Polícia Judiciária investiga os delitos que a Polícia Administrativa não pode evitar que fossem cometidos*".[1]

1. João Mendes Júnior, "O Processo Criminal Brasileiro", vol. 1, p. 249, Ed. Freitas Bastos, São Paulo", 1959.

2. Conceitos de Polícia

Tentando explicar a dicotomia, *Pimenta Bueno*, o grande jurista do Segundo Império do Brasil, prelecionava que a função da Polícia era "*rastrear e descobrir criminosos que não puderam ser prevenidos, colher e transmitir às autoridades competentes os indícios e as provas dos crimes, indagar quais sejam os autores e coagentes e, finalmente, concorrer com eficácia para que sejam levados aos tribunais*".[2]

Carnelutti, por sua vez, dissertando com extrema erudição sobre o conceito de Polícia no campo de Direito Processual Penal, conferiu-lhe função de "*promover as condições materiais favoráveis à vida social, visto que o crime é, antes de tudo, uma desordem*".[3]

Não obstante a multiplicidade de conceitos sobre a Polícia encontrados em preciosos manuais e tratados de Policiologia, quer nos parecer que o mais adequado é aquele formulado pelo administrativista argentino *Rafael Bielsa* que disse ser a Instituição Policial "um conjunto de serviços organizados pela Administração Pública, com a finalidade de assegurar a ordem pública e garantir a integridade física e moral das pessoas, mediante limitações impostas à atividade pessoal".[4]

3. Resumo histórico da Polícia brasileira

A instituição policial brasileira, conforme documentação existente no Museu Nacional do Rio de Janeiro, data de 1530, quando da chegada de Martim Afonso de Souza enviado ao Brasil-Colônia por Dom João III. A pesquisa histórica revela, a propósito, que no dia 20 de novembro daquele longínquo ano, a Polícia brasileira iniciava suas ações, promovendo Justiça e organizando os serviços de ordem pública, "*como melhor entendesse nas terras conquistadas do Brasil*".[5]

A partir de então, a Instituição Policial brasileira passou por seguidas reformulações nos anos de 1534, 1538, 1557, 1565, 1566, 1603, e, assim, sucessivamente, até a chegada do príncipe Dom João ao Brasil. No dia 10 de agosto, criou-se, mediante Alvará Régio, o cargo de Intendente Geral de Polícia, ocupado, pela primeira vez, pelo Desembargador Paulo Fernandes Viana, incumbido, imediatamente, de criar suas diversas secções. Somente em 1841 é que instituiu-se o cargo de Chefe de Polícia em cada uma das Províncias do País.[6]

4. Resumo histórico da Polícia Militar do Estado de São Paulo

Com a chegada da Família Real ao Brasil, o Príncipe Regente, após organizar o Corpo de Fuzileiros Navais, criou, em 1809, a Divisão Militar da Guarda Real de Polícia, incumbida da guarda do Palácio e da Família Real, no Rio de Janeiro.

Extinta no dia 16 de janeiro de 1858, foi a Divisão Militar da Guarda Real de Polícia substituída pelo Corpo Militar de Polícia da Corte que operou até 15 de novembro de 1875, data do surgimento, nacional, da Brigada Policial da Capital Federal e das Províncias.

2. Pimenta Bueno, "Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro", pp. 3-4, 2.ª edição, 1857.

3. Francesco Carnelutti, "Lecciones sobre el proceso penal", vol. 1, p. 262, citado em "Elementos de Direito Processual Penal", de J. Frederico Marques, vol. 1, p. 148, Forense, Rio, 1965.

4. Rafael Bielsa, "Derecho Administrativo", vol. IV, p. 1, 5.ª ed., 1921, Buenos Aires.

5. Murilo de Macedo Pereira, "Segurança Pública-Política", Revista da ADPESP, n.º 14, Edição Histórica, pp. 63 *usque* 100, São Paulo, 1987.

6. Murilo de Macedo Pereira, *idem*.

A propósito, esclarece o Coronel da Reserva da Polícia Militar, Carlos Fuga, que a atual Polícia Militar, antigo Corpo Policial Permanente, *"foi criada em 15 de dezembro de 1831 pelo Brigadeiro Raphael Tobias de Aguiar, à época presidente da Província de São Paulo"* com a finalidade de *"manter a tranqüilidade pública e auxiliar a Justiça, encargo que tem mantido até nossos dias por dispositivo constitucional"*.[7]

Proclamada a República, e extinta a Brigada Policial da Capital Federal e das Províncias, permitiu a Constituição Federal de 1891 que os Estados, antigas Províncias, implantassem suas Forças Públicas.[8]

Valendo-se do permissivo constitucional, o então presidente, e não governador, do Estado de São Paulo, Jorge Tibiriçá Botelho, criou a Força Pública mediante decreto estadual, operacionalizando-a com o auxílio da Missão Militar Francesa, em 1906, composta por oficiais do Exército francês e que vieram a se destacar, como heróis, na Primeira Guerra Mundial.

Em 30 de dezembro de 1969, por força do Decreto-lei federal n.º 1072, surge a Polícia Militar do Estado de São Paulo, face à extinção da Força Pública, cujas tradições históricas remontam a Campanha Cisplatina e a Guerra do Paraguai, fundida, nessa ocasião, com corporações policiais civis, dentre elas a Guarda Civil de São Paulo, criada em 1926, e que, pouco antes, absorvera a Polícia Marítima.

5. Resumo histórico da Polícia Civil do Estado de São Paulo

Em 1905, o Presidente do Estado de São Paulo, Jorge Tibiriçá Botelho, enviou mensagem ao então Congresso Estadual, atual Assembléia Legislativa, propondo a criação da Polícia Civil de carreira que, convertida na Lei n.º 979, de 23 de dezembro de 1905, criou seis classes de Delegados de Polícia, estabelecendo que somente bacharéis em Direito poderiam ser nomeados para a primeira, segunda e terceira classe. Não obstante, seu primeiro concurso para provimento das classes iniciais de Delegado de Polícia somente veio a ocorrer em 1945. Desde então, a Polícia Civil do Estado de São Paulo vem experimentando sucessivos saltos de qualidade, sendo suas carreiras policiais civis atualmente normatizadas pela Lei Complementar n.º 207/79, também conhecida como Lei Orgânica da Polícia.

6. As Polícias brasileiras nas Constituições pátrias

As Polícias Militares brasileiras, antigas Milícias, Brigadas e Forças Públicas, entraram nas Constituições a partir da primeira, outorgada em 1824. Nela permaneceram nas de 1891, republicana e oriunda de legítima Assembléia Nacional Constituinte, nas de 1934 e 1937, outorgadas pela ditadura Vargas, na de 1946, oriunda de legítimo Poder Constituinte, nas de 1967 e 1969, tecnicamente consideradas como Emendas Constitucionais, e, finalmente, na Constituição-cidadã, de 1988, na feliz expressão do saudoso Deputado Ulysses Guimarães.

A Polícia Federal, por sua vez, ingressou no ordenamento constitucional nacional a partir de 1967, ao lado das "polícias estaduais, territoriais e até municipais", como quer o pranteado Pontes de Miranda.[9]

7. Carlos Puga, "O deputado e a Polícia", *in* "Folha de S.Paulo", p. 3, edição de 5 de junho de 1993.

8. Murilo de Macedo Pereira, *ibidem*.

9. Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969", 2.ª edição, revista (2.ª tiragem), pp.

Hoje, transcorridos mais de seis anos da promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, o país dispõe, segundo o artigo 144 e respectivos incisos, das seguintes instituições policiais: *Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis e Polícias Militares e respectivos Corpos de Bombeiros Militares.*

Nesse contexto, acha-se constitucionalmente consagrada a separação entre *Polícias Civis* e *Polícias Militares*, cometendo-se ao segmento não uniformizado funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, e ao segmento uniformizado tarefas de polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, conforme dicção dos §§ 4.º e 5.º do artigo 144 da Lei Maior.

7. As polícias paulistas à luz da atual Constituição Estadual.

A Constituição do Estado de São Paulo, promulgada no dia 5 de outubro de 1989, consagrou a dicotomia pregada pelo Código de Brumário, em seu Capítulo III relativo à Segurança Pública. Suas seções II e III normatizam, através dos artigos 140 e §§ as atividades específicas da Polícia Civil e da Polícia Militar ainda não detalhadas pelas respectivas Leis Orgânicas a que se referem o §4.º e o §2.º dos mencionados cânones.

8. A velha Polícia e os equívocos do passado

Inegável que a Polícia Militar e a Polícia Civil do Estado de São Paulo buscaram, sempre, atingir seu máximo desempenho, dando o melhor de si para si próprias, para a Administração Pública e para a coletividade. E dentro desse quadro de prestação de serviços à comunidade, perfeitamente admissível que cultuem suas tradições, seu peculiar espírito de corpo, seus heróis tombados no cumprimento do dever e suas místicas,[10] fatos geradores, pouquíssimas vezes, de equívocos, hoje felizmente apagados pelos "*silenciosos e constantes pés do tempo*", de que falava o imortal William Shakespeare.

O quadro político estadual, de fim de século, não comporta, em nosso Estado, dissensões, divergências e desavenças entre policiais civis e militares, atritos que revelaram, antes, disputas corporativas menores das quais se aproveitaram, e ainda poderão se aproveitar, os infratores da lei penal em detrimento dos superiores interesses da sociedade, que tudo espera de sua Polícia.[11]

9. A nova Polícia

O atual quadro político estadual tem, como meta prioritária, o fortalecimento do *binômio Polícia Militar-Polícia Civil* num sistema altamente competente de prevenção do crime e à desordem, otimizando o policiamento ostensivo da Polícia Militar em igualdade de condições com a atuação especializada dos setores reestruturados da Polícia Civil, sem se descuidar, por um só momento, do *combate cerrado ao crime organizado.*

Nesse contexto, esperamos que nossas Polícias cooperem, ao máximo, entre si, no limite de suas possibilidades, através de *normas gerais de ação* comuns e que, para o povo paulista,

324 e 325, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973.

10. Abrahão José Kfouri Filho, "Unificação das Polícias Civil e Militar", *in* "O Estado de S.Paulo", p. 17, edição de 7 de junho de 1991.

11. Renato Lombardi, "Os Problemas da Polícia — Falta união entre os civis e os militares", *in* "O Estado de S.Paulo", p. 28, edição de 11 de agosto de 1985.

traduzir-se-ão em inequívoco salto de qualidade de serviços prestados, comparados, logicamente, com o passado recente.

Para tanto, além da indispensável ação cívico-social de ambas Corporações co-irmãs, deveremos adotar mecanismos adequados de seleção e de capacitação de nossos quadros, uma vez que em andamento a recuperação salarial e dos meios de ação postos à disposição de policiais civis e militares.

Igualmente, critérios objetivos de aferição de desempenho, para promoção nas diversas carreiras, deverão por cobro aos favoritismos e apadrinhamentos que tanto desmoralizam os organismos policiais de todo o mundo. Nesse contexto, ambas as Instituições, a Civil e a Militar, *deverão aproximar-se, cada vez mais, da Universidade*, principalmente no que tange ao desenvolvimento de métodos e pesquisas científicas direcionadas à investigação criminal.[12]

10. Considerações finais e conclusivas

Ser policial, militar ou civil, é exercer parcela do poder estatal, tomando decisões, impondo regras, dando ordens, por vezes restringindo bens e interesses jurídicos e direitos individuais e coletivos, *dentro dos limites da Constituição*.[13]

Conseqüentemente, para que desempenhemos as missões que o Estado nos confia devemos possuir atributos intelectuais, técnico-profissionais, e, acima de tudo, morais, colocando-nos como espelhos da cidadania. Firmeza de caráter, dedicação ao trabalho, profissionalismo, constante atualização e senso de Justiça em todas as situações são pré-requisitos que a sociedade espera, e exige, do verdadeiro policial.

Na atualidade, segundo o artigo 42, *caput*, da Constituição Federal, os policiais militares brasileiros são servidores militares estaduais, ainda que subordinados aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, nos exatos termos do §6.º do seu artigo 144, pois suas corporações dependem da União, conforme dicção do artigo 22, XXI, da Lei Maior.

Entretanto, analisando a questão, o Desembargador *Álvaro Lazzarini*, entende, com propriedade, que "*a Polícia Militar não representa poder militar, como querem alguns, mesmo porque ela é subordinada aos governadores dos Estados e do Distrito Federal*".[14]

Efetivamente, estudos de Polícia Comparada revelam que, na Europa, corporações semelhantes às Polícias Militares brasileiras, como a "*Gendarmerie Nationale*", na França, a "*Guardia di Pubblica Sicurezza*" e os " *Carabinieri*", na Itália, a "*Guardia Civil*", na Espanha e a "*Guarda Nacional Republicana*", em Portugal, têm situações legais perfeitamente definidas em lei ordinária, já que, em época de paz, operam no âmbito dos respectivos Ministérios do Interior, instituições equivalentes à nossas Secretarias de Segurança Pública.

O quadro constitucional brasileiro está muito próximo da realidade européia, uma vez que o ideal de uma polícia unificada não implica, necessariamente, não fusão dos organismos atualmente existentes. Basta, tão-somente, vontade política do legislador para solucionar, de vez com inteira propriedade, a questão.

12. Mário Covas, "Um Governo para São Paulo — Propostas Setoriais", pp. 26-27, São Paulo, 1994.

13. José Carlos Gomes, "Constituição não impede eficiência", *in* "O Estado de S.Paulo", p. 17, edição de 30 de maio de 1990.

14. Álvaro Lazzarini, Suplemento Justiça de "O Estado de S.Paulo", pp. 5 e 6, edição de 1.º de fevereiro de 1991.

A nova Polícia surgirá, no Brasil, quando cumprido o espírito do § 7.º do artigo 144 da Constituição Federal que preceitua: " *A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública de maneira a garantir a eficácia de suas atividades.*"

Permaneçamos, pois, doutrinária e politicamente unidos até que a lei ordinária, de que fala esse preceito programático de natureza constitucional, torne nossa atividade unívoca, ainda que não unificada, como exige a realidade e a vontade constitucional do país.

7 — POLÍCIA E DIREITO

RECOGNIÇÃO VISUOGRÁFICA DO LOCAL DO CRIME

MARCO ANTONIO DESGUALDO

É fácil contar a história de alguma coisa que vimos, porém é muito diferente quando não a presenciamos. Ao final temos que desvendar o que aconteceu, apenas com base no que observamos ao nosso redor.

Todos nós já ouvimos inúmeras histórias de investigadores que ao chegarem em um local de crime, pela simples observação descobrem tudo o que sucedeu.

Observam, perquirem, examinam e tomam nota de tudo quanto viram, e, por fim, se realmente são hábeis, reconstituem toda a cena que ali se passou, apesar de ninguém ter visto.

Assim, diante de um quadro criminoso, faz-se mister a análise da primeira impressão do observador. Da observação de um pormenor parte-se para o descobrimento de um outro e, pouco a pouco, elucida-se toda a trama, com tal precisão, como se o examinador estivesse posicionado em uma janela, quando da prática delituosa.

Contudo, o quadro criminoso apresentado aos olhos de quem investiga é obrigatório consignar, pode-se mostrar mascarado.

Muitos foram enganados por coisas que pareciam claras e inegáveis, mas que na realidade eram bem diferentes do que pareciam.

Caso o pensamento não se mostrar arejado, e enquanto os mais afoitos não desempoeirarem as idéias preconcebidas, será impossível avançar na nobre matéria da investigação.

Para tanto, o pesquisador terá, obrigatoriamente, de lançar mão da lógica, ser possuidor de grande tirocínio e discernimento, buscando as diretrizes estabelecidas nas ciências auxiliares da investigação.

As ciências de auxílio da investigação são denominadas: "de observação" e "de aplicação", e trarão inegável colaboração no desenvolvimento investigatório, levando conseqüentemente o investigador à almejada resolução do caso em exame.

À guisa de lembrança, recordaremos que as ciências de observação são: a Biologia, a Tipologia, a Sociologia e a Psiquiatria; enquanto que as de aplicação são: a Medicina Legal, a Polícia Técnica ou Científica e a Ciência Penitenciária.

No entanto, há de se dizer, que muitas vezes não bastam apenas os conhecimentos científicos para o desvendamento do caso, necessitando assim, aquele que está incumbido da investigação, apelar para os seus sentidos, deixando aflorar, dentre a obediência do raciocínio lógico, a intuição, eliminando de pronto as possibilidades.

A intuição relaciona-se com a palavra intuir que significa "ver".

Pelos cinco sentidos se obtém a intuição sensível. É a percepção. É "*ver com os olhos da percepção*".

Todos os sentidos deverão encontrar-se em contato total com o meio ambiente, assimilando e sentindo no local todos os vestígios que se apresentarem.

Um elemento de arte e magia que se traduz na lógica.

Caso não forem observadas as diretrizes em questão, poderá existir *falha*, a qual decorrerá da má percepção, defeito de fixação, ou mesmo problemas vinculados à forma de raciocínio.

O princípio básico investigativo, então, está na semiótica, que procura decifrar o grande, embora sem vê-lo, através do pequeno.

O homem tem que aprimorar seus conhecimentos profissionais e sua realização em sociedade é-lhe assegurada pelas oportunidades em atingí-la. Não as havendo, conturba-se e se desagrega. A sociedade então se desestabiliza até o restabelecimento do primado da lei.

E a Polícia existe para mantê-lo.

Uma Polícia é tão boa quanto aos recursos disponíveis (materiais e humanos) de que possa usufruir para a rearmonização abalada pela violação das leis. Aí reside a sua eficácia. Praticado o crime, atua de molde a resolvê-lo no menor espaço de tempo, devolvendo o sossêgo ao cidadão no exato momento em que a Justiça o pune.

E a ânsia de saber a verdade faz parte do homem na sua metafísica.

Essa busca se reflete na sistematização de meios para alcançá-la e é própria do homem em todas as suas atividades.

A História demonstra a improvisação, empirismo e o emprego de métodos pouco ortodoxos, e até cruéis, para a obtenção da verdade.

O progresso, no seu tempo e espaço, adaptou e consolidou novas técnicas à investigação, dentre elas as da Criminalística, Criminologia e Medicina Legal, porém, a pesquisa de campo, intuitiva, disponível aos seus participantes, ficou sem outro esteio senão o do relato unilateral, quase sempre precário, pobre de valores e adstrito à ótica laborativa do subscritor.

Ocorre, então, a necessidade da atualização de métodos e pesquisas na investigação policial propriamente dita, notadamente nos crimes contra a vida, em face do avanço da criminalidade e do crime organizado.

E é através da cibernética que se abrem novas oportunidades.

Os "fractais", ou frações, podem ser utilizados para a reconstrução do todo. E este princípio tem aplicação na investigação.

Sabendo-se que os recursos da informática, nessa reconstrução do todo pelo conhecimento da parte ou fragmento, devem ser objeto de alcance e emprego científico na busca da verdade: que a cognição de indícios, locais de crimes e outras circunstâncias, numa só conexão indiciária, podem ser trazidas aos autos como fator da correta interpretação da prova e da autoria, fez nascer a idéia de que a vivência do experimentado pesquisador (Delegado de Polícia) pode ser resumida graficamente em uma única peça que traduz o acompanhamento de circunstâncias e fatos, desde a motivação do delito até o seu desfecho. É a *Recognição Visuográfica*, que se iniciaria pelo local do crime, utilizando-se, para tanto, da semiótica.

Trata-se de um neologismo formado pelas palavras:

Recognição (do latim *recognitio*), reconhecimento.

Visual (do latim *visualis*), relativo à vista, visório; que assimila melhor as noções de conhecimento pela vista do que pelo ouvido.

Grafia, a técnica do uso da linguagem como comunicação escrita ou por ideogramas.

Temos, assim, um conhecimento visual do pesquisador à grafia do entendimento.

Não deixa de ser uma anamnésia do crime, descrita, esquematizada e ilustrada fotograficamente.

É a semente da futura investigação, depois de formalizada, levando-se em

consideração o seu dinamismo e praticidade.

Traz em seu bojo desde o local, hora, dia do fato e da semana, como também condições climáticas e meteorológicas então existentes, além de acrescentar subsídios coletados junto às testemunhas e pessoas que tenham ciência do acontecimento. Traz ainda à colação minuciosa observação sobre o cadáver, identidade, possíveis hábitos, características comportamentais sustentadas pela vitimologia, além de *"croquis"* descritivo, resguardados os preceitos estabelecidos no art. 6.º, inciso I, do Código de Processo Penal.

Tudo isto, e futuramente com mais subsídios, é trasladado para o bojo da *Recognição Visuográfica do Local de Crime*. A peça não tem as limitações de um laudo, porquanto o pesquisador carreia para ele muito de sua experiência e militância profissional, e pode ser complementada, na coincidência dos detalhes, pela confissão do criminoso.

Após sua elaboração, e para a correta interpretação, aplicam-se os pensamentos indutivos, dedutivos, abdutivos e analógicos, que indicarão, com certeza, o caminho a ser trilhado.

A *Recognição Visuográfica,* portanto, nasceu da observação.

De um lado ela contém o *fato criminoso*, no seu espaço e tempo; e de outro resume circunstâncias exteriores que poderiam influenciar a conduta humana no resultado.

Em princípio arrebanha recursos junto à *estatística* e à *lei das probabilidades*. Afora o perfil psicológico do criminoso que busca delinear no contexto da *verdade real*.

Assim, *o fato criminoso* acontece na volição do entendimento. E, consumado na sua definição legal passa a ser revisto, do ponto convergente da conduta e ação, até os seus antecedentes próximos e remotos, e causas que o motivaram.

Nas duas primeiras fases há fortes laivos psico-emocionais. O homicida deixa-se envolver e é dominado por fortes sensações *monoideicas*, que lhe absorvem integralmente o pensamento. O resultado engendrado, que é o crime, é um processo psicológico de alívio de uma tensão insuportável. No caso de roubo a reação é a mesma, mas o objetivo é a satisfação irreprimida da cobiça.

O criminoso, numa vingança pessoal, projeta o desfecho. É o *iter criminis*. Primeiro a *cogitatio* depois os meios par atingir aquele fim, a concretização desses meios e finalmente a fase executória.

Na terceira etapa (meios de execução) adquire uma calma obstinada, fria e calculista, necessária ao resultado objetivado.

Mas a Polícia somente intervém a partir do local do crime. Ali está o corpo estirado em decúbito ventral, na via pública, com duas perfurações na cabeça.

Nada foi roubado. Nos bolsos da vítima são encontrados documentos, quantia razoável em dinheiro, relógio no pulso, duas correntes de ouro.

Estava bem trajado. Cabelos aparados, barba feita. Dentes em bom estado. Os documentos permitem identificá-lo de pronto. Sabe-se-lhe a profissão, que é de nível superior.

É morador das imediações. Trata-se de bairro de classe média. É proprietário de casa própria e carro, que naquela ocasião não fazia uso.

É leocoderna, de 30 anos de idade, hábitos morigerados, solteiro, conforme informaram vizinhos, parentes e amigos.

Não tem vícios aparentes ou comprometedores como jogo ou incontinências sentimentais.

Nada é dito sobre eventuais conquistas amorosas.

Esta é uma das facetas que vai ser reproduzida na *recognição*.

A outra seria o tempo, pressão atmosférica, condições meteorológicas, dia da semana, hora e local, com o respectivo "*croqui*" e fotografação. E se possível a própria fase lunar.

O espaço é a área subjetiva de atuação do pesquisado extensivamente à região de seus hábitos e conduta. O *tempo* está restrito à sua disponibilidade para percorrer aquele espaço.

Os recursos da informática, nos homicídios, habilitam o pesquisador a buscar entre outros casos investigados algum que se lhe assemelhe. E as probabilidades, com fulcro na estatística, irá dizer, dentre as motivações aquela que poderia levar um ser humano a matar o seu semelhante.

Outros fatores objetivos, como o calibre da arma, o número de tiros, a região atingida irão revelar o maior ou menor grau de intensidade emocional que levou o autor à prática do crime.

O *pesquisador ou o investigador de campo* irá buscar igualmente e descrever concisa e resumidamente, junto a familiares, amigos e mesmos desafetos do pesquisado, os seus hábitos, vícios, virtudes e tudo o mais que possa delinear-lhe o perfil psicológico.

Tem-se, então, *o fato*, perfil psicológico aproximado da vítima, o resultado estatístico e as probabilidades de terem ou não o fato acontecido desta ou daquela forma.

Citaremos um exemplo marcante na opinião pública que foi o da chacina (sextuplo homicídio e uma tentativa), ocorrida na noite de 11 de junho do ano passado, na Rua Enseada Itapacoroia, n.º 327, no Jardim das Oliveiras, área do 50.º Distrito Policial. Na ocasião, desconhecidos, fortemente armados, invadiram aquela residência e, alucinados, atiraram contra os presentes, indistintamente. No local morreram Everaldo Campos Lima, Jacinto Neto Campos Lima e Aurélio Paz Landin. No Pronto Socorro Tide Setubal, para onde foram socorridos, faleceram Jovelito Paz Landin, Darcelino Campos Lima e Sebastião Braga Campinho. Da chacina sobreviveram Ederaldo Campos Lima que, em estado grave, foi internado no Hospital Santa Marcelina, mas resistiu aos ferimentos; Delma Cristiani Campos Braga, Leonildes Braga de Jesus e duas crianças, filhas desta última, que foram poupadas.

Nas diligências preliminares, apurou-se que o fato estaria ligado a outro homicídio registrado na zona Sul. Embora testemunhas procurassem omitir tal detalhe, levantou-se que a morte na zona Sul, seria obra de Ederaldo Campos Lima, o sobrevivente.

Na seqüência investigatória levantou-se, junto ao 80.º Distrito Policial, Vila Joaniza, que em data de 21 de janeiro de 1994, Ederaldo Campos Lima havia agredido, a tiros, Agenildo Pereira dos Santos e Nilson Galvão da Silva, tendo o primeiro falecido dias depois. Como familiares desta vítima haviam prometido vingança, Ederaldo transferiu residência para Itaim Paulista. Soube-se ainda, que um indivíduo alcunhado "Louro", e tio de Agenildo, havia prometido vingar-se de Ederaldo e seus familiares. No prosseguimento das diligências, os policiais chegaram à identidade de Osmar Pereira da Silva, o "Louro" e autor intelectual da chacina que, para levar adiante sua idéia de vingança, contratou alguns pistoleiros para aquele empreitada. Os executores foram identificados como sendo José Nilton Martim, Cicero Soares da Silva e José Pereira da Silva.

Todos os passos da investigação inicial foram conseguidos na Recognição. A fotografação da vítima supérstite também foi efetuada no Hospital. Foi-se traçando o perfil de cada vítima e os antecedentes históricos das vidas de cada uma delas, onde acabou por aflorar

o motivo do crime. A partir daí procedeu-se o robustecimento dos indícios colhidos.

A *Recognição* é dinâmica. Ela acrescenta detalhes e traz certezas sobre o criminoso, seu perfil e o local do crime.

Mostra também o provável trajeto de chegada e de fuga do autor. Se estava a pé ou de automotor.

O ângulo do tiro também é importante, pois dirá se o atirador é perito em armas ou agiu por mero impulso ou distorção emotiva.

A recognição é a reconstituição do todo por um fragmento ou parte conhecida.

Está em fase de aprimoramento. Já está sendo aceita. É um passo a mais no estabelecimento da verdade real.

Se de um lado as testemunhas contém o lado humano e emotivo e o laudo contém especificidades técnicas e frias, a recognição aproxima e une o testigo dos que presenciaram o crime à atuação do criminoso no ato da prática do ilícito. Mais, porque reconstitui, nos parâmetros do provável, os passos, conduta, hábitos, gostos, vícios e expectativas da própria vítima.

A recognição tende a evoluir com a técnica e os recursos da informática. E melhor se delineará no campo da holografia, numa fase mais avançada.

O certo é que se está enveredando por um caminho de amplas perspectivas, no qual ciências humanas, como o direito e a psicologia se confundem com as exatas, estatística e probabilidades, para o resultado final, que é contribuir para a apuração do fato e o estabelecimento da autoria.

Todo crime de autoria desconhecida é um desafio. A presunção inicial é a de que foi cometido por uma criatura humana, fora dos padrões normais, cuja conduta é típica e culpável.

A partir daí há um universo a ser pesquisado, prevalecendo métodos pouco usuais e mais avançados, além de processos de perquirição hauridos na heurística e na semiótica.

Nos crimes passionais ou envolvendo homossexuais há forte conteúdo destrutivo extravasado sob a forma dilaceração das partes mais sensíveis do corpo (rosto, sexo, seios, etc.).

Tudo isso irá se traduzir numa única expressão escrita: A *Recognição Visuográfica.*

Nela, como atrás foi conceituado, buscar-se-á o emprego de métodos modernos, científicos e legais para a obtenção da verdade.

Numa análise superficial a recognição seria a reprodução gráfica e ilustrada do local do crime até as suas causas imediatas e mediatas, estabelecendo a provável ou possível autoria.

Do local objeto da recognição

Pode ser interno ou externo.

Interno quando circunscrito ao recôndito de qualquer imóvel.

Externo quando a céu aberto.

O local deve ser reproduzido com fidelidade. E o observador deve possuir relativo vocabulário e percepção subjetiva de valores.

No local interno devem ser descritos mais enfaticamente as condições de higiene, ordem, colocação de objetos e móveis que possam traduzir a índole do morador.

Devem ser anotados cinzeiros, marcas de cigarros, fósforos, isqueiros, bem como o uso de óculos, dentadura ou qualquer indício que possa levar aos hábitos do usuário, defeitos ou fraquezas.

O registro da existência de animais de estimação (cães, pássaros, peixes) também é relevante na reconstrução da personalidade da vítima.

A geladeira e a despensa irão dar uma idéia de seus hábitos alimentares. Igualmente o banheiro. De igual forma os livros darão uma noção de seus

impulsos ou condicionamentos intelectuais.

O local externo é igualmente marcante. Nele serão encontrados acidentes geográficos como rios, represas, córregos, lagos ou lagoas, ou ainda ruas pavimentadas com macadames ou asfalto. Devem ser mencionadas a existência de guias ou sarjetas. O tipo de construção: prédios, casas térreas, com jardim ou alinhadas no nível da rua, bem assim a existência ou não de outros pavimentos.

Não menos importantes, acrescente-se, é o perfil dos moradores, sob o aspecto de origem e aspecto externo.

Convém verificar-se, caso o local esteja em área construída, se há bares, bilhares, casas de massagens, hotéis, ou qualquer estabelecimento público, cujo ângulo de visão permitiria ou permite a visualização do local do crime.

O local externo tem vários ângulos de observação. Estando a vítima encostada na parede há 180° de percepção. No centro da via 360°. Linhas podem ser traçadas, nessas direções, para a verificação de eventuais testemunhas.

Do Croquis

É o levantamento do local, por meio de desenho, sem escala.

No interior do desenho, representar as portas, janelas, móveis, objetos, etc. A forma de compartimento: quadrado, retangular, etc. Anotar todos os detalhes que interessam ao fato.

Da Fotografação

Elabora-se a fotografia geral, que reproduz todo o local. Com o maior número possível de vestígios. Caso o local seja muito extenso, dividi-lo em setores, fotografando-os.

Fotografia de pormenores.

A fotografia do local do crime retratará permanentemente o palco dos acontecimentos, permitindo consultas em casos de dúvidas, e comparação com outros casos ocorridos.

Da arma utilizada

Sem violar o campo da perícia técnica, o investigador de campo anotará a marca, calibre, cápsulas deflagradas da arma utilizada, quando deixadas no local.

Devem ser colhidas, para apreensão, eventuais cápsulas encontradas no local e ejectadas de armas automáticas.

O alinhamento das marcas de sangue, alongadas, estreladas, etc., darão uma idéia se a vítima deslocou-se do local inicial ou se o criminoso também está ferido.

