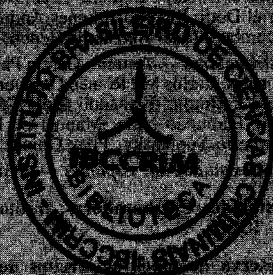


REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

ano 3 - n. 10 - abril-junho - 1995

10

REVISTA
DOS TRIBUNAIS



Publicação Oficial do
INSTITUTO BRASILEIRO DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Rua Tabatinguera, 140, 2.º andar, sala 206

CEP 01020-901 - São Paulo, SP — Tels.: (011) 604-1653 e 605-7724

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

Trimestral — ANO 3, número 10, ABR-JUN/95

Diretor: Carlos Vico Mañas.

Conselho diretivo: Adauto Alonso Silvinho Suannes; Alvaro Busana; Antonio Magalhães Gomes Filho; Belisário Santos Júnior; Carlos Vico Mañas; David Teixeira de Azevedo; Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr.; Fauzi Hassan Choukri; Luciana 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: Antonio Carlos de Castro Machado, Antonio Carlos Franco, Antonio Celso Aguillar Cortez, Angélica de Maria de Mello de Almeida, Berenice Maria Gianella, David Teixeira de Azevedo, Edson Torihara, Eliana Passarelli, José Carlos de Oliveira Robaldo, José Silva Junior, Laís Helena Domingues de Castro Pachi, Luciana Ferreira Leite Pinto, Lufza Nagib Eluf, Luiz Antonio Marrey, Luiz Fernando Vaggioni, Luiz Flavio Borges D'Urso, Leonidas Ribeiro Scholz, Maria Lucia R. C. Pizzotti Mendes, Mario de Oliveira Filho, Oswaldo Henrique Duek Marques, Roberto Barioni, Roberto Maurício Genofre, Sergio de Oliveira Medici, Silvia Helena Furtado, Sylvia Helena Steiner, 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, Damásio Evangelista de Jesus, Dante Busana, Dirceu de Mello, Edmeu Carmesini, Edmundo de Oliveira, Ercílio Cruz Sampaio, Ester Kosowsky, Evandro Lins e Silva, Evaristo de Moraes Filho, Fernando da Costa Tourinho Filho, Francisco 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 Yarochelsky, Licínio 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.º 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 Rodríguez, Milton Cairoli Martinez, Norberto Spolansky, Pilar Gomez Pavon, Raul Cervini, Roberto Bergalli.

Representante na Espanha — Willian Terra de Oliveira

Entidades Colaboradoras: Instituto Manoel Pedro Pimentel e International Center of Economic Penal Studies — ICEPS

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 Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Tel. (011) 607-2433 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 — São Paulo, SP, Brasil

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: (011) 607-2433

Digitização e Diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 — São Paulo, SP, Brasil — **Impressão:** EDITORA PARMA LTDA., Av. Antônio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 070220-20 — Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

Despenalización del consumo mínimo de drogas en Colombia: Una apuesta por la libertad — ALEJANDRO DAVID APONTE	5
Una experiencia notable. El nuevo Derecho Penal Austriaco (Codigo Penal de la República de Austria — Vigente desde el 1 de enero de 1975) — EUGENIO RAÚL ZAFFARONI	27
Os crimes contra a liberdade sexual no Código Penal Português após a revisão de 1995 — JOSÉ ANTÓNIO MOURAZ LOPES	47
Compensação, restituição, sanção pecuniária e outras vias e meios de reparar o dano às vítimas do crime através dos tribunais — KURT MADLENER	52

2. DOUTRINA NACIONAL

A reforma do Código de Processo Penal — ADA PELLEGRINI GRINOVER	58
A personalidade do suicida — ALVINO AUGUSTO DE SÁ	63
As agravantes no Código de Defesa do Consumidor — ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA	72
Rigorismo inútil — DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR	99
Cooperação internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito — JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR	105
Princípios constitucionais relativos aos crimes de imprensa — RENÉ ARIEL DOTTI	116
A criminalidade e os meios de comunicação de massas — SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA	135
A universalidade dos Direitos Humanos — SYLVIA HELENA STEINER MALHEIROS	144
Recurso do réu em liberdade: Uma releitura dos arts. 594 do CPP e 35 da Lei 6.368/76 — WEBER MARTINS BATISTA	151

3. PARECERES

Uma restrição inconstitucional ao Direito de Advogar — ADAUTO SUANNES	157
Exame de Projeto de Lei 4.393/89, que altera o art. 180 do Código Penal — DAMÁSIO E. DE JESUS	163
Contradição entre as respostas e soberania do júri — FRANCIS SELWYN DAVIS	169

4. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

Um pouco de história luso-brasileira — RENÉ ARIEL DOTTI	176
---	-----

6. JURISPRUDÊNCIA**6.1 Jurisprudência Comentada**

O devido processo legal e a defesa efetiva — DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JÚNIOR	188
---	-----

6.2 Jurisprudência Recente

Advogado — Crimes contra a honra — Imunidade Judiciária — Limites — Estatuto da OAB — STJ — HC 4.056-4-RJ — 5.ª T. — j. 21.11.94 — Rel. Min. Assis Toledo	192
---	-----

Direito Processual Penal — Apelação — Recolhimento ao cárcere — Necessária a motivação — Proporcionalidade diante da pena imposta — STJ — HC 2.806-6-RJ — 6.ª T. — j. 18.10.94 — Rel. Min. Adhemar Maciel	195
---	-----

Direito Penal — <i>Habeas corpus</i> — Concessão de liminar — Cabimento — TFR — 3.ª Reg. — HC 94.03.049949-4 — 1.ª T. — j. 22.11.94 — Rel. Juiz Sinval Antunes	201
--	-----

6.3 Ementário de jurisprudência — ROBERTO DELMANTO JUNIOR	210
--	------------

6.4 Jurisprudência organizada

<i>Habeas corpus</i> — Atualização — ALBERTO SILVA FRANCO e LUIZ CARLOS BETANHO	259
---	-----

7. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES

Julgamento dos Prefeitos pelos Juízos de Primeira Instância — Uma proposta de alteração na Constituição Federal — RUI STOCO	279
---	-----

8. TRABALHOS FORENSES

Efeito suspensivo em Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público em face de recurso que não o tem. Constrangimento ilegal — ALBERTO ZACHARIAS TORON	289
--	-----

9. NOTICIÁRIO	297
----------------------------	------------

10. CURSOS

Cursos do IBCCRIM — “Crimes de Imprensa” — MAURIDES DE MELO RIBEIRO e ADRIANO NUNES CARRAZZA	299
--	-----

11. RESENHAS

Garantias Constitucionais e o Inquérito Policial, <i>Fauzi Hassan Choukr</i> — ALCEU CORRÊA JÚNIOR	307
--	-----

12. RESUMOS — FAUZI HASSAN CHOUKR	310
--	------------

DESPENALIZACIÓN DEL CONSUMO MÍNIMO DE DROGAS EN COLOMBIA: UNA APUESTA POR LA LIBERTAD

ALEJANDRO DAVID APONTE

Doutorando em Direito Penal

“Quizá estemos viviendo el final de una época marcada por los inquisidores, personalidades dominadas por la idea de configurar una sociedad más justa y organizada de acuerdo con sus objetivos y quienes decidieron tomar para sí la responsabilidad de la felicidad de los demás”. (Andrei Tarkovski)

1. Presentación — 2. El Cartel de Cali en la mira — 3. El falso jugador — 4. La Nueva Constitución Política — 5. La Sentencia: sobre los costos de la libertad en una sociedad democrática — 6. De la responsabilidad individual frente al problema de las drogas.

1. Presentación

El día 2 de diciembre de 1993 un cuerpo élite de la policía colombiana dio muerte al jefe máximo del cartel de drogas de la ciudad de Medellín. Al descanso se sumó la zozobra: moría un hombre, tras él, una guerra con costos incalculables en vidas humanas y en recursos de toda índole. Se sabía no obstante que el problema de la droga no dependía de él. El carácter internacional de dicho problema unido al margen precario de decisión que posee el Estado colombiano frente al mismo, se hizo de nuevo presente: horas después de la muerte del “capo” y con la cual el Estado colombiano deseaba mostrar al mundo — que vigila con celo sus pasos — un nuevo y concreto hecho en su compromiso de lucha contra el narcotráfico, en importantes círculos de la política norteamericana apenas se

registró el mismo, se le concedió un pequeño reconocimiento al Estado colombiano y, en cambio, de inmediato se le advirtió que la verdadera “guerra” debía darse desde ese momento contra el cartel de Cali. Ello marca el inicio de la época más tensa que han vivido en su historia reciente las relaciones entre Colombia y los Estados Unidos, marcadas en los últimos años sobre todo y desafortunadamente, por el fenómeno del nar-cotráfico. Esa tensión en las relaciones, es la que enmarca el contexto concreto dentro del cual, el día 5 del mes de mayo de 1994, se produjo una sentencia de la Corte Constitucional colombiana, en la cual se descriminaliza el consumo mínimo personal de drogas concebidas como estupefacientes.

El efecto de la sentencia ha demostrado de nuevo el carácter internacional del problema de las drogas y la fragilidad que subyace a las decisiones adoptadas en el ámbito judicial por las autoridades

colombianas. Si bien dentro de la propia sociedad se han producido toda clase de reacciones frente a la sentencia, la prensa internacional y, sobre todo, la prensa y las autoridades norteamericanas, han expresado claramente su desconfianza ante tal decisión y han puesto en duda la transparencia de la misma. Es por eso que en este ensayo, que pretende no sólo comentar la sentencia, sino evaluar de manera general los alcances de la misma dentro de la comunidad jurídico-política colombiana, nos detendremos en primer lugar en el contexto histórico específico en el cual ella se produjo. En segundo lugar, explicaremos el carácter que se ha otorgado, en el marco de la administración de justicia colombiana, al narcotráfico. En tercer lugar, indicaremos sintéticamente los hechos más relevantes que rodearon la expedición de la nueva Constitución Política colombiana que fue promulgada el mes de julio de 1991 y bajo la cual se dictó la sentencia que estudiamos. Finalmente, abordamos el análisis de la sentencia en concreto y del salvamento de voto de los magistrados disidentes. Terminamos el ensayo aludiendo al desarrollo actual del debate que en Colombia se ha producido a raíz de la decisión tomada.

2. El Cartel de Cali en la mira

Inmediatamente después de la muerte del jefe máximo del Cartel de Medellín, en círculos de la política estadounidense, se inició la presión sobre el gobierno colombiano para perseguir el Cartel de Cali. Se dijo que la verdadera "batalla contra las drogas estaba allí". Este aviso del país del norte se hacía sin considerar seriamente los costos reales que para la nación colombiana representó su "guerra" contra el Cartel de Medellín. En el mismo mes de diciembre ocurrió un hecho significativo dentro de la política norteamericana y de la precaria

autonomía del gobierno colombiano, que contó con una gran desinformación y que tomó de sorpresa a la ciudadanía: en un pequeño poblado situado en el mar pacífico y a escasos kilómetros de la ciudad de Cali, se produjo un desembarco de tropas norteamericanas. Se informó que se trataba de la construcción de una "escuela pública para esas poblaciones". Pero nadie entendió cómo 159 soldados armados estaban allí para eso: la opinión pública sospechó que se trataba más bien de maniobras contra el Cartel de Cali. El gobierno reconoció que se adelantaban operaciones conjuntas en "general" en el marco de convenios internacionales celebrados con los Estados Unidos, pero no habló de narcotráfico. Ello produjo además un enfrentamiento entre el ejecutivo y el poder judicial, ya que el Consejo de Estado replicó al presidente, recordándole enfáticamente que es su obligación consultarle cuando pretenda autorizar el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional.

Lo cierto es que la opinión pública vio en ese hecho una clara intromisión de los Estados Unidos en asuntos internos. Tanto más clara se hará esta visión cuando en el mes de marzo el senador norteamericano John Kerry, presidente de la comisión de asuntos de narcóticos del Senado, y en el marco del informe anual sobre la estrategia internacional de lucha contra las drogas presentado a esa corporación, se refirió en los términos más duros utilizados por autoridad política alguna norteamericana contra la lucha antidrogas colombiana y, más allá, contra la sociedad misma, al llamarla en conjunto una "narcodemocracia". El informe señala que prácticamente todos los estamentos de la sociedad están invadidos por el narcotráfico, que la justicia colombiana es blanda con los narcotraficantes, que el Fiscal General de la Nación de Colombia se encuentra a favor de la legalización

de las drogas y que éste funcionario se entrevistó con jefes del Cartel de Cali con el objeto de lograr su sometimiento a la justicia, pero que estos contactos son "perturbadores y de ellos no se informó a autoridades policiales ni a diplomáticos estadounidenses".¹

Quedaba así claro para la opinión pública colombiana que era necesario entonces pedir permiso a los Estados Unidos antes de adelantar cualquier gestión en relación con el tema. Se recordó la invasión a Panamá, cuando el día 20 de diciembre de 1989, autoridades norteamericanas criminalizaron una nación entera y asesinaron población civil con el pretexto de capturar al General Noriega acusado de narcotráfico. La comunidad respondió en conjunto: partidos políticos, organizaciones sociales, gremios, ciudadanos del común, familiares de víctimas de la lucha contra las drogas, estudiantes etc. La Fiscalía General de la Nación respondió con un comunicado enérgico que revela además el carácter trágico del problema: de un lado se acusa a Colombia de ser una narcodemocracia; esto obra como una exigencia explícita de mayores sacrificios para el país entero, y del otro, el cinismo de quienes permanecen lejanos y cómodos frente a una lucha desigual y ante sus costos. Luego de hacer alusión justamente a estos altísimos costos, expresa el Fiscal: "Podría ser entonces que en el Senado norteamericano hay quienes desearían ver la continuación exacta de la misma lucha, a una distancia segura desde los Estados Unidos, en vez de considerar alternativas que distribuyan las cargas de la guerra contra las drogas de una forma más equitativa". Además, aclara el funcionario qué razón lo llevó a expresarse en foros y seminarios en universidades norteamericanas a favor

de una legalización. A su juicio, lo hizo bajo el supuesto de buscar "alternativas distintas a la hasta hoy fracasada guerra contra las drogas". Y agrega, "en mi opinión, la política antinarcóticos debe ser guiada por dos metas: la disminución del tráfico y del consumo, y el desmantelamiento del crime organizado (sí, señor Kerry, esto incluye al cartel de Cali y también al crimen organizado de Nueva York, Los Angeles, Houston, Chicago, Boston etc). No estoy a favor de una legalización en términos de un mercado libre. Mi interés radica, en cambio, en pensar en modelos de legalización que quiebren la columna económica de los carteles".²

También el gobierno colombiano, a través de su embajador en los Estados Unidos, respondió a las acusaciones. Quedó sin embargo planteada una clara diferencia entre el ejecutivo y la fiscalía: el gobierno se declara contrario a toda posibilidad de legalización. El presidente colombiano, que en pocos meses entregaba su mandato, se perfilaba en ese momento como el más serio aspirante al cargo de presidente de la O.E.A (Organización de Estados Americanos). Era claro que necesitaba el voto favorable de los Estados Unidos. Voto que al final obtuvo. Para muchos sectores de la opinión, su posición de independencia se vio afectada por esta necesidad.

A los ocho días de haber presentado el informe el senador y pese a las reacciones en su contra, éste mismo reiteró en un periódico norteamericano su calificativo de "narcodemocracia". El escenario estaba marcado entonces por el momento más crítico dentro de las relaciones Colombo-norteamericanas, y al mismo tiempo por distanciamientos entre instituciones estatales colombia-

1. Apartes del informe de John Kerry publicados en el periódico *El Tiempo*, Bogotá, 7.4.94.

2. Réplica de la Fiscalía General de la Nación al informe del senador norteamericano. Publicada en el periódico *El Tiempo*, Bogotá, 13.4.94.

nas. En el ámbito social quedó por su parte planteada la idea de una búsqueda de alternativas distintas a la "guerra" contra el narcotráfico y el problema de la legalización. Y es justamente en ese escenario especialmente complejo que se produce, tan sólo unos pocos días después, la sentencia sobre despenalización del consumo mínimo de drogas. Como era de esperarse: se produjo un revuelo generalizado en el país, un rechazo de autoridades y prensa norteamericanas, y por lo menos un recelo marcado dentro de la comunidad internacional. Para cerrar este esbozo histórico, se hace importante resaltar el siguiente hecho: el primero en reaccionar vehementemente fue el propio presidente de la Nación que objetó el fallo de la Corte Constitucional, amenazando con citar al pueblo a un referéndum con el propósito de obtener respaldo político para tratar de modificar la decisión jurídica. La corte entretanto enfatizó su carácter de guardián absoluto de la Constitución Política y la indiscutibilidad de su decisión.

3. El falso jugador

En razón a que parte de las críticas que se hacen a la sentencia y en general a la lucha antidrogas colombiana, tanto por parte de autoridades norteamericanas, como a nivel interno, se encuentran relacionadas con el tratamiento legislativo que se le ha dado al narcotráfico, vemos importante aclarar brevemente su posición como actor en el contexto de la violencia en Colombia.

Lo primero que se hace necesario precisar, es que todos los gobiernos colombianos deben enfrentar dos grandes actores situados en lógicas distintas en el marco de la violencia política: la guerrilla, que desde hace más de cuatro décadas adelanta una confrontación bélica con el Estado colombiano, y el narcotráfico. El primero, puede ser con-

siderado, utilizando el lenguaje del historiador Johan Huizinga, que "piensa el "juego" socio-político en términos de dos actores marginales fundamentales, el falso jugador y el enemigo del juego",³ como el "enemigo del juego" (*Spielverderber*); es decir, como un actor que no acepta el juego socio-político en su conjunto, y que disputa mediante las armas al Estado el monopolio de la violencia, mientras que el narcotraficante, sería el "falso jugador" (*Falschspieler*); es decir, quien acepta el juego en principio, pero hace "trampa" para ganar una mejor posición dentro del mismo.⁴

Al enemigo del juego, aunque ello varía de acuerdo a la correlación de fuerzas en que se viva en el momento específico, en la medida en que históricamente se le ha reconocido en Colombia la defensa de valores ético-políticos propios por los cuales lucha, se lo ha enfrentado utilizando un derecho penal asentado sobre una idea de soberanía estatal relativizada. Es una tradición que viene desde el siglo XIX y en la cual el rebelde ha sido considerado a la sombra del combatiente clásico del derecho internacional de los conflictos armados. Por eso, el rebelde como actor colectivo y el combate como interacción entre enemigos relativos, constituyen el núcleo del tratamiento legal del delincuente político en el sistema penal colombiano. No obstante a que desde el año de 1980 el tipo penal

3. Iván Orozco Abad, con la colaboración de Alejandro David, Aponte, *Combatientes, Rebeldes y Terroristas. Guerra y Derecho en Colombia*, Instituto de Estudios Políticos y relaciones Internacionales de la Universidad Nacional — Editorial Temis, Bogotá, octubre de 1992, p. 245.

4. Así lo explica el autor: "el jugador, que se opone a las reglas o que se sustrae a ellas, es un enemigo del juego". Por ello, "es totalmente distinto al falso jugador". Johan Huizinga, *Homo Ludens: Von Ursprung der Kultur im Spiel*, Hamburg, 1958, pp. 18-19.

de terrorismo esté siendo utilizado como marco global de criminalización también para el rebelde, a partir del reconocimiento del "altruismo" en la motivación de su conducta, éste siempre ha recibido por parte del Estado colombiano un tratamiento penal-estatal privilegiado. Existe el tipo penal de "rebelión", como "delito político" y a partir del cual se impone una pena más benigna al delincuente político. El reconocimiento de ese altruismo motivacional ha servido al mismo tiempo como sustento de los procesos de negociación con las guerrillas, de las amnistías que le siguen, de los indultos y de las distintas medidas políticas: programas de reinserción social de la guerrilla, apertura a guerrilleros desmovilizados para que participen en discusiones legislativas etc. Existe el conflicto armado interno y es cruel, pero a su lado se han pensado también salidas políticas. En otras palabras: en el horizonte de una convicción política, con el enemigo del juego se ha negociado "sobre la mesa".

Con el falso jugador en cambio, eso no ocurre. El Estado no negocia con el mero delincuente, incluso cuando por razones políticas se le ha dado un tratamiento benigno. En el caso del narcotráfico es más claro: las enormes presiones internacionales no lo permitirían. O si se negocia con él, se lo hace entonces "bajo la mesa". Así ha ocurrido en Colombia.

El momento más agudo de la guerra contra el cartel de Medellín se adelantó bajo el gobierno del presidente Virgilio Barco (1986-1990), especialmente después del asesinato en 1989 de un candidato presidencial por parte de miembros del cartel. El presidente siguiente, pensando quizá en los costos siniestros de una guerra inútil y solitaria con terroristas que sometieron a la sociedad colombiana al miedo, cambió la estrategia de lucha: de la guerra generalizada, a su política de "sometimiento

a la justicia". Es decir, a un llamado claro a las organizaciones del narcotráfico para que a partir de un sistema complejo de "confesión" de los delitos, se sometieran, ciertamente con "prevenciones" y penas mucho menores que aquellas que les debería corresponder, a la justicia penal colombiana. Se trataba de incentivar su entrega a partir de la "rebaja de penas". Aunque es una salida política a la mera perspectiva militar, es en todo caso, una figura jurídico-política que no significa la renuncia del Estado al punto de vista interno de la soberanía y de sus valores, sino que acentúa los mismos y ratifica la asimetría ético-jurídica propia de la relación entre el Estado y el delincuente común. Es una política pensada como alternativa al enfrentamiento bélico: el presidente fue consciente que todo su mandato podía perderse para el desarrollo del país con una agudización de la guerra con el narcotráfico.

Hacer este recuento histórico es importante, pues el nuevo presidente, posesionado en agosto de 1994, debe enfrentar el mismo problema: o jugarse la carta de la guerra frontal, esta vez, contra el cartel de Cali — que ciertamente se fortaleció de al amparo del declive de su enemigo el cartel de Medellín — o implementar una política combinada en la cual prevalezca un sistema de rebaja de penas por confesión (sistema recibió un impulso legislativo adicional en diciembre de 1993, interpretado por muchos como una entrega descarada del estado colombiano a los capos del narcotráfico, producto del "Lobby" de los abogados del cartel de Cali en el Congreso de la República), al mismo tiempo que se mantiene la posibilidad de una acción bélica.

En todo caso, tanto en 1990 y en la actualidad, dos preguntas permanecen con todo su implacable significado y en su disyuntiva aguarda una sociedad agobiada por un problema a veces mucho

mayor que sus propias fuerzas. La primera: en un escenario moral tan descompuesto, en el que intervienen los más distintos actores con toda suerte de intereses, la rebaja de penas por confesión y, más allá, por delación, pueden ser mucho más graves que los costos de un enfrentamiento sin negociaciones ni concesiones. La segunda: ¿puede seguir siendo pensada tan sólo la alternativa de la guerra en términos de una "ética de conciencia", o puede pensarse en soluciones distintas en términos de una "ética política de responsabilidad"? Sin duda, la verdad de la gran cantidad de víctimas del pasado, enfrentada a la convicción de evitarlas en el futuro será, en tanto disyuntiva, clave de cara a cualquier decisión que sea tomada al respecto.

4. La Nueva Constitución Política

Tras una serie de asesinatos cometidos por el narcotráfico especialmente durante el año de 1989, tras el recrudecimiento generalizado de la guerra contra el cartel de Medellín y en general en un período crítico caracterizado por una violencia difusa y generalizada, tuvo lugar en Colombia una manifestación espontánea y masiva de estudiantes que pedían pensar en salidas concretas a la crisis profunda que tocaba todos los estamentos de la sociedad. A una primera manifestación siguieron varias y de ellas surgió una propuesta que estaba ya en la mente de muchas personas: una reforma constitucional por una vía excepcional, en la cual tuvieran participación todos los estamentos que conforman la sociedad. De hecho el presidente de la Nación en ese entonces había promovido una reforma fallida a través de la vía normal del Congreso de la República. Frente a dicho fracaso, una Asamblea Nacional Constituyente fue la propuesta concreta. Y, si es cierto según Norberto Bobbio, que una Constitución Política

debe se, ante todo, un gran tratado de paz, es esa la esencia de la nueva Carta Política colombiana.

Los pueblos llegan por distintas vías a una conciencia del valor del derecho. A esa conciencia, que en Colombia, como opción radical de construcción de futuro se expresa en la normativa constitucional, se llegó por una vía concreta: el terror. Azotado desde décadas por una violencia política que se manifestaba más radicalmente en el campo y en zonas apartadas, el país enfrentó al final de los años 80, por primera vez, el terror en las calles de las ciudades y de manera indiscriminada. Las bombas del narcoterrorismo agudizaron también una conciencia ya existente y generalizada, sobre la necesidad de un cambio radical de las instituciones jurídico-políticas. Todos los actores involucrados en el conflicto social y político, tuvieron representación en la Asamblea Constituyente. Al mismo tiempo: minorías étnicas, partidos políticos y numerosos movimientos sociales. En 1990 se eligieron por elección popular los constituyentes; en 1991, por espacio de 6 meses, tuvo lugar la tarea de reforma constitucional, siendo promulgada la nueva Carta Política en julio de ese mismo año.

Todo pacto de paz es en esencia un pacto sobre derechos. Y la nueva Constitución Política los consagró de manera exhaustiva. En la Carta de Derechos, en el núcleo axiológico de la Constitución, reside su valor fundamental. El tránsito de una soberanía nacional — expresado en la antigua Carta Política — a una soberanía popular — consagrado en la actual — indica que la sociedad no puede seguirse construyendo desde el Estado y en una función disciplinante, sino al contrario, es desde la sociedad y los derechos del individuo, que debe construirse y programarse toda la actividad estatal. El individuo y sus derechos preceden y condicionan el andamiaje y funcionamiento de las

instituciones. "Es el hombre y no las instituciones estatales, el centro de la Constitución Política". Así lo dice una de las primeras sentencias de la Corte Constitucional, institución creada también al amparo de la nueva Constitución Política. El control constitucional ha sido siempre central en Colombia, pero estaba confiado a una sala constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia.

De otra parte, el extenso articulado sobre derechos humanos ha tenido un desarrollo extraordinario por parte de la Corte. Puede decirse sin exageración, y sin desconocer en ningún momento que ella se mueve en un campo de fuerzas complejísimo y que también ha producido sentencias contradictorias y sujetas a exigencias políticas por fuera del derecho, que dicho organismo ha generado una verdadera revolución jurídica en Colombia. Es en ese contexto: una Carta Política que como pacto de paz es rica en la consagración de derechos, y en la tarea renovadora de la Corte Constitucional, que debe entenderse el sentido de la sentencia que hemos de evaluar. Fácil sería descalificarla, insinuando cómodamente que los magistrados que la impulsaron son otros funcionarios más comprados por los carteles de la droga dentro de una "narcodemocracia". El esfuerzo de estos primeros apartes está dirigido justamente a aclarar el contexto en que ella se dio, para situar el problema en una dimensión más real. Baste agregar además, que el magistrado ponente es un profesor de filosofía del derecho alejado de los avatares del dinero de las mafias.

5. La Sentencia: sobre los costos de la libertad en una sociedad democrática

Desde el siglo pasado ha existido en Colombia la llamada "acción pública de inconstitucionalidad". Mediante ella un ciudadano común, sin ninguna exigencia

especial, puede demandar ante el órgano de control constitucional, cualquier ley que a su juicio viole la Constitución Política y solicitarle declare su inexequibilidad. En virtud de esta acción, tuvo lugar la sentencia en cuestión. La corte Constitucional está conformada por nueve magistrados y en su elección participan las distintas ramas del poder público. La sentencia se produjo por una mayoría apretada de cinco votos contra cuatro.

Se demandaron diversos artículos de un estatuto legislativo especial creado en 1986, denominado "Estatuto Nacional de Estupefacientes". Se trata además del primer paso en la creación de lo que puede considerarse el nuevo "eficientismo penal" en Colombia. Explicado de manera sucinta: consiste en la prevalencia de la "eficacia" como único fin, sobre la legitimidad estatal y los derechos fundamentales, como idea valorativa de un nuevo derecho penal especial destinado para enfrentar actores especiales como el narcotráfico.

En este caso particular, se trata, en primero lugar, del artículo 51 del estatuto, que ordena el arresto, por primera vez de 30 días y una multa en dinero, y por segunda vez de hasta un año, siempre que el hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero, a quien "lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma marihuana, cocaína o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal".

El estatuto, en su artículo 2, define la dosis personal como la "cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de (20) gramos, la de marihuana hachís la que no exceda de (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia abase de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de (2)

gramos". (precisamos que esta norma fue encontrada ajustada a la Carta Política, pues se consideró que constituye un legítimo ejercicio de la facultad legislativa inscrito dentro de la órbita de su competencia).

En segundo lugar, agrega el citado artículo 51, "el usuario o consumidor que, de acuerdo con el dictámen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto. La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de ésta a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva seccional de Medicina Legal".

5.1 Sobre la tensión entre Derechos y Deberes dentro de la nueva Carta Política

Quizá lo más interesante de esta sentencia radica en que tanto ella como el salvamento de voto, encuentran arraigo constitucional para sus argumentos. Ni aquella ni éste falsean la Constitución Política. Más allá de constituir el resultado de una confrontación a nivel interpretativo de distintas normas, revela una tensión existente en el corazón de la Carta política entre derechos y deberes, al mismo tiempo que descubre la tensión latente entre Estado e individuo e individuo y sociedad. En el horizonte de esta triple tensión, abordaremos el análisis de la sentencia.

Si bien de manera general en la amplia enumeración de derechos y sobre todo en el capítulo correspondiente a los

"estados de excepción", se expresa el triunfo de la libertad sobre el orden, el capítulo correspondiente a "los deberes y obligaciones", significa en cambio un triunfo del orden sobre la libertad.⁵ En

5. Es profusa la consagración de derechos en la nueva Carta Política. Su forma abigarrada, su curiosa técnica normativa que puede llamarse de "codificación por agregación", expresa la participación de múltiples sectores de la sociedad colombiana, que buscaron en dicha Carta la consagración de su derecho. Consta de 84 artículos e incluye más de 75 derechos, libertades y garantías. Su técnica respeta la división tripartita que incluyen de manera geral las constituciones contemporáneas: distinción entre derechos civiles y políticos o fundamentales, derechos sociales, económicos y culturales, y derechos colectivos, incluyendo apartados que consagran los mecanismos de protección y la obligación de respetar los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen los derechos humanos y que prohíbe su limitación en los estados de excepción. Toda la Carta está informada por este espíritu de protección internacional. En relación con el nuevo estado de excepción, éste derogó el antiguo estado de sitio que sirvió durante décadas como instrumento privilegiado de los gobiernos para desconocer derechos fundamentales e instaurar un orden en el que la libertad fue la excepción y la autoridad la regla. Hoy sólo es posible para circunstancias muy excepcionales, como la "guerra exterior" y la "conmoción interior"; se ha producido un traslado de la decisión "sobre" y "en" el estado de excepción: ya no corresponde sólo al ejecutivo, también participa de ella el Congreso de la República; existe una regulación precisa de los límites de las facultades del presidente en relación con los otros órganos del poder y frente a la sociedad civil; se ordena que no pueden suspenderse los derechos humanos y las libertades fundamentales y se obliga al ejecutivo a respetar las reglas del Derecho Internacional Humanitario, disposición esta esencial en el Contexto del conflicto armado interno colombiano, circunstancia que ha suscitado precisamente la instauración de reiterados regímenes de emergencia. Es claro que la realidad de

el primer caso, se trata de derechos subjetivos, situados dentro de una visión de los derechos humanos fundamentales como "libertades-resistencia" del individuo y de la sociedad frente al Estado, no regulados por éstos y que constituyen la esfera autónoma de los comportamientos del propio individuo y de la sociedad. En el segundo en cambio, los derechos tienden a ser instituciones objetivas que salen de la órbita individual para instalarse en la órbita del Estado, que pasa a regular sus alcances y finalidades, siendo entonces convertidas dichas instituciones más en deberes que en derechos. "Subsisten así en la Carta Política, libertades "de" y libertades "para", y con ellas una doble concepción de la democracia como simple procedimiento y como confesión".⁶ Ahora bien, más que una disyuntiva entre "libertades-resistencia" del individuo frente al Estado y de "libertades-institución", en la carta política se funden unas y otras, de manera que las primeras y "la visión pluralista y procedimental de la democracia que a ellas subyace, deben ser un antídoto contra los excesos

su uso depende de muchas circunstancias y que de hecho ya ha sido "estrenado" con medidas autoritarias. Sin embargo, las posibilidades de control sobre el Ejecutivo son en todo caso mayores. Por su parte, los "deberes" están consagrados en el mismo título que el de los derechos y garantías. El artículo 95 establece que son "deberes de la persona y del ciudadano", entre otros, "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios", "propender al logro y mantenimiento de la paz", "respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales" y, siendo éste un aspecto importante dentro del debate que nos ocupa, "obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas".

6. Iván Orozco Abad, op. cit., p. 302.

autoritarios que pueden derivar del confesionalismo, mientras las segundas deben operar como mecanismo de compensación frente a la baja sensibilidad social de las primeras".⁷ Así, la sentencia se coloca en el centro de esta tensión, que es tanto más compleja en una sociedad como la colombiana, donde al mismo tiempo que se exige una defensa radical de la libertad individual frente al poder estatal, se vive una "necesidad de Estado" como articulación de agencias múltiples destinadas a la regulación de desequilibrios sociales y a la intervención efectiva en múltiples áreas tradicionalmente abandonadas. Una de ellas y centro de la polémica que estudiamos: la salud de las personas. Fue esa necesidad además la que llevó a los constituyentes a declarar a Colombia como un "Estado Social de Derecho".

5.2 *Del Estado Social de Derecho al riesgo del "Estado Pastoral"*

El valor de la sentencia radica, a nuestro juicio, sin lugar a dudas, en su apuesta radical por la prevalencia en todo caso de la libertad individual, y por esa misma razón se instituye como una clara manifestación de alerta sobre los límites que debe tener la actuación de ese Estado Social de Derecho, cómo debe operar él preferencialmente y sobre los peligros que acarrea un culto desenfrenado a su gestión.

Culto que se traduce en la institucionalización de lo que podría llamarse un nuevo "poder pastoral". Se trata según Michel Foucault, de un poder enmarcado por el nuevo tipo de Estado de las sociedades occidentales, que ha heredado la manera de operar propia del poder pastoral de la Iglesia católica, basado en la capacidad para incidir directamente

7. Ibíden, p. 305.

en el alma de las personas y conducir las a su "salvación", ya no como una promesa escatológica — la promesa de salvación en el otro mundo — sino como una invitación a ella dentro de este mundo: "en este contexto, la palabra "salvación" adquiere diferentes significados: salud, bienestar (esto es: riqueza suficiente, *standard* de vida) seguridad, protección contra accidentes".⁸ Es un poder que actúa de manera caricativa, de forma paternalista, que lo hace no sólo a través de formas totalitarias, sino a través de "prácticas divisorias", con base en un "sistema de diferenciación" — dividiendo el sano y el enfermo, el loco y el cuerdo, el criminal y el buen ciudadano —; que enfatiza dichos roles en la conciencia de las personas, ejerciendo presión sobre ellas y neutralizándolas a partir de ese rol. Con ello las "individualiza", englobando toda su personalidad a partir de una de sus características — la de ser drogadicto por ejemplo — y luego se encarga de ella asumiendo su destino como "individualidad".

"Se há creído la mayor parte del tiempo — Senala Foucault — que el Estado es una forma de poder político que ignora los individuos, que busca sólo el interés de la totalidad". Ello es apenas una parte de la "técnica del poder", pues en realidad, "nunca antes en la historia de las sociedades humanas — incluso en la antigua sociedad china — se ha dado una combinación engañosa tal, dentro de las mismas estructuras políticas, de técnicas de individualización y de procesos de totalización".⁹

Ahora bien, situada la sentencia en el marco general de esta perspectiva crítica,

el artículo 49 de la Constitución Política es fruto de su primera revisión analítica. Dicho artículo señala, en su primer aparte, que "la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios públicos de promoción, protección y recuperación de la salud". Para concluir al final: "Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y el de su comunidad". Para la Corte Constitucional, devolviendo a la órbita individual el bien de la salud, el texto expresa solamente un "deseo del constituyente, de mera eficacia simbólica, portador de un mensaje que el sujeto emisor juzga deseable, pues encuentra bueno que las personas cuiden de su salud, pero que no puede tener connotaciones normativas de orden jurídico general y muchísimo menos de carácter específicamente punitivo".¹⁰ En la primera razón que se argumenta a favor de esta tesis, se busca armonizar la Constitución Política, resolver el falso dilema planteado por las "liberdades-institución", y reafirmar el sentido mismo de la Carta Política: podría pensarse que a través del artículo citado, el "Estado colombiano se asume dueño y señor de la vida y del destino de cada persona sujeta a su jurisdicción, y por eso le prescribe comportamientos que bajo una perspectiva menos absolutista quedarían a la decisión suya y no del Estado. Empero, esta tentativa exegética debe ser deshechada, pues la filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria". Por tanto, agrega la sentencia, "si del texto de una norma se pudiera desprender una conclusión a tono con una ideología de

8. Michel Foucault, "The Subject and Power (afterword)", in Hubert Dreyfus und Paul Rabinow, Michel Foucault: *beyond Structuralism and Hermeneutics*, The University of Chicago, Chicago, 1982, p. 215.

9. *Ibíd.*, p. 215.

10. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia N. C-221/94, Bogotá, mayo 5 de 1994, Magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz, p. 14.

esta naturaleza, sería necesario, en una tarea de armonización sintáctica que incumbe al intérprete, extraer de ella el sentido que no rompa abruptamente con el sistema sino que lo preserve".¹¹

La sentencia rechaza no sólo al "Estado Omnímodo con pretensiones autoritarias" — el clásico Estado absolutista — sino también el Estado Pastoral, el "Estado paternalista y protector de sus súbditos, que cree conocer mejor que éstos lo que conviene a sus propios intereses y hace entonces obligatorio lo que para una persona libre sería opcional". De esta manera llega la Corte al núcleo fundamental de toda su argumentación: "por esa vía benévola se llega al mismo resultado inadmisibles: la negación de la libertad individual, en aquel ámbito que no interfiera con la esfera de la libertad ajena".¹²

Existe, a nuestro juicio, una visión de futuro en este llamado de alerta frente a la actuación del Estado benévolo. Es más difícil sin duda ubicar las consecuencias que para la libertad real tiene dicha actuación, pues a diferencia del ejercicio autoritario estatal a través de la violencia, el cual niega de plano la libertad y los derechos de hombre, el "poder pastoral" actúa menos aparatosa-mente: la salud, la seguridad, la paz, menos como derechos y más como deberes, es decir, como instituciones situadas en el ámbito del Estado y controladas por él, operan bajo el supuesto de un falso consentimiento por parte de los ciudadanos; así, no se arranca violentamente la libertad a los individuos..., ellos de hecho ya la han entregado, están por fuera de su manifestación de consenso las nociones (instituciones objetivas estatales, deberes) de "salud" o de "seguridad", pues ellas se han convertido en cometidos puramente estatales.

5.3 Immanuel Kant y los Fines del Estado

Situados en una perspectiva moderna, los magistrados comienzan separando el derecho y la moral, para concluir que el primero debe intervenir sólo para "regular un comportamiento interferido, esto es, las acciones de una persona en la medida en que interfieren en la órbita de acción de otra u otras, se entrecruzan con ella". Mientras esto no ocurra, es la norma moral, sin relevancia para el derecho, la que "evalúa la conducta del sujeto actuante".¹³ A nuestro modo de ver, esta concepción se coloca en el horizonte de una visión esencial de derecho y del Estado elaborada por Kant, especialmente en relación con los fines que a su juicio debe buscar el Estado, y cuyos presupuestos nos son de gran utilidad para entender el sentido de fondo que subyace a la sentencia.

La forma en que Kant se plantea el problema del Estado, responde a su esquema general del método trascendental, el cual parte de un hecho concebido como un presupuesto absoluto, para establecer después, desde allí, sus condiciones formales de posibilidad. Si en la filosofía práctica el hecho del cual se parte es la capacidad del hombre para formular juicios de valor, en la filosofía del Estado, lo es la existencia misma de los distintos Estados históricos: el fenómeno permanente de grupos humanos integrados bajo una voluntad heterónoma. En su método, a Kant le interesa el Estado en sí, El Estado en general, El Estado en la idea, como una necesidad absoluta de la razón; no le interesa y hace abstracción de ellas, las distintas formas de convivencia política, sino la necesidad misma de la convivencia, la convivencia como tal. El punto de partida en su indagación, es la noción central desde la cual parte su ética: la

11. *Ibíd.*, p. 14.

12. *Ibíd.*, p. 14.

13. *Ibíd.*, p. 9.

noción de autonomía. No la autonomía en el abstracto, es decir, como pretensión absoluta dirigida al ser moral del hombre, sino las posibilidades de realización por el hombre mismo en su condición concreta de ser social. Un problema que puede formularse así, tal como está además formulado de manera genérica en la sentencia que comentamos: ¿cómo puede determinarse el hombre libremente, cuando sus acciones concretas hacia el exterior, han de conjugarse y encontrarse necesariamente con las acciones de los demás; es decir, con acciones que pueden impedir su obra moralmente necesaria?

A este, que es en último juicio el problema de la posibilidad de la moralidad en la convivencia, responde Kant con su concepto del Derecho. Este, no es tan sólo un esquema general de conducta permitida, es la condición de la autonomía en el mundo concreto de las relaciones sociales. Un orden, que por su "certeza" y "permanencia", garantiza el máximo de acción libre en la convivencia, siendo por ello, condición de la determinación moral del hombre como ser social. En efecto, Kant opone el concepto del Derecho, a la aporía suscitada por la pregunta, ¿cómo puede el hombre hacer real la autonomía que es el fundamento de su dignidad y de toda naturaleza racional, en un mundo en que su obrar choca con el obrar de los demás hombres? Responde entonces el filósofo: "Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede ser compatible con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad".¹⁴

La libertad limitada por el derecho es la facultad de obrar externa del hombre, entendida como la posibilidad de acción

susceptible de influir en la esfera de acción de los demás. Kant ve a los hombres enfrentados en el antagonismo de su libertad. El conjunto de acciones contrapuestas es la materia sobre la cual se ejercita el derecho. Dice Kant entonces: el objeto del derecho no son las relaciones del hombre con Dios, sino del hombre con los demás hombres, y ello en tanto que "las acciones humanas puedan tener influencia unas sobre otras como hechos externos".¹⁵ La libertad no debe ser sin embargo limitada por leyes coactivas caprichosas, sino sólo por aquellas sin las cuales no puede existir la sociedad civil y que por lo tanto son absolutamente indispensables para ella. Por eso el derecho no es sólo para Kant un "orden", cualquiera que éste sea, sino limitación de la libertad en la medida estrictamente necesaria para el goce de todos de una misma esfera de acción libre. El celo de Kant por la esfera de la libertad queda claro: "el derecho único y originario que el hombre posee en virtud de su calidad de hombre, es la libertad, en tanto que ella puede coexistir con la libertad de los demás, de acuerdo con una ley general".¹⁶

La "generalidad" como segunda característica del Derecho en Kant, es el abandono de las "decisiones de fuerza" y demás formas arbitrarias de intervención del poder propio del Estado absolutista, en la esfera de la libertad individual, de modo que el poder sea ejercido no por los hombres, unilateralmente y de situación en situación, sino por las leyes de manera abstracta, general y permanente. Allí es donde observa Kant la "certeza" y la "permanencia" necesarias al derecho.

Ahora bien, el concepto del derecho precede a la definición del concepto de Estado. Kant concibe éste como la condición formal misma por la cual el

14. Immanuel Kant, "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", en Immanuel Kant (Werke), Herausgegeben von Ernst Cassirer, Band VII, Berlin, 1922, p. 31.

15. Ibídem, p. 31.

16. Ibídem, p. 39.

orden jurídico se hace posible como orden objetivo de la convivencia. Si el derecho es inevitablemente "coactivo", donde encuentra la fuerza para serlo, es en la dinámica estatal. Es un poder individualizador y asegurador del derecho. Pero, como tal, es ante todo, condición para el ejercicio de la libertad, pues la "libertad es el principio e incluso el presupuesto de toda coacción".¹⁷ Cada vez que Kant se pregunta por el orden, se cuestiona sobre la necesidad de preservar la libertad. Y es en este contexto en el cual discierne sobre los fines del Estado. Reacciona contra una suerte de "Estado paternal", un "Estado de la coacción", en el cual cada uno es forzado, aún contra su libertad, a seguir una conducta predefinida que según el propio Estado es la que mejor sirve a sus fines individuales. Un Estado entregado al fomento del "bienestar" y la "felicidad" de sus súbditos, que para ello entra en todas as esferas "individuales" religión, salud, higiene, vida familiar etc. Kant reacciona radicalmente contra esa idea, que había encontrado de alguna manera expresión legislativa en el Landrecht prusiano. Para Kant, el Estado tiene tan sólo el fin puramente objetivo de mantener y posibilitar el orden jurídico; la felicidad, el destino, la opción moral, son cometidos que al Estado no le competen: "El bienestar o la felicidad de los ciudadanos podrían lograrse mejor quizá en un Estado despótico".¹⁸ Para Kant incluso, y es ésta una idea fundamental para entender el sentido profundo del tema que nos ocupa, la mejor forma de gobierno no es aquella en la que "mejor se vive", sino aquella en la cual los ciudadanos tienen mejor asegurado su derecho. Concluye así entonces: "Un gobierno fundado en el principio de la benevolencia respecto del pueblo, de modo

semejante a como un padre se comporta en relación con sus hijos, es decir, un gobierno paternal (*imperium paternale*) en el cual los súbditos sólo tienen que conducirse pasivamente, como si fueran niños que no pueden distinguir lo que verdaderamente les es provechoso o perjudicial, y que no saben cómo deben ser felices, es el mayor despotismo imaginable".¹⁹ De esta forma, la limitación impuesta a la libertad de cada uno — de no entorpecer la libertad de los demás — y por ello mismo, el dilema de la posibilidad real de la libertad en el ámbito social, está resuelto por Kant en los límites claros que él concibe para el derecho como orden y para la actuación del Estado donde ese orden se hace posible y cierto.

La felicidad, como cometido estatal, es un ideal inalcanzable, no sólo porque ella depende de las circunstancias concretas en las que se mueve cada individuo, y es distinta en cada uno, sino porque la razón humana no posee la agudeza suficiente para abordar en su totalidad los hechos que pueden derivar de una sola y particular acción humana, y por ello, no está en condición de establecer que un determinado comportamiento — aquellos que en la sentencia son situados de manera exclusiva en la órbita de la libertad individual — va a conducir al logro de aquel "estado" particular en que se manifiesta la felicidad y el bienestar humanos. Si hay una racionalidad que se cree con semejante agudeza, entramos entonces a otro terreno: la actuación de técnicas de racionalidad política que disfrazan un extremo autoritarismo. La historia conoce amargas lecciones de tales astucias "racionales". Una vez más: al Estado le corresponde garantizar las reglas de

17. Ibídem, p. 148.

18. Ibídem, p. 124.

19. Immanuel Kant, "Über den Gemeinspruch: Das Mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1973)", in Immanuel Kant... Band VI, p. 374.

juego en una sociedad — actuando, eso sí, sobre toda desigualdad que se traduzca en incapacidad efectiva de amplios sectores para acceder a ellas, y asegurando los medios concretos para que cada uno las pueda utilizar — de tal manera que cada cual escoja los caminos propios para su ilusión de bienestar y de felicidad individual.