Do cadáver

As observações iniciais são relevantes, notadamente se o cadáver já está em decomposição ou no local há cheiro ou odores diversificados.

Manchas hipostáticas. Hora presumida do exício. O tempo reinante: úmido, frio, calor, temperatura amena, etc., influem no processo de decomposição.

Qual a forma de tratamento inicial do autor para com a vítima? Qual o grau de *reação* da vítima contra o autor?

No caso de existirem vítimas superstites: De que forma chama(m) a(s) vítima(s)? O que a vítima achou de mais estranho, no sentido dos acontecimentos (fatos), isto é, o que observou de mais importante com referência ao autor? Qual a impressão pessoal que o criminoso deixou em seu espírito? — Maníaco? (reação a algum fato?) — Vingança?

O que o autor subtraiu da vítima?

Em que momento do episódio ocorreu a subtração?

Quais os vestígios deixados e quais os facilmente identificados?

Particularidades dos vestígios encontrados.

O criminoso preocupa-se em não deixar vestígios do tipo:

1 — Dígito-papilares (uso de luvas);

2 — Identificatória de reconhecimento de seu rosto;

3 — Age conforme alguma ordem (algum detalhe). É métodico?

Das Testemunhas

As testemunhas devem ser observadas, não só pelas condições de cultura, formação escolar, profissão, como também pela forma com que se manifestam: tiques nervosos, ademanes, empostações de voz, formas de trajar e de vestir. Aqui não se cogita ainda a forma legal do testigo, mas sim do suporte das informações prestadas e que serão investigadas.

Uma mulher noturna ou um boêmio serão as pessoas encontradas comumente na madrugada, quando não vigilantes, enfermeiros e mesmo policiais.

Há que se lembrar que uma pessoa ao ser inquirida se presenciou ou não o crime, num primeiro impulso, para evitar comparecimentos penosos às Delegacias ou Fórum, costuma dizer que nada viu ou ouviu. O pesquisador deve ser habilidoso, educado, evitar intimidações prejudiciais à investigação. Preciosos depoimentos têm sido perdidos por falta de habilidade do pesquisador.

O que for dito deve ser levado a *recognição.*

Importa dizer igualmente, e constar dela, se a testemunha procurou a polícia ou a indicaram como presente ao fato ou ainda se foi abordada não intencionalmente.

Não menos importante é consignar a facilidade de expressão, sinceridade, credibilidade da testemunha.

Lembrar-se-á sempre que esta é uma fase altamente versátil da investigação. Aqui todos os indícios, notadamente os fornecidos por pessoas que têm conhecimento do fato, são de extrema relevância.

Para finalizar lembraríamos que a *recognição* nasceu da experiência haurida na atividade policial junto aos locais de crime.

Foi traduzida graficamente como complementação a perinecroscopia.

Ela, a *recognição* é dinâmica. E resume a anamnésia do local do evento até o criminoso.

É inédita.

Não há notícia de que outros países, sob o aspecto formal apresentado pelo Departamento de Homicídios, tenha utilizado o método na investigação policial.

A recognição deixou de ser a memória subjetiva de um fato; ao contrário, passou a expressá-lo graficamente com o ato válido na busca da verdade real.

Uns sonham; uns se iludem; outros concretizam idéias materializando-as objetivamente.

Mas lembramos que A ILUSÃO É A REALIDADE VIRTUAL DO DESEJO.

1. Preâmbulo

a) Natureza do delito: duplo homicídio doloso

b) Local: Rua Antônio Ribeiro Pina, 392

c) Bairro: Jardim Lídia — Parque Santo Antonio — São Paulo

d) Referência: Av. Comendador Antunes dos Santos

e) Circunscrição Policial: 92.º DP

f) Data/Hora do Fato: 20/05/1995 — 19:30 horas

g) Cronônimo: Sábado

h) Data/Hora do Acionamento do DHPP: 20 h

i) Boletim de ocorrência elaborado pelo DP: 2.358/95

j) Boletim de ocorrência elaborado pelo DHPP: 736/95

k) Responsáveis pela preservação: Vtr 01264 — Sd PM RE 864869-7

l) Início/término do trabalho da equipe no local: 21:30/00:10h

m) Condições climáticas no local: Temperatura amena. Seco.

n) Composição da equipe de plantão: Dr. Edson, Solange, Alexandre, Antônio Carlos, Marcos, Perito Samuel, Fotógrafa Magali e Papipol Roberto.

o) Outras anotações: No transcorrer dos trabalhos no local houve o comparecimento da equipe de reportagem da emissora televisiva "SBT", capitaneada pelo Repórter Policial Gil Gomes, que fez imagens do cenário do crime. Registra-se ainda que durante os trabalhos policiais e da reportagem no local, por duas vezes, houve atentados a tiros contra as Equipes, sendo desfechados perto de uma dezena de tiros, ocasionando a interrupção dos serviços para tentativa de captura dos indivíduos que ocupavam um automóvel VW "Brasília" cor bege e com vidros escurecidos. Anota-se ainda que, durante os trabalhos de inspeção, houve irrestrita observância aos preceitos do art. 6.°, I, do Código de Processo Penal.

2. Do local do crime

a) Local mediato: A paisagem urbana onde se situa o cenário do crime está representada pelo conjunto de habitações rústicas erigidas em madeira e alvenaria que compõem o bairro do Jardim Lídia, na faixa compreendida entre as Ruas Antônio Ribeiro Pina e Dança Cigana. Até o trecho inspecionado a via pública conta com capeamento asfáltico e iluminação artificial por lâmpadas de vapor de mercúrio, sendo margeada de ambos os lados por modestas construções residenciais e comerciais de pavimento único e assobradado, edificados em terreno íngreme.

b) Local imediato: Os cadáveres das vítimas foram encontrados no interior do estabelecimento comercial, tipo bar, que ocupa a construção de número 392 da Rua Antônio Ribeiro Pina. Trata-se de imóvel edificado, sobre terreno de pronunciado declive, em alvenaria rústica com três pavimentos de conformação piramidal, observando-se que nas porções superior e inferior a utilização da construção é residencial, ao passo que na faixa intermédia, que ofereceu interesse à inspeção, acha-se instalada uma taberna, também de acabamento e mobiliário rústicos. Esse bar está erigido ao nível da via pública e no alinhamento geral das demais construções, antecedido por um estreito passeio público cimentado. Na conformidade das ilustrações gráficas e fotográficas que compõem esta peça, verifica-se que o estabelecimento está vedado na sua parte anterior, para o que olha da rua, à esquerda por uma porta de metal laminado retrátil (fechado no momento do exame), e à sua direita por porta modelo residencial, também de metal, com sua folha de vedação composta por hastes metálicas e única lâmina de vidro em sua porção superior, ao passo que nos dois terços inferiores a ausência do vidro é suprida pela colocação de segmento de papelão. Aos fundos e à direita da edificação constata-se terceira porta também modelo residencial, igualmente de estrutura metálica a abrigar seis lâminas de vidro no sentido latitudinal, a qual dá acesso às demais dependências do imóvel. No ângulo anterior esquerdo (ainda para o que adentra o bar) observa-se pequeno lavabo sem porta. O vestíbulo de circulação dos fregueses está delimitado, à direita por balcão modelo frigorífico revestido em fórmica e sobre este estufa de estrutura metálica sem vidros, à esquerda deste um armário de madeira com sua parte anterior voltada à porta e, finalmente, na extremidade esquerda

uma mesa de bilhar com uma estufa de estrutura metálica sobre si (tal estufa apresenta perfuração por projétil). Após essa mesa de bilhar, na parede à esquerda vê-se prateleira de vidro suspensa e na qual estão dispostas várias garrafas de bebidas. Diante dessa prateleira observa-se cama de casal com estrutura de madeira e dotada de colchão, sobre o qual, na posição e situação abaixo descritas, encontrava-se o cadáver de pessoa do sexo masculino. Aos fundos, junto à parede posterior, à esquerda, verifica-se armário de madeira, com suas portas fechadas, utilizado para guarda de roupas. À direita desta, pequeno "freezer" vertical de conformação quadrada, contra cuja face anterior estava parcialmente apoiado o dorso do cadáver de pessoa do sexo feminino, na situação e posição adiante discriminadas. Ao lado direito deste "freezer", um segundo refrigerador vertical que situava-se próximo da porta de saída posterior já descrita. Junto à parede lateral acomodava-se uma pilha de cinco caixas plásticas contendo garrafas de bebidas. Depois desta, via-se um fogão com seis queimadores, sustentado por blocos de cimento, ao lado do qual repousava duas botijas de gás GLP de tamanho de uso doméstico (capacidade 13 Kgf). Substâncias de aspecto hematóide impregnavam o colchão da cama de casal já mencionada e o piso próximo à base do pequeno "freezer" contra o qual se apoiava o corpo da mulher.

c) Posição, situação, indumentária, sede e descrição de lesões, do cadáver I: Em decúbito dorsal sobre a cama já citada, com seus membros inferiores e superiores distendidos, com a cabeça repousada sobre um travesseiro e pendida à direita, em estado de rigidez e hipotermia, foi encontrado o cadáver de homem de estatura média/baixa, idade aparente 55/60 anos, cor parda, cabelos escuros parcialmente grisalhos, barbas e bigodes ralos por fazer e coloração grisalha, com discreta calvície na fronte, já identificado como sendo José Estevão da Silva, o qual trajava calça jeans azul, sob esta uma cueca tipo zorba de material sintético cor vinho, camisa modelo social de mangas curtas em tecido na cor branca, com os pés descalços, aparentando ferimentos pérfuro-contusos, típicos daqueles produzidos pelo embate e passagem de projéteis de arma de fogo, distribuídos por: a) três na região mamária direita; b) um na região infra-hióidea; c) um na região glútea esquerda; d) um na região escapular esquerda; e) um no membro inferior direito.

d) Posição, situação, indumentária, sede e descrição de lesões, do cadáver II: Em posição de parcialmente sentada e tombada sobre seu flanco esquerdo, sobre o piso cimentado e com o dorso apoiado contra o terço inferior do pequeno "freezer" já citado, com sua perna direita flectida, membros superiores e perna esquerda distendidos, em estado de rigidez e hipotermia, foi achado o cadáver de uma mulher de cor parda, cabelos pretos e lisos, estatura média, idade aparente 40/45 anos, identificada como Eva Martins Cruz, a qual trajava calça de moletom cor cinza, camiseta amarela de algodão com mangas compridas e fantasias no frontispício, sob esta uma camiseta de mangas curtas de algodão e cor vermelha, calcinha cor vinho, seus pés calçando um par de sandálias de borracha marca "havaianas" de tiras pretas, aparentando um único ferimento pérfuro-contuso, típico daqueles produzidos pelo embate e passagem de projétil de arma de fogo, em região parietal esquerda.

e) Objetos, documentos e valores arrecadados dos cadáveres: Não houve.

f) Projéteis e fragmentos de munição apreendidos: Não foram encontrados fragmentos de munição no recinto do crime.

g) Armas e instrumentos apreendidos: Não houve.

h) Fragmentos de impressões papilares colhidas: Não houve.

i) Outras considerações: Em correspondência com os ferimentos observados na parte anterior do pescoço do homem, observaram-se dois orifícios produzidos por projéteis que transfixaram as lâminas de metal que compunham a base da "estufa" depositada sobre a mesa de bilhar que ladeava a cama em que tal vítima repousava. A mesma continuidade de trajetória verificou-se no travesseiro e no colchão subjacente ao corpo dessa vítima. Durante as buscas no conteúdo do colchão dessa cama não se logrou resgatar projéteis.

3. Da vítima "I"

a) Nome: José Estevão da Silva

b) Documento de identificação: Certidão de Casamento 8662/B-29

c) Naturalidade: Uiraúna-PB

d) Idade: 57 anos (17-07-1937)

e) Sexo: Masculino

f) Profissão: Comerciante/Pedreiro

g) Cor: parda

h) Etnia: Mulato

i) Cabelos: encaracolados pretos/grisalhos calvície frontal

j) Constituição osteomuscular: média

k) Estatura: média/baixa

l) Cicatrizes e tatuagens: não observadas

m) Endereço residencial: Rua Antônio Ribeiro Pina, 392 — Jardim Lídia — Parque Santo Antônio — São Paulo — S.P.

n) Endereço de trabalho: o mesmo

3.1 Da Vítima "II":

a) Nome: Eva Martins Cruz

b) Documento de identificação: Certidão de Casamento 9518/LV-43-B

c) Naturalidade: Teófilo Otoni-MG

d) Idade: 42 anos (11-10-1952)

e) Sexo: Feminino

f) Profissão: Comerciante/Do lar

g) Cor: parda

h) Etnia: Mulato

i) Cabelos: lisos, pretos, longos

j) Constituição osteomuscular: média

k) Estatura: média

l) Cicatrizes e tatuagens: não observadas

m) Endereço residencial: Rua Antônio Ribeiro Pina, 392 — Jardim Lídia — Parque Santo Antônio — São Paulo — S.P.

n) Endereço de trabalho: o mesmo

4. Das investigações preliminares

Por força da solicitação de assessoramento formulada pela Autoridade Plantonista da Delegacia Distrital, esta Equipe Especializada transportou-se ao local do crime e, após os exames e observações iniciais acima consignados, encetou os primeiros trabalhos investigatórios de campo com o escopo de apuração do *modus vivendi* dos ofendidos, da autoria, motivação e circunstâncias do delito, preliminarmente indagando os Policiais Militares empenhados na preservação, os Policiais Civis de serviço no Distrito Policial, os populares presentes, os moradores adjacentes, bem como os familiares das vítimas presentes no local.

Conquanto de tais entrevistas não exsurgisse a inequívoca indicação da autoria criminosa, restou demonstrado que as vítimas estavam amasiados há quase vinte anos, sendo que há três residiam naquele endereço em companhia de três filhas (sendo duas menores), e há questão de dois anos haviam instalado aquele bar que era a principal fonte de renda da família, embora o varão esporadicamente realizasse serviços de pedreiro.

Segundo os familiares, provisoriamente o casal fazia da pequena birosca

a sua moradia, haja vista que a porção inferior do imóvel de três pavimentos estava alugada para terceiros, eis que com os alugueres assim obtidos pretendiam concluir o restante da edificação na parte superior, onde atualmente um único cômodo servia como dormitório às filhas e como cozinha, ao passo que o dormitório do casal estava instalado precariamente no recinto do bar, na área existente aquém do balcão.

As pessoas entrevistadas negaram o envolvimento das vítimas com atividades ilícitas, malgrado tratar-se de área particularmente tida como de alta incidência criminal (sobretudo homicídios e intensa atividade de tráfico de drogas), também sendo notório que naquele bairro estão radicados criminosos de alta periculosidade.

Extraiu-se dos familiares das vítimas que há algum tempo, em razão de uma "dívida" (cuja origem não souberam esclarecer), o casal havia angariado a inimicícia de dois indivíduos que conheciam apenas por "Neto" e "Damião", os quais há poucas semanas haviam se mudado de um cômodo alugado naquela mesma rua, não sem antes formular ameaças de morte aos dois ofendidos. Seguindo as indicações dos familiares foram realizadas indagações na anterior moradia desses indigitados, situados na mesma Rua Antônio Ribeiro Pina, número 670, constatando-se que o cômodo estava trancado externamente e sem ninguém em seu interior.

Consigna-se nova vez que os trabalhos investigatórios foram tumultuados em decorrência das duas investidas a tiros sofridas pela Equipe no local, obrigando este signatário, em companhia dos policiais da Equipe e dos milicianos presentes, a efetuar buscas por todo o bairro no afã de prender os agressores inidentificados que ocupavam um veículo marca VW modelo "Brasília", cor amarela, vidros escurecidos.

Foram notificados pessoalmente os familiares da vítima e deixada notificação ao senhorio e ao atual morador da casa dos indigitados.

5. Das considerações finais

Instruir-se-á esta peça com sete fotografias legendadas que foram tomadas durante os exames no local, bem como com um "croqui" esquemático de localização e acesso do sítio do crime e outro ilustrativo do cenário do crime.

Tendo em vista a não individualização da autoria criminosa, as investigações terão formal prosseguimento em inquérito policial adredemente instaurado, como sói proceder-se.

É o que observei e hei por registrar.

São Paulo, 20 de maio de 1995.

Edson Luís Baldan, Delegado de Polícia

8 — SOCIOLOGIA JURÍDICA

UMA CARTOGRAFIA SIMBÓLICA DAS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS: Prolegómenos a uma concepção pós-moderna do Direito*

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

1. Introdução — 2. Compreender os mapas — 3. Uma cartografia simbólica do direito — 4. O direito e a escala — 5. O direito e a projecção — 6. O direito e a simbolização — 7. Para uma concepção pós-moderna das representações sociais — 8. Referências bibliográficas

Uma das características da cultura pós-moderna é a atenção dada ao espaço e à particularização dos espaços. A análise dos fenômenos e das representações sociais pode, pois, beneficiar da ciência (ou da arte?) que nos tem ensinado a ver o espaço: a cartografia. É o que aqui se propõe, no domínio da sociologia do direito, através da cartografia simbólica do direito. A relativa descanonização do direito por esta via obtida permite formular questões e avançar classificações com total independência em relação à ciência jurídica, o que se afigura indispensável para a constituição de um objeto teórico próprio da sociologia do direito. A nova teoria sociológica do direito para que se aponta é dominada pelos conceitos de pluralismo jurídico, interlegalidade e novo senso comum jurídico.

1. Introdução

Chaim Perelman diz no seu tratado sobre a argumentação, *A Nova Retórica*, que, enquanto o pensamento clássico privilegiou as metáforas espaciais, o pensamento moderno privilegia as metáforas temporais (1971:405). De facto, assim parece ser. *A metáfora fundadora do pensamento moderno é a idéia do progresso e dela decorrem aquelas em que assentam as ciências sociais, nomeadamente a metáfora do desenvolvimento, do desenvolvimento pessoal para a psicologia ao desenvolvimento político para a ciência política, passando pelo desenvolvimento socioeconômico para a economia e a sociologia.* O privilegiar das metáforas temporais e, portanto, do tempo, levou a que a história aspirasse legitimamente a ser concebida como a ciência social global na qual todas as demais ciências sociais

* Este artigo é o texto da lição proferida no âmbito das provas de agregação realizadas na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra em julho de 1987. Uma versão diferente foi publicada, sob o título "Law: a Map of Misreading, Toward a Postmodern Conception of Law", no *Journal of Law and Society*, 14 (1987), 279. Agradeço a todos os meus colegas do Centro de Estudos Sociais e, muito especialmente, a Antonio Gama, Maria Manuel Leitão Marques e Maria Irene Ramalho o apoio que me deram na preparação deste trabalho. Um agradecimento especial é devido também a Maria do Rosário Pericão, Leonor Marinho Dias, Tereza Lello, Peter Fitzpatrick, Kristin Bumller e Phillip Thomas.

teriam seus fundamentos. Em tempos recentes, temos vindo a assistir a um certo renascimento do espaço e, para alguns, este renascimento é um dos sinais mais concludentes da emergência do pensamento pós-moderno. E não é certamente por acaso que o debate sobre o pós-modernismo se iniciou ou, pelo menos, tomou fôlego na arquitectura, a arte do espaço construído (Jameson, 1984:54). Mas a emergência do espaço é visível em todas as ciências sociais e na própria filosofia. A geografia, que é, por excelência, a ciência do espaço, testemunha bem esta transformação intelectual e cultural. Enquanto na década de setenta a geografia tendera a reduzir o espaço às relações sociais ocorrendo no espaço e, por isso, quase perdera o seu próprio espaço científico no seio das restantes ciências sociais, sobretudo da sociologia e de economia, nos últimos anos voltou a recuperar a dimensão espacial para investigar a sua eficácia específica sobre as relações sociais. Por outras palavras, trata-se agora de investigar o que, nas relações sociais, resulta especificamente do facto de estas ocorrerem no espaço.

Em boa verdade, o espaço é impensável sem o tempo, pelo que é mais correcto falar de uma entidade complexa, o espaço-tempo, de que a dimensão espacial tem adquirido proeminência recentemente. Esse facto resulta das transformações por que passou o nosso modo de vida nas últimas décadas. O desenvolvimento das tecnologias da produção, da informação e da comunicação fez com que se criassem simultaneidades temporais entre pontos cada vez mais distantes no espaço, e este facto teve um papel estruturante decisivo, tanto no nível da prática social, como no nível da nossa experiência pessoal. A ponto de John Berger afirmar que as pessoas não deviam fazer a sua história mas antes a sua geografia.[1]

O espaço parece, pois, transformar-se no modo privilegiado de pensar e agir o fim do século. Assim sendo, é de pensar que as representações sociais do espaço adquiram cada vez mais importância e centralidade analíticas. Os nossos próprios tempos e temporalidades serão progressivamente mais espaciais. É comum identificar nas nossas trajectórias pessoais a sucessão do tempo da família, da escola e do trabalho. Foi em atenção a essa sucessão que se constituíram muitos dos ramos da sociologia e de outras ciências sociais: a sociologia da família e da infância, a sociologia da educação e da juventude, a sociologia do trabalho e da produção, a sociologia do lazer e da terceira idade. Começamos hoje a ver que cada um destes tempos é simultaneamente a convocação de um espaço específico que confere uma materialidade própria às relações sociais que nele têm lugar. A sucessão de tempos é também uma sucessão de espaços que percorremos e nos percorrem, deixando em nós as marcas que deixamos neles.

Todos os conceitos com que representamos a realidade e à volta dos quais constituímos as diferentes ciências sociais e suas especializações, a sociedade e o Estado, o indivíduo e a comunidade, a cidade e o campo, as classes sociais e as trajectórias pessoais, a produção e a cultura, o direito e a violência, o regime político e os movimentos sociais, a identidade nacional e o sistema mundial, todos estes conceitos têm uma contextura espacial, física e simbólica, que nos têm escapado pelo facto de os nossos instrumentos analíticos estarem de costas viradas para ela mas que, vemos agora, é a chave da compreensão das relações sociais de que se tece cada um destes conceitos. Sendo assim, o

1. A sua reflexão mais recente sobre o tema: "Estamos a viver actualmente uma nova situação histórica que pode ser descrita em termos geográficos" (Berger, 1987).

modo como imaginamos o real espacial pode vir a tornar-se na matriz das referências com que imaginamos todos os demais aspectos da realidade.

Neste artigo proponho-me demonstrar as virtualidades analíticas e teóricas de uma abordagem sociológica que tome por matriz de referência a construção e a representação do espaço. Não é meu propósito reivindicar que tais virtualidades existem no mesmo grau ou com a mesma qualidade qualquer que seja o objecto de análise. Existem certamente no objecto que me proponho aqui analisar, e apenas suspeito que este tipo de abordagem compensará os esforços para a levar a cabo, com as necessárias adaptações, noutros objectos de análise.

São vários os modos de imaginar e representar o espaço. Dentre eles, selecciono os mapas e, nestes, os mapas cartográficos. Parto deles para analisar um fenómeno marcante do Estado e da sociedade modernos, o direito. A comparação proposta é, pois, entre mapas e direitos. O direito, isto é, as leis, as normas, os costumes, as instituições jurídicas, é um conjunto de representações sociais, um modo específico de imaginar a realidade que, em meu entender, tem muitas semelhanças com os mapas. A análise de tais semelhanças pressupõe, num primeiro momento, que o direito seja concebido, metaforicamente, como mapa e, num segundo momento, que a metáfora seja tomada literalmente. Obviamente, o direito é mapa tão-só em sentido metafórico. Mas os tratados de retórica ensinam-nos que o uso repetido de uma metáfora durante um longo período de tempo transforma gradualmente a descrição metafórica numa descrição literal (Perelman, 1971:405). As leis são hoje mapas em sentido metafórico. Amanhã poderão eventualmente sê-lo em sentido literal. A estratégia analítica aqui proposta obriga-nos a um curto-circuito entre o hoje e o amanhã, uma suspensão do tempo que cria espaço para o espaço.

Esta abordagem, que se pode designar por *cartografia simbólica do direito*, tem, em meu entender, um duplo mérito. Por um lado, permite resolver alguns problemas da sociologia do direito até agora sem resolução.[2] Permite, por exemplo, desenvolver uma conceptualização sociológica do direito autônoma da que tem sido elaborada pelos juristas e pela ciência jurídica e com isso torna possível superar um dos mais persistentes obstáculos epistemológicos à constituição de um objecto teórico próprio da sociologia do direito.[3] Por outro lado, a concepção do direito em sociedade para que aponta questiona radicalmente alguns dos postulados filosóficos e políticos da teoria liberal do Estado e do direito modernos e, por essa via, contribui para a construção de um pensamento pós-moderno, no caso, para a construção de uma concepção pós-moderna do direito.

2. Compreender os mapas

A cartografia simbólica do direito pressupõe o conhecimento prévio dos

2. Sobre a exaustão do paradigma tradicional dos estudos sociológicos cfr. Santos (1987a: 279 ss), onde tal fenômeno é designado a partir de Nitzsche, por processo de camelização da sociologia do direito (cfr. também Santos, 1986). Este processo decorre de uma concepção do direito e da sociedade em que ambos são considerados como entidades distintas e autônomas, cabendo à sociologia determinar o tipo ou o grau de justaposição ou correspondência entre elas. Sem esquecer os méritos dos objetos da investigação que derivam desta concepção, reconhece-se hoje que eles se limitam a dois grandes tipos de reflexões — o impacto do dilema na sociedade e o impacto da sociedade no direito — deixando na sombra muitas outras questões, mais interessantes e mais importantes. Cfr., no mesmo sentido, Nelken (1986).

3. Cfr. também Richard Abel (1980).

princípios e procedimentos que presidem a produção e ao uso dos mapas, para o que recorro à ciência (e à arte?) que os estuda de modo sistemático, a cartografia. Discorrerei, pois, durante algum tempo sobre mapas. Ademais de reunir os instrumentos analíticos requeridos pela argumentação que me proponho, espero despertar em vós o interesse pelo mundo fascinante dos mapas. Como diz Josef Konvitz "é uma ironia suprema que os mapas, apesar de serem uma das metáforas culturais mais comuns, estejam ainda longe de ocupar o lugar que merecem na história das mentalidades" (1980:314).[4]

A principal característica estrutural dos mapas reside em que, para desempenharem adequadamente as suas funções, têm inevitavelmente de distorcer a realidade. Jorge Luís Borges conta-nos a história do imperador que encomendou um mapa exacto do seu império. Insistiu que o mapa devia ser fiel até ao mínimo detalhe. Os melhores cartógrafos da época empenharam-se a fundo neste importante projecto. Ao fim de muitos trabalhos conseguiram terminá-lo. Produziram um mapa de exactidão insuperável, pois que coincidia ponto por ponto com o império. Contudo, verificaram, com grande frustração, que o mapa não era muito prático, pois que era do tamanho do império (1974:847).

Para ser prático, o mapa não pode coincidir ponto por ponto com a realidade. No entanto, a distorção da realidade que isso implica não significa automaticamente distorção da verdade, se os mecanismos de distorção da realidade forem conhecidos e puderem ser controlados. E, de facto, assim é. Os mapas distorcem a realidade através de três mecanismos principais: a escala, a projecção e a simbolização. São mecanismos autónomos que envolvem procedimentos distintos e exigem decisões específicas. Mas também são interdependentes, pois, como diz o cartógrafo americano Mark Monmonier, "a escala influencia a quantidade de detalhe que pode ser mostrado e determina se um dado símbolo é ou não visualmente eficaz" (1981:1).

Os mapas devem ser fáceis de usar. Daqui resulta uma permanente tensão entre representação e orientação. Trata-se de duas exigências contraditórias e os mapas são sempre compromissos instáveis entre elas. Como vimos no mapa de Borges, representação a mais pode impedir a orientação. Inversamente, uma representação muito rudimentar da realidade pode proporcionar uma orientação rigorosa. Quando somos convidados para uma festa numa casa cuja localização desconhecemos, o nosso anfitrião desenha-nos provavelmente um croquis que nos orienta eficazmente, apesar de não representar ou representar muito pobremente as características do caminho e do espaço envolvente que temos de percorrer até ao nosso destino. Ilustração semelhante pode ser retirada dos *portolanos*, os mapas medievais das costas e dos portos que, apesar de representarem muito imperfeitamente o globo terrestre, orientavam com segurança os navegadores.[5] Há mapas que

4. Semelhantemente A. Robinson e B. Petchnik consideram que os mapas são a analogia básica da nossa cultura (1976:2).

5. Cfr. A. G. Hodgkiss (1981:103). No século XVI, Mercator, o notável geógrafo flamengo que desenvolveu um tipo de projecção a que posteriormente foi dado o seu nome, escreveu a seguinte advertência no seu famoso mapa de 1569: "Se quiserdes navegar de um porto para outro, aqui tendes o mapa e uma linha recta desenhada nele; se seguirdes cuidadosamente esta linha, chegareis com segurança ao porto de destino. Mas o comprimento da linha pode não estar correcto. Podereis chegar lá mais cedo ou mais tarde do que esperáveis, mas chegareis lá com certeza" (citado em W. W. Jervis (1936: 27)).

resolvem a tensão entre representação e orientação privilegiando a representação. Designo-os, seguindo a cartografia francesa, por mapas-imagem. Outros mapas resolvem a mesma tensão privilegiando a orientação. São os mapas instrumentais (F. Wahi, 1980:42).

A *escala* é o primeiro grande mecanismo de representação/distorção da realidade. A escala é "a relação entre a distância no mapa e a correspondente distância no terreno" (Monmonier, 1981: 41) e, como tal, implica uma decisão sobre o grau de pormenorização da representação. Os mapas de grande escala têm um grau mais elevado de pormenorização que os mapas de pequena escala porque cobrem uma área inferior à que é coberta, no mesmo espaço de desenho, pelos mapas de pequena escala. Os mapas são sempre "uma versão miniaturizada" (Keates, 1982:73) da realidade e, por isso, envolvem sempre uma decisão sobre os detalhes mais significativos e suas características mais relevantes. Como diz Muehrcke, "o que torna o mapa tão útil é o seu génio da omissão; é o reduzir da realidade à sua essência" (1986:10). É fácil de ver que a decisão sobre a escala a adoptar condiciona a decisão sobre o tipo de uso do mapa e vice-versa. Por exemplo, "os mapas de pequena escala não permitem medir com exactidão a largura das estradas ou dos rios mas permitem determinar com exactidão as posições relativas destes elementos, entre si e em relação aos demais acidentes do terreno" (Monmonier, 1981:4).

A geografia, que partilha com a cartografia o interesse pelo espaço e pelas relações espaciais, tem contribuído muito para o estudo das escalas, quer das escalas de análise, quer das escalas de acção. A respeito das primeiras, sabemos hoje que certos fenómenos, como, por exemplo, os climas, só são suscetíveis de ser representados em pequena escala, enquanto outros, como, por exemplo, a erosão, só são suscetíveis de ser representados em grande escala.[6] Daí, que as diferenças de escala apesar de serem, na aparência, quantitativas, sejam, na realidade, qualitativas. Um dado fenómeno só pode ser representado numa dada escala. Mudar de escala implica mudar o fenómeno. Tal como na física nuclear, a escala cria o fenómeno. Muitas das correlações falaciosas, correntes na geografia, derivam da sobreposição de fenómenos criados e analisados em escalas diferentes. A escala é um "esquecimento coerente" que deve ser levado a cabo coerentemente (Racine *et al*, 1982:126).

Porque medeia entre intenção e acção, o mecanismo da escala também se aplica à acção social. Os urbanistas e os chefes militares, tal como os administradores e os legisladores, definem as estratégias em pequena escala e decidem a actuação quotidiana em grande escala. O poder tende a representar a realidade social e física numa escala escolhida pela sua virtualidade para criar os fenómenos que maximizam as condições de reprodução do poder. A representação/distorção da realidade é um prossuposto do exercício do poder.

O segundo grande mecanismo da produção dos mapas é a *projecção*. Para serem úteis, os mapas têm de ser facilmente manuseados e armazenados. Os mapas planos podem ser facilmente enrolados ou dobrados. É precisamente através da projeção que as superfícies curvas da terra são transformadas em superfícies planas nos mapas. Esta transformação não pode ocorrer sem distorcer formas e distâncias. Não cabe aqui descrever os vários tipos de projecção e os tipos e graus de distorção carac-

6. Cfr. por exemplo, Y Lacoste (1976:61; 1980:17). No mesmo sentido, J. B. Racine *et al.* (1982).

terísticos de cada um deles.[7] Limitar-me-ei a algumas observações particularmente relevantes para a argumentação aqui desenvolvida. Em primeiro lugar, os vários tipos de projecção não distorcem a realidade caoticamente. Cada tipo de projecção cria um campo de representação no qual as formas e os graus de distorção têm lugar segundo regras conhecidas e precisas. Por exemplo, algumas projecções distorcem mais as zonas polares, enquanto outras fazem o oposto. Além disto, as diferentes projecções distorcem diferentemente as várias características do espaço. Algumas projecções, as chamadas projecções conformais, representam correctamente as áreas, mas distorcem os ângulos, as formas e as direcções, enquanto outras, as chamadas projecções equivalentes, fazem o oposto. É, assim, impossível obter o mesmo grau de exactidão na representação dos diferentes atributos do espaço e tudo o que fizermos para aumentar o grau de exactidão na representação de um dado atributo contribuirá, por certo, para aumentar o grau de erro na representação de um qualquer outro atributo. Funciona aqui algo de muito semelhante ao princípio da incerteza de Heisenberg na física quântica, nos termos do qual não podemos medir simultaneamente e com o mesmo grau de rigor a velocidade e a posição das partículas; e qualquer aumento do rigor na medição da velocidade acarreta a diminuição do rigor na medição da posição e vice-versa.

Nestes termos, cada tipo de projecção representa sempre um compromisso. A decisão sobre o tipo e o grau de distorção a privilegiar é condicionada por factores técnicos, mas não deixa de ser baseada na ideologia do cartógrafo e no uso específico a que o mapa se destina. Por exemplo, durante a guerra fria, os meios de comunicação ocidentais popularizaram a representação da União Soviética num mapa-mundo desenhado segundo a projecção cilíndrica de Mercator. É que, como este tipo de projecção exagera a área das zonas em latitudes elevadas ou médias em detrimento da área das zonas em latitudes inter-tropicais, o tamanho da União Soviética era inflacionado e assim se dramatizava a medida da ameaça comunista.[8]

A segunda observação sobre a projecção é que todos os mapas têm um centro. Cada período histórico ou tradição cultural selecciona um ponto fixo que funciona como centro dos mapas em uso, um espaço simbólico a que é atribuída uma posição privilegiada e a volta do qual se dispersam organizadamente os restantes espaços. Por exemplo, os mapas medievais costumavam pôr um lugar sagrado no centro, Jerusalém nos mapas europeus, Meca nos mapas árabes.[9] A mesma relação cen-

7. Cfr., entre outros, M. Monmonier (1981:15); J. S. Keates (1982:72); P. Muehrcke (1986:456); D. Muracciole (1980:235); A. G. Hodgkiss (1981:32).

8. Sobre o uso de mapas para fins de propaganda cfr. M. Monmonier (1981:43); A. G. Hodgkiss (1981:15); P. Muehrcke (1986: 395); J.-L. Rivière (1980:351); H. Speier (1941: 310); L. Quam (1943: 21); S.W.Boggs (1947: 469); M. Sharkey (1984: 148).

9. A. G. Hodgkiss (1981: 29). Uma visão ligeiramente diferente e, mostrando com o centro dos mapas foi evoluindo ao longo da Idade Média, em D. Woodward (1985:510). Segundo A. Henrikson, a deslocação progressiva dos EUA da periferia para o centro da cena mundial — uma deslocação completada na Segunda Grande Guerra — produziu mudanças no tipo de projecções cartográficas adoptadas ou privilegiadas: "A relação dos EUA com os teatros de guerra mais importantes exigia uma nova imagem do mundo, um novo mapa estratégico global. As projecções cilíndricas, como, por exemplo, a de Mercator, cenrada no Equador, não mostravam a continuidade, a unidade e a organização da "worldwide arena", como Roosevelt lhe chamou. Daí que começassem a ser preferidas outras projecções, centradas no

tro-periferia pode ser observada nos mapas actuais, quer nos mapas cartográficos, quer nos mapas mentais. A respeito destes últimos, que são afinal as imagens cognitivas visuais do mundo que nos rodeia, diz Muehrcke, com base em múltiplos estudos sobre a percepção cognitiva do espaço, que a maioria dos nossos mapas metais salienta e privilegia a nossa vizinhança, o sítio que nos é mais familiar, atribuindo menos significado a tudo o que nos rodeia.

A *simbolização* é o terceiro grande mecanismo da representação/distorção cartográfica da realidade. Diz respeito aos símbolos gráficos usados para assinalar os elementos e as características da realidade espacial selecionados. Sem sinais, o mapa é tão inútil quanto o mapa de Borges. É este o caso do mapa de Bellman na história de Lewis Carrol, o mapa que pretendia representar o mar sem vestígios de terra e que, como tal, era uma folha de papel absolutamente em branco.[10]

A linguagem cartográfica é um tema fascinante e a semiótica tem vindo fornecer novos instrumentos analíticos para o seu estudo. Os sistemas de sinais têm evoluído ao longo dos tempos e ainda hoje os sistemas variam segundo o contexto cultural do produtor do mapa ou segundo o uso específico a que este último se destina. Baseado na semiótica, J. S. Keates distingue, em livro recente sobre este tema, entre sinais icónicos e sinais convencionais (1982:66). Os sinais icónicos são sinais naturalísticos que estabelecem uma relação de semelhança com a realidade representada. Por exemplo, um conjunto de árvores para designar a floresta. Os sinais convencionais são mais arbitrários. Por exemplo, convencionou-se usar linhas para designar estradas e fronteiras e círculos de diferentes tamanhos para designar vilas e cidades (Monmonier, 1981:6). Se relancearmos o olhar pela história dos mapas, verificamos que os sistemas de sinais começaram por ser predominantemente convencionais (Caron, 1980:9). Mas ainda hoje e segundo múltiplas circunstâncias, os mapas podem ser mais figurativos ou mais abstractos, assentar em sinais emotivos ou expressivos ou, pelo contrário, em sinais referenciais ou cognitivos. Em suma, os mapas podem ser feitos para serem vistos ou serem lidos.

3. Uma cartografia simbólica do direito

A digressão que acabo de fazer pela cartografia permitiu reunir alguns dos conceitos e demais instrumentos analíticos em que se funda a cartografia simbólica do direito que apresentarei a seguir. Parto da verificação, hoje pacífica na sociologia do direito (e fundamentada em múltiplas investigações empíricas), de que, ao contrário do que pretende a filosofia política liberal e a ciência do direito que sobre ela se

Pólo Norte. Nestas, os EUA assumiam uma posição central (1980: 83). Cfr. também A. Henrikson (1975: 19).

10. ... One could see he was wise.
the moment one looked in his facel
He had brought a large map representing the sea.
without the least vestige of land: And the crew were much pleased when they found it to be. A map they could all understand.
"What's the good of Mercator's North Poles and Equators.
Tropics, Zones and Meridian Lines?"
So the Bellman would cry; and the crew would reply.
"They are merely conventional signs!"
"Other Maps are such shapes, with their islands and capes!
But we've got our brave Captain to thank"
(So the crew would protest)
"that he's brought us the best —
A perfect and absolute blank!"
(L. Carrol, 1976:757).

constituiu, circulam na sociedade, não uma, mas várias formas de direito ou modos de juridicidade. O direito oficial, estatal, que está nos códigos e é legislado pelo governo ou pelo parlamento, é apenas uma dessas formas, se bem que tendencialmente a mais importante. Essas diferentes formas variam quanto aos campos de acção social ou aos grupos sociais que regulam, quanto à sua durabilidade, que pode ir da longa duração da tradição imemorial até à efemeridade de um processo revolucionário, quanto ao modo como previnem os conflitos individuais ou sociais e os resolvem sempre que ocorram, quanto aos mecanismos de reprodução da legalidade, e distribuição ou sonegação do conhecimento jurídico. Parto, assim, da idéia da pluralidade das ordens jurídicas ou, de forma mais sintética e corrente, do pluralismo jurídico.[11] Procurarei demonstrar que as várias formas de direito têm em comum o facto de serem mapas sociais e de, tal como os mapas cartográficos, recorrerem aos mecanismos da escala, da projecção e da simbolização para representar e distorcer a realidade. Demonstrarei, também, que as diferenças entre elas se podem reconduzir a diferenças nos tipos de escala, de projecção e de simbolização utilizados por cada uma. Para ilustrar a minha argumentação, recorro a vários estudos de sociologia do direito e, particularmente, às investigações empíricas que neste domínio realizei no Brasil, em Portugal e em Cabo Verde. A investigação no Brasil foi realizada, em 1970, no Rio de Janeiro e, em 1980, no Recife e trata das lutas sociais, jurídicas e políticas dos moradores das favelas contra o Estado e os proprietários privados do solo urbano no sentido de garantirem o direito à habitação nos terrenos por ele ocupados ilegalmente (Santos, 1977; 1982b; 1983). A investigação realizada em Portugal, em 1977 e 1978, estuda as contradições entre a chamada "legalidade democrática" e a chamada "legalidade revolucionária" durante a crise revolucionária de 1974-75 (Santos, 1979; 1982a; 1985a). Por último, a investigação em Cabo Verde, realizada em 1984-85, tem por objecto as estruturas e os modos de funcionamento dos tribunais de zona ou os tribunais populares criados ou institucionalizados depois da independência (Santos, 1984). Trata-se de tribunais não profissionalizados compostos por cidadãos comuns, organizados nos diferentes locais de residência e com competência para julgar pequenos delitos e conflitos de pequena monta.

11. Sobre o pluralismo jurídico, cfr. entre muitos outros, J. Griffiths (1987); F. Snyder (1981); P. Fitzpatrick (1983); B. Santos (1956b).

4. O direito e a escala

Uma das virtualidades mais interessantes da cartografia simbólica do direito consiste na análise do efeito da escala na estrutura e no uso do direito. O Estado moderno assenta no pressuposto de que o direito opera segundo uma única escala, a escala do Estado. Durante muito tempo, a sociologia do direito aceitou acriticamente este pressuposto. Nas duas últimas décadas, a investigação sobre o pluralismo jurídico chamou a nossa atenção para a existência de direitos locais nas zonas rurais, nos bairros urbanos marginais, nas igrejas, nas empresas, no desporto, nas organizações profissionais. Trata-se de formas de direito infra-estatal, informal, não-oficial e mais ou menos costumeiro. Mais recentemente ainda, a investigação sobre as trocas económicas internacionais permitiu detectar a emergência de uma nova *lex mercatoria*, um espaço jurídico internacional em que operam diferentes tipos de agentes económicos

cujo comportamento é regulado por novas regras internacionais e relações contratuais estabelecidas pelas empresas multinacionais, pelos bancos internacionais ou por associações internacionais dominadas por umas ou por outros (Kahn, 1982; Wallace, 1982). O capital transnacional criou, assim, um espaço jurídico transnacional, uma legalidade supra-estatal, um direito mundial. Este direito é, em geral, muito informal. Baseado nas práticas dominantes, ou seja, nas práticas dos agentes dominantes, não é um direito costumeiro no sentido tradicional do termo. Só poderá ser considerado costumeiro se admitirmos a possibilidade de práticas novas ou recentes darem origem ao que poderíamos designar quase paradoxalmente por *costumes instantâneos* como, por exemplo, quando uma empresa multinacional inventa um novo tipo de contrato e tem poder suficiente para o impor a outros agentes económicos. Tão-pouco faz sentido considerar este novo direito mundial como não oficial, uma vez que ele cria diferentes formas de imunidade, quer face ao direito nacional estatal, quer face ao direito internacional público e, neste sentido, constitui a sua própria oficialidade (Farjat, 1982:47).

Estes desenvolvimentos sócio-jurídicos revelam, pois, a existência de três espaços jurídicos diferentes a que correspondem três formas de direito: o direito local, o direito nacional e o direito mundial. É pouco satisfatório distinguir estas formas de direito com base no objecto de regulação pois, por vezes, regulam ou parecem regular o mesmo tipo de acção social. Em meu entender, o que distingue estas formas de direito é o tamanho da escala com que regulam a ação social. O direito local é uma legalidade de grande escala; o direito nacional estatal é uma legalidade de média escala; o direito mundial é uma legalidade de pequena escala. Esta concepção tem muitas implicações. Em primeiro lugar, e uma vez que a escala cria o fenómeno, estas formas de direito criam diferentes objectos jurídicos a partir dos mesmos objectos sociais empíricos. Usam diferentes critérios para determinar os pormenores e as características relevantes da actividade social a ser regulada. Estabelecem diferentes redes de factos. Em suma, criam realidades jurídicas diferentes. Tomemos, como exemplo, o conflito de trabalho. O código da fábrica, ou seja, o conjunto dos regulamentos internos que constituem o direito local da fábrica, regula com grande detalhe as relações na produção (as relações entre operários, entre operários e supervisores, entre estes e os directores, etc.) a fim de garantir a disciplina no espaço da produção, impedir a ocorrência de conflitos e tentar diminuir o seu âmbito sempre que ocorram.[12] O conflito de trabalho é o objecto nuclear do código da fábrica porque confirma, *a contrario*, a continuidade das relações na produção que é a sua razão de ser. No contexto mais amplo do direito laboral estatal, o conflito de trabalho é tão-só uma das dimensões, se bem que importante, das relações de trabalho. É parte de uma rede mais ampla de factos económicos, políticos e sociais em que facilmente identificamos, entre outros, a estabilidade política, a taxa de inflação, a política de rendimentos, as relações de poder entre organizações sindicais e

12. O direito local da fábrica é o direito da produção gerado no espaço estrutural da produção. Esse espaço é constituído por uma forma de direito (precisamente o direito da produção), uma unidade de prática social (classe), uma forma institucional (fábrica/empresa), um mecanismo de poder (exploração) e um modo de nacionalidade (maximização do lucro). Os outros espaços estruturais da ação social são: o espaço doméstico, o espaço da cidadania e o espaço mundial. Sobre este mapa estrutural da sociedade, cfr. Santos, 1985b: 307 e ss.

patronais. No contexto ainda mais amplo do direito mundial da *franchise* e da subcontratação internacionais, o conflito de trabalho transforma-se num pormenor minúsculo das relações económicas internacionais que não merece sequer ser assinalado.

As diferentes ordens jurídicas operam, assim, em escalas diferentes e, com isso, traduzem objectos empíricos eventualmente iguais em objectos jurídicos distintos. Acontece, porém, que na prática social as diferentes escalas jurídicas não existem isoladas e, pelo contrário, interagem de diferentes maneiras. Continuemos com o nosso exemplo e imaginemos que um conflito de trabalho irrompe numa fábrica portuguesa de confecções, produzindo em regime de subcontratação para uma multinacional de pronto-a-vestir.[13] Numa tal situação, os objectivos de regulação dos três direitos acima referidos convergem na mesma acção social, o conflito concreto. Isto pode criar a ilusão de que os três objectos jurídicos se sobrepõem e coincidem. De facto, assim não é; tão-pouco coincidem as imagens jurídicas de base, os universos simbólicos, dos diferentes agentes económicos mobilizados no conflito. Os operários e, por vezes, o patrão tendem a ter uma visão de grande escala do conflito, uma visão dramatizada, plena de detalhes e de discursos particularísticos, em suma, uma visão e uma concepção moldadas pelo direito local da produção. Os dirigentes sindicais e, por vezes, o patrão tendem a ver o conflito como uma crise, mais ou menos momentânea, no processo contínuo das relações de trabalho. É uma visão predominantemente moldada pelo direito estatal e as acções que dela decorrem procuram um compromisso entre o conflito concebido em grande escala no direito da produção e a sua concepção em média escala no direito estatal. Finalmente, para a empresa multinacional de pronto-a-vestir o conflito de trabalho é um pormenor ou acidente mínimo que, se não for prontamente resolvido, pode ser facilmente ultrapassado, transferindo a encomenda para a Malásia ou Taiwan.

Explicar estas discrepâncias e descoincidências exclusivamente em função das diferenças entre os interesses em conflito ou dos graus de consciência de classe torna-se pouco convincente, sabido que o direito tende a construir a realidade que se adequa à sua aplicação. Tal construção obedece a certas regras técnicas, uma das quais, como defendo aqui, é a regra da escala. Em boa verdade, só podemos comparar interesses sociais e graus de consciência de grupo dentro do mesmo espaço sócio-jurídico e, portanto, no interior da mesma forma de direito. A dificuldade de uma tal empresa reside em que, como já deixei dito acima, a vida sócio-jurídica é constituída, na prática, por diferentes espaços jurídicos que operam simultaneamente e em escalas diferentes. A interacção e a intersecção entre os diferentes espaços jurídicos é tão intensa que, no nível de fenomenologia da vida sócio-jurídica, não se pode falar de direito e de legalidade mas antes de *inter-direito* e *inter-legalidade*. Neste nível, é menos importante analisar os diferentes espaços jurídicos do que identificar as complexas e dinâmicas relações entre eles. Mas, se, ao procedermos a tal identificação, descuidarmos a questão da escala, cairemos numa situação tão frustrante quanto a do turista que se esqueceu em casa do transformador que lhe permitiria usar a máquina de barbear no país estrangeiro.

Ao realizar a investigação sobre a justiça popular em Cabo Verde, deparei com um facto de algum modo intrigante. A filosofia subjacente à organização

13. Uma análise aprofundada da natureza jurídica e económica da subcontratação em M. M. Marques (19986; 1987).

da justiça popular era a de envolver ao máximo as comunidades locais no exercício da justiça, incorporando nesta, sempre que possível, o direito local (costumes, práticas respeitáveis e respeitadas). Esta incorporação era facilitada pelo facto de os juízes dos tribunais de zona serem leigos, membros das comunidades locais, e também pelo facto de o direito escrito que regulava a actividade dos tribunais ser propositadamente vago e lacunoso. Detectei, no entanto, que, nalguns casos pelo menos, o processo de selecção dos juízes pelo Estado e pelo partido não facilitava a incorporação do direito local. Assim sucedia, por exemplo, quando eram seleccionados homens jovens. Tal selecção, baseada na identificação activa com os objectivos gerais da acção política do Estado e do partido, provocava, por vezes, alguma tensão no seio das comunidades locais para as quais o exercício da justiça devia ser deixado aos mais velhos, com maior sabedoria e prudência. Uma reflexão mais aprofundada desta discrepância permitiu-me concluir que estava perante uma situação de interlegalidade, ou seja, de uma relação complexa entre dois direitos, o direito estatal e o direito local, usando escalas diferentes. Para as comunidades locais, sobretudo rurais, os costumes locais eram um direito local, uma legalidade de grande escala, adaptada às exigências da prevenção e resolução de conflitos locais. Para o Estado, o direito local era parte integrante de uma rede mais ampla de factos sociais e políticos, entre os quais as exigências da consolidação do Estado e da criação da sociedade socialista, a unidade do sistema jurídico, a socialização política, etc. A esta escala mais pequena, o direito local era parte integrante do direito estatal e, portanto, um instrumento específico de acção social e política (Santos, 1984:33).

A primeira implicação da identificação de diferentes escalas de juridicidade é, como acabamos de ver, o chamar da nossa atenção para o fenómeno da interlegalidade e para o seu complexo funcionamento. A segunda grande implicação tem a ver com os *padrões de regulação* associados com cada escala de legalidade. Mencionei já a tensão dialéctica entre representação e orientação. Em verdade, estamos perante dois modos antagónicos de imaginar e constituir a realidade, um adequado a identificar a posição e o outro adequado a identificar o movimento. A legalidade de grande escala é rica em detalhes, descreve pormenorizada e vivamente os comportamentos e as atitudes, contextualiza-os no meio envolvente e é sensível às distinções (e relações complexas) entre familiar e estranho, superior e inferior, justo e injusto. Tais características estão presentes qualquer que seja o objecto de regulação jurídica, seja ele relações de família, ou de trabalho, actividades contratuais ou criminosas. Em suma, esta forma de legalidade cria um padrão de regulação baseado na representação e adequado a identificar posições. Ao contrário, a legalidade de pequena escala é por um lado pobre em detalhes e reduz os comportamentos e as atitudes a tipos gerais e abstractos de acção. Mas, por outro lado, determina com rigor a relatividade das posições (os ângulos entre as pessoas e entre as pessoas e as coisas), fornece direcções e atalhos, e é sensível às distinções (e às complexas relações) entre parte e todo, passado e presente, funcional e disfuncional. Em suma, esta forma de legalidade cria um padrão de regulação baseado na orientação e adequado a identificar movimentos[14]. Quando, em 1970, estudei o

14. Como deixei dito acima, a cartografia simbólica é susceptível de aplicação a outras formas institucionalizadas de representações

direito interno e não oficial das favelas do Rio de Janeiro, tive ocasião de observar que este direito local, um direito de grande escala, representava adequadamente a realidade sócio-jurídica da marginalidade urbana e contribuía significativamente para manter o *status quo* das posições dos habitantes das favelas enquanto moradores precários de barracas e casas construídas em terrenos invadidos (Santos, 1977). Quando, dez anos mais tarde, estudei as lutas sociais e jurídicas dos moradores das favelas do Recife com o objectivo de legalizarem a ocupação das terras por meio de expropriações, compra ou arrendamento, verifiquei que a forma de direito a que recorriam era o direito oficial, estatal, um direito de menor escala, que só muito selectiva e abstractamente representava a posição sócio-jurídica dos moradores, mas que definia muito claramente a relatividade das suas posições face ao Estado e aos proprietários fundiários urbanos, um direito que, nas condições sociais e políticas da época, oferecia o atalho mais curto para o movimento de uma posição precária para uma posição segura (Santos, 1982b; 1983).

Para além de suscitarem diferentes padrões de regulação, as diferentes escalas de legalidade condicionam (e são condicionadas por) *redes de acções* diferentes. Uma rede de acções é uma seqüência interligada de acções estruturalmente determinadas por limites pré-definidos. Identifico dois tipos de limites: os limites definidos segundo o âmbito e os definidos segundo a ética das interacções. Segundo o âmbito, distingo dois tipos de redes de acções: a *rede de acções estratégicas* e a *rede de acções tácticas*. Segundo a ética, distingo igualmente dois tipos de redes de acções: a *rede de acções instrumentais* e a *rede de acções edificantes*. À luz dos exemplos apontados acima, sugiro que a legalidade de grande escala suscita (e é suscitada por) redes de acções tácticas e edificantes, enquanto a legalidade de pequena escala suscita (e é suscitada por) redes de acções estratégicas e instrumentais. Os diferentes grupos e classes sociais não são todos igualmente socializados nas diferentes redes de acções. Estas encontram-se desigualmente distribuídas na sociedade. Um dado grupo ou uma dada classe social socializados predominantemente num certo tipo de rede de acções tendem a ser especificamente competentes no tipo de legalidade que lhes está associado. Numa situação de interlegalidade, ou seja, numa situação em que a legalidade de pequena escala se entrecruza com a legalidade de grande escala, as acções associadas com a primeira tendem a ser agressivas, excepcionais, críticas, respeitantes a lutas ou conflitos de grande alcance, enquanto as acções associadas com a legalidade de grande escala tendem a ser defensivas, vulgares, respeitantes à

sociais, da religião à educação, da saúde à moda, das forças armadas ao movimento sindical. Por exemplo, o processo educativo de grande escala, que tem lugar de modo informal e quotidiano no seio da família, do grupo de referência ou da comunidade local, não coincide com o processo educativo de pequena escala no âmbito do sistema educativo formal, nacional (público ou privado), mesmo quando os dois processos incidem, na aparência, sobre os mesmos tópicos. A educação de grande escala suscita, em geral, um padrão de socialização que privilegia a representação dos espaços socialmente constituídos e a posição que nesses espaços ocupam os diversos sujeitos do processo educativo. Ao contrário, a educação de pequena escala suscita, em geral, um padrão de socialização que privilegia o movimento e a orientação entre diferentes espaços sociais, constituídos ou a constituir, mesmo quando esse movimento, em nível agregado, é ilusório e a ilusão de que ele existe na realidade é um dos factores da rigidez macro-social.

interacção de rotina e às lutas e conflitos de pequeno alcance.[15]

A terceira e última implicação da análise das escalas de regulação jurídica diz respeito ao que designo por *patamares de regulacão*. Qualquer que seja o objecto social regulado e o objectivo da regulação, cada escala de legalidade tem um patamar de regulação próprio com que define o que pertence à esfera do direito e o que é dela excluído. Este patamar é o produto da operação combinada de três patamares: o patamar de detecção, o patamar de discriminação e o patamar de avaliação. O *patamar de detecção* diz respeito ao nível mínimo de pormenor da acção social que pode ser objecto de regulação. Este patamar permite distinguir entre o relevante e o irrelevante. O *patamar da discriminação* diz respeito às diferenças mínimas na descrição da acção social suscetíveis de justificar diferenças de regulação. Permite distinguir entre o mesmo (que deve ter tratamento igual) e o distinto (que deve ter tratamento diferente). Por último, o *patamar da avaliação* diz respeito às diferenças mínimas na qualidade ética da acção social susceptíveis de fazerem variar qualitativamente o sentido da regulação. Permite distinguir entre o legal e o ilegal.[16]

Durante a crise revolucionária por que passou a sociedade portuguesa em 1974-1975, José Diogo, assalariado rural, foi acusado do homicídio do seu antigo patrão, um grande latifundiário alentejano. Em sua defesa, o réu invocou a provocação da vítima e um longo rol de acções prepotentes e violentas contra os trabalhadores cometidas pelo latifundiário durante o longo período da ditadura salazarista. Depois de muitas peripécias, devidas à atenção pública que o caso obteve e às manifestações de solidariedade para com o réu, este acabou por ser julgado e condenado. De uma das vezes em que o julgamento foi adiado, quando o processo fora transferido para o Tribunal de Tomar, um tribunal popular constituído por operários da cintura de Lisboa e por assalariados rurais, reuniu-se no exterior do tribunal da comarca e condenou postumamente o latifundiário ao mesmo tempo que absolveu o réu apesar de reconhecer que a sua acção, sendo um acto de violência individual, não podia ser considerada revolucionária. A discrepância entre o tribunal estatal e o tribunal popular reside, entre outras coisas, nos diferentes patamares de regulação das formas do direito adoptadas por cada um dos tribunais. Para o direito estatal, então chamado "legalidade democrática", as duas acções, a acção do réu e as acções anteriores da vítima, tinham conteúdos éticos muito distintos. Para o direito aplicado pelo tribunal popular, a "legalidade revolucionária", como então se chamava, e em face do patamar de avaliação e de discriminação mais baixo por esta adotado, os dois tipos de acção eram eticamente semelhantes. Se a acção do réu não podia ser considerada revolucionária, poderia pelo menos ser desculpada enquanto

15. Sobre o conceito de lutas de diferente alcance, cfr. a distinção entre "molar struggles" e "molecular struggles" em G. A. Miller *et al.* (1972: 59).

16. Continuando o exercício de expandir a estratégia analítica aqui desenvolvida numa aplicação ao direito, e à semelhança do que fiz com a educação (ver nota 14), pode dizer-se que, no domínio da saúde, outra grande representação social com vários graus de institucionalização, os patamares da regulação variam, por exemplo, entre a medicina popular e a medicina oficial. A primeira parece caracterizar-se por um patamar de regulação mais baixo que a segunda, quer enquanto patamar de detecção (a caracterização de sintomas que podem constituir uma questão de saúde), quer enquanto patamar de discriminação (a distinção e a localização dos sintomas), quer ainda enquanto patamar de avaliação (a discriminação entre o que é saúde e o que é doença).

reacção compreensível contra as acções anteriores da vítima (Santos, 1982a:272).

5. O direito e a projecção

As formas de direito distinguem-se também segundo o tipo de projecção da realidade social que adoptam. A projecção é o procedimento através do qual a ordem jurídica define as suas fronteiras e organiza o espaço jurídico no interior delas. Tal como a escala, e pelas mesmas razões, a projecção não é um procedimento neutro. Tipos diferentes de projecção criam objectos jurídicos diferentes e cada objecto jurídico favorece uma certa formulação de interesses e uma concepção própria dos conflitos e dos modos de os resolver. Cada ordem jurídica assenta num facto fundador, um super-facto ou uma super-metáfora que determina o tipo de projeção adoptado. As relações económicas privadas constituídas no mercado são o super-facto em que assenta o direito burguês moderno, do mesmo modo que a terra e a habitação concebidas como relações políticas e sociais são o super-facto subjacente ao direito não oficial das favelas do Rio de Janeiro.

Segundo o tipo de projecção adoptado, cada ordem jurídica tem um centro e uma periferia. Isto significa, em primeiro lugar, que, à semelhança do que se passa com o capital monetário, o capital jurídico de uma dada forma de direito não se distribui igualmente pelo espaço jurídico dessa. Tende a concentrar-se nas regiões centrais, pois é aí que é mais rentável. Nessas regiões, o espaço é mapeado com mais detalhe e absorve mais recursos institucionais, tais como tribunais e profissionais de direito, e mais recursos simbólicos, como sejam os tratados dos juristas e a ideologia e cultura jurídicas dominantes.[17]

Prosseguindo com o exemplo acima dado, pode dizer-se que os contratos constituem o centro do direito burguês. Os conceitos, as teorias, os princípios gerais e as regras de interpretação desenvolvidos em torno dos contratos têm ocupado um lugar central na legislação moderna, na formação dos juristas e na ideologia jurídica dominante. Além disso, a perspectiva contratual tem sido exportada para outros ramos do direito, para o direito constitucional, para o direito administrativo e mesmo para o direito criminal. Quando hoje se fala do fim dos contratos ou, invertendo a seqüência proposta por Maine (1912), da passagem do contrato para o *status*, não deve esquecer-se que, apesar das transformações sócio-jurídicas das últimas décadas, os contratos continuam a ser a super-metáfora, não só do direito moderno, como também da sociedade moderna em geral. Basta recordar, como simples ilustração, a re-emergência recente das teorias neo-contratualistas no domínio da filosofia política e do direito constitucional.

Semelhantemente, no direito informal dos bairros da lata do Rio de Janeiro, a terra e a habitação e os conflitos que a seu respeito se suscitam constituem o centro do espaço jurídico. Nos casos, raros, em que a associação de moradores se aventura, na sua qualidade de tribunal informal, a tratar de questões criminais, de família ou de ordem pública, procura sempre uma conexão entre estas e as questões da terra e da habitação e aplica ao tratamento das primeiras a competência jurídica e a tecnologia jurídica popular obtidas no tratamento das segundas.

O facto de cada tipo de projecção da realidade produzir um centro e uma

17. A relação centro/periferia existe em todos os espaços sociais e, portanto, nas formas de capital social e simbólico que os constituem e acionam (o capital religioso, o capital educacional, o capital médico, o capital corporal, etc. etc.).

periferia mostra que a mapeação jurídica da realidade social não tem sempre o mesmo grau de distorção. Tende a ser mais distorciva à medida que caminhamos do centro para a periferia do espaço jurídico. As regiões periféricas são também aquelas em que é mais densa a interpenetração entre as várias formas de direito que convergem na regulação da acção social.