La sentencia de la Corte Constitucional colombiana está indudablemente cercana a esta visión del Estado, la cual es atacada severamente en el salvamento de voto. Los magistrados desidentes consideran que se trata de una visión “ingenua y anacrónica, pues sólo refleja una concepción del liberalismo individualista decimonónico, sostenedor del desueto “Estado gendarme”... desconociendo la evolución ideológica, política y económica experimentada por el liberalismo contemporáneo”.²⁰ No es así empero. Como lo hemos señalado, se trata de una clara y necesaria limitación del poder estatal. Ya desde el propio Kant puede observarse cómo el papel de la filosofía, paralelo al desenvolvimiento del Estado moderno y del nuevo manejo político de la sociedad, es el de observar cautelosa y permanentemente el poder excesivo con el cual se reviste la moderna racionalidad política. Tanto más cuanto que el ejercicio arbitrario del poder es cada vez más un fino y sofisticado ejercicio “racional”; cuanto que es cada vez más estrecha la relación entre complejos procesos de racionalización y excesos del poder político.

5.4 Revisión crítica de la noción de “enfermedad” en relación con el consumo de drogas

Uno de esos mecanismos complejos de racionalización, es aquel que en nuestra reseña de Foucault hemos ob-

servado como “sistemas de diferenciación”. En la sentencia se reacciona radicalmente contra el manejo arbitrario de la noción de “enfermo”. En ella, no sólo se rechaza la reacción penal frente al consumo mínimo de drogas, sino que es rechazado profundamente el tratamiento médico que se le impone de manera obligatoria al consumidor. Sólo si el individuo lo solicita, el Estado tiene la obligación de ofrecer tratamiento, y de disponer de los medios adecuados para el mismo. Pero no puede imponérselo sin su consentimiento.

La sentencia reacciona contra la tesis expuesta por muchos funcionarios estatales que avalan las normas declaradas inconstitucionales, pues consideran que ellas le hacen un favor al drogadicto, ya que él es considerado por el Estado más como una “víctima”, que un delincuente, y por ello, antes que un castigo, recibe un “tratamiento adecuado” para su recuperación. Con ese argumento opera en realidad la misma lógica punitiva: del paternalismo criminalizante, al paternalismo terapéutico. Ante esa idea, ante la obligación que imponía al drogadicto la norma para ser “internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación”, se pregunta la Corte: ¿“se trata de una pena (retaliación por haber delinquido) que se destina al sujeto activo de un delito, o de una medida humanitaria en beneficio de un enfermo? Si es lo primero, la norma es inconstitucional, conforme al análisis que ya hemos hecho, pues no se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa”. Si es lo segundo, una medida humanitaria encaminada a restituir la salud a quien padece una enfermedad, precisa la Corte, “no hay duda que también es abiertamente inconstitucional, pues cada quien es libre de decidir

20. Salvamento de Voto a la sentencia de la Corte Constitucional N. C-221 de 1994, p. 2.

si es el caso o no de cuidar de su salud". Los magistrados hacen un recuento de cómo históricamente desde nuestra antigua Constitución el Estado no era considerado el dueño de la vida de las personas, y por eso, en armonía con ella, no constituyó el suicidio un objeto de regulación penal. Concluyen así entonces: "si yo soy dueño de mi vida, *a fortiori* soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que lícitamente yo puedo inflingirme".²¹

Esta idea, centro de la crítica radical en el salvamento de voto, de la reacción gubernamental y del rechazo de los diversos sectores sociales a la sentencia, no la fundamentan los magistrados tan sólo en su tesis sobre la irrelevancia para el derecho de las decisiones enclavadas en el fuero interno, sino en los inmensos costos sociales y que para el ejercicio real de la justicia en un país, han producido los "tratamientos psiquiátricos" para los llamados "enfermos" que son caricativamente tratados como víctimas. Pareciendo el más radical discurso antipsiquiátrico de los años 60s y 70s, pero constituyendo en cambio una evaluación seria de la realidad en que se ejercen estos tratamientos, la sentencia establece, fundada en los más estrictos principios liberales de las libertades-resistencia que, "bajo el tratamiento de ciertas conductas que se juzgan desviadas, como enfermedades, se esconde el más feroz poder represivo, tanto más censurable cuanto más se presenta como una actitud paternal (casi amorosa), frente al disidente". Y agregan, en una clara subversión de aquellos lenguajes que han sido sustento de tareas criminalizantes y degretantes... "La reclusión en establecimientos psiquiátricos o similares, ha sido, desde hace mucho un vitando mecanismo usado por los regímenes totalitarios para

"curar" a los heterodoxos. Y las sociedades contemporáneas se han empeñado en tratar a los drogadictos como heterodoxos, pero heterodoxos enfermos a quienes hay que hacerles ver el mundo como lo ven los gobernantes".²²

De manera indirecta, la sentencia descubre además uno de los problemas que más agobian, sin que se haya puesto suficiente atención a ello, al sistema penal colombiano: la situación de los inimputables; de aquellos que, una vez declarados "enfermos mentales", son recluidos en infiernos sin regreso... En sórdidos anexos psiquiátricos de las cárceles, abandonados a dictámenes médicos sin control y sin tiempo, a la tristeza de la locura sin fin, como se desprende del texto mismo del artículo 51 de la ley 30 de 1986 que, recordemos, señalaba cómo el "drogadicto" debía ser internado, de "acuerdo con dictámen médico" por "el término necesario para su recuperación". Es decir, de manera indefinida, violando principios elementales del derecho penal y violando la misma Carta Política que señala en su artículo 28 sobre el debido proceso que "en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas ni medidas de seguridad imprescriptibles". La norma le confería igualmente poderes sobre la libertad de las personas a médicos, sujetos sin carácter jurisdiccional, sin responsabilidades concretas y sin controles: donde más radical se expresan ciertamente las relaciones de poder dentro de una sociedad, es en la diseminación del mismo hasta llegar a expresarse en personas concretas que lo ejercen libremente y con licencia sobre otras. Es lo que Foucault ha llamado "la microfísica del poder", siendo precisamente el universo general de la medicina, de las terapias, de los tratamientos, uno de los espacios donde más agudamente se expresa el poder y se vulnera la libertad.

21. Sentencia, loc. cit., p. 16.

22. Ibídem, p. 16.

Ya la propia Corte Constitucional, resolviendo una acción de tutela, falló contra la decisión de un juzgado que justificaba la imposición por la fuerza de un tratamiento médico a una persona enferma por parte de familiares suyos. Establece la sentencia que la persona es libre de decidir si se somete o no a un tratamiento médico y a las modalidades del mismo, y que ella "tiene la potestad de auto determinarse, conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos, en lo relativo a lo que a su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida".²³

Sin embargo, no cae la sentencia en la ingenuidad de hacer una especie de elogio de la locura, o un espectáculo de la drogadicción, o un desconocimiento

torpe de las consecuencias que puede traer consigo la opción de la droga. Lo importante es que ella traslada el ámbito de la decisión: de la obligación de un tratamiento impuesto, del destino de la salud en manos del Estado — del "Estado asistencial" — la decisión pasa al individuo. La simple sobreposición de los niveles de "castigar" y de "curar" — como estaba previsto en las normas declaradas inconstitucionales — hace que la respuesta terapéutica estatal funcione, directa o indirectamente, como sucedáneo de la respuesta penal, y no como una terapia edificada sobre "la autopercepción del sujeto, y su libertad de solicitarla según su propia apreciación de las necesidades".²⁴ En la sentencia se consigna no sólo la autonomía de la persona en relación con la decisión en cuanto al uso de la droga, sino que se cree en su capacidad para decidir libremente y de manera diferenciada para su caso particular, el tratamiento por parte del Estado. Es seria la objeción de quienes aseguran que ello es un engaño, pues un drogadicto en estado grave ha perdido su capacidad de determinación autónoma. Sin embargo, es necesario, primeramente, desdramatizar el problema, reconocer que se puede trabajar con éxito por fuera de la actividad criminalizante, en etapas anteriores a un colapso de adicción incontrolada. Además, así como cada individualidad exige un tratamiento diferente y particular y que sólo en cada persona existe y en nadie más, la esperanza o no de salir de su estado, debe creerse y respetarse en todo caso los contornos de su voluntad. Al Estado no le corresponde interpretarlos bajo sus propios principios.

23. Corte Constitucional, Sentencia N. T-493 de la Sala Segunda de Revisión, magistrado ponente, Antonio Becerra, Bogotá, 1993. Citada en la sentencia de inconstitucionalidad que estudiamos, p. 17. La acción de tutela, que es consagrada en otras legislaciones como el moderno derecho de amparo, ha sido establecida en Colombia por la nueva Carta Política en su artículo 86, que consagra cómo "toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos derechos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública". A través de esa acción, se le ha dado dentro de la comunidad jurídica colombiana, un impulso extraordinario a la "jurisdicción constitucional", los jueces han encontrado en ella una ayuda para interiorizar mejor su papel de garantes de los derechos humanos fundamentales, y la ciudadanía ha hecho uso de la misma para solucionar sus problemas más concretos y cotidianos. A través suyo, el derecho constitucional ha dejado de ser la fría y abstracta evaluación de normas que se oponen, para batirse en el centro mismo de la dinámica social.

24. Alessandro Baratta, "Fundamentos ideológicos de la actual Política Criminal sobre drogas", en José Díez y Patricia Laourenzo, *La actual Política Criminal sobre Drogas: una perspectiva comparada*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 25.

5.5 Un dilema hacia el futuro: los riesgos del "Estado de Seguridad"

El no observar los límites de la actuación del Estado Social de Derecho puede llevarnos a dilemas muy complejos que hoy viven las sociedades altamente industrializadas. Con el agravante propio de sociedades como las nuestras, en las cuales todavía no han sido conquistados espacios fundamentales dentro de la esfera de la libertad individual.

Detrás de la noción de "seguridad", del control de los riesgos de los hombres por parte del Estado dentro de la "Sociedad del riesgo", las comunidades europeas están viviendo el absurdo de ver cómo los movimientos de una persona, que constituyen precisamente su construcción particular de "futuro" y su crecimiento como ser humano, están siendo controlados y convertidos en objetos de regulación mercantil. Los riesgos, lo que puede ocurrir con la salud, con el bienestar, con la seguridad, están siendo celosamente regulados y además, por agencias, que como las compañías de seguros y semejantes, escapan a controles reales y dejan inermes a los ciudadanos frente a sus exigencias, amparadas en el sofisma de su reglamentación autónoma. El futuro ha ido perdiendo el "phatos" que le da sentido a la vida humana, el vértigo de lo inesperado — único remedio contra el tedio propio de sociedades de progreso irrefrenado — está siendo programado, evaluado y convertido en categorías económicas, por técnicas complejas de racionalización de lo imprevisible: "Al final del siglo XIX pierde el concepto de accidente su significado abstracto; "algo que casualmente sucede" y va a estar más ligado a la noción de reparación de un daño. En adelante, marcará ello no solamente un tipo de acontecimiento, sino una modalidad de relación con los demás".²⁵

Permítasenos introducir aquí una discreción que, como anécdota a la que asitimos por casual observación, expresa el otro drama, el de todo asegurado. En algún pequeño pueblo alemán, una señora de avanzada edad, asistiendo al llamado de los vientos de otoño en su casa, rogaba a la providencia que uno de esos vientos no programados, "dañara" su ventana principal y preferida, pues había pagado, cumplida y orgullosamente, um "seguro" especial para ella, y quería hacerlo efectivo contra los dictados de la propia providencia.

La protección de las personas de sus riesgos, el Estado de la "prevención", ha traído consigo el inmenso dilema de haber sido concebido para proteger la libertad de las personas, al mismo tiempo que en la práctica se ha convertido en una amenaza para la misma: "En virtud de la prevención de los peligros para la libertad individual, ella amenaza la libertad del orden social en conjunto, al mismo tiempo que reduce y levanta las cautelas democráticas y del Estado de derecho que han sido desarrolladas para limitar el poder estatal en favor de la libertad individual".²⁶ Es por ello que muchos autores alertan sobre la necesidad de encuadrar los alcances de los mecanismos con que actúa la prevención, en el marco del derecho constitucional. Se acepta que estos mecanismos han escapado al lenguaje tradicional de las Constituciones modernas y el peligro que para la libertad representa dicha situación.²⁷

Puede causar ciertamente hilaridad en sociedades latino-americanas las cuales viven el drama contrario de estar lejos una mínima noción de seguridad, que autores europeos se preocupen por rescatar el derecho de los individuos a

26. Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 200.

27. *Ibidem*, p. 200.

25. François Ewald, *Der Vorsorgestaat*, Suhrkamp, Frankfurt, 1993, p. 17.

tener sus propios riesgos, y que usen como ejemplos el "fumar, el esquiar, el manejar autos y la especulación en las bolsas de valores".²⁸ Ello revela sin embargo la disyuntiva que para la dignidad humana presenta la tensión entre seguridad — y la salud como uno de sus derivados — y la libertad.

5.6 Del derecho humano fundamental al libre desarrollo de la personalidad humana

Toda la idea de libertad que se mueve en la sentencia, está amparada en una lectura ciertamente valerosa del artículo 16 de la Constitución Política, que establece: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico". Es claro en la sentencia, como lo hemos visto, hasta dónde llega la noción de "los derechos de los demás". Respecto de la segunda exigencia, se extrema la defensa del precepto, al señalarse que si cualquier limitación de la libertad se acepta sólo por el hecho de estar consignada en una norma, ese derecho deja de existir en la realidad. Sería como si el Estado dijese: "Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado".²⁹ En otras palabras, para la Corte, "el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquellas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución". Y ese espíritu — la prevalencia de la libertad — queda expresado con claridad al sellarse jurisprudencialmente el artículo 16 como núcleo intocable de la Carta Política: "téngase en cuenta que en esa norma se consagra la libertad "in nuce" porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella. (es el recono-

cimiento de la persona como autónoma en tanto que digna). Es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin". Y se agrega, subrayando el sentido general de la nueva Carta Política: "Una vez que se ha optado por la libertad, no se la puede temer".³⁰

El costo que representa el respecto real de la libertad en una sociedad democrática, es el punto clave para discenir los alcances verdaderos de la sentencia que estudiamos. De una libertad que puede llevar incluso a la autodestrucción. En el salvamento de voto, bien elaborado y poblado también de argumentos sensatos, se arrecia contra esta idea de la libertad.

5.7 El Salvamento de Voto: La libertad tan sólo en el camino del "bien"

El ataque se centra en dos supuestos básicos: una concepción filosófica particular de la libertad y una concepción sobre el papel del Estado social de derecho. En relación con la primera, se afirma que no se puede creer en una libertad que lleve al hombre contra sí mismo. Para los magistrados disidentes, el hombre debe estar gobernado sólo por la razón y la razón endeña que únicamente aquello que hace crecer al hombre debe ser concebido como producto de la libertad: "la dirección del hombre hacia el bien, sólo se logra mediante la libertad, entendida como la facultad de obrar con conciencia de las finalidades perfeccionantes a que está ordenada la naturaleza humana".³¹

Extremando el argumento, cae sin embargo el salvamento en los dilemas del bien y del mal, y toma partido sin discusión por aquella libertad que tiende únicamente hacia el bien. Ya, sin embargo, en un esfuerzo extremo por pensar la libertad y situarla como la

28. *Ibíd.*, p. 217.

29. Sentencia, loc. cit., p. 19.

30. *Ibíd.*, p. 18.

31. Salvamento de Voto, loc. cit., p. 11.

pregunta principal para la filosofía, como el centro de la visión del absoluto, Schelling, em un texto clásico de 1809, partiendo de Dios como el propio absoluto, se enfrentó al angustioso dilema de la posibilidad del mal aún en aquello que es lo absolutamente perfecto: "Este es el punto de más honda dificultad de toda la doctrina de la libertad, que ha sido sentido desde siempre y que afecta no sólo a éste o aquel sistema, sino en mayor o menor medida a todos, y de modo superlativo al concepto de inmanencia, pues, o bien se acepta que existe un mal efectivo, en cuyo caso es inevitable incluir el mal en la sustancia infinita o en la propia voluntad originaria — con lo cual se destruye el concepto de un ser absolutamente perfecto — o bien hay que negar de algún modo la realidad del mal, con lo cual, sin embargo, desaparece al mismo tiempo el concepto real de libertad".³²

No es este por supuesto el espacio para ahondar en esta ardua reflexión, pero sí es importante destacarla, pues de ella se derivan consecuencias concretas en el manejo publicitario y político del problema de consumo mínimo de drogas. De hecho, en gran parte de las furiosas reacciones contra la sentencia, subyace el problema del mal, dramatizado e ideologizado. En ella, a diferencia del salvamento, pese a que no se aborda la cuestión en términos del bien y del mal, sí se acepta éste como opción de la libertad humana. Abordar el problema del mal a través de la libertad humana no es sólo un buen comienzo metodológico para una indagación teórica sobre el mismo, sino que, en el caso de esta decisión jurídica, en la cual se dice qué es derecho y cuyas implicaciones para una sociedad son concretas,

constituye un acercamiento al problema en todo caso más acorde con la propia naturaleza humana y por lo mismo, menos encubierto y más objetivo.

En el salvamento, se hace una extensa enumeración de la destrucción causada por el consumo mínimo de drogas: la proliferación de la delincuencia, la desarticulación de la unidad familiar, el aumento del desempleo, el mal ejemplo, la pérdida de bienes esenciales sobre los cuales se sostiene una sociedad. En él se descuida sin embargo aspectos de fondo: no se indaga sobre el por qué de decisiones individuales que parecen tan "anormales" y que tienden a la autodestrucción; no se pregunta — si lo hace en cambio la sentencia — sobre el por qué de la existencia del consumo e drogas como opción personal de vida y qué tiene ello que ver con los valores que se profesan en un medio social y la extrema crisis que hoy los afecta. Al entrar en cambio directamente en la preocupación por dichos valores y al enfatizar la necesidad de una respuesta social y estatal radical contra el consumo de drogas, queda polarizada la discusión de manera que en la sentencia hablan los profetas del caos y en el salvamento los guardianes de los valores. Y no es ese el sentido de la misma.

5.8 Educar y no Criminalizar

Reaccionando contra formas tradicionales de enfrentar el consumo de drogas, en la sentencia el fenómeno se traslada a un ámbito que no resulta cómodo; que desconcierta porque no supone la salida falsa que esconde la responsabilidad personal y social frente al mismo; que no abandona el problema a la policía y a los jueces: el fenómeno del consumo de drogas se traslada al ámbito de la educación. Al terreno del diálogo y de la persuasión. Allí se exige responsabilidad y seriedad, pues "tratándose de seres pensantes (y la educación ayuda a serlo) lo único digno

32. F. W. J. Schelling, *Das Wesen der menschlichen Freiheit*, "Eingeleitet und mit Anmerkungen versehen von Dr. Horts Fuhrmans", L. Schwan, Düsseldorf, 1. Auflage, 1950, p. 22.

y eficaz consiste en mostrar de modo honesto y riguroso la conexión causal existente entre los distintos modos de vida y las inevitables consecuencias, sin manipular las conciencias". Lo que suceda posteriormente — manteniendo así la Corte intocable el núcleo central de toda su argumentación — y "suponiendo que el conocimiento es un presupuesto esencial de la elección libre, y si la elección, cualquiera que ella sea, tiene esa conotación, no hay alternativa distinta a respetarla".³³

Si en el salvamento de voto toda libertad individual es relativa porque por encima suyo se encuentra el interés general y toda libertad es una libertad en sociedad, en la sentencia la esencia del interés general estriba en el respeto profundo a la libertad individual en asuntos que sólo a ella le competen, porque "estas son las consecuencias que se siguen de asumir la libertad como principio rector de una sociedad que, por este camino, se propone alcanzar la justicia". Finalizamos este capítulo subrayando esa conclusión final de la sentencia: sí, como ya lo comentamos, el tránsito de la soberanía nacional a la soberanía popular significa que el Estado se construye desde la sociedad y que los derechos fundamentales y las instituciones concebidas para su defensa, priman sobre las instituciones y tareas estatales, muy consecuente es pensar también la justicia y, más allá incluso, la ilusión de la felicidad, ante todo como tareas concretas de los individuos autónomos y no como promesas o imposiciones Estatales.

6. De la responsabilidad individual frente al problema de las drogas

Diversos argumentos fueron expuestos por el gobierno y por múltiples sectores sociales en contra de la decisión

adoptada por la corte Constitucional: se habló del peligro de una escalada de la delincuencia, de la mala imagen del país a nivel internacional, se dijo además que era la puerta abierta para la legalización de la droga y el fortalecimiento de los cárteles del narcotráfico. Sin embargo, la sentencia hace una diferenciación clara entre el consumo y la producción y tráfico de drogas. Estos se sigue condenando, no se apoya el narcotráfico. En el salvamento se ataca esta postura por considerársela como una contradicción insalvable: ¿Cómo permítersse, a nombre de la libertad individual, el consumo y sin embargo castigarse a quienes proveen la droga? Al declarar constitucional la norma que establece al cantidad de droga que se considera como dosis mínima, la sentencia distingue entre tráfico y consumo. Los magistrados en mayoría respondem así a la objeción: "determinar una dosis para consumo personal, implica fijar los límites de una actividad lícita (que sólo toca la libertad del consumidor), con una ilícita: el narcotráfico que, en función de lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables".³⁴

El problema es no obstante más complejo y hay que analizarlo en función del artículo 16 de la Carta Política. Los alcances del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad humana van más allá del fenómeno exclusivo de la droga. Se trata, por esa vía, de defender igualmente las opciones individuales frente a los libros que se leen — recuérdese que han existido siempre quemados de "libros prohibidos" — las ideas que se siguen, la alimentación por la que se opta, la música que se escucha etc. La sentencia de tutela que reseñamos anteriormente, también la fundamenta la Corte Constitucional en el artículo 16. Es decir, el

33. Sentencia, loc. cit., p. 20.

34. Ibídem, p. 23.

problema de la salud tampoco se agota en los dilemas planteados por las drogas. El otro camino es más peligroso: bloquear la consagración de la libertad individual en razón a la existencia del fenómeno del narcotráfico. El tráfico y la producción existen y existe el consumo. Los dos son realidades. En la sentencia se separan, para salvar el artículo 16 y defenderlo como núcleo intocable de la Constitución Política, sin que por ello se haga una defensa jurídica del narcotráfico. En todo caso, lo saludable es desnarcotizar el sentido del propio artículo y devolverle su dimensión de regla universal.

La sentencia, de otro lado, establece en su parte final: "puede el legislador válidamente, sin vulnerar el núcleo esencial de los derechos a la igualdad y la libertad... regular las circunstancias de lugar, edad, de ejercicio temporal de actividades y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de drogas resulte inadecuado o socialmente nocivo, como sucede en la actualidad con el alcohol y el tabaco".

El gobierno expidió en efecto, con base en normas de policía, un decreto sancionando el consumo de drogas en lugares públicos, como colegios, establecimientos culturales, vacacionales etc., y en relación con personas que ejecuten cierto tipo de tareas como médicos, profesores, conductores de transporte público etc., durante el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, el debate ha quedado planteado dentro de la sociedad colombiana y ha trascendido al nuevo presidente de la República, que como señalamos, se posesionó en el mes de agosto del año en curso, quien ha adoptado igualmente la idea de la consulta popular, que se llevaría a cabo a finales del mes de octubre de 1994. Es importante anotar que el nuevo mandatario fue enjuiciado también por los Estados Unidos, a raíz de intentos que

no prosperaron de penetración en las finanzas de su campaña por parte de os carteles de la droga. Se comprobó la claridad de las finanzas, pero el presidente tuvo que viajar al país de norte a ofrecer personalmente las garantías correspondientes: desde el inicio su mandato se encontró entorpecido por estos incidentes, de modo que el manejo autónomo del narcotráfico es una posibilidad cada vez más remota. De hecho, la "necesidad" de mostrar una buena imagen internacional, ha incidido determinantemente en la idea de adelantar un referéndum. Este ha sido cuestionado severamente, pues remite a la discusión simple y esquemática de "buenos" y "malos". Se preguntará a las gentes si están o no de acuerdo con la penalización de la droga. Se trata, a juicio de muchos observadores políticos, de una falsa polarización que en el fondo tiende a deslegitimar el necesario ejercicio de control jurídico dentro de un orden social, y a enfrentar decisiones de altos tribunales de la justicia con la ciudadanía, para luego manipularlas políticamente. En un contexto político como el colombiano, en el cual ha sido tradicionalmente el ejecutivo el que ha centralizado en períodos claves el poder político, es ello especialmente preocupante. Es por esa razón que se percibe un marcado malestar dentro de la rama jurisdiccional en conjunto frente a la idea de la consulta.

Lo importante es que hoy se habla abiertamente del problema, se discute seriamente en Colombia y el propio gobierno participa de esa discusión, sobre la necesidad de buscar caminos alternativos, sobre el papel de la educación, sobre la necesidad de no polarizar la discusión en términos de malos y buenos, sobre la eficacia real de los tratamientos médicos y las terapias, sobre los efectos contraproducentes de una visión meramente punitiva del problema. Hoy se habla abiertamente de la fuerte discusión en los Estados

Unidos en relación con el “fracaso” de la “guerra” tradicional contra las drogas en ese país, de la multiplicación y sobresaturación inútil y sin opción de “resocialización” de los presos por consumo de drogas en las cárceles norteamericanas y de la necesidad de buscar alternativas; tanto más grave es ello en Colombia, cuanto que el sistema judicial se encuentra amenazado siempre por un colapso, mientras que el consumo no ha disminuido realmente con la criminalización.

La incitativa gubernamental del referéndum, ha movilizado efectivamente sectores de la población. Y si bien una gran mayoría de ella estaría a favor de una criminalización del consumo mínimo de drogas, se han creado fundaciones a instancia de la sociedad civil, que pretenden, bajo los lineamientos de la sentencia, informar, discutir, hablar con las gentes acerca de alternativas a la criminalización. Valga quizá en este momento citar al coordinador de una de ellas, quien como psiquiatra, ha trabajado mucho tiempo con dragadictos a nivel nacional e internacional, y para quien “El terrorismo terapéutico estatal no ha

servido para nada. Despenalizar las dosis personal es un avance para quienes trabajamos en terapias, pues ya no vamos a estar fetichizando la salida represiva y los padres no van a seguir soñando y creyendo que la policía los jueces van a proteger a sus hijos de la droga cuando esto es falso”.³⁵

A nuestro juicio, y más allá de la discusión jurídica o psicológica del fenómeno de la droga, y más allá incluso de la droga misma, lo importante de toda esta reflexión radica en el problema central de la responsabilidad personal dentro de una sociedad, del papel de la decisión individual en ella; más aún en sociedades como las occidentales, en las cuales con mayor o menor diferencia y acento, en el espectáculo de las abstracciones y en el síndrome de las instituciones heteréas e impersonales, se ha diluido cómodamente el sentido profundo de la responsabilidad individual. Recordamos por ello, para finalizar, el epígrafe con el cual hemos iniciado este escrito.

35. Luis Carlos Restrepo, en *Revista Cambio* 16, Colombia, Bogotá, n. 50, 23.5.94.

1 — DOCTRINA INTERNACIONAL

UNA EXPERIENCIA NOTABLE. EL NUEVO DERECHO PENAL AUSTRIACO

(Código Penal de la República de Austria — Vigente desde
el 1 de enero de 1975)

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Profesor titular en la Universidad Nacional de Buenos Aires

I — El Derecho Penal en Austria — II — La gestación del nuevo Código —
III — Lineamentos político-criminales del Código — IV — Características más
salientes de su parte general — V — Algunos aspectos relevantes de la parte
especial — VI — Conclusiones.

I — El Derecho Penal en Austria

1. Falible es la memoria humana, al punto de que poco se tiene en cuenta que Austria fué la cabeza de un Imperio poderoso, que disputó a Prusia la hegemonía en la unidad de los Estados de lengua germana. En el largo reinado de Francisco José II llegó al máximo poder político el Imperio Austro-Húngaro, culminando en su declaración de guerra a Servia, precipitante del primer gran encuentro bélico del Siglo XX, en cuyo transcurso murió el viejo Emperador y declinó la estrella política con el desmembramiento del antiguo Imperio, como consecuencia de la derrota sufrida en la "Gran Guerra", que, por su parte, cerraba una etapa histórica mundial, en que muchos padecieron la ilusión de que Europa y el resto del planeta habían alcanzado un equilibrio rítmico de continuo progreso y estabilidad. Desde 1918 hasta hoy se precipitaron numerosos males sobre la humanidad, siendo Austria una de las naciones más duramente golpeada, que si bien encaró su organización republi-

cana al des-membrarse el Imperio, las Instituciones democráticas de la Primera República y su propia independencia resultaron arrasadas por el irracionalismo totalitario, resurgiendo tras largos esfuerzos después del segundo cataclismo de nuestro siglo.

Hace muy pocos años que la Segunda República pudo concretar un viejo anhelo de Austria: su reforma penal integral. Injustamente desconocido entre nosotros, el Código Penal de la República de Austria, vigente desde 1975, representa una experiencia notable, digna de ser observada en la consideración sería de cualquier tentativa de reforma penal contemporánea. El debate a que dio lugar la reforma penal en Alemania Federal empalideció la debida difusión de este nuevo texto penal, que, aprovechando ese debate y arbitrando soluciones originales, aparece dotado de una notable unidad y precisión técnica.

No obstante, la experiencia penal que ofrece al mundo esta moderna democracia de Europa Occidental no es una improvisación, sino que importa el resultado de un largo proceso de

elaboración legislativa, gestada en el marco de una brillante tradición jurídico-penal que es menester recordar, aunque más no sea que con la muy limitada estención que el específico objetivo de estas páginas permite hacerlo.

2. Austria se esforzó por separarse del Derecho Penal común alemán y de la *Constitutio Criminalis Carolina* del Siglo XVI cortando formalmente su cordón umbilical con éste mediante la *Constitutio Criminalis Theresiana*, publicada el 31.12.1768, de cuya elaboración se había ocupado una comisión desde 1752. No obstante, pese a que la *Theresiana* negaba cualquier valor subsidiario al Derecho Penal común y a la *Carolina*, no es menos cierto que esa legislación no pasaba de ser una consolidación de los mismos, al igual que sus antecedentes (*Ordenanza de Fernando III*, de 1656 y *Ordenanza de José I*, de 1707), diferenciados de la *Theresiana* sólo en que esta última no contenía una cláusula expresa de remisión al Derecho común como Derecho subsidiario.

De este modo la *Theresiana* no pasaba de ser una superación formal del Derecho Penal común alemán, fuertemente influida por la *Carolina*, consagratoria de penas intimidatorias terribles que, al igual que aquéllas, trataban conjuntamente al Derecho Penal de fondo y de forma. Casi al tiempo en que se sancionó la *Theresiana*, se difundía prestamente por toda Europa el movimiento penal iluminista, que halló en Austria a un notable representante en la pluma del brillante jurista Joseph von Sonnenfels (1733-1817), defensor de las ideas de Montesquieu y de Beccaria y de la teoría de la coacción psicológica de la pena de Pufendorf, quien publicó en 1775 su trabajo sobre la abolición de la tortura.

La prédica de Sonnenfels contra la tortura y la pena de muerte dio por resultado que se aboliese la tortura por Decreto de 1776 y que José II

emprendiese la Reforma Penal integral, llevada a cabo mediante un Código Penal único para Austria, Hungría y Transilvania, sancionado en 1787 y conocido como "Código Josefino", cuya técnica respondió a la separación del Derecho penal y procesal, ocupándose sólo del primero, puesto que el segundo fue materia de otro texto legal. La legislación *Josefina* abolió en las causas ordinarias la pena de muerte, separó los delitos y las faltas, y consagró el principio de legalidad y la consiguiente proscripción de la analogía. La pena de muerte era reemplazada por penas corporales y por privación de libertad en trabajos que fuesen útiles. Las penas del *Código Josefino*, sin embargo, no dejaban de ser singularmente crueles (hierros, prisión con trabajos públicos, palo, látigo, y picota o exposición pública).

El sistema de penas crueles que mantenía el Código fue considerablemente atenuado bajo el breve reinado de Leopoldo II (1790-1792), que emprendió una nueva reforma, concretada por su sucesor, Francisco II, en un proyecto cuya elaboración culminó en 1796, que pretendía introducir una diferencia entre delitos civiles y criminales, fundada en que los primeros afectaban menos la seguridad pública. Incorporada en ese año a Austria la provincia Galitzia Occidental, se implantó en ella ese texto a modo de ensayo, mientras se seguía trabajando para perfeccionarlo, tarea que se vio coronada con el *Código de Crímenes y Faltas Graves de Policía*, implantado por Decreto imperial del 3.9.1803, que receptaba parcialmente ideas de Feuerbach y se plegaba a la división *Josefina* entre delitos criminales y políticos.

La necesidad de revisar este Código se hizo ineludible con el correr de los años, emprendiéndose esa tarea en 1850, la que culminó en un texto corregido del Código de 1803, sancionado mediante el Decreto imperial de 27.5.1852. Pese a que no fue

más que un texto revisado del Código de 1803, siempre fue citado como "Código de 1852". Este Código de 1803 revisado en 1852, con numerosas modificaciones y Leyes complementarias, rigió hasta el 1.º.1.1975, en que fue reemplazado por el moderno Código Penal de la República de Austria.

3. El redactor de la Reforma de 1852 fue Hye, quien en 1850 había postulado la necesidad de un Código totalmente nuevo, encomendándole el Emperador en 1861 la redacción de un proyecto que fue presentado en 1867 a la Cámara de Representantes, donde no fue tratado. En 1874 y en 1895 se intentó introducir el Código alemán de 1871, que tenía por base el prusiano de 1851, fuertemente inspirado en el Francés de Napoleón, pero ambas tentativas fracasaron. La última fundamentalmente por las críticas que a este texto se le formulaban en la misma Alemania, fundamentalmente por el adalid de la escuela sociología alemana, Franz von Liszt, justamente de origen austriaco.

Abandonadas las tentativas de introducir el Código Alemán, emprendió la redacción de un nuevo proyecto una comisión del Ministerio de Justicia, el que se conoció en 1902 y se reelaboró en 1907, sometiéndolo a una encuesta y a una posterior reelaboración en 1909. Nuevamente fue revisado con posterioridad, tomando en cuenta el Proyecto Suizo de 1908 y el Anteproyecto Alemán de 1909 y se presentó a la Cámara de Senadores en 1912 y con ligeras variantes a la de Diputados en 1913. La guerra interrumpió su estudio legislativo, iniciándose una nueva corriente a partir de 1918, que intentaba la unidad penal entre Austria y Alemania, como consecuencia de la cual resultó el proyecto que en 1927 que ambos gobiernos presentaron simultáneamente a sus Parlamentos y cuyo perfeccionamiento se frustró por los acontecimientos políticos, principalmente a partir de 1933.

II — La gestación del nuevo Código¹

1. Las condiciones políticas de la segunda postguerra impidieron que Austria se diese de inmediato a la tarea de encarar su reforma penal. No obstante, era absoluta la convicción respecto de la necesidad de una reforma integral puesta de manifiesto por el Consejo Nacional por unanimidad de votos en dos ocasiones (2.6.1954 y 18.12.1970). En 1954 se designó una "Gran Comisión", como resultado de la primera resolución mencionada,² que produjo su primer proyecto en 1960. Un segundo proyecto de la Comisión, bajo

1. El material correspondiente al Proyecto Oficial de 1971, al Informe de la Comisión de Justicia del Consejo Nacional, la exposición sobre la historia del mencionado Proyecto y su tratamiento publicado por el Ministerio Federal de Justicia y el texto legal con breves notas explicativas de los Drs. Egmont Foregger y Eugen Serini, nos ha sido facilitado por la Embajada de Austria en Buenos Aires, siendo de destacar el empeño puesto en ello por el Sr. Cons. Dr. Hans Brunmayer y la gentileza del Ministerio Federal de Justicia, que por intermedio de la Representación Diplomática nos ofreció toda la información que nos fue menester.

Una información detallada de la historia del Derecho Penal Austríaco hasta el siglo pasado puede hallarse en castellano en la traducción de la obra informativa sobre el Derecho Penal Europeo realizada por la Unión Internacional de Derecho Penal, bajo la dirección de von Liszt. En alemán se hallarán indicaciones de otras fuentes importantes en las obras de Eb. Schmidt y de R. Mooss.

2. La Comisión estuvo integrada por los Drs. Ferdinand Kadecka, Franz Bulla, Otto Estl, Roland Grasberger, Hans Gürtler, Franz Handler, Max Horrow, Hans Kapfer, Paul Hausner, Otto Kranzlmayr, Karl Mark, Friedrich Nowakowski, Franz Pallin, Theodor Rittler, Eugen Serini, Rudolf Skrein, Lujo Tonic-Sorini, Gustav Zeillinger, Otto Tschadek, Franz Zamponi, Wilhelm Malanniuk, Franz Douda, Christian Broda, Franz Hetzenauer, Theodor Piffel-Percevic.

la presidencia de Christian Broda, fue dado a conocer en 1962. Sobre la base de ambos documentos, el Ministerio Federal de Justicia elaboró un proyecto que fundamentó detalladamente en 1964 y, apelando al procedimiento de dictámenes, lo perfeccionó en un segundo proyecto en 1966. En 1968 se insistió por tercera vez en un proyecto del Ministerio de Justicia, que se trató en la Comisión parlamentaria respectiva, pero no fue considerado por el Parlamento.

2. La necesidad impostergable de la Reforma Penal y la demora en una realización integral de la misma, hicieron que en 1971 se sancionase una ley de reformas parciales, conocida como la "*pequeña reforma penal*", que amplió la condicionalidad de las condenas, dio una nueva formulación a los delitos de los funcionarios, redujo la penalización de la homosexualidad a la protección de los menores de 18 (dieciocho) años, desincriminó el adulterio, limitó el delito de quebrantamiento matrimonial y, en particular, procedió a la desincriminación de los delitos de tránsito, que pasaron a integrar el Derecho Penal de la circulación como rama legislativa autónoma. Fue complementada con una reforma procesal, que redujo los supuestos de prisión preventiva, estableciendo también un procedimiento de punición previo, de carácter público y contradictorio, derogando al respecto todas las limitaciones a la defensa en Juicio.

3. Paralelamente se siguió trabajando en un nuevo proyecto integral presentado por el Gobierno a los órganos legislativos el 16.11.1971.³ La Comisión de Justicia Parlamentaria designó una subcomisión de 12 diputados (seis del Partido Socialista de Austria, cinco del

Partido Popular Austríaco y uno del Partido Liberal de Austria). La Comisión de Justicia se expidió el 16.11.1973, coincidiendo los diputados de los tres partidos representados parlamentariamente en un proyecto finalmente propuesto en un único informe, excepción hecha de la extensión del aborto impune, razón por la que el proyecto fue sancionado el 29.11.73, únicamente con el voto del partido del Gobierno, pese a la general coincidencia en cuanto al resto del texto.⁴ Consecuentemente, con la salvedad respecto de la extensión de la desincriminación del aborto, puede afirmarse que el vigente Código es producto unánime de las corrientes de opinión política de la moderna democracia austríaca. En el verano de 1974 el Consejo Federal sancionó la legislación complementaria quedando el texto en condiciones de cobrar vigencia el 1.º.1.1975. En el orden parlamentario, el propulsor más importante de la Reforma Penal y, en general, de la sanción del nuevo código, fue el Ministro Federal de Justicia, Dr. Christian Broda.

III — Lineamientos político-criminales del Código

1. El Código incorporó las materias dispersas en un buen número de leyes especiales, lo que es digno de imitar en los países en que el transcurso del tiempo va provocando una verdadera dispersión legislativa penal. Sólo mantuvo las leyes penales especiales que demandan reglas diferenciadas de aplicación (materias financieras, de prensa, de estupefacientes, de vinos, de armas). Por otra parte,

4. *Bericht des Justizausschusses über die Regierungsvorlage (30 der Beilagen); Bundesgesetz über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen* (Strafgesetzbuch — StGB), 1973 (el informe en minoría, del Partido Popular Austríaco, en las pp. 93-96 del mismo).

3. *Regierungsvorlage Bundesgesetz über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen* (Strafgesetzbuch — StGB), 16.11.71, Wien.

fundándose en que únicamente corresponde considerar delitos a las acciones que afectan de modo grave a la convivencia, desinclinó varias conductas que no revestían este carácter, al par que procedió a considerar en forma especial nuevas formas de criminalidad, tales como la piratería aérea, la toma de rehenes, el terrorismo y la protección del medio ambiente.

2. Recoge la tendencia político-criminal contemporánea que reconoce el carácter generalmente negativo de la pena privativa de libertad, por lo que reduce su aplicación a los casos en que se presenta como ineludible, eliminando, además, toda forma de agravación, pues prevé una única pena de esta naturaleza, incluso sobre la base de que las agravaciones legislativas a la misma están vedadas por la Convención Europea de Derechos Humanos por importar castigos corporales.

3. En sus líneas generales, el Código tiende a un tratamiento especial privilegiado para el autor ocasional o cuya conducta fuese resultado de una circunstancia conflictiva, al par que, por otro lado, también especializa el tratamiento penal de los autores peligrosos.

Para lo primero, se vale de varios medios: a) en las acciones punibles de escasa gravedad, da la posibilidad de que el proceso termine sin condena ni punición; b) en los casos de penas privativas de libertad hasta seis meses la regla es que en lugar de privación de libertad se aplique una multa; c) amplía el ámbito de la indulgencia condicional; d) en los casos en que resulta ineludible la imposición de una pena privativa de libertad que por su duración no haga prudente la indulgencia condicional, el Código admite que, mediando circunstancias especiales, pueda liberarse condicionalmente al condenado después del cumplimiento de la mitad de la pena; e) el incremento del ámbito de aplicación de la indulgencia condicional se facilita

con la ayuda de prueba, institución que proviene del derecho de la minoridad y extiende a infractores mayores de edad.

En cuanto a lo segundo, es decir a los autores peligrosos, establece el código tres categorías de establecimientos de internación especializados (para infractores mentalmente anormales, para los necesitados de deshabitación y para los reincidentes peligrosos), con lo que cubre la gama de las llamadas medidas preventivas que, por cierto, aparecen rodeadas de importantes garantías de forma y de fondo, sumamente interesantes.

IV — Características más salientes de su parte general

1. El texto insiste en el principio de legalidad, rechazando de plano la analogía y la aplicación retroactiva de la ley penal, pero lo más interesante a este respecto es que se cuida muy bien de no burlar el principio de irretroactividad de la ley penal por la vía de las llamadas medidas preventivas, puesto que extiende tal principio a las mismas (§ 1, n. 2), las que únicamente permiten que se apliquen retroactivamente en el caso en que la ley vigente al tiempo del hecho ya contemplase, con el nombre o rótulo que fuesen, la imposición de una privación de libertad equivalente. De igual modo, consagra claramente el llamado principio de culpabilidad en sus dos manifestaciones, es decir, excluyendo toda posibilidad de delito sin culpabilidad (§ 4) y proscribiendo cualquier forma de responsabilidad objetiva o de "versari in re illicita" (§ 7, § 2).

2. El sistema de sanciones del Código parte de la difundida dicotomía que pretende, por un lado, establecer la diferencia entre penas retributivas de la culpabilidad del autor y, por el otro, de medidas preventivas neutralizadoras de su peligrosidad. Si bien estructura un sistema de sanciones equilibrado y suficientemente rodeado de garantías, esta

dicotomía, como, en varias oportunidades lo hemos observado, es parcialmente falsa, puesto que las medidas preventivas aplicadas a los autores imputables y culpables son siempre penas. No es aquí el lugar adecuado para insistir en las críticas a los sistemas dicotómicos de sanciones, pero conviene recordar, puesto que nunca es suficiente, que en la práctica las medidas preventivas jamás se imponen sin tener en cuenta algo del hecho cometido y, por el otro, que la pena, por mucho que se la quiera fundar únicamente en la culpabilidad, nunca logra liberarse del todo de las consideraciones que tienen en mira el pronóstico de conducta del autor, siendo así que la nítida separación que se pretende es algo que no excede el plano programático de una concepción idealista del Derecho Penal.

De toda forma, ésta es una cuestión doctrinaria y, pese, a considerar que respecto de los imputables todas son penas — aunque, distintos sean sus nombres — lo más importante consiste en determinar cuál es el sistema general de las mismas y las garantías que lo rodean, especialmente en las contemplaciones que importan correctivos a la individualización de las penas basadas en el pronóstico de conducta del autor.

3. El Código conmina una única pena privativa de libertad, sin distinguir como hemos dicho, entre las distintas formas que esta privación asumía en las antiguas legislaciones. Esta tendencia se ha manifestado en casi todos los últimos proyectos legislativos y es un criterio generalmente admitido en la política criminal contemporánea. Esto no significa, por supuesto, que esa pena privativa de libertad se ejecute en todos los casos de la misma manera, puesto que la personalidad del penado entra en juego en las distintas modalidades ejecutivas, contempladas en el derecho de ejecución penal. Es importante observar atentamente la cuantía de las penas privativas de libertad, pues un

simple vistazo a la parte especial del código muestra que su cuantía es mucho menor que la de las penas conminadas en la legislación argentina. Por otra parte, la pena de privación de libertad perpetua no puede aplicarse a personas que al tiempo del hecho no hayan cumplido aún los veinte años, en cuyo caso prevé una pena temporal de diez a veinte años. Esta general tendencia no es una muestra de benignidad sino que responde a la clara comprobación criminológica de la destrucción psíquica que implica una pena privativa de libertad prolongada, particularmente por el fenómeno de la institucionalización, es decir, la adquisición de los hábitos de la sociedad carcelaria, por completo diferentes — por muchos esfuerzos que quieran hacer — a la coexistencia en la sociedad libre.

En realidad, si se pretende que la pena tenga un propósito resocializador, al menos como objetivo de su ejecución, no puede ignorarse que con un proceso rápido no es indispensable una privación de libertad tan prolongada para obtener el resultado, considerando que sea efectivo el sistema ejecutivo montado. Sólo en casos excepcionales se justifica apelar a penas de muy larga duración, que, bien vistas, tienen prácticamente un contenido eliminatorio.

4. En cuanto a la multa, cobra ésta una significación especial puesto que al aceptar el día-multa, conforme al cual en atención al hecho se cuantifica el número de unidades de multa a imponer y en atención a los ingresos y condiciones económicas del condenado el monto de cada día de multa, la misma se convierte en una auténtica limitación al "standard" de vida del penado, idónea para reemplazar a la penas cortas privativas de libertad. Este sistema, conocido como "sistema nórdico" o "escandinavo" (que en realidad debe llamarse "brasileño", pues fue introducido por el Código Penal del Imperio del Brasil de 1830), es bastante

similar al alemán vigente. Tiene la ventaja de evitar la desigualdad en la gravitación de la multa, que no puede eludirse con el sistema de cantidad fija, como el vigente en nuestro Derecho Positivo. No en vano ha sido el sistema recogido en la mayoría de los últimos proyectos contemporáneos. Interesante es consignar que la Ordenanza Procesal permite el pago diferido o a plazos, con lo que se logra que el sujeto sufra una disminución de su nivel de vida durante cierto tiempo y, por otra parte, como interesante modalidad que introduce esta legislación, existe también la posibilidad de que el Tribunal adecúe nuevamente el monto de cada una de las unidades de multa, en caso que la situación económica del penado empeore en el curso de la ejecución de la pena. Lamentablemente, no puede eludir el inconveniente que tiene la multa, que hace que no pueda desplazar por completo a las penas cortas privativas de libertad, dados los supuestos de insolvencia donde no resta otro recurso que convertir la multa en pena de prisión, para lo cual establece que dos unidades de multa equivalen a un día de privación de libertad. De cualquier manera, la ley estipula claramente que en cualquier caso en que deba imponerse una pena de prisión que no exceda de seis meses, en delito cuya pena máxima no supere los cinco años, en lugar de prisión se impondrá pena de multa cuando el Tribunal considere que atiende suficientemente a la prevención especial, posibilidad que también se extiende a los delitos que no tengan pena máxima superior a los diez años. Si pensamos que la cuantía máxima de las penas privativas de libertad es en general mucho más reducida que las conminadas en el Código argentino vigente veremos que prácticamente en la gran mayoría de los casos el Tribunal puede optar por una pena de multa en lugar de la pena privativa de libertad, con lo que esta pena pasa a ocupar un lugar estadísticamente descollante en la práctica judicial.

Otra pena prevista en el Código es el decomiso, por el que se le priva al autor de cualquier ventaja patrimonial emergente del delito sea secuestrándole directamente la cosa obtenida en el hecho (como lo adquirido con su producto, con sus frutos, con su explotación, etc.) y, en caso de que la cosa no se hallase ya en poder del sujeto, prevé también la posibilidad de decomisarle una suma equivalente. La amplitud de la disposición permite que se evite la inmorality de que el Estado aplique una pena a un sujeto que, por el mero hecho de que no medie acción civil — por la causa que fuere — pese a la pena, siga gozando del beneficio patrimonial que le reportó el delito. La previsión de esta pena soluciona ese problema sin incurrir en el absurdo de transformar en pena la reparación civil.

5. Las correcciones que sufren las penas en razón del pronóstico de conducta del autor se llaman “medidas preventivas” en este Código, como en todos los que pretenden adoptar el sistema dicotómico, sea por la “doble vía” (imposición simultánea de pena y “medida”) o por el “vicariante” (eventual reemplazo de la pena por la “medida”). En realidad — como ya lo hemos dicho — creemos que la única que tiene verdadero carácter de medida es el internamiento de los inimputables. De cualquier modo, el Código prevé tres clases de establecimientos para llevar a cabo las referidas medidas.

A) La primera clase de establecimientos prevista es la dedicada a los *infractores mentalmente anormales*. En estos establecimientos se interna a los inimputables, siendo de destacar que para que proceda esta internación, el autor debe haber cometido un hecho que, en caso de merecer pena, fuese conminado con una pena mayor a un año de privación de libertad. Este requisito — que el Código argentino no contiene — tiene la incuestionable

ventaja de evitar que una medida que siempre tiene graves consecuencias para la libertad ambulatoria del sujeto, sea aplicada por la comisión de injustos menores. Por otra parte, esta internación requiere que debido a la disfunción psíquica del sujeto, queda temer que incurrirá en injustos graves, requisito que también es interesante, puesto que no es admisible la internación del sujeto para evitar la comisión de injustos menores, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta que ella cesa sólo por orden judicial y sólo cuando el peligro ha desaparecido, es decir, que no se rige por un mero criterio médico que toma únicamente en cuenta la salud del sujeto. De allí que no se mencione en este texto el caso del peligro de daño a sí mismo — que contiene nuestro Código — pues esos son casos que corresponden a la legislación psiquiátrica ordinaria y no a la Magistratura Penal.

Estos establecimientos no sólo están destinados a los inimputables, sino también a los sujetos que se hallan en lo que la doctrina denomina "imputabilidad disminuida". Si bien el Código no trata específicamente de ella, aparece considerada como una causa de atenuación de la pena, al par que prevé su internación en este tipo de establecimientos. También para que proceda este internamiento se requiere que el sujeto haya incurrido en un delito penado con privación de libertad superior a un año.

La internación en estos establecimientos es por tiempo indeterminado, pero el Tribunal debe tener el deber de comprobar de oficio la permanencia de las razones que hayan fundado la imposición de la medida. En caso de sujetos a los que simultáneamente se les imponga na pena y la internación, el tiempo de internamiento se computará a los efectos de la pena privativa de la libertad, conforme al llamado sistema "vicariante".

B) Otro tipo de establecimientos previstos legalmente es el destinado a *sujetos que demandan una deshabitación a cualquier dependencia tóxica*, siempre que hayan cometido el hecho en estado de inimputabilidad o en conexión con su hábito. Este internamiento tiene una duración máxima de dos años, no correspondiendo imponerla cuando el sujeto deba sufrir más de ese tiempo de privación de libertad (en cuyo caso la deshabitación es una fase de la ejecución), ni cuando *ab initio* aparezca el tratamiento como inútil (caso en que debe internárselo en un establecimiento para infractores anormales), ni tampoco cuando se diesen directamente los presupuestos para el internamiento en un establecimiento para infractores anormales.

El Tribunal deberá controlar de oficio cada seis meses, si se justifica la continuación del internamiento. De cualquier manera, cabe tener presente que esta internación únicamente está indicada cuando el delito cometido estuviera conectado con el hábito y cuando las futuras acciones que fuesen de temer por parte del autor fuesen de consecuencias graves, requisito que evita que la medida se convierta en un pretexto para tomar ingerencia en el ámbito estrictamente privado del autor.

C) Si bien el Código prevé una agravación de la pena por reincidencia, que permite aumentar en la mitad más el máximo de la pena conminada, también tiene establecido un internamiento en *establecimiento para autores reincidentes peligrosos*, que deberá ejecutarse después de la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta internación es la reminiscencia de la antigua pena de segregación, cuyas veces hace el art. 52 del Código Argentino. Si bien el Código Austríaco concede al Tribunal facultades de apreciación mucho más amplias que las acordadas por la mencionada disposición argentina, establece claramente que este internamiento no es aplicable a

menores de 24 años y que las condenas desde cuyo cumplimiento hubiesen transcurrido más de cinco años hasta el hecho siguiente, no serán tomadas en cuenta, lo que evita la absurda aplicación que la jurisprudencia de Buenos Aires hace del art. 52 argentino, que pretende convertir en "habitual" a quien durante largos años no incurrió un delito alguno. El Tribunal deberá controlar de oficio anualmente si perduran las condiciones que justificaron la internación, que, si bien es en principio indeterminado, en ningún caso podrá durar más de 10 años.

En cuanto a la agravación de la pena privativa de libertad ordinaria para los reincidentes, este Código no contiene una agravación automática como la vigente en la Argentina, sino que exige que ambos hechos sean reveladores de una misma tendencia nociva en el sujeto como también que por el anterior hecho el sujeto haya estado — aunque fuera parcialmente — privado de libertad, sea por prisión preventiva prolongada, por el cumplimiento de pena privativa de libertad o por medida preventiva, es decir, que ya haya sido sometido a alguna forma de tratamiento en privación de libertad (sistema de la reincidencia real). La sentencia por el hecho anterior (o las sentencias por los hechos anteriores) pierden valor como antecedente válido para la reincidencia cuando hayan transcurrido más de cinco años sin que el sujeto estuviere sometido a privación de libertad, sea por pena o por medida preventiva.

Este es realmente un sistema racional de tratamiento legal del problema de la reincidencia, que tiene la enorme ventaja de permitir aplicar al Tribunal el criterio valorativo adecuado para ponderación de la necesidad de adecuación de la sanción, pese a tener aspectos susceptibles de mejorarse. Cabe hacer notar la diferencia entre este sistema y el que rige en la Argentina, que sólo permite que se extinga como antecedente la

primera condena y que, conforme a una interpretación extensiva de la punibilidad y carente de asidero legal, pero impuesta por vía plenaria en la Capital, crea la figura del "habitual", que importa que la condena a una pena privativa de libertad, permanezca sobre el condenado como un sello a fuego que le perseguirá toda su vida, por ínfima que fuere la condena, es decir, que una ley que en principio era relativamente coherente (como lo fue el Código de 1921), pasó a empeorarse con las reformas legislativas que dieron carácter legal a la represividad de una jurisprudencia extraña a la mejor tradición doctrinaria argentina, nutrida en los más prestigiosos autores italianos y en la raíz legislativa bávara.

6. Como valoración general del sistema de sanciones del Código Austríaco, cabe señalar la amplitud de facultades que otorga al Tribunal, como también la limitación para el internamiento por dependencia tóxica en hechos que no superan la pena de dos años de privación de libertad. Es también interesante el límite temporal máximo para los reincidentes peligrosos y, en cualquier caso, el control periódico obligatorio y de oficio por parte del Tribunal. De todos modos, no nos satisface la internación totalmente ilimitada en caso de imputabilidad disminuida y en los otros supuestos en que deba internarse en establecimiento para infractores mentalmente anormales, puesto que tratándose de autores que en definitiva son culpables, debería reconocerse un límite máximo para el internamiento, que no pasa de ser una privación de libertad que acude a ocupar el lugar de la pena. También es dable observar que adopta el sistema vicariante para la imputabilidad disminuida y para la deshabitación tóxica, en tanto que sigue el de la "doble vía" para los reincidentes peligrosos, criterio este último que no nos parece acertado, puesto que si

las características personales del autor requieren una consideración especial diferenciada, no es posible que ésta entre en funcionamiento recién cuando ya se haya cumplido la pena.

De todas maneras, el requerimiento de gravedad tanto en el hecho cometido como en el que se teme que el sujeto pueda cometer, limita el ámbito de aplicación de estas privaciones de libertad a casos en que deban temerse consecuencias penales graves en el futuro.

La sola lectura de los preceptos del Código Austríaco revela que las facultades de apreciación del tribunal son considerablemente amplias, lo que, si bien es tendencia política criminal generalizada, es una cuestión que no puede imitarse con facilidad, puesto que requiere varias condicionies previas, sin las cuales la copia desnuda y aislada de un texto como el austríaco podría llegar a ser fuente de cualquier arbitrariedad. Por una parte, demanda claramente un complemento procesal que permita la contradicción amplia en el debate, respecto de cada uno de los extremos que funda la magnitud de una privación de libertad; por la otra, requiere que su aplicación se deje en manos de una magistratura muy estable, alejada de los accidentes políticos y de su nefasta consecuencia judicial, formulada mediante un régimen racional de selección y ascenso, que permita un elevado grado de especialización y una conciencia de cuerpo susceptible de neutralizar las inevitables variables individuales al conocimiento social.

7. La condicionalidad de las consecuencias del delito, que era una institución conocida en el antiguo código desde la Reforma de 1920, ha sido reemplazada por la indulgencia penal condicionada, que alcanza a pena de hasta dos años y al internamiento para deshabitación. Sus presupuestos están legalmente enunciados — y adecuadamente previstos en el Derecho Procesal

Penal — siendo obligatoria para el Tribunal en los casos en que concurren los mismos.

La libertad condicional, por su parte, se admite en supuestos en que el sujeto lleve cumplida la mitad de la pena privativa de libertad, aun cuando la regla sea el cumplimiento de los dos tercios de la pena. Cabe observar que tanto de la indulgencia como de la libertad condicional no quedan excluidos los reincidentes, pues la ley deja la cuestión al criterio valorativo del Tribunal, que deberá estimar en cada caso, junto con otros elementos de juicio, también la conducta precedente del sujeto.

En el Derecho Penal vigente argentino en caso de condena condicional, pierde el Tribunal todo contacto con el condenado, al igual que en el supuesto de la libertad condicional, en que, por lo regular, el sometimiento a un patronato de liberados no pasa de ser un mero formalismo, en tanto que el sistema austríaco adopta para la indulgencia condicionada la institución de la ayuda de prueba únicamente y de las instrucciones para el período de prueba. Por cierto que el Tribunal nombrará al condenado un ayudante de prueba únicamente cuando lo considere necesario y conveniente, puesto que habrá casos en los que no tendrá objeto hacerlo. La institución del ayudante de prueba proviene del Derecho de Menores y el vigente Código la ha extendido a los mayores. En Austria tiene las siguientes características: se ejerce por ayudantes honorarios instruidos adecuadamente y por ayudantes oficiales especialmente formados; se limita el número de personas asistidas por cada ayudante; se provee ayuda especializada, incluso por parte del mismo ayudante de prueba.

Las instrucciones que el tribunal puede impartir al condenado no se enumeran taxativamente, como acontece en el art. 13 argentino, sino que se formula una

indicación meramente enunciativa, que el Tribunal puede ampliar según las particularidades de cada caso, teniendo sólo como límite los derechos que hacen al ámbito de la personalidad de autor, sobre los que sabiamente prohíbe imponer obligación alguna. Igualmente, con el consentimiento del sometido a prueba puede instruírsele para que siga un tratamiento médico o psicológico, aunque se prohíbe expresamente que esta instrucción abarque el sometimiento a una intervención quirúrgica, aun cuando mediar el consentimiento del sujeto, limitación que también debe tomarse en cuenta. Es importante consignar que el tribunal está facultado, durante todo el tiempo de prueba, para modificar las instrucciones y cambiar de ayudante de prueba, según lo requieran las circunstancias, lo que a nuestro juicio es importantísimo, dado que permite una permanente adaptación del control y del tratamiento dispuesto para el condenado, según vaya evolucionando o desarrollándose el mismo. Aunque la similitud es inexacta y hasta peligrosa — como toda analogía en esa materia — puede decirse que esta institución equivale a lo que médicamente se conoce como tratamiento ambulatorio.

Estas facultades del Tribunal, que en nuestro medio se desconocen, permiten ampliar considerablemente el campo de la condena y de la libertad condicionales, puesto que posibilitan que el sujeto quede sometido a una limitación a su libertad que permitirá alcanzar un mejor pronóstico de conducta mediante el simple cumplimiento de algunas condiciones, para las que en modo alguno es necesario que permanezca privado de libertad. A la disyuntiva que la ley argentina da al Tribunal (liberar al penado, sin volver a tener contacto con él y sin poder instruirle mínimamente acerca de su conducta futura, o bien, dejarle privado de libertad), la ley austríaca — al igual que la alemana y

anteriormente la anglosajona — instituyendo la ayuda de prueba, ofrecen una tercera posibilidad, cuyo número eventualmente puede enriquecerse con otras alternativas, tales como comunidades en residencias urbanas, etc.

8. La ejecución penal demanda siempre una regulación necesariamente complementaria de las disposiciones del Código Penal, que en Austria se encuentran en la "Ley de Ejecución Penal" (*Strafvollzugsgesetz*) de 1969, con algunas modificaciones posteriores, particularmente requeridas por el internamiento en los tres tipos de establecimientos especiales previstos en el Código de 1975. En tanto que la antigua legislación penal ejecutiva reducía toda comunicación verbal entre el personal y los detenidos, en la actual ley sólo se establece que la conversación no debe perturbar la seguridad, el orden ni el curso normal del trabajo, pero fomenta la comunicación entre los miembros de la plantilla penitenciaria y los internos, por considerar que ejerce una importante influencia positiva. Por otra parte, sabido es que la instrucción del interno en un oficio es una de las condiciones elementales para proveer a la resocialización del mismo, pero a veces esta instrucción se dificulta porque la asistencia a las clases tiene lugar luego del trabajo — lo que resulta penoso — o a la misma hora, lo que hace perder al interno una parte de su remuneración. La ley ejecutiva austríaca vigente, para evitar este inconveniente, que conspiraba contra la asistencia a las clases por parte de los internos, autoriza a que la instrucción profesional se imparta en horas de trabajo y que los internos reciban también su remuneración por su asistencia a las clases.

Toda vez que el establecimiento para desintoxicación es para autores inimputables en los que no concurren los presupuestos para el internamiento en establecimientos para anormales, como

también para imputables, pero siempre que la pena que tengan impuesta no supere los dos años de privación de libertad, resulta claro que en el establecimiento de desintoxicación es posible prescindir hasta cierto punto de condiciones de seguridad, lo que facilita la creación del sentido de responsabilidad del dependiente, que es condición para su tratamiento, pero cuando el autor deba sufrir una pena que exceda de dos años, lógicamente ya no puede estar internado en uno de esos establecimientos, sino que, por elementales razones de seguridad, debe hallarse sometido a un régimen diferente, que es al que se somete al condenado a la pena ordinaria privativa de libertad. Esto hace que la ley prevea — además de los ya mencionados establecimientos — un tratamiento para los adictos dentro del marco de la ejecución ordinaria de la pena privativa de libertad. Cabe hacer notar que no es nada sencillo proceder a esta tentativa de tratamiento dentro de un ámbito en que al mismo tiempo resulta necesario, dada la mayor magnitud del injusto cometido y la mayor peligrosidad del penado, mantener una mayor restricción de su libertad, puesto que los principios en que debe basarse todo tratamiento de deshabituación, fundado no sólo biológicamente, sino, como es ineludible, con un adecuado apoyo fundamentalmente psicoterapéutico, se hallan en contradicción fáctica, porque el dependiente necesita formarse un sentido de responsabilidad, de autocontrol, para lo cual hay que irle dotando de un cierto margen de libertad que, por las condiciones de la ejecución penal no es sencillo lograr sin lesionar al mismo tiempo la seguridad. Además, la ley ejecutiva penal fomenta el contacto del interno con el mundo exterior, como modo de evitar en lo posible un desarraigo muy grande. Uno de los medios para lograrlo fue la supresión de los plazos y del número máximo de cartas

escritas por los penados. Por otra parte, cabe tratar de evitar en todo momento una inútil lesión a la autoestima del penado, por lo que, con buen criterio y en la medida de lo posible, la ley penal ejecutiva austríaca trata de no inmiscuirse en la vida privada del interno, limitando la censura de su correspondencia a casos excepcionales. La previsión de la salida libre es otro medio al que se acude para ir procurando la reinserción social del penado, es decir, mediante un sistema según el cual el penado trabaja fuera del establecimiento sin vigilancia, pero vuelve al establecimiento, en el que transcurre su tiempo libre. Por último, durante un período que oscila entre los tres y doce meses antes de ser puesto en libertad, se programa un incremento del contacto con la vida libre, mediante el cual se le cancelan paulatinamente todas las limitaciones que van ineludiblemente unidas a la pena privativa de libertad.

9. En cuanto a la caracterización general del delito, el comentario más o menos profundo de las disposiciones más significativas, excedería notoriamente el ámbito de lo que no pretende más que destacar la importancia de este Código como elemento de insustituible valor para el Derecho Penal comparado de nuestros días. No obstante, cabe señalar muy brevemente los que consideramos sus rasgos fundamentales más salientes. La legítima defensa (llamada "defensa necesaria", a la usanza germana) no ampara la defensa de cualquier bien jurídico, sino que los limita, al tiempo que traduce, en una formulación bastante correcta y precisa, la exclusión de la justificante de los casos en que, conforme a la tradición española, llamaríamos falta de "racionalidad" en la defensa (§ 3, § 1). El dolo se define prescindiendo de la llamada "consciencia de la antijuridicidad", con lo que queda claro que el texto se afilia a la denominada "teoría de la culpabi-

lidad" (§ 5, § 1). Al igual que en nuestro texto, la tipicidad imprudente sólo es punible en los casos legalmente previstos (§ 7, § 1). Excluye la punición por el delito doloso en los casos de justificación putativa, limitándose a penarlos conforme a la pena del tipo culposo, cuando éste existiese (§ 8). Llama "error de derecho" a lo que doctrinariamente es un error de prohibición, al que en caso de vencibilidad resta toda significación, en tanto que excluye la culpabilidad cuando fuera vencible (§ 9). Es notable que sólo considere al estado de necesidad como causa de inculpabilidad (§ 10). La fórmula de la inimputabilidad está muy bien lograda (§ 11) y si bien no hay una especial referencia a la imputabilidad disminuida, lo cierto es que la misma puede estar comprendida en las disposiciones sobre causas especiales de atenuación (§ 34, ns. 1, 4, 8 y 11, sin contar con que dichos supuestos del § 34 son meramente ejemplificativos). Interesante resulta consignar que si bien el Código no admite la tesis de la *actio libera in causa* en lo que respecta a la embriaguez que no llega a configurar un estado de inimputabilidad, establece que la misma se tomará o no como circunstancia de atenuación según que de la provocación de tal estado fuese o no responsable al sujeto (§ 35). En cuanto a la concurrencia de personas en el delito, consagra la solución del llamado "autor único", es decir, que aplica la misma pena al autor, al cómplice y al instigador, aclarando que la culpabilidad se cuantifica individualmente (§§ 12, 13). Caracteriza a la tentativa, como "la ejecución de una acción inmediatamente precedente" (§ 14) y, respecto de la tentativa inidónea, corta por lo sano, consagrando certeramente su impunidad (§ 15, § 3). No sólo deja impune la tentativa en caso de desistimiento y en el arrepentimiento activo en que el autor logra impedir el resultado, sino también

cuando, pese a esforzarse seriamente, no lo impide, pero se evita al margen de su intervención (§ 16, § 2). En cuanto a la concurrencia, no hace diferencia alguna entre la real y la ideal, sino que somete a ambas al principio de la absorción, aunque permite la acumulación de penas de diferente naturaleza, la que no siendo imperativa legalmente, queda a criterio del tribunal (§ 28). Interesante es la disposición sobre unificación de condenas en caso de concurso real, pero en que el primer hecho ya haya sido juzgado por otro Tribunal. No permite aquí el Código de Austria — a diferencia del argentino — que el Tribunal que conoce en segundo término dicte una pena única, haciendo ceder el principio de la cosa juzgada, sino que sólo admite que el segundo Tribunal pueda imponer una adición a la pena anterior, que no podrá exceder, en conjunto, con la pena anteriormente impuesta, el máximo de la pena para el delito más grave, conforme al principio de la absorción que rige el concurso (§ 31). De cualquier manera, como el segundo Tribunal entiende de la causa en la forma del concurso real, si considerase el segundo hecho, de haber sido juzgado conjuntamente con el primero, no hubiese alterado la cuantía de la pena ya impuesta por el Tribunal anterior, puede prescindir de aplicar la adición prevista (así, § 40). Este es un interesante sistema que permite salvar el difícil escollo del juez natural como garantía procesal, cuando se deben unificar penas para hechos cuyo conocimiento corresponde a distintas competencias, especialmente en países federales. Con el sistema austríaco bien se puede hacer que lo que en el sistema argentino se llama "unificación" se practique por cualquiera de los fueros, puesto que adicionar la pena ya impuesta no importa tocar lo ya juzgado en forma que evita considerar la cuestión como intromisión en otro fuero en el que el

segundo juez sería incompetente. No obstante, el § 40, al extender las reglas de la cuantificación penal del concurso a toda condena posterior, crea las mismas dudas que existen en el sistema argentino cuando se presente el caso de que la pena que se estuviera cumpliendo por un hecho juzgado con anterioridad a la comisión de otro, ya alcanzase la medida legal máxima admisible.

10. En cuanto a la edad del infractor, cabe aclarar que la minoridad penal se extiende hasta los 14 años, comenzando la responsabilidad penal a partir de la misma edad. No obstante, incluso en casos en que el sujeto no fuera inimputable, hallándose entre los 14 y los 18 años, pero por especiales razones vinculadas a su desarrollo no pudiese comprender acabadamente el contenido injusto de su hecho o conducirse conforme a esa comprensión, no se lo penará, conforme lo dispone el § 10 de la Ley de Justicia Juvenil. La completa responsabilidad penal se adquiere en realidad a los 18 años, pero incluso entre los 18 y los 20 años, como ya hemos visto, no podrá imponerse al autor ninguna pena privativa de libertad por vida, la que se reemplaza por una pena temporal de 10 a 20 años. Por otra parte, entre las causas especiales de atenuación de penas, el n. 1 del § 34 contempla en forma particular las circunstancias de que el sujeto, pese a haber cumplido los diez y ocho años, no haya alcanzado aún los veintiuno en el momento del hecho.

V — Algunos aspectos relevantes de la Parte Especial

1. El Código distingue entre crímenes y delitos (*Verbrechen* y *Vergehen*), considerando crímenes a los que, siendo dolosos tienen penas privativas de libertad mayores de tres años o por vida, siendo delitos los restantes (§ 17). No hace referencia alguna a las contra-

venciones que quedaron relegadas al orden administrativo, como antigua tradición austríaca. De cualquier manera, la cuantificación penal será lo que permita saber si se trata de un crimen o de un delito, pero sus consecuencias prácticas no son de gran importancia.

En cuanto al orden de los bienes jurídicos tutelados en los tipos de la parte especial, es decir, en cuanto a la sistematización de la misma, el Código toma la sistematización que se remonta a Feuerbach (análoga a la argentina), abandonando la vieja sistemática napoleónica o imperialista, en que el Estado encabezaba la nómina de los bienes. Este cambio, aparentemente insignificante es, sin embargo, altamente determinante en la interpretación de un texto legal, puesto que coloca la vida humana a la cabeza de los objetos de tutela legal, desechando la concepción de que la primaria función del Derecho Penal es la tutela o apuntalamiento de la estructura política del Estado, concepto proveniente del Derecho Romano imperial y que luego ha cobrado fuertes tintes autoritarios.

Puesto que no nos resulta factible ocuparnos en detalle de la parte especial, nos limitaremos a señalar los aspectos de la misma que nos parecen más interesantes y sobre los que creemos que conviene detenerse, sea por originales, curiosos, diferentes, atinados o discutibles.

2. Es curioso apuntar que la antigua legislación llamaba "asesinato" (*Mord*) a cualquier homicidio doloso, y "homicidio" (*Totschlag*) prácticamente sólo a lo que para nosotros es homicidio preterintencional. En el actual Código se llama "asesinato" a todo homicidio doloso, en tanto que se reserva la denominación equivalente a "homicidio" únicamente para el emocional (§§ 75 y 76). En este sentido la denominación que adopta es análoga a la del Código de la República Democrática Alemana (§§ 112 y 113), lo que se separa de la tradición

de que *Mord* era el homicidio calificado o asesinato y *Todtschlag* el homicidio no premeditado (§§ 211 y 212 del Código del *Reich*) siendo el homicidio emocional un caso particular de homicidio privilegiado (§ 213 del mismo). Para el Código de Alemania Federal, *Mord* sigue siendo el homicidio calificado (asesinato), *Totschlag* el homicidio simple y el emocional un “caso de homicidio de menor gravedad” (§§ 211, 212 y 213). Para el Código de Baviera (art. 143 y ss.) *Todtschlag* era el género y *Mord* la denominación común de sus especies graves.

3. En la consideración del homicidio imprudente, el Código no se limita a tipificar cualquier imprudencia, sino que contempla una imprudencia común y otra que tiene lugar en condiciones especialmente peligrosas (§ 81) y, aunque su enunciado tan genérico (§ 1) no resulta aconsejable, el concretamente planteado en el § 2 sugiere la posibilidad de estructurar tipos culposos calificados más individualizadores del grado de imprudencia, lo que responde a sanos criterios político-penales.

4. Por lo que a la imprudencia misma respecta, también cabe tener como atinada la disposición del § 2 del § 88, que elimina la punibilidad de las lesiones culposas leves en ciertos casos en que su punición resultaría inhumana o francamente innecesaria.

5. Es importante la disposición según la cual el consentimiento del lesionado elimina la antijuridicidad de la conducta, siempre que la misma no se halle reñida con las buenas costumbres (§ 90). Agrega el código (*idem*, § 2) una disposición especial para el caso de la esterilización, que promovió hace algunos años un largo y violento debate que en la Argentina motivó una legislación especial al respecto. El Código Austríaco requiere que la misma sea hecha por un médico con consentimiento del paciente, pero a tal efecto

demandando, por parte del paciente, la edad mínima de (veinticinco) 25 años, es decir, que el consentimiento para someterse a tal intervención no puede prestarse válidamente con la capacidad común, requisito que responde, seguramente, a la necesidad de certeza de una más completa maduración efectiva.

6. El más serio de los problemas que planteó el Código — y el único sobre el que no hubo unanimidad en el Consejo Nacional — fue respecto de la regulación legal del aborto. Uno de los supuestos de exclusión de la punibilidad es similar al existente en casi todos los textos legales, al que agrega el caso en que la embarazada sea menor de 14 años, pero, en definitiva, se trata de los casos de los llamados terapéuticos y eugénico (§ 97, § 1, n. 2), siendo el n. 1 del mismo párrafo el que apareja los problemas y discusiones, pues se establece en él la facultad de la embarazada de consentir que se le practique el aborto, a condición de que lo sea por un médico y previa consulta con el mismo y siempre que la interrupción del embarazo tenga lugar dentro de los tres primeros meses posteriores a la concepción. Durante estos tres primeros meses, por consiguiente, la mujer queda prácticamente en absoluta libertad para decidir al respecto. El argumento que se esgrimió — aquí como en el resto de los países de Europa en que se sancionaron disposiciones similares o en que se pugna por hacerlo — es la impunidad real del aborto. Estimamos que el fenómeno de la impunidad del aborto no es suficiente por sí mismo como para justificar su desincriminación, al menos sin introducir algunas distinciones mínimas, como sería la particular consideración del caso del aborto económico, en el que quizá — y según las circunstancias concretas — puede ser que la desincriminación ayude a su prevención, facilitando la aplicación de un sistema de asistencia social y seguro de maternidad, pero ello no acontecería

con todos los restantes supuestos que obedecen a motivaciones por completo diferentes, respecto de las cuales es muy difícil llevar a cabo una prevención eficaz, a la cual, por otra parte — y a diferencia del caso del aborto económico — no obsta la incriminación de la conducta.

Una cláusula especial garantiza la libertad de conciencia del personal médico y auxiliar interviniente en esos casos, prohibiendo toda discriminación en base a su intervención o a la negativa a intervenir en la práctica de tales abortos.

7. La toma de rehén o secuestro extorsivo es uno de los delitos más difundidos por su gravedad y alcance, organizado incluso internacionalmente y que promueve un general sentimiento de inseguridad, al tiempo que revela por parte de sus autores una singular desconsideración a la persona humana, comparable a la del homicidio o en ocasiones mayor. Esta magnitud de injusto y la alarma social provocada por la multiplicación y publicidad de los casos ocurridos, llevó al Código Austríaco a penarlo con una de sus conminaciones más severas, pese a que tiende un puente de oro al autor al facilitarle no sólo el desistimiento, sino un arrepentimiento posterior a la consumación, que importa una atenuación sumamente considerable de la pena, que puede tornarla insignificante.

8. Dado que la estafa se ha convertido en un puro delito patrimonial con desplazamiento económico, ha sido necesario agregar al nuevo texto un tipo autónomo de engaño, en que el sujeto ve perjudicada su libertad, desde que se le vicia su voluntad mediante engaño para que con su propia conducta, omisión o tolerancia, cause una lesión a sus bienes jurídicos, sin que medie necesariamente un desplazamiento (§ 108).

9. El § 110 del Código es digno de tomarse en cuenta, pues constituye un

hueco en la mayor parte del Derecho Penal comparado: el tratamiento médico arbitrario como delito contra la libertad. El tratamiento médico no es obligatorio para el paciente, sino que es el quien elige someterse o no al mismo, especialmente cuando se trate de intervenciones quirúrgicas mutilantes o similares. Si se admite que el médico no actúa sólo justificadamente, sino que cuando lo hace con finalidad terapéutica su actividad resulta atípica frente a los tipos de delitos contra la integridad física, es decir, que no es típica de lesiones, el sometimiento del paciente a un tratamiento semejante sin su correspondiente consentimiento configura una actividad que lesiona gravemente la libertad individual, al punto de que el médico se sustituye al paciente en una decisión que únicamente incumbe a este último. En definitiva, en el mundo contemporáneo, demasiado frecuentemente se olvida o se desconoce el derecho a morir en paz, de modo que esa actividad arbitraria del médico resulta lesionando un bien jurídico en forma completamente atípica que para la ley argentina. La exclusión de responsabilidad para el profesional que aparece en el § 2 del mencionado párrafo responde a una justificante de estado de necesidad o a un consentimiento presunto, según sea el caso, que realmente sobra en el texto expreso de la ley, puesto que operaría igualmente haciendo jugar los principios generales de la responsabilidad penal.

10. Es interesante observar detenidamente las disposiciones del Cap. 5 de la Parte Especial, referidas a las lesiones a la esfera privada del sujeto y a ciertos secretos profesionales e industriales. La técnica moderna, particularmente la electrónica, logra hoy que no haya prácticamente impedimento físico que impida el acceso a conversaciones ajenas, sea que éstas tengan lugar personalmente o por medio de comunicación a distancia.

Puede violarse el secreto postal sin abrir la carta, puede violarse la privacidad de una conversación telefónica o de una conversación directa mediante el uso de mecanismos diminutos o supersensibles, puede interceptarse cualquier comunicación a distancia sin que lo perciban los que la mantienen. Si bien es de felicitarse por las considerables posibilidades que estos progressos permiten al hombre contemporáneo, tampoco puede ignorarse que también son idóneos para aniquilar su esfera íntima, circunstancia que debe ser contemplada penalmente, superando la vieja tipificación de la convencional revelación de secretos e incorporando las conductas lesivas cuyas posibilidades abren precisamente estos avances, que el Código Austríaco incorpora en sus §§ 118 a 120.

11. Resulta muy interesante notar la diferencia que se hace entre los §§ 125 y 135, en que el primero corresponde a un daño que se le hace a la cosa ajena sin sustraerla al poder de quien la tenga, en tanto que el segundo tipifica la sustracción de la cosa, es decir, la privación que de la cosa se hace sufrir al otro, pero sin apropiársela, tal como puede acontecer con quien suelta a un animal valioso ajeno. En ambos casos se ve perjudicado el patrimonio ajeno, pero en tanto en el primero no hay sustracción, en el segundo hay sustracción sin apoderamiento (pues en caso de haberlo, la hipótesis del segundo sería un hurto).

12. A partir de la figura básica del hurto se procede a una pluralización de hipótesis con diversa conminación penal: hurto grave, hurto con fractura o con armas, profesional, en banda y rapaz. Para evitar toda posibilidad de atipicidad, tanto el apoderamiento de energía como la usurpación de un derecho de caza o de pesca, que anteriormente eran considerados como hurtos, son tipificados por separado (§§ 132 y 138).

13. En el § 136 se contempla el único caso del llamado "hurto de uso", en el

uso no autorizado de vehículos de tracción mecánica. La limitación de la tracción mecánica deja fuera del precepto a los vehículos de tracción a sangre.

14. El § 151 contempla uno de los supuestos de abuso de seguro, que se consuma con la mera producción dolosa del siniestro, hecha con la intención de cobrar la indemnización correspondiente. Es interesante consignar que si bien esta figura tiene su equivalente en el Código Argentino (art. 174, inv. 1.º), éste resulta demasiado estrecho, puesto que no abarca el supuesto de la autolesión o de la lesión a otro, contemplado especialmente en la ley austríaca.

15. Es interesante consignar que el § 164 tipifica el encubrimiento real o de cosas como delito contra la propiedad, con la particularidad de que no sólo pena al que oculta la cosa de la que directamente se apoderó u obtuvo otro con el delito, sino también el valor sustitutivo que el otro pudo obtener de dicha cosa. El encubrimiento personal aparece tipificado por separado, en el § 299, entre las acciones punibles contra la administración de justicia.

16. Cabe advertir la amplitud con que la ley admite el arrepentimiento una vez consumado el delito, es decir, como un instituto distinto del arrepentimiento activo entendido como evitación del resultado en caso de tentativa acabada, respecto de los delitos contra la propiedad (§ 167), para el cual toma en cuenta hasta el compromiso contractual para reparar la totalidad del daño por parte del autor. En rigor de verdad, sabemos perfectamente que la cifra negra del delito contra el patrimonio es enorme, puesto que en la práctica es frecuente que hechos de esa naturaleza se solucionen en la forma de restitución o de pago parcial o a plazos o por otra vía reparadora del daño cometido. La ley austríaca es práctica en este sentido y, siempre que el delito se conozca por la misma acción del autor y antes de

cualquier intervención de la autoridad judicial o policial, aun admitiendo incluso que el autor proceda a instancia del sujeto pasivo, otorga relevancia a este arrepentimiento, que, por otra parte, también contribuye a evitar que el sujeto pasivo pueda abusarse de la situación del autor que ha cometido el delito con ligereza, sometiéndolo a una suerte de extorsión legal, desgraciadamente harto frecuente. No deja de ser una circunstancia que debe tomarse en cuenta y una posibilidad legislativa digna de ser estudiada.

En cuanto al § 168, cabe hacer notar que considera al juego de azar como un delito contra la propiedad. A nuestro juicio no es esa la posición correcta en cuanto al bien jurídico — penalmente tutelado, por que lo que el juego de azar prohibido constituye es una protección a un monopolio del Estado.

17. La totalidad del Cap. 17 está dedicado a las acciones punibles de peligro común, siendo sus tipos sumamente interesantes, tanto por la incorporación de peligrosas conductas como los delitos nucleares o mediante radiación iónica, la piratería aérea y los diversos delitos que para el apoderamiento de una aeronave pueden cometerse tanto durante el vuelo, a bordo de la misma, desde tierra, afectando el vuelo o a la seguridad de la misma o apoderándose de ella. En realidad, este capítulo, que incluye también la protección del medio ambiente, está muy bien elaborado en el Código austríaco y es uno de los que con mayor detenimiento deben ser observados y estudiados con miras al futuro, puesto que el permanente avance científico va aumentando las posibilidades de comisión de estos delitos o el uso de medios cada día más poderosos, que hacen que a veces corresponda dudar acerca de si algunas de estas conductas deben ser materia del Derecho Penal común o deben un día no lejano entrar

en el ámbito del Derecho Penal Militar, dada la posibilidad de destrucción masiva e indeterminada de bienes jurídicos ajenos. De especial interés, dada la imprevisión de nuestra legislación, son los §§ 180 y 181, referidos al envenenamiento doloso y culposo de la atmósfera.

18. La libertad de cultos se encuentra garantizada penalmente con la tipificación de los delitos que afectan la paz religiosa, perturbando acciones del culto, dando lugar a que se enconen las personas por ultrajes a objetos del culto o a personas con representación o dignidad religiosa y, especialmente, contemplan también los delitos contra la paz de los muertos, es decir, cometidos contra los sepulcros o lugares donde reposen restos mortales, problema que está totalmente olvidado en la ley penal argentina vigente, que sólo contempla el apoderamiento de cadáver con finalidad extorsiva (ver §§ 188 a 190).

19. Dado que no siempre que se abandona a un menor se lo hace en forma que ponga en peligro la vida o la salud del mismo el § 197 tipifica expresamente el abandono, es decir, el mero quebrantamiento de la obligación de asistir al menor de 14 años, aunque ese quebrantamiento no ocasione peligro alguno para la integridad del mismo, haviendo con que se lo haga con el ánimo de desembarazarse de él.

20. El § 259 resulta sumamente interesante: sabido es que los delitos militares o militarizados son delitos propios, es decir, delitos en que el autor debe estar sometido al estado militar: esto tiene por resultado que quien participa en un delito militar sin tener el carácter de tal no puede resultar punible, al menos con la fórmula del autor único. El Código contempla expresamente estas posibilidades, penando al que participe en ciertos delitos militares, es decir, tipificando por separado la participación en tales delitos, como un tipo independiente.

21. El § 292 contiene una especial previsión referida al falso testimonio o falsa deposición judicial. Sabido es que se trata de un delito que se caracteriza por ser de propia mano, es decir, por no admitir la autoría mediata, lo que hace que quien haga incurrir en error a otro acerca de lo que depone en su testimonio no puede ser considerado autor del delito de falso testimonio. Para solucionar este problema, que incluso podía llegar a dar lugar a un hueco legislativo — aunque hubiese sido solucionable por otra vía — la ley austríaca ha preferido asegurarse la solución tipificando autónomamente la conducta de provocar una deposición incorrecta de un tercero.

22. Es interesante observar que la calumnia está ubicada en el § 297, como delito contra la administración de justicia, en tanto que la injuria y la difamación están consideradas como delitos contra el honor de las personas en los §§ 115 y 111 respectivamente.

23. El § 315 tiene también la virtud de llenar un hueco que fue provocado al convertirse la estafa en un delito puramente patrimonial y que difícilmente en algunos casos pudiese considerarse a la conducta que en él se incrimina como típica de estafa: se trata del engaño que tiene lugar por parte de quien obtiene por ese medio una función pública para la cual no reúne los requisitos legales necesarios. Frequentemente puede este delito constituir también (en concurso ideal) una falsedad ideológica, una usurpación de títulos, etc., pero bien puede darse el supuesto en que tenga lugar un mero ardid idóneo sin que concurra ninguna de las otras tipicidades.

VI — Conclusiones

Pocas dudas caben respecto de la existencia de textos legales con soluciones más especializadas y consideradas más avanzadas que las del código que

traducimos y presentamos, como también que se han propuesto otras de similar carácter, acerca de cuyo destino aún resta bastante por discutir. El texto de que nos ocupamos ahora, creemos que es el más simplificado entre los modernos y que responde a una organicidad singular, evitando caer en un casuismo exagerado. Por otra parte, lo importante de cualquier Código es su viabilidad, especialmente en lo que respecta a su sistema penal. A este respecto, estimamos que el Código Austríaco es bastante prudente, puesto que se maneja con pocos establecimientos especializados, sin caer en una programación irrealizable, al par que le concede una amplísima gama de posibilidades a los tribunales para que puedan resolver conforme a las circunstancias propias de cada caso, que difícilmente son previsibles legislativamente en sus mínimos detalles, no quedando a la ley otro recurso que establecer los lineamientos generales a los que debe responder la conducta del Magistrado y tratar de dotar al mismo de la máxima preparación posible, para que pueda proceder a una correcta aplicación del mismo. Sería sumamente interesante vivenciar la experiencia de la puesta en práctica del texto de que nos ocupamos y del resultado obtenido por el mismo, pero, de cualquier manera, tenemos la certeza, al menos por las estadísticas manejadas con motivo de la creemos que el presente es un ejemplo, por sus soluciones avanzadas sumamente considerable de penas cortas privativas de libertad, lo que por sí ya constituye un mérito innegable.

La viabilidad de la aplicación de un texto legal es el primer requisito que deben tener en cuenta quienes lo proyectan y, al respecto, creemos que el presente es un ejemplo, por sus soluciones avanzadas dentro de lo razonable, porque elude lo utópico y porque no cae en un tecnicismo retribucionista, vetusto y desacreditado.

Creemos que sus mayores ventajas son las siguientes: a) aparece coordinado con una reforma procesal y penitenciaria; b) emplea un lenguaje altamente técnico y depurado; c) concede un amplio margen de libertad decisoria al Tribunal; d) reconoce la importancia de la personalidad del autor en la reacción penal; e) hace depender la reacción penal de la efectiva gravedad de los actos cometidos y de los que puedan temerse por parte del autor; f) elimina cualquier posibilidad de reacción penal frente a nimiedades, por más que sean formales; g) amplía los “puentes de

oro” que permiten la impunidad del delito cuando el autor se arrepiente en forma espontánea; h) prevé (limitadamente) la posibilidad de agravaciones de la reacción penal fundadas en el pronóstico de conducta como hecho real y que debe verificarse en forma efectiva y jamás como una presunción *juris et de jure*; i) es un texto orgánico que huye del casuismo sin caer en la arbitrariedad.

Estas condiciones nos permiten opinar que con este texto, la Segunda República de Austria logró coronar en forma admirable el anhelo que se había venido postergando por más de un siglo.

OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS APÓS A REVISÃO DE 1995

JOSÉ ANTÓNIO MOURAZ LOPES

Juiz de Direito em Coimbra — Portugal

Procede-se neste momento em Portugal à revisão das leis penal e processual penal fundamentais do ordenamento jurídico vigente.¹

A primeira pedra de tal reforma, o chamado "Projecto de Revisão do Código Penal" foi publicamente apresentada em janeiro de 1991.

Tal projecto, da responsabilidade de uma Comissão de eminentes juristas, presidida pelo Professor Figueiredo Dias, da Faculdade de Direito de Coimbra, foi posteriormente objecto de algumas alterações e convertido em projecto de decreto lei, tendo sido apresentado à Assembléia da Republica em fevereiro de 1994.

Objecto de alguma discussão, foi, nas suas traves fundamentais, recentemente aprovado e publicado o Decreto Lei 48/95 de 15/3, que aprova a revisão do Código Penal de 1982, alterando-o subs-

tancialmente, com entrada em vigor prevista para 1 de outubro de 1995.

Profundamente inovador e alterando grande parte dos artigos do Código Penal, que, recorde-se, entrou em vigor há doze anos, a amplitude das alterações introduzidas, das quais a matéria dos chamados crimes sexuais é paradigma, confrontará a breve prazo a jurisprudência dos Tribunais portugueses com um conjunto de questões que necessitam de ser ponderadas.

Correspondendo a uma visão unitária, coerente, marcadamente humanista, e em muitos aspectos, profundamente inovadora, amplamente discutido e aplaudido, nacional e internacionalmente, o actual Código Penal de 1982, constituiu uma autêntica viragem de todo o ordenamento jurídico penal até aí vigente.

E se em áreas menos sensíveis tal não foi muito visível, isso não aconteceu no âmbito dos "crimes sexuais".

E quando referimos "crimes sexuais" utilizamos o título da secção II do actual Código Penal de 1982 que integra os crimes de violação (artigo 201.), tráfico de pessoas (217.), estupro (204.), atentado ao pudor (205.º e 206.º), homossexualidade com menores (207.º), ultraje ao pudor de outrém (213.º), inseminação artificial (214.º) e lenocínio (215.º).

O legislador de 1982 — note-se que o projecto do Código Penal de 1982 surgiu, inicialmente em 1961, pela pena do Professor Eduardo Correia — incluiu este conjunto de crimes num título do

1. Por despacho do Sr. Ministro da Justiça de 23.3.90 foi criada uma "Comissão para Implementação do Sistema Penal", que pretende interaccionar e proporcionar práticas concertadas entre os vários órgãos intervenientes no sistema penal.

Foi recentemente aprovada uma nova Lei de penalização do consumo e tráfico de droga e existe uma Comissão a trabalhar na revisão do Código de Processo Penal.

Têm sido publicados alguns diplomas avulsos contendo matéria de índole penal e processual penal.

No dia 1.10.94 entrou em vigor um novo Código da Estrada.

código expressamente apodado de “crimes sexuais”, o que constituiu uma inovação face à legislação penal europeia ainda vigente.

Recorde-se que no primeiro projecto apresentado por aquele professor, cuja versão foi publicada em 1966, tal conjunto de crimes constituía o título “Crimes contra os costumes”, versão que, como se disse, não veio a vingar, optando-se antes por uma alteração que parecia radical.

No entanto a “ligação umbilical” da criminalidade sexual à moral e aos costumes não possibilitou, ainda, como aliás em grande parte das legislações penais actuais, esse corte definitivo.

Se o Código de 1982 ultrapassou o conceito de “crimes contra a honestidade” — a que se referia o Código Penal de 1886 — quer na redefinição do bem jurídico protegido por tais crimes, quer na eliminação de algumas condutas que até aí eram criminalmente punidas — caso do adultério e de certas condutas homossexuais — a concretização do que deve ser o verdadeiro bem jurídico a proteger pelos crimes em causa — a liberdade sexual — não foi integralmente assumida no Código de 1982.

Veja-se o caso dos crimes de atentado ao pudor, de ultrage público ao pudor e ultrage ao pudor de outrém, que não dispensam a concretização do “pudor”, normativo necessariamente a interpretar com recurso a valorações morais.