O segundo efeito da projecção diz respeito ao tipo de características do objecto social que são privilegiadas pela regulação jurídica. A este respeito distingo dois tipos de projecção: a projecção egocêntrica e a projecção geocêntrica.[18] A projecção egocêntrica privilegia a representação das características subjectivas e particulares de acções sociais que, na aparência, pelo menos, são de natureza predominantemente consensual ou voluntarista. A projecção geocêntrica privilegia a representação das características objectivas e gerais das acções sociais padronizadas que, na aparência pelo menos, são de natureza predominantemente conflitual. Segundo o tipo dominante de projecção adoptado, podem distinguir-se duas formas de direito: o *direito egocêntrico* e o *direito geocêntrico*. Analisarei à luz destas categorias algumas transformações recentes na regulação jurídica da vida económica bem como alguns desenvolvimentos da longa duração histórica tal como foram estudados por Max Weber. Ao analisar, em *Economia e Sociedade*, as formas históricas da criação dos direitos, Max Weber chama a nossa atenção para o longo e sinuoso processo histórico através do qual o que designo por direito geocêntrico toma progressivamente o lugar do direito egocêntrico (1978:695). No passado, diz Weber, o direito surgiu em resultado de decisões consensuais dos diferentes grupos de *status*. Tratava-se, pois, de um direito voluntariamente assumido, um direito particularístico porque próprio de um dado grupo social e só a ele aplicável. Havia assim diferentes comunidades jurídicas constituídas segundo o nascimento, a religião, a etnia ou a ocupação dos seus membros. Cada indivíduo ou grupo de indivíduos tinha uma qualidade jurídica própria, um direito pessoal ou *professio juris* que transportava consigo onde quer que fosse.

O *jus civile* era em Roma o direito pessoal dos cidadãos romanos e o *jus gentium* foi criado para regular a actividade dos não-cidadãos. A idéia da *lex terrae*, de um direito geral aplicável a todo o território independentemente das características pessoais dos seus habitantes, desenvolveu-se muito lentamente. Neste processo, que é o processo de desenvolvimento do que designo por direito geocêntrico, a extensão da economia de mercado e a burocratização progressiva dos grupos sociais e suas instituições desempenharam um papel deveras decisivo. Segundo Weber, este processo culminou na Revolução Francesa quando o Estado moderno se transformou numa instituição coerciva global e o seu direito passou a aplicar-se a todos os indivíduos e a regular de modo geral e abstracto todas as situações (Weber, 1978:698 e 724).

Max Weber reconhece que ainda hoje existem na sociedade moderna formas de direito pessoal ou particularístico mas que, ao contrário do que sucedia na sociedade antiga, essas formas fundam-se, exclusivamente, em razões técnicas ou económicas e só vigoram nos estritos limites que lhes são fixados pelo direito geral estatal (1978:697). Em meu entender, este confronto histórico entre direito egocêntrico e direito geocêntrico não pode ser considerado com o defini-

18. Esta distinção é também usada por Muehrcke na análise dos mapas cognitivos, mas com um sentido ligeiramente diferente.

tivamente decidido a favor deste último. Alguns desenvolvimentos sócio-jurídicos recentes apontam para a emergência de novos particularismos jurídicos, de formas novas de direito egocêntrico que, ao criarem autênticos enclaves pessoais com estatutos jurídicos próprios, neutralizam ou iludem a aplicação do direito geral do país. Para ilustrar isto mesmo, retomo o exemplo do novo tipo de direito mundial de que falei acima ao discutir a escala do direito. A multiplicidade de contratos económicos internacionais, cobrindo novas áreas de actividade económica e incluindo cláusulas até agora desconhecidas, e a proliferação de regulamentos, códigos deontológicos, códigos de conduta privada respeitantes às actividades das empresas multinacionais e das associações económicas ou profissionais internacionais em domínios tão diversos como transferências de tecnologia, mercados de capitais, publicidade, promoção de vendas, estudos de mercado, seguros, assistência técnica, contratos de chave na mão, etc., todas estas novas formas de direito mundial criam um espaço jurídico transnacional que freqüentemente colide com o espaço jurídico nacional.[19] Os conflitos têm origens diversas. Eis algumas delas a título de exemplo: a determinação da responsabilidade dos novos contratos não respeita as leis nacionais; os contratos incluem cláusulas gerais sobre o direito aplicável, tais como os princípios gerais do direito ou os usos comerciais, com o único propósito de fugir à aplicação do direito nacional; recorre-se ao sistema de arbitragem com o mesmo propósito; os parceiros comerciais subscrevem acordos de cavalheiros que violam abertamente as leis nacionais, sobretudo as que regulam a concorrência; a legislação nacional promulgada para policiar os contratos de transferência de tecnologia tem uma eficácia quase nula; e, finalmente, as empresas multinacionais mais poderosas chegam mesmo a impor as suas leis aos Estados nacionais. A violação do direito nacional assume tais proporções que o código deontológico para as empresas multinacionais proposto pelas Nações Unidas inclui esta norma surpreendente: "a empresa multinacional respeitará as leis nacionais do país onde opera" (Destanne de Bernis *in* Farjat, 1982: 65).

Todos esses conflitos, latentes ou manifestos, são sintomas de uma tensão crescente entre o direito geocêntrico dos Estados-nação e o novo direito egocêntrico dos agentes económicos transnacionais. Em minha opinião, estamos a assistir à emergência de novos particularismos estruturalmente semelhantes aos estatutos pessoais e corporativos da sociedade antiga e medieval descritos por Weber. Tal como os antigos grupos de *status*, as empresas multinacionais e as associações económicas internacionais têm um direito próprio que regula os seus negócios onde quer que eles tenham lugar e quaisquer que sejam as leis nacionais que aí vigorem. As novas formas de particularismo, corporativismo e personalismo caracterizam-se ainda pelo facto de este direito mundial ser talhado segundo os interesses das empresas ou bancos mais poderosos. Bertold Goldman pôde verificar que muitos dos "contratos-tipos" são criados por uma única empresa multinacional suficientemente poderosa para os poder impor aos seus parceiros (1964:180). Assim se explica como uma nova prática instituída por uma empresa influente pode transformar-se num costume instantâneo. Esta nova forma de privilégio de *status* pode também ser detectada nos códigos de conduta das associações económicas ou profissionais internacionais (por exemplo, no código deontoló-

19. Sobre estes conflitos, cfr.Kahn (1982); Farjat 1982); Wallace (1982).

gico da Associação Internacional de Franchising). Como nota Farjat, há uma estreita coincidência entre os agentes económicos poderosos e as autoridades profissionais que redigem os códigos deontológicos (1982:57).

A análise do direito segundo os tipos de projecção permite-nos ainda ver a relatividade da distinção entre direito e facto, ou seja, entre a avaliação normativa e a descrição factual da realidade, uma distinção teorizada até à exaustão pela ciência jurídica. Com base em múltiplas investigações antropológicas, Clifford Geertz chama a nossa atenção para as diferenças nos modos como as várias culturas jurídicas constroem a distinção entre direito e facto (1983:232). Por privilegiar, enquanto objectos de regulação, as características gerais e objectivas da realidade, o direito geocêntrico tende a radicalizar a distinção entre direito e facto e a ser mais exímio na fixação das normas do que na fixação dos factos. Dominado pelo medo dos factos, o direito geocêntrico reage, esterilizando-os, reduzindo-os a esqueletos. Os factos, quando nomeados pelas normas, são já meros diagramas da realidade, como diria Geertz (1983:173). Nos termos da classificação de outro antropólogo, Pospisil, o direito geocêntrico produz uma justiça legalista (1971:23). Ao contrário, o direito egocêntrico tende a apagar a distinção entre direito e facto e a ser mais exímio na fixação dos factos do que na fixação das normas. Permite a explosão dos factos, como no caso, acima referido, da constituição de costumes instantâneos, e por essa razão pode dizer-se que produz uma justiça de factos, para utilizar ainda a expressão de Pospisil.

6. O direito e a simbolização

A simbolização é a face visível da representação da realidade. É o procedimento técnico mais complexo pois que a sua execução é condicionada, tanto pelo tipo de escala, como pelo tipo de projecção adoptados. A semiótica, bem como a retórica e a antropologia cultural têm dado contributos importantes para o estudo da simbolização jurídica da realidade. Do meu ponto de vista, é necessário juntar a estes contributos o contributo da crítica literária e é precisamente a partir desta última que distingo dois tipos-ideais de simbolização jurídica da realidade: *o estilo homérico* e o *estilo bíblico*. Estas designações metafóricas referem-se, como disse, a tipos-ideais, isto é, a construções teóricas extremas de que as ordens jurídicas vigentes na realidade social se aproximam em maior ou menor grau. As designações são retiradas da obra clássica de Erich Auerbach sobre as formas de representação da realidade na literatura ocidental (1968:23). Auerbach identifica duas formas básicas de representação literária da realidade e ilustra a oposição entre elas com o contraste entre a Odisseia de Homero e a Bíblia. A Odisseia descreve a natureza trágica e sublime da vida heróica, uma descrição totalmente exteriorizada, uniformemente iluminada, com todos os acontecimentos ocupando o proscénio e a todos sendo atribuído um significado inequívoco, sem perspectiva psicológica nem lastro histórico. Ao contrário, a Bíblia representa o sublime e o trágico no contexto da vida comum, quotidiana, e a descrição é sensível à complexidade dos problemas humanos, salientando alguns aspectos e deixando outros na obscuridade, e caracteriza-se pelos não-ditos, pelos panos de fundo, pela ambiguidade dos sentidos e pela precariedade das interpretações à luz do devir histórico.

Em meu entender, este contraste na representação literária da realidade verifica-se também na representação

jurídica da realidade. Daí, a referência aos dois sistemas polares de sinais. Falo de um *estilo jurídico homérico* quando a simbolização jurídica da realidade apresenta as duas características seguintes: por um lado a conversão do fluxo contínuo da acção social numa sucessão de momentos descontínuos mais ou menos ritualizados, como, por exemplo, a celebração e terminação de contratos, a instauração de acções judiciais e o seu julgamento, etc., etc.; e, por outro lado, a descrição formal e abstracta da acção social através de sinais convencionais, referenciais e cognitivos. Este estilo de simbolização cria uma forma de juridicidade que designo por juridicidade instrumental. Em contraste, o *estilo jurídico bíblico* cria uma juridicidade imagética e caracteriza-se pela preocupação em integrar as descontinuidades da interacção social e jurídica nos contextos complexos em que ocorrem e em descrevê-las em termos figurativos e concretos através de sinais icónicos, emotivos e expressivos.

Independentemente da precedência histórica de qualquer desses estilos de simbolização e do predomínio momentâneo que qualquer um deles obtenha sobre o outro, existe sempre, em cada período histórico, uma tensão dialéctica entre ambos. Assim, embora o direito do Estado moderno tenha um estilo predominantemente homérico, o estilo bíblico está presente e com grande intensidade noutras formas de direito que circulam na sociedade. Voltando ao exemplo do direito pessoal dos novos sujeitos jurídicos transnacionais, é notório que o direito mundial emergente é formulado num estilo bíblico de representação. Alguns especialistas têm chamado a atenção para a retórica moralista e para uso de símbolos emotivos, expressivos e não-cognitivos nos códigos de conduta ou nos contratos-tipo elaborados pelas empresas multinacionais ou pelas associações internacionais cooptadas por elas, como se demonstra pelo uso recorrente das expressões como concertação, interesse comum, confiança recíproca, solidariedade, cooperação, assistência, lealdade, etc.[20]

Mas o contraste entre os dois estilos de simbolização é ainda mais evidente nas situações de pluralismo jurídico em que a prática social obriga a uma circulação permanente através de ordens jurídicas com estilos diferentes de simbolização. De uma forma ou de outra, todas as investigações empíricas que realizei envolvem situações deste tipo. Começando pela investigação em Cabo Verde, é fácil concluir que a institucionalização da justiça popular depois da independência visa realizar uma síntese ou fusão entre o direito costumeiro local e o direito nacional do novo Estado. No entanto, as tensões entre os dois estilos de simbolização da realidade são visíveis de muitos ângulos e nomeadamente no modo como os juízes julgam os conflitos que lhes são presentes. Alguns juízes, geralmente mais velhos, adoptam um imaginário jurídico local, característico do direito imagético que descreve o direito e os factos sem grandes distinções entre um e outros, recorrendo a expressões figurativas e informais e a sinais gestuais e verbais de tipo icônico, emotivo e expressivo. Outros juízes, geralmente mais jovens e com educação formal, procuram imitar os juízes profissionais ou mesmo os quadros políticos, para o que adoptam uma visão instrumental do direito, com distinções inequívocas entre direito e facto, descrevendo ambos em termos abstractos e formais mediante o recurso a sinais gestuais e verbais de tipo convencional, cognitivo ou referencial.

Mas o mesmo juiz pode, em situações diferentes, adoptar estilos de simboliza-

20. Cfr., por exemplo, Farjat (1982:65).

ção jurídica diferente. Por exemplo, Nha Bia, uma mulher notável e juiz presidente do tribunal popular de Lém Cachorro, nos arredores da cidade da Praia, adopta um estilo bíblico no julgamento dos casos que lhe são mais familiares e em que ela se sente com mais autonomia para "fazer justiça à sua maneira", como ela costuma dizer. É o caso, por exemplo, dos conflitos de água protagonizados em geral pelas mulheres. Trata-se de disputas que ocorrem normalmente nas bichas de água junto aos fontenários públicos, sobre a ordem na bicha ou sobre a ração diária de água. Dada a seca prolongada, este tipo de conflito é muito freqüente. Ao contrário, Nha Bia tende a adoptar um estilo homérico no julgamento dos casos que lhe são menos familiares ou naqueles em que a sua competência ou jurisdição possam ser contestadas como, por exemplo, nos casos com tonalidades políticas ou que envolvem moradores influentes na comunidade ou no aparelho do Estado ou do partido (Santos, 1984:105).

A investigação sobre as lutas sociais e jurídicas no Recife revela que, tanto os moradores das favelas, como a Igreja Católica que os apóia, buscam uma relação de complementaridade momentânea e instável entre o direito não oficial das favelas e o direito nacional estatal. A construção e imaginação da realidade nestas duas formas de direito segue sistemas de sinais divergentes, o bíblico e o homérico respectivamente. Os líderes comunitários e os advogados contratados pela Igreja para defender os favelados são freqüentemente forçados a mudar de estilo e de sistema de sinais de acordo com o auditório relevante perante quem têm de argumentar no momento. O estilo bíblico, usado nas assembléias no interior das favelas, tem de ser traduzido no estilo homérico quando se trata de argumentar no tribunal ou numa repartição administrativa. Mas também pode acontecer que, em determinados momentos, os dois estilos e sistemas de simbolização se sobreponham e interpenetrem, como por exemplo, quando grupos de moradores das favelas vêm assistir, como "público", ao julgamento de um conflito de terra e, de repente, começam a gritar *slogans* e a cantar cantigas religiosas em plena sala de audiências (Santos, 1982b:21).

Por último, da investigação sobre a crise revolucionária da sociedade portuguesa em 1974-75 resulta evidente que não há qualquer tentativa de complementaridade ou fusão mas antes uma contradição aberta entre duas formas de direito, a legalidade democrática e a legalidade revolucionária. A legalidade democrática procura isolar a representação jurídica da realidade da vivência convulsa e quotidiana da crise revolucionária e para isso sublinha a distinção entre direito e factos e procede a uma descrição abstracta e formal da realidade em que domina o sistema de sinais próprio do estilo homérico de representação e simbolização. Ao contrário, a legalidade revolucionária procura integrar e até diluir a representação jurídica no contexto político e social em que tem lugar e para isso atenua ou apaga a distinção entre direito e factos e privilegia uma descrição figurativa e informal da realidade, em suma, um estilo bíblico de representação e simbolização (Santos, 1982a:254).

7. Para uma concepção pós-moderna das representações sociais

Os mapas são objectos vulgares, triviais. Fazem parte do nosso quotidiano ao mesmo tempo que nos orientam nele. Como diz Hodgkiss, "é difícil não sermos confrontados na nossa rotina diária com pelo menos dois mapas. De manhã,

ao passarmos os olhos pelo jornal a caminho do trabalho, é quase certo depararmos com um mapa a preto e branco para assinalar e localizar um qualquer acontecimento importante. Ao chegarmos, a casa, ao fim do dia, o noticiário da televisão também nos mostrará um mapa com o mesmo objectivo. Além disso, a previsão do tempo é-nos feita quotidianamente, tanto na imprensa, como na televisão, com a ajuda de fotografias de satélite e de mapas particularmente concebidos para facilitar a compreensão" (1981:11).

Ao usar como metáfora de base um objecto tão comum e vulgar como o mapa, a cartografia simbólica do direito pretende contribuir para vulgarizar e trivializar o direito de modo a abrir caminho para um *novo senso comum jurídico*. O conhecimento científico moderno constituiu-se, como é sabido, contra o conhecimento do senso comum. Hoje, em fim de século, começamos a vislumbrar uma concepção alternativa de ciência. Por ter tratado deste tema noutro lugar não me debruço sobre ele neste momento (Santos, 1978b). Direi apenas que, do meu ponto de vista, a ciência pós-moderna tem, de um lado, de estar suficientemente longe do senso comum existente para o poder criticar e eventualmente recusar, mas, por outro lado, tem de estar suficientemente próxima dele para manter presente que o único objectivo legítimo da ciência é a constituição de um novo senso comum.

A cartografia simbólica do direito aqui traçada é uma das vias possíveis de acesso a uma ciência pós-moderna. Correspondentemente, a concepção de direito que veicula é ela também pós-moderna. Ao longo da exposição, fui apresentando alguns dos componentes básicos desta concepção. O primeiro e talvez mais importante é o conceito de *pluralismo jurídico*. Não se trata do pluralismo jurídico estudado e teorizado pela antropologia jurídica, ou seja, da coexistência, no mesmo espaço geopolítico, de duas ou mais ordens jurídicas autónomas e geograficamente segregadas. Trata-se, outrossim, da sobreposição, articulação e interpenetração de vários espaços jurídicos misturados, tanto nas nossas atitudes, como nos nossos comportamentos, quer em momentos de crise ou de transformação qualitativa nas trajectórias pessoais e sociais, quer na rotina morna do quotidiano sem história. Vivemos num tempo de porosidades e, portanto, também de porosidade ética e jurídica, de um direito poroso constituído por múltiplas redes de ordens jurídicas que nos forçam a constantes transições e transgressões. A vida sócio-jurídica do fim do século é constituída pela intersecção de diferentes linhas de fronteiras e o respeito de umas implica necessariamente a violação de outras. Somos, pois, transgressores compulsivos, o outro lado da liberdade multiplicada por si própria segundo o ideário da modernidade.

A intersecção de fronteiras éticas e jurídicas conduz-nos ao segundo conceito-chave de uma visão pós-moderna do direito, o conceito de *interlegalidade*. A interlegalidade é a dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico. Trata-se de um processo altamente dinâmico porque os diferentes espaços jurídicos não são sincrónicos e por isso também as misturas de códigos de escala, de projecção ou de simbolização são sempre desiguais e instáveis. A mistura de códigos é visível em todos os processos sociais que investiguei. É também visível no modo como o direito mundial emergente, a que fiz referência, se apropria dos vernáculos jurídicos locais ou tradicionais. Penso ter demonstrado que esse direito, enquanto juridicidade de pequena escala, mistura uma visão telescópica da realidade com uma re-

tórica moralista típica da juridicidade local e de grande escala. Ao mesmo tempo que amplia o espaço jurídico até à escala planetária, cria particularismos e personalismos que ecoam os privilégios de *status* medievais ligados às diferentes *professiones juris*.

A mistura de códigos de representação e de simbolização é ainda visível nas imagens do direito na cultura de massas. Em estudo recente sobre este tópico em que analisa muitas das séries de televisão americana, algumas das quais já passadas nos nossos écrans, Stewart Macaulay mostra que os meios de comunicação de massa e sobretudo a televisão promovem uma visão inconsciente e fragmentada do direito, com mensagens sobrepostas e contraditórias, feitas de regras e de contra-regras que incitam tanto à obediência, como à desobediência, tanto à acção legal como à acção ilegal (1987:185).

Os conceitos de pluralismo jurídico e de interlegalidade aqui apresentados apontam para objectos teóricos cuja investigação empírica requer instrumentos analíticos complexos. Os que aqui desenhei mostram que a fragmentação da realidade e da legalidade pressuposta por aqueles conceitos não é caótica. É uma construção social segundo as regras da escala, da projecção e da simbolização. Aliás, num universo ético e jurídico policêntrico, como o aqui defendido, é importante reconhecer que o direito estatal continua a ser, no imaginário social, um direito central, um direito cuja centralidade, apesar de crescentemente abalada, é ainda um factor político decisivo. Tal centralidade é, de resto, reproduzida por múltiplos mecanismos de aculturação e socialização. Tal como existe um cânone literário que define o que é literatura e o que não é, existe também um cânone jurídico que define o que é direito e o que não é. Porque é socializado nos tipos de escala, de projecção e de simbolização característicos do direito nacional estatal, o cidadão comum tende a não reconhecer como jurídicas as ordens normativas que usam escalas, projecções e simbolizações diferentes. Tais ordens estão aquém do patamar mínimo ou além do patamar máximo de cognição jurídica. Algumas (as várias formas de direito local) estão demasiado próximas da vida quotidiana para parecerem direito, enquanto outras (as várias formas de direito mundial) estão demasiado longe. A crítica destas percepções sociais e dos processos de inculcação em que assentam é feita pelos conceitos de pluralismo jurídico e de interlegalidade. A alternativa que a cartografia simbólica do direito oferece está resumida no conceito de novo senso comum jurídico acima mencionado.

Ao contrário do senso comum jurídico hoje dominante, o novo senso comum parte de uma concepção de direito autónoma da que é reproduzida pelas profissões e instituições jurídicas do Estado moderno e que está na base da ideologia jurídica dominante. Ao questionar esta ideologia enquanto forma de auto-conhecimento que legitima e naturaliza o poder social dos profissionais e das classes sociais que eles servem com maior ou menor autonomia relativa, o nosso senso comum jurídico é um conhecimento vulgar mas crítico. Trivializar e vulgarizar o direito implica, necessariamente, numa fase de transição ideológica, questionar e criticar o poder social dos que insistem na sacralização, ritualização e profissionalização do direito.

Disse acima que mereceria a pena testar as virtualidades teóricas e analíticas da cartografia simbólica no estudo de outras representações sociais para além do direito. Penso que merecerá particularmente a pena no caso das representações sociais que têm um conteúdo normativo explícito cuja re-

produção alargada é assegurada por organizações formais servidas por conhecimentos e práticas profissionalizados. Assim será o caso da religião e da educação, mas, em verdade, de todas as demais práticas e representações sociais cristalizadas em instituições formais, profissionalizadas, das forças armadas ao movimento sindical, do desporto à segurança social.[21]

As virtualidades da cartografia simbólica, ou seja, de uma abordagem assente no estudo das escalas, das projecções e das simbolizações, são fundamentalmente três. Em primeiro lugar, é um modo de pensar e analisar as práticas institucionais dominantes sem depender das formas de auto-conhecimento produzidas pelos quadros profissionais que as servem. Esta dependência tem sido um dos obstáculos epistemológicos mais persistentes à construção do pensamento sociológico.

Talvez para superar, sem êxito, em meu entender, este obstáculo, a sociologia refugiou-se no exterior das representações sociais institucionalizadas pela sociedade moderna e dedicou-se ao estudo do seu impacto social, quer para estabelecer a sua positividade, como no caso do funcionalismo, quer para estabelecer a sua negatividade, como no caso do marxismo. O estudo do impacto social, ou seja, do que está a juzante das instituições, foi complementado pelo estudo do que está a montante das instituições, ou seja, o estudo dos interesses sociais ou grupais, quer para estabelecer a universalidade dos interesses, como no caso do funcionalismo, quer para estabelecer a sua natureza classista, como no caso do marxismo. Este processo, que monopolizou o que de melhor se produziu na sociologia durante muitos anos, fez esquecer que entre os interesses e os impactos estavam as coisas instituídas, a sua materialidade própria, as suas formas de auto-organização onde se geram resistências e efeitos perversos, neutralizações e bloqueamentos, autonomia e criatividade. A atenção a esta materialidade e às regras específicas da sua eficácia constitui a segunda virtualidade da abordagem aqui proposta. As regras da escala, da projecção e da simbolização são procedimentos que, sem serem neutros, têm uma dimensão técnica própria que preside às mediações e até às rupturas entre interesses e instituições, entre estas e o seu impacto. A abordagem cartográfica parte do postulado de que os interesses grupais ou de classe fazem acontecer tudo, mas não explicam nada. E isto porque a explicação nunca explica o que acontece, mas, antes, o como acontece, ou, por outras palavras, porque "o quê" do acontecer só é susceptível de explicação enquanto "como" do acontecer. As regras da escala, da projecção e da simbolização dirigem-se ao "como" do acontecer enquanto via única de acesso ao "quê" do acontecer. Uma abordagem deste tipo, atenta à mecânica terrestre das coisas, pode ser acusada de formalismo analítico. Julgo, no entanto, que o nosso século tem sido demasiadamente polarizado pela oposição formal/informal, tanto na acção social, como na análise científica, tanto na arte, como na literatura.[22] Agora, que nos

21. Cfr. notas 14 e 16 para algumas sugestões sobre a aplicação ampliada da cartografia simbólica.

22. Sobre esta polarização do formal e do informal, cfr., entre outros, Umberto Cerroni (1986). Cfr. também a importante análise do informalismo no direito de P. Fitzpatrick (1988). O maior ou menor formalismo de uma dada representação social depende de muitos factores, entre eles a estrutura e a função da organização social que a suporta, o nível de profissionalização dos produtores da representação, o tipo e o grau de conhecimento que o público deve possuir para que a representação social seja eficaz, os limites éticos do

aproximamos do fim do século, é tempo de vermos o formal no informal e o informal no formal e não assumir posições dogmáticas a respeito da positividade ou negatividade de qualquer deles.

Em terceiro lugar e finalmente, as virtualidades de uma abordagem centrada em escalas, projecções e simbolizações, residem na combinação entre a análise estrutural e a análise fenomenológica. O divórcio entre estes dois tipos de análise constitui um dos calcanhares de Aquiles da sociologia moderna. Começamos por desacreditar dos indivíduos e do sentido que conferiam à sua vida e à vida dos outros. Durkheim ensinou-nos que a consciência individual era um cálice demasiado pequeno para nele caber o néctar do conhecimento científico. Em tempos mais recentes, aventuramo-nos no interior do cálice e a descoberta da subjectividade, da interacção simbólica e da criação interpessoal de sentido, fez-nos imaginar a nadar no mar alto da intersubjectividade, esquecidos de que as ondas alterosas não transbordavam dos cálices em que tínhamos mergulhado. Hoje é tão necessário saber imaginar o mar nos cálices, como saber imaginar os cálices no mar. Os mapas são talvez o objecto cujo desenho está mais estritamente vinculado ao uso que se lhes quer destinar. Por isso, as regras da escala, da projecção e da simbolização são os modos de estruturar no espaço desenhado uma resposta adequada à nossa subjectividade, à intenção prática com que dialogamos com o mapa. Assim, os mapas são um campo estruturado de intencionalidades, uma língua franca que permite a conversa sempre inacabada entre a representação do que somos e a orientação que buscamos. A incompletude estruturada dos mapas é a condição da criatividade com que nos movimentamos entre os seus pontos fixos. De nada valeria desenhar mapas se não houvesse viajantes para os percorrer.

conteúdo representado, as considerações orçamentais,etc., Cfr. H. Becker, 198: sobretudo 121 e ss.

8. Referências bibliográficas

ABEL, Richard, 1980, "Redirecting Social Studies of Law", *Law and Society Review*, 14, 826.

AUERBACH, Erich, 1968, *Mimesis. The Representation of Reality in Western Literature*, Princeton, Princeton Univ. Press.

BECKER, Howard, 1986, *Doing Things Together*, Evanston, III., Northwestern Univ. Press.

BERGER, John, 1987, "Loving a Cold Climate", *The Guardian*, 4-12-1987, 13.

BOGGA, S. W., 1947, "Cartohypnosis", *Scientific Monthly*, 64, 469.

BORGES, Jorge Luis, 1974, *Obras completas*, Buenos Aires, Emecé.

CARON, R., 1980, "Les Choix de Cartographe", in *Cartes et Figures de Terre*, Paris, Centro Georges Pompidou, 9.

CARROL, Lewis, 1978, *Complete Works*, Londres, 757.

CERRONI, Umberto, 1987, "Formale e Informale", *Scienzasocietá*, 23-24, 3.

FARJAT, G., 1982, "Réflexions sur les codes de condulte prives", in P. Fouchard (org.), *Le Droit des Relations Economiques Internationales*, Paris.

FITZPATRICK, Peter, 1983, "Law, Plurality and Underdevelopment", in D. Sugarman (org.), *Legality, Ideology and the state*, Londres, Academic Press.

FITZPATRICK, Peter, 1988, "The Rise and Rise of informalism", in R. Mattews (org.) *Reconstructing Criminal Justice*, no prelo.

GEERTZ, Clifford, 1983, *Local Knowledge*, Nova Iorque, Basic Books.

GOLDMAN, Bertold, 1964, "Frontières du droit et *lex mercatoria*", *Archives de Philosophie du Droit*, IX, 180.

GRIFFITHS, John, 1987, "What is Legal Pluralism", *Journal of Legal Pluralism*, no prelo.

HENRIKSON, A. 1975, "The Map as an 'Idea': The Role of Cartographic Imagery during the Second World War", *The American Cartographer*, 2, 19.

HENRIKSON, A., 1980, "America's Changing Place in the World; from 'Peripher to 'Centre'?", in J. Gottmann (org.), *Centre and Periphery: Spatial Variation in Politics,* Beverly Hills, Sagu, 73.

HODGKISS, A. G., 1981, *Understanding Maps. A Systematic History of their Use and Development,* Folkustona, Dawson.

JAMESON, Fredric, 1984, "Postmodernism, or the Cultural Logic of Late Capitalism", *New Left Review,* 146, 53.

JERVIS, W. W., 1936, *The World in Maps. A Study of Map Evolution,* Londres, George Philip.

KAHN, P., 1982, "Droit International économique, droit du développement, *lex mercatoria:* concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?", in P. Fouchard (org.), *Le Droit des Relations Economiques Internationales,* cit., 97.

KEATES, J. S., 1982, *Understanding Maps,* Londres, Longman.

KONVITZ, Joseph, 1980, "Remplir la Carte", in *Cartes et Figures de la Terre,* cit., 314.

LACOSTE, Yves, 1976, *La Gèographie ça sert d'abord à faire la guerre,* Paris, Maspero.

LACOSTE, Yves, 1980, "Les objets geographiques", in *Cartes et Figures de la Terre,* cit. 17.

MACAULAY, Stewart, 1987, "Images of Law in Everday Life: The Lessons of School, Entertainment and Spectator Sports", *Law and Society Review,* 21.

MAINE, Henri S., 1912, *Ancient Law,* Londres, John Murray.

MARQUES, M. Manuel, 1986, "Regulação das Relações entre Empresas: O Caso da Subcontratação", in *Estudos Económicos e Jurídicos,* Lisboa, Imprensa Nacional, 247.

MARQUES, M. Manuel, 1987, "A Empresa, o Espaço e o Direito", *Revista Crítica de Ciências Sociais,* 22, 69.

MILLER, G. A. et al., 1972, "Plans", in J. P. Spradley (org.), *Culture and Cognition: Rules, Maps and Plans,* San Francisco. Chandler, 52.

MONMONIER, Mark, 1981, *Maps. Distortion and Meaning,* Washington, Association of American Geographers.

MUEHRCKE, P. C. 1986, *Map Use,* 2ª edição, Madison, WI., JPPublications.

MURACCIOLE, D., 1980, "Le rond et le plat", in *Cartes et Figures de la Terre,* cit., 35.