Mas mais flagrante é o caso do próprio exibicionismo ou ultrage público ao pudor que expressamente consagra a moralidade sexual como elemento do tipo.

Integrando um capítulo autónomo do título I que tipifica os crimes contra as pessoas, a nova versão do Código Penal de 1982 (doravante apenas referido por Novo Código) assume, pela primeira vez, a liberdade e a autodeterminação sexual como o bem jurídico fundamental tutelado pelos tipos criminais aí referidos.

Tal enquadramento já vinha sendo defendido e propugnando por alguma doutrina como sendo a única que possibilitava uma correcta postura da Lei face à realidade que actualmente devem assumir as condutas criminalmente punidas.²⁻³⁻⁴

Surge assim o capítulo V — Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual —, onde, a parte de tipos de crime já tipificados no código actual (violação, lenocínio, procriação artificial não consentida, estupro), são consagrados alguns novos crimes (coacção sexual, fraude sexual), são eliminados vários (cópula mediante fraude, atentado ao pudor, ultrage ao pudor de outrém) mas, sobretudo e fundamentalmente, é modificada integralmente a “super-estrutura” dos crimes em causa.

A divisão do capítulo em análise em duas subdivisões — crimes contra a liberdade sexual e crimes contra a autodeterminação sexual — pressupõe uma distinção bem clara entre aquilo que se pretende tutelar e proteger com os diferentes tipos de crimes aí incluídos.

Utilizando a sistemática desenvolvida por alguma doutrina fundada na escola alemã (ver Karl Prelhaz Natscheradetz na obra citada) é a liberdade sexual, ou a vontade do indivíduo na esfera sexual que importa tutelar e salvaguardar com os tipos de crime em causa.

Assim, no subtítulo I, criminalizam-se condutas que atentam gravemente contra essa liberdade da vontade do sujeito, cometidas:

— através da sua indução em erro — fraude sexual (artigo 167.º — “quem aproveitando-se fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal, praticar

2. Karl Prelhaz Natscheradetz: *O direito penal sexual, seu conteúdo e limites*, Coimbra, 1985.

3. Figueiredo Dias: *Crimes Contra os Costumes*, Enciclopédia Polis, Verbo, I v.

4. José Luis Díez Ripolles: *El Derecho Penal ante el Sexo*, Bosch, Barcelona, 1981.

com outra pessoa cópula, coito anal ou acto sexual de relevo é punido com pena de prisão até 2 anos”);

— através de coacção grave ou violência:

a) violação (164.º, n. 1 — “Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, ou, ainda, pelos mesmos meios, a constranger a tê-la com terceiro, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos”);

b) coito anal (164.º, n. 2 — “Com a mesma pena — da violação — é punido quem, nos termos previstos no número anterior, tiver coito anal com outra pessoa, ou a constranger a tê-lo com terceiro”);

c) coacção sexual (163.º — “Quem, por meio de violência, ameaça grave ou, depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”);

d) procriação sexual não consentida (168.º — “Quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”);

— através do aproveitamento da situação de incapacidade do sujeito de dar o seu consentimento ou ser coagido a tal:

a) abuso sexual de pessoa incapaz (165.º, n. 1 — “Quem praticar acto sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, aproveitando-se do seu estado ou incapacidade, é punido com pena de prisão de 6 meses a 8 anos.

2. Quem, nos termos previstos no número anterior, tiver cópula com mulher, ou coito anal, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos”);

b) abuso sexual de pessoa internada (166, n. 1 — “Quem, aproveitando-se

das funções ou do lugar que, a qualquer título, exerce ou detém em:

a) Estabelecimento onde se executem reacções criminais privativas de liberdade;

b) Hospital, hospício, asilo, clínica de convalescença ou de saúde, ou outro estabelecimento destinado a assistência ou tratamento; ou

c) Estabelecimento de educação ou correcção;

— praticar acto sexual de relevo com pessoa que aí se encontre internada e que de qualquer modo lhe esteja confiada ou se encontre ao seu cuidado é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

2. Quem, nos mesmos termos, tiver cópula com mulher, ou coito anal, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos);

c) tráfico de pessoas (169.º — “Quem, por meio de violência, ameaça grave, artil ou manobra fraudulenta, levar outra pessoa à prática em país estrangeiro da prostituição ou de actos sexuais de relevo, explorando a sua situação de abandono ou de necessidade, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”);

d) lenocídio (170.º, n. 1 — “Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo, explorando situações de abandono ou de necessidade económica é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

2. Se o agente usar de violência, ameaça grave, artil ou manobra fraudulenta, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”);

e ainda aquelas condutas que implicam desprezo pela vontade do sujeito que é contrária à ingerência de um terceiro na sua esfera sexual:

— actos exibicionistas (artigo 171.º — “Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela actos de carácter

exibicionista, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias”).

No subtítulo II — Dos crimes contra a autodeterminação sexual — são integrados os crimes de:

a) abuso sexual de crianças (Artigo 172.º — 1. Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos).

2. Se o agente tiver cópula ou coito anal com menor de 14 anos é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

3. Quem:

a) praticar acto de carácter exibicionista perante menor de 14 anos, ou

b) actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa obscena ou de escrito, espectáculo ou objeto pornográfico, ou o utilizar em fotografia, filme ou gravação pornográfica;

é punido com pena de prisão até três anos.

4. Quem praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

b) abuso sexual de adolescentes e dependentes (Artigo 173.º — 1. Quem praticar ou levar a praticar os actos descritos nos ns. 1 ou 2 do artigo 172.º, relativamente:

a) a menor entre 14 e 16 anos que lhe tenha sido confiada para educação ou assistência; ou

b) a menor entre 16 e 18 anos que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência, com abuso da função que exerce ou da posição que detém;

é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2. Quem praticar acto descrito nas alíneas do n. 3 do artigo 172.º, relativamente a menor compreendido nas alíneas do número anterior deste artigo e nas condições aí descritas, é punido com pena de prisão até 1 ano.

3. Quem praticar ou levar a praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão até 3 anos).

c) estupro (Artigo 174.º — Quem tiver cópula com menor entre 14 e 16 anos, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias).

d) actos homossexuais com menores (Artigo 175.º — Quem, sendo maior, praticar actos homossexuais de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que eles sejam por este praticados com outrém, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias).

e) lenocídio de menores (Artigo 176.º — 1. Quem fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição de menor entre 14 e 16 anos, ou a prática por este de actos sexuais de relevo, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

2. Se o agente usar de violência, ameaça grave, artil ou manobra fraudulenta, actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima, ou se esta for menor de 14 anos, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos).

Com a criminalização das referidas condutas não se pretende tutelar um padrão de comportamentos sexuais ou proteger qualquer classe ou tipo de pessoas em particular, mas sim tutelar e proteger “uma vontade individual ainda insuficientemente desenvolvida e apenas parcialmente autónoma dos abusos que sobre ela executa um agente, aproveitando-se da imaturidade do jovem para a realização de acções sexuais bilaterais”.²

Reconhece-se implicitamente o direito à sexualidade como o direito a proteger e a tutelar, no âmbito do direito à liberdade individual, mas também o direito à protecção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento, que, pelas suas características, é carecida de tutela jurídica.

Atende-se que as perturbações fisiológicas e psicológicas que um precoce despertar sexual (seja ou não violento ou consentido) pode provocar, são factos e motivos suficientes para uma tutela jurídica efectuada naqueles termos.

Importa salientar que em nenhum dos tipos de crimes referidos se encontra, agora, a mais leve referência a qualquer conceito de índole moral.

Quando se fala, naqueles crimes, no “acto sexual de relevo”, a concretização normativa de tal conceito não pode a título algum ter qualquer conotação ou configuração de índole moral.

A concretização do conteúdo daquele elemento do crime — pedra de toque do sistema agora consagrado — não deve ir procurar-se directamente a nenhuma ética sexual social, que não existe como tal.

Os conceitos ético-sociais em matéria de sexo evoluem no tempo rapidamente, de sociedade para sociedade e de cultura para cultura, não se compadecendo com codificações perenes — veja-se o caso da virgindade e o seu desapareci-

mento como elemento de alguns tipos de crime, nomeadamente o estupro, no Código de 1982.

Os hábitos e costumes de uma determinada cultura, devendo ser índices ou referências que o interprete deve ir buscar para concretizar a ilicitude, não são regra ou panaceia para seguir e aplicar indiscriminadamente.

Importa não esquecer que é a liberdade sexual de um sujeito que está em causa e que é tutelada e não a liberdade sexual de uma comunidade.

O direito à liberdade, nas suas múltiplas facetas é, com a tutela da liberdade sexual nos termos estabelecidos no projecto, manifestamente enriquecido.

Despindo-se pela primeira vez o sexo das vestes morais que sempre carregou, importa agora não o deixar nu na praça pública.

Cabrá com certeza aos tribunais, na interpretação que fizerem dos vários tipos de crime, tecerem alguma da roupa que o haverá de vestir.

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

KURT MADLENER*

1. Introdução — 2. Problemas básicos: 2.1 A compensação do dano causado pelo delito é um dos objetivos do processo penal? 2.2 Que espécie de compensação deverá ser prestada e a quem? 2.3 Quais os tribunais que deverão conceder a reparação? 2.4 De que modo a reparação poderá ser executada? 2.5 Em que medida é importante que seja o próprio réu que pague a reparação? 2.6 Pode a reparação ser um instrumento efetivo para a descriminalização? 2.7 O que vem em primeiro lugar: a reparação do dano ou a ressocialização do réu?

1. Introdução

Se nós voltarmos às origens do Direito Penal, veremos que a vítima e a sua família ocupavam uma posição central: era a vítima e a sua família que tinham o direito de requerer a vingança ou a compensação. Entretanto, através dos séculos, com a evolução do Estado e a organização da persecução pelo Estado, o papel da vítima mudou: de sua posição central, a vítima deslocou-se à uma posição marginal.

Países como a França, a Itália e a Espanha, fazem possível a intervenção da vítima no processo penal, através do assim chamado processo adesivo ou adjunto, o qual não é nada mais do que um procedimento civil aderido ao processo penal. Este procedimento adesivo é extensamente usado nestes países, mas parece que os resultados não são muito encorajadores. Em certos sistemas legais realmente não faltam regulamentos que

disponham sobre a reparação, ou ao menos se supõe que assim o façam, mas os resultados raramente funcionam. Por conseguinte, não é suficiente para fazer-se considerações teóricas sobre novos caminhos já que os problemas práticos de implementação não são atendidos.

O quadro total é desolador, e isto nos obriga a repensar no todo da questão. Há um consenso até certo ponto, de que a vítima é a “parte esquecida” do processo penal.¹ Mas, é obviamente difícil prever algo que funcione. Isto claramente se demonstrou através de experiências negativas na Alemanha e em outros lugares.

Há, também, que recordar-se que mudanças legislativas que beneficiam a vítima podem ser prejudiciais para a reintegração social do ofensor. Isso com-

1. No México se considera que a vítima é um ninguém (“nadie”) no processo penal, pois de acordo com o art. 141 do Código Federal de Procedimentos Penais a vítima não é parte no procedimento penal (“no es parte en el proceso penal”). Esta opinião é discutível, entretanto, compare Carlos Franco Sodi, *El procedimiento mexicano*, 4.ª ed., México, 1957, p. 108.

* O Autor agradece mui cordialmente a Dra. Silma Marlice Madlener pela tradução feita do texto inglês original ao português.

plica tremendamente qualquer possibilidade de uma solução satisfatória, o que constitui um real desafio, diante de nós. Um certo número de propostas tem sido esboçadas para utilizar a compensação à vítima do delito através de vários caminhos como um instrumento de política criminal.

Todavia, até agora, parece difícil conciliar os dois interesses básicos confrontados a esse respeito: aliviar o dano sofrido pela vítima e ajudar ao ofensor a reintegrar-se na sociedade.

O objetivo deste artigo é rever alguns dos caminhos que se supõe oferecer à vítima do delito compensação pelo dano sofrido. Realmente nem todos os caminhos e intenções desenhados nas várias legislações nos últimos duzentos anos tiveram sucesso. A mais importante razão de fracasso parece ser que ainda não se alcançou uma eficiente harmonização dos interesses contraditórios da vítima e do ofensor. Gostaríamos de tentar determinar quais as espécies de reformas que deveriam melhorar a situação da vítima, a qual, muitas vezes não obtém nada através do processo penal, mas não se esquecendo nunca de que se quer, também, reintegrar o ofensor dentro da sociedade. Esse é realmente o problema crucial.

2. Problemas básicos

Certamente não será possível tratar ou nem sequer mencionar neste trabalho todos os pontos de discussão que já dura ao redor de cem anos ou mesmo antes. Muitas outras questões poderiam ser suscitadas, por exemplo a possibilidade de fazer-se maior uso da arbitragem e de outras técnicas de tentar-se um acordo em casos criminais, antes do início do processo penal.² Todavia, entre os problemas principais questionam-se os seguintes:

2. Outros pontos em discussão veja Albin Eser, Günther Kaiser e Kurt Madlener (Editores), *Neue Wege der wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg im Breisgau, 1990. Este

2.1 A compensação do dano causado pelo delito é um dos objetivos do processo penal?

Um ponto importante é saber se a compensação à vítima do delito pode ser considerada como um dos objetivos do processo penal. A principal questão é a concernente à relação entre a compensação à vítima do crime e (outros) objetivos do sistema penal. Isto é especialmente importante para esclarecer se a reparação do dano que o cidadão sofreu deva ter prioridade sobre outros objetivos do sistema penal, e, se assim, de que modo, e em quais casos. Uma decisão neste ponto é especialmente importante quando o juiz impõe ao ofensor várias obrigações financeiras como custas judiciais, multas e reparação à vítima. Quais dessas obrigações têm primazia sobre outras se o ofensor não tiver meios suficientes para satisfazer a todos?

Neste contexto um outro problema é se o fazer as pazes entre o ofensor e a vítima é algo que deva ser considerado como um dos objetivos do sistema penal, e quais as conseqüências talvez, que disso resultem. Se assim for, então deve-se pensar sobre as possibilidades de substituir a compensação, caso o pagamento financeiro seja impossível em virtude do réu ser pobre.

volume contém informações apresentadas num Simpósio por mim sugerido sobre "Novos Caminhos para a Reparação do Dano no Direito Penal", o qual se realizou em 1989 no Instituto Max Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional em Freiburg im Breisgau.

Baseando-se nos resultados desse simpósio está sendo preparado um projeto de pesquisa no Instituto Max Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional.

Vide também os pontos de vista críticos de Hans Joachim Hirsch, em *Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 102 (1990), pp. 534 e segts.

2.2 *Que espécie de compensação deverá ser prestada e a quem?*

A reparação financeira do dano causado pelo delito é na maioria dos casos muito limitada, pois os ofensores tendem a ser pobres. Por conseguinte, deve-se examinar se além do pagamento em dinheiro, a compensação moral pode ser empregada e se um trabalho pode ser imposto quando a contribuição econômica, por parte do ofensor não pode ser suprida por outro meio.

Como no sistema penal, o trabalho pelo ofensor diretamente em benefício da vítima, pelo menos na medida em que se trate de adulto, mal se pode considerar, há de perguntar-se se o trabalho à comunidade pode ser usado, e se o resultado de tal trabalho deve ser aplicado em benefício da pessoa lesada ou que de outras maneiras ele conseguiria obter a compensação do dano pessoal.

Uma outra questão importante é como se pode proceder em caso que a vítima não esteja disposta a cooperar, por exemplo se ela se recusa a aceitar a reparação. Por exemplo: no direito alemão, o juiz criminal pode, ao conceder a suspensão condicional da pena, impor como se faz algumas vezes, mas não freqüentemente, a compensação à vítima como condição da sua concessão, na medida de suas possibilidades. ("Nach Kraften"),³ com que a vítima nem sempre concorda.

Em casos nos quais o dano é muito grande e as possibilidades do réu de reparar são pequenas, a reparação parcial oferecida pode parecer uma zombaria à vítima. Existem similares dificuldades quando a vítima é desconhecida, ou quando o delito é um tipo sem vítima (por exemplo uma infração de trânsito que não tem como consequência, dano ou perigo para ninguém). Se a reparação é parcialmente, ou totalmente, um subs-

titutivo de uma sanção penal, ou se em alguma outra relação é um pré-requisito para um benefício que poderia ser concedido ao réu, seria injusto se o réu nestes casos perdesse este benefício por razões pelas quais ele não é responsável.

2.3 *Quais os tribunais que deverão conceder a reparação?*

Um problema muito prático, de qual tribunal é competente,⁴ levanta um problema básico, a saber: a separação das disciplinas do direito privado e do direito penal segundo sejam tribunais civis e tribunais penais em muitos países. Naturalmente certas dificuldades se apresentam se o mesmo evento histórico, o delito, está tratado de um lado por um tribunal que se ocupa de direito civil da reparação, e por um tribunal criminal que se ocupa exclusivamente do problema da culpa e da pena.⁵

No entanto, a separação das disciplinas de Direito Civil e de Direito Penal não foram efetuadas em todos os países de maneira tão estrita como na Alemanha. Na França, ainda hoje em dia, o Direito Penal faz parte do Direito Privado.⁶ Isto parece ser a principal razão

4. Sobre os diversos modelos de distribuição da competência entre os tribunais para a resolução de problemas civis e criminais decorrentes de um delito, veja Vinício Geri, *Manuale della responsabilità penale e civile da illciti, della prescrizione e del danno*, Milano, 1968, pp. 121 e segts.

5. Esse problema foi discutido extensamente pelos positivistas italianos no contexto da reparação do dano causado pelo delito. A posição de Enrico Ferri era muito explícita: "Per noi parificare l'oblíquo del delinquente a riparare i danni recati col suo delitto all'oblíquo derivante dall'inadempimento di un contratto, è semplicemente immorale" (*Sociologia criminale*, 3.^a ed., Torino, 1892, p. 701).

6. A enciclopédia jurídica *Pandectes Françaises* editada por Rivièrre em 1982 coloca isso dessa maneira: "Le droit civil comprend essentiellement le droit civil, la procédure

3. § 56 b, inciso 2 vn. 1 do Código Penal alemão (StGB).

pela qual se tem dado menos atenção ao Direito Penal na França do que em outros países continentais.

Portanto, de fato, as leis que regulamentam as pretensões civis e o Direito Penal são estritamente diferenciadas na maioria dos países de tradição jurídica européia-continental.

Mas os tribunais civis e de jurisdição criminal não estão em todos os lugares estritamente separados, nem sequer na Europa Continental. Por exemplo, na Espanha problemas de direito civil e questões de direito penal são tradicionalmente decididos pelo mesmo "Juzgado de Primera Instancia y de Instrucción".

Isto só recentemente foi mudado através de uma lei promulgada em 1988.⁷ Com base nesta importante reforma a grande maioria dos casos penais é agora decidido em Primeira Instância pelos "Juzgados de lo Penal", por um juiz unipessoal, com poder de impor penas de até seis anos de condenação. Na Europa Continental há uma tendência óbvia de especializar-se quer em matéria de direito civil, quer em assuntos penais. Mas, o juiz espanhol de "lo penal", sempre que tenha algum caso a julgar, não decide somente sobre a culpa, mas também, sobre a compensação.

civile, le droit commercial, et accessoirement le droit criminel, qui est la sanction et la garantie des règles du droit civil; on l'oppose au droit public..." (vol. III, p. 668, n. 456). Quase setenta anos depois não havia mudado muito como se pode ver no *Nouveau Répertoire de Droit Dalloz*, editado em 1963 em 2.^a edição por Emmanuel Vergé and Roger de Ségogne: "Le droit pénal fait, par sa nature, partie du droit public mais il a été rattaché traditionnellement au droit privé, parce que beaucoup de ses dispositions sont destinées à sanctionner les rapports juridiques privés: d'autre part, la procédure pénale a été pendant longtemps étudiée en même temps que la procédure civile" (vol. 2, p. 252, n. 12).

7. Ley Orgánica n. 7/1988, de 28.12.88 (Aranzadi n. 2065).

Se se considerar, entretanto, que esta mistura de assuntos criminais e civis no assim chamado procedimento adesivo de países como a França, a Itália e a Espanha não ter realmente resolvido o problema da compensação, resulta duvidoso se a unificação de disciplinas altamente especializadas, que tem que se ocupar de aspectos totalmente diferentes dos interesses humanos, é útil.

2.4 De que modo a reparação poderá ser executada?

Um outro problema extremamente prático é a questão de como a compensação a qual deve ser fixada no processo penal pode ser executada.

Se a compensação é definida no direito civil, então pode ser executada certamente como qualquer outra obrigação civil. Este caminho tem sido escolhido pelo legislador, por exemplo no processo adesivo alemão.⁸ Mas pode parecer inadequado e injusto pedir à vítima do delito que tente uma execução civil que implique um risco, custos e ainda ofereça ao devedor toda uma gama de possibilidades de defesa. De outro lado, se a execução da reparação do dano à vítima do delito é feita através dos extensos poderes inerentes ao procedimento penal (em alguns casos utilizando-se como um meio de coação a prisão substitutiva, quando não paga, ou a prisão coercitiva), a questão que se apresenta é se isto não conduz a um tratamento não equitativo entre os diversos credores do devedor.

De qualquer maneira há que levar-se em conta que o direito civil tem algumas regras protetoras de tipo social (por exemplo: limite dos proventos para que seja exequível), que não podem ser negligenciadas pelo sistema penal.

8. Art. 406 b, Código de Procedimento Penal (StPO).

2.5 Em que medida é importante que seja o próprio réu que pague a reparação?

O "leitmotiv" tantas vezes repetido do "fazer as pazes entre o ofensor e a vítima" induz a uma visão errônea de que há sempre, ou ao menos na maioria dos casos, uma confrontação entre ambos quando surge a questão da compensação. Isto de algum modo é parte de "conceitos românticos",⁹ os quais são típicos de discussão sobre o problema da reparação do dano causado à vítima do delito.

Efetivamente o pedido da reparação em muitos países é transferido, em grande parte, a seguros privados ou estatais, ou à outras instituições que pagam os danos à pessoa lesada e tentam recebê-los do ofensor. Este é o caso na grande maioria de ofensas baseadas em negligência, porque os riscos envolvidos são em grande parte cobertos por seguros voluntários (por exemplo, seguros sobre propriedade imóvel), e compulsórios (por exemplo, seguro obrigatório de veículos a motor).¹⁰

Isto também, é verdadeiro no que concerne a uma considerável quantidade de danos resultantes de ofensas intencionais. No que se refere a um prejuízo pessoal, a petição da reparação é dirigida aos seguros privados, especialmente seguros de saúde, mas, também, ao sistema de seguridade social, os quais têm o direito de reaver as importâncias pagas.

9. Hans Joachim Hirsch, Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht, em *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colônia, 1989, pp. 699 e segts. (712).

10. Na Alemanha cerca de 40% das condenações de adultos (e de semi-adultos tratados como adultos) referem-se a delitos de trânsito: em 1989, de um total de 608.548 condenações de trânsito, 238.243 foram por delitos de trânsito: *Statistisches Bundesamt*, 10: Rechtspflege, série 3., Strafverfolgung, Stuttgart, 1991, p. 42.

Na Alemanha, tanto quanto noutros países, se excepcionalmente não se tem seguros, o pobre tem que requerer o pagamento do auxílio-social do Estado ("Sozialhilfe"), e as instituições que o concedem, tentam recebê-lo do ofensor. Frequentemente, o pagamento do salário pelo empregador continua se o empregado sofreu uma lesão, e por essa razão está incapacitado de trabalhar. Nestes casos é praticamente o empregador que repara o dano, ao menos em parte.

No que se refere ao dano, quando afeta a propriedade, em muitos casos há seguros contra roubo, fogo, e assim por diante, que são geralmente seguros voluntários, e são muito empregados em países onde a população está consciente da necessidade de fazer um seguro.

Em todos esses casos, um terceiro (um seguro ou outro terceiro qualquer) que repara parcial ou totalmente o dano sofrido pela vítima do delito, pode reaver do réu o valor pago. A consequência é que o ofensor não se confronta mais com a sua vítima, mas com um terceiro, e muitas vezes com uma pessoa jurídica.

Essa amplitude limita na verdade a possibilidade de se utilizar a compensação como um instrumento de restabelecer a paz entre o ofensor e a vítima: eles não têm nada a haver um com o outro na maioria dos casos mais frequentes.

2.6 Pode a reparação ser um instrumento efetivo para a descriminalização?

Embora muitas vezes o total do dano ou ao menos parte dele esteja coberto por seguro, há com certeza casos nos quais os danos são compensados pelo ofensor diretamente à vítima. Quando as ofensas não são de natureza muito séria, quer dizer, quando pela sua natureza não fazem impossível de substituir a sanção penal pela compensação, então existe a possibilidade de descriminalização, utilizando a compensação como um

substitutivo da punição. Porém, tem que se levar em conta que estes réus não estão numa boa situação econômica. Conseqüentemente, em lugar da reparação, poderá o trabalho comunitário ser um substituto de uma sanção penal.

No sistema alemão onde mais de 80% de todas as sanções são multas,¹¹ a reparação como uma pena substitutiva, talvez possa cobrir alguns destes casos. O obstáculo pode ser, que no sistema alemão o *sursis* não pode ser concedido em caso de multas. A possibilidade de descriminalização através da compensação, neste campo levaria à reconsideração do problema de política criminal relativamente às pequenas ofensas.

2.7 O que vem em primeiro lugar: a reparação do dano ou a ressocialização do réu?

Aqui realmente se encontra o problema crucial do assunto, ou seja a relação entre a ressocialização do ofendido e a compensação da vítima. De um lado, a obrigação de compensar o dano, deveria ter um efeito ressocializador sobre o ofensor, desde que se lhe demonstre a conseqüência da lesão e se lhe imponha a responsabilidade de repará-la. Isto pode ser especialmente favorável quan-

do o ofensor aceita a responsabilidade de pagar certa quantia, voluntariamente, ou ao menos decidindo que isso seja o melhor. Partindo-se disso, levanta-se a questão se só a reparação voluntária pode ser considerada pertinente no sistema penal ou se a compensação pode, também, ser significativa quando se o obriga a fazê-lo.

De outro lado, a responsabilidade financeira resultante da obrigação de indenizar o dano pode tornar a ressocialização do ofensor mais difícil. Isto parece ser uma das razões da relutância dos juízes e promotores alemães em impor ao ofensor a condição de reparação prevista no art. 153 a, do Código de Processo Penal (StPO) e art. 56 b, 57 parágrafo 3 do Código Penal (StGB).

Quando se compara os sistemas legais, se deve, também, levar em conta que, a reparação como um instrumento de educação, não pode ser empregada em todas as sociedades e da mesma maneira quando o ofensor é um adulto. Se algo da idéia de educação através da compensação, perdura na legislação dos países que foram socialistas, deveria ver-se.¹²

O problema de fazer-se com que a reparação à vítima e a ressocialização do réu sejam compatíveis, é de qualquer maneira o ponto decisivo.

11. Em 1989 de um total de 608.548 pessoas condenadas, 503.356 foram condenadas a penas de multa e 104.810 a penas privativas de liberdade (estas cifras não incluem os infratores juvenis e semi-adultos); *Statistisches Bundesamt*, loc. cit. (Nota 10).

12. Sobre esta idéia veja Zbigniew Doda, *Neue Wege der Wiedergutmachung im polnischen Strafrecht*, e Norbert Lembeck, *Zu Fragen der Wiedergutmachung im Strafrecht der DDR*, em Eser/Kaiser/Madlener (ed.), op. cit. (Nota 2, supra).

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Processo Penal da Universidade de São Paulo

1. Os antecedentes — 2. As propostas finais — 3. Conclusão

Versa esse relatório sobre as seis propostas de reforma ao Código de Processo Penal, publicadas no *DOU* de 25.11.94 pelo Ministério da Justiça, para conhecimento à comunidade jurídica e à sociedade.

1. Os antecedentes

1. O Senhor Ministro da Justiça, Dr. Maurício Correia, constituiu Comissão de Juristas, pela Portaria n. 145 de 1992, presidida pelo Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, a fim de que apresentasse propostas de reforma ao CPP, no intuito de buscar a simplificação e agilização do processo penal, visando à aceleração da prestação jurisdicional.

2. As primeiras propostas da referida Comissão foram publicadas no *DOU* de 30.6.93, quando o Instituto dos Advogados do Brasil, por seu Presidente, Dr. Rubens Approbato Machado, e o Instituto Brasileiro de Direito Processual, por seu Presidente, professor Celso Neves, houveram por bem nomear Comissões para procederem ao exame e oferecer sugestões aos Anteprojetos de lei. As duas Comissões dos Institutos foram coordenadas por mim, sendo a primeira (do IASP) constituída pelo Des. Álvaro Lazzarini e pelo advogado Luiz Flávio Borges D'Urso, enquanto a segunda (IBDP) foi integrada pelos professores e Procuradores da Justiça Antônio Maga-

lhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, contando, ainda, com a colaboração do mestrando Fauzi Hassan Choukr. O resultado dos trabalhos das duas Comissões foram 13 novas propostas que se inseriam dentro da filosofia dos Anteprojetos iniciais e que foram encaminhados ao Ministério da Justiça, no intuito de colaborar para o aperfeiçoamento das propostas apresentadas.

3. Logo após, a Coordenadora das Comissões do IASP e do IBDP, bem como o Dr. Antônio Magalhães Gomes Filho, integrante da segunda, foram nomeados para compor a Comissão de Revisão das propostas formuladas pela Comissão do Ministério da Justiça, sempre sobre a presidência do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Foi assim possível sustentar as propostas dos Institutos, discutidas amplamente pela referida Comissão de revisão e por esta aperfeiçoadas, em diversas reuniões que se encerraram no início de 1994.

4. Das reuniões da Comissão de revisão resultaram aprovadas, com pequenas alterações, nove propostas do IASP e do IBDF, quais sejam: a) Reestruturação da investigação criminal acrescentando ao inquérito policial a autuação sumária; b) Compatibilização das normas sobre prisão cautelar com as garantias constitucionais; c) Introdução do instituto da suspensão condicional do processo; d) Revisão do instituto da revelia, no caso de citação por edital e

de não comparecimento do acusado; e) Reestruturação do procedimento ordinário; f) Reestruturação do procedimento sumário e previsão do processo para infrações de menor potencial ofensivo; g) Previsão da fixação de indenização mínima na sentença penal condenatória; h) Regulamentação do agravo, aproveitando o Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional sobre sua reestruturação no juízo cível, com adaptações ao sistema penal; i) Revisão das normas sobre intimação pela imprensa.

5. Os Anteprojetos da Comissão ministerial de revisão (num total de 17), publicados no *DOU* de 16.3.94, não chegaram, porém, a ser encaminhados ao Congresso Nacional. A pedido do novo Ministro da Justiça, no final do Governo do Presidente Itamar Franco, a mesma Comissão de Revisão, presidida pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, realizou outras reuniões de trabalho, com a presença do representante do Ministério da Justiça e a participação de expoentes das diversas categorias jurídicas — membros do Ministério Público, da Advocacia pública e privada, da Magistratura e da Polícia Civil. Rediscutida toda a matéria, numa esfera mais ampla (agora, também, com a participação do Dr. Antônio Scarance Fernandes), foi ela mais uma vez aperfeiçoada, daí resultando, como fruto do consenso de numerosos operadores do direito, as novas propostas, publicadas no *DOU* de 18.11.94, sobre as quais versa o presente relatório.

2. As propostas finais

6. Detectados os pontos de estrangulamento do sistema processual penal, os anteprojetos setoriais de reforma do Código de Processo Penal, que surgiram do consenso entre as diversas categorias jurídicas, não esgotam, evidentemente, toda a matéria que poderia ser retocada.

Mas indicam, ao menos, um primeiro passo rumo à modernização do processo penal brasileiro.

7. As propostas foram agrupadas em seis projetos, que abrangem as nove originárias da Comissão do IASP, ficando a matéria assim dividida:

a) Primeiro conjunto: a.1) Do inquérito policial; a.2) Do procedimento ordinário; a.3) Dos procedimentos sumário e sumaríssimo; a.4) Da suspensão condicional do processo;

b) Segundo conjunto: b.1) Da prova ilícita; b.2) Da prova pericial; b.3) Da prova testemunhal; b.4) Da defesa efetiva;

c) Terceiro conjunto: c.1) Da citação edital e da suspensão do processo; c.2) Da intimação;

d) Quarto conjunto: d.1) Da prisão e outras medidas restritivas; d.2) Da fiança; d.3) Da prisão temporária;

e) Quinto conjunto: e.1) Do agravo; e.2) Dos embargos;

f) Projeto isolado: Do júri.

8. Para bem entender a filosofia das propostas e colher plenamente sua perfeita inserção nas tendências atuais do processo penal, rumo à sua modernização mercê do abandono de técnicas superadas, parece oportuno apontar os caminhos pelos quais os sistemas contemporâneos têm buscado e buscam incessantemente atingir os dois valores fundantes do processo penal: a eficiência e o garantismo. Eficiência, como efetividade do processo enquanto instrumento da persecução penal e também meio de aferição da inocência do acusado, a demandar vias processuais mais simples, acessíveis, racionais, descomplicadas e céleres; garantismo, como observância rigorosa dos direitos das partes e sobretudo da defesa, para que a função jurisdicional se legitime por intermédio de um processo cercado por todas as garantias do *due process of law*.

A técnica fundamental de que se serve o novo processo penal, para a

observância dos princípios maiores que o devem nortear, reside na estrutura de partes típica do modelo acusatório, em que todo o procedimento é publicizado, condensado e concentrado, dando-se relevância à oralidade e seguindo as linhas da desburocratização, da transparência, da participação popular, da adoção de mecanismos de seleção dos casos e da adequação do rito à complexidade dos fatos e à gravidade da infração.

Dentro desses princípios maiores e de seus corolários, que também informam as linhas mestras do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, inscrevem-se as mais recentes reformas legislativas operadas em diversos países, de matriz comum à do processo penal brasileiro: assim, o Código de Processo Penal de Portugal, de 1987; o Código de Processo Penal italiano, de 1988; diversos Códigos estaduais de Províncias argentinas (Tucumán, Córdoba, Santiago del Estero). E muitos Projetos em tramitação legislativa, como os da Guatemala, Costa Rica, Uruguai.

E é dentro desses princípios maiores e de seus corolários que se examinarão as linhas principais das propostas objeto desse relatório, seguindo a ordem em que foram elas publicadas no *DOU* de 18.11.94.

9. A investigação policial

A proposta tende a descomplicar a investigação policial, reservando o inquérito para as infrações penais de maior complexidade e criando a atuação sumária para as de menor potencial ofensivo (contravenções e crimes apenados com detenção não superior a dois anos).

Estabelecem-se novos controles sobre o inquérito, ao mesmo tempo em que se dá ênfase às garantias constitucionais do investigado, da vítima e das testemunhas. E deixa-se claro que, a par da investigação pela polícia judiciária, a lei poderá atribuir a outras autoridades atividades investigatórias.

10. A simplificação dos procedimentos

Os três procedimentos comuns (ordinário, sumário e sumaríssimo) têm formas próprias, de acordo com a gravidade da infração.

Para os crimes punidos com reclusão, o procedimento ordinário toma como modelo o vigente procedimento sumário, com a concentração dos atos processuais e a eliminação de fases distintas para a colheita da prova e as diligências finais. Introduce-se o contraditório prévio ao recebimento da acusação, adotado com êxito em diversos sistemas modernos (Alemanha, Áustria, Portugal, Itália, novos códigos provinciais argentinos) e capaz de eliminar *in nuce*, por um juízo de admissibilidade efetivo, grande número de processos em que a falta de justa causa hoje vem declarada somente a final.

O procedimento sumário, destinado a crimes apenados com detenção superior a dois anos, guarda o inquérito policial e a denúncia escrita, mas simplifica ainda mais o procedimento que, com exceção da tentativa de conciliação, é substancialmente o mesmo do procedimento sumaríssimo.

Este, referente às infrações de menor potencial ofensivo (contravenções e crimes apenados com detenção não superior a dois anos), precedido apenas pela atuação sumária, prioriza os princípios da oralidade, informalidade e celeridade. É para o procedimento sumaríssimo que se prevê a fase preliminar, destinada à audiência de conciliação. E é aqui que surge, consoante o permissivo constitucional, a transação em matéria penal, de que se cuida a seguir.

11. Técnicas de disponibilidade e consenso

Atentas às posturas dos sistemas processuais penais da atualidade que, ligados embora ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, vêm mitigando-o por intermédio da denominada "discrecionalidade regulada" (disponibilidade sobre a acusação, regada por lei e

submetida ao controle do juiz), e de que constituem exemplo recente as legislações de Portugal, Espanha e Itália, as propostas dão realce à autonomia da vontade, por intermédio de duas técnicas principais: a) a transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo, em que o juiz, a pedido das partes, pode aplicar desde logo a pena de multa ou restritiva de direitos, sem que disso resulte reincidência ou anotação em registros criminais; b) a suspensão condicional do processo, correspondente à *probation* do sistema anglo-saxão, em que, também a pedido das partes, o juiz pode suspender o processo nos casos em que afinal o acusado viria a ser beneficiado pelo *sursis*. Para garantia da efetividade da persecução penal, o prazo da prescrição fica suspenso durante o período de prova mas, cumprido este, o juiz determinará o cancelamento dos registros criminais.

12. Preocupação com a vítima

Grande importância é dada à tutela da vítima. E isso ocorre em duas vertentes: na transação penal e na suspensão condicional do processo, pela previsão da reparação civil dos danos causados; e, em qualquer hipótese, pela fixação, na sentença condenatória, de um valor mínimo a título de indenização, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido e executando-se esse valor após o trânsito em julgado da sentença, sem prejuízo da liquidação para apuração dos danos efetivamente sofridos.

13. Do direito à prova

A simplificação da prova pericial, contrabalançada pela possibilidade de indicação de assistente técnico pelas partes; a introdução da *cross examination*; a garantia da efetividade da defesa, exigindo demonstração das teses, tudo vem em abono ao reconhecimento de um verdadeiro direito à prova que não é, todavia, absoluto. Com efeito, vem ele equilibrado pela proibição das provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em

violação a normas ou princípios constitucionais, e as delas resultantes (provas ilícitas por derivação).

14. A ciência dos atos processuais

Fiel à garantia constitucional da ampla defesa e à do indispensável conhecimento prévio e detalhado da acusação — assegurado pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, que hoje integra o direito brasileiro interno — as propostas revêem as regras antigas sobre a citação *ficta*, distinguindo duas hipóteses: não comparecendo o acusado, citado por edital, nem constituindo advogado, o processo é suspenso, com suspensão do prazo prescricional, podendo o juiz, nesse caso, determinar a produção antecipada de provas urgentes e decretar a prisão preventiva; mas, no caso de abandono do processo, este prossegue, sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixe de comparecer sem motivo justificado ou não comunique, em caso de mudança, seu endereço ao juiz. Com a primeira medida, evita-se o quase sempre inútil processo à revelia, que leva a centenas de expedições de mandados de prisão descumpridos, sem risco de impunidade, dada a suspensão do prazo prescricional, que incentivará o acusado a comparecer para efetivamente defender-se; com a segunda, contorna-se o abusivo fenômeno da prescrição, hoje tão freqüente.

A intimação do defensor constituído, do assistente de acusação e do advogado do querelante pela imprensa oficial é outro passo no sentido da modernidade, com a cautela de o Diário Oficial arrolar, separadamente e em ordem alfabética, os nomes dos advogados, com o que se facilita o acompanhamento das intimações. O defensor público e o MP continuarão a ser intimados pessoalmente.

15. A prisão processual e outras medidas restritivas

A ampliação das hipóteses de prisão preventiva, correlatamente à previsão

de sua substituição por medidas restritivas da liberdade que dispensam o recolhimento à prisão, são técnicas modernas, capazes de tornar mais efetivas as medidas cautelares, sem sobrecarregar o sistema carcerário. Nos casos de crimes contra a fé e administração públicas e o sistema financeiro, o juiz também poderá impor o afastamento do acusado e o impedimento de sua participação em licitações ou contratos públicos, visando à maior eficácia do sistema.

A prisão decorrente de pronúncia ou de sentença condenatória é reconduzida aos parâmetros da prisão cautelar, sobre a qual o juiz deverá decidir motivadamente, com vistas à sua necessidade, podendo também substituí-la por outras medidas restritivas.

Além disso, são aperfeiçoadas as regras sobre prisão temporária e é modificado o regime da fiança, adotando-se inclusive um regime de escala de valores calculada no salário mínimo.

16. Da simplificação dos recursos

A substituição do recurso em sentido estrito pelo agravo, a ser interposto consoante as regras da atual carta testemunhável e processado nos moldes do Projeto de lei de alteração ao Código de Processo Civil em vias de aprovação no Congresso Nacional, podendo o relator conferir-lhe efeito suspensivo no caso de dano grave de difícil reparação; a supressão da carta testemunhável e do protesto por novo júri; a uniformização dos prazos relativos aos embargos de declaração e aos embargos infringentes, são medidas que visam à simplificação dos recursos.

17. Do júri

Também o procedimento do Júri é simplificado, sobretudo pela supressão do libelo e pela descomplicação dos quesitos — hoje freqüente causa de nulidades — bem como pela possibili-

dade de o acusado não apresentar-se ao plenário, como corolário do direito ao silêncio, sem prejuízo para o julgamento. Observe-se que não se trata, aqui, de revelia.

Institui-se a etapa de preparação do processo em plenário, visando à deliberação judicial sobre requerimento de provas, saneamento de nulidades e esclarecimento dos fatos relevantes, de modo a permitir concentração maior perante o júri, onde a imediação também é melhorada pela *cross examination*.

Finalmente, é ampliado o processo de democratização do alistamento dos jurados, revalorizando-se sua função.

3. Conclusão

18. O espírito da reforma, salientado na apresentação do conjunto de propostas, é realçado com essas palavras: "Os anteprojetos refletem as tendências modernas do processo penal na busca de realizar o interesse público na prevenção e repressão da criminalidade em acelerá-lo e dar-lhe eficácia, sem descuidar das garantias e dos direitos do acusado, assim como da preocupação com a vítima e seus dependentes, atendendo à segurança jurídica e às coordenadas do Estado democrático de direito proclamado pela Constituição, que tem na dignidade da pessoa humana seu primeiro e mais valioso fundamento".

19. E, com efeito, da análise acima feita resulta claramente a modernidade das propostas publicadas, capazes de transformar o processo penal, de um mecanismo desacreditado, em instrumento eficaz de realização de justiça, devolvendo credibilidade ao Poder Judiciário e desafogando-o de causas menores ou inúteis, em benefício dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição.

A PERSONALIDADE DO SUICIDA

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

Professor Doutor do Departamento de Medicina Forense e Criminologia
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. Introdução — 2. Algumas características de personalidade do suicida (ou do portador de tendência suicida): 2.1 Afetividade mudante, comedida, ou até obsessivamente escrupulosa; 2.2 Baixo índice de auto-estima; 2.3 Quadro depressivo; 2.4 Ambivalência afetiva; 2.5 Atitude oposicionista, de agressão; 2.6 Núcleo essencialmente conflitivo — 3. Psicodinâmica da tendência suicida — 4. Manifestações e consequências da tendência suicida: 4.1 Busca (inconsciente) de perigo e acidentes; 4.2 Escolha de profissão de risco; 4.3 Doenças; 4.4 Tóxico — dependências; 4.5 Busca do malogro, do fracasso; 4.6 Consequências na vitimologia — 5. Conclusão — 6. Bibliografia.

1. Introdução

Não seria de todo correto, a nosso ver, falar-se em personalidade do suicida, assim como não é correto falar-se em personalidade do homicida criminoso, do alcoólatra, do homossexual, como se houvessem aí personalidades típicas e claramente diferenciadas. Tal como no caso do criminoso, do alcoólatra, do homossexual, podemos pensar na investigação das características fundamentais de personalidade que favorecem a instauração do quadro final. Seria o caso de se falar de características que favorecem uma “tendência suicida”, em seu sentido amplo, isto é, uma tendência ao auto-aniquilamento, tendência essa que poderá inclusive, mas não necessariamente, concluir-se com o ato fatal suicida. Encarado sob esse prisma de uma tendência ao auto-aniquilamento, o estudo psicológico do suicídio adquire uma importância altamente significativa e abrangente, não só para a prevenção do suicídio, mas também para a prevenção daquilo que poderíamos chamar de processo gradativo de auto-destruição e

deterioramento produzido internamente pelo indivíduo. O ato suicida, via de regra, nos aparenta ser uma reação que eclode num determinado momento, como resultante de fatores de momento fortemente provocadores. Mera aparência. Na maioria das vezes, ele será o desenlace final, a conclusão de todo um “processo suicida insidioso”, que remonta a épocas às vezes até longínquas da vida do indivíduo. A história do suicídio na vida de um indivíduo é a história de todo um processo interno e insidioso de auto-destruição e auto-deterioramento. Tal processo, sem dúvida, não é a única alternativa, na grande maioria dos casos. A ocorrência ou não do ato suicida, sua precocidade ou seu retardamento, vão depender, não só da intensidade desse processo e da intensidade das condições provocadoras, mas evidentemente também da presença e intensidade dos processos alternativos. Daí a importância do trabalho do preventivista em pesquisar e promover no indivíduo essas alternativas.

Resumindo, o ato suicida é o desenlace de todo um processo interior e

insidioso de autodestruição e auto-aniquilamento, lastreado no instinto agressivo (instinto de morte), e sua ocorrência, precocidade ou retardamento, dependerá, seja da intensidade desse “processo insidioso de autodestruição” (PIAD), seja da intensidade das “Condições Provocadoras” (CP), seja, por outro lado, da presença e intensidade de outros “processos alternativos” (PALT), lastreados estes no instinto libidinal (instinto de vida). Podemos assim propor a seguinte “equação de probabilidade” de ocorrência do suicídio (S):

$$S = \frac{\text{PIAD} + \text{CP}}{\text{PALT}}$$

onde:

S = Suicídio (probabilidade de)
 PIAD = Processo Interior e Insidioso de Autodestruição
 CP = Condições Provocadoras
 PALT = Processos Alternativos

Cabe pois ao preventivista: a) Conscientizar o indivíduo quanto à existência nele desse processo, quanto ao seu caráter de “interioridade” e de “insidiosidade”, bem como quanto aos seus motivos; b) Pesquisar e promover no indivíduo os outros processos alternativos.

No que tange ao citado processo insidioso, vale lembrar o pensamento de Altavilla (1982). Segundo esse autor, a idéia fixa do suicídio, (como do homicídio), começa a aparecer aos poucos. Inicialmente, contrastante com a personalidade. Aos poucos, porém, agregando em torno de si um complexo de idéias associadas. Há aí um lento e insidioso trabalho de penetração. A idéia torna-se um cancro que paulatinamente vai tomando conta de todo processo ideativo, vai rompendo as defesas e o sentimento de vergonha.