NELKEN, David, 1986, "Beyond the Study of 'Law and Society'? Henry's *Private Justice and O'Hagan's The End of Law", American Bar Foundation Reserarch Journal.*

PERELMAN, Chaim, 1971, *The New Rhetoric: A Treatise in Argumentation,* Notre Dame, Univ. of Notre Dame Press.

POSPISIL, L., 1971, *Anthropology of Law: A Comparative Theory,* Nova Iorque, Harper and Row.

QUARN, L., 1943, "The Use of Maps in Propaganda", *Journal of Geography,* 42, 21.

RACINE, J. B. *et al.*, 1982, "Escala e Acção. Contribuições para uma intepretação do mecanismo de Escala na Prática da Geografia", *Revista Brasileira de Geografia,* 45.

RIVIÈRE, J. L., 1980, "Cartes Polémiques", in *Cartes et Figures de la Terre,* cit. 351.

ROBISON, A; PETCHNIK, B., 1976, *The Nature of Maps: Essays Toward Understanding, Maps and Mapping,* Chicago, Univ. of Chicago Press.

SANTOS, Boaventura de S., 1977, "The Law of the Oppressed: The construction and Reproduction of Legality in Pasagarda", *Law and Society Review,* 12, 5.

SANTOS, Boaventura de S., 1979, "Popular Justice, Dual Power and Socialist Strategy, in B. Fine *et al.* (orgs.), *Capitalism and the Rule of Law,* Londres, Hutchinson, 151.

SANTOS, Boaventura de S., 1982a, "Law and Revolution in Portugal: The Experiences of Popular Justice after the 25th of April 1974", in R. Abel (org.), *Politics of informal Justice,* vol. 2, Nova Iorque, Academic Press, 251.

SANTOS, Boaventura de S., 1982b, "Law, State and Urban Struggles in Recife, Brazil", *University of Wisconsin — Madison Law School Working; Paper.*

SANTOS, Boaventura de S., 1983, "Os Conflitos Urbanos no Recife. O Caso da Sky ab", *Revista Crítica de Ciências Sociais, 11, 9.*

SANTOS, Boaventura de S., 1984, *A Justiça Popular em Cabo Verde,* Coimbra, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia.

SANTOS, Boaventura de S., 1985a, "A Crise do Estado e a Aliança Povo/MFA em 1974-75", in *25 de Abril — 10 Anos*

Depois, Lisboa, Associação 25 de Abril, 45.

SANTOS, Boaventura de S., 1985b, "On Modes of Production of Law and Social Power", *International Journal of the Sociology of Law*, 13, 299.

SANTOS, Boaventura de S., 1986, "Introdução", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 21.

SANTOS, Boaventura de S., 1987a, "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, 14; 279.

SANTOS, Boaventura de S., 1987b, *Um Discurso sobre as Ciências*, Porto, Afrontamento.

SHARKEY, M., 1984, "Cartography in Advertising", *The Cartographica Journal*, 22, 148.

SNYDER, Francis, 1981, "Anthropology, Dispute Processes and Law: A Critical Introduction", *British Journal of Law and Society*, 8.

SPEIER, H, 1941, "Mac Geography", *Social Research*, 8, 310.

WANT, F., 1980, "Le désir d'espace", in *Cartes et Figures de la Terre*, cit., 42.

WALLACE, C. D., 1982, *Legal Control of the Multinational Enterprise*, Haia, Martinus Nijhoff.

WEBER, Max, 1978, *Economy and Society*, Berkeley, Univ. of California Press.

WOODWARD, D., 1985, "Reality, Symbolism. Time and Space in Medieval World Maps", *Annais of the Association of American Geographers*, 75, 510.

8 — SOCIOLOGIA JURÍDICA

SOBRE HOMENS E CRIMES: CONSTRUINDO UM DIALÓGO TENSO ENTRE MARX, DURKHEIM E FOUCAULT

FLÁVIA INÊS SCHILLING*

Resumo — 1. Os Homens Médios — 2. A função do crime e do criminoso na manutenção da ordem social segundo Durkheim e Foucault — 3. Comentários finais — Bibliografia

Resumo:

Neste texto recupero as reflexões de Marx, Durkheim e Foucault sobre a construção dos homens "necessários", dos homens "médios", enquanto momento fundamental na constituição de uma dada ordem social; este é o ponto de partida para a discussão sobre o papel do crime e do criminoso na visão de Durkheim, que aparece encaixada na discussão sobre o normal e o patológico. Foucault, partindo de uma crítica profunda aos modos de pensar tradicionais, dialoga neste tema com Durkheim sugerindo coincidências que não devem ocultar os signos opostos, as divergências profundas, inícios e objetivos completamente distintos. Voltamos, no final desta apresentação ao ponto de partida apresentado, verificando mais do que rupturas, táticas gerais de sujeição que garantiriam a coesão social.

Sobre Homens e Crimes

1. Os homens médios

A la solenidad de origen es necesário oponer, siguiendo un buen método histórico, la pequeñez meticulosa e inconfesable de esas fabricaciones e invenciones. (Foucault, 1980:22).

Dado que vivemos sob o signo da incerteza, do risco e das crises, como não supor a necessidade da construção de regularidades que nos contenham e assegurem?

Uma destas regularidades necessárias são os homens.

Marx discute centralmente esta questão no texto que analisa a chamada acumulação original ou primitiva do capital.[1] Marca a presença fundamental da violência, as flutuações e ambigüidades do papel do Estado e do papel das Leis neste momento inicial do capitalismo. Porém, como o tomar acaba muito depressa e depois é preciso começar a produzir, retrata um segundo momento neste movimento de acumulação, um momento de certa forma mais preciso de articulação entre a violência, as Leis e o Estado, pois o novo sistema que se configura carece de trabalhadores que tenham a disciplina necessária para o trabalho assalariado.[2] Trata-se da transformação dos homens de produtores em

* Mestre Fac. Educação Unicamp/SP — Doutoranda Depto. Sociologia/FFLCH/USP.

1. Marx, Karl. (1983) "A chamada acumulação original". Cap. XXIV do livro *O Capital*.

2. Idem, p. 130.

operários assalariados, em proletários *vogelfrei*.[3] Marx usa esta palavra que possui um duplo sentido muito interessante e que é bom lembrar: *vogelfrei* significa simultaneamente fora da lei e livre como um pássaro.

Neste segundo momento, de articulação estreita entre a violência, o Estado e as Leis, investe-se na construção deste novo e fundamental sujeito. Marx comenta que: *os pais da classe operária atual foram, antes do mais, castigados, pela transformação a que foram sujeitos, em vagabundos e pobres.* (Marx, 1983:126) A lei os tratou como criminosos voluntários e *pressupunha que dependia da boa vontade deles que continuassem a trabalhar nas velhas condições que já não existiam mais.* (Idem, 126).

Sobre essas populações expulsas do campo, que já não contavam com as velhas condições de produção, foram aplicadas leis qualificadas por Marx como *grotesco-terroristas*. Estas leis visavam à fixação desses homens e mulheres às novas condições e às novas formas do trabalho.

Marx aponta, desta forma, para vários fatores atuando na transformação dos produtores em proletários: a violência física, a violência das leis, a existência de uma sobrepopulação relativa e a compulsão surda das relações econômicas. Menciona, também, a existência de uma legislação paralela existente nas fábricas: *o capitalista regia a fábrica por uma legislação privada sua.* (Marx, 1983:134).

Já não servem os antigos ritmos e formas de trabalho. Como transformar estes "pobres ociosos" em "pobres laboriosos", como transformar esses proletários *vogelfrei* — pobres fora da lei em livres como pássaros, que percorrem os campos, as cidades, em busca de lugares onde serão melhor remunerados e terão outras chances de sobrevivência, que não estão atados a vínculos de lealdade e pertencimento — como transformá-los em operários disciplinados que acreditem que *as leis do comércio são as leis da natureza e por conseguinte as leis de Deus...*? (Marx, 1983: 134).

"Não é suficiente que as condições de trabalho se coloquem, num pólo, como capital, e, no outro pólo, como homens que não têm nada que vender a não ser sua força de trabalho. Também não é suficiente forçá-los a venderem-se de livre vontade. No decurso da produção capitalista *desenvolve-se uma classe operária que, por educação, tradição, hábito, admite as exigências daquele modo de produção como evidentes leis da natureza.*" (Marx, 1983: 130).[4]

Como acontece este desenvolvimento, como surge essa classe operária que admite as exigências do modo de produção capitalista enquanto naturais? Vimos: a violência, a violência das leis, a compulsão das relações econômicas, a educação, a lei privada dentro das fábricas. É este um processo fácil? Marx responde:

"*Tantae molis erat* (tão difícil era) *destacar as 'leis naturais eternas' do modo de produção capitalista*, completar o processo de separação entre operários e condições de trabalho, transformar, num pólo, os meios de vida e de produção em capital, e, no pólo oposto, a *massa do povo em operários assalariados, livres, esse produto artificial da história moderna.*" (Marx, 1983: 154)[5]

Foucault repete o movimento de Marx.

O contexto que descreve, especialmente em seus textos *La verdad y las formas jurídicas* (1980) e em *Vigiar e Punir* (1984) é, em grandes linhas, o mesmo apresentado por Marx: um gran-

3. Idem, p. 107

4. Grifo é nosso.

5. Grifo é nosso.

de movimento de transformações sociais, revoluções, explosão demográfica, novas formas de acumulação de riqueza, urbanização crescente e vertiginosa.

A violência direta, física, ou a violência das leis é também observada, mas o que Foucault prioriza, em sua análise, são os novos mecanismos de controle da população, um poder mais insidioso, envolvente, *más blando y rico*. (Foucault, 1980: 129)

"Nossa sociedade não é de espetáculos, mas de vigilância; sob a superfície das imagens, investem-se os corpos em profundidade; *atrás da grande abstração da troca, se processa o treinamento minucioso e concreto das funções úteis*... a totalidade do indivíduo não é amputada, reprimida, alterada por nossa ordem social, *mas o indivíduo é cuidadosamente fabricado, segundo uma tática das forças e dos corpos*. (Foucault, 1984: 190)[6]

Trata-se de um ponto central: a construção desse produto artificial da história moderna, respondendo desta forma, ou continuando, a pergunta que Marx se coloca nos textos apresentados. Trata-se do grande tema, central em Foucault, da constituição dos sujeitos, dos modos de objetivação dos sujeitos. Vemos Foucault confirmando textualmente Marx quando observa que: *"na verdade os dois processos, acumulação de homens e acumulação de capital não podem ser separados."* (Foucault, 1984: 194). Estes processos não se deduzem linearmente, não estão em relação de determinação: apoiam-se indissoluvelmente.

Marx assinala que, ao lado das leis, da violência, da atuação do estado, o capitalista regia a fábrica por uma legislação privada sua (Marx, 1980: 134) e é nesse domínio que Foucault centrará a atenção neste momento de sua obra, mostrando a convivência entre as leis e as normas, entre a simetria, a igualdade formal e a assimetria e a desigualdade real, trabalhando o papel das disciplinas na construção da nova ordem social. As disciplinas têm o papel preciso de introduzir assimetrias insuperáveis e de excluir reciprocidades (Foucault, 1984: 195). As disciplinas criam um laço privado completamente diferente das obrigações contratuais. Trata-se de uma "mais-poder" disfarçado de moral.

Esta legislação privada que rege a fábrica (além de todos os outros elementos já levantados) visa a fabricação do operário disciplinado, marcando o momento que Foucault caracterizou como sendo de "troca do eixo político da individualização." (Foucault, 1984: 171). A partir de então, a individualização passa a ser descendente, visando o bom adestramento, a máxima utilidade.

"As disciplinas substituem o velho princípio "retirada-violência" — característico ainda do primeiro momento da acumulação original do capitalismo segundo Marx — *"que regia a economia do poder, pelo princípio "suavidade-produção-lucro"*... (as disciplinas) *"devem ser tomadas como técnicas, que permitem ajustar, seguindo este princípio, a multiplicidade dos homens e a multiplicação dos aparelhos de produção"* (Foucault, 1984: 192).

A gestão das multiplicidades (e, portanto, das incertezas) passa por organizar, classificar, examinar e ordenar; separar o que era uno, o que estava misturado, que aparecia como opaco. Não será mais possível suportar que a expressão proletários *vogelfrei* continue circulando: serão os proletários ou *vogelfrei*. A palavra *vogelfrei* também deverá ser decomposta. Livre, trabalhador livre, livre no mercado para vender a sua força de trabalho, dentro das novas leis, eliminando o sentido complementar de "fora da lei", o que gerará

6. Grifo é nosso.

a construção de uma nova figura, a do delinqüente.

Passamos de Marx e de Foucault para Durkheim.

Quando propomos um diálogo entre Marx e Foucault em torno do tema da construção desse produto artificial da história moderna, o operário disciplinado, foi sabendo das distâncias entre ambos, foi sabendo da crítica foucaultiana ao marxismo. Justifico-me seguindo o próprio Foucault quando propõe *la mise en série des discours* não para produzir uma verdade definitiva, mas para oferecer "peças", "pedaços", verdades modestas, novas percepções, possibilidades de pensar diferentemente, de unir o que parecia separado, de separar o que aparecia como naturalmente unido (Ewald, 1975: 1.235).

Se concordamos em verificar que Foucault cita Marx sem "colocar aspas", segue algumas de suas análises, por hora ampliando-as, por hora colocando-as ao contrário, trabalhando, em outros momentos, em suas brechas, o que dizer da relação entre Foucault e Durkheim? Relação talvez ainda mais tensa, talvez porque mais próxima. Se é verdade que é impossível fazer história atualmente (e economia, e sociologia, e direito) sem usar uma seqüência infindável de conceitos ligados direta ou indiretamente aos pensamentos de Marx, é possível pensar a sociedade sem usar uma seqüência também infindável de conceitos ligados direta ou indiretamente a Durkheim?

Foucault trabalha grandes temas também trabalhados por Durkheim. Poderíamos imaginar Foucault como o grande comentarista de Durkheim, o seu grande crítico, invertendo os signos durkheimnianos, inserindo-o com toda a sua relevância na história das disciplinas.

Colocaremos, portanto, novamente a nossa pergunta inicial, tentando perceber como vê Durkheim esse produto artificial da história moderna, o operário disciplinado, como vê esse treinamento minucioso das forças úteis.

Este produto será chamado por Durkheim de "homem médio":

"O homem médio é eminentemente plástico; pode ser utilizado com igual proveito em funções muito diversas... é a sociedade que, para poder manter-se, tem necessidade de dividir o trabalho entre seus membros, e de dividi-los de certo e determinado modo. Eis porque já prepara, por suas próprias mãos, os trabalhadores especiais de que necessita (Durkheim, 1972: 77)".

O homem médio é o homem de que a sociedade carece, é uma criação da sociedade. Para que esta se mantenha e se perpetue, faz-se necessária a gestão precisa dessas multiplicidades humanas. Este é o grande desafio visto por Durkheim e que justifica a ênfase que coloca na educação e na escola. A escola deve assegurar a homogeneidade necessária para a perpetuação da sociedade onde se insere (a base "una", a moral) e a heterogeneidade requerida pela sociedade pela divisão social do trabalho. Simetria e assimetria indissolúveis que conformam o funcionamento social.

"A sociedade não poderia existir sem que houvesse em seus membros certa homogeneidade: a educação a perpetua e a reforça fixando de antemão na alma da criança certas similitudes essenciais reclamadas pela vida coletiva... Por outro lado, a educação assegura a persistência dessa diversidade necessária diferenciando-se, ela própria, e permitindo especializações" (Durkheim, 1972: 41).

O ponto de aplicação é a alma, a alma das crianças, que deve ser modelada de forma contínua e regular. Todos os detalhes deverão ser vistos (lembremos que a disciplina é a anatomia política de detalhe): *o aspecto final do espírito e do caráter depende desta infinidade de pequenos fatos insensíveis*

ocorrentes a cada instante sem que lhes demos atenção" (Durkheim, 1972: 53)

Se a sociologia ajudará a educação a traçar os seus fins, *"posto que tanto mais conheçamos a sociedade, tanto melhor chegaremos a perceber o que se passa nesse microcosmo social que é a escola"* (Idem: 88), a psicologia servirá de base para descobrir o método que permitirá chegar à alma da criança. Torna-se necessário constituir um saber sobre essa criança, um saber científico, estatístico, que permitirá reconhecer as regularidades e as exceções, os desvios e as normalidades.

Vejamos o comentário foucaultiano a respeito: *num sistema de disciplina, a criança é mais individualizada que o adulto, o doente o é antes do homem são, o louco e o delinqüente mais que o normal e o não-delinqüente... e quando se quer individualizar o adulto são, normal e legalista, agora é sempre perguntando-lhe o que ainda há nele de criança, que loucura secreta o habita, que crime fundamental ele quis cometer.* (Foucault, 1984: 171-172)

Retomando Durkheim, em seus trabalhos sobre a educação, a educação moral, a divisão social do trabalho, a diferença entre o normal e o patológico, vemos claramente este esforço de constituição das disciplinas, da individualização descendente, da construção de almas adequadas à manutenção de uma dada sociedade. Regularidades construídas, necessárias.

2. A função do crime e do criminoso na manutenção da ordem social segundo Durkheim e Foucault

O ponto de partida para esta apresentação da função social do crime na construção que já discutimos do homem disciplinado, do homem médio, do produto artificial da história moderna, na gestão, enfim, das multiplicidades, será dado por Durkheim, através de uma citação surpreendente:

Por seu lado, o crime deve deixar de ser concebido como um mal que nunca é demais limitar; pelo contrário, em vez de felicitarmos quando desce demasiado em relação ao nível habitual, podemos estar certos de que este progresso aparente é ao mesmo tempo enunciador e corolário de qualquer perturbação social. (Durkheim, 1983: 122)

Para começar a entender o contexto e o significado desta afirmação, voltaremos um pouco no que discutimos anteriormente.

Se concordamos com a descrição de Marx sobre o momento da acumulação primitiva do capital, vemos que, nesse primeiro momento do capitalismo, criminalidade e pobreza encontram-se misturadas de uma forma peculiar. Lembramos a citação de Marx sobre os "pais da classe operária", sobre as leis "grotesco-terroristas" (as leis dos pobres) de então. Também hoje pobreza e criminalidade se entrelaçam, também de uma forma peculiar, através de outras construções. Este novo entrelaçamento, que corresponde à peculiaridade desta relação na modernidade, aparece quando surge o medo urbano e se desenvolvem técnicas de gestão dos novos perigos: estes novos perigos se apresentam sob a forma de ilegalidades populares que podem ligar-se a movimentos sociais e políticos. Estamos falando do século XIX, século de revoluções, de pós-revoluções, de promessas de futuras revoluções. A manutenção da ordem social aparece como a grande preocupação dos primeiros cientistas sociais, dos reformadores, dos filantropos: urgem as separações, as distinções para otimizar a contenção desta criminalidade difusa. Segundo Foucault, vemos que existe um movimento global que faz derivar a ilegalidade do ataque aos corpos para o desvio mais ou menos direto dos bens (devido às novas formas

de acumulação das riquezas, da circulação destas riquezas, a proximidade destas riquezas das populações urbanas); um desvio de uma criminalidade de massa para uma criminalidade "das bordas e margens", reservada aos profissionais do crime. (Foucault, 1984: 71).

Para Durkheim, a indistinção, a diluição é fator de perigo social, de perturbação social. Como poderíamos entender a diminuição do nível do crime, significando perigo, contrariando desta forma todas as percepções do senso comum? Qual seria a ameaça da diminuição do nível de crimes? Talvez refletisse o surgimento de novas alianças, novos arranjos, uma nova relação entre ilegalidades/criminalidade?

Durkheim contextualiza esta discussão da utilidade/normalidade do crime dentro da distinção que propõe entre o normal e o patológico. Esta distinção é básica para a construção das regularidades.

O homem médio, ao reunir em si as características mais freqüentes da espécie, poderia ser assimilado ao homem normal. Este tipo genérico, normal, pode ser conhecido cientificamente, constitui *matéria imediata da ciência.* (Durkheim, 1983: 114) Ao propor regras para estabelecer a distinção entre o normal e o patológico, Durkheim visa subsidiar e esclarecer a prática. Na consideração da normalidade de um fato deveremos levar em consideração a sua generalidade e esta generalidade deverá ser relativizada através da observação de sua vinculação (ou não) com as condições de existência da espécie considerada. Um fato deverá ser considerado útil em relação a um tipo normal para poder ser considerado como normal, mesmo tendo em vista que o conceito de utilidade é de uma amplitude maior do que o de normalidade: *se é verdade que tudo o que é normal é útil, é falso que tudo o que é útil é normal.* (Durkheim, 1983: 118)

Lembremos Foucault, grande crítico de Durkheim, e grande crítico da modernidade: *o normal tomou o lugar do ancestral, e a medida o lugar do status, substituindo assim a individualidade do homem memorável pela do homem calculável.* (Foucault, 1984: 172)

Durkheim prossegue com seu raciocínio, considerando a normalidade em sua relação com a generalidade e a ligação com as condições de existência de uma população:

Não há, portanto, um fenômeno que apresente de maneira tão irrefutável como a criminalidade todos os sintomas da normalidade, dado que surge como estreitamente ligada às condições da vida coletiva. (Durkheim, 1983: 119).

Esta observação esclareceria de maneira mais precisa a primeira citada no início da nossa discussão, sobre a relação entre a criminalidade e perturbação social. A diminuição do crime implicaria na existência de uma modificação das condições da vida coletiva. (E, para Durkheim, toda modificação é sempre indesejável e perigosa?)

Classificar crime como um fenômeno da sociologia normal... é afirmar que é um fator de saúde pública, que é parte integrante de qualquer sociedade sã. (Durkheim, 1983: 119)

Neste mesmo texto, Durkheim afirma que é claro que odeia o crime enquanto tal, mas que *é preciso renunciar ao hábito... que consiste em avaliar uma instituição, uma prática, uma máxima social ou moral, como se fossem boas ou más por natureza e em si próprias, indistintamente para todos os tipos sociais.* (Durkheim, 1983: 115)

Estas afirmações começam a constituir-se plenamente de sentido quando Durkheim define o crime como sendo um ato que ofende sentimentos coletivos dotados de uma energia e de uma clareza particulares. Não é o crime, é a cólera pública, despertada por este,

que reforça a vivacidade de sentimentos coletivos, mantendo intacta a coesão social. O crime, desta forma, desperta a noção de coletividade, de unanimidade.

Desta forma a utilidade do crime somente se completa na *relação crime/pena.*

Qual é a função da pena para Durkheim? *Ela não serve, ou serve muito secundariamente para corrigir o culpado ou para intimidar os seus imitadores possíveis... A sua verdadeira função está em manter intacta a coesão social, mantendo toda sua vitalidade à consciência comum.* (Durkheim, s/d: 128).

Portanto, voltando de certa forma ao nosso ponto de partida, podemos dizer que a utilidade da relação crime/pena, ao reforçar sentimentos coletivos e desta forma a coesão social, visa sobretudo o homem honesto, os homens médios, atuando como um grande e fundamental fator de educação moral.

Pode-se, portanto, dizer, sem paradoxo, que o castigo está sobretudo destinado a atuar sobre as pessoas honestas (Durkheim, s/d: 129). Vemos desta forma o criminoso tornar-se, para Durkheim, um agente regulador da vida social.

Porém, podemos dizer que Durkheim está falando da utilidade da relação crime/pena, da criminalidade e do criminoso em geral, ou está falando destes crimes, desta criminalidade, desta relação pena/crime em particular?

É nesta distinção que faremos a reintrodução da discussão foucaultiana sobre o mesmo tema.

Foucault trata, em *Vigiar e Punir*, da passagem das ilegalidades populares, com seus crimes específicos e seus criminosos peculiares, para um novo tipo de criminalidade — fechada —, a delinqüência. A delinqüência seria uma ilegalidade concentrada e diretamente útil. Suas vantagens: é passível de controle (localizar os indivíduos que farão carreira na delinqüência); é possível orientá-la para uma criminalidade concentrada e sem poder de atração para a população em geral; é "colonizável", podendo atuar como agente da ilegalidade de grupos dominantes (mostrando-se, desta forma, muito rentável).

A utilidade da criminalidade aparece voltada primordialmente para a gestão das ilegalidades difusas, da criminalidade não especializada e, portanto, perigosa, capaz de confundir-se com os anseios mais gerais da população. É dirigida, portanto, para a organização e para a regulação da vida social como um todo.

A relação ilegalidade/delinqüência apontada por Foucault é assim descrita:

Isolada e junto a elas, voltada para suas próprias organizações internas, fadada a uma criminalidade violenta cujas primeiras vítimas são muitas vezes as classes pobres... esse outro mundo, perigoso e hostil, bloqueia ou pelo menos mantém em um nível bastante baixo as práticas ilegais correntes, impede que elas resultem em formas mais amplas e manifestas, um pouco como se o efeito de exemplo que antigamente se exigia da ostentação dos suplícios fosse procurado... na existência visível, marcada, da própria delinqüência: ao se diferenciar das outras ilegalidades populares, a delinqüência pesa sobre elas. (Foucault, 1984: 245)

Novamente o criminoso aparece como agente regulador da vida social, pois a sua presença, localizada no corpo social, justifica a "quadriculagem geral" da população. Poderíamos supor que Foucault também retrabalhará a relação máxima da utilidade crime/pena, coincidindo de certa forma com o diagnóstico de Durkheim:

Deveríamos então supor que a prisão, e de uma forma geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprimir

as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão às leis numa tática geral das sujeições. (Foucault, 1984: 240)

A utilidade do crime completa-se na relação crime/pena. Também neste caso vemos que a pena dirige-se principalmente aos homens honestos (não aos que estão prontos para transgredir as leis), visando uma tática geral das sujeições, que, em definitiva, garantiria a coesão social.

3. Comentários finais

Chegamos, neste final, novamente ao início da discussão. Autores tão diferentes, grandes e imprescindíveis autores, nos guiaram na verificação do ponto central da constituição de uma dada ordem social: os homens necessários. Quando pensamos que a introdução da discussão sobre o crime e os criminosos nos levaria a um corte, a uma separação, vimos que isto não aconteceu. Procuramos rupturas e encontramos coesão, assimilação. Onde pensávamos encontrar o discurso da exceção, encontramos o discurso da normalidade e da generalidade. Mais do que margens (fronteiras) em movimento vertiginoso que jogariam ao espaço seus átomos discrepantes (marginais), vimos movimentos de integração destes átomos a um centro fechado. A análise da função social do crime e do criminoso (relacionada com a pena) na reprodução das sujeições ou no fortalecimento da coesão social, segundo a análise que priorizemos, mostrou coincidências entre os autores trabalhados. O alvo: os homens comuns, os homens médios, os homens disciplinados, esse produto artificial da história moderna.

Bibliografia citada

CALLIGARIS, Contardo. (1991) *Hello Brasil! Notas de um psicanalista europeu viajando ao Brasil*, São Paulo, Ed. Escuta.

DURKHEIM, Emile-David. (s.d.) *A Divisão do Trabalho Social*, Lisboa, Ed. Presença.

———. (s.d.) *Sociologia e Filosofia*. Rio de Janeiro, Ed. Forense-Universitária, 2.ª ed.

———. (1972) *Educação e Sociologia*. São Paulo, Ed. Melhoramentos, 8.ª ed.

———. (1972a) *La Educación Moral*. Buenos Aires, Shapire Editor.

———. (1975) *A Ciência Social e Ação*. Lisboa, Livraria Bertrand.

———. (1983) "As Regras do Método Sociológico". In *Os Pensadores*, São Paulo, Ed. Civita.

EWALD, François (1975) "Anatomie et Corps Politiques". In *Critique* 343 (Tables du Tomme XXXI), 1.228-1.276, Décembre, Paris.

FOUCAULT, Michel (1979) *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro, Ed. Graal.

———. (1980) *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Barcelona, Ed. Gedisa.

———. (1984) *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Ed. Vozes.

MARX, Karl (1983) "A Chamada Acumulação Original", cap. XXIV do livro "O Capital". *Obras Escolhidas Marx-Engels*, Lisboa-Moscou, Ed. Avante, Ed. Progresso.

HERANÇA DOS HERDEIROS: OS FILHOS DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS NO BRASIL[1]

LUCI GATI PIETROCOLLA[2]

É Creonice,[3] cujo companheiro desapareceu no Araguaia, quem explica a situação de seu filho, cujo pai é desaparecido:

"(...) *até os sete anos ele só tinha a referência do pai que eu dizia... não existia uma foto, não existia nada ... nada... absolutamente nada ... e ele me dizia: 'todo mundo tem pai, por que o meu não tá aqui? E eu onde nasci?' e eu dizia: 'seu pai morreu. Você nasceu na prisão'. E era sempre assim... aí eu comecei a contar mais detalhes: 'eu fui presa porque não gostava do governo. Seu pai morreu porque não gostava do governo'. E eu comecei a detalhar mais a história ... e ele sempre perguntava: 'onde eu nasci? Quedê meu pai?' ... e acho que ele teve alguns problemas... ... ele tem dislexia ... ele tem um afundamento... mas eu acho que, comparado com os outros, a vida dele foi mais fácil! Eu acho também que a questão da perda do pai foi uma coisa sem retorno...*

A partir dos sete anos ele conheceu a família do pai... aí ele viu fotos dele adulto, conheceu casos de quatro anos da vida do pai... e da família. Eu acho que pra ele foi muito importante... ele valorizou muito isso... eu acho que ele materializou um pouco esse pai... o pai era algo assim ... meio etéreo, e de repente a convivência com a família do pai... Eu acho que ele não tinha elementos nem pra idealizar... Esse pai era ... tinha nascido adulto, nascido guerrilheiro... Então ele não tinha passado pra construir ... ele passou a queixar a perda do pai com angústia, com muita angústia, tipo assim: 'mas eu nunca vou ver o meu pai? Eu nunca vou saber como ele era' ... porque ... faltava história, né?"

O depoimento expõe aspectos de uma história que não foi ainda bem contada. O desaparecimento de figuras políticas da nossa sociedade nos anos 60-70, perseguidos pelo Regime Militar instaurado em 1964, deixou mais marcas do que se relatou até os dias de hoje. O desaparecimento sumário de corpos expressou a força do Estado diante da oposição política. Força assumida e configurada pelo extermínio total do outro e pelo apagamento da seu rastro e de sua história.

Os familiares dos desaparecidos, contando atualmente com o apoio da sociedade, têm se organizado, pressionando o Estado por ajustes de contas. Eles continuam pedindo o corpo de seus mortos. As histórias estão aí. Não foram esquecidas. Há um movimento forte

1. Este artigo retoma algumas das questões abordadas em minha tese de dourado recém defendida no Departamento de Sociologia da FFLCH-/SP/SP: "Anos 60/70: O viver entre parênteses. A perseguição sobre famílias de revolucionários".