Antes de finalizar esta introdução, gostaríamos de nos reportar ao que nos diz ainda o mesmo Altavilla (1982) sobre a força da sugestão, que entendemos ser importante fator desencadeante, (ou seja, Condição Provocadora — CP, do ato suicida). “A sugestão é um dos mais poderosos fatores de suicídio”, diz esse autor. E uma das melhores sugestões é o suicídio de outra pessoa. A sugestão será aqui tanto mais forte, quanto mais próxima for a pessoa suicida. Provavelmente, liga-se a esse tipo de sugestão a ocorrência de suicídios em família, em tribo, ou em uma determinada organização, como é o caso, por exemplo, atualmente observado do alto índice de suicídio na Polícia Militar do Estado de São Paulo. Altavilla aduz uma fundamentação fisiológica, para a sugestão. Ao ver dos fisiologistas, (isto, em 1932), segundo nos diz, uma ação empreendida deixa resíduos, que acabam por facilitar a sua repetição. Ora, a “ação dos outros pode também penetrar profundamente a nossa mente e criar uma preparação, uma polarização para agirmos da mesma forma” (Altavilla, 1982). Os débeis de vontade têm maiores dificuldades de distinguir o que é dos outros e o que é próprio deles. E o suicida em potencial não deixa de ser, via de regra, um débil de vontade.

Uchoa (1971), ao falar da sugestão, como fator de suicídio, fala em indução, contágio mental, imitação. Ou seja, são fatores desencadeantes que podem criar uma espécie de “efeito em cascata”, no que concerne ao fenômeno do suicídio, a converter-se então num fenômeno social. Aliás, neste contexto das condições provocadoras, bem como do suicídio como fenômeno social, merecem menção os outros fatores referidos por Uchoa (1971), citando Durkheim: desintegração da sociedade, baixa coesão de seus membros. Estes fatores podem ser observados, evidentemente, tanto numa corporação militar, como no seio fami-

liar, alimentando a baixa auto-estima do grupo e, por vias de consequência, dos indivíduos.

2. Algumas características de personalidade do suicida (ou do portador de tendência suicida)

Para introduzirmos este item e até lhe darmos certo suporte, relembremos alguns sentimentos e características que têm se mostrado freqüentes na casuística de suicídio: a) Conflitos matrimoniais e amorosos profundos; b) Ocorrência de casos do assim chamado "amor proibido", sem que o indivíduo disponha de força para desenvolver outras alternativas de amor. Pode haver aqui proibição por situação de fato (impedimento real) ou proibição interna (a partir do superego); c) Profundo sentimento de solidão; d) Profundo sentimento de fracasso.

As características a seguir descritas correspondem a interpretações que fizemos de dados comumente observados, segundo Bohm (1973), nos protocolos do Psicodiagnóstico de Rorschach, (prova de personalidade), de pessoas que vieram a suicidar-se ou apresentavam séria ameaça de suicídio.

2.1 Afetividade prudente, comedida, ou até obsessivamente escrupulosa

Poderá fluir desse tipo de afetividade um profundo sentimento de solidão. Tal sentimento estaria pois mais associado a proibições e temores internos, a lacunas internas, do que as carências e rejeições externas. Estas funcionam como condições provocadoras, as quais só terão eco mais profundo na vida interior do indivíduo na medida da profundidade de suas lacunas, "vales" e depressões. Sente-se afetivamente rejeitado quem já traz a rejeição dentro de si; sente-se solitária afetivamente quem já traz a solidão dentro de si, graças aos obstáculos internos à realização afetiva.

2.2 Baixo índice de auto-estima

Segundo Bohm (1973), haveria, no baixo índice de auto-estima, dúvida do indivíduo sobre o próprio valor, como consequência de uma agressividade introjetada, originada de um superego sádico. Frente às pessoas que internamente se desvalorizam e se destroem, aqueles que as amam e lhes correspondem ao amor podem, com o tempo, na mente dos primeiros, perder o seu valor e se desfigurar, pois passam a ser sentidos e interpretados como seres que amam a quem não têm valor. Terrível conflito! Terrível ambivalência! O indivíduo quer amar, quer ser amado; no entanto, proíbe-se internamente essa aventura e, ou sofre das penúrias da frustração, ou, caso se permita viver o afeto, acaba por esvaziar o amor de quem lhe corresponde, por corroê-lo com seus próprios impulsos auto-destrutivos.

2.3 Quadro depressivo

Quadro depressivo, onde estão presentes afetos sombrios, permeados de ansiedade, de angústia, de medo, de sentimentos de ameaças. Onde estão presentes sentimentos de tristeza, interpretações negativistas da vida, um enfoque marcadamente pessimista sobre a existência e sobre as experiências de vida.

2.4 Ambivalência afetiva

Os afetos depressivos e a dor são vividos a par de fortes experiências momentâneas de prazer e felicidade. A necessidade e busca do amor, como já dito acima, são vividas a par da tendência a negar, desvalorizar ou destruir o amor vivido, conquistado e recebido. Trava-se por conseguinte uma luta muito sofrida e sempre irresoluta de contrários.

2.5 Atitude oposicionista, de agressão

Atitude oposicionista, de agressão, de ataque, a qual, em função do predomínio da vida introversiva e introspectiva, volta-se obstinadamente contra o próprio indivíduo.

2.6 Núcleo essencialmente conflitivo

Quase que num resumo do que se disse acima, Zulliger, citado por Bohm (1973) vê, como núcleo de personalidade do suicida, o conjunto das seguintes características, somadas umas às outras e interagindo entre si: a) afetos depressivos, permeados de ansiedade e angústia; b) afetos e emoções muito fortes, instáveis e explosivos, que propiciam reações emocionais descontroladas, desproporcionais e violentas; c) atitude oposicionista, de ataque e agressão; d) predomínio da vida introversiva e introspectiva, pelo que todas essas vivências e experiências acima referidas tendem a implodir dentro do indivíduo, alimentando seu processo autodestrutivo. Ao falarmos desse núcleo conflitivo e, por assim dizer, implosivo, vale assinalar a importância que Freud, conforme lembra Bohm, atribui à repressão da agressividade, como fator etiológico da depressão psicógena, de tal forma que, segundo ele, a terapêutica da depressão se faria a partir de um redirecionamento da agressividade.

O presente trabalho volta-se para a tendência suicida resultante sobretudo das depressões psicógenas (ou neuróticas). Não cuida pois, em primeiro plano, das depressões endógenas, psicóticas. E, segundo Bohm, o que diferencia, do ponto de vista diagnóstico, a depressão psicógena (ou neurótica) da endógena (ou psicótica) é a presença de conflitos e choques emocionais, aos níveis consciente e inconsciente, a presença da angústia, ao lado da orientação introversiva da conduta.

3. Psicodinâmica da tendência suicida

“Em toda intenção suicida, diz Portuondo, existe uma agressão (ou vingança) dirigida para fora, porém deslocada para si mesmo, e uma agressão (ou autocastigo) contra si mesmo” (1973, pp. 302-303). Ambas as coisas, ambas as agressões ocorrem a um só tempo e se devem à agressividade patologicamente deformada. Ao matar-se, o suicida se vinga da pessoa amada, nele internalizada, ou da situação, ao mesmo tempo que se castiga por essa atitude de vingança. Aliás, em suma é esta a interpretação e compreensão que Freud traz da melancolia, em sua obra *Luto e Melancolia* (1915). Freud aí se pergunta como pode o ego, cujo impulso mais primitivo é de um incomensurável amor por si mesmo, chegar a se destruir, a se matar. E o fundador da Psicanálise diz que a quem o ego quer destruir, de fato, não é a si mesmo, mas o objeto amado e perdido, a quem internalizou dentro de si. Diz Freud: “... nenhum neurótico experimenta impulsos de suicídio que não sejam impulsos homicidas orientados primeiramente contra outras pessoas e dirigidos em seguida contra si mesmo...” E acrescenta Portuondo: “Talvez seja justo dizer que o suicida é um criminoso covarde (exceto certo tipo de suicídio de outras culturas)” (1973, p. 303).

Ainda segundo Portuondo (1973), temos de buscar as raízes da tendência suicida, tal como das neuroses, na primeira infância. A intenção suicida do adulto seria resultante de um desejo suicida originado na infância e veio sendo postergado pelas mais diversas razões. Dando reforço a esse seu posicionamento, Portuondo aduz o pensamento de Freud, segundo o qual o suicídio das crianças e adolescentes fulcra-se na fantasia de incesto, fonte da mais profunda consciência de culpa. De fato, todos os conflitos afetivos fundamentais do homem, numa ótica

freudiana, acabam por remontar aos conflitos incestuosos, estribados estes na proibição primordial, a proibição do incesto. O objeto do desejo incestuoso torna-se maximamente idealizado, ao mesmo tempo que maximamente proibido, pelo que o desejo se torna fonte de máxima culpa, cuja dinâmica, de si, já implica autodesvalorização e auto-agressão. Não resolvido esse conflito primordial, o profundo sentimento de culpa que se instala gera um processo corrosivo de auto-aniquilamento, além do que os objetos futuros de amor tenderão a ser reedições desse objeto primordial de desejo incestuoso e, conseqüentemente, reedições do conflito primordial.

Tais reflexões psicodinâmicas acima feitas sobre a tendência suicida deixam agora mais compreensíveis as características de personalidade levantadas no primeiro item: afetividade escrupulosa, baixa auto-estima, quadro depressivo, atitude oposicionista, de agressão. Características essas todas elas centradas num núcleo profundamente conflitivo, marcado por ambivalências, onde é de crucial importância a repressão da agressividade, a volta da agressividade contra si mesmo, e, para tanto, a orientação introversiva e introspectiva da conduta.

Para ilustrar o caráter ambivalente e, até mesmo, agressivo da conduta suicida, recomendamos a leitura, em Altavilla, de alguns bilhetes e testemunhos deixados por suicidas (ou que tentaram suicídio), bilhetes e testemunhos esses dos quais o autor considera a alguns como mentirosos. Diz esse autor: "Os moribundos, repito, com a máxima já recordada de Briere de Boismont, mentem como os vivos. E esta máxima não sofre interrogações quanto aos suicidas" (Altavilla, 1982, v. II, cap. II, p. 196).

Sobre esta questão da psicodinâmica do suicídio, não podemos deixar de remeter o leitor ao valioso trabalho de Uchoa (1971).

4. Manifestações e conseqüências da tendência suicida

A tendência suicida existe de forma latente em muitos indivíduos que dela não se apercebem. Suas manifestações se fazem sentir de múltiplas formas, mais chamativas ou mais discretas, mais freqüentes ou mais raras, tudo dependendo de sua intensidade e premência. Diz Portuondo: "...há muitas pessoas suicidas latentes que vão se matando pouco a pouco através de hábitos e atividades etc., danosas e/ou perigosas para a saúde e a vida. Estes sujeitos, em seu estrato profundo, se odeiam e se desprezam totalmente; é o mesmo ódio e desprezo que um dia sentiram para com seus pais (ou substitutos) e que reprimiram rapidamente, dirigindo-os para si mesmos de maneira continua" (1973, p. 303). Falaremos a seguir de algumas dessas manifestações e conseqüências.

4.1 Busca (inconsciente) de perigo e acidentes

Diz a "filosofia popular" que o que a gente procura, acha. E tem o seu lado de verdade. O fato de determinadas pessoas sofrerem acidentes e se exporem a riscos com relativa freqüência nos chama a atenção e nos faz perguntar se não seria isto que, ao menos inconscientemente, estão procurando. É a busca inconsciente do autocastigo ou mesmo da morte. Segundo Jung, o inconsciente pode representar um perigo. "Uma das formas mais comuns desse perigo, diz ele, é provocar acidentes. Acidentes de todo tipo em número bem maior do que o público possa imaginar são causados por fatores de ordem psíquica. A começar por pequenos acidentes, como tropeçar, esbarrar, queimar os dedos etc., até os acidentes automobilísticos e catástrofes alpinistas: tudo pode ter origem psíquica e, às vezes, já está programado

semanas ou até meses antes. Examinei grande número de casos dessa ordem, e pude comprovar que, muitas vezes, semanas antes, os sonhos já revelaram uma tendência autodestrutiva. Todos os acidentes provocados por descuido, como se diz, deveriam ser investigados sob este enfoque" (Jung, 1990, p. 105).

4.2 Escolha de profissão de risco

Muito ligada à manifestação anterior está a escolha de profissão de risco. Não se trata em absoluto de reconhecer tal escolha como sempre ou quase sempre motivada por tendência suicida. Às vezes, ela pode até ser devida a uma boa capacidade de autodeterminação, de auto-imposição ou até de doação de si. Entretanto, pode haver também a busca inconsciente do risco, pelo risco, busca inconsciente de acidente, ou até, quem sabe, busca inconsciente da morte. Indivíduos muito corajosos, capazes de grandes aventuras e de atos heróicos, podem ser, ou de fato muito seguros de si e autodeterminados, ou então, em que pese a segurança de que são dotados em sua conduta manifesta, podem ser tomados lá no seu inconsciente por esta busca inconsciente de acidente, oriunda de uma tendência suicida latente. Se quisermos ser otimistas, e não sem certa dose de razão, diremos que o exercício das profissões de risco se presta a ser, conforme o caso, autêntico mecanismo de sublimação da tendência suicida.

4.3 Doenças

No mesmo texto de Jung citado anteriormente, continua logo a seguir o autor, falando ainda sobre o perigo do inconsciente: "Da mesma forma podem ser provocadas ou prolongadas as doenças físicas. Um funcionamento inadequado da psique pode causar tremendos prejuízos ao corpo..." (idem, p. 105).

Quantas pessoas que, ao adoecerem, ou melhor, ao manterem-se quase que sempre doentes, parecem-nos, lá no fundo de sua alma, se comprazerem com esse seu estado doentio, e justamente ao tecerem como que contínuos e prazerosos lamentos sobre ele e ao tornarem-no objeto único de suas preocupações. O próprio câncer, entre outras doenças, pode ter, quem sabe, como uma de suas motivações, esse processo autodestrutivo insidioso, o qual, aliás, seria analogamente um câncer psíquico. Pensamos que o principal coadjuvante, nos tratamentos das doenças orgânicas, é o real desejo de cura por parte do paciente, e o grande foco de resistência a enfraquecer os anticorpos e o efeito dos remédios é o processo interior insidioso de autodestruição.

4.4 Tóxico-dependência

A tóxico-dependência ocasiona no indivíduo uma deterioração progressiva, tanto orgânica como psíquica, fenômeno esse comumente observado no alcoolismo. Parece-nos clara a busca inconsciente dessa deterioração, dessa morte demorada e contínua, impulsionada pelo que vimos chamando de processo interior insidioso de autodestruição, que está no âmago da tendência suicida. Quando o indivíduo, por revolta contra conflitos matrimoniais, contra decepções amorosas ou outros tipos de decepção na vida, mergulha no vício do álcool, está realizando um ato suicida praticado a longo prazo, com as conotações, características e motivos acima descritos. Está patente nesse ato suicida o caráter de revolta e de vingança, de agressividade contra alguém internalizado. De igual forma, esse caráter está patente na conduta, igualmente suicida, do jovem que ingressa no vício das drogas, por revolta contra os pais.

4.5 Busca do malogro, do fracasso

Nenhum de nós, “em sã consciência”, quer para si o malogro em seus negócios, o fracasso na profissão, o malogro em suas pretensões de carreira, o fracasso amoroso etc. Mas isso, como já bem diz a linguagem popular, quando “em sã consciência”, pois o inconsciente nos trai, ele é perigoso, conforme diz Jung (1990). Esses malogros, esses fracassos que se sucedem podem estar sendo perseguidos inconscientemente pelo indivíduo, justamente por força do que vimos chamando de processo interior insidioso de autodestruição, ou seja, de uma tendência suicida latente. É a manifestação de uma gritante ambivalência: ao mesmo tempo que o indivíduo deseja e persegue o sucesso, o êxito, sente-se imerecedor do mesmo, sente talvez até o medo da inveja alheia, (quando a inveja está dentro dele mesmo), e busca então inconscientemente evitá-lo.

4.6 Conseqüências na vitimologia

A vitimologia é assunto que vem atraindo a atenção e interesse dos que militam na área da Criminologia, dos que se dedicam à pesquisa e reflexão sobre o problema do crime e da criminalidade. “Surge, assim, a vítima, diz Roque de Brito Alves, como personagem tão importante como o delinquente no fato delituoso e não simplesmente ou formalmente como ofendido ou sujeito passivo do crime, porém como algo necessário à estrutura do delito, como igualmente causadora, provocadora ou colaboradora da conduta criminosa” (1986, p. 92).

Tal como existem classificações dos criminosos, existem também classificações das vítimas. E é comum essas classificações incluírem entre seus tipos, ao lado das vítimas puramente fortuitas, de fato casuais (isto é, cujo ato

vitimógeno se deu quase que exclusivamente por força das condições ambientais), também aqueles tipos de vítimas que, de forma mais direta ou indireta, concorrem para a ação criminosa, pre-dispõem-se a ela e chegam a buscá-la ou provocá-la (isto é, cujo ato vitimógeno se deve em grande parte à força das condições internas). Assim como as classificações criminológicas prevêm os criminosos ocasionais e aqueles que praticam a ação criminosa por força de suas condições internas, de igual forma as classificações vitimógenas prevêm as vítimas ocasionais e as vítimas que se tornam vítimas por força de suas tendências internas. À guisa de exemplo, Mendelsohn, citado por Carneiro Leão em seu trabalho sobre vítima, apresentado no II Congresso Brasileiro de Criminologia (Londrina, 1987), “traz interessante classificação da vítima, bem analisada por Neuman: a) vítima inteiramente inocente ou vítima ideal; b) vítima de culpabilidade menor ou por ignorância; c) vítima tão culpável quanto o infrator (vítima voluntária); d) vítima mais culpada; e) vítima unicamente culpada... No quarto grupo estão: 1. a vítima provocadora, isto é, aquela que, com sua conduta, incita ou provoca outrem a cometer a ilicitude penal. Os homicídios passionais são exemplos típicos, em que, muitas vezes, o homem ou a mulher, vítimas posteriores, são os agentes provocadores; 2. vítima por imprudência...”.

Há até quem defenda a idéia das vítimas natas, tal como já se defendeu a idéia do delinquente nato, o que certamente não deixa de ser um exagero, um desacerto científico. Robert A. Silverman, citado por Pellegrino (1987), no 1.º Simpósio Internacional de Vitimologia (Jerusalém, 1973), focalizou o conceito de “precipitação da vítima” (*Victim precipitation*). Ainda segundo Pellegrino, Hans Von Hentig (1948) “lembrou que a vítima modela

e molda o criminoso e que, em realidade, a vítima pode assumir um papel determinante no evento criminoso". Daí, por certo, haver Ellenbruger se referido ao "par penal" (p. 7).

Heber Soares Vargas, em seu trabalho "Processo Vitimal: aspectos da passagem ao ato", apresentado no II Congresso Brasileiro de Criminologia (Londrina, 1987), defendeu interessante tese sobre o núcleo vitimógeno da personalidade. Tal núcleo, que impulsiona a passagem ao ato vitimógeno, contém os seguintes componentes básicos: ansiedade, agressividade, sentimento de culpa, masoquismo e ego frágil. Diz Soares Vargas: "...o ato vitimógeno é a resposta da personalidade a situações pré-vitimaís. Para o indivíduo com acentuado núcleo vitimógeno, a passagem ao ato é a maneira rápida para a obtenção de um substituto para os conflitos não resolvidos, fornecendo ao indivíduo um instrumento para evitar uma confrontação franca e honesta com seus próprios problemas".

A diferença entre o núcleo vitimógeno, proposto por Soares Vargas, e o núcleo conflitual da tendência suicida é pequena ou quase nula, como se pode ver. De igual forma, o núcleo vitimógeno, de Soares Vargas, presta-se a se transformar num núcleo criminógeno. A distância não é grande. É simplesmente uma questão de direcionamento da agressividade (que já existe) e de redirecionamento do masoquismo (desvio que já existe) para o sadismo (se for o caso). A existência da heteroagressividade ao lado da auto-agressividade é coisa perfeitamente viável, bem como o masoquismo forma um contínuo com o sadismo, e ambos integram um mesmo desvio. Daí podemos hipotetizar o suicida, a vítima e o agressor como sendo expressões diferenciadas de quase que um mesmo núcleo conflitivo fundamental. Aliás, é até curioso retomar a fórmula que Abrahamsen, citado por

Odon R. Maranhão, (*Psicologia do Crime*, RT), propõe para o comportamento criminoso, e constatar o quanto é análoga a ela a fórmula que atrás propusemos para o comportamento suicida:

$$C(\text{Crime}): \frac{T(\text{Tendências}) + S(\text{Solicitações})}{R(\text{Resistência})}$$

$$S(\text{Suicídio}): \frac{PIIAD + CP}{PALT}$$

Portanto, só temos a concluir que o "ser vítima" pode ser a expressão de uma tendência vitimógena, tendência esta que, além de guardar uma íntima relação com a tendência criminógena, é uma das diversas manifestações da tendência suicida latente. E a tendência suicida, por sua vez, caminha par a par com a tendência homicida, conforme se depreende das colocações feitas acima neste trabalho.

5. Conclusão

Para concluir, retomemos o que já dissemos na introdução. Não há se falar propriamente numa personalidade do suicida. Existem, isto sim, características de personalidade que nos fazem pensar numa tendência suicida, a qual, por certo, se mantém latente na grande maioria das vezes. Tal tendência é expressão de todo um processo interior insidioso de autodestruição, originado nas experiências infantis. Ela é passível de uma compreensão psicodinâmica, a partir dos postulados freudianos. Supõe a presença de um núcleo conflitual, cujos componentes são os afetos depressivos, a ansiedade, a agressividade (e sua repressão), a atitude oposicionista (voltada contra si mesmo) e a orientação introversiva e introspectiva da conduta. A tendência suicida não se conclui necessariamente com o ato suicida, mas pode se manifestar de múltiplas formas.

tiplas formas, entre elas a busca (inconsciente) de acidentes, a escolha de profissões de risco, o desenvolvimento de doenças, as tóxico-dependências e o comportamento de vítima. Os comportamentos de vítima, de criminoso e de suicida parecem interligar-se em torno de um mesmo núcleo conflitivo fundamental.

Conclui-se, pois, que a prevenção do suicídio é ou deve ser uma prevenção mais abrangente do que talvez se pense. Não se trata simplesmente de se prevenir contra a morte de alguns, mas de promover, em um número muito mais significativo de pessoas, a saúde mental, a autovalorização, a paz consigo mesmas, para que possam inclusive, a partir daí, valorizar autenticamente os outros e com eles viver em paz autêntica.

6. Bibliografia

- ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*, trad. de Fernandes de Miranda, 3.^a ed., Armênio Amado Editor, Sucessor, Coimbra, 1981.
- ALVES, Roque de Brito. *Criminologia*, Forense, Rio, 1986.
- BOHM, Ewald. *Manual del Psicodiagnóstico de Rorschach*, Ediciones Morata, S.A., Madrid, 1971.
- FREUD, S. *El Duelo y la Melancolia (1915)*, Obras Completas, Biblioteca Nueva, 3.^a ed., Madrid, 1973.
- JUNG, C. G. *Psicologia do Inconsciente*, trad. de Maria Luiza Appy, 7.^a ed., Vozes, Petrópolis, 1990.
- LEÃO, Nilzardo Carneiro. *Vítima*, trabalho apresentado no II Congresso Brasileiro de Criminologia, Londrina-PR, 1987.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Psicologia do Crime*, RT, S. Paulo, 1981.
- PELLEGRINO, Laércio. *Vitimologia*, Forense, Rio, 1987.
- PORTUONDO, Juan A. *El Rorschach Psicoanalítico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1973.
- UCHOA, Darcy de Mendonça. "Aspectos Psicodinâmicos do Suicídio", in *Boletim de Psiquiatria*, v. IV, 1971, n. 4, pp. 97-104.
- VARGAS, Heber Soares. *Processo Vitimal: aspectos da passagem ao ato*, trabalho apresentado no II Congresso Brasileiro de Criminologia, Londrina-PR, 1987.

AS AGRAVANTES NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

ANTONIO CEZAR LIMA DA FONSECA

Promotor de Justiça em Porto Alegre-RS. Professor da Escola Superior do MF/RS

1. Introdução — 2. As circunstâncias do crime: 2.1 Conceito; 2.2 Classificação; 2.3 Circunstâncias legais e judiciais; 2.4 Causas de aumento e de diminuição de pena — 3. As agravantes legais no Código de Defesa do Consumidor (art. 76): 3.1 As agravantes legais x atenuantes; 3.2 Agravantes legais quanto ao tempo do crime contra as relações de consumo; 3.3 Agravantes legais quanto aos efeitos do crime contra o consumidor; 3.4 Agravantes legais quanto ao modo de execução do crime contra o consumidor; 3.5 Agravantes legais quanto aos agentes dos crimes contra o consumidor; 3.6 Agravantes legais quanto ao objeto material do crime contra o consumidor — 4. Conclusão.

1. Introdução

Também no campo penal, assim como no do Direito Civil, a Revolução Francesa fez inovações.¹

No Antigo Regime estava presente o sistema de penas arbitrárias, isto é, imperava o puro arbítrio do juiz na imposição e fixação da pena. Era o sistema das penas arbitrárias,² que foi afastado pelo sistema de penas fixas criado pelo Código Penal Francês de 1791.³

Embora a contínua alternatividade histórica de correntes ora favoráveis, ora contrárias, à ampliação dos poderes discricionários do juiz na aplicação da pena,⁴ é do Direito Penal Francês o

reconhecimento das circunstâncias atenuantes genéricas (1832) na fixação da pena, que surgem para adaptar a justa punição às particulares circunstâncias da criminalidade, como disse Eduardo Correia.⁵

Não nos deteremos no estudo da pena propriamente dito, não só porque sua origem “se perde na longa noite dos tempos”, no dizer de José Henrique Pierangeli,⁶ mas porque a matéria enseja uma monografia,⁷ o que não é nossa pretensão por aqui.

Nosso modesto estudo se divide em duas partes: numa primeira, situaremos as circunstâncias do crime, seu conceito e classificação, quando veremos em que medida elas influem na aplicação da pena; num segundo momento, veremos as circunstâncias agravantes legais dos

1. V. nosso estudo “Código Civil Francês, origens e sistemas”, in *RDC* 59/51, onde mostramos a importância da Revolução Francesa no processo legislativo do Antigo Regime.

2. Jimenez de Asúa, *La Ley y el delito*, A. Perrot, B. Aires, 1990, p. 447.

3. Giuseppe Maggiore, *Diritto Penale*, trad. José Torres, Temis, Colômbia, v. 2, 1985, p. 60.

4. Maggiore, op. cit. p. 58.

5. In *Direito Criminal*, Coimbra, v. 2, 1971, p. 340.

6. In *Fascículos de Ciências Penais*, Fabris, v. 5, 1992, p. 3.

7. V. excelente estudo de Cezar Roberto Bitencourt, *Falência da Pena de Prisão*, RT, 1993.

crimes contra as relações de consumo, estas previstas no art. 76, da Lei de Defesa do Consumidor.

Lembramos que nosso estudo surge da pura discussão nos meios acadêmicos, daí por que dedico este trabalho aos nossos futuros colegas de Ministério Público, que se animaram a assistir nossas aulas, na escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (ESMP-RS).

2. As circunstâncias do crime

O crime é um bloco compacto, monolítico, formado pela junção de elementos. É formado de elementos essenciais, aos quais a doutrina chama de *essentialia delicti*, ou elementares, em contraposição aos elementos não-essenciais, ou acidentais, os *accidentalia delicti*. Os elementos essenciais estão necessariamente presentes na composição do crime; em sua ausência, ausente está o fato criminoso assim como tipificado.

Os elementos acidentais é que são as circunstâncias estrito senso, pois podem ou não estar presentes no fato delituoso. Quando presentes, diz-se que o crime é circunstanciado, isto é, “acompanhado de circunstâncias”, como disse Maggiore.⁸ A presença de circunstâncias estrito senso não é indispensável à configuração do crime, pois elas não dizem respeito à qualidade do crime e sim à quantidade da pena. Então, quando ausentes os elementos essenciais e configuração básica, típica, do crime não se altera.

Elas dizem respeito à gravidade do fato delituoso, influndo na quantidade da sanção a ser imposta pelo juiz, ou, nas palavras de Carrara, elas aumentam ou diminuem a “quantidade política do delito”.⁹

Não se pretende acompanhar a discussão sobre o que é o crime, cujo conceito jurídico, como ensinou Hungria, é um dos mais controversos e desconcertantes da moderna doutrina penal.¹⁰ Basta lembrar a polêmica ocorrida quando Pontes de Miranda disse que o crime era um ato jurídico.¹¹

Nossa pretensão é apenas encaminhar a discussão e posicionar os elementos que podem se fazer presentes no fato criminoso, daí a condição de acidentalidade que possuem.

Os elementos essenciais do crime são as elementares, ou seja, sem elas o crime não se perfaz. O elemento acidental é a própria circunstância.

Segundo o Prof. Cunha Luna, “não se pode falar de um crime incircunstanciado”.¹² Isso somente acompanhamos se entendermos as circunstâncias num amplo sentido, porque quando falamos de circunstâncias, a rigor, temos noção de acessoriedade; daquilo que não é imprescindível à configuração do delito. Dizer-se que todos os crimes são circunstanciados estrito senso é opor-se à existência de crimes sem circunstâncias, os crimes simples, v.g., aqueles sem a presença dos *accidentalia delicti*. Quando o crime se apresenta com uma “constelação de elementos”, utilizando Maggiore, é que se diz o circunstanciado. Dizer-se que todos os crimes são circunstanciados, pelo que inexistiria crime incircunstanciado, é como se dizer que tudo aquilo que possui rodas tem tração motora própria. Sabe-se que isso não é totalmente verdadeiro, mas também não é totalmente falso.

O vocábulo “circunstância”, realmente, pode ser tomado num sentido lato, quando

10. Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1/5.

11. V. *Tratado de Direito Privado*, RT, 1/24.

12. Everardo da Cunha Luna, *Estrutura Jurídica do Crime*, Saraiva, 1993, p. 5.

8. Op. cit. p. 4.

9. Citado por Maggiore, op. cit., pp. 4 e 5.

se verifica que as circunstâncias “não são apenas as que excedem a configuração do crime, isto é, as agravantes e atenuantes, genéricas ou especiais, e só influem na medida da pena (*accidentalia delicti*), mas também as que constituem elementos essenciais do crime (*essentialia delicti*) ou, de qualquer modo, alteram, excluem ou extinguem a punibilidade”.¹³ Aí, sim, se pode dizer que não existe crime incircunstanciado.

É pela presença dessas circunstâncias em sentido estrito num fato delituoso, que se fala em crime qualificados e privilegiados. As circunstâncias como que revestem o tipo básico ou fundamental, fazendo surgir o “tríplice critério de decisão”, mencionado por Hungria:¹⁴ 1. surge um novo crime, com título próprio e pena autônoma; 2. conserva o mesmo crime, mas com pena maior ou menor e 3. determina agravação ou atenuação da pena, em quotas fixas ou variáveis (*exceptum*).

Nas palavras de Wessels, as qualificadoras e as privilegiantes “resultam de que o legislador alarga o tipo fundamental em torno de elementos especiais”.¹⁵

2.1 Conceito

Firmada a premissa de que circunstância está ligada à acessoriedade, vamos verificar como é que a doutrina tem entendido o que seja circunstância.

A expressão deriva do latim *circumstantia* de *circumstare*, que é rodar, cercar, ou, como ensina De Plácido e Silva: “dá bem a idéia de tudo, seja qualidade, acidente ou atributo, que se acerca ou vem anexo ao fato ou ao direito, para, por vezes, lhe mudar a própria substância ou natureza”.¹⁶

Chamam-se circunstâncias, consoante Maggiore, “os elementos não constitutivos, senão simplesmente acessórios do delito, que influem em sua gravidade, deixando intacta sua essência”.¹⁷

Entende-se por circunstâncias, pela lição do saudoso Heleno Fragoso, os “elementos acidentais do delito, ou seja, aqueles que não são elementos constitutivos do tipo, afetando apenas a gravidade do crime”.¹⁸

Ensina Damásio E. de Jesus que “as circunstâncias são determinados dados acessórios que, agregados à figura típica fundamental, aumentam ou diminuem a pena”.¹⁹

Para Jiménez de Asúa, circunstância é tudo “o que modifica um fato ou um conceito sem alterar sua essência”.²⁰

“São elementos, acidentais e acessórios, que se põem em derredor do tipo, influenciando apenas na quantificação penal”, diz Paulo José da Costa Junior.²¹

“São dados objetivos ou subjetivos que fazem parte do fato natural, agravando ou diminuindo a gravidade do crime sem modificar-lhe a essência”, como ensina Julio Mirabete.²²

Dizia Magalhães Noronha que “circunstâncias são elementos que se agregam ao delito sem alterá-lo substancialmente, mas produzindo efeitos e consequências relevantes”.²³

Vê-se, então, que as circunstâncias são meros elementos, objetivos ou subjetivos, mas não indispensáveis à existência do crime, que ora agravam, ora

17. Op. cit. p. 3.

18. In *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, Forense, 1985, p. 338.

19. In *Direito Penal*, v. I, Saraiva, 1985, p. 475.

20. Op. cit. p. 443.

21. In *Comentários ao Código Penal*, Saraiva, 1/325.

22. In *Manual de Direito Penal*, Atlas, 1/282.

23. In *Direito Penal*, Saraiva, v. 1, 1985, p. 244.

13. Hungria, op. cit. p. 351.

14. Op. cit. p. 45.

15. V. Johannes Wessels, *Direito Penal*, trad. Prof. Juarez Tavares, Fabris, Porto Alegre, 1976, p. 26.

16. In *Vocabulário Jurídico*, v. I, Forense, p. 336.

atenuam a quantidade da pena imposta e que obriga o juiz a valorá-las.

Muitas vezes a presença de uma circunstância forma um novo tipo penal, molda um outro crime, como veremos, o que a despe da condição de circunstância para torná-la um elemento integrativo do tipo. Aí é que se fala de qualificadora, ou qualificativa, ou tipo qualificado.

As qualificadoras são circunstâncias. São também chamadas de qualificativas ou qualificantes. Elas não se confundem, note-se, com as majorantes, como veremos oportunamente. As qualificadoras são aquelas circunstâncias agravantes que "criam um novo tipo penal", como diz nosso Professor Ney Fayet.²⁴

2.2 Classificação

A classificação das circunstâncias varia de autor para autor, sendo outro dos aspectos relevantes da matéria, aliás, como disse o jurista português Eduardo Correia: varia consoante o ponto de vista por que se encaram.

Uma das classificações mais usuais é aquela onde se releva a visão objetiva ou subjetiva da circunstância.

São objetivas, ou reais, aquelas que dizem respeito à natureza, à espécie, aos meios, ao objeto, ao tempo, ao lugar e a qualquer outra modalidade da ação, à gravidade do dano ou do perigo, ou ainda às condições ou às qualidades pessoais do ofendido; subjetivas, as "que se referem à intensidade do dolo ou ao grau da culpa, ou às condições e qualidades pessoais do culpado, ou às relações entre o culpado e o ofendido, ou às inerentes à pessoa do culpado".²⁵

As subjetivas, também chamadas pessoais por Eduardo Correia,²⁶ relacionam-

se com o sujeito ativo do crime, estando entre elas os antecedentes, a personalidade, os motivos do crime e o estado psíquico do agente; as objetivas dizem respeito a todas aquelas que não se relacionam diretamente com a pessoa do agente, podendo referir-se ao meio utilizado para a prática do crime, às conseqüências do delito, à pessoa da vítima, ao concurso de pessoas e à ocasião do fato.²⁷

Fala-se, também, de circunstâncias intrínsecas e extrínsecas. Aquelas, são as que se referem à execução ou consumação do fato incriminado, caracterizando-o como mais grave ou mais leve, e são anteriores ao momento consumativo do próprio crime ou à cessação da permanência; as extrínsecas são as que agravam ou diminuem a responsabilidade do culpado, por causas que não tem atinência com a execução ou com a consumação do crime e que consistem em relações, fatos ou resultados sucessivos ao esgotamento do delito, ou, por qualquer forma, a este estranho (arrependimento ativo, reincidência etc.).²⁸

Podem ser determinadas ou indeterminadas, consoante a sua enunciação seja taxativa ou não, isto é, se formuladas por cláusula geral ou não.²⁹

Podem ser judiciais ou legais, sendo que aquelas, no direito penal brasileiro, vêm elencadas no art. 59, do Código Penal e estas podem vir sob a forma de agravantes, atenuantes, qualificadoras ou causas de aumento ou de diminuição de pena.³⁰ Veremos cada uma no devido momento.

2.3 Circunstâncias legais e judiciais

Realçamos essa classificação, porque é aquela utilizada pelo codificador penal

24. In *A Sentença Criminal e suas Nulidades*, Aide, 1987, p. 170.

25. Noronha, op. cit. p. 245.

26. Op. cit. p. 345.

27. V. Mirabete, op. cit. p. 283.

28. Noronha, op. cit. p. 245.

29. Eduardo Correia, op. cit. p. 344.

30. V. Damásio de Jesus, op. cit. p. 477 e Mirabete, idem p. 283.

brasileiro (art. 68, CP); é utilizada pela doutrina e é dentro delas que situaremos o trabalho.

A rigor, todas as circunstâncias, vistas assim, *lato sensu*, são legais, porque previstas na lei. O juiz não poderia apreciar circunstância se não existisse a previsão do art. 59 do Código Penal; nem mesmo quando aprecia uma circunstância inominada, ele só assim atua por força da lei (art. 66, CP).

A doutrina penal separa as agravantes em legais, quando previstas na lei, em número expresso e destacadamente e judiciais, quando outorga ao juiz a apreciação de outras circunstâncias. Legais, porque previstas "taxativamente"³¹ na lei; judiciais, porque entregues à apreciação do julgador, apreciação discricionária, mas dentro de um modelo legal, ou parâmetro.

A presença dessas circunstâncias num certo fato criminoso é de apreciação obrigatória, isto é, impõe-se ao juiz a sua apreciação e consideração quando da dosimetria da pena. Claro, em que pese inexistir na lei penal um *quantum* de aumento ou de diminuição, ele é feito segundo a discrição do juiz. É seu agir discricionário que funciona, não arbitrário. Mesmo discricionário, como todas as decisões há que ser fundamentado.

Arriscamo-nos a dizer que nas circunstâncias judiciais o legislador penal criou uma espécie de cláusula geral, um modelo aberto, que necessita de uma mediação concretizadora³² do juiz. Essa "cláusula geral" também está presente em outras legislações, como no Código Penal Suíço e no Italiano, bem como no brasileiro, quando, no art. 59, arrola aqueles "modelos" dentro dos quais o juiz irá sopesar a pena.

As circunstâncias surgem, como diz Eduardo Correia, para adaptar a justa punição às particulares circunstâncias da criminalidade;³³ talvez isso tenha ensejado a feliz manifestação de Asúa, quando disse que a graduação da culpabilidade é uma das conquistas da concepção normativa.³⁴

As circunstâncias legais, então, estão arroladas no Código Penal (arts. 61, 62 e 65), ora sendo agravantes (art. 61), ora atenuantes (art. 65); ora qualificadoras (art. 121, § 2.º), ora privilegiantes (art. 28, § 2.º), ora inominadas (art. 66). Elas sobrevivem também em leis especiais, como na Lei de Economia Popular, v.g. (arts. 4.º, 2.º, Lei 1.521/51) e no Código de Defesa do Consumidor, o que será objeto da pesquisa.

Dizem-se agravantes, porque agravam a situação do réu, quando presentes no fato delituoso. Agravam a pena imposta, mas não podem elevá-la além do máximo previsto abstratamente no tipo penal. Isso significa que se a pena máxima prevista para o crime, v.g., é de cinco anos de reclusão, não se pode impor (ou reconhecer) uma agravante legal e aplicar a pena de cinco anos e dois meses de reclusão.

Nos termos do art. 68 do Código Penal elas são apreciadas, consideradas, na segunda fase da aplicação da pena; se elementares ou componentes de outro crime, ou seja, criando um tipo autônomo elas não são tidas como agravantes, mas crime autônomo ou qualificadora. São inerentes aos tipos dolosos unicamente, salvo a reincidência (CP, art. 61, inc. I), todas as demais agravantes só incidem nos crimes dolosos e jamais nos culposos³⁵ ou nas contravenções.³⁶

31. Fragoso, op. cit. p. 338.

32. V. Paulo Luiz Neto Lobo, *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas abusivas*, Saraiva, 1991, p. 33.

33. Op. cit. p. 340.

34. Op. cit. p. 443.

35. V. Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, Renovar, 1991, p. 97.

36. RT 590/354.

Já as atenuantes são aquelas circunstâncias que sempre atenuam, diminuem a pena base, ou no dizer de Mirabete, são dados objetivos ou subjetivos que levam à diminuição da reprimenda.³⁷ Assim como as agravantes não podem elevar a pena acima do máximo, as atenuantes não podem diminuir a pena abaixo do mínimo³⁸ previsto abstratamente em lei, ou seja, elas não podem servir para a transposição dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente cominada.³⁹ Supondo que a pena mínima de um crime seja de dois anos de reclusão, a pena imposta, reconhecida uma atenuante, não pode chegar ao definitivo de um ano e cinco meses de reclusão pela atuação da atenuante.

As atenuantes também estão previstas na lei. No entanto, o Código Penal ainda refere uma circunstância atenuante dita inominada, criação da Lei 7.209/84, que é a possibilidade de o juiz reconhecer outra circunstância qualquer, não imaginada pela lei, relevante para ser apreciada no caso. Enfim, qualquer outra causa que beneficie, que atenua a pena do réu, chegada ao seu conhecimento no próprio feito onde atua.

Temos que quando existe uma outra circunstância que possa ser considerada como atenuante inominada, o juiz não pode deixar de reconhecê-la, mesmo que o art. 66, do CP, diga: a pena poderá. Afinal, trata-se de um direito subjetivo do réu, que não pode ser negado pelo Estado-Juiz.⁴⁰

Pode ocorrer, também, de uma atenuante surgir como causa especial de diminuição de pena, como lembra

Fayet,⁴¹ a qual “atuará como tal e não como mera atenuante. Ex. no homicídio privilegiado — art. 121, 1.º, “por motivo de relevante valor social ou moral” esse fato atuará como causa especial de diminuição e não como atenuante legal, do art. 65, inc. III, letra a, do Código Penal”.

2.4 Causas de aumento e de diminuição de pena

As causas de aumento e de diminuição de pena situam-se dentro das circunstâncias legais. Aquelas são chamadas de majorantes e estas de minorantes.

Identificam-se causas de aumento ou de diminuição, ou majorantes e minorantes, como diz Nelson Ferraz, “toda vez que o Código, sem se referir a meses e/ou anos dispõe que a pena deva ou possa ser aumentada ou diminuída em quantidade fixa (um sexto, um terço, metade, dobro etc.), ou dentro de determinados limites variáveis (um sexto até metade, um a dois terços), está-se diante de uma causa especial”.⁴²

São fatores de acréscimo ou redução da pena, diz Delmanto, assinalados em quantidades fixas (dobro, metade etc.) ou em limites (um a dois terços) previstos na Parte Geral ou Especial do Código Penal.⁴³

Também dentro daquelas se situam as denominadas qualificadoras, aliás, as causas de aumento e de diminuição de pena também são qualificadoras, mas, como diz Mirabete, num sentido amplo.⁴⁴

Ocorre que a qualificadora é, podemos dizer, filha da agravante legal que se uniu ao tipo penal básico ou fundamental. Aí surge aquela, o denominado tipo qualificado, daí se dizer que é uma qualificadora.

37. Op. cit. p. 298.

38. REsp. 49.500-8, rel. Min. Assis Toledo, j. 29.6.94, v.u., DJU 15.8.94, p. 20.346.

39. Mirabete, op. cit. p. 303.

40. No mesmo sentido: v. Delmanto, op. cit. p. 109.

41. Op. cit. p. 196.

42. In *Dosimetria da Pena*, Florianópolis, 1982, p. 14.

43. Op. cit. p. 110.

44. Op. cit. p. 283.

Outra das diferenças entre qualificadora e causa de aumento de pena é a de que naquela há indicação expressa do máximo e do mínimo da pena e nesta simplesmente existem os limites já vistos.

Como ensina Ney Fayet, não se confundem as majorantes com as agravantes, pois nestas o *quantum* do aumento da pena fica ao prudente arbítrio do juiz e aquelas sempre trazem de forma expressa a quantidade fixa ou variável que deverá operar sobre a pena para torná-la definitiva.⁴⁵ Tampouco é de se confundir qualificadora com agravante, o que implica ato de constrangimento sanável pelo *Habeas Corpus*, pois isso contraria o princípio do *non bis in idem*, “valendo notar que a primeira ganha contornos de verdadeiro tipo penal, dito qualificado, no que estabelecidos os limites mínimo e máximo da pena”.⁴⁶

É de se notar, ademais, que as causas em questão permitem a redução abaixo do mínimo e o aumento acima do máximo da pena prevista em lei, mas o juiz não pode reconhecer a causa especial de aumento se ela não estiver descrita na denúncia, implícita ou explicitamente (RT 577/641).

3. As agravantes legais do Código de Defesa do Consumidor (art. 76)

A Lei 8.078, de 9.9.90, denomina de Código de Defesa do Consumidor, ou CDC, ou CoDeCon, trouxe normas de Direito Civil, Processo Civil, Direito Penal Econômico e Processo Penal. Mas também trouxe matéria relativa ao Direito Administrativo, embora este seja “uma das cidadelas que mais têm procurado resistir à aceitação do Direito Econômico”, como ensina Washington

Peluso Albino de Oliveira,⁴⁷ bem como normas de Direito Comercial.

Nossa pesquisa localiza-se na seara do Direito Penal Econômico, insurgindo-se, às vezes, na área de Processo Penal, uma vez que as circunstâncias, é um daqueles temas híbridos, pois do Direito Penal interligado com a imposição, consideração e cálculo da pena na sentença, esta como tema essencialmente de processo.

É sabido que certas práticas econômicas podem ter “o caráter de crime ou de contravenção”⁴⁸ e por isso o Código de Defesa do Consumidor, como micro-sistema⁴⁹ que é, definiu crimes contra as relações de consumo, objeto material primordial daquela legislação.

Considerou o legislador que aqueles crimes poderiam ter suas penas agravadas, aumentadas no seu *quantum*, desde que ocorrentes determinadas situações acidentais, mas presentes no fato delituoso. Daí por que no Título II, do CDC, definidas as infrações penais, o legislador assim dispôs:

“Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste Código:

I — serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;

II — ocasionarem grave dano individual ou coletivo;

III — dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;

IV — quando cometidos: a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima; b) em detrimento de operário ou ruralista; de menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental, interdadas ou não;

47. In *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, FBDE, MG, 1992, p. 53.

48. Idem, p. 51.

49. Nelson Nery Júnior, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense Universitária, 1991, p. 272.

45. Op. cit. p. 210.

46. HC 71.509-5, 2.^a Turma, rel. Min. Marco Aurélio, STF, j. 30.8.94, v.u., DJU 27.10.94, p. 29.163.

V — serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais”.

A legislação penal do consumidor, no que diz respeito às agravantes, praticamente copiou aquelas agravantes previstas no art. 4.º, § 2.º, da Lei de Economia Popular (Lei 1.521, de 26.12.51), fazendo pequenas modificações de redação, às vezes adequando-a à modernidade de entendimento e às vezes repetindo seus equívocos. O fato é que só o tempo dirá se tais agravantes não se quedarão como aquelas, inertes e praticamente inaplicáveis.