2. Prof. Dra. Assistente da FHDSS-UNESP-Campus de Franca.

3. Os entrevistados aparecem neste trabalho com nomes fictícios.

para recuperar aquela história mal contada não reconhecida pelos poderes políticos e pela história oficial do país. A imprensa têm trazido matéria sobre o assunto. A Comissão de Familiares de Desaparecidos, junto ao Ministro da Justiça, reivindica o reconhecimento oficial dos mortos pela expedição de atestados de óbito. À pressão nacional tem-se somado uma crescente pressão internacional.[4]

O relato de Creonice aponta alguns dos problemas vividos pelas famílias de desaparecidos políticos. No caso, a figura paterna foi construída pela mãe e pela família porque nada havia do guerrilheiro, a não ser passagens da militância... casos heróicos, histórias transmitidas oralmente. A história oficial encarregou-se de apagar a sua história. Nada de corpóreo, nenhuma foto para dar concretude às histórias fragmentadas. É Creonice falando: "*até os sete anos ele só tinha a referência do pai que eu dizia... não existia uma foto, não existia nada...*". Os detalhes da história familiar vão pingando aos poucos até construir um passado compreensível no presente. A guerrilha, a oposição ao governo, a morte do pai, possibilitaram montar o cenário no qual se ancorava o nascimento da criança, mas a figura do pai parece ter sido de difícil elaboração. Algo meio etéreo, conforme palavras de Creonice: "*assim meio etéreo... não tinha elementos para idealizar... esse pai tinha nascido adulto, nascido guerrilheiro... não tinha passado para ele construir... faltava história!*"

O desejo de reconstrução da imagem do pai transparece nas palavras de seu filho Júlio César:

"(...) *Eu guardo todas as histórias que ouço do meu pai, guardo mais as da minha avó contando que ele saía pra pescar, que ele jogava baralho na praça, que ele saía... O que eu tenho de informação dele que eu mais gosto ... assim, que eu mais gosto mesmo ... não é a parte militante... eu guardo ações cotidianas e guardo dentro do cotidiano, escondida, a pessoa... aí eu consigo ver a pessoa...*"

Imagens polarizadas do pai/militante/revolucionário e aquele do cotidiano desafiam a elaboração da figura paterna desconhecida, desaparecida. A preferência para a elaboração dela vem das histórias contadas pela avó, distante da militância e que traz para o real o homem comum: aquele que vai pescar, jogar baralho e que traduz o mundo afetivo e preservado da intimidade familiar quase explícita nas palavras de Julio César: "*guardo dentro do cotidiano, escondida, a pessoa*". Trata-se na verdade, de um resgate da memória afetiva da família. O papel da avó, mediando e favorecendo a reconstrução da história familiar, através das lembranças, é recorrente no relato. Esta reconstrução não diz respeito apenas à

4. A Revista *Veja* (07.05.95) publicou um artigo de Marcelo Paiva onde descreve todas as tentativas feitas para deslindar o desaparecimento de seu pai. Confessa a sua indignação com o silêncio das autoridades brasileiras. Dirige-se também ao Presidente da República, mencionando a decepção do secretário-geral da Anistia Internacional, o senegalês Pierre Sané ao escutar a explicação dada por Fernando Henrique Cardoso: "*é um passado complicado de remexer, que incomoda muitos setores*". Marcelo Paiva refresca a memória do presidente, lembrando sua condição de anistiado que recuperou seu cargo e chegou ao poder. Cita o final de um artigo escrito por Fernando Henrique Cardoso em 1981 — *Sem esquecimento* — em que está escrito: "*somos sobreviventes e temos responsabilidade: assegurar que nada disso se repita*".

Marcelo Paiva afirma, todavia, que "*o cidadão brasileiro não pode estar seguro de que nada disso se repita, já que Fernando Henrique Cardoso, ao chegar à Presidência da República, ocupando o cargo de comandante-supremo das Forças Armadas, revela que tem medo de mexer com setores comprometidos com a tortura e o desaparecimento políticos*".

história individual, mas à história do modelo familiar, estabelecendo e atualizando a identidade da família (Lins, 1989). Dela se compartilha, enquanto grupo social, dos mesmos símbolos e significados. É no plano da família, segundo Lins, que se reaviva a memória individual e se reconstrói a figura paterna. Mesmo incorpórea ela se reconstrói, porque é no campo afetivo que ela se realiza. O desaparecimento da figura paterna e a impossibilidade de reconstrução dela atinge a identidade da família como um todo. É Jurema, filha de Idalina e de um líder estudantil desaparecido, nascida quando ambos viviam na clandestinidade em São Paulo, quem conta a história:

"(...) *meu pai desapareceu, nem corpo a gente tem... nunca se soube, nem o paradeiro, nada... desapareceu em outubro de 1973 e nunca se soube... sumiu e pronto! Veio a Anistia e a minha mãe conta que ela passou um tempão procurando ele pelo Brasil com a minha avó. Eu sei da história mas eu não falo disso com a minha mãe... ela é muito emotiva... e eu nunca pedi detalhe, sabe? Mas não tem essa história de ... meu pai foi herói... a minha avó ... bem, ele era a paixão, a loucura dela mesmo e, então, ela transfere isso para mim... eu era o que sobrou do filho, entendeu?*"

Se nunca entendera os sumiços e as ausências do pai sempre em clandestinidade, segundo os relatos, difícil fora compreender o desaparecimento dele e a sua condição de órfã. A rememoração através dos detalhes ou fragmentos da história reatualiza a dor vivida pela mãe, como declarou a jovem: "*eu sei da história mas não falo dela com a minha mãe... ela é muito emotiva*" ou, ainda: "*é melhor não abordar esse tema em casa*". Embora seja para a avó "*o que sobrou do filho*", não deseja carregar o peso do herói que foi seu pai.

Em muitos casos, o que ficou registrado na memória foi o épico da história pessoal e familiar. Para os filhos, todavia, a morte do pai é uma perda afetiva, sobrepondo-se ao fato político do "desaparecimento". Ou seja, na esfera dos sentimentos mais íntimos, a morte do pai se realiza na permanente presença da sua ausência, por se inscrever no plano afetivo. Na esfera da vida púbica, no entanto, ela é fato político. Estas duas esferas, contudo, não permanecem isoladas, misturam-se na busca da compreensão e na aceitação do ocorrido, como mostra a frase de uma esposa de desaparecido: "*não ter o corpo da pessoa... levei dez anos pra poder falar nisso*". Esta experiência e outras marcadas por rupturas múltiplas e traumas impediram para muitos a construção coerente da própria história.

Não poder falar sobre a experiência ou o passado pode significar a necessidade de encontrar um *modus vivendi* consigo próprio, com os filhos ou com aqueles que de algum modo, mais próximos ou mais distantes, consentiram nesta história. Pode também significar bloqueios ante a dificuldade de gestão de um equilíbrio precário de muitas contradições e tensões. A memória, no entanto, permanece viva. O que foi silenciado pode aflorar em algum momento de crise, expondo uma memória subterrânea indicadora da resistência, visível num fragmento da fala da filha de um desaparecido: "*quando ele morreu eu era muito pequena* (...) *é óbvio que eu tenho orgulho ... eu tenho uma arrogância... eu sou filha de um herói ... isso me faz ter uma altivez* (...)".

A ausência do corpo sugere morte, mas não permite a realização dela no imaginário. Esta ausência de simbolização, tem um significado muito preciso, "*o de não poder esquecer, pois o esquecimento só é possível quando algo foi registrado na ordem simbólica*" (Cardoso, 1993: 63). No caso da desaparecido, o não-reconhecimento da

morte nos remete à dimensão essencialmente humana do simbólico. Ora, a vida subentende a morte, que é prenhe de significados e valores. A morte de uma única pessoa não se resume num único acontecimento. Constitui tantos acontecimentos quantos forem seus elos sociais: seu cônjuge, seus pais, seus filhos, seus amigos, seus companheiros de militância... muitas ligações se rompem numa única morte, e tudo ao mesmo tempo. A eliminação do ser social atinge o mundo ao qual ele pertence e que precisa, em virtude disso, ser regenerado porque se perdem alguns esquemas que dão sentido à vida do grupo social ou da sociedade em geral.

A consciência e a experiência da morte levaram os homens, desde os mais remotos tempos, à produção de uma constelação de imagens variadas sobre ela, transformando a percepção humana da vida, da morte e do mundo. Afetado pela morte, o homem prenche seu medo, sua angústia e sua recusa a ela através de mitos, magias, religiões. Constrói pirâmides, sepulturas, cria ritos fúnebres, refletindo a morte não só como um fenômeno objetivo e empírico, mas também subjetivo e simbólico.

Os rituais cumprem sua função de regeneração. Os rituais e o luto significam agregação e anunciam um novo tempo, no qual a ausência de quem morreu deverá ser incorporada paulatinamente pelos que ficaram. A diversidade nos modos de representação e ritualização da morte nas diferentes culturas ocorre em virtude dos diversos aspectos que a cercam e que o ritual dramatiza (Fry e Vogt, 1983).

A necessidade dos rituais de morte é bem lembrada por Arendt (1989), quando escreve sobre a matança nos campos de concentração. Matança é a palavra escolhida porque significa a morte da "*coisa*", do homem desumanizado, reificado. A autora chama a atenção para a barbárie das mortes nos campos de concentração, lembrando do fato de que no mundo ocidental o inimigo morto sempre teve o direito de ser lembrado, evidenciando o seu caráter de humanidade. Escreve ela: "*Mesmo em seus períodos mais negros, o mundo ocidental deu sempre ao inimigo morto o direito de ser lembrado, num reconhecimento evidente de que todos somos homens (e apenas homens). Até mesmo Aquiles providenciou os funerais de Heitor; os governos mais despóticos honraram o inimigo morto; os romanos permitiam que os cristãos escrevessem martirológicos; a Igreja manteve os seus hereges vivos na memória dos homens; e por isso, somente por isso, tudo não foi em vão e jamais poderia ter sido em vão. Os campos de concentração, tornando anônima a própria morte e tornando impossível saber se um prisioneiro está vivo ou morto, roubaram da morte o significado de desfecho de uma vida realizada. Em certo sentido, roubaram a própria morte do indivíduo, provando que, doravante, nada — nem a morte — lhe pertencia e que ele não pertencia a ninguém. A morte apenas selava o fato de que ele jamais havia existido*" (Arendt, 1989: 503).

Como os mortos dos campos de concentração, o fato do desaparecimento eliminando o direito ao reconhecimento da morte é incompreensível, injustificável. Isto nos dois sentidos: de quem morre e de quem fica. Os primeiros não podem gozar do desfecho de uma vida e os que ficam não têm o direito de viver a dor da perda. Daí a necessidade dos rituais de morte: eles fazem parte do conjunto de representações da morte. Gennep (1978) os coloca entre os ritos de passagem em cuja definição está contida a idéia de passar de um mundo anterior (cósmico ou social) para um mundo novo. Como passagem requer rituais funerários que consistem na sua representação. No

caso do desaparecido, a negação da morte impede a ocorrência deles. Se os rituais funerários dizem respeito à primeira etapa dos ritos de passagem no sentido utilizado por Turner (1974), o luto é um estado (implica sentimentos, dor, sofrimento e readequação) e um período (tem um tempo de duração) no qual prevalece a ambigüidade: período de desadeqüação e busca de adeqüação. Não poder viver o luto, como no caso do desaparecido, significa não ter a chance de reorganizar os esquemas simbólicos que perderam o sentido. É por isso que as famílias dos desaparecidos políticos no Brasil continuam pedindo o "corpo" de seus mortos!

Esta questão explica o surgimento da Comissão de Familiares de Desaparecidos Políticos extensiva à América Latina, e o trabalho da Comissão Especial de Investigação e Acompanhamento das Ossadas do Cemitério de Dom Bosco, em Perus-SP,[5] objetivando encontrar os ossos dos desaparecidos políticos, resgatá-los e entregá-los aos seus familiares. Não são raros os casos daqueles familiares que, ao encontrarem os ossos dos entes queridos desaparecidos há mais de duas décadas, promovem, em nossos dias, os rituais funerários com a participação dos parentes e amigos. A busca do sentido da morte justifica o sentido da vida.

Não sendo possível a elaboração da morte no simbólico, resta aos familiares dos desaparecidos — aos sobreviventes — a incompreensão dela, o temor, a angústia e o desamparo.

O não-reconhecimento da morte significa, outrossim, a negação da identidade pessoal do indivíduo e o corte do vínculo de humanidade no sentido arendtiano. Nesta direção, o desaparecido transforma a morte num assunto político. Este diz respeito à história da violação dos direitos humanos, da liberdade, e aponta para a existência de uma violência mais explícita e insuportável, aplicada pelos sistemas de repressão dos Estados autoritários, configurada objetivamente na morte sob tortura e no desaparecimento. A autoridade, que mesmo um pobre diabo possua ao morrer, conforme Benjamin (1985), não faz parte da experiência do desaparecido. Desta maneira, ela é injustificável. Celso, ex-preso político, descreve a situação da morte por desaparecimento:

"*Eu acho que a repressão foi muito seletiva e inteligente porque causou pouco atrito com a sociedade. Muito pouca gente tomou conhecimento que aqui existia uma ditadura, né... eles reduziram muito a área de atrito... A partir de uma certa época eles criaram a figura do desaparecido. O que que é isto? Eles vão na casa de uma pessoa opositora, à noite, procuram fazer ba-*

5. Em 04/09/90 foi aberta a vala clandestina de Perus e foi criada a Comissão Especial de Investigação e Acompanhamento do Cemitério Dom Bosco, cujo trabalho consiste em: levantar informações e analisar documentos dos arquivos policiais do extinto DOPS (Departamento de Ordem Política e Social), um dos órgãos responsáveis para controlar, perseguir e localizar os ativistas das décadas de 60 e 70; pesquisar os laudos necroscópicos e fotos dos cadáveres no IML (Instituto Médico Legal) com o objetivo de identificar os mortos e desaparecidos políticos; mapear os cemitérios, os possíveis locais onde estariam enterradas essas pessoas; acompanhar os trabalhos de identificação das ossadas na Unicamp, buscando junto aos familiares, os dados antropométricos (descrição física, raça, cor, idade, sexo, estatura, tipo sangüíneo, peso e detalhes de arcada dentária). Estes dados foram gentilmente cedidos por Maria Amélia Telles. Em 1991 foi publicado pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo o relatório "Em busca dos desaparecidos" (A Vala Comum no Cemitério Dom Bosco), que documenta todo o processo de busca e procedimentos utilizados pelos pesquisadores da Universidade de Campinas para identificar os restos mortais dos desaparecidos.

rulho para que os vizinhos tomem conhecimento da prisão desta pessoa, levam a pessoa, sem esconder que estão levando... muitas vezes, encapuzadas ... e nunca mais esta pessoa volta! O desaparecido existe para intimidar a sociedade! É uma espada de Dâmocles, assim em cima de todo mundo ... se você se opuser ao regime, você pode desaparecer ... nem o cadáver nem os ossos a família vai ter um dia! É um problema pra cultura ocidental ... não sei se em outros lugares ... mas a pessoa quer enterrar os ossos, né? Então, quer dizer, a repressão, a tortura, a prisão, os assassinatos ... isso funciona na sociedade. E tem um funcionamento a longo prazo também ... porque existe um medo ... um medo mais ou menos generalizado de quem tem um pensamento político. Existe em toda América Latina um medo de voltar a ditadura. Qualquer atrito maior entre oposição e governo, sempre surge alguém que diz: Olha, vamos com cuidado, não cutuca a onça com a vara curta, porque isto pode voltar... Então esse medo generalizado passa a assumir um papel ... quase sempre mais importante do que a vontade de lutar, do que a dignidade ... do que uma série de coisas que no passado foram mais forte na sociedade ... (...) é uma nuvem que paira ... que leva inclusive as pessoas a não se organizarem em partidos ou a não quererem aprofundar a luta política ... E a repressão funciona ... o cara vai preso numa cadeia ... vai se desmoralizando ... Um número muito grande de pessoas ao serem torturadas, falavam alguma coisa de seus companheiros e era responsável, às vezes, pela prisão de outras pessoas ... isso leva a desmoralização ... a pessoa perde a confiança em si própria ... tem sentimento de culpa ... isso desestrutura as organizações políticas, desorganiza a resistência..."

Arma eficaz das ditaduras, o "desaparecido existe para intimidar a sociedade! É uma espada de Dâmocles, assim em cima de todo mundo... se você se opuser ao regime, você pode desaparecer... nem o cadáver, nem os ossos, a família vai ter um dia!", denunciou Celso. O medo, que subjaz a toda sociedade em virtude desta possibilidade, desarticula os militantes e as Organizações. O desaparecimento de uma pessoa coloca, desse modo, dois aspectos em destaque: o primeiro, refere-se à perda, cuja elaboração se inscreve no campo afetivo; o segundo, refere-se a uma questão mais ampla, inscrita na esfera do político propriamente dito. Com relação ao primeiro aspecto, a separação imposta pela morte física de alguém requer ainda, no mundo ocidental, rituais que contribuem, no plano simbólico, à aceitação do fenômeno. O ritual restabelece a ordem rompida pela morte de alguém. Com relação ao segundo aspecto — o desaparecimento como fenômeno político — a sua circunscrição está inscrita na esfera dos direitos humanos: "*A vítima é privada de toda sua identidade pessoal civil, política e social. Passa a não existir, existindo. Sendo vítima, não o é. Estando presa, é como se solta estivesse. O desaparecimento político, no plano jurídico, não é qualificado nas nossas leis*" (Branca, 1987: 110). No mesmo texto, um depoimento de Grenhalgh chama a atenção para a culpa e o estado de frustração perpétuos que sentem os familiares do desaparecido por acreditarem ter iniciado a busca com atraso. Com a instituição do desaparecimento político, os militares criaram o "*atestado de óbito por morte presumida*" ou a "*declaração de ausência por morte presumida*" na Lei de Anistia, para se furtarem da responsabilidade em relação aos desaparecidos.

Esta questão foi discutida também pela Comissão de Familiares de Mortos

e Desaparecidos que incorpora os trabalhos do Comitê Brasileiro pela Anistia (CBA), fundado em 1978, no Rio de Janeiro, e estabelece a distinção entre morto e desaparecido: "*morto é aquele cuja morte foi oficialmente anunciada pelos Órgãos da Repressão. Há mortos oficiais cujos restos mortais encontram-se desaparecidos; desaparecido é todo aquele cuja morte não é reconhecida oficialmente. Na maioria das vezes não se reconhece oficialmente nem mesmo sua prisão, embora testemunhada.*"[6]

Cardoso (1988), estudando a perda e a melancolia dos acontecimentos de 68, refere-se ao desaparecimento como a configuração de uma experiência de morte sem sepultura, ou seja, "*uma experiência de morte que se carrega em vida. A impossibilidade de realização do ritual de luto — a sepultura — configura uma situação de perda em que não se consegue renunciar ao objeto perdido, o que produz a melancolia*" (Cardoso, 1988: 235). Segundo a autora, a dificuldade de elaboração da perda é evidenciada pela experiência das mães da Plaza de Maio na Argentina e pelo caso Rubens Paiva que simboliza a questão dos desaparecidos no Brasil.

Brasil Nunca Mais (BNM, 1985) também faz referência ao fato, afirmando não passarem de hipóteses todas as informações sobre os desaparecidos. A partir do momento em que eles foram detidos pelos organismos de segurança, nada mais deles se soube. Eram assassinados impunemente, enterrados em cemitérios clandestinos sob falsa identidade, geralmente à noite e na qualidade de indigentes. Mesmo os movimentos de Anistia e de Familiares não lograram encontrá-los. Eram enterrados sob nomes falsos fornecidos pela polícia. "*Toda guerrilha que morreu nas ruas de São Paulo foi para esse cemitério (o de Dom Bosco), igual aos indigentes recolhidos mortos nas ruas de São Paulo.*" Informa o relatório do Núcleo de Estudos da Violência (NEV, 1991).

O Grupo Tortura Nunca Mais, de São Paulo, e a Comissão de Justiça e Paz têm trabalhado junto aos familiares de desaparecidos políticos com o objetivo de realizar a exumação dos corpos dessas pessoas. O "Jornal de Informes" do mesmo grupo noticiou, em julho e agosto de 1991, a organização de um núcleo do mesmo grupo trabalhando em Goiânia, empenhado na exumação das ossadas do Araguaia, não apresentando ainda os resultados desejados.

6. Texto "Violência política" (04.10.1990 — mimeo), gentilmente concedido por Amélia de Almeida Teles.

Bibliografia

ARENDT, H., 1989, *Origens do totalitarismo.* Anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras.

BENJAMIN, W., 1985, *Documentos de cultura, documentos de barbárie.* São Paulo: Cultrix — Ed. Universidade de São Paulo

BRANCA, Eloysa (org.), 1987, 1.º Seminário do Grupo *Tortura Nunca Mais.* Depoimentos e Debates de (vários autores). Rio de Janeiro: Vozes.

BRASIL, Nunca Mais, 1986, *Um relato para a história.* Petrópolis: Vozes

CARDOSO, Irene de A. R., 1988, Os acontecimentos de 68 — Notas para uma interpretação. In: Loschiavo dos Santos (org.). *Maria Antonia: uma rua na contramão.* São Paulo: Nobel. 1993, A dimensão trágica de 68. In: Revista *Teoria & Debate.* São Paulo n.º 22

FRY, Peter e Carlos Vogt, 1983, "Cuipar e cuendar para cojenga; a morte e a morte no cafundó" In: Martins, José de Souza, *A morte e os mortos na Sociedade Brasileira.* São Paulo: Hucitec.

GENNEP, Arnold Von, 1978, *Os ritos de passagem.* Antropologia II. Petrópolis: Vozes.

MARTINS, José de Souza, 1983, A Morte e o Morto: Tempo e Espaço nos ritos fúnebres na roça. In: *A morte e os mortos*

na Sociedade Brasileira. São Paulo: Hucitec

LINS de Barros, Myriam Moraes, 1989, Memória e Família. In: *Estudos Históricos*. Memória. 3.ª ed. São Paulo: Vértice.

PIETROCOLLA, Luci Gati, 1995, *Anos 60/ 70 O Viver entre parênteses*. A perseguição política sobre famílias de revolucionários. Tese de Doutoramento. Departamento de Sociologia. FFLCH-UPS-São Paulo-SP.

POLLAK, Michael, 1989, Memória, esquecimento, silêncio. In *Estudos Históricos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda.

TURNER, Victor, 1974, *O Processo Ritual*. Estrutura e Anti-estrutura. Antropologia. Petrópolis: Vozes.

9 — PARECERES

A MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO

DAMÁSIO E. DE JESUS

CONSULTA

O MM. Juiz da 5.ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, em despacho proferido nos autos da medida cautelar de busca e apreensão n.º 1.847/94, proposta pela Sociedade Beneficente São Camilo contra Celso Ubirajara Russomano e outros, determinou que respondam por crime de desobediência os diretores da Saraiva S.A. Livreiros e Editores. Os Drs. Adalberto José de Camargo Aranha e Jussara Chaves, advogados constituídos da Editora Saraiva, à vista de cópias de peças do processo que nos deram a conhecer, propõem, em nível de consulta, indagação sobre a eventual ocorrência de crime de desobediência.

Passamos a dar nosso parecer.*

PARECER

1. O fato

A Sociedade Beneficente São Camilo propôs uma medida cautelar de busca, apreensão e depósito de obra literária contra Celso Ubirajara Russomano e Outros. Na petição, a autora requereu que a medida recaísse sobre todos os exemplares do livro "Guia Russomano do Consumidor", "quer existentes no depósito da Editora Saraiva", editora da obra, "quer existentes em toda e qualquer livraria do País". Concedendo a liminar, o MM. Juiz determinou "a busca e apreensão da obra", sem maiores detalhes. No mandado de intimação, entretanto, ampliando-se a ordem, constou que a editora "deveria comunicar a todas as distribuidoras, no território nacional, em 24 horas, a proibição da distribuição da obra, solicitando a devolução dos volumes", destinados à "sua guarda até decisão final, sob pena de crime de desobediência". Já no auto de apreensão, estendendo-se mais ainda a determinação, ficou consignado que a obra "não podia ser vendida em toda a rede de livrarias, bem como a distribuição pela matriz e filiais".

Considerando que a determinação do Juiz havia limitado o pedido da autora às distribuidoras, mas tendo presente a diferença de conteúdo entre o mandado de intimação e o auto de apreensão, a Editora Saraiva providenciou, em todo território nacional, a comunicação da proibição, a sustação de venda e rápido recolhimento da totalidade dos livros que se encontravam ao seu alcance legal (distribuidoras e Livrarias Saraiva). Assim, ampliou, por vontade própria, para evitar dúvida de interpretação a respeito do cumprimento da ordem, a extensão da determinação, indo além das "distribuidoras".

Ocorre, entretanto, que a autora juntou nos autos nota fiscal de aquisição da questionada obra na Livraria

* O TACrimSP, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus* impetrada pelos consulentes.

Siciliano, requerendo o enquadramento dos representantes da Editora Saraiva no art. 330 do Código Penal, que define o crime de desobediência. Em face disso, o MM. Juiz, acatando o pedido, ordenou a apuração de responsabilidade penal dos diretores da empresa por crime de desobediência.

O ilustre defensor indaga se, à luz desses fatos e dos documentos que nos apresentou, há elementos que permitem a instauração de procedimento criminal contra os diretores da Editora Saraiva.

A resposta é negativa. Os dados que nos permitiu consultar não autorizam em relação a qualquer dos diretores da Editora Saraiva a imputação de crime de desobediência, como, a seguir, procuraremos demonstrar.

2. Limites da responsabilidade penal

No Brasil a responsabilidade penal é pessoal. Cada um responde somente pelo que fez ou deixou de fazer, nos limites de sua culpabilidade, sendo proibida a responsabilidade objetiva, em que o dolo é presumido.

Responsabilidade penal objetiva significa atribuir um crime doloso a alguém que não agiu com dolo; punir o réu por crime culposo quando não realizou culposamente a conduta; aplicar pena a quem não se mostrou culpado na prática do fato. É imputar um crime a quem não o cometeu.

Entre nós, a responsabilidade criminal, fundada no dolo, na culpa e na culpabilidade, só alcança quem efetivamente praticou o fato com dolo ou culpa e se mostrou merecedor do juízo positivo de culpabilidade (Supremo Tribunal Federal, RHC 65.995, RTJ 127:877, Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Apel. Crim. 500.791, Revista de Jurisprudência e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 3: 107).

Não é dado a ninguém responder por crime simplesmente por ser diretor de uma pessoa jurídica. Não existe responsabilidade penal só porque alguém, segundo os estatutos, responde pelos atos da entidade. No Direito Penal, dolo e culpa suportam a culpabilidade, que é um juízo de censurabilidade que recai sobre cada um, considerado individualmente. A pessoa responde pelo seu ato ou omissão, na medida de censurabilidade do fato. A responsabilidade objetiva, admitida na esfera civil, é proibida no plano penal. Neste, somente é responsável quem agiu ou deixou de agir. E não se mostra suficiente a demonstração de uma ação ou omissão. Exige-se que o sujeito tenha agido ou deixado de agir com dolo ou culpa.

No caso em tela, vê-se que somente um diretor da Editora Saraiva recebeu a ordem emanada do despacho do eminente magistrado. De modo que, se crime houvesse, somente ele, caso se provasse omissão dolosa, poderia responder criminalmente por desobediência. No despacho, entretanto, consignou-se a ordem de apuração de responsabilidade penal "dos diretores" da empresa. A entender-se que a determinação se estende a todos os diretores da entidade, responderiam pelo crime, caso existisse, aqueles diretores que não foram destinatários da ordem. Caso típico de responsabilidade penal objetiva, não mais aceita pela moderna doutrina penal e pela nossa Constituição Federal. Como é corrente na jurisprudência, sem que a ordem tenha sido expressamente dirigida ao sujeito, sem que ele tenha conhecimento formal de seu conteúdo, não há crime de desobediência (Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 90:57). Exige-se, pois, destinatário específico, ordem dirigida a uma pessoa certa e determinada, não respondendo pela infração penal quem não a recebeu formalmente (Revista dos Tribunais, 591:327). A ordem não pode

ser presumida por quem não a recebeu (Revista dos Tribunais, 370:369).

3. O crime de desobediência

O Código Penal, no art. 330, define o delito de desobediência como o fato de "desobedecer a ordem de funcionário público". Apresenta os seguintes elementos típicos:

1.º) uma ordem;
2.º) legalidade de ordem;
3.º) determinação por funcionário público dentro de suas atribuições;
4.º) que o destinatário da ordem tenha dever jurídico de agir ou deixar de agir;
5.º) atitude de desobediência (ação ou omissão);
6.º) possibilidade legal e material de execução da ordem; e
7.º) dolo.

4. Não houve atitude de desobediência

A venda de livros pelas editoras é realizada por dois canais principais:

a — pelas distribuidoras (atacado);
b — e pelas livrarias (varejo).

As editoras vendem em quantidades de atacado para as distribuidoras, considerando-se "por atacado" a compra de 20 ou 30 exemplares de uma obra. As livrarias compram das distribuidoras quantidades pequenas, vendendo as obras aos consumidores finais. Portanto, existe nítida diferença entre distribuidora e livraria. Cada uma tem características e funções absolutamente distintas.

Esse é o sistema também utilizado pela Editora Saraiva. Emprega, para a comercialização de seus livros, distribuição própria e de terceiros. A distribuição própria é representada por sua matriz e filiais sediadas nas principais capitais dos estados brasileiros. A distribuição por intermédio de terceiros é representada por empresas que vendem os livros de sua edição nas regiões de menor poder aquisitivo e, portanto, de potencial de mercado reduzido. É este sistema de distribuição própria e de terceiros (atacado) que atende as livrarias (varejo).

No processo cautelar a autora requereu ao Juízo que determinasse "a busca e apreensão de todos os exemplares do livro, quer existentes no depósito da Editora, quer existentes em toda e qualquer livraria do País, cujos nomes serão indicados pela Editora, que somente o fará retornar à circulação se se dispuser a fazer constar um adendo àquela notícia, informando os leitores de que se trata de informação inverídica". No despacho, o MM Juiz determinou que "a Editora" deveria "comunicar a ordem a todas as distribuidoras, no território nacional", "solicitando a devolução dos volumes, que ficarão sob sua guarda até decisão final, sob pena de crime de desobediência".

Como se observa, no requerimento da autora o objeto da medida cautelar dirigia-se aos livros existentes nos depósitos da Editora e em "toda e qualquer livraria do País". No mandado de intimação, mencionou-se somente "distribuidoras". E no despacho judicial que determinou a apuração de responsabilidade penal consta a palavra "DISTRIBUIDORAS" (em letras maiúsculas).

No crime de desobediência, o destinatário da ordem deve interpretar o seu conteúdo de forma declaratória. Não a deve restringir, sob pena de cometer o delito. Mas não está obrigado a ampliá-la. Exige-se que se comporte nos exatos limites da manifestação de vontade do funcionário público.

No despacho judicial e no mandado constou a expressão "distribuidoras". Para o diretor da Editora Saraiva intimado da ordem judicial esse termo tem um significado próprio e preciso. Claudineu de Melo explica que "o contrato de distribuição é aquele medi-

ante o qual o fabricante obriga-se a vender, continuadamente, ao distribuidor, que se obriga a comprar, produtos de sua fabricação, para posterior revenda, em zona determinada. Ou seja, é um contrato de concessão comercial" (*Contrato de Distribuição*, São Paulo, Editora Saraiva, 1987, p. 29). Em outra passagem, o autor diz que "o primeiro requisito dessa concessão é que uma das partes do contrato de distribuição deve ser necessariamente um fabricante. A celebração de contrato similar entre comerciantes não caracteriza a distribuição propriamente dita, uma vez que consiste ela em um sistema de vendas criado especialmente para atender às necessidades de fabricantes que não querem atuar direta ou exclusivamente no mercado" (idem, p. 30).

A compra dos exemplares do livro pela Agência Siciliano não transformou a Livraria Siciliano, nem aquela, em "distribuidoras" da Editora Saraiva. Como ensina Claudineu de Melo, "o ciclo distributivo não impõe ao distribuidor a obrigação de só revender o produto ao seu consumidor final. Mesmo quando a revenda é feita a outro comerciante, completado estará o ciclo distributivo, pois o produto terá entrado no comércio e cumprida estará a obrigação de revenda do distribuidor. A posterior compra e venda, do comerciante ao consumidor, ou a outros comerciantes, caracterizará mera revenda, uma vez que desta não participará o fabricante ou distribuidor" (idem, p. 31).

O diretor da Editora Saraiva que recebeu a ordem, conhecedor usual e diuturno do significado técnico da expressão "distribuidoras", entendeu corretamente que o juiz não havia atendido *in totum* o pedido do Hospital São Camilo, restringindo a busca e apreensão às "distribuidoras". Essa determinação judicial foi rigorosamente obedecida pela Editora Saraiva, que imediatamente ordenou a sustação da venda da obra em toda a sua rede, bem com seu recolhimento imediato.

5. Dever jurídico de agir

O cumprimento da ordem, no delito de desobediência, pressupõe a possibilidade jurídica de sua execução. É necessário que o destinatário da ordem tenha o dever jurídico de agir ou deixar de agir (Soler, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, Tipografica Editora Argentina, 1970, V:109; *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, 74:110; *Revista de Jurisprudência e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, 9:171; *Supremo Tribunal Federal, Revista Trimestral de Jurisprudência*, 103:139; *Revista dos Tribunais*, 562:397 e 695:348). Inexiste delito se o ordenamento jurídico não lhe impõe o dever de acatar a ordem, aplicável o princípio constitucional de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (Constituição Federal, art. 5.º, II). E não há lei que obrigue a Editora Saraiva a sustar vendas de obras em livrarias particulares.

No caso em tela, a Livraria Siciliano, onde foi adquirido um exemplar do livro, pertence à Agência Siciliano Ltda., pessoa jurídica autônoma dedicada a vendas a varejo. Não é "distribuidora" da Editora Saraiva. Logo, esta não possuía e não possui legitimidade para ordenar a devolução de eventuais volumes que, adquiridos pela Agência Siciliano antes da ordem judicial, foram encontrados expostos à venda nas prateleiras de suas livrarias após a intimação proibitiva. Nem poderia, pela mesma razão, proibir a Livraria Siciliano de vender o referido livro. A Agência Siciliano, que não é representante comercial da Editora Saraiva, quando, antes do despacho judicial proibitivo,

comprou os livros para venda na Livraria Siciliano, tornou-se proprietária deles. Por essa razão, a Editora Saraiva não tinha nenhum poder sobre eles, no sentido de sustar a sua venda ou recolhê-los. E essa ausência de suporte legal para executar a ordem conduz à inexistência de desobediência. Não há delito na hipótese de "impossibilidade legítima" de cumprimento da ordem.

6. Ampliação da ordem após a prática do fato

O mandado de intimação, em que estava expressa a ordem, referia-se às distribuidoras. De acordo com despacho que determinou a apuração de responsabilidade penal, a medida não se limitava às distribuidoras, estendendo-se a livrarias de venda a varejo, como a Livraria Siciliano. É o que resulta da apreciação do segundo despacho. Se o MM Juiz considerou haver delito porque a Livraria Siciliano estava vendendo o livro é porque entendeu que a ordem também havia determinado a sustação da venda e devolução dos exemplares existentes nas livraria varejistas. Diante disso, e porque o primeiro despacho referia-se somente às "distribuidoras", verifica-se que a ordem foi ampliada após a prática do fato, o que é defeso.

7. Equivocidade da ordem

O art. 330 do Código Penal contém uma norma incriminadora incompleta, uma vez que se integra pela "ordem", que não é explicitada pela disposição. Esse elemento típico deve ser preciso, determinado e inequívoco. Como dizia Soler, a ordem deve ser expressa e clara (ob. e loc. cits.).

Na hipótese, a ordem restou duvidosa e equívoca. Senão, vejamos:

1.º — o despacho judicial determinou a busca e apreensão;

2.º — o mandado de intimação mencionou "comunicação a todas as distribuidoras, no território nacional, da proibição da distribuição da obra" e sua "devolução";

3.º — o auto de apreensão foi além, determinando que os exemplares, distribuídos no território nacional, não poderiam ser vendidos em toda a rede de livrarias, bem como a distribuição pela matriz e filiais.

Confusa e inequívoca, a ordem não se mostrou precisa, clara e induvidosa, como exige a doutrina para que exista o crime de desobediência (Soler, idem).

8. Legalidade da ordem

A ordem, no delito de desobediência, deve ser legal (elemento normativo do tipo). Se ilegal, não há crime por atipicidade do fato (Revista dos Tribunais, 695:348).

Pode ocorrer que parte da ordem seja legal; outra parte, ilegal. Nesse caso, ao destinatário cumpre realizar o mandamento da parte legal. Desobedecendo a determinação contida na parte ilegal, não comete crime.

Na hipótese em exame, descartando a questão de mérito, a ordem, em relação às "distribuidoras" da Editora Saraiva, era legal. Se, entretanto, o venerando despacho referia-se também a livrarias como a Siciliano, era, nessa parte, ilegal. Isso porque, como ficou assentado, a Editora Saraiva não tinha e não tem poderes para sustar a venda do livro nas empresas que o vendem a varejo e não integram a sua rede. Assim, a ordem era ilegal na parte em que determinava à Editora Saraiva a sustação imediata da venda do livro em livrarias como a Siciliano e seu recolhimento. Ilegal essa parte da ordem, o diretor destinatário não tinha obrigação

de atendê-la. E sem esse dever de acatamento da determinação inexiste delito.

9. Não houve dolo

O dolo, no crime do art. 330 do Código Penal, consiste na vontade livre e consciente de não acatar a ordem do funcionário público. É imprescindível a vontade consciente de desobedecer (Revista dos Tribunais, 526:357). exigindo-se que seja firme e deliberada, no sentido de um propósito meditado e decidido (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 83:274, Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 7:95).

O delito pressupõe, para a sua configuração, que o sujeito tenha conhecimento perfeito da ordem (Magalhães Noronha, *Direito Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 7.ª ed., IV: 324, n.º 1.401); Silva Franco, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2.ª ed., p. 1.154, n.º 200; *Revista dos Tribunais*, 531:327). Assim, para que o fato seja típico é preciso que a vontade do desobediente se estenda a um conhecimento perfeito do conteúdo e extensão da ordem (dolo abrangente). Exige-se conhecimento da determinação e vontade de não acatá-la (*Revista Forense*, 243:305; *Revista dos Tribunais*, 526:326 e 542:449; *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, 65:257). Por isso, não há delito na hipótese de haver discrepância entre os entendimentos do funcionário público e do destinatário sobre o conteúdo da ordem. Exige-se congruência entre a pretensão do autor da ordem e o entendimento do destinatário sobre a conduta a ser realizada. Não pode haver dúvida a respeito do exato significado da ordem, uma vez que o conhecimento de seu conteúdo deve ser "inequívoco e induvidoso" (*Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, 74:110).

No caso em exame, o conhecimento do diretor da Editora Saraiva abrangeu somente a apreensão de exemplares da obra e proibição de sua comercialização em relação às suas "distribuidoras". Não podia ir além, estendendo-se a eventuais vendedores a varejo, como na hipótese da Livraria Siciliano. A lei não lhe permite essa iniciativa. Agiu, pois, sem dolo.

Além disso, tratando-se de imputação de omissão, o propósito de não agir, como tem entendido a jurisprudência, deve ser deduzido de circunstâncias inequívocas (Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 67:154), inexistentes na hipótese em tela.

Não houve dolo. E como este, na moderna sistemática penal, constitui elemento subjetivo do tipo, sua ausência conduz à atipicidade do fato e à inexistência do crime.

10. Ausência da potencial consciência da ilicitude

A culpabilidade, na reforma penal de 1984, passou a ser integrada pela possibilidade de conhecimento da ilicitude da conduta (Código Penal, art. 21, parágrafo único). O agente, diante das circunstâncias do caso concreto, deve, para ser merecedor do juízo de censurabilidade (culpabilidade), ter condições de saber que a sua atitude contraria a ordem jurídica. No fato submetido a parecer não há elementos no sentido de que o destinatário da ordem, diante de seu conteúdo, vislumbrasse qualquer indício de ilicitude em sua atitude. E, como tem decidido a jurisprudência, não há desobediência sem consciência da antijuridicidade (*Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*,

26:158; *Revista dos Tribunais*, 452:449). Se a Editora Saraiva não podia sustar a venda nem recolher os exemplares vendidos à Livraria Siciliano antes da proibição, como dizer que seu diretor, diante da aquisição de um livro depois do despacho, tinha possibilidade de saber que a omissão da sustação e devolução pretendida era ilícita? Pelo contrário, sua atitude de somente recolher os livros que se encontravam ao alcance legal da Editora Saraiva foi legítima. Ilícita seria eventual tentativa de recolher e sustar a venda de eventuais exemplares da obra existentes na Livraria Siciliano.

11. Desobediência é desatenção

Constitui ensinamento comum na doutrina e na jurisprudência que "só desobedece quem, recebendo uma ordem, nada faz no sentido de cumpri-la" (Magalhães Noronha, *Direito Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 7.ª ed., p. 324, n.º 1.401; *Revista dos Tribunais*, 192:78).

Não é o caso dos autos, em que a Editora Saraiva, recebendo a ordem, tratou imediatamente de cumpri-la dentro de seus exatos termos e limites. Recolheu todos os exemplares que se "encontravam ao seu alcance legal". E nenhum livro foi por ela vendido após a intimação proibitiva.

12. Objetividade jurídica

O art. 330 do Código Penal tutela o prestígio e a dignidade da Administração Pública. Só há delito na hipótese de lesão ao objeto jurídico, quando o sujeito, com a sua conduta, rebela-se contra a ordem de funcionário público, com nítida intenção de enfrentar o Poder Público e desprestigiar a autoridade.

A Editora Saraiva vem prestando colaboração à Administração da Justiça, por intermédio da publicação de livros jurídicos, há oitenta anos, passado que a dignifica pelo amplo serviço realizado. Não é crível que quisesse, por um de seus diretores, ferir a dignidade da Justiça, enfrentar ilegalmente a autoridade e desprestigiar o Poder Público.

Como dizia Soler, "para não atribuir extensão desmedida à figura da desobediência é preciso ser muito exigente a respeito da existência concreta da ordem com respeito a cada destinatário" (ob. e loc. cits.). O delito de desobediência, ensinava Heleno Cláudio Fragoso, "não pode dar lugar a abusos, nem servir para constrangimento ilegal por parte da autoridade" (Jurisprudência criminal, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1973, I: 212, n.º 183).

13. Conclusão

Pelo exposto, e respondendo ao quesito único, não há crime a ser apurado. O fato é absolutamente atípico, circunstância impeditiva de qualquer procedimento criminal, seja policial ou judicial, por ausência de justa causa, contra um ou todos os diretores da Saraiva S.A. Livreiros Editores. Como é corrente na jurisprudência, "por fato atípico ninguém pode ser indiciado em inquérito policial" (Revista dos Tribunais, 590: 337).

É o parecer.

São Paulo, 06 de março de 1995.

10 — ANTIGUIDADES DE DIREITO CRIMINAL

HISTÓRIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA (II)

A reforma do CP 1940 (de 1942 a 1984)

RENÉ ARIEL DOTTI

Introdução

1. O presente trabalho completa a trilogia de alguns registros essenciais sobre a história da legislação penal brasileira. Os dois anteriores, *"Um pouco da história luso-brasileira"* e *"Períodos Republicanos"*, editados nos números 10 e 12 desta *Revista*, procuram oferecer uma visão geral da legislação portuguesa imposta pelos colonizadores, dos movimentos de mudança e dos projetos de lei em que iriam se converter os diplomas de 1830, 1890 e 1940, respectivamente, Código Criminal do Império (Lei de 16.12.1830); Código Penal da 1ª República (Dec. 847, de 11.10.1890), o chamado *Código Republicano*, e o Código Penal de 1940 (Dec.-lei 2.848, de 7.12.1940).

2. O texto ora divulgado trata da reforma textual do Código Penal de 1940, que se operou em três frentes: a) a revogação e a alteração de dispositivos isolados; b) a alteração setorial; c) os projetos e as leis de alteração global.

Estão excluídas de comentários as leis especiais que disciplinaram autonomamente fatos não criminalizados pelo Código Penal de 1940 ou que o fizeram de modo incidental ou incompleto. Tais diplomas encontram-se em vigor e por isso mesmo não podem ser objeto da coluna que trata de *Antiguidades*. Como exemplos, podem ser citados: Dec.-lei 7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de falências); Dec.-lei 7.903, de 27 de agosto de 1945 (Código de Propriedade Industrial); Lei 1.079, de 10 de abril de 1950 (define os crimes de responsabilidade); Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (crimes contra a economia popular); Lei 1.579, de 18 de março de 1952 (crimes praticados em Comissão Parlamentar de Inquérito); Lei 2.252, de 1.º de julho de 1954 (corrupção de menor); Lei 2.889, de 1.º de outubro de 1956 (define e pune o crime de genocídio); Lei 3.924, de 26 de julho de 1961 (dispondo sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos); Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962 (institui o Código Brasileiro de Telecomunicações), entre outros que vêm sendo editados até a presente década.

Também se excluiu do levantamento ora divulgado, a etapa dos trabalhos preparatórios da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 (anteprojeto de 1981 e Proj.-lei 1.655, de 1983), que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal.

3. Existem peculiaridades no processo cultural brasileiro, relativamente ao quadro das reformas legislativas, abrangendo os campos de Direito Penal e Direito Processual Penal. Um traço marcante desse fenômeno pode ser observado na edição do Dcc.-lei 3.200, de 19 de abril de 1941 (durante o período de *vacatio legis* do CP 1940).

Criminalizando conduta de nubentes que pretendiam se habilitar para casamento ou que efetivamente o fizessem, para frustrar os efeitos dos exames médicos desfavoráveis, aquele diploma ameaçava com a pena do art. 237, relativa ao crime de *conhecimento prévio de impedimento,* previsto no Código que entraria em vigor somente em 1.º de janeiro de 1942.

Por outro lado, o Código Penal de 1940 foi publicado duas vezes: em 31 de dezembro daquele ano e em 3 de janeiro de 1941. E, em ambas, o parágrafo único do art. 234 saiu como sendo o § 1.º.

A reforma em dispositivos isolados

A. Proibição do sursis *para estrangeiros*

4. O Dec.-lei 4.865, de 23 de outubro de 1942, proibia a suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros que se encontrassem no País em caráter temporário.

Várias decisões orientavam-se no sentido da eficácia da regra de proibição, mesmo após a Carta Política de 18 de setembro de 1946, que declarou a igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 141), como se poderá verificar pelo aresto da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de 31 de agosto de 1978 (RT 524/432). Porém, com o advento do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815, de 19.8.1980), a norma discriminatória foi tida como revogada, em face da matéria dos direitos e deveres do estrangeiro ter sido integralmente reformulada pelo Estatuto.[1]

1. Cf. decisão unânime de 29.11.1985, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. min. Francisco Rezek (RTJ 117/1.032).

B. Vigilância do liberado condicional

5. A Lei 1.431, de 12 de setembro de 1951, deu nova redação ao art. 63 do CP 1940 para determinar que o liberado condicional, onde não existisse patronato oficial, dirigido ou inspecionado pelo Conselho Penitenciário, ficasse sob a vigilância da autoridade policial.

C. Diminuição penal para a receptação dolosa

6. A Lei 2.505, de 11 de junho de 1955, modificou a pena cominada para a receptação dolosa (CP art. 180). Na redação original, a reclusão era de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Foi mantida a quantidade da sanção pecuniária, ajustando-se o padrão monetário.

D. Hipóteses de qualificação do dano

7. A Lei 5.346, de 3 de novembro de 1967, ampliou a redação do inciso III do art. 163. O texto original previa a qualificação do dano quando o crime fosse praticado contra o patrimônio da União, de Estado ou de Município. Com a descentralização dos serviços públicos, promovida pela grande reforma administrativa editada com o Dec.-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, o dano também passou a ser qualificado quando cometido contra o patrimônio de empresa concessionária de serviços públicos ou de sociedade de economia mista.

E. Ampliação das hipóteses de reabilitação

8. Com a reforma introduzida pela Lei 5.467, de 5 de julho de 1968, a reabilitação passou a alcançar quaisquer penas impostas por sentença definitiva e poderia ser requerida decorridos 5 (cinco) anos do dia em que fosse extinta, de qualquer modo, a pena princi-

pal ou em que terminasse a sua execução e, ainda, do dia em que terminasse o prazo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, atendidos outros requisitos: domicílio no País, no prazo indicado; demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; e ressarcimento do dano, salvo a absoluta impossibilidade de fazê-lo, até o dia do pedido ou mediante a exibição de documento comprovando a renúncia da vítima ou a novação da dívida.

9. No texto original do CP 1940, a reabilitação limitava-se a extinguir a pena de interdição de direitos e somente poderia ser concedida após o decurso de quatro anos, contados do dia em que terminasse a execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, além do preenchimento de outros requisitos: bom comportamento e ressarcimento do dano, se possível fazê-lo. Se o condenado fosse reincidente, o prazo mínimo para pleitear a reabilitação era fixado em 8 (oito) anos.

F. Maior rigor na criminalidade de tóxicos

10. A Lei 4.451, de 4 de novembro de 1964, e o Dec.-lei 385, de 26 de dezembro de 1968, modificaram a redação do art. 281 do Código Penal, para sancionar mais gravemente o comércio, a posse ou a facilitação do uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica. A Lei 4.451/64 criminalizou o plantio de substância entorpecente enquanto o Dec.-lei 385/68 previu as condutas de fazer ou manter o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica. E, inovando completamente em termos de Política Criminal, esse último diploma puniu a ação de trazer consigo, para uso próprio, a substância acima referida. As penas eram extremamente severas e características do regime de opressão da época: reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e multa de 10 (dez) a 50 (cinqüenta) vezes o maior salário mínimo da região. Posteriormente, a Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971, regulou inteiramente a matéria, estabelecendo normas de caráter preventivo e repressivo e deu nova redação ao art. 281 do Código Penal, acrescendo-lhe parágrafos. A conduta de trazer consigo a substância, para uso próprio, era punida com a reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos, mais a multa de 50 (cinqüenta) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País (CP, art. 281, § 1.º, III). Este último diploma antecedeu a Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, atualmente em vigor.

G. Crimes contra a assistência familiar

11. A Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, ampliou as hipóteses típicas do crime de abandono material (CP, art. 244), para incluir a falta de pagamento de pensão alimentícia judicialmente *acordada* ou *majorada*. O dispositivo revogado somente aludia à "pensão alimentícia judicialmente *fixada*" e cominava penas menores (detenção de três meses a um ano), ou multa, conforme o padrão monetário da época de aplicação da pena. A mesma Lei 5.478/68 instituiu o atual parágrafo único do art. 244 do Código Penal.

12. A Lei 7.251, de 19 de novembro de 1984, alterou o tipo do art. 245 do Código Penal, assim redigido originalmente: "Entregar filho menor de 18 anos a pessoa, com a qual saiba ou deva saber que fica moral ou materialmente em perigo." A pena era a detenção de um a seis meses. Esse mesmo diploma instituiu os atuais parágrafos 1.º e 2.º do art. 245.

H. Crimes contra a Administração Pública

13. A Lei 6.799, de 23 de junho de 1980, acresceu ao art. 327 um parágrafo (que passou a ser o § 2.º). O dispositivo inovador impõe o aumento de terça parte da pena quando os ocupantes dos crimes previstos entre os arts. 312 a 326 forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

I. Crimes contra a propriedade intelectual

14. A Lei 6.895, de 17 de dezembro de 1980, deu nova redação ao tipo de ilícito previsto no art. 184 do Código Penal e ampliou as hipóteses em que a ação penal é de natureza pública (art. 186).

O revogado *caput* do art. 184 assim dispunha: "Violar direito de autor de obra literária, científica ou artística". A redação em vigor ("Violar direito autoral") é muito mais adequada, posto abranger uma vasta gama de obras que, rigorosamente, poderiam não ser classificadas entre as três espécies acima referidas. Como exemplos, podem ser referidas as obras técnicas e tecnológicas.

15. Relativamente aos crimes contra a propriedade intelectual, a ação penal é privada, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público, e, ainda, nos casos previstos nos §§ 1.º e 2.º do art. 184 do Código Penal. O dispositivo revogado aludia apenas à entidade de direito público.[2]

J. Crime contra o estado de filiação

16. A Lei 6.898, de 30 de março de 1981, previu a conduta de "registrar como seu filho de outrem", inserindo-a no *caput* do art. 242 do Código Penal, e instituiu o perdão judicial para a hipótese do crime ser praticado por motivo de reconhecida nobreza (parágrafo único).

A reforma setorial

A. O Projeto n.º 2/77

17. Uma grande modificação no sistema do Código Penal ocorreu através da Lei 6.417, de 24 de maio de 1977. As linhas de Política Criminal e de Filosofia Penal daquele diploma foram claramente identificadas não somente pelas novas regras propostas, como também pela exposição de motivos que as apresentou.

Aquela reforma operou-se ao tempo em que foi Ministro da Justiça o Doutor Armando Falcão. A Comissão redatora do projeto foi coordenada pelo Subprocurador da República, Francisco de Assis Toledo e contou com a colaboração da professora Arminda Bergamini Miotto. A oportunidade de reconstituição merece alguns destaques.

A.1. O esvaziamento dos cárceres

18. O Proj.-lei 2, de 1977,[3] que se converteu na Lei 6.416/77, procurava ajustar algumas normas dos Códigos

2. A Lei 8.635, de 16.3.1993, substituiu o parág. ún. do art. 184 e criou três outros para ampliar as hipóteses típicas de violação de direito autoral e para determinar que o juiz, na sentença condenatória, ordene a destruição do produto ou da reprodução criminosa.

3. *Diário do Congresso Nacional*, 12-3-1977, pp. 196 e ss. O texto da Exposição de Motivos, constante da Mensagem ao Congresso Nacional nº 37, de 1977 (Mensagem n.º 52/77, na origem), foi também publicado em *Código Penal e legislação complementar*, de René Ariel Dotti, Ed. Forense, RJ, 1988, p. 179 e s.

Penal e de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais, a fim de adequar estes importantes diplomas à realidade social dos anos 60 e 70.

A Exposição de Motivos que introduzia o projeto, salientava que um dos graves problemas determinantes do pensamento de reforma se devia à superlotação dos estabelecimentos prisionais gerando, além da situação de promiscuidade, o "acúmulo de tensões, principalmente nas prisões obsoletas de grande porte. Os órgãos da administração penitenciária têm conseguido, a muito custo, conter a situação, em atmosfera de apreensão constante, que cria problemas de toda espécie para os que lidam com a justiça penal".[4]

19. Sob outro ângulo, o aumento dos índices de criminalidade em larga escala preocupava extraordinariamente os poderes públicos, diante da constatação de que um grande número de condenados ou acusados sujeitos à prisão provisória e medidas de internamento não estavam recolhidos, por falta de capacidade dos estabelecimentos penais.

Uma idéia inicial propunha a solução através do aumento do número e da capacidade dos diversos estabelecimentos penais. A fórmula, no entanto, apenas iria prorrogar a situação de incerteza, posto que o aumento dos índices de criminalidade tornaria inócua qualquer reforma assentada exclusivamente no plano material.

20. O Proj.-lei n.º 2/77 reconheceu a moderna tendência em se reservar a privação da liberdade somente para os agentes de crimes mais graves e para as categorias de sujeitos que revelam especiais características de periculosidade. Mas, não propôs um novo sistema de penas porque, para tanto, seria preciso alterar profundamente a Parte Especial do Código Penal.

Conforme, ainda, a Exposição de Motivos, o Proj.-lei n.º 2/77 revelou a finalidade de buscar eficiente solução, a curto prazo, para as mais agudas dificuldades no campo de execução penal, razão pela qual "com a preocupação de resolver o problema da superlotação das prisões, *sem contudo deixar os delinqüentes impunes*",[5] enfatizava a necessidade de enfrentar as situações mais críticas e urgentes.

A.2. Outros aspectos do Projeto n.º 2/77

21. Em suas linhas mestras tanto o projeto como a maioria das emendas apresentadas[6] harmonizavam-se quanto aos aspectos fundamentais para a boa disciplina dos sentenciados como pontos básicos para a individualização; a disciplina do trabalho e sua remuneração (com especificação dos fins); a aferição mais realística da periculosidade e o melhor flexionamento dos institutos do *sursis* e do livramento condicional.

A.3. O sistema vicariante

22. A emenda n.º 24 apresentada pela Associação dos Advogados de São Paulo, reduzindo as hipóteses de presunção normativa de periculosidade, procurava viabilizar outra tendência doutrinária de caráter acentuado, ao insistir na tese de que as presunções normativas de periculosidade deveriam ser reduzidas, quando não extintas. Como

4. Paragráfo nº 2, Em René Ariel Dotti, *Código Penal*, cit., p. 179 e *Diário do Congresso Nacional*, 12-3-1977, pág. 194.

5. Parágrafo n.º 8, em René Ariel Dotti, ob. cit., p. 180 e *Diário do Congresso Nacional*, cit., p. 195.

6. Entre elas, as elaboradas por comissão instituída pela Associação dos Advogados de São Paulo e publicadas no *Diário do Congresso Nacional*, de 25-3-1977, pp. 371 e s. Presidida por Miguel Reale Junior, a comissão foi também integrada por Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos De Moraes Pitombo, Rogério Láuria Tucci e René Ariel Dotti.

subsídio àquela posição destacava-se a doutrina de Heleno Cláudio Fragoso ao proclamar como correta a solução do Anteprojeto Hungria em eliminar o sistema do duplo binário que, no entender de Fragoso, estava "em franco declínio por toda parte. No Brasil, afora uma ou outra malograda experiência, ele realmente não chegou a ser posto em prática. Nas últimas edições de seu compêndio, Mezger nos fala, a propósito, na crise do duplo binário".

A.4. O sistema do duplo binário

23. A impossibilidade em se instituir um sistema vicariante puro foi reconhecida em alguns modelos penais da atualidade, como o Código Penal da Alemanha ocidental (1975), que através dos artigos 65 e seguintes prevê, além da pena privativa de liberdade, a medida de segurança de internação em estabelecimento de terapêutica social (art. 65).

B. A Lei 6.416, de 24 de maio de 1977

B.1. As penas privativas de liberdade

24. A Lei 6.416/77 alterou profundamente o sistema das penas (Tit. V), dando nova redação ao *caput* do art. 30 do Código Penal, alterando os parágrafos existentes e criando outros. Devem ser destacados os seguintes aspectos: a) a supressão do isolamento celular contínuo; b) a instituição dos regimes de execução (fechado, semi-aberto e aberto), adotando-se como referências a quantidade da pena e a não periculosidade do condenado; c) a institucionalização da prisão-albergue, como espécie do regime aberto; d) a regulação do trabalho externo para os condenados em qualquer regime; e) a distribuição dos frutos do trabalho (indenização dos danos causados pelo crime, assistência à família, despesas pessoais e formação de pecúlio); f) a previsão genérica de "concessões" (trabalho externo, freqüência a cursos fora do estabelecimento, licença para visitar a família), a serem regulamentadas por lei local ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente e g) a extensão ao detento, dos direitos e das "concessões", previstas para o condenado à pena de reclusão.

B.2. A pena de multa

25. A Lei 6.416/77, pelo seu art. 4.º, mandou reajustar para o padrão *cruzeiro* (vigente ao tempo), na proporção de 1:2.000 (um por dois mil), os valores monetários previstos no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei das Contravenções Penais.

B.3. A reincidência

26. Foi eliminada a diferença entre reincidência *genérica* e reincidência *específica*, como causa de agravação da pena. Segundo a redação original do Código Penal, a reincidência era *genérica*, quando os crimes eram de natureza diversa, e *específica*, quando os crimes eram da mesma natureza. Consideravam-se da mesma natureza os crimes previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentavam, pelos fatos constitutivos ou pelos motivos determinantes, caracteres comuns (art. 46, §§ 1.º e 2.º).

27. Estabeleceu-se a *temporariedade da reincidência,* com a seguinte regra: "Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos" (parágrago único do art. 46).

B.4. A suspensão condicional da pena

28. Ampliou-se a possibilidade do *sursis* também para os condenados à pena de reclusão. Anteriormente à Lei 6.416/77, a suspensão condicional da pena somente era possível ao condenado à detenção e, excepcionalmente, ao

sentenciado à pena de reclusão, desde que fosse menor de 21 anos ou maior de 70 anos. A redação adotada foi a seguinte: "*Art. 57.* A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, pode ser suspensa, por dois a seis anos, desde que: I - o sentenciado não haja sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no parágrafo único do art. 46;[7] II - os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime, autorizem a presunção de que não tornará a delinqüir."

B.5. O livramento condicional

29. O livramento condicional passou a ser admitido ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos. Anteriormente, o *caput* do art. 60 previa o livramento somente se a pena de reclusão ou detenção fosse superior a 3 (três) anos. Aquela regra estabelecia um hiato, dentro do qual não era possível nem o *sursis* e nem o livramento condicional, quando a condenação fosse superior a 2 (dois) anos e igual ou inferior a 3 (três anos). Diante daquele *vazio*, não era inusitada e nem exótica a ação de revisão, na qual o condenado à pena de 3 (três) anos, por exemplo, requeria o seu aumento para, com isso, poder pleitear o livramento condicional.

B.6. As penas acessórias

30. Relativamente às penas acessórias, a Lei 6.416/77 deu nova redação ao inciso V do parágrafo único do art. 69 do Código Penal, para declarar que incorreria na interdição referente à suspensão dos direitos políticos, o condenado à pena privativa de liberdade, "enquanto durarem os efeitos da condenação".

7. O art. 46 e parágrafo único, tratam da reincidência e de sua temporariedade.

B.7. Verificação de periculosidade

31. Embora mantendo o sistema do *duplo binário*, a reforma instituída pela Lei 6.416/77 procurou atenuar os males da presunção *real* de periculosidade, ou seja, aquelas hipóteses distintas da presunção *normativa*, prevista pelo art. 78 do Código Penal.[8] Quando a periculosidade não fosse presumida por lei, isto é, além das hipóteses do art. 78, deveria ser presumido perigoso o agente: I - se os seus antecedentes e personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizassem a suposição de que viesse ou tornasse a delinqüir; II - se, na prática do fato, revelasse torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral (art. 77).

32. Com a finalidade de adequar o reconhecimento da periculosidade real às exigências da justiça material, a reforma de 1977 estabeleceu duas regras importantes: a) determinou que competia ao juiz da instrução declarar na sentença a periculosidade do réu, para o efeito de transferência de regime de execução da pena privativa de liberdade; b) previu a existência de um corpo de funcionários para investigar, coletar dados e informações para instruir o requerimento de verificação de periculosidade (§§ 1.º e 2.º do art. 77).

8. "Art. 78. Presumem-se perigosos: I - aqueles que, nos termos do art. 22, (correspondia ao atual art. 26), são isentos de pena; II - os referidos no parágrafo único do art. 22 (correspondia ao parágrafo único do atual art. 26); III - os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez; IV - os reincidentes em crime doloso; V - os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores."

B.8. Presunção de periculosidade

33. A presunção de periculosidade não prevaleceria se, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o crime posterior, tivesse decorrido período de tempo superior a dez anos, no caso dos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou de cinco anos, nos outros casos. Esta foi a redação dada ao § 1.º do art. 78 do Código Penal.

B.9. Extinção da punibilidade

34. Consagrando legislativamente o enunciado da Súmula n.º 388, do Supremo Tribunal Federal, a reforma de 1977 incluiu mais um inciso ao art. 108 do Código Penal, declarando a extinção da punibilidade pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes contra os costumes, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias, contados da celebração.

B.10. Novas hipóteses de perdão judicial

35. A pena é dor, aflição e sofrimento. Tais sentimentos foram expressamente reconhecidos como sinônimos da sanção penal com a inserção, na Parte Especial, de mais uma causa extintiva de punibilidade. Declara o § 5.º, do art. 121: "Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária". A mesma causa aplica-se à hipótese de lesão corporal culposa (art. 129, § 8.º).

A reforma global

A. O Anteprojeto Hungria

36. Em 1961, o Ministro da Justiça Pedroso Horta, solicitou a Nélson Hungria, Hélio Tornaghi e Roberto Lyra a elaboração de anteprojetos de Código Penal, Código de Processo Penal e Código das Execuções Penais, respectivamente. Os textos vieram a lume no ano de 1963. Aqueles documentos sintetizavam as tendências nacionais e internacionais refletidas na teoria e na prática das ciências penais. Compunham, também, parte do legado do efêmero Governo Jânio Quadros, posto que durante a sua gestão aqueles destacados juristas foram convidados para o desafio da reforma global do sistema penal, diante das novas necessidades sociais, econômicas e culturais que emergiram no final da década dos 50.