Veja-se, v.g., quando da ocorrência do Plano Cruzado houve uma verdadeira Cruzada de fiscalização aqui no Sul em busca de vítimas e réus. Inúmeros procedimentos baseados na Lei de Economia Popular foram instaurados. Denunciados, quando os réus não obtinham de imediato o trancamento da ação penal, sobrevinha a absolvição. E tudo isso pela desmoralização governamental federal, que pretendia encontrar no setor privado a *ratio* dos descabros do setor público.

O CDC, em vigência desde 1991, na parte relativa aos crimes contra as relações de consumo, tem sido pouco utilizado no Rio Grande do Sul, bastando ver-se que, até agora, nenhum precedente foi publicado na revista oficial de jurisprudência do Tribunal de Alçada (estamos consultando o n. 89). Não se sabe se é pouca atuação da autoridade policial, do Ministério Público ou do Judiciário. Mas não é crível que em tal período não tenha ocorrido ‘nenhum’ crime contra as relações de consumo (?).

Dá que nossa pretensão no estudo que se segue é a de analisar as agravantes previstas no CDC, uma a uma, propondo uma sistematização e analisando, criticamente, o que a moderna doutrina penal tem ensinado a tal respeito. Faremos, também, com que a pesquisa se interligue com as disposi-

ções da Lei de Economia Popular e com o Código Penal vigente, a fim de colaborar para a evolução (e aplicação) desse aparato legislativo.

3.1 Agravantes legais x atenuantes

Já no pórtico daquele dispositivo transcrito deparamo-nos com uma questão que tem sido pouco abordada pela doutrina, que diz respeito ao eventual confronto entre agravantes e atenuantes no CDC.

A parte penal de defesa do consumidor, como sabemos, não trouxe atenuantes, só as agravantes legais ali descritas taxativamente. Mas serão mesmo apenas taxativas ou em número fechado (*numerus clausus*) aquelas agravantes?

Será que aquelas agravantes, em determinado processo por crime contra as relações de consumo, devem ser analisadas isoladamente? Em outras palavras: será que o aplicador da lei penal do consumidor só pode considerar aquelas agravantes, desconsiderando qualquer análise de outras agravantes legais, especialmente aquelas do Código Penal?

E se porventura existirem outras agravantes, que não aquelas do CDC, poderá o julgador apreciá-las quando da dosimetria da pena? E se coexistirem com as do CDC aquelas do Código Penal?

E com relação às atenuantes: será que estas em estando presentes no fato *sub judice* poderá o juiz apreciá-las, mesmo sabendo que o CDC não trouxe atenuantes legais? Mesmo sabendo que a legislação de direito penal econômico caracteriza-se pelo rigor de suas normas?⁵⁰ E se existir circunstância atenuante inominada, pode o juiz reconhecê-la e diminuir a pena?

50. Antonio Herman V. Benjamin, in “O Direito penal do consumidor”, Capítulo do Direito Penal Econômico, RDC 1/107.

Tais questões, aparentemente simples, ficaram dispersas ante a posição de parte da doutrina e até pela redação do *caput* do art. 76, CDC, quando disse que as agravantes ali arroladas “são circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste Código”, o que leva a crer que somente se aplicam aos crimes contra as relações de consumo aquelas agravantes do art. 76. É de se ver a discussão.

O Des. Tupinambá Castro do Nascimento, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v.g., disse que quando da aplicação da pena em crime contra o consumidor, o juiz deve verificar a existência das agravantes e atenuantes do Código Penal, assim: “Inicialmente, a aplicação de uma pena base considerando as circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal. Na segunda fase, atuam as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61, 62 e 65 do Código Penal e, de forma especial, as circunstâncias agravantes indicadas no art. 76 do Código do Consumidor”.⁵¹

Não ficou sozinho, porque Paulo José da Costa Júnior também sentenciou: “têm aplicação, igualmente, aos fatos regidos pela presente lei, agora as agravantes aqui enumeradas, as demais circunstâncias agravantes constantes do art. 61 do Código Penal, que possam ser articuladas nas infrações penais contra o consumidor”.⁵²

No mesmo sentido, o Juiz Federal Francisco Cavalcanti, *verbis*: “...ao lado dessas agravantes específicas, podem ocorrer as genéricas, previstas nos incisos I e II do art. 61 e incisos I e IV do art. 62 do Código Penal”.⁵³

51. In *Comentários ao Código do Consumidor*, Aide, 1991, p. 156.

52. In *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, 1991, p. 256.

53. In *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, Del Rey, 1991, p. 158.

Porém, o Min. Cernicchiaro, comentando o dispositivo em análise, referiu que, fixada a pena-base, o juiz “ponderará as circunstâncias do art. 76 do Código do Consumidor. Nesta etapa, vinculado ao *numerus clausus* não poderá, para esse efeito, considerar qualquer outra circunstância”.⁵⁴

Justificou sua posição dizendo que não se aplicariam as agravantes em face do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* e aplicar-se-iam as atenuantes porque “é sempre favorável ao réu”.⁵⁵

Embora cientes de que a criminalidade econômica, da qual é espécie a defesa do consumidor, deva sofrer tratamentos penais e processuais próprios, como bem disse a Profa. Marcia D. Lima de Carvalho, em excelente trabalho,⁵⁶ na espécie é de se ter em conta o norte afirmado pela própria legislação penal do consumidor.

De imediato, devemos ponderar que somos contrários ao afastamento puro e simples da análise de outras agravantes, especialmente aquelas do Código Penal. Por vários motivos.

Primeiro, como se disse, porque o CDC é um microsistema e deve ser analisado em suas normas, que lhe são próprias e especiais, portanto, extravagantes. É de se notar que a legislação geral aplica-se quando a especial é omissa. Assim, para o CDC, afirma-se o art. 61, quando dispôs que as normas penais do CDC aplicam-se sem prejuízo do disposto no Código Penal. Dita norma repetiu, aliás, aquela do art. 12, do Código Penal, isto é, há uma nítida interligação entre o CDC e o Código Penal.

Segundo, porque em sendo característica do Direito Penal Econômico o

54. In *Comentários ao Código do Consumidor*, Forense, 1992, p. 303.

55. Op. cit. p. 303.

56. In *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*, Fabris, Porto Alegre, 1992, p. 164.

rigor, “cuidando de relações de grande repercussão social e econômica”, como disse Benjamin,⁵⁷ não tem sentido aquela compreensão de fechamento, que simplesmente afasta tal característica.

Terceiro, porque estamos falando de circunstâncias e não de elementares, sendo que a estas aplicar-se-ia tranquilamente o princípio do *nullum crimen* e não àquelas. Ademais, nem é caso deste, uma vez que as agravantes legais existem em ambos os diplomas. O único instituto a considerar-se aqui é o do concurso aparente de normas penais e não aquele princípio.

Por outro lado, sabedor o legislador da existência do rol daquelas agravantes do Código Penal a elas não se referiu, implícita ou expressamente, quer as adotando, quer as afastando. Então, não há por que afastá-las, quando existe dispositivo penal que permite considerá-las (art. 61, CDC).

Já à redação daquele *caput* podemos dizer que se trata de mais um defeito de técnica legislativa, o que não é bem comum nessa lei penal. Afinal, o legislador poderia ter “copiado” ali no particular também a Lei de Economia Popular, com o que causaria menos danos.

Finalmente, é de se considerar a prática da instrução e julgamento.

Suponhamos o caso da reincidência, que é agravante do art. 61, inc. I, do Código Penal. Então, certo fornecedor reincidente em crime contra as relações de consumo acabaria fazendo escola, pois, aplicada aquela lição, tal pena jamais seria aumentada em razão dessa agravante. Isso, na certa, incentiva o ilícito e desmoraliza o sistema (ainda mais).

Com relação às atenuantes, igualmente, devem ser sopesadas, inclusive as inominadas. Não só porque beneficiam o réu devem ser ponderadas, mas por-

que estão inseridas no sistema de aplicação da pena e devem ser consideradas por força do art. 61, CDC. Aliás, não tem sentido apreciar-se apenas circunstâncias atenuantes para réus de crimes contra as relações de consumo e afastar-se as agravantes, principalmente porque esse tipo de réu até se tornar extremamente perigoso em face dos inúmeros delitos que pode cometer.

Afinal, se é para se afastar a apreciação das agravantes do Código Penal então se afastaria até o concurso de crimes, uma vez que estes também pioram e agravam a pena do réu. Daí por que, s.m.j., todas as agravantes devem ser apreciadas.

3.2 Agravantes legais quanto ao tempo do crime contra as relações de consumo

Dizemos que assim se denominam as agravantes do inc. I, do art. 76, *verbis*:

“Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste Código:

I — serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade”.

São duas agravantes que se referem ao tempo, à época do cometimento do crime contra o consumidor, ou seja, deve ser considerado o exato momento em que ocorreu o ilícito penal, devidamente localizado no calendário.

Para uns são agravantes relativamente ao momento; para outros é o tempo ou a época. Como quer sejam analisadas é isso que conta.

Código Penal não tem agravante no sentido da primeira parte do inciso, mas se refere, no entanto, à agravante da calamidade pública (art. 61, inc. II, letra j).

A Lei 1.521/51 (Lei de Economia Popular — LEP) referiu-se à agravante para o crime “ser cometido em época de grave crise econômica” (art. 4.º, § 2.º, inc. I).

Exige a lei, então, que haja “crise econômica”. Mas (para nossa desgraça)

57. Op. cit. p. 107.

exige que a crise seja grave, como se pudesse existir “crise” boa ou ruim, leve, levíssima ou gravíssima.

A crise, em se tratando de crimes contra o consumidor, é sempre grave. Mesmo que não traga a expressão. Basta verificarmos que uma crise, sob a ótica do juiz, pode ser taxada de leve, ou desimportante. Mas sob o prisma de visão daquele consumidor que padece, que sofre na própria realidade a crise, ela é sempre grave.

Veja-se o caso, v.g., do mercado de cimento. Para quem não está envolvido com o mercado da construção civil, ou no comércio de construções, essa crise até pode passar “por ouvir dizer”. Desapareceu o cimento e pronto. O cidadão diz: “Não estou construindo. Tenho casa própria. Sou liberal. O que me interessa uns sacos de cimento?”. Aquele típico individualista já conhecido. Agora, pode-se dizer que para aquele que sobrevive da revenda do cimento, ou para um pedreiro ou mestre de obras, que chegam a perder o emprego em face da crise do cimento, a crise não existe e não é grave? Inexiste crise econômica? Pode-se dizer que a crise do cimento, só porque pouco afeta o liberal, não afeta a economia como um todo?

Em existindo tal crise, para o julgador ou para a autoridade que preside o inquérito, ela até pode ser inofensiva. Mas para aqueles consumidores potenciais do mercado existe uma crise séria, crise econômica, claro, pois diretamente ligada à sobrevivência ela é gravíssima.

Então, nossa conclusão é a de que em existindo crise ela é sempre grave, porque se sob a ótica daquele que julga ela se apresenta simples, sob a visão daquele para o qual a lei dá a proteção penal — o consumidor — ela é sempre grave. Daí por que o legislador jamais deveria ter copiado a “grave crise econômica” de uma lei da década de 50, pois a crise que chega a afetar a própria sobrevivência da pessoa, a dignidade do cidadão,

afeta sobremodo a economia e, data vênia, isso é muito grave. E desimporta que leve um adjetivo.

Daí porque não se pode generalizar, exigindo-se uma afetação sensível das relações econômicas,⁵⁸ digna de nota, para se fazer incidir a agravante. Parece que em havendo crise, isso basta para ser considerada “grave”, porque a crise não se confunde com a anormalidade.

Em economia, a crise é o ponto de transição entre uma época de prosperidade e outra de depressão, ou vice-versa, como explica Aurélio de Holanda Ferreira. A crise econômica é uma perturbação da vida econômica, atribuída pela Economia clássica a um desequilíbrio entre produção e consumo, localizado em setores isolados da produção, como ensina Paulo Sandroni.⁵⁹

A utilização do termo “grave” até está em desuso em matéria econômica, falando-se em crise “séria”, sendo que as teorias mais modernas denominam essa fase como “depressão”.⁶⁰ Ademais, aquele adjetivo nem é classificação de crise, pois parece indicar a existência de, como já disse, crise simples, leve ou levíssima, como se estivéssemos frente a uma lesão corporal.

Ora, se o legislador quisesse agravar a crise econômica teria dito logo “depressão”, que é mais adequada tecnicamente. Então, sem razão do copiador.

Para finalizar, é de se referir que na apreciação dessa agravante pode haver juízes que reconheçam a existência de crise econômica e outros não, o que torna a agravante mais incerta em sua aplicação. O Ministério Público deve fazer prova da crise, seja documental ou testemunhal; aquela por declarações de autoridades do setor, corporações, sindicatos.

58. V. Cernicchiaro, op. cit. p. 304.

59. In *Dicionário de Economia*, Best Seller, 1989, p. 73.

60. Idem, op. cit. p. 73.

Fala a lei penal do consumidor em calamidade.

Houve um aprimoramento da técnica, aqui, relativamente ao Código Penal.

Temos entendido que a lei penal do consumidor, quando praticamente copiou a primeira parte do inc. I, da LEP, não foi muito feliz, porque deveria ter aprimorado a técnica, assim como fez com a palavra “calamidade” que vinha do Código Penal com o adendo “pública”.

A lei penal do consumidor, claro, foi correta quando retirou a expressão “pública”, porque calamidade privada só é desgraça pessoal, infortúnio. Para isso o próprio Código Penal disse “desgraça particular do ofendido” (art. 61, inc. II, letra j).

Calamidade está ligada ora a fatos da natureza, ora a fatos humanos. Entende-se assim aquelas situações especiais, sejam de ordem climática ou não, que mudam sobremaneira a ordem e a paz públicas. É o infortúnio público. Há mudança na ordem pública, entendendo-se que esta se insere na ordem jurídica, como diz o Prof. Eros Roberto Grau.⁶¹

O próprio Código Penal a exemplifica mencionando o incêndio, o naufrágio, a inundação, às quais podemos acrescentar as guerras, revoluções, maremotos, vendavais, furacões, epidemias, terremotos, chuvas torrenciais e contínuas, inundações e enchentes, enfim, situações que propiciam aos agentes a prática de crimes contra o consumidor.

Tais situações, como ensina Cernicchiaro, “diminuem a capacidade de resistência da vítima e do delinqüente, como abutre, se prevalece da situação, encontra mais facilidade para praticar o delito”.⁶²

Claro, essas verdadeiras desgraças públicas fazem com que as autoridades em geral, especialmente aquelas encar-

regadas de fiscalizar os delitos contra o consumidor, voltem sua atenção para os fatos em si, com isso diminuindo a fiscalização e tornando mais fácil a atuação do criminoso.

Como se viu pelo rol de exemplos, naquelas situações pode existir ou não a mão do homem, como agente deflagrador da calamidade, desimporta. Há calamidades, até, que podem ser ocasionadas ora pela mão do homem, ora pela natureza. Veja-se o caso de um incêndio criminoso e outro causado pela queda de um raio. Também não importa, i.é., basta presente a situação de calamidade.

Não é de confundi-la com a desgraça particular, ou seja, com aquelas verdadeiras “calamidades”, tomado o termo em sentido amplo, que se abatem sobre o indivíduo. É que essas situações, no atinente aos crimes contra o consumidor, estão em outra agravante do Código Penal ou da lei penal do consumidor, mas jamais na que é aqui apreciada. Na lei penal do consumidor se fala de calamidade e não em desgraça particular, como diz o Código Penal.

A rigor, a adoção dessa agravante legal era desnecessária, ante a previsão expressa do Código Penal.⁶³

Diz a lei que é por ocasião de calamidade, o que se entende é que a situação deve estar ocorrendo, ou ainda no momento em que se fazem surgir os seus efeitos. A agravante, claro, abrange o que está por vir e inclui a cessação da calamidade.

Explica-se.

Veja-se o caso de início de calamidade, ou naquele em que existe previsão de sua ocorrência. Em ambas o agente se prevalece da situação ocorrente ou prestes a ocorrer para a prática de crime contra o consumidor. Veja-se que cessada a calamidade, v.g., cessado o venda-

61. In *A ordem Econômica na Constituição de 1988*, RT, p. 63.

62. Op. cit. p. 305.

63. Paulo da Costa Junior, v.g., diz ter ocorrido o *ne bis in idem*, op. cit. p. 256.

val, o incêndio, as chuvas torrenciais, ainda persistem seus efeitos que devem ser considerados para a agravante. Exatamente porque o mercado de consumo não está regulado e as autoridades ainda encontram-se enfraquecidas no tocante à fiscalização.

É natural que a agravante é apreciada com relação ao tempo, ou seja, não interessa que a sentença surja quando já normalizado o mercado de consumo, ou que o inquérito finde algum tempo depois, a agravante deve ser afirmada pelo Ministério Público.

3.3 Agravantes legais quanto aos efeitos do crime contra o consumidor

Dizemos que são agravantes quanto aos efeitos aquelas ligadas diretamente com o resultado do crime, ou seja, são circunstâncias nas quais aquilo que resulta do fato delituoso é por demais relevante e deve ser considerado como causa de agravamento da pena.

Assim dispõe o inc. II do art. 76, CDC:

“Art. 76 (*omissis*)

I — (*omissis*)

II — ocasionarem grave dano individual ou coletivo”.

Então, quando o crime ocasionar um dano individual, ou coletivo, que deve ser grave, aumenta-se a pena imposta.

O Código Penal não trouxe agravante similar, mas a Lei de Economia Popular dispôs como agravante o fato de o crime ocasionar grave dano individual (art. 4.º, § 2.º, inc. II).

Os crimes contra as relações de consumo, via de regra, são crimes sem resultado naturalístico, afinal, tratamos de crimes formais, de mera conduta, omissivos em sua maioria. Então, despidendo o resultado, pois, “os tipos penais de proteção ao consumidor, como regra e em razão da presunção de perigo que carregam, não exigem, para

sua consumação, a realização de qualquer dano físico, mental ou econômico ao indivíduo-consumidor”.⁶⁴

Dá que quando a lei considerou essa agravante teve em mira, basicamente, o resultado naturalístico, o dano. Assim, não podemos deixar de criticar o dispositivo.

Ora, se os crimes omissivos são de mera conduta, como ensinou Manoel Pedro Pimentel,⁶⁵ o resultado, além do agravamento, pode (e deve quando for o caso) ser analisado como tipo penal autônomo e isso dá em concurso de crimes, s.m.j. e não em agravante.

Veja-se o caso de crime contra o consumidor de que resulte lesão corporal. Af, deixar-se-ia de analisar o tipo autônomo — lesão dolosa ou culposa — para se aplicar uma agravante? Isso contraria o sistema geral de circunstâncias.

O caso do dano patrimonial causado em matéria-prima ou mercadoria pode configurar o art. 7.º, inc. VIII, da Lei 8.137/90 ou, sendo contra o próprio consumidor, o crime de dano do art. 163 do Código Penal, delito autônomo, mas jamais a agravante.

Não se há de confundir a existência de dano patrimonial, para aplicar a agravante com o dano físico, pessoal, pois aquele parece ter sido a intenção da norma.

Paulo da Costa Junior defende que o dano aqui tratado é aquele de natureza patrimonial, dizendo que “segundo a quantificação do dano, poderá agravar-se a pena”.⁶⁶

Ora, se é de considerar-se o dano patrimonial somente, como vamos administrar a questão da agravante com o crime de dano previsto no Código Penal?

Por outra, se o crime de dano é de ação penal privada (art. 167, CP) e aqui

64. V. Benjamin, op. cit. p. 112.

65. In “Aspectos Penais do Código de Defesa do Consumidor”, RT 661/251.

66. Op. cit. p. 256.

tratamos de agravantes legais, em crimes de ação penal pública incondicionada, nesta se deve aplicar a agravante sem consideração à vontade do ofendido, como se faria naquela. Como, então, conciliar tais sistemas?

Anotando, ainda, suponhamos que o juiz, considerada a existência de grave dano patrimonial, aplique a agravante. A vítima, o ofendido, porque houve dano ao seu patrimônio, move ação penal privada com base no Código Penal. Então, poderia o acusado ser duplamente condenado pelo mesmo fato, que ora é considerado como agravante, ora como crime autônomo? Óbvio que não. Então, parece-nos que o dano aqui considerado tende a ser físico, pessoal, por isso que a lei se referiu a “dano individual”, ou seja, do indivíduo, da pessoa. Jamais do seu patrimônio. E então, voltamos ao ponto de partida: se há dano físico, o caso é de concurso, jamais de agravante. Daí o lamentável equívoco do legislador.

Há mais.

A questão do dano patrimonial já tinha sido abordada pelo CDC em dois dispositivos anteriores àquele ora tratado: arts. 15 e 57, *caput*.

O dano de âmbito nacional, *v.g.*, vinha considerado para fins administrativos, quando da cobrança de pena de multa (art. 57, CDC), sendo que aí o legislador havia deixado ao critério da autoridade, observado o procedimento legal. Todavia, essa questão perdeu a importância, uma vez que o art. 1.º, da Lei 8.656, de 21.5.93, afastou a exigência de dano patrimonial nacional dando nova redação ao art. 57.

Igualmente, o art. 15 do CDC, que fazia alusão a dano irreparável ao consumidor, teve sua redação vetada. Isso significa que se o legislador fez vistas largas à extensão do dano patrimonial para fins civis e administrativos, não poderia tê-lo considerado somente para fins penais, afinal, é de sistema que se trata.

Refere a lei que o dano, admitindo-se fosse a agravante escorreita, deve ser individual e grave. Considerar o dano grave foi outro equívoco, não exatamente pelas razões já expendidas ao inciso anterior, mas pela mesma razão sociológica.

Ocorre que estamos diante de crimes contra o consumidor, ou seja, crimes de mera conduta, de perigo abstrato, onde não se sabe exatamente o número de vítimas, porque também difusamente considerados.

Explico. Se o crime origina um dano “leve” relativamente a um consumidor, com o que, em tese, não se aplicaria a agravante, ele é muito grave quando diz respeito a uma pluralidade e consumidores. Afinal, é assaz difícil considerar o número de ofendidos em determinados crimes contra o consumidor. Daí está a gravidade naquilo que, em tese, era dano “leve”. Dizemos, então, que certos crimes contra as relações de consumo são sempre graves e sempre trazem graves danos aos consumidores, porque não se sabe, com certeza, a extensão do dano a ser considerado, exatamente pela desnecessidade de um resultado.

Aliás, como já advertira Benjamin: “o infrator econômico prefere atentar contra ordem pública através dos chamados crimes do colarinho branco, praticando-os aos milhares, convicto de que nada lhe acontecerá”.⁶⁷

Assim, não foi feliz a agravante, que até é de duvidosa aplicação, não só porque proporciona um concurso de crimes em agravante (?), mas porque mistura ação penal incondicionada com ação penal privada.

Diz-se, ainda, que o dano pode ser coletivo.

Assim como ao dano individual, nesse aspecto, a agravante parece se referir à coletividade de consumidores, ao seu

67. In “A repressão penal aos desvios de Marketing”, *RDCon* 4/95.

número. Mas se já dizíamos que relativamente ao dano individual existe gravidade, imagine-se a uma coletividade de consumidores...

Não se pode entender que aqui o legislador tenha se referido a interesses coletivos, que são uma categoria intermediária entre o interesse público e o interesse privado, como ensina Mazzilli. São aqueles referentes a toda uma categoria de pessoas, sendo interesses meta-individuais, "porque atingem grupos de pessoas que têm algo em comum".⁶⁸

Tais interesses compreendem uma categoria determinada, ou determinável de pessoas. São aqueles interesses coletivos em sentido estrito, previstos ali mesmo no CDC, art. 81, parágrafo único, inc. II.

Se relacionarmos essa agravante com os interesses coletivos incidimos em equívoco, porque o coletivo, aqui, está relativamente ao dano físico causado em grupos de consumidores e não aos interesses coletivos em si considerados, como já se disse.

E aqui acontece outro problema, pois se existe dano causado a uma coletividade de pessoas, identificáveis, o caso é de concurso de crimes e não de agravante. Alguns autores passaram ao largo desse exame. Então, lamentável a agravante, porque se o crime é contra as relações de consumo, contra os consumidores, sempre se supõe um dano coletivo e, pela amplitude, grave. Então, sempre incidiria a agravante analisada? Isso, aliás, também reforça a evidência de que a agravante não está ligada a danos patrimoniais e se estiver a pessoais, está mal dirigida.

Outra dúvida que pode causar tal inciso é se na aplicação da agravante devemos considerar o número de vítimas identificáveis ou só as identificadas no processo penal que se julga? Em

outras palavras: basta que o *parquet* diga que houve dano causado a uma coletividade, ou deve fazer prova de número sensível de prejudicados? Se o Ministério Público não provar o dano coletivo, voltaríamos à Idade Média com a presunção de culpa; se o *parquet* quiser provar, isso praticamente inviabiliza a agravante.

Arriscamo-nos a dizer que o Ministério Público deve tentar trazer a juízo um número razoável de consumidores ofendidos, caso quiser fazer incidir a agravante. Como quer que seja, era melhor que tal inciso inexistisse.

3.4 Agravantes legais quanto ao modo de execução do crime contra o consumidor

Dizemos que a agravante respeita ao modo de execução, porque nela se encontra particular aspecto do proceder íntimo, interior, do agente ativo, o qual, ao praticar o crime, exterioriza sobremodo a sua torpeza.

É assim que dispõe o inc. III, do art. 76, *verbis*:

"Art. 76. (*omissis*)

I — (*omissis*)

II — (*omissis*)

III — dissimular-se a natureza ilícita do procedimento".

Como se sabe, o CDC valoriza aquilo que nosso saudoso Mestre Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, quando se referiu à boa-fé, chamava de "mandamento de consideração",⁶⁹ ou seja, o interesse conferido a cada participante da relação jurídica, encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos.

As partes da relação jurídica de consumo devem agir dentro da boa-fé, com interesses a serem protegidos. O consu-

68. Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, RT, 1991, p. 18.

69. In *A Obrigação como Processo*, José Bushatsky Editor, 1976, p. 30.

midor, porém, que é parte manifestamente fraca da relação, merece uma maior proteção.

O Código Penal se refere à dissimulação como um dos recursos que pode dificultar ou tornar impossível a defesa do ofendido (art. 61, inc. II, letra c).

A Lei de Economia Popular se refere à agravante como dissimular-se a natureza usurária do contrato, no inc. III, do § 2.º, art. 4.º. Como se vê, a lei penal do consumidor apenas “adaptou” essa agravante e não foi muito feliz, como veremos.

É de se ressaltar que o legislador se utilizou de termo técnico, da linguagem processual (procedimento), para um sentido vulgar, o que bem poderia ter sido evitado.

Diz-se, então, que se o agente “dissimula” a natureza ilícita do seu procedimento incide-lhe a agravante.

A dissimulação, como ensina Damásio de Jesus, “é o escondimento da vontade ilícita para apanhar o ofendido desprevenido. Admite o emprego do disfarce ou outra forma destinada a apanhar a vítima indefesa”.⁷⁰

É ocultar a realidade, sendo que nela se compreende também a simulação,⁷¹ sua outra face.

Através da dissimulação o fornecedor esconde sua insídia e por isso demonstra a gravidade com que atua para lesar ou enganar o consumidor. É preciso que a vítima não suspeite da real intenção do fornecedor, pois se souber do seu fingimento a agravante não incide.

A palavra dissimulação vem do latim *dissimulatio*, *dissimulare*, a qual, “é mais propriamente indicado como ocultação”.⁷² É mais utilizada no Direito Tributário, onde se liga às dissimulações nas declarações de Imposto de Renda. Ela signi-

fica estratégia, traição, infidelidade, maquinação maliciosa, como diz Ulderico Pires dos Santos.⁷³

Refere-se, ainda, o inciso em comento, à “natureza” dessa dissimulação, que deve ser “ilícita”. Dissimulação lícita, realmente, é bem raro de ocorrer, pois, se o fornecedor dissimula, esconde; aí, à evidência, não está sendo sincero e com isso descumpre seu dever de informar ao consumidor. Então, se o fornecedor dissimula na relação de consumo já está com um proceder írrito, ilícito. Daí por que despidendo a referência à ilicitude da natureza do procedimento.

Embora a desnecessidade da agravante, porque já prevista no Código Penal a dissimulação,⁷⁴ é bem comum o cometimento de crimes contra o consumidor com a presença dessa circunstância.

Observe-se o cuidado para não agravar a pena quando a agravante já perfaz um tipo autônomo.

Veja-se o caso de fornecedor que com um gesto de dedos, o tradicional “positivo”, v.g., faz com que certo consumidor adquira produto nocivo à saúde. Houve uma dissimulação, um escondimento pelo fornecedor de que o produto é nocivo à saúde do consumidor. Mas aí já existe um crime autônomo, de *marketing*, pois foi omitida informação relevante. Neste caso a agravante não se faz presente, porque elementar daquele crime.⁷⁵

A *dissimulatio*, efetivamente, demonstra toda a torpeza do agente ativo, o qual, não tem balizas decentes perante o consumidor. É um dos ramos da traição, parente da covardia e prima do estelionato.

73. In *Teoria e Prática do Código de Proteção do Consumidor*, Paumape, 1992, p. 160.

74. No mesmo sentido: Paulo da Costa Jr., op. cit. p. 257.

75. No mesmo sentido: Cernicchiaro, op. cit. p. 306.

70. In *Código Penal Anotado*, Saraiva, 1989, p. 152.

71. V. Min. Cernicchiaro, op. cit. p. 305.

72. De Plácido e Silva, op. cit. p. 550.

É com a dissimulação que o fornecedor também viola o direito que tem o consumidor a uma informação adequada e clara sobre produtos e serviços (art. 6.º, inc. III, CDC), daí nossa advertência anterior de não fazê-la incidir naqueles crimes nos quais podem se tornar elementares (arts. 66 a 69, CDC).

Não se deve confundi-la, contudo, com a simulação, pois nesta existe a aparência, que é falsa; na dissimulação existe a ocultação; naquela existe um disfarce, um simulacro, uma imitação, enfim, um fingimento; nesta existe um “acobertamento da verdade”.⁷⁶

O claro exemplo trazido pelo Min. Cernicchiaro não deixa dúvidas: “Há simulação quando se apresenta objeto de latão afirmando ser de bronze. Há dissimulação quando o objeto de bronze é apresentado como latão”.⁷⁷

Já se disse que não foi feliz o legislador quando se utilizou da expressão procedimento no sentido comum de comportamento, de proceder-se perante alguém de alguma forma. É este o sentido do texto, pois o agente esconde que está com “segundas intenções” frente ao consumidor, pronto para enganá-lo (quicá esganá-lo).

3.5 Agravantes legais quanto aos agentes dos crimes contra o consumidor

Diz-se que são agravantes quanto aos agentes porque se leva em consideração a circunstância no que respeita aos pólos ativo e passivo da relação de consumo, isto é, fornecedor e consumidor. Valoriza-se, portanto, a condição pessoal dos sujeitos da relação de consumo.

Já vimos em outro nosso estudo que não é sempre um fornecedor o sujeito ativo de crimes contra o consumidor,⁷⁸ já existindo doutrina apontando a exis-

tência de diversos sujeitos passivos nesses crimes.⁷⁹

Contudo, nestas agravantes se consideram aqueles especiais aspectos inerentes aos mencionados agentes (ativo e passivo), ou seja, circunstâncias que refletem especial condição objetiva ou subjetiva, ora do criminoso, ora da vítima.

Assim dispõe o art. 76, inc. IV, do CDC:

“Art. 76. (*omissis*)

(...)

IV — quando cometidos: a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima; b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental, interditadas ou não”.

O Código Penal aludiu a vários conceitos dessa agravante, referindo-se a funcionário público (art. 327), ao abuso de autoridade ou violação de dever inerente a cargo, ofício (art. 61, II, f); à criança, velho ou enfermo (*idem* letra h).

A Lei de Economia Popular (LEP) também se refere à agravante de seus crimes quando cometidos “por militar, funcionário público...por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima; em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 (dezoito) ou de deficiente mental, interditado ou não” (art. 4.º, § 2.º, inc. IV).

Como se vê a agravante da lei penal do consumidor fez algumas modificações (supressões) e praticamente aproveitou a da LEP.

Verifica-se aqui uma *divisio* na agravante, pois ora pode se referir ao agente ativo, ora ao agente passivo. É quanto ao agente ativo, quando for o crime praticado por servidor público ou por pessoa de condição econômico-social

76. De Plácido e Silva, op. cit. p. 1.452.

77. Op. cit. p. 305.

78. In *Revista do MPRS* 30/174.

79. V. Damásio Jesus, *RT* 696.

superior à da vítima; é quanto ao sujeito passivo quando o crime é praticado em detrimento de operário ou rurícola, menor de dezoito ou maior de sessenta anos, ou de deficientes mentais, interditados ou não.

Primeiro, agrava-se o crime o fato de ser praticado por servidor público.

A agravante comporta algumas observações.

A lei penal do consumidor atualiza, ao modelo constitucional (art. 37 e ss.) a utilização da expressão funcionário público (da Carta anterior).

Os servidores públicos, com os agentes políticos, forma um dos grandes grupos de agentes estatais, como disse Celso Antonio Bandeira de Mello;⁸⁰ todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência.

Na expressão se utiliza daquela largueza vinda do Direito Penal, ou seja, eles são os funcionários públicos da Administração Direta ou Indireta; servidores de autarquias em geral; contratados pela legislação trabalhista e remanescentes dos antigos extra-numerários.

Também no conceito se abarca a equiparação, isto é, aqueles que exercem cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, transitório ou não, bem como aqueles vinculados às entidades fundacionais instituídas pelo poder público e aqueles que servem sociedades de economia mista ou empresas com a participação do capital federal, estadual ou municipal.

A expressão "servidor público", aqui, é utilizada num sentido amplo, com o que se apreende a agravante do Código Penal, quando se refere àquele que pratica o crime com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo ou

ofício. Óbvio que se o servidor público for a vítima não tem qualquer consequência, pois a agravante diz respeito ao agente ativo e não ao passivo.

É de se observar que nem sempre o servidor público ocupa um cargo público, no sentido administrativo do termo e nem sempre o fato de prestar um serviço público e só por ser um servidor público que incidirá na agravante.

Explicamos.

Existem servidores públicos que estão apenas ocupando funções transitórias, funções ditas de confiança ou gratificadas. Mesmo assim são considerados para a agravante em questão. Daí que, em conclusão, não tem importância a forma de ingresso do servidor na função, isto é, desimporta se prestou concurso público ou foi indicado. Também, desimporta se o inquérito é concluído depois de o agente ter saído da função.

A lei não restringe ao regime de trabalho do servidor público. Tanto faz seja celetista ou estatutário, ou trabalhista, ou temporário. É aquela conceituação que nos apresenta Ivan Barbosa Rigolin: "servidor público é o cidadão vinculado à Administração Pública por um regime jurídico, seja ele qual for..."⁸¹

Já no que respeita à segunda observação, é de se notar que não basta ser servidor público e ter cometido um ilícito contra o consumidor, através de serviço público, para que haja a incidência da lei penal do consumidor e sua agravante.

Em excelente trabalho, nosso Colega de Ministério Público Gaúcho, Prof. Adalberto Pasqualotto, discutiu a questão dos serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor,⁸² concluindo que "não são abrangidos no CDC os serviços públicos próprios, prestados *uti universi* diretamente pelo Estado, man-

80. In *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, RT, 1981, p. 8.

81. In *O servidor Público na Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, p. 82.

82. V. *Revista do MPRS* 26/81.

tido pelos tributos gerais, porque faltalhes, sob a ótica do Código do Consumidor, o requisito da remuneração específica”.

Isso significa que o servidor público para ver agravada sua pena deve estar naqueles serviços públicos “impróprios, prestados direta ou indiretamente pelo Estado ou, ainda, por meio de concessão, autorização ou permissão...porque remunerados pelo pagamento específico de taxas ou tarifas”,⁸³ ou preços públicos acrescentaria, para evitar polêmica.

Não estendemos, porém, a expressão servidor público para abarcar os militares, porque estes têm legislação penal própria (Dec.-lei 1.001, de 21.10.69) e é difícil (pelo menos não nos ocorre) situação em que um servidor militar venha a praticar crime contra o consumidor sem que se trate de crime militar. Ademais, tem origem constitucional a divisão entre servidores públicos civis e militares (art. 39 e 42, CF), sendo que nas funções diretamente ligadas ao mercado de consumo estão mais os servidores civis do que os militares. Todavia, não é de se descartar situação excepcional em que um militar esteja praticando crime contra o consumidor, sem que se trate de crime militar, onde se poderia incidir a agravante.

Aos servidores públicos que efetivamente cometerem crimes contra o consumidor a pena deve ser agravada. É que os servidores públicos detêm um múnus público, de onde decorre uma natural confiança do administrado naquele, o administrador. Em algumas pequenas cidades, um servidor público, de qualquer órgão estatal ou paraestatal, detém grande importância na comunidade, às vezes “autoridade”, até por ser único representante do Estado no local; também porque mantendo a respeitabilidade do cargo, mas sempre porque é pública a função exercida. Daí a natural

confiança que não deve ser rompida com facilidade. E se o for, justificada está a agravante.

Não se pode confundir, ainda, a agravante em análise com a majorante do art. 327, § 2.º, do Código Penal, que não se aplica aos crimes contra o consumidor.⁸⁴

Mas será que no conceito de servidor público se pode alargar para abranger jurados, requisitados pelo Estado para membro de mesa apuradora ou receptora de votos em período eleitoral?

Parece-nos que sim,⁸⁵ pois não se pode dissociar a pessoa de um jurado, v.g., daquela de prestador de serviços ou fornecedor íntegro, honesto e cumpridor dos deveres cívicos.

É que não entendemos como possa um fornecedor praticar crime contra o consumidor durante a noite e no dia seguinte ir julgar seus pares durante um júri. Qual a confiança que tal tipo de jurado pode inspirar? Isso é como um cidadão que se embriaga publicamente ser chamado como Juiz para julgar crimes cometidos pelo efeito da bebida, ou contravenção penal de embriaguez. Isso é risível, para não dizer imoral.

Assim também os concessionários, os permissionários de serviços públicos, ou de obras públicas, pois, embora “pessoas que prestam serviços ao Poder Público são particulares que cumprem uma função pública”.⁸⁶

Também agrava a pena quando o sujeito ativo, o réu, o fornecedor, possuir “condição econômico-social manifestamente superior à da vítima”.

Condição, aqui, está no sentido de *status* econômico-pessoal, que obviamente repercute no plano social. Não se confunde nem com causa, nem com

84. Nesse sentido: Min. Cernicchiaro, op. cit. p. 306.

85. No mesmo sentido: Paulo José da Costa Jr., op. cit. p. 257.

86. V. Celso A. Bandeira de Mello, in op. cit. p. 9.

83. Op. cit. p. 97.

aquele acontecimento futuro e nem com “estado”. Na verdade, “retrata modo de ser, situação social ou profissional de uma pessoa”.⁸⁷

Não se pode deixar de relacionar a agravante com a situação de “classes aquisitivas positivamente privilegiadas” de que nos falava Max Weber, que são “os comerciantes, armadores, empresários, industriais, empresários agrários, banqueiros e empresários financeiros e, em certas circunstâncias, profissionais liberais com capacidade ou formação especial e trabalhadores com qualidades monopólicas (próprias ou adquiridas)”.⁸⁸

Então, os agentes devem fazer parte de uma ou mais dessas classes para a aplicação da agravante.

A condição diz respeito ao econômico-social e não ao cultural, porque quando o agente se prevalece da *intelligentsia* para o cometimento do crime é de se verificar se não o pratica “dissimulando a natureza ilícita do procedimento”, o que faria incidir o inc. III, do art. 76 comentado.

Também deve ser de manifesta condição superior, ou seja, visível sem muito esforço. Claro, para incidir a agravante ela deve estar diretamente relacionada com a prática do crime, pois, do contrário, alguém teria sua pena agravada pelo simples fato de ser rico e aí a lei poderia fazer uma diferenciação e com isso violar o art. 3.º, inc. IV, da CF, que proíbe qualquer forma de discriminação. A pena só pode ser agravada se alguém se utilizar de sua riqueza para impor sua vontade ao consumidor, assim cometendo o crime.

O fato de a vítima ser manifestamente pobre nada significa para a agravante e nem a mera comparação, na espécie, entre um e outra (réu e vítima) pode aumentar a pena. Em outras palavras:

não se agrava a pena porque a vítima é manifestamente pobre, pois aí se estaria no campo da responsabilidade penal objetiva, afastada de nosso direito penal positivo, como é sabido.

A condição social, sozinha, embora muitas vezes esteja ligada à ótima situação econômica, igualmente, pouco significa. Pode ocorrer de um fornecedor deter condição social proeminente, às vezes decorrência de laços familiares e não possuir também uma forte condição econômica, suficiente a atender a circunstância. A condição manifesta deve ser provada pelo Ministério Público e não se presume.

Também é de se atentar que a agravante exige uma vítima, para se cotejar a sua situação econômica com a do réu. Então, aqui se exige, estranhamente, que ao crime contra o consumidor tenha sobrevivido um resultado com uma vítima, o que se choca com a especial natureza de tais ilícitos, crimes de mera conduta em sua ampla maioria.

A comparação entre réu e vítima deve ser direta, isto é, se no caso concreto a vítima detiver condição econômico-social em igualdade com a do réu, inexistente a agravante. Nem a mínima diferença é relevante, eis que se exige seja “manifestamente superior” a condição em causa.

Agrava o crime contra o consumidor quando a vítima é operário ou rural. Aqui se considera a pessoa da vítima unicamente, daí dizer-se que tem relação com o pólo passivo da relação de consumo: o consumidor.

Operário é a pessoa simples, da cidade, geralmente entendido como o trabalhador assalariado. É tido como aquele que trabalha sob as ordens de outrem, que não executa serviço seu, mas por conta alheia, recebendo um salário.⁸⁹ Pode ser ou não o salário mínimo fixado pela União, até podendo perceber algo

87. Min. Cernicchiaro, op. cit. p. 307.

88. In *Economia e Sociedade*, UnB, v. 1, 1991, p. 201.

89. De Plácido e Silva, op. cit. p. 1.096.

além daquele. Não desempenha qualquer serviço público, embora muitos servidores públicos, infelizmente, até percebam abaixo do mínimo. A relação não é só salarial, mas também.

Não se inclui na agravante aquele que, mesmo humilde, trabalha por conta própria, que não é empregado de alguém, pois a agravante diz respeito ao simples operário, somente ao empregado, ao bóia-fria.

Tem-se dito que “se o operário for pessoa de cultura e tiver padrão social muito bom, tal agravante inexistirá...já que o legislador visa proteger as pessoas desvalorizadas”.⁹⁰

Isso deve ser entendido em termos, uma vez que só concordamos com a segunda parte da assertiva.

Primeiro, porque operário “com cultura” num país de imensa maioria de analfabetos, pessoas que assinam com dificuldade o próprio nome, realmente, é muito difícil. Isso para não dizer impossível se formos olhar para certas regiões do país. Não se é de confundir operário alfabetizado, onde incidiria a agravante, com operário com cultura, onde também ela incidiria. Coisas diversas, sabemos, alfabetização, cultura, situação econômica etc., mas aquelas não fastam a agravante, s.m.j., que não está ligada ao nível cultural ou social do operário.

Segundo, porque operário de padrão social muito bom numa sociedade, como a nossa, onde existe velada (às vezes explícita) discriminação social, é muito raro. Ao operário brasileiro, infelizmente, na maioria das vezes não é dado qualquer padrão social. O padrão social que se oferece é o mais simples possível, porque o padrão social elevado exige algo que o operário comumente não possui: o capital. Claro, quem tem

condições econômicas tem elevado padrão social e não se enquadra como operário, quase sempre é patrão. E aí não incide a agravante em análise.

Não se descarta, porém, a vinda de operários do mundo desenvolvido, para trabalhar no país, na operação de máquinas importadas ou filiais de empresas. Cremos que a norma não se dirige à proteção de tais “operários”, os quais vêm ao país com padrão remuneratório e cultural de Primeiro Mundo. Daí por que concordamos que a norma visa proteger os desvalorizados somente.

O que pretendemos deixar claro é que desimporta se o operário tem ou não a cultura ou o elevado, ou o simples padrão social. Para nós, pelo menos no que se verifica em regra geral, sendo operário basta, porque a própria expressão já identifica um tipo único de trabalhador assalariado.

A lei penal fez essa diferença, tanto que quando valorou a agravante no aspecto financeiro e social, ela adotou o critério de diferença quanto ao pólo ativo, ou seja, quanto ao autor do crime, na sua condição econômico-social manifestamente superior à da vítima, como já visto.

Rurícola é expressão ampla, isto é, diz respeito ao trabalhador rural, do campo, ao agricultor. É aquele humilde trabalhador do campo, da zona rural; que vive do campo e no campo, abrangendo, portanto, aqueles que trabalham nas ditas “lides campeiras”, como o domador, o colono, o alambrador, o lavrador, o esquilador, enfim, todos os que têm suas atividades ligadas ao meio rural.

Não adotou o legislador a restrição que existe na Lei de Economia Popular: agricultor. São expressões que, parecidas, não se confundem, dada a amplitude de rurícola.

A expressão não deve englobar, porém, aquele empresário do meio rural, o ruralista, o fazendeiro, o estancieiro, os criadores de animais, enfim, consu-

90. Vianna e Barros, in *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, Lumen Juris, 1991, p. 94.

midores que embora vivam no meio rural têm sólidas condições financeiras e o crime, muitas vezes, não se lhes repercute no bolso. Aqui, adota-se a similitude ao operário, antes vista.

Não é necessário, embora muitas vezes possa ocorrer, que o crime seja praticado no meio rural ou por ocasião de atividade rural (compra de agrotóxicos, v.g.). Pode acontecer de um rural vir a cidade e aí existir o fato criminoso, também acontecendo a agravante.

Claro, a situação de ruralidade deve restar provada nos autos, com o que se exige, também, a presença de vítima em tais ilícitos. Mesmo que o produto ou o serviço sejam destinados só ao meio rural, porque entender diversamente significaria a responsabilidade objetiva.

Ademais, não é porque a vítima usa bombachas, botas e lenço maragato, que o juiz vá se deixar impressionar com tal "rurícola" e aplicar a agravante. Afinal, existe muito estelionatário por aí fantasiado e falando como gaúcho, que só conhece "tento" como sinônimo de ponto marcado num jogo.

Também, relativamente ao sujeito passivo é que ocorre a agravante quando o crime é praticado em detrimento de menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos adotando, nesse passo, o critério etário como relevante.

O Código Penal não se referiu expressamente à idade, mas adotou como agravante o fato de a vítima ser criança ou velho.

A Lei de Economia Popular (LEP) só se referiu à agravante quando a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

A agravante do CDC afastou-se, portanto, daquela polêmica havida entre os penalistas com relação à idade da vítima, isto é, até qual idade se consideraria "criança", ou mesmo qual o critério para apurar-se o conceito de "velho".

Sabe-se, ainda há no Código Penal a discussão se "criança" é a de até 7 (sete)

anos ou daí até aos 14 (quatorze) anos de idade, havendo decisões em ambos os sentidos. Hoje, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente se pode entender criança apenas como sendo a pessoa até os 12 anos de idade (art. 2.º, Lei 8.069, de 13.7.90).

Com relação a "velho" se discute qual o critério para assim ser considerada uma pessoa, identificados pelo menos quatro correntes, que vão do critério biológico ao cronológico. Mas esse debate, para o efeito dessa agravante, como disse o Min. Cernicchiaro, é secundário.⁹¹

A lei penal do consumidor resolveu a questão adotando um critério puramente cronológico: menor de dezoito e maior de sessenta anos de idade. Desimporta, portanto, se o menor ou o idoso tinham condições de defenderem-se ou não, bastando possuírem tais idades e que o criminoso disso tenha ciência, aliás, prevalecendo-se disso.

Dessa forma, com relação ao menor de dezoito anos, também não adotou a lei penal do consumidor a orientação do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que praticamente dividiu os menores em crianças e adolescentes, na aplicação daquela lei. Para nós, assim, não faz diferença se é criança ou adolescente, bastando ser menor de 18 anos. Com isso, restaram fora do agravo aqueles menores entre 18 e 21 anos de idade.

Assim sendo, em que pese Paulo José da Costa Jr. dizer que a agravante se refere aos adolescentes tão-somente,⁹² a verdade é que os adolescentes, na forma da lei, vão de 12 a 18 anos de idade e a agravante abrange também os menores de 12 anos. A agravante vai mais longe.

Sem dúvida que o inciso em comento afina-se com o denominado "menoris-

91. Op. cit. p. 308.

92. Op. cit. p. 258.

mo", este visto como um movimento social em prol do menor, de base jurídica, centrado no atendimento judiciário, auxiliado pelos recursos das demais ciências humanas e biométricas, com especial participação, legalmente prevista, da comunidade atuante".⁹³

A proteção a tais sujeitos (menores de 18 e maiores de 60) não implica que, eventualmente, possam estar "protegidos" por terceiros na ocasião da ocorrência do fato criminoso. Isso significa que mesmo que tais menores ou idosos estejam acompanhados, respectivamente, por pais, tutores ou filhos, noras ou genros, a agravante ocorre. Basta que o criminoso tenha pleno conhecimento de que está perante vítima menor ou idoso.

Claro, o criminoso pode alegar que desconhecia a idade da vítima, com o que, devidamente provado, não incidirá a agravante. Porém, é de se notar que se a Justiça é cega não o é o juiz; e assim como existem situações plenamente justificáveis, existem aquelas inaceitáveis diante do caso concreto, ou seja, menores e idosos que "está visto" que são e só podem ser menores de idade ou de idade superior a sessenta anos. Então, cumpre ao juiz fazer os olhos da justiça e aplicar a agravante.

O Ministério Público, por seu turno, deve ter o cuidado de tecer a agravante em sua peça acusatória, acostando a devida prova de idade que só se faz com a competente certidão de Registro Civil. Cremos que não se aplica na hipótese o fato de "não ter havido contestação sobre a idade da vítima", eis que de agravante se trata e ela deve penetrar não só na esfera do conhecimento do acusado, mas como concretude no mundo dos autos.

O crime, então, deve ser praticado prevalecendo-se o agente dessa inferioridade cronológica da vítima, com o

que, relativamente ao menor, atende-se o dever de velar pela sua dignidade pondo-os a salvo de tratamento às vezes vexatório, às vezes constrangedor, em uma relação de consumo. Essa também a proteção que visa o ECA (art. 18).

Observe-se, ainda, com relação aos menores, que a idade da vítima a ser considerada é aquela do dia do delito, ou seja, na data em que o crime é cometido é que se apura esse critério cronológico, ou etário. E isso é óbvio, senão não teria sentido a agravante para o caso de um menor que viesse a completar dezenove ou vinte anos no curso do processo penal.

Outra agravante quanto à vítima, ou sujeito passivo da relação de consumo, ocorre quando o crime é praticado em detrimento de pessoas portadoras de deficiência mental, interditadas ou não.

O Código Penal se refere a uma agravante quando o crime é praticado contra enfermo.

A LEP expressa a agravante quanto ao crime praticado contra deficiente mental, interditado ou não (art. 4.º, § 2.º, inc. IV, b).

Sabe-se que deficiente mental é aquela pessoa acometida de retardo mental, geralmente por causas genéticas, hereditárias, congênitas, enfim, aquelas com uma disfunção cerebral ligada a lesão cerebral.⁹⁴ Os termos comumente empregados na designação dessas pessoas são: imbecis, idiotas e débeis mentais.

A interdição é um ato judicial originador da curatela e surge como uma "proibição oriunda de decreto judicial, em virtude do qual se impede a prática de atos jurídicos ou se torna defesa a feitura de qualquer coisa; para as pessoas é uma privação de direitos".⁹⁵

A disciplina da interdição é a civil (arts. 446-458, Código Civil) e deve ser

93. V. Barreira e Brazil, *O Direito do Menor na Nova Constituição*, Atlas, 1988, p. 13.

94. Isaac Mielnik, *Dicionário de Termos Psiquiátricos*, Roca, 1987, p. 69.

95. De Plácido, op. cit. p. 847.

promovida pelos pais, cônjuge, parentes ou pelo Ministério Público, este em caso de loucura furiosa ou na ausência de parentes ou responsáveis do interditando.

Ao deficiente mental, portanto, quando interditado, aplica-se o instituto da curatela, que é “um encargo deferido por lei a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de outrem, que não pode fazê-lo por si mesmo”.⁹⁶

A lei penal do consumidor afasta a necessidade da existência desses institutos (interdição e curatela) quando considera a agravante em sendo a vítima deficiente mental, referindo-se a “interditadas ou não”. Isso significa que basta o enquadramento inicial: deficiente mental.

O estado (deficiência mental), para ser reconhecido na agravante exige o competente atestado médico especializado, não se havendo de exigir prova pericial, salvo quando o réu contesta a deficiência mental trazendo prova ao juiz nesse sentido. Também, pode o juiz entender discutível a deficiência, quando poderá determinar o exame. Este, aliás, deve ser procedido por profissional habilitado na área de Psiquiatria. Não faz diferença para o reconhecimento da agravante, parece-nos, o fato de estar em curso processo de interdição da vítima, pois basta a mera declaração do médico nesse sentido.

Essa deficiência mental abrange, igualmente, o surdo-mudo sem educação, isto é, aquele que não sabe enunciar precisamente a sua vontade, como está no art. 446, inc. II, do CCivil. Se o surdo-mudo tiver pleno entendimento, isso afasta a agravante, pois esta exige a deficiência daquele.

Se, além de deficiente mental a vítima for menor de idade a agravação é maior, ou seja, deve-se salientá-la quando da

fixação da pena, uma vez que é por demais doloso o comportamento daquele que se aproveita de consumidor menor e ainda doente mental para cometer ilícito contra a relação de consumo.

3.6 Agravantes legais quanto ao objeto material do crime contra o consumidor

No inc. V do art. 76, o Código dispôs como agravante o fato de tais crimes “serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos essenciais”.

Nada existe em tal sentido no Código Penal ou na Lei de Economia Popular, pelo que a agravante tem relação única e exclusivamente com as relações de consumo.

Diz-se que se relaciona com o objeto (material) de crimes contra o consumidor, porque se refere “à coisa sobre a qual incide a ação delituosa”.⁹⁷

A relação de consumo é uma relação jurídica, assim como o é a relação obrigacional, a relação processual etc. Tal como as outras, ela possui dois pólos: um fornecedor (pólo ativo) e um consumidor (pólo passivo) e gira em torno de produtos e serviços, que são o objeto material dos crimes contra o consumidor.⁹⁸ Já o objeto jurídico desses crimes é a mencionada relação de consumo.⁹⁹

Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, como expressa o § 1.º, do art. 3.º, do CDC; serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista, como dispõe o § 2.º.

97. V. Min. Cernicchiaro, op. cit. p. 309.

98. V. Manoel Pedro Pimentel, “Aspectos Penais do CDC”, RT 661/249.

99. V. também Min. Cernicchiaro, op. cit. p. 309.

96. Machado e Passos de Freitas, *Interdição e Curatela*, Jalovi, p. 12.

Existe mercado “quando compradores que pretendem trocar dinheiro por bens e serviços estão em contato com vendedores desses mesmos bens e serviços”, como ensina Paulo Sandroni.¹⁰⁰ Daí que se nele predomina o consumo, ou seja, presente nele um consumidor, entendido este como destinatário final do produto ou do serviço, presente o mercado de consumo.

É no mercado de consumo, então, que giram as relações de consumo, sobre bens e serviços, entre fornecedor e consumidor, ou vendedores e compradores desses bens e serviços.

Pode-se dizer que o âmago contido na relação de consumo é a negociação, a transação entre seus sujeitos. É nesse sentido que está a palavra “operações”. Afinal, a relação de consumo precisa da operação para sobreviver, sendo que esta é inerente e não exclusivamente àquela. A operação é um dos nexos a vincular os sujeitos da relação de consumo, aliás, na verdade elas “representam a relação jurídica celebrada pelo fornecedor e consumidor”, como ensina Cernicchiaro.¹⁰¹

A expressão “operações”, a rigor, tem mais um sentido técnico-econômico, principalmente no meio das bolsas de valores, eis que ali se praticam operações, especialmente quando da compra e venda de ações. Trata-se, portanto, de termo que salienta certa “tecnicidade”, que é característica do direito penal econômico, como salienta Benjamin.¹⁰²

Alimentos e medicamentos são produtos ligados diretamente com a saúde e a vida do consumidor, ou seja, à própria sobrevivência. Tanto a saúde quanto a vida do consumidor têm proteção direta na lei, sendo, portanto, alguns de seus direitos básicos (art. 6.º, inc. I, CDC).

Os alimentos e os medicamentos foram igualmente protegidos pela lei penal comum, no Capítulo relativo aos crimes contra a saúde pública do Código Penal Brasileiro, quando ali se referiu às substâncias alimentícias ou medicinais.

Não se pode entender que em tais crimes do Código Penal se deva aplicar a presente agravante, uma vez que esta diz respeito unicamente às relações de consumo, ou seja, em negociação de massa, em operações. Veja-se o seguinte caso: “A” adultera certo produto (alimento), destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde e repassa ao consumidor. Em tese, há o crime do art. 272, CP. Trata-se de crime impróprio, da categoria “acidentalmente de consumo”.¹⁰³ Não se pode aplicar à espécie a agravante em causa porque não temos um crime de consumo próprio, ou seja, que diga respeito diretamente à relação de consumo.

Agora, vamos supor que “A” possua certo medicamento nocivo e não inclua a advertência escrita sobre aquela nocividade. Aí já está tipificado de imediato o art. 63, *caput*, do CDC, independentemente da comercialização. Agora, quando “A” realizar venda daquele medicamento e o medicamento for considerado essencial aplicar-se-ia a agravante em análise. Veja-se, estamos frente a uma relação de consumo e a um crime próprio.

Com isso também queremos dizer que estas agravantes exigem um resultado no mundo exterior para se configurarem, ou seja, há de restar provada a operação para ser aplicada a agravante.

Exige a lei que os produtos e serviços, alimentos e medicamentos, sejam essenciais, ou seja, imprescindíveis ao atendimento daqueles direitos básicos do consumidor, antes mencionados. Aqui, como disse Francisco Cavalcanti,¹⁰⁴ é a

100. Op. cit. p. 193.

101. Op. cit. p. 309.

102. Op. cit. p. 107.

103. V. Benjamin, op cit. p. 113.

104. Op. cit. p. 159.

“essencialidade dos bens e serviços envolvidos que conta”, pois se não fosse assim se poderia supor que toda e qualquer operação envolvendo alimentos ou medicamentos incidiria na agravante.

É de se notar, por outro lado, que a lei parece ter se referido a alimentos e medicamentos e a outros produtos ou serviços como a exigir um complemento, uma norma posterior que diga quais são os produtos ou serviços a serem considerados pela agravante, quais os alimentos ou medicamentos essenciais. Temos, assim, uma norma penal em branco em uma agravante, o que não é muito usual, mas efetivamente deve ser dado às autoridades de cada área (medicamentos, alimentos, outros produtos ou serviços) uma certa elasticidade para mover-se na área da proteção ao consumidor.

Veja-se o caso da carne que para um gaúcho da campanha é considerada essencial, pois contendo proteínas é fundamental à saúde e sobrevivência, segundo aquela ótica. Mas isso não é regra, uma vez que se intensifica cada vez mais o gosto por cereais, vegetais etc. com muitos gaúchos que absolutamente não têm o gosto pela carne.

A existência de normas penais em branco que descreva quais os alimentos, medicamentos ou outros produtos e serviços essenciais parece ser a que melhor atende aos interesses do consumidor, uma vez que é a autoridade administrativa, legislativa, quem está melhor habilitada e aparelhada para conhecer os problemas, as deficiências do mercado de consumo. Não fosse assim, ficaria o juiz sujeito ao “entendimento do dia”, com o que se daria insegurança ao consumidor e ao réu, sendo que aquele não sabe da falta e este pode não saber porque lhe agravam a pena.

4. Conclusão

Não pretendíamos alongar-nos tanto, mas o assunto é por demais digno de atenção.

Ocorre que a pena é o fruto da chamada coerção penal, entendida esta como ação de conter ou reprimir que o Direito Penal exerce sobre os indivíduos criminosos, no dizer de Raúl Zaffaroni.¹⁰⁵ Aliás, o estabelecimento de penas é uma das características essenciais do Direito Penal, dizia Ramirez.¹⁰⁶ E a agravante tem amizade íntima com a pena.

As agravantes tornam-se instrumento poderoso nas mãos dos juízes, que devem manejá-las com muito cuidado, uma vez que dizem respeito ao *status libertatis* de cada um.

Não foi muito feliz o legislador penal do consumidor brasileiro, pois parece não ter dado muita atenção à criação de agravantes, tanto que copiou o sistema da Lei de Economia Popular, que já estava falido. Aliás, como bem disse Vicente Greco Filho, é deplorável o que estamos presenciando nos últimos anos quanto à técnica legislativa em geral.¹⁰⁷

Mas aí está a lei e *tollitur quaestio*.

No que diz respeito a essas agravantes, vimos também um excessivo número de elementos normativos: época de grave crise econômica, calamidade, grave dano individual ou coletivo, operário, rurícola, enfim, conceitos que devem ser buscados em outros ramos do Direito ou da Ciência em geral. Isso, à evidência, enfraquece o tipo e a segurança jurídica.

Mas verifica-se que ao menos o legislador resolveu pecar por excesso do que por falta, daí ter copiado a Lei de Economia Popular em 70% das agravantes.

A preocupação com os menores e os idosos é saudável e possivelmente seja a mais aplicada, não só porque de fácil ocorrência, mas porque de fácil constatação. Com isso, fez bem a lei em ser

105. In *Manual de Derecho Penal*, P. General, Ediar, 4.ª ed., p. 633.

106. Juan Bustos, “A pena e suas Teorias”, *Fascículos*, Fabris, 1992, p. 90.

107. In *Dos crimes da Lei de Licitações*, Saraiva, 1994, p. 1.

severa, porque, lembrando Eduardo Correia quando cita Pacheco, três classes de pessoas há a quem naturalmente devemos respeito: aos velhos, por razão da sua idade, às mulheres por razão do seu sexo, às crianças, por razão da sua inocência. Quem não respeita as crianças, as mulheres e os velhos é um ser mau, destituído de sentimentos morais.

Quem os ofende é um vilão, que não tem nenhum sentimento generoso. Faz bem a lei em olhá-los com aversão, como os olha a sociedade, porque os seus delitos são mais perversos, mais vis, mais dignos de esmerada e dura correção.¹⁰⁸

108. Op. cit. p. 357.

RIGORISMO INÚTIL

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JR.

Juiz Criminal em São Paulo. Membro do IBCC e da Associação Juízes para a Democracia

Os filósofos gregos muito se preocuparam com o poder que a tópica retórica possibilitava.

Platão, por exemplo, pela fala de Górgias, observou que, apresentando-se perante uma assembléia popular um médico e um orador, para argumentar sobre qual dos dois deveria ser escolhido o médico, muito provavelmente o último, querendo, teria êxito.

Hoje e especialmente em nosso pobre Brasil, menos pela palavra que pela força das imagens e símbolos, a mídia consegue tal domínio sobre as massas populares. E o Direito Penal acaba sendo terreno propício à proliferação dos demagogos da mídia: os “sofistas” contemporâneos, que passam a idéia de que penas mais altas, menos benefícios no cumprimento da condenação e, enfim, tudo que signifique mais atemorização (ou aterrorização), acabaria por minorar o número de crimes.

Por conta de tal pressão, que se firma em argumentos preponderantemente emocionais, e não racionais, muitos desatinos têm sido cometidos por nosso legislador ordinário, frequentemente extrapolando os limites que a Constituição lhe impõe.

Com efeito, as leis de natureza penal, hoje em dia, em nosso país, parecem veicular uma perigosa assertiva que tomou conta dos ensandecidos que, equivocadamente, vêm no Direito Penal a solução para todas as mazelas, ou quase todas: é preciso passar por cima das garantias constitucionais, ignorar a ética e os ditames da consciência jurídica

democrática num combate sem trégua ao crime, que atormenta a sociedade. Captando equivocada legitimidade através da dramatização da violência — cujo conceito é reduzido ideologicamente a não parecer mais que a criminalidade comum — os grupos interessados em mais repressão se organizam em torno da idéia de que a paz e a segurança do cidadão dependem de desprezar as garantias individuais historicamente garantidas, como se elas não fossem dadas a todos os homens, mas, apenas, aos “bandidos”.

Tais grupos se esquecem que o poder de punir tem limitações jurídicas, que visam dar conteúdo de moralidade à atividade repressiva, tarefa que, embora legal é sempre suja porque violenta. Esquecem-se que, tendo sido a punição dos homens, desde sempre, objeto de reflexão filosófica, chegou-se à fórmula de que o Estado Moderno — que tem o monopólio da violência física legítima segundo Max Webber — pode reprimir e punir com dignidade, impessoalidade e respeito ao acusado. É que, modernamente, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948, e os pactos internacionais vinculantes do direito interno — como a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José), da qual o Brasil é signatário¹ — estabelecem limitações ao

1. O texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo 27, de 26.5.92; a Carta de Adesão à Convenção foi depositada pelo governo brasileiro em 25.9.92; e o Decreto 678, de 6.11.92, determinou seu integral cumprimento.

poder de punir, impondo normas para formação de culpa e execução da pena.

Não me aventuraria a discutir o assunto com certas pessoas de descabelada fúria punitiva — sejam repórteres da imprensa sensacionalista, representantes de corporações policiais ou deputados vinculados historicamente à repressão — que, explorando o justo sentimento de insegurança de todos em claro benefício das elites, dão murros na mesa clamando “cadeia para os bandidos”. Advertia Aristóteles que não se pode discutir com qualquer um pois conforme seja o adversário pode ocorrer que a discussão não seja nada razoável.²

Porém, uma abordagem simplista do complexo fenômeno da criminalidade tem se refletido de maneira particularmente inadequada em grupos de juízes, promotores de justiça e advogados. E o assunto, então, passa a ser grave, delicado, a merecer que se fale dele, em comentário, numa revista jurídica. Daí as despretensiosas e assistemáticas observações abaixo.

Fruto da mencionada perversa tendência legislativa — aqui para atender aos reclamos da polícia por mais poderes — por exemplo, já foi a prisão temporária, introduzida Lei 7.960/89, originária de medida provisória. E está aí, sendo arbitrariamente aplicada no dia a dia, pouco se clamando contra ela, infelizmente.

Apontada como inconstitucional já na origem — por invasão da reserva feita

pela Constituição da República quanto à edição dos mecanismos de coerção pessoal,³ aquela lei, mais que isto, ofende também o princípio da presunção de inocência. Pelo menos se o entendimento for de que veio preencher alguma lacuna não alcançada pela tradicional prisão preventiva, prevista no Código de Processo Penal, não teve força de fazê-lo validamente, porque em desacordo com a ordem constitucional vigente. De outra forma, a se entender devam ser plenamente observados, quando da decretação de prisões temporárias, os requisitos da tutela cautelar — implícitos nas fórmulas da Lei 7.960/89 — já não se encontra razão para a nova espécie de encarceramento: poderia bem ser utilizada a prisão preventiva.

Desta forma, de uma análise a respeito dos requisitos da prisão temporária em face dos casos em que ela tem sido deferida pelo Judiciário só se sai com uma certeza: sob a aparência de uma necessidade bem camuflada pela retórica da lei — que apenas aparentemente garantiria a possibilidade de fundação do constrangimento pelo juiz — o instituto veio para consagrar, legalizando, a antiga prática policial arbitrária da prisão para averiguações. Agora, porém, com aumento da gravidade atentatória do Estado Democrático de Direito, o Judiciário as tem deferido, de regra, com base exclusiva na afirmação de imprescindibilidade feita pela autoridade policial.

Argumenta-se que se usa sempre muito critério no deferimento de tais prisões. Mas, que critério seria este se os delegados de polícia não tem, normalmente, mais que sua afirmativa de necessidade para requerê-las? Tivessem mesmo todos os requisitos exigidos no texto legal, compatíveis com o provimento cautelar e com os princípios constitucionais, representariam logo pela prisão preventiva.

2. Segundo Aristóteles, “Não se deve argumentar com todo mundo, nem praticar argumentação com o homem da rua, pois há gente com quem toda discussão tem por força degenerar. Com efeito, contra um homem que não recua diante de meio algum para aparentar que não foi derrotado, é justo tentar todos os meios de levar a bom fim a conclusão que nos propomos; mas isto é contrário as boas normas. Por isso, a melhor regra é não se pôr levemente a argumentar com o primeiro que se encontra, pois daí resultará seguramente uma má argumentação” (*Tópicos*, Livro VIII, p. 14).

3. Cf. Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 1992, p. 165.

Se não o fazem é porque ainda terão que procurar o *fumus boni juris*; e para tal procura não é permitido, ainda, prender alguém. Aliás, Pedro Armando Egídio de Carvalho propôs interessante tradução do art. 5.º, LXI, da Constituição da República, que põe a prisão provisória em franca colisão com a ordem constitucional. Segundo ele, o dispositivo maior deveria conter a seguinte clara expressão: "Não existe prisão para saber se alguém é ou não criminoso".⁴ Afinal, na prática, não é o que se tem feito por meio da prisão temporária: prender alguém para que se obtenham provas de sua vinculação a um crime?

Nesta mesma linha de equivocada demanda por repressão como meio de controle social, mais recentemente, a abordagem que tem sido dada à questão do crime organizado, tem causado perplexidade nos meios jurídicos democráticos. Incorre-se, com frequência, no mesmo erro de editar leis, como a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que se chocam frontalmente com as recomendações dos estudiosos, que preconizam mecanismos de controle social fora do Direito Penal e evidenciam a ineficácia das penas de longa duração ou de regime fechado de cumprimento de pena por longo tempo.⁵

Sem chegar às inúmeras inconstitucionalidades da Lei 8.072/90, que não caberiam nestas simples digressões de convite à reflexão, pode-se inicialmente perguntar: por acaso aquele diploma legal resgatou o vigor dissuasivo da pena? Agravar-se as punições, proibir progressão de regimes ou liberdade provisória tem feito com que haja menos estupros, menos latrocínios? Conseguiu tornar controlável o tráfico de entorpecentes?

É evidente que não.

4. "Reescrever o art. 5.º da Constituição da República", em *RBCCrim* 3/151.

5. Cf. Márcio Bártoli, "Crimes Hediondos", em *RT* 684/295.

No que diz respeito ao cumprimento de penas, por exemplo, teria o legislador "hediondo" trabalhado com a perspectiva de que um dia o preso sairá da prisão? Ou teria pretendido lançá-lo numa situação sem volta?

Não se pode ignorar que o sistema progressivo de execução, introduzido pela Lei 7.209/84, é recomendação lógica de todos quanto estudam a questão penitenciária. Afinal, se se trabalha com a idéia de que um dia o preso sairá da cadeia, é preciso que se prepare esta saída. Para isto, nada melhor que a passagem gradativa de um sistema mais rigoroso para um mais brando.

Parece absurdo trancar um criminoso no regime fechado por anos para, num dia matematicamente determinado — o do término da pena — devolvê-lo de repente ao convívio social. Mas é tal o disparate que determina a Lei 8.072/90, aprovada às pressas, sob clara pressão da mídia.

Tal postura legislativa, em suma, utiliza demagogicamente a idéia de se desencadear uma verdadeira guerra contra o crime, ignorando as raízes sociológicas evidentes da maior parte dos delitos num país cuja maior violência está na perversa distribuição de renda que lançou o país num verdadeiro *apartheid* social, na política econômica causadora de desemprego e na falta de condições mínimas de vida digna a maioria da população, que causou um esgarçamento do tecido social de maneira a cindir em muitos diferentes países reais o que é institucionalmente uma só nação. Trabalha o apressado legislador com a idéia de que se vive numa comunidade; mas o Estado, como o temos, não passa de uma ilusória comunidade. Vincula-se ele, ao fazer leis, com frequência, ao movimento ideológico *Law and Order*, de conteúdo francamente autoritário. Tenta resolver — ou fingir que resolve utilizando uma

política criminal meramente simbólica — os graves problemas resultantes de tal sociedade partida.⁶

Urge observar aos que acham que mais repressão resolveria alguma coisa que o próprio sistema penitenciário já é usado pela teoria como exemplo de certa função negativa, desestabilizante que o direito vem adquirindo. De recuperador de criminosos em verdadeira escola de crime, transformou-se aquele num exemplo do direito exercendo funções ainda mais desestabilizantes de uma sociedade tão fragmentada, que forma grupos marginalizados e sub-culturas semi-autônomas, indiferentes ao Estado. Mais avulta, assim, que a segregação duradoura do preso no sistema fechado é incompatível com a ressocialização.

De outra parte, os crimes patrimoniais de massa são sempre citados como exemplo da insegurança em que vivem os “homens de bem”, embora pouco se fale da insegurança dos que nada possuem e são alijados de todo o sistema de vida segura da quadra em que vivemos. Contudo, é de se ver que a tal onda de criminalidade, que tem servido de inspiração para os que exigem penas mais severas, inclui muito pouco de voluntarismo. Ela sofre o influxo de múltiplos fatores exógenos e, principalmente de uma violência institucional que vem do alto da pirâmide social e que mantém, matematicamente, um certo número de pessoas na marginalidade, abaixo da linha da miséria, à beira da loucura social.

Por força retórica a norma jurídica adquire, no Estado burguês, conteúdo igualitário. Mas o ordenamento jurídico

abarca valores contraditórios, muitos anti-democráticos, incompatíveis com os princípios maiores aos quais estão sujeitos. As diferenças estão no mundo real, não no idealismo das leis. E a consulta ao texto da Magna Carta, pelos operadores jurídicos em geral, incluídos entre os “homens de bem” já ditos, que estão do lado “sadio” da sociedade — oposto ao lado “doente” e “marginal” segundo a concepção de *Law and Order* — tem se limitado à declaração de inconstitucionalidades de atos da Administração, esquecendo outras inconstitucionalidades que geram carências sociais pela omissão do poder e das elites econômicas. Afinal, a miséria, o preconceito e as explorações, que atingem a dignidade do homem — realidades perenizadas pela formal aplicação da lei — também são inconstitucionais.

Não se pode ignorar que a realidade matemática do sistema é relegar milhões de pessoas à indignidade e à falta de cidadania. É verdade que não se pode explicar a criminalidade de maneira simplista, como resultante imediata da pobreza. Os índices de criminalidade em países de miséria ancestral como a Índia não parecem significativos. Contudo, a miséria em sociedades com o perfil da brasileira acabaram trazendo outras consequências: a destruição do próprio tecido social, o surgimento de pessoas sem qualquer referência estável de grupo social com valores que possam ser tidos como próprios do cidadão. A população de rua, os menores abandonados, as pessoas que não percebem o trabalho enquanto fator de construção de uma sociedade melhor — porque a elas não é permitido percebê-lo em face do aviltamento dos salários e das múltiplas formas de exploração no modelo econômico em que se vive — são exemplos disto. Parte de tais pessoas — não apenas pobres mas frutos de uma sociedade partida que as pobreza material, cultural e ética estão criando — cometerá, queiramos ou não, crimes com

6. Sobre o assunto, veja-se: Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 1991; Maria Lúcia Karam, “A Fantasia do Sistema Penal”, em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991; René Ariel Dotti, “Um Novo Direito Penal do Terror”, em *Folha de S. Paulo*, 25.3.91; Luiz Flávio Gomes, “A intervenção é enganação”, em *Folha de S. Paulo*, 6.11.94.

raízes socioeconômicas. E este quadro tem sido agravado pela grave crise — significativamente definida por Gramsci como sendo a situação em que o velho já morreu e o novo ainda não tem condições de nascer — que nos atormenta.

Em decorrência disto, é duvidoso que o sistema consiga controlar por repressão esta criminalidade que brota no ponto de saturação da condição de miserabilidade das massas. Não adiantará procurar os doentes sociais. Nem tratar os que delinquem como se fossem eles. A responsabilidade é, especialmente, dos detentores do poder econômico e dos governos, a quem cabe criar mecanismos de igualitária distribuição de renda e aplicação de recursos tributários em obras sociais. O que se pode fazer por meio de políticas públicas e diminuir consideravelmente o número de miseráveis a curto prazo e eliminar a miséria — a miséria e não os miseráveis como tem ocorrido! — mais remotamente. Baixando o índice de saturação que conduz muitos ao crime, se estará tratando adequadamente a questão.

Paralelamente, o Direito Penal tem que se preocupar mais com a macrocriminalidade, muitas vezes freqüentada pelos mesmos personagens das colunas sociais — os homens de bem — das grandes concorrências para obras públicas, responsáveis pela já mencionada violência sutil que atinge a base da pirâmide social e verdadeiramente desgraa o país.

É lamentável que projetos de lei, ao pretender enfrentar o chamado crime organizado, por exemplo, confunda-o com a mera criminalidade de massa. Fazendo-o equipara coisas totalmente distintas, pois se esquece que na essência do crime organizado está a idéia de relação com o poder econômico ou político, ausente no crime de massa.⁷

7. Neste sentido, Winfried Hassemer, "Segurança Pública e Estado de Direito", em *RBCCrim* 5/56; Luciana F. L. Pinto e Tatiana

Mais: por conta de reprimir esta forma de criminalidade sempre se acena com fórmulas supressoras das garantias processuais individuais arduamente conquistadas.

Quanto aos crimes mais comuns, vem-se com o mesmo discurso, incorporado pelo Judiciário: para o roubo, o regime mais adequado de início de cumprimento é o fechado;⁸ este ou aquele crime é daqueles que tem gerado inquietação social, daí a necessidade de mais rigor.

Mas, na verdade, como assevera Hassemer, os peritos nestas questões sabem que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas, não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador — que sabe que a política adotada é ineficaz — faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade, exercitando uma reação simbólica. Esta, em razão de sua ineficácia, acaba se revelando aos olhos da população como uma política desonesta, que acaba se refletindo no próprio Direito Penal como forma de controle social.⁹

Em contraposição ao discurso autoritário, que enche as penitenciárias inutilmente, porém, convém trabalhar com penas aptas a tocar no senso humano do condenado: motivar sua responsabilidade e adequação social, mas num sentido ético de lutar pela transformação da sociedade e conquista da democracia. Restrição de direitos, prestação de serviços à comunidade, trabalho em liber-

V. Bicudo, "A lei contra o crime organizado exige debate mais sério, por toda a sociedade", em *Boletim IBCCrim*, n. 12, jan./94).

8. Cf. TACrimSP — Ap. 628.831/5.

9. Veja-se a este respeito, "Perspectivas de uma moderna Política Criminal", resumo feito por Cezar Roberto Bittencourt de palestra realizada por Winfried Hassemer no IBCCrim, em 17.11.93, in *Três Temas de Direito Penal*, Estudos MP, 1994.

dade vigiada com remuneração digna são penas adequadas a vários tipos de delito. Se o Estado não tem políticas públicas voltadas para a implantação e fiscalização, isto é um outro e grave problema.

É interessante divulgar dados estatísticos comparando sistemas, capazes de desfazer o mito de que as penas altas, ou até mesmo a pena capital, exercem grande papel intimidativo e de controle social. É preciso combater as ideológicas manipulações dos sentimentos de insegurança e medo que exigem a punição como castigo, num retorno às concepções puramente retributivas da pena. Os fundamentos emocionais de certas cobranças da sociedade — a emoção nunca foi boa conselheira, especialmente falando de Justiça — não

permitem indagar, eticamente, o porquê de se compensar um mal com outro igual ou maior.

Infelizmente, o discurso manipulador, de inspiração totalitária, conta com a persistência, entre os penalistas, de certa concepção da prisão como mero sistema de poder, sem espaço para a introdução da democracia. A eles há que se evidenciar que, sem visão utópica rumo a um ideal democrático cada vez mais abrangente, as cadeias continuarão a ser mais agressivas que os próprios apontados agressores da sociedade e, cada vez mais, fábricas de criminosos.

A atividade de pensar utopicamente a democracia só é de fato prejudicada quando o componente ideológico do totalitarismo entra em cena. Fora disto sempre se pode melhorar.

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA LUTA CONTRA O CRIME. TRANSFERÊNCIA DE CONDENADOS. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PENAL ESTRANGEIRA. NOVO CONCEITO

JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR¹

Professor Titular de Direito Penal na UERJ

1. Evolução histórica e comparativa — 2. A legislação brasileira atual — 3. A necessidade de homologação das sentenças estrangeiras para que tenham eficácia no Brasil — 4. Conclusão.

1. Evolução Histórica e Comparativa

Lembra Donnedieu de Vabres,² que foi com o advento dos Códigos francês e alemão do século passado que as legislações passaram a manifestar interesse pelo julgamento de crimes cometidos fora de seu âmbito territorial. A partir daí, diversas teorias foram desenvolvidas

relativamente à aplicação extraterritorial da lei penal, a tal ponto, que algumas delas, como destaca Bassiouni, citando Feller,³ foram acolhidas, tanto pelas legislações nacionais, quanto pelo próprio Direito Internacional.

A esse movimento não ficou alheio o Código Penal brasileiro de 1890, que, ao lado do princípio da territorialidade, instituiu algumas regras sobre a aplicação extraterritorial da lei penal, baseadas no princípio real ou da proteção.

A predominância da regra da territorialidade, entretanto, segundo Galdino Siqueira,⁴ decorrida de um arraigado sentimento de soberania, pois, como já o afirmara Bento de Faria⁵ “a lei sendo a expressão da soberania nacional deve ser aplicada em toda a extensão do território em que se exerça essa soberania. Esse princípio é universalmente consagrado pelas nações cultas como uma resultante da respectiva soberania”.

1. João Marcello de Araujo Junior é Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Professor Titular de Criminologia da FBCJ. Professor Convidado da Faculdade de Direito da Université de Pau. Doutor Honoris Causa da Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Secretário-Geral Adjunto da Association Internationale de Droit Pénal (AIDP). Diretor do Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC). Presidente do Instituto Superior Ibero-americano de Estudos Criminais (ISIEC). Membro do Comitê Científico do Instituto Latino Americano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Membro da Comissão de Reforma do Código Penal brasileiro. Procurador de Justiça, RJ. Presidente do Conselho Consultivo do International Center of Economic Penal Studies.

2. Henri F. Donnedieu de Vabres, *Introduction à l'Etude du Droit Pénal International*, Paris, L. Tenin, 1922, p. 12.

3. M. Cherif Bassiouni, *Derecho Penal Internacional*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 52.

4. Galdino Siqueira, *Direito Penal Brasileiro*, v. I, Parte Geral, 2.^a ed., Rio, Jacyntho, 1932, p. 78.

5. Antonio Bento de Faria, *Anotações Theorico-Práticas do Código Penal do Brazil*, v. I, Rio, Francisco Alves, 1913, p. 24.

Assim, no Brasil, no século passado, a cooperação internacional na luta contra o crime limitava-se a algumas poucas regras sobre extraterritorialidade e a outras sobre extradição, que em nosso País, surgiu no ano de 1847, quando o segundo Barão de Cayru, Bento da Silva Lisboa, Ministro das Relações Exteriores, expediu, no dia 4 de fevereiro, uma famosa Circular implantando o chamado sistema administrativo da extradição.⁶

Como se sabe, o Código Penal de 1890 não foi um primor de técnica, bem como, não se ajustava à ciência penal de seu tempo. Por isso, já no ano de 1899, no Projeto de Código Penal de João Vieira de Araujo, seu autor, que era homem ligado à atividade científica internacional,⁷ no art. 8.º do Projeto, pela primeira vez entre nós, previu uma norma dando eficácia à sentença prolatada no estrangeiro.

Por sua precedência histórica o art. 8.º do Projeto Vieira de Araujo merece ser aqui transcrito: "Se contra cidadão brasileiro, por crime não político, nem conexo com este, cometido em território estrangeiro, for aí proferida condenação que, segundo a lei brasileira, importe — como pena ou efeito penal — a interdição de direitos; a autoridade judiciária poderá, sob requerimento do Ministério Público, declarar que a sentença proferida no estrangeiro produz no País a sobredita interdição: salvo ao condenado o direito de requerer que antes da decisão da autoridade judiciária — se renove o julgamento procedido no estrangeiro".

6. João Marcello de Araujo Junior, "L'Extradition dans la Constitution Brésilienne de 1988"; in *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 62, ns. 1/2, 1991, p. 567.

7. João Vieira de Araujo foi um dos representantes do Brasil na histórica União Internacional de Direito Penal, fundada por von Lizst, van Hamel e Prins, em Viena no ano de 1889, hoje Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), com sede em Paris.

Estava aberto o caminho para uma eficiente cooperação internacional na luta contra o crime. Infelizmente, o Projeto Vieira de Araujo não prosperou e o Projeto seguinte, de 1913, de autoria de Galdino Siqueira, não contemplou a inovação, preferindo trilhar o mesmo caminho pelo qual enveredou o Código de 1890.

Já o Projeto de Código Penal de Virgílio de Sá Pereira, de 1928, retomou a idéia de Vieira de Araujo, o mesmo acontecendo com o Projeto Alcântara Machado, de cuja revisão nasceu o Código Penal de 1940.

Finalmente, o Código Penal de 1940 recepcionou a idéia, consagrando-a em seu art. 7.º, nos seguintes termos: "A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I — obrigar o condenado à reparação do dano, restituições e outros efeitos civis; II — sujeitá-lo às penas acessórias e medidas de segurança pessoais. Parágrafo Único: — A homologação depende: a) para os efeitos previstos no n. I, de pedido da parte interessada; II — para outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o País de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça".

Como se pode facilmente observar dessa brevíssima resenha histórica, no período de pouco mais de um século, ou seja, de 1830 a 1940 a legislação penal brasileira evoluiu da absoluta ausência de preocupação com a cooperação internacional (Código de 1830), para a possibilidade da eficácia de sentenças penais estrangeiras, embora não se tivesse reconhecido a possibilidade, com a homologação, serem aqui executadas as penas principais. Seja como for, o progresso legislativo, a despeito de lento, foi significativo, pois embora parcialmente, como afirmava a Exposição de Motivos, o Código acolheu o critério da interna-

cionalização da sentença penal, também inspirado no sentido de solidariedade universal contra os criminosos.

Em razão de tal solidariedade, o Código de 1940 foi mais longe, pois em sua Parte Geral admitiu que a sentença estrangeira surtisse alguns efeitos, independentemente de homologação. Era o caso, por exemplo, da determinação da reincidência (art. 46), no qual, a condenação no estrangeiro, permitia o reconhecimento da recidiva no Brasil. Da mesma forma, a condenação no exterior era causa impeditiva da suspensão condicional da pena (art. 57).

Na evolução do nosso direito verificamos que alguns pontos ficaram muito bem remarcados, a saber: a) é preciso que a lei brasileira produza, no caso concreto, as mesmas consequências da sentença estrangeira e, b) é preciso que tal paralelismo seja declarado pela autoridade judiciária brasileira, mediante a homologação.

Este era o quadro de 1940.

Ocorre que de lá até hoje, a realidade social mudou profundamente. Os modernos meios de transporte permitiram uma crescente mobilidade dos indivíduos, propiciando aos antípodas inverter suas posições em questão de horas. Com isso, o mundo, como que, se tornou menor e os povos verificaram, que a idéia de soberania petrificada não mais atendia às necessidades de justiça, de cooperação internacional em matéria de defesa social e, principalmente, de garantia dos direitos fundamentais do homem.

Em consequência, primeiro a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), que em seu Congresso de Hamburgo de 1905 já votara uma Resolução sobre a luta contra a criminalidade internacional;⁸ no de 1961, em Lisboa, tratou

a aplicação do Direito Penal estrangeiro pelos tribunais nacionais; no de Haia (1966), do qual foi relator Jescheck, estudou os efeitos internacionais dos julgamentos penais e no de 1994, no Rio de Janeiro, cuidou da cooperação internacional e regional contra o crime, e, depois, a Organização das Nações Unidas sentiram a necessidade de promover estudos e trabalhos no sentido da aproximação das legislações em todo o mundo e levar a efeito um grande esforço de cooperação internacional.

As Nações Unidas, a AIDP, e outras organizações internacionais, como a Associação Internacional dos Magistrados, que em 1963 realizou em Haia o seu 2.º Congresso, dedicado aos efeitos internacionais da sentença penal, mostraram ao mundo que a extradição e as normas de aplicação extraterritorial das leis penais internas eram insuficientes para atender às novas realidades vivenciadas pela sociedade internacional. Wilkitzki chegou mesmo a afirmar que “a cooperação internacional em matéria de Direito Penal é um verdadeiro *leitmotif* de todos os Congressos da ONU para Prevenção do Delito e Tratamento do Criminoso”.⁹ Por isso, como alude Bassiouni,¹⁰ atualmente, uma série de tratados (particularmente entre os Países-membros do Conselho da Europa) se ocupam de regular o reconhecimento de decisões penais estrangeiras; a transferência de processos penais em curso; a execução de sentenças no estrangeiro; a prestação de depoimentos de testemunhas em Países diversos daquele onde corre o processo, e outras medidas.¹¹

9. Peter Wilkitzki, “La Prévention du Crime et le Traitement des Délinquants”; contribuição da República Federal da Alemanha para o 8.º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, Havana, 1990, p. 49.

10. M. Cherifi Bassiouni, ob. cit. p. 52.

11. Para uma visão global do assunto veja-se Grützner: “International assistance Judicial

8. D. van der Landen, “Résolutions votées lors des congrès de l'Union Internationale de Droit Pénal”; in *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 61, ns. 1/2, 1990, p. 350.

Dentre esses tratados podemos destacar: a Convenção Européia para a vigilância de pessoas sob suspensão condicional da pena e sob livramento condicional, de 30.11.64; a Convenção Européia sobre a validade internacional das sentenças penais, de 28.5.70; a Convenção da Benelux; a Convenção dos Países escandinavos, que permite a execução de multas; os acordos firmados entre a França e determinados Países africanos; a Convenção entre os Estados Unidos, o México e o Canadá sobre transferência de presos; além dos tratados assinados pelo Brasil com a Espanha e com o Canadá.¹²

Para que se tenha idéia do interesse dos organismos internacionais em relação à transferência de presos, basta dizer que as Nações Unidas, atendendo a uma recomendação de seu 7.º Congresso, realizado em Milão em 1985, aprovada pela Assembleia Geral pela Resolução 40/32 de 29.11.85, elaborou um Modelo de Convenção de Transferência de Presos destinado a facilitar a realização de tratados bilaterais por parte dos Países-membros. A preocupação da ONU voltou a manifestar-se no 8.º Congresso, realizado em Havana em 1990, no qual a Decisão 11/104 determinou estudos para a formulação de uma convenção internacional ampla

and Cooperation in Criminal Matters"; in Bassiouni e Nanda: *A Treatise on International Criminal Law* e Universidad católica del Uruguay, Instituto Superior Ibero-Americano de Estudos Criminais e International Center of Economic e Penal studies: Curso de Cooperación Penal Internacional; Carlos Alvarez, Editor, Montevideu, 1994.

12. Para uma visão panorâmica das preocupações no seio da International Law Association, veja-se L. Kos Rabcewicz Zubkowski: "Transferências das Pessoas Acusadas ou Condenadas e o Valor Internacional das Sanções Penais", in João Marcello de Araujo Junior (org.) *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, Rio, Forense, 1992, p. 397.

sobre a cooperação em temas relativos à delinquência, consolidando entre outras coisas, os tratados existentes ou em vias de serem celebrados, cuidando da extradição, da assistência recíproca, da transferência de presos estrangeiros, da transferência de vigilância sobre delinquentes estrangeiros sujeitos a condenação condicional ou em livramento condicional, e o cumprimento das sentenças penais e dos mandados judiciais de apreensão de ativos obtidos de forma ilícita.¹³ É importante citar, também, a Recomendação n. R(92)18 do Conselho da Europa, adotada pelo Comitê de Ministros em 19.10.92, que complementa as anteriores, de 1984 e 1988.

Muitos são os Países que já aderiram às novas idéias. Citaremos, para encurtar razões, apenas dois, escolhidos por possuírem regimes políticos diferentes e por serem um latino-americano e outro europeu, ambos de legislações recentes: Cuba e Itália, embora um exemplo notável seja, também, a Holanda, cuja legislação foi recentemente estudada por Désirée J. M. W. Paridaens.¹⁴

O Código Penal cubano, Lei 62, que entrou em vigor no dia 30.4.88, estabelece em seu art. 7.1: "Los extranjeros sancionados a privación de libertad por los tribunales cubanos podrán ser entregados, para que cumplan la sanción, a los Estados de los que son ciudadanos, en los casos y en la forma establecidos en los tratados. 2 — De modo correspondiente, los ciudadanos cubanos sancionados a

13. Comitê de Prevenção do Delito e Luta contra a Delinquência, informe sobre o 11.º período de Sessões (Viena de 5 a 16 de fevereiro de 1990), Conselho Econômico e Social Documentos Oficiais, 1990, Suplemento n. 10, Nações Unidas, Nova Iorque, 1990, p. 36.

14. Désirée Joanna Maria Wilhelmina Paridaens: "De overdracht van tenuitvoerlegging van strafvonnissen — Een orderzoek naar de voorwaarden naar Nederlands recht", *The transfer of execution of criminal judgments — A study of conditions according to Dutch law*, Universiteit Utrecht, Utrecht, 1994.

privación de libertad por tribunales extranjeros podrán ser recibidos para que cumplan la sanción en el territorio nacional, en los casos y en la forma establecidos en los tratados. El tribunal que, en Cuba, hubiera sido el competente para conocer en primera instancia el hecho, lo será para dictar la resolución determinando la sanción a cumplir, la cual se equipará a todos los efectos a la sentencia de primera instancia”.

Já o Código de Processo Penal italiano de 1988 (d.P.R. n. 447 de 22.9.88) em seu art. 731, que trata do reconhecimento de sentença penal estrangeira em razão de acordo internacional, dispõe: “1 — Il ministro di grazia e giustizia, se ritiene che a norma di un accordo internazionale deve avere esecuzione dello Stato una sentenza penale pronunciata all'estero o comunque che a essa devono venire attribuiti altri effetti nello Stato, ne richiede il riconoscimento. A tale scopo trasmette al procuratore generale presso la corte di appello nel distretto della quale ha sede l'ufficio del casellario competente ai fini della iscrizione, una copia della sentenza, unitamente alla traduzione in lingua italiana, con gli atti che vi siano allegati, e con la documentazione e le informazioni disponibili. Trasmette inoltre l'eventuale domanda di esecuzione dello Stato da parte dello stato estero ovvero l'atto con cui questo stato acconsente all'esecuzione. 1 *bis* — Le disposizioni del comma 1 si applicano anche quando si tratta dell'esecuzione di una confisca ed il relativo provvedimento è stato adottato dall'autorità giudiziaria straniera con atto diverso dalla sentenza di condanna.¹⁵ 2 — Il procuratore generale

promuove il riconoscimento con richiesta alla corte di appello. Ove ne ricorrano i presupposti, richiede che il riconoscimento sia deliberato anche agli effetti previsti dall'articolo 12 comma 1 numeri 1, 2 e 3 del codice penale”.