37. O Anteprojeto de Código Penal continha 391 artigos. A Parte Geral encerrava-se com o art. 116, que tratava da revogação da reabilitação, enquanto a Parte Especial iniciava-se com o art. 117, que dispunha sobre o homicídio simples. Algumas figuras novas, não criminalizadas ou previstas na legislação especial ou tratadas como causas especiais de aumento da pena, foram introduzidas no Anteprojeto, como: a) provocação indireta ao suicídio (art. 120, § 2.º); b) aborto por motivo de honra (art. 124); c) genocídio (art. 128); d) exposição ou abandono de recém-nascido por motivo de honra (art. 135); e) embriaguez ao volante (art. 138); f) perigo resultante de violação de regra de trânsito (art. 139); g) fuga após o acidente de trânsito (art. 140); h) ofensa contra a memória dos mortos (art. 147), ampliando a tutela que o Código Penal restringira à hipótese de calúnia; i) ofensa contra a pessoa jurídica (art. 148), resolvendo, assim, a discussão ainda muito acesa nos tribunais sobre a capacidade passiva das pessoas morais em tema de crimes contra a honra, etc.

O crime de furto era previsto no art. 164 (criminalizava-se o furto de uso, art. 165); o roubo estava no art. 167 e no Capítulo dos crimes contra o

patrimônio estava prevista autonomamente a *chantagem*: "Obter ou tentar obter de alguém, para si ou para outrem, indevida vantagem econômica, mediante a ameaça de revelar fato, cuja divulgação pode lesar gravemente a sua reputação ou de pessoa que lhe seja particularmente cara: Pena - reclusão, de 3 a 10 anos e pagamento de 30 a 80 dias-multa" (art. 171).

O dano era descrito pelo art. 175; a apropriação indébita pelo art. 180; o estelionato pelo art. 183, enquanto os delitos contra a propriedade imaterial retornavam para o Código Penal.

O estupro era tratado pelo art. 236, a sedução pelo art. 240 e o rapto fundamental pelo art. 242.

Entre as hipóteses de ilícito contra a assistência familiar, incluía-se o "abandono de mulher grávida", através da seguinte norma: "Abandonar, na indigência, ou sem assistência, a mulher que tornou grávida e se acha na impossibilidade de prover a própria subsistência, em razão da gravidez ou do parto: Pena - detenção, até seis meses, ou pagamento de 5 a 15 dias-multa (art. 267).[9]

No campo dos ilícitos contra a saúde, o comércio, a posse e a facilitação de uso de entorpecentes se mantinham num único artigo (com quatro parágrafos) no corpo do Código Penal (art. 305) e o tipo do curandeirismo não sofria alteração em confronte com o texto do Código.

O peculato estava no art. 336, (criava-se a figura do peculato de uso); a concussão era prevista pelo art. 342, a corrupção passiva, pelo art. 343; a prevaricação pelo art. 344 e a violação arbitrária pelo art. 349.

Entre os delitos contra a Administração da Justiça se incluía a publicidade opressiva nos seguintes termos: "Fazer, pela imprensa, rádio ou televisão, antes de intercorrência de decisão definitiva em processo penal, comentários tendentes a exercer pressão sobre as declarações das testemunhas ou sobre as decisões das jurisdições de instrução e julgamento: Pena - detenção, até 6 (seis) meses, ou multa de 5 (cinco) a 15 (quinze) dias-multa" (art. 372).

Também no mesmo Capítulo, após a conservação das normas incriminadoras referentes ao patrocínio infiel e ao patrocínio simultâneo ou tergiversação - assim como se contém no texto do Código -, criava-se o tipo designado por "advocacia marrom": "prestar assistência jurídica a outrem, sem autorização legal e mediante remuneração: pena - detenção, até 3 (três) meses, ou pagamento de 3 (três) a 15 (quinze) dias-multa." (art. 385).

38. A simples leitura do texto do anteprojeto fornecia uma visão panorâmica das tendências da época em que foi elaborado: a nota marcante da criminalização em lugar da descriminalização, a conservação da estrutura da Parte Geral e da arquitetura de ilícitos da Parte Especial e alguns avanços no terreno das reações penais, com a instituição do estabelecimento penal aberto (art. 37) e a cominação da multa em dias (art. 42 e parágrafo único).

Mantinham-se no entanto, as disposições (complicadas) a respeito das penas acessórias (art. 78), não obstante a

9. Na Parte Geral estavam cominados os limites penais, da seguinte forma: *a)* o mínimo da pena de reclusão era de 1 (um) ano e o máximo, de 40 (quarenta) anos; *b)* o mínimo da pena de detenção era de 15 (quinze) dias, e no máximo de 20 (vinte) anos (art. 35, § 1.º); *c)* a pena de multa, cominada em dias-multa, tinha o montante de 1 (um) dia-multa, no mínimo, e 300 (trezentos) dias-multa, no máximo (art. 42); *d)* o "algarismo" do dia-multa era fixado "segundo o prudente arbítrio do juiz devendo este ter em conta as condições pessoais e econômicas do condenado", não podendo ser inferior ao salário mínimo da região, nem superior a Cr$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros) (art. 42, parágrafo único).

demonstração prática de inconsistência como categoria de características próprias, além da perda de crédito institucional de algumas modalidades, como a publicação da sentença.

39. Não causava estranheza a circunstância do anteprojeto ter sido decalcado no Código Penal de 1940, posto ter sido Nélson Hungria o líder e o principal redator deste diploma. Seria compreensível, portanto, que a proposta de reforma não afetasse os pilares sobre os quais se construiu o texto monumental de 1940 e cuja Parte Especial ainda hoje se mantém virtualmente inalterada.

É preciso, ainda, considerar que somente a partir da metade dos anos 60, e durante a década seguinte, é que se operaram as grandes transformações na prática penal e penitenciária e nos estilos sociais e econômicos de modo a gerar dois fenômenos marcantes: a) liberalização de meios e métodos tendentes a desoprimir o sistema fundado na execução contínua da prisão fechada e abrir a experiência da prisão-albergue, das autorizações de saída e das transferências de regime; b) a adoção de alternativas à prisão, ampliando os casos de suspensão condicional da pena e de livramento condicional.

40. Em São Paulo, por iniciativa do Instituto Latino-americano de Criminologia, sob a direção de Francisco Bueno Torres, e da Secretaria de Estado da Justiça, tendo à frente o Professor Miguel Reale, promoveu-se um grande ciclo de conferências sobre o anteprojeto. O evento teve por cenário a Sala João Mendes, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e a duração de vários meses (3.9.1963 à 26.2.1964). Renomados mestres de Direito Penal, de Direito Processual Penal e de outras ciências da conduta deram a sua contribuição crítica ao anteprojeto: Américo Marco Antonio ("Causas de exclusão de criminalidade no anteprojeto do Código Penal"); J.A. Cesar Salgado ("As penas no anteprojeto Nelson Hungria"); Edgard Magalhães Noronha ("Crimes contra o patrimônio"); Raul Afonso Nogueira Chaves ("Crimes contra a fé pública"); Hélio Gomes ("A Medicina Legal em face do anteprojeto Nelson Hungria"); Basileu Garcia ("As penas e sua aplicação no anteprojeto"); Heleno Cláudio Fragoso ("Da responsabilidade penal no anteprojeto"); José Frederico Marques ("Da causalidade penal no anteprojeto"); Theodolindo Castiglione ("Circunstâncias atenuantes e agravantes"); José Luiz de Anhaia Mello ("A Constituição e o anteprojeto Nelson Hungria"); Flamínio Fávero ("Dos crimes contra a saúde pública"); Paulo José da Costa Junior ("Do concurso de crimes em face do anteprojeto do Código Penal"); Rui Junqueira de Freitas Camargo ("Dos crimes contra a propriedade imaterial"); Euclides Custódio da Silveira ("Dos crimes contra a vida no anteprojeto do Código Penal"); Alcides Munhoz Netto ("Erro de fato e erro de direito no anteprojeto do Código Penal"); Onésimo Silveira ("Do concurso de agentes, em face do anteprojeto do Código Penal"); Leonídio Ribeiro ("Papel do Médico-Legista na reforma do Código Penal"); Everardo da Cunha Luna ("A causalidade na omissão, no anteprojeto do Código Penal"); Odon Ramos Maranhão ("Das medidas de segurança e periculosidade"); Hélio Helene ("Direito Penal e direito disciplinar, suas diferenças e atinências"); Noé Azevedo ("Da ultratividade das leis excepcionais ou temporais"); Joaquim Canuto Mendes de Almeida ("Da ação penal"); João Carlos da Silva Telles ("Do livramento condicional"); Theophilo Arthur de Siqueira Cavalcanti Filho ("Os crimes contra a liberdade de imprensa"); Mario de Moura e Albuquerque ("Da reincidência no anteprojeto Hungria").[10] O

10. Os trabalhos estão publicados em "*Ciclo de Conferências sôbre o Anteprojeto*

ciclo encerrou-se com a conferência de Nélson Hungria ("Respostas às objeções ao anteprojeto").[11]

41. O Anteprojeto Hungria foi integralmente publicado nos volumes 1 (abril e junho) e 2 (julho e setembro) do ano de 1963, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, que ingressava em sua nova fase graças à liderança intelectual de Heleno Fragoso e ao valioso apoio da Universidade do Estado da Guanabara.[12] A *Revista* passou a ser o órgão oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do referido Estado.

Heleno Fragoso foi o secretário da *Revista* em seu novo período de existência e o grande animador cultural. Não somente atuava nas funções de secretário. Era, também, o diretor de fato, minucioso como organizador paciente das colaborações.

42. No segundo número da *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (julho-setembro de 1963), Heleno Fragoso dava à estampa os seus primeiros comentários críticos ao Anteprojeto Hungria.

Sob o título "A reforma da Legislação Penal", Fragoso saudava o aparecimento do anteprojeto como "o início de nova etapa no desenvolvimento do direito penal brasileiro. É obra da maior categoria, confirmando a posição destacada que o grande mestre ocupa hoje na ciência do Direito Penal".

Ao admitir que o trabalho foi elaborado em prazo exíguo, Heleno Fragoso reconhecia no anteprojeto a base ideal para os estudos da reforma e a demonstração da inegável experiência de Nélson Hungria na feitura de leis e na surpreendente evolução de seu espírito "sempre em dia com as mais recentes contribuições ordinárias".

As observações feitas por Heleno Fragoso em atendimento à convocação da Ordem dos Advogados do Brasil, dedicaram-se, naquela primeira etapa, aos temas seguintes: Aplicação da lei penal, concurso aparente de normas, lugar do crime, relação de causalidade, tentativa, culpabilidade (eliminação da responsabilidade objetiva e erro); estado de necessidade; responsabilidade penal; emoção, paixão e embriaguez; concurso de agentes; o sistema de penas; o sistema do duplo binário (o anteprojeto abolia a imposição sucessiva de pena e medida de segurança); penas privativas de liberdade; regime penitenciário; prisões abertas; pena de multa e aplicação da pena.

43. Numa segunda etapa (*Revista*, n.º 3, outubro-dezembro de 1963), Heleno Fragoso abordou estes aspectos: criminosos habituais e por tendência; concurso de crimes; crime continuado; suspensão condicional; vigilância do liberado; revogação do livramento; penas acessórias; medidas de segurança; ação penal; perdão judicial; prescrição e reabilitação.

As observações sobre os crimes em espécie restringiram-se aos delitos contra a pessoa.

As polêmicas em torno de algumas propostas constantes do anteprojeto envolveram intensamente os especialistas da matéria, merecendo leitura os magníficos artigos de Nélson Hungria ("Em torno ao Anteprojeto do Código Penal"), editados nos números 3 e 4 da *Revista* nos quais o pranteado mestre revelava o seu imenso talento e a inesgotável fonte de conhecimentos teóricos e práticos sobre a ciência a que

do Código Penal Brasileiro", edição Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1965.

11. Ob. cit., p. 462 e s.

12. Com a transferência da Capital Federal para Brasília (21.04.1960), o então Distrito Federal, constituído pela cidade do Rio de janeiro, transforma-se em Estado da Guanabara. Tal situação permaneceu até 1975 quando ocorreu a fusão entre os Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, sob a denominação de Rio de Janeiro.

tanto iluminou a partir do final dos anos 30 e que ainda dignifica com seus textos imorredouros.

B. O Código Penal de 1969

44. O Anteprojeto Hungria, após a sua primeira publicação oficial em 1963,[13] foi objeto de análise por comissões instituídas no âmbito do Ministério da Justiça. A primeira delas, integrada por Nélson Hungria, Hélio Tornaghi e Roberto Lyra iniciou seus trabalhos em janeiro de 1964. Em face dos acontecimentos políticos determinados pelo movimento militar, de 1.º de abril de 1964, os trabalhos daquela primitiva comissão foram gravemente prejudicados. Em carta dirigida ao Ministro da Justiça, Milton Campos, em 17 de junho daquele ano, o mestre Roberto Lyra renunciou aos cargos de presidente da comissão revisora do anteprojeto de Código Penal e de membro da comissão revisora do anteprojeto de Código de Processo Penal. Vale transcrever um eloqüente trecho daquela histórica correspondência: "Li, com o respeito de sempre, a entrevista em que Vossa Excelência aludiu a remessa dos referidos anteprojetos, depois de revistos ao Congresso Nacional. *Estou convencido de que uma obra de tanta magnitude científica e de tanta delicadeza técnica não deve sobrecarregar e desviar nesta hora, um Parlamento ressentido e emprazado. Em relação ao meu anteprojeto de Código das Execuções Penais, que é uma tentativa de criação e avanço, dirijo a Vossa Excelência emocionado apêlo no sentido de deixar sua revisão e seu encaminhamento para oportunidade mais propícia à reflexão".*[14]

45. A primitiva comissão revisora foi dissolvida em 9 de fevereiro de 1965 e outra foi designada pelo Ministro Milton Campos, composta por Nélson Hungria, Hélio Tornaghi, Anibal Bruno e Heleno Fragoso. Em artigo-memória desses trabalhos, Heleno Fragoso destaca a sensibilidade e a compreensão reveladas pelo autor do anteprojeto, recolhendo as críticas com humildade e as propostas de revisão de seu texto.[15]

Em fins de 1965, a Comissão revisora encerrou a primeira parte de seu trabalho. Ninguém melhor que Heleno Fragoso para narrar as vicissitudes que surgiram: "O projeto revisto deveria ser passado a limpo, distribuindo-se cópias aos membros da Comissão, ficando entre eles acertado que uma segunda leitura do texto revisto deveria realizar-se. Várias questões haviam ficado em aberto, e um estudo comparativo deveria ser feito quanto às penas cominadas, na Parte Especial. Ficamos, assim, os membros da Comissão, aguardando que de nôvo nos convocassem para o prosseguimento do trabalho. Parece, no entanto, que o govêrno se havia desinteressado do assunto, talvez em face dos graves problemas políticos que àquela época o ocupavam e não mais recebemos qualquer notícia do projeto. Nélson Hungria externou, em várias oportunidades, desde então, o seu desânimo, não mais acreditando que o trabalho realizado pudesse vingar. Com o passar do tempo, as insuficiências e os defeitos do projeto foram-se tornando evidentes a nossos olhos (e seguramente ao próprio Nélson Hungria). O prof. Anibal Bruno certa vez nos disse que preferia desvincular o seu nome do trabalho de revisão, se o projeto se convertesse em lei na forma como o havíamos deixado. Em verdade, porém, o trabalho não estava concluído, devendo-se esperar

13. A segunda ocorreu em 1965.

14. Em *Nôvo Direito Penal*, ed. Borsoi, RJ, 1971, vol. I, p. 30. (Grifos meus).

15. Heleno Cláudio Fragoso, "Subsídios para a história do nôvo Código Penal", em *Revista de Direito Penal*, ed. Borsoi, Estado da Guanabara, n.º 3, jul./set., 1971, p. 10.

pela oportunidade de reexaminá-lo, numa segunda leitura do projeto, como já mencionamos."[16]

46. Prossegue o depoimento de Heleno Fragoso: "Em janeiro de 1969, recebemos comunicação telefônica de Nelson Hungria, dando conta de que o Ministro da Justiça de então, o Prof. Gama e Silva, o avisara de seu propósito de editar o nôvo Código Penal, por decreto, imediatamente. A Câmara Federal e o Senado achavam-se então em recesso, por fôrça do Ato Institucional n.º 5. Estava, já então Hungria, gravemente enfermo, vítima de insidiosa moléstia que o levaria à morte, em 26 de março.[17] Ponderamos ao mestre que o projeto revisto não estava em condições de se transformar em lei como se achava, lembrando que ficáramos de realizar uma segunda leitura, bem como que diversas questões haviam ficado em aberto."[18]

47. A narrativa de Heleno Fragoso nos dá conta de que Nélson Hungria manifestara o interesse de ver o projeto sancionado por decreto, diante da impossibilidade de discussão pelo Congresso Nacional. E prometera analisar com os demais membros da Comissão algumas questões em aberto, quando recebesse do Ministério da Justiça os originais do projeto, na forma como a Comissão o deixara em 1965. Com a morte de Hungria, o Ministério da Justiça não mais reuniu a Comissão, principalmente após a advertência feita por Heleno Fragoso, a um assessor, de que o projeto não estava em condições de ser promulgado. E o próprio pessoal do Ministério iria se encarregar da redação da exposição de motivos. Surgiu, no entanto, um fato novo: o Ministro da Justiça designara o Prof. Alfredo Buzaid para a coordenação da reforma dos códigos e sob a sua presidência realizaram-se algumas reuniões com os remanescentes das comissões revisoras dos anteprojetos do Código Penal e do Código Penal Militar. Estiveram presentes apenas os professores Ivo D'Aquino e Benjamin Moraes, pois o Prof. Anibal Bruno, doente, escusou-se. Fragoso apresentou 45 emendas à Parte Geral. "Quanto à Parte Especial, dada a urgência, nada podia se reexaminar. A Exposição de Motivos foi redigida por nós na Parte Geral e pelo Prof. Benjamin Moraes, na Parte Especial. Pronto o trabalho, datilografado às pressas para o seguinte despacho ministerial, entrou novamente num ponto morto, com a doença e depois com o falecimento do presidente Costa e Silva e a situação política complicada que então se criou. Nessa oportunidade o professor Benjamin Moraes reexaminou com mais vagar o projeto, introduzindo-lhe modificações, sobretudo na Parte Especial. Nenhuma participação tivemos nessa fase do trabalho, nem sabemos quem aqui interferiu ou colaborou. O Código foi promulgado pela Junta Militar que governava o país, em 21 de outubro de 1969 (Dec.-lei 1.004)".[19]

48. Possivelmente, o sinal mais expressivo da descontinuidade científica dos trabalhos de revisão do Anteprojeto Hungria e do malsucedido Código de 1969, foi transmitido por Luiz de Mello Kujawski, em nota escrita que precede um anteprojeto elaborado pelo Ministério Público de São Paulo: "segundo foi

16. O projeto revisto foi publicado pela revista *Justitia*, nºs 68 e 69.

17. Um dos jornais do Rio de Janeiro, ao noticiar a morte do príncipe dos penalistas brasileiros, referiu que nos últimos momentos que desfrutou com a família, Nélson Hungria teria dito: "Logo mais, quando estiverem me levando e eu não puder falar, saibam que estarei dizendo em silêncio: 'Aqui vai o Nélson; muito a contragosto'"(RAD).

18. Heleno Cláudio Fragoso, *Subsídios*, cit., p. 11.

19. Heleno Fragoso, *Subsídios*, cit., pp. 11 e 12.

revelado em conferência pública pelo Prof. Benjamin Moraes Filho, a publicação do nôvo Código resultou, por engano, de um rascunho inacabado, que será revisto e novamente publicado" (*Justitia*, n.º 67, p. 362)".[20]

C. A reforma do CP 1969 (Lei 6.016/73)

49. Mesmo antes de entrar em vigor, o Código Penal de 1969 foi reformado. O art. 407 do Dec.-lei 1.004, de 21 de outubro de 1969, prometia o início da vigência do diploma para o dia 1.º de janeiro de 1970. Mas assim não ocorreu, posto que as grandes dificuldades de natureza político-institucional não aconselhavam a Junta Militar[21] a admitir uma profunda alteração no sistema do Direito Penal comum, máxime quando proliferavam os processos instaurados sob a acusação da prática de crimes contra a segurança nacional, sob a vigência do terrífico Dec.-lei 898, de 29 de setembro de 1969, que previa as penas de morte e de prisão perpétua para as infrações políticas em tempo de paz.

Paradoxalmente, entrou em vigor o Código Penal Militar (Dec.-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969). Algumas propostas comuns a ambos os diplomas (o CP comum e o CP militar), como o reconhecimento do estado de necessidade também como excludente da culpabilidade e a redução do limite de capacidade penal para 16 anos (se o agente revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento), somente foram viabilizadas pelo Código militar.

50. Com o objetivo de aprimorar o novo Código Penal, o Governo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 1.457/73, cuja Mensagem foi lida na sessão de 23 de agosto de 1973.[22] O pranteado Senador paranaense Accioly Filho foi o relator da matéria no senado. Sua notável obra foi muito justamente reconhecida pelo Senador Franco Montoro como um esforço "verdadeiramente beneditino", pela colheita e difusão de idéias em vários centros intelectuais do País: Universidades, Tribunais, associações da Magistratura e do Ministério Público, OAB e institutos de Advogados. Em 16 de novembro de 1973, o Senador Accioly Filho apresentou um substitutivo, como fruto daquele perseverante e lúcido trabalho. Aprovado no Senado, o substitutivo foi rejeitado pela Câmara dos Deputados, que preferiu ficar com a proposta do Governo. Tive oportunidade de afirmar, a tal respeito, que a Nação perdeu "um patrimônio jurídico de grande relevo, posto que sintetizou, através de uma grande número de emendas, as tendências mais vivas e ilustradas do pensamento brasileiro".[23]

51. A Lei 6.016/73 mantinha a dicotomia erro de direito/erro de fato, assim como fora proposto pelo CP 1969, mas alterou a Parte Geral em

20. Em Heleno Fragoso, *Subsídios*, cit., nota n.º 10 à p. 12.

21. Em 31.8.1969, os Ministros da Marinha de Guerra (Augusto Hamann Rademaker Grunewald), do Exército (Aurélio de Lyra Tavares) e da Aeronáutica (Márcio de Souza e Mello), comunicaram o impedimento, por doença, do Presidente General Arthur da Costa e Silva. E, através do Ato Institucional n.º 12, assumiram o Governo da Nação, enquanto perdurasse o impedimento. Mas, com a morte de Costa e Silva, a Junta Militar manteve-se no Governo até a posse do novo Presidente: Emílio Garrastazu Médici (1971/1974).

22. Sobre a tramitação do aludido projeto, ver *Código Penal, Histórico da Lei n.º 6.016 de 1973*, edição da gráfica do Senado Federal, Brasília, 1974.

23. René Ariel Dotti, *Bases e alternativas para o sistema de penas*, Editora Lítero-Técnica, Curitiba, 1980, nota nº 42, à pág. 34.

aspectos relevantes: a) não admitiu a possibilidade de punir a tentativa com a pena do crime consumado, em caso de excepcional gravidade (parágrafo único do art. 14), mantendo o critério do Código Penal de 1940 e reafirmado pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, isto é, a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços; e b) não rebaixou o limite da capacidade penal, conservando-o em 18 anos.

O art. 40 do novo diploma institucionalizou a prisão-albergue nos seguintes termos: "Quando o condenado for primário e de nenhuma ou escassa periculosidade, poderá o juiz determinar que a pena privativa de liberdade seja cumprida sob o regime de prisão-albergue: I - desde o início da execução, se a pena não for superior a três anos; II- após completado um terço da execução, se excedido esse limite e ouvido o Conselho Penitenciário. § 1.º. No regime de prisão-albergue, o condenado poderá exercer, fora do estabelecimento penal e sem vigilância, atividade profissional e freqüentar instituição de ensino, sujeito às condições especificadas na sentença de concessão do regime. § 2.º Se o condenado fugir, será transferido para estabelecimento penal fechado, não se lhe concedendo mais a prisão-albergue."

Aquela consagração legislativa foi o ponto alto de um itinerário de dúvidas e convicções em torno da libertária instituição que teve o seu nascedouro no Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo. Através dos Provimentos n.os XVI/65, de 7 de outubro, e XXV/66, de 14 de novembro, o Conselho regulou a prisão-albergue como variante da *prisão aberta*, experiência que países europeus do ocidente estavam transmitindo a partir do início dos anos 50.

52. O Código Penal de 1969, com a reforma introduzida pela Lei 6.016, de 31 de dezembro de 1973, foi revogado pela Lei 6.578, de 11 de outubro de 1978.

Os movimentos de reforma

53. Como é curial, a lei não é fruto de geração expontânea. Ela reflete as tendências sociais, econômicas, políticas e culturais de uma sociedade, em determinado tempo e lugar. Em se tratando de grandes diplomas, destinados a introduzir modificações relevantes na teoria e na prática do sistema penal, pode-se afirmar que *gênese ideológica* é composta por movimentos de crítica e de reforma. Nos anos 70, em nosso País, não obstante o regime autoritário imposto pelo governos militares, a discussão e as propostas de revisão do Código Penal, do Código de Processo Penal e de autonomia do Direito de Execução Penal, foram marcantes. Alguns eventos científicos e acadêmicos podem ilustrar esse período fecundo para a alteração que seria mais tarde introduzida através da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Alguns deles merecem ser comemorados.

A. I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários

54. O documento extraído naquela oportunidade (1970), foi a *Moção de Friburgo* que durante muitos anos constituiu referência obrigatória não apenas aos especialistas como à imprensa e ao público, diante das denúncias da falência do sistema penitenciário e da existência de milhares de mandados de prisão não cumpridos. O documento advertia que "as falhas do nosso sistema penitenciário são devidas, antes de mais nada, ao anacronismo da legislação penal e processual penal, presas, ainda, à idéia de ser a pena de prisão o remédio indispensável ao tratamento do crimino-

so, de qualquer grau de periculosidade e seja qual for a gravidade do delito praticado, bem como de ser a segregação cautelar o melhor meio para garantir a eficácia da persecução criminal".[24] Os seus defensores foram os procuradores de Justiça de São Paulo, Francisco Papaterra Limongi Neto e Antonio Carlos Penteado de Moraes e o Doutor Diwaldo de Azevedo Sampaio, então membro do Conselho Penitenciário e Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo.

B. O IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins

55. Também naquele ano de 1970, realizou-se no Recife o IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. Foram objeto de discussão o Código Penal de 1969, o Anteprojeto de Código de Processo Penal, de autoria de José Frederico Marques, e o Anteprojeto de Código de Execução Penal, elaborado por Benjamin Moraes Filho.

56. Uma das teses aprovadas, tratou especificamente dos problemas da execução da pena privativa de liberdade. A última de suas conclusões propunha que o processo de execução não poderia desconhecer o homem, nem retribuir em demasia a culpa, mas deveria "observar as regras mínimas de tratamento conforme recomendações de Congressos que afirmaram a importância de um Direito Executivo Penal, submetido ao indispensável e contínuo controle jurisdicional".[25]

C. A Moção de Goiânia

57. Entre as manifestações alusivas ao cinqüentenário da morte de Rui Barbosa, reuniram-se estudiosos das ciências penais e de Criminologia em Goiânia, no ano de 1973. Um dos itens da ***Moção*** declara que "o tratamento penal do condenado deve importar no respeito integral à dignidade humana, de forma a restaurar-lhe a estima social e a utilização do seu valor no processo de desenvolvimento social". Recomendou-se, expressamente: "a) limitação do uso da privação da liberdade aos casos de penas mais graves e aos condenados realmente perigosos; b) adoção, para os condenados de escassa ou nenhuma periculosidade, do regime de prisão aberta e prisão-albergue; c) a introdução de medidas humanísticas conducentes à reintegração social do condenado, como: ampliação do perdão judicial, do *sursis* e do livramento condicional, além de outras medidas substitutivas da pena de prisão".[26]

58. A *Moção de Goiânia* teve grande ressonância nos meios intelectuais e profissionais e foi amplamente difundida. O Prof. Licínio Leal Barbosa foi o coordenador do evento, que contou com a participação de expressivos nomes da teoria e da prática do Direito Penal e das ciências afins.[27]

D. O V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins

59. Foi realizado em São Paulo, em 1975, e teve como principal objetivo a discussão das reformas introduzidas pela Lei 6.016/73, reformadora do Código

24. A *Moção de Nova Friburgo,* foi publicada na RT 425/407.

25. René Ariel Dotti, *Pena privativa de liberdade (Fisionomia e questões*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1970, n.° 13.

26. Uma das publicações está na *Ciência penal,* Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1982, I/9.

27. José Salgado Martins, Manoel Pedro Pimentel, Alcides Munhoz Netto, Jair Leonardo Lopes, Everardo Da Cunha Luna, Raul Chaves, Luiz Vicente Cernicchiaro, Benjamim Moraes Filho, Juçara Fernandes Leal, Jonathas Silva, Vitorino Prata Castelo Branco, Virgilio Luiz Donnici, Geraldo Batista De Siqueira e outros.

Penal de 1969. Daquele evento, foram extraídas importantes conclusões no campo da humanização das penas e medidas de segurança.

Uma delas salientou a "urgência de uma reforma do sistema de penas, fortalecendo-se a luta já iniciada para que a prisão se restringisse aos delinqüentes que representem um perigo social, ou aos casos de comprovada necessidade, encontrando-se para os outros tipos de infratores, substitutivos penais satisfatórios". Uma outra, também aprovada unanimemente, propunha a necessidade de um "sistema interacionista" para a execução da pena, garantindo maiores poderes ao juiz e a proteção de todos os direitos da pessoa humana, não atingidos pela condenação.[28]

E. A CPI do sistema penitenciário

60. A Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a proceder o levantamento da crise penitenciária nacional, foi instituída pela Câmara dos Deputados em 1975. As suas conclusões, publicadas com o relatório em 1976, contêm uma síntese trágica representada pela contradição entre as proclamações otimistas de vários textos legais e a dura realidade cotidiana. Nunca antes em nosso País e com tanta veemência foi dito que nos *ambientes de estufa* das instituições totais, a ociosidade é a regra inevitável e profunda. "A deterioração do caráter resultante da influência corruptora da subcultura criminal, o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde, são conseqüências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como *sementeira de reincidência*, dados os seus efeitos criminógenos."[29]

F. O I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária

61. Na Capital federal, em 1981, realizou-se o I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, reunindo mais de dois mil participantes. Foram amplamente discutidos os anteprojetos de reforma da Parte Geral do Código Penal, da Lei de Execução e do Código de Processo Penal. O Congresso encerrou com a *Carta de Princípios* que, entre seus redatores, teve a colaboração notável de Evandro Lins e Silva e José Frederico Marques. A declaração solene daquele documento foi assim posta: "Democraticamente reunidos, os participantes do primeiro Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária deram a contribuição de sua inteligência, de sua cultura e de seu patriotismo, para enfrentar os desafios que envolvem a justiça penal, a prevenção da criminalidade, a defesa dos interesses sociais, a garantia dos direitos humanos, de modo a eliminar da execução penal o *hiato de legalidade* em que se encontra."[30]

28. Em *Revista de Direito Penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1975, n.os 17/18, p. 131 e 132.

29. DCN, supl. ao n.º 61, de 4.6.1976, p. 002. O relator da CPI foi o Deputado Ibrahim Abi-Ackel.

30. *Anais do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária*, edição Ministério da Justiça, 1982, I/15.