Como se acaba de ver, dois Países de características distintas, são acordes em admitir a execução de sentença estrangeira exigindo, ambos, que tal sentença seja previamente homologada. Em Cuba a homologação cabe ao tribunal de primeira instância, que seria o competente para o conhecimento da ação penal caso o crime tivesse sido cometido em território cubano, assumindo a homologação o caráter de sentença nacional, inclusive definidora da pena a ser executada. Na Itália, a homologação, a requerimento do Ministério Público, compete ao Tribunal de Apelação. À semelhança do que acontece em Cuba, também na Itália, por força do estabelecido no art. 735 do Código de Processo Penal, o Tribunal de Apelação determina a pena a ser executada, ajustando a sentença estrangeira à lei italiana no que diz respeito à quantidade e à qualidade da pena.

Vejamos, agora, a lei brasileira atual, cumprindo destacar que o Código Penal de 1969/75, não inovou na matéria, salvo quanto à exigência de homologação para fins de reconhecimento da reincidência e da habitualidade, o que, a nosso juízo, não representou avanço.

2. A legislação brasileira atual

Diante do quadro histórico e comparativo que acabamos de descrever era de se esperar que a reforma da Parte Geral de nosso Código Penal, levada a efeito em 1984, se mostrasse sensível às novas concepções. Infelizmente, isso não ocorreu, tanto assim que, o art. 9.º da nova Parte Geral, praticamente repetiu a norma de 1940, quando estatui: “A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei

15. O n. 1 *bis* do art. 731 do Código de Processo Penal italiano foi mandado acrescentar pelo art. 7.º, 1, da Lei 328, de 9.8.93. Sobre à prisão cautelar no exterior, no Direito italiano, v. o recente estudo de Maria Riccarda Marchetti, in Mario Chiavario, *Commento al Codice di Procedura Penale*, UTET, Turim, 1993, p. 287.

brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para: I — obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e outros efeitos civis; II — sujeitá-lo à medida de segurança. Parágrafo único: A homologação depende: a) para os efeitos previstos no inc. I, de pedido da parte interessada; b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça”.

Nossa doutrina contemporânea, por seu turno, não parece estar muito preocupada com a matéria. Assim, por exemplo, Damásio de Jesus¹⁶ limita-se a um breve comentário da lei sem apresentar nenhuma proposta de ampliação do âmbito de eficácia da sentença estrangeira. Assim, também, Paulo José da Costa Junior,¹⁷ para quem a “execução de qualquer sentença configura sempre um ato de soberania. Como regra, portanto, a sentença estrangeira não pode ser executada no Brasil, por ferir o princípio da territorialidade e a soberania nacional”. Mirabete¹⁸ não enfrenta a questão. Na mesma linha de Costa Júnior, está Mayrink da Costa,¹⁹ para quem, “em virtude do princípio da

soberania do Estado a sentença penal estrangeira não tem reconhecido efeito executório, tendo em vista o princípio da territorialidade”. Somente em Fragozo encontramos uma pequena referência às modernas posições, quando afirma: “A execução de sentença é ato de soberania e, assim, a sentença penal estrangeira não pode ser executada no Brasil, a isso se opondo também o princípio da territorialidade. A essa regra básica, o direito penal moderno vem opondo exceções, inspiradas também em mais ampla cooperação internacional e no interesse de mais eficiente repressão ao crime dentro das próprias fronteiras”.²⁰ Em nossos periódicos, encontramos no n. 6, de 1964, da *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* algumas opiniões, modernas para o tempo, porém hoje já superadas. Do conjunto dos estudos ali apresentados, destacamos os de Angelo de Mattia (p. 121) e de H. Grützner (p. 129). No n. 7, da mesma Revista (1964) encontramos importante estudo de Armida Bergamini Miotto.²¹ Foi, porém, no saudoso e sempre atualizado Haroldo Valladão, que encontramos, em obra de 1978, daquilo que ele chamou de “notável passo no progresso da cooperação internacional nos processos criminais, a ser imitado por outros Estados”,²² ou seja, dá notícia do tratado celebrado entre os Estados Unidos e México, de 25.11.76, para transferência de presos para cumprimento de penas. Valladão informa, inclusive, quanto à alteração efetuada na Constituição mexicana, para permitir a execução de tal tratado.

20. Heleno Cláudio Fragozo, *Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral*, Rio, Forense, 11.^a ed., p. 141.

21. Armida Bergamini Miotto, “Efeitos da sentença penal estrangeira”; *RBCDP*, ano II (nova fase) n. 7, out.-dez./64, p. 109.

22. Haroldo Teixeira Valladão, *Direito Internacional Privado*, Rio, Freitas Bastos, v. III, Parte Especial, 1978, p. 276.

16. Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, 1.^o vol., Parte Geral, S. Paulo, Saraiva, 15.^a ed., 1991, pp. 119-120. Também em *Código Penal Anotado*, S. Paulo, Saraiva, 1989, pp. 23-24.

17. Paulo José da Costa Junior: *Comentários ao Código Penal, Parte Geral*, v. 1, S. Paulo, Saraiva, 1986, pp. 23-24. Idem em *Direito Penal Objetivo*, Rio, Forense Universitária, 1989, p. 13 e em *Curso de Direito Penal*, v. 1, Parte Geral, S. Paulo, Saraiva, 1991, pp. 36-37.

18. Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, S. Paulo, Atlas, 5.^a ed., 1990, p. 93.

19. Álvaro Mayrink da Costa, *Direito Penal, Parte Geral*, v. I, t. I, Rio, Forense, 1991, p. 399.

Como se vê, é chegado o momento de repensar-se o nosso direito positivo em matéria de cooperação internacional, no sentido de abandonarmos a velha e antiquada idéia de soberania petrificada. A admissão da execução de sentença penal estrangeira não importa em violação do poder de império nacional, pois, ao contrário, o reafirma. Quando um Estado decide executar em seu território uma decisão de tribunal estrangeiro, prolatada contra um seu nacional, está, isto sim, exercendo um ato positivo de soberania. Na literatura espanhola, País com o qual celebramos tratado, Polaino Navarrete afirma: "los convenios internacionales no va en perjuicio de las facultades del derecho de soberania de cada Estado interviniente, sino que constituye un medio instrumental puesto al servicio dela realización de las mismas".²³ Além disso, a execução no Brasil de julgado condenatório estrangeiro é um imperativo de humanização das penas e de garantia dos direitos humanos do condenado. O cumprimento de pena no estrangeiro, fora do ambiente natural e familiar do condenado, além de não contribuir para seu adequado reajustamento social, provoca um sofrimento extraordinário, além de importar em despesa inútil para o Estado.

Portanto, tudo aconselha e nada impede que o Brasil celebre com outros Estados tratados bilaterais ou multilaterais no sentido de estabelecer a transferência de condenados com o fim de, aqui, sujeitá-los ao cumprimento de penas privativas de liberdade e outras. Entretanto, a nosso juízo, é indispensável a adequação de nossa legislação penal e processual penal a essa moderna concepção de cooperação internacional, como aliás, prevêem os textos dos nossos tratados já firmados.

23. Miguel Polaino Navarrete: *Derecho Penal, Parte General*, t. I; Barcelona, Bosch, 1990, p. 180.

A primeira questão a discutir-se está ligada à necessidade ou não da homologação da decisão estrangeira.

3. A necessidade de homologação das sentenças estrangeiras para que tenham eficácia no Brasil

Não conseguimos alcançar como uma sentença condenatória prolatada fora do País, possa dar causa à instauração de um juízo executório penal, sem que passe, pelo menos, por um "juízo de delibação" para que sejam feitos os ajustes necessários à legislação nacional, embora sem qualquer indagação *de meritis*, para usarmos a expressão de Clóvis.²⁴

Tratando-se de dar força executória a um julgado prolatado em outro País, parece-nos indispensável que a lei determine que a nossa autoridade judiciária se manifeste sobre ele, com o fim de reconhecer a existência da dupla incriminação; declarar a validade formal da sentença; aferir seu ajustamento aos princípios fundamentais que informam o nosso Direito, e promover a adequação da pena ao sistema nacional de política criminal. Essa é a orientação seguida em todo o mundo pelas legislações, sob a denominação doutrinária de "reconhecimento".

Seja qual for a natureza jurídica que se atribua à sentença estrangeira ou às conseqüências que decorram da homologação, esta parece-nos indispensável, para que possa ensejar o encarceramento de alguém no Brasil. A execução da pena é efeito primário da condenação²⁵

24. Clóvis Bevilacqua, *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, Rio, Freitas Bastos, 3.^a ed., 1938, p. 439.

25. Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, S. Paulo, Atlas, 1.^o v., 6.^a ed., 1991, p. 323, denomina efeito principal àquele que importa na obrigação do cumprimento de penas e aos demais, sejam penais ou extrapenais, de secundários.

e, por isso, precisa ser consequência de manifestação judicial expressa, por importar na supressão temporária de um direito fundamental do homem, qual seja, a liberdade de ir e vir.

Face aos princípios regentes da cooperação internacional em matéria criminal, a homologação é dispensável, apenas, para os efeitos penais secundários da condenação,²⁶ tais como: determinar a reincidência; possibilitar ou impedir a suspensão condicional da pena ou do livramento condicional; compensar as penas (art. 8.º do CP); aplicar a lei brasileira a crimes cometidos fora do Brasil (extraterritorialidade). Em razão da reincidência: a) aumentar o prazo da prescrição; b) interromper a prescrição; c) revogar a reabilitação; d) revogar o *sursis* e o livramento condicional, e outros.

Além disso, como vimos quando da resenha histórico-evolutiva anteriormente levada a efeito, a homologação é da tradição do nosso direito e, por isso, deve ser mantida.

Resta examinarmos qual o sistema de homologação que devemos acolher.

Como se sabe, existem dois sistemas de homologação de sentenças penais estrangeiras.

O primeiro, importa na nacionalização da decisão, ou seja, a sentença estrangeira, uma vez homologada, passa a ser considerada como se fora prolatada por um juiz nacional de primeira instância, segundo a lei do País. Ela passa a ser igual a qualquer outra proferida em primeiro grau de jurisdição, em relação à qual podem ser manifestados os recursos normais.

Esta foi a solução adotada pela legislação cubana, como já vimos. Assim, o Código Penal cubano, ao determinar que a sentença será homologada pelo Tribunal de primeira instância e ao atribuir à homologação os mesmos efeitos de

uma sentença condenatória cubana, está nacionalizando a decisão estrangeira.

O sistema de nacionalização tem como consequência a possibilidade da modificação do mérito do julgado, através de recursos ou da revisão criminal, que serão julgados, sempre, pelas autoridades judiciárias do País que homologou a sentença.

O segundo sistema não importa em nacionalização, mas, simplesmente, na atribuição de efeitos à sentença, por considerá-la como mero fato jurídico histórico. Trata-se do chamado sistema de aplicação indireta da lei processual penal estrangeira.²⁷ O conteúdo desse sistema foi perfeitamente sintetizado no Acórdão 117.277, da 2.ª Seção do Tribunal de Cassação italiano, de 1971, segundo o qual "L'istituto del riconoscimento delle sentenze penali straniere non intende parificare l'atto giudiziale straniero a quello italiano, ma soltanto assumerlo quale fatto storico giuridico, per alcuni effetti tassativamente determinati dall'art. 12 CP".²⁸

A consequência desse sistema é a impossibilidade de o Tribunal que homologa poder alterar o mérito da decisão, seja na própria decisão homologatória, seja por via recursal ou de revisão criminal. Por tratar-se de fato jurídico histórico, que produz efeitos alhures, o País que executa a sentença penal estrangeira não se legitima para alterar o seu conteúdo. Por isso, segundo Frederico Marques, basta a "delibação incidental".²⁹ Destaque-se, entretanto, que

27. Haroldo Teixeira Valladão, *Direito Internacional Privado*; Rio, Freitas Bastos, v. III, Parte Especial, 1978, p. 245.

28. Frederico Stella e Giuseppe Zuccalà, *Comentario Breve al Codice Penale — Complemento Giurisprudenziale*, Padova, CEDAM, 1990, p. 12.

29. José Frederico Marques, *Curso de Direito Penal*; S. Paulo, Saraiva, v. I, 1954, p. 280.

26. Roberto Lyra Tavares, *Comentários ao Código Penal*, Rio, Forense, v. II, 1958, p. 344.

uma vez homologada a sentença estrangeira, o processo de execução se desenvolverá segundo o que estabelecer a lei nacional. Da mesma forma, será lícito ao País receptor, como fenômenos inerentes à execução penal que não alteram o mérito da sentença, conceder anistia, indulto, comutação ou qualquer outro benefício previsto em sua legislação. É preciso ficar bem esclarecido, que o instituto da transferência de presos para execução de sentença de outro País, não importa em aplicação direta do direito estrangeiro. A partir da homologação, o País receptor aplicará, apenas, o seu próprio direito, não havendo sequer que se falar em lei mais favorável.

Este é o sistema estabelecido pelos parceiros no Brasil nos tratados até agora assinados. Ambos têm como regras principais em seus direitos nacionais, os princípios da territorialidade e da aplicação indireta da lei processual estrangeira.

Relativamente ao Canadá, como ensinam Mestral e Williams, "En l'absence d'une jurisdiction criminelle universelle, il est bien établi que seul l'État dont le droit criminel a été violé peut juger la personne accusée de cette violation".³⁰

4. Conclusão

Por tudo quanto foi exposto, entendemos que será muito aconselhável que o Brasil celebre tratados bilaterais e multilaterais sobre transferência de presos, especialmente diante das novas perspectivas do Mercosul. Em consequência de tais tratados, as sentenças penais estrangeiras específicas deverão ser necessariamente homologadas pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Cons-

tituição, aplicando-se a tais homologações o sistema de aplicação indireta da lei processual penal estrangeira.

Por outro lado, será indispensável, também, que a legislação penal e processual penal sejam alteradas, de maneira a "estabelecer os procedimentos adequados, a fim de que, para os efeitos dos tratados, as sentenças prolatadas pelos tribunais das partes surtam efeitos jurídicos".³¹

Todo trabalho doutrinário, sempre que possível, deverá objetivar um resultado prático. Por isso, a título de ilustração, apresentamos, a este final, o texto da proposta de projeto de lei para a reforma legislativa mencionada, que elaboramos para o Ministério da Justiça, a fim de nos ajustarmos legislativamente aos tratados que já firmamos:

LEI N.º...

Dispõe sobre a execução dos tratados de transferência de presos e execução de sentenças penais estrangeiras e dá outras providências.

Art. 1.º. O art. 9.º do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984), passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 9.º. A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:

I — obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;

II — sujeitá-lo à medida de segurança;

III — sujeitá-lo aos efeitos previstos em convenções e tratados firmados pelo Brasil relativos à transferência de presos e execução de sentenças penais estrangeiras.

Parágrafo único. A homologação depende:

a) para os efeitos previstos no n. I, de pedido da parte interessada;

b) para os outros efeitos, da existência de tratado de transferência de presos e execução

30. Armand L. C. de Mestral e Sharon A. Williams: *Introduction au droit international public — tel qu'il est interprété et appliqué au Canada*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 158.

31. Art. V, n. 9 do Tratado com a Espanha e art. V, n. 10, do firmado com o Canadá.

de sentenças penais estrangeiras com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença e, em caso de execução de medida de segurança, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça”.

Art. 2.º. A epígrafe do LIVRO V do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.931, de 11 de dezembro de 1941) passa a vigorar com a seguinte redação:

“LIVRO V — Da cooperação internacional em matéria criminal”.

Art. 3.º. O LIVRO V do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.931, de 11 de dezembro de 1941) fica acrescido do CAPÍTULO IV, com a seguinte redação:

“CAPÍTULO IV — Da Homologação de sentença estrangeira por força de convenção ou tratado internacional.

“Art. 791 — As sentenças penais estrangeiras proferidas contra brasileiro, cuja execução no Brasil seja conseqüente de convenção ou tratado internacional, deverão ser previamente homologadas pelo Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que produzam os efeitos do art. 9.º do Código Penal.

“Art. 792. A sentença penal estrangeira será homologada, quando a aplicação da lei brasileira produzir na espécie as mesmas conseqüências e concorrerem os seguintes requisitos:

a) ser o fato punível no Brasil e no país em que foi praticado;

b) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;

c) ter a sentença transitado em julgado;

d) estar revestida das formalidades externas necessárias, segundo a lei do país de origem;

e) não ser contrária à ordem pública, aos bons costumes, nem aos princípios fundamentais que informam o ordenamento jurídico brasileiro;

f) haver sido proferida por juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, em processo no qual tenha havido citação regular, interrogatório levado a efeito em língua compreensível para o réu e garantido a este a ampla defesa patrocinada por defensor profissional, tudo segundo a legislação do país de origem;

g) não haver fundada suspeita de que a condenação tenha resultado de preconceito de nacionalidade, de língua, de sexo, de raça, de religião, de convicção política, ou qualquer outra condição pessoal ou social do réu;

h) não estar o condenado sendo processado ou já ter sido condenado no Brasil, pelo mesmo fato;

i) estar a sentença autenticada por cônsul brasileiro;

j) estar a sentença acompanhada de tradução feita por tradutor público;

l) haver o condenado manifestado livremente o seu consentimento;

m) faltar mais de seis meses para o cumprimento ou extinção da pena;

n) estar a sentença acompanhada de solicitação do país de origem.

“Art. 793. O Supremo Tribunal Federal, ao homologar sentença penal estrangeira em razão de convenção ou tratado internacional, ajustará a decisão ao direito brasileiro, fixando a pena que deverá ser executada no Brasil, bem como declarando os efeitos dela decorrentes para os fins do art. 92 do Código Penal.

“§ 1.º. Para os fins deste artigo, o Supremo Tribunal Federal converterá a pena imposta na sentença estrangeira, em outra prevista na legislação brasileira, segundo os critérios de aplicação estabelecidos no Código Penal.

“§ 2.º. Em nenhum caso a pena será fixada em quantidade superior ao máximo previsto na lei brasileira para o mesmo crime, nem superior à imposta na sentença estrangeira.

“§ 3.º. Caso a autoridade judiciária estrangeira tenha concedido a suspensão condicional da pena ou outra medida semelhante, o Supremo Tribunal Federal ajustará a decisão às normas do direito brasileiro.

“§ 4.º. O mesmo ocorrerá em caso de livramento condicional ou outra medida semelhante.

“§ 5.º. Em caso algum a decisão de homologação poderá agravar, a qualquer título, a situação do condenado.

“§ 6.º. Na determinação da multa, a conversão será feita para a moeda nacional pelo câmbio do dia da homologação, respeitados os princípios estabelecidos nos parágrafos deste artigo e os critérios previstos no Código Penal.

“§ 7.º. A pena fixada na sentença de homologação será executada exclusivamente segundo o disposto na legislação brasileira.

“Art. 794. A pena pecuniária deverá ser paga no Brasil, que a repassará ao país de origem, desde que garantida a reciprocidade.

“Art. 795. A sentença penal brasileira, prolatada contra estrangeiro, dependerá de autorização do Supremo Tribunal Federal para que possa ser executada fora do Brasil, que não a

negará quando o condenado, devidamente alertado das consequências, manifestar livremente o seu consentimento; a execução no exterior for necessária e conveniente para a repressão e prevenção do crime, e idônea a promover a harmônica inserção social do condenado.

“Art. 796. O consentimento do condenado deverá ser manifestado perante a autoridade judiciária brasileira. Se o condenado estiver no exterior, o consentimento poderá ser manifestado perante cônsul brasileiro ou da autoridade judiciária estrangeira que for competente para homologar a sentença brasileira.

“Art. 797. Em nenhum caso será permitida a transferência de preso para a execução de sentença penal brasileira no estrangeiro, se houver fundada suspeita de que o condenado será submetido a outro processo; discriminado em razão de condição pessoal ou social, ou submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante.

“Art. 798. A execução penal no Brasil cessa com a transferência do preso para o país

estrangeiro e não poderá ser renovada caso a pena venha a ser lá, por qualquer título, declarada extinta.

“Art. 799. O Ministro da Justiça, sempre que tiver conhecimento de sentença estrangeira que possa ser executada no Brasil em razão de tratado ou convenção, enviará os expedientes necessários ao Procurador-Geral da República, que promoverá, junto ao Supremo Tribunal Federal, a sua homologação.

“Art. 800. O rito do processo de homologação, em face da concordância do condenado, será o abreviado, a ser estabelecido no regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

Art. 4.º. O atual art. 791 do Código de Processo Penal fica renumerado para art. 801, renumerando-se sucessivamente os demais.

Art. 5.º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília,...

O Presidente da República

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS AOS CRIMES DE IMPRENSA¹

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal

1. A disciplina legal dos crimes de imprensa — 2. Princípios e normas constitucionais-penais — 3. O princípio da dignidade da pessoa humana — 4. O princípio da liberdade de informação — 5. O princípio da verdade da informação — 6. O princípio do bem jurídico — 7. O princípio da intervenção penal mínima — 8. O princípio do procedimento alternativo — 9. O princípio do acesso à jurisdição — 10. O princípio da culpabilidade — 11. O princípio da personalidade da pena — 12. O princípio da proporcionalidade da pena — 13. O princípio da individualização da pena — 14. O princípio das reações alternativas à prisão.

1. A disciplina legal dos crimes de imprensa

Os chamados “crimes de imprensa”,² constituem uma categoria de ilícitos modelada por princípios e regras jurídicos e pela difusa cultura da informação.

Há algum tempo se discute em nível acadêmico e pré-legislativo se os delitos contra a honra cometidos pela imprensa e pela radiodifusão devem ser regulados pelo Código Penal ou por uma lei es-

pecial. A opinião predominante se orienta para a última opção e assim foi decidido pela Comissão de Advogados instituída pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sob a presidência do Ministro Evandro Lins e Silva para elaborar um Anteprojeto de Lei de Imprensa,³ frente ao reconhecimento de que as peculiaridades de tais formas de ofensa e dos institutos que gravitam à sua volta exigem um tratamento apartado da lei penal fundamental. Além de tais aspectos, é importante referir que somente um diploma específico pode disciplinar adequadamente temas relevantes como: a) a responsabilidade civil e penal quanto à relação de causalidade; b) a criminalização das condutas que atentam contra a liberdade dos meios de comunicação; c) o exercício dos direitos de resposta e retificação; d) os direitos, as garantias e

1. Texto elaborado a partir das notas para a palestra proferida no Curso sobre Crimes de Imprensa, promovido pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e coordenado pelo advogado Luis Francisco Carvalho Filho, Auditório da Associação Paulista de Magistrados (Apamagis), 24.10.94.

2. A expressão “crime de imprensa” é consagrada na linguagem jurídica e de comunicação de massa. Para os efeitos deste trabalho, abrange não somente os crimes contra a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, praticados através da imprensa, rádio e televisão, como também os crimes contra a liberdade dos meios de comunicação.

3. A Comissão foi também integrada pelos advogados João Luiz Faria Neto, Luis Francisco Carvalho Filho, Leonidas Rangel Xausa, Manoel Alceu Afonso Ferreira e René Ariel Dotti. O texto do Anteprojeto foi publicado no *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), de 14.8.91, p. 4763 e ss.

os deveres inerentes à fundação, administração e funcionamento das empresas de jornalismo e radiodifusão; e) as franquias de concessão, permissão e autorização para os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, bem como as hipóteses de cancelamento e não renovação; f) os princípios que devem reger a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão.

Entre os mais lúcidos defensores da liberdade de imprensa em nosso País, destaca-se a figura ímpar de Barbosa Lima Sobrinho. Em brilhante e memorável artigo (“necessidade de uma nova lei”), o presidente da Associação Brasileira de Imprensa (ABI) afirma não ter conseguido “entender a atitude de jornalistas que fazem questão de declarar que não há necessidade de uma lei de imprensa, pois que tudo se resolveria com a presença do Código Penal, em que figurariam os chamados abusos da liberdade de imprensa, a injúria, a calúnia e a difamação”.⁴

Conforme a Exposição de Motivos do Anteprojeto da OAB, “não é possível questionar sobre a necessidade de uma lei específica para regular o exercício da liberdade de informação. Diante dos termos da Constituição e particularmente frente aos textos que tratam da liberdade de comunicação, e da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral, torna-se indispensável estabelecer através de lei ordinária as hipóteses factuais de violação dos mencionados valores e as formas de indenização”.⁵

4. Em *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n. 165, set./85, p. 5. No mesmo sentido é o artigo de Luís Francisco de Carvalho Filho, “Liberdade de imprensa e dano moral”, em *Revista do Advogado*, ed. da Associação dos Advogados de São Paulo, n. 38, p. 18.

5. Item n. 5, *DCN*, cit., p. 4.765.

O entendimento de que os delitos praticados através dos meios de comunicação devem se submeter ao regime do Código Penal implica em reduzir substancialmente o generoso e complexo universo da liberdade de informação que abrange direitos e garantias merecedores das atenções e dos cuidados de uma lei especial, posto que poderá melhor traduzir os interesses tutelados e às peculiaridades da matéria. Por outro lado, os defensores de tal corrente ignoram ou fingem ignorar que os delitos contra a liberdade de imprimir e divulgar o pensamento e as idéias não são apenas aqueles cometidos através dos meios de comunicação (calúnia, difamação, injúria, violação da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas) mas, também, aqueles cometidos contra os referidos meios (destruição de maquinário, instrumentos ou aparelhos etc.), seus diretores, administradores, funcionários e profissionais da comunicação social.⁶ O Anteprojeto da OAB, nesta parte, inovou para criminalizar condutas que procuram impedir ou dificultar a liberdade de informação. Assim, os delitos previstos nos arts. 23 a 27 atentam contra os bens jurídicos inerentes à empresa e a quem exerce a atividade de comunicação social.

Finalmente, quanto a esse ângulo da questão, é necessário enfatizar que somente através de um diploma será possível tratar dos princípios constitucionais — e com as naturais projeções nos campos do Direito e do Processo

6. Dispõe o § 1.º, do art. 2.º do Anteprojeto da OAB: “Consideram-se meios de comunicação social: I — jornais e revistas; II — rádio e televisão; III — qualquer outro veículo periódico de informação ao público; IV — agências de notícias”. O livro foi excluído de tal relação pois além de não atender ao requisito da periodicidade de informação coletiva, não permite o exercício dos direitos de resposta e retificação com a presteza exigível para a recomposição dos fatos.

Penal — que incidem na previsão dos ilícitos e das penas, da relação de causalidade física, da prova da verdade, das causas de exclusão de ilicitude, de isenção de pena e de extinção da punibilidade.

2. Princípios e normas constitucionais-penais

Na apropriada síntese de Nuvolone, as normas e os princípios constitucionais são o parâmetro da legitimidade das leis penais ordinárias e delimitam o âmbito de sua aplicação.⁷ Conforme a lição de Luiz Luisi, a presença da matéria penal nas Constituições contemporâneas se caracteriza por princípios especificamente penais, isto é, de princípios de Direito Penal constitucional, e de princípios constitucionais incidentes em matéria penal. Os primeiros, exclusiva e tipicamente penais, são explícitos ou implícitos. Os princípios explícitos estão enunciados de forma expressa e inequívoca no texto da lei fundamental; os princípios implícitos se deduzem das normas constitucionais, por nelas estarem contidas. Quanto aos segundos, isto é, os que se relacionam com a matéria penal, geralmente não são propriamente criminais impondo-se tanto ao legislador penal como ao legislador civil, tributário, agrário etc.⁸

Como exemplos dos princípios constitucionais-penais explícitos podem ser referidos: a) o princípio de legalidade dos delitos e das penas (art. 5.º, XXXIX); b) o princípio da irretroatividade da lei mais grave (art. 5.º, XL); c) o princípio da personalidade da pena (art. 5.º, XLV); d) o princípio da individualização da pena (art. 5.º, XLVI e XLVIII); e) o

princípio da humanidade das penas (art. 5.º, XLVII); f) o princípio do respeito à integridade física e moral do presidiário (art. 5.º, XLIX); g) o princípio da criminalização do racismo; da prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos definidos como crimes hediondos, bem como da ação de grupos armados, civis ou militares, contra ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5.º, XLII a XLIV).

Quanto aos princípios constitucionais-penais implícitos, é possível indicar: a) o princípio da culpabilidade (arts. 1.º, III e 5.º, LVII); b) o princípio da intervenção penal mínima (art. 5.º, § 2.º); c) o princípio da proibição de prisão por dívida (art. 5.º, LXVII).

No que concerne aos princípios que, embora não sendo exclusivamente penais, interferem na produção das normas de Direito Penal visando a proteção de bens jurídicos constitucionalmente relevantes, podem-se mencionar: a) o princípio de reserva da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5.º, X e LX); b) os princípios gerais da atividade econômica (art. 170 c/c o art. 225, § 3.º: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente etc.) (art. 170 c/c o art. 225, § 3.º).

Entre os princípios constitucionais que interferem na definição dos crimes de imprensa, no tipo do procedimento e na previsão das reações penais, podem ser referidos os seguintes: a) o princípio da dignidade da pessoa humana; b) o princípio da liberdade de informação; c) o princípio da verdade da informação; d) o princípio do bem jurídico; e) o princípio do procedimento alternativo; f) o princípio do acesso à jurisdição; g) o princípio da culpabilidade; h) o princípio da personalidade da pena; i) o princípio da proporcionalidade da pena;

7. Pietro Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, CEDAM, Pádua, 1975, p. 37.

8. *Os princípios constitucionais penais*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 10.

j) o princípio da individualização da pena; k) o princípio das reações penais alternativas; e l) o princípio da intervenção penal mínima. Cada um deles merece particulares considerações.

3. O princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é proclamado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1.º, III). Trata-se de resguardar a figura do ser humano como o centro de gravidade de todos os sistemas de pensamento e de ação e, dentre eles, o sistema positivo de Direito e de Processo Penal. O Homem é, ao mesmo tempo, o sujeito e o objeto dos ilícitos penais, independentemente do papel que desempenha no processo dinâmico dos eventos típicos: como autor, partícipe ou vítima. Daí porque a criminalização, a descriminalização, a despenalização e todos os demais movimentos em torno do chamado direito penal de imprensa, devem interpretar a essência e a circunstância da pessoa natural. E assim ocorre mesmo quando esta atua em nome da pessoa jurídica que também pode ser sujeito passivo de crime contra a honra cometido através dos meios de comunicação.

4. O princípio da liberdade de informação

O princípio da liberdade de informação é expressamente contemplado no art. 220, *caput*, da Constituição e caracteriza uma das bases do regime político de participação pluralista e um dos pilares do Estado Democrático de Direito. O princípio tem limites opostos pela própria Carta Política, caracterizados pela reserva de proteção de alguns bens jurídicos da personalidade: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, cuja violação obriga a indenizar o dano

material ou moral conseqüente (art. 5.º, X). Outras restrições à liberdade de informação, decorrem da proibição do anonimato, dos direitos de resposta ou retificação, da liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão, bem como do acesso à informação e o resguardo do sigilo da fonte, quando necessário à atividade profissional.⁹

O antigo e sempre renovado confronto entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade,¹⁰ deve ser resolvido na doutrina e na jurisprudência através de um processo de balanceamento de bens em conflito. Trata-se de uma situação particular do estado de necessidade como causa geral da exclusão da ilicitude. O Anteprojeto OAB procura superar o problema com a seguinte proposta inscrita no art. 8.º: “O conflito entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, entre eles os relativos à intimidade, a vida privada, a honra e à imagem será resolvido em favor do interesse público visado pela informação”. O parágrafo único desta norma, declara que não caracterizam violação aos direitos da personalidade: a) a divulgação da informação dada pela autoridade pública; b) a divulgação da imagem ou do som colhidos em local público ou de acesso ao público; c) a narração e a crítica de fatos de interesse público; d) a publicação ou transmissão de informações colhidas nas Casas Legislativas e em procedimentos administrativo ou judicial, ressalvados os casos legais de sigilo.

Será na órbita do princípio agora examinado que uma nova lei de imprensa deverá prever os tipos de ilicitude que afetem a liberdade de informação. A

9. Constituição, art. 200, § 1.º, c/c o art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV.

10. Entre muitos, veja-se Miguel Urabayen, *Vida Privada e Información: un Conflicto Permanente*, Ediciones Universidad de Navarra S/A, Pamplona, 1977.

propósito, o Anteprojeto da OAB criminalizou determinadas condutas que atentam contra tal liberdade, como um bem em si mesmo considerado, ou como um bem derivado da liberdade inerente aos meios de comunicação social. São as seguintes as hipóteses típicas ali previstas: Art. 23. "Promover boicote contra meio de comunicação social: Pena — prestação de serviço à comunidade e multa"; Art. 24. "Destruir, inutilizar ou deteriorar maquinário, instrumentos ou aparelhos utilizados pelos meios de comunicação social, ou, de qualquer forma, empestelar material visando a impedir ou a dificultar as suas atividades: Pena — prestação de serviços à comunidade e multa, além da pena correspondente ao dano. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem destrói ou inutiliza banca ou posto de venda ou de distribuição de impressos ou de outro material aí depositado". Art. 25. "Constranger, mediante violência ou grave ameaça, paga ou promessa de recompensa, administrador ou profissional de comunicação social, visando a impedir, fazer cessar ou dificultar as atividades de informação. Pena — prestação de serviços à comunidade e multa, além da pena correspondente à violência"; Art. 26. "Exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, vantagem indevida para não fazer ou impedir que se faça, publicação, transmissão ou distribuição de qualquer matéria. Pena — prestação de serviços à comunidade e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem faz ou permite que se faça, mediante paga ou promessa de recompensa, a publicação, transmissão ou distribuição da matéria"; Art. 27. "Impedir ou dificultar, indevidamente, o exercício das liberdades de acesso e de obtenção de dados junto aos órgãos do Poder Público, inclusive os da administração indireta ou funcional. Pena — multa".¹¹

11. Publ. em *Diário do Congresso Nacional* (seção II), 14.8.91, p. 4.771.

5. O princípio da verdade da informação

O princípio da verdade da informação é extraído, como regra geral, de dois tipos de normas constitucionais: a) a que assegura o direito de resposta (art. 5.º, V); b) a que exige o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, na produção e na programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221, § IV).

O direito de resposta e o direito de retificação constituem faculdades instituídas em favor de toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública moralmente agravada por publicação ou transmissão que contenha fato inverídico ou errôneo (CF, art. 5.º, V e Lei 5.250, de 9.2.67, art. 29). Embora não referido expressamente pela Constituição, pode-se afirmar que o instituto da retificação é acolhido pelo sistema. Não somente porque constitui uma das faces do direito de resposta, e o seu corolário lógico, mas também diante da cláusula salvatória inserida no § 2.º do art. 5.º da CF: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados".

A resposta e a retificação constituem institutos de direito e de processo consagrados pela Constituição e pela legislação ordinária com a finalidade de corrigir a verdade a respeito de atos ou fatos da publicação ou transmissão. O direito de responder e, por extensão, o direito de retificar, são garantias fundamentais de natureza individual e coletiva, como reações proporcionais ao agravo ou ofensa (CF, art. 5.º, V) e também mecanismos éticos visando a correta informação como dever elementar dos meios de comunicação social. Com efeito, se a Constituição proíbe qualquer restrição à liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, declarando

que nenhuma lei conterá dispositivo “que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação” (art. 220 e § 1.º) é curial que tanto a resposta como a retificação constituem também expressões de liberdade asseguradas às pessoas naturais e jurídicas objetivando a veracidade da informação.

Tanto a resposta como a retificação podem ser exercidas mesmo quando não identificado o autor do material ofensivo, bastando que o órgão de comunicação publique ou transmita o texto de resposta ou retificação.

O respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família é uma das exigências deontológicas que deve orientar a atividade dos meios de comunicação e de todos quantos dela participem, sejam ou não profissionais do ramo. Com a finalidade de positivizar este princípio, o art. 6.º do Anteprojeto da OAB dispõe: “Na divulgação de fatos e opiniões, os meios de comunicação social observarão os princípios éticos que mantenham e valorizem o respeito à dignidade da pessoa humana”.

E como regra especial o princípio da verdade da informação se contém, por exemplo, no § 4.º, do art. 220 da Constituição que obriga a advertência sobre os malefícios do uso do tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

6. O princípio do bem jurídico

O princípio do bem jurídico, refletido por diversas normas constitucionais (arts. 5.º, *caput*, 6.º, 14, 144, 170 e ss.) deve integrar todo o sistema penal moderno, afeiçoado às exigências de um Estado Democrático de Direito, e compor o vasto repertório de fatos ilícitos. Não é admissível a incriminação de condutas humanas que não causem perigo ou dano aos bens corpóreos e incorpóreos inerentes aos indivíduo e a sociedade. Como salienta Juarez Tavares, costuma-

se afirmar que o cerne de todo o Direito Penal encontra-se situado no injusto, isto é, no tipo de antijuridicidade. “Com efeito, é a partir da tipificação das condutas que se torna possível a intervenção estatal”.¹²

O nosso sistema positivo está ancorado no modelo de crime como ofensa a bens jurídicos. Tal orientação se opõe aos modelos não liberais, como os que são próprios do “moralístico direito penal da vontade ou da atitude interior, ou do autoritário direito penal baseado na infidelidade do Estado ou à comunidade, ou do vago e terrorístico direito penal da personalidade perigosa”.¹³

No regime legal vigente para os crimes de imprensa, são múltiplos os bens jurídicos protegidos, não se limitando as hipóteses de atentado contra a honra, a intimidade, a vida privada¹⁴ e a imagem¹⁵ das pessoas, embora estes bens

12. “Critérios de seleção de crimes e cominação de penas”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RT, S. Paulo, número de lançamento, dez./92, p. 78.

13. Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci, “Constituição e escolha dos bens jurídicos”, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 4, de 1994, p. 154.

14. A Constituição refere a intimidade e a vida privada como bens jurídicos autônomos (art. 5.º, X). Nos textos legais portugueses é freqüente o uso da expressão “intimidade da vida privada”, como se verifica na Carta Política (art. 26.º, 1); no Código Civil (art. 80.º, 1) e no Código Penal (art. 178.º). A propósito, já acentuei que os conceitos de “vida privada” e “intimidade”, não são coincidentes, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, RT, S. Paulo, 1980, p. 68.

15. Apesar do uso vulgar da palavra “imagem” como sinônima de conceito, tecnicamente a imagem é o retrato de uma pessoa, assim como o define o art. 79.º, 1, do Código Civil português. E neste sentido restrito deve ser empregado o termo. Segundo os dicionários, a definição primária de “imagem” é a representação gráfica, plástica ou fotográfica de uma pessoa ou de um objeto.

jurídicos sejam os mais frequentes atingidos pelos ilícitos cometidos através dos meios de comunicação. Com efeito, a Lei 5.250/67 ampara também a segurança externa e a segurança interna do Estado; a paz pública; a confiança no sistema financeiro; a moral pública e os bons costumes; a liberdade de informação; a liberdade pessoal e a memória de pessoa morta.

Na Exposição de Motivos do Anteprojeto da OAB foi dito, a propósito do bem jurídico tutelado, que a história da lei de imprensa em nosso País é a história da censura oficial. Esta conclusão torna-se óbvia quando se constata a grande intimidade entre a legislação que reprime os abusos da liberdade de informação e as leis que cuidam das infrações políticas. "Leis de imprensa e leis de segurança nacional foram concebidas e utilizadas como vasos comunicantes dos regimes autoritários de governo e das práticas opressoras do Estado".¹⁶

Partindo em outra direção, segundo as coordenadas próprias de um regime democrático, o aludido Anteprojeto reduz a criminalização aos limites estritamente necessários e não cuida dos fatos ofensivos à segurança do Estado cometidos através dos meios de comunicação. Este aspecto deve ser regulado em capítulo próprio e reservado aos delitos contra o Estado Democrático de Direito. Esta é a proposta já divulgada por comissões instituídas no âmbito do Ministério da Justiça para redigir o texto de um Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal (1983/1984 e 1992/1994).

No sistema proposto pelo Anteprojeto OAB, os bens jurídicos tutelados são: as liberdades de comunicação e informação; a paz pública; a liberdade pessoal; a propriedade; a segurança da ordem econômico-financeira; o conceito ou o

crédito da pessoa jurídica; a honra; a intimidade; a vida privada e a memória de pessoa morta.¹⁷

7. O princípio da intervenção penal mínima

Duas grandes tendências ideológicas disputam nos dias correntes as preferências dos estudiosos da teoria e da prática das ciências criminais. Ambos radicalizantes e inconciliáveis. A primeira é sintetizada pelo movimento de lei e de ordem que tem como expressão de maior propaganda o discurso político do crime, caracterizado pela denúncia da falência das instâncias formais de prevenção e repressão e pelo usufruto do poder político e de comunicação de massa. A segunda é representada pelo movimento abolicionista do sistema penal.

Mas existe uma via intermediária entre tais posições extremadas: é o movimento do direito penal mínimo.

Segundo clássica lição da doutrina, apoiada pela jurisprudência, o Estado somente deve recorrer à pena criminal quando não houver, no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito. São muito apropriadas e atuais as palavras do eminente e pranteado Min. Nelson Hungria: "Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal".¹⁸

17. Ver, a propósito, a relação dos ilícitos constante do item n. 4.

18. *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio, 1958, VII/178.

16. Item n. 9, em DCN, cit. p. 4.765.

No mesmo sentido e mais recentemente, o jurista português Souza e Brito salienta que, traduzindo-se a pena em restrições ou sacrifícios importantes dos direitos fundamentais do acusado, cujo respeito é uma das finalidades essenciais do Estado, é indispensável que tal sacrifício seja necessário à paz e conservação sociais, isto é, à própria defesa dos direitos e das liberdades e garantias em geral, que constituem a base do Estado. E arremata: "É este o princípio da necessidade ou da máxima restrição das penas e das medidas de segurança (art. 18.º, ns. 2 e 3), que está ligado ao princípio da legalidade (art. 29.º), e ao princípio da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal, como garantia da máxima objectividade e do mínimo abuso".¹⁹

O princípio da intervenção penal mínima foi recepcionado pela Constituição de 1988, através da cláusula geral prevista pelo § 2.º do art. 5.º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Lembra Luiz Luisi²⁰ que o princípio em análise decorre do art. 8.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1789), ao proclamar que a lei deve estabelecer "penas estrita e evidentemente necessárias".

A necessidade em se compatibilizar a letra e o espírito das leis fundamentais internas às declarações internacionais constitui exigência de uma ordem jurídica universal. A Constituição de Portugal dispõe que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e

integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem" (art. 16.º, 2). A Carta Política espanhola também prescreve que as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades reconhecidas constitucionalmente serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias, ratificadas pela Espanha (art. 10.º, 2).

8. O princípio do procedimento alternativo

O princípio do procedimento alternativo constitui um corolário lógico do anterior e uma das variantes apresentadas pelo sistema positivo a fim de que o clássico confronto entre o jornalista e o juiz possa ser conhecido e arbitrado por instâncias e mecanismos extrapenais. O exercício do direito de resposta, nela compreendida a retificação, constitui uma das hipóteses dos procedimentos alternativos. Em lugar da ação penal, que deve traduzir a última providência para responder à ofensa, o sistema deve estar provido de institutos e mecanismos que permitam reações diferenciadas da ameaça da pena criminal. Em tal rumo se coloca o Anteprojeto da OAB, dispondo através do art. 43: "O exercício da ação penal nos casos previstos nos arts. 30 a 34²¹ está condicionado à exaustão do direito de resposta".

A propósito do assunto, em comunicação apresentada na XV Conferência da OAB, realizada em Foz do Iguaçu, na semana de 4/8 de setembro deste ano, procurei enfatizar a necessidade da prática adotar alternativas ao processo penal nos casos de crime contra a honra praticados através da imprensa e outros

19. José de Souza e Brito, "A Lei na Constituição", artigo publicado na coletânea *Estudos sobre a Constituição*, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, 2.º/200.

20. Ob. cit., p. 25.

21. Calúnia, difamação, injúria, abalo de conceito ou crédito da pessoa jurídica e ofensa à memória de pessoa morta.

meios de comunicação. É oportuna a remissão a algumas partes daquele texto,²² reproduzido nos itens adiante.

8.1 Introdução

As liberdades de comunicação e de informação, como já foi visto, não são absolutas. O controle democrático sobre os abusos deve ser praticado por sistemas e mecanismos que podem funcionar através de procedimentos internos ou externos aos meios de comunicação. Instituições e normas jurídicas e deontológicas integram esse quadro de providências potenciais ou efetivas. Ao lado de uma relação dos meios de comunicação há necessidade de uma indicação dos meios de controle. Como exemplos de meios internos, podem ser referidos os conselhos (editorial, de redação etc.), os órgãos, como a direção e a chefia de redação, o *ombudsman* e as seções reservadas ao exercício dos direitos de resposta ou retificação. Como exemplos de meios externos, existem o *Press Council* (atuante nos países da *common law*), os conselhos comunitários e a intervenção judicial, entre outros.

O controle deve ser também estabelecido através de sistemas e mecanismos institucionais. Sob esta ótica despontam a livre concorrência, a proibição de monopólios e oligopólios, as prerrogativas em favor de brasileiros natos ou naturalizados e a adoção de critérios adequados quando se trate de concessão, permissão e autorização.

8.2 A livre concorrência entre os meios de comunicação

O antigo fenômeno da livre concorrência constitui uma das vertentes de liber-

dade das empresas no complexo e profundo território da comunicação social, além de um generoso princípio geral da atividade econômica em um Estado Democrático de Direito. A prática da competição, a salvo de injunções ou constrangimentos causados por ação de pessoas ou grupos, constitui um valioso fator para o exercício pleno das liberdades de comunicação e de informação.

8.3 O pluralismo de opinião

Registram os dicionários de Política que o pluralismo é a concepção que propõe um modelo de sociedade composta de vários grupos ou centros do poder, ainda que conflitantes entre si. A eles se atribui a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de o eliminar, o centro do poder dominante, historicamente identificado com o Estado.

Sob a perspectiva que interessa ao presente trabalho, o pluralismo democrático é considerado em função da existência dos grupos de indivíduos, como entidade social que se sobrepõe às classes e permitindo que vários interesses se manifestem e se contraponham. Contraposto assim o grupo à classe, o pluralismo democrático apresenta-se como antítese não só de uma concepção monística do Estado, como também de uma visão dualista ou dualística da sociedade.

Uma esperança do pluralismo no campo das manifestações artísticas e culturais surgiu com a nova Carta Política brasileira. Ela instituiu como princípios a serem atendidos na produção e programação das emissoras de rádio e televisão, entre outros, os seguintes: a) a promoção da cultura regional e o estímulo à produção independente que objetive a sua divulgação; b) a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei (art. 221, II e III). No entanto e para frustrar as aludidas proclamações otimistas, a lei até agora não existe...

22. O trabalho foi exposto no painel "Democracia, pluralismo e meios de comunicação", no dia 7.9.94 e publicado em *Teses*, edição da OAB, p. 145 e ss.

No campo político, o ideal é a prática do pluralismo caracterizam fundamentos da República brasileira (CF, art. 1.º, V).

8.4 A proibição de monopólios e oligopólios

A Constituição estabelece que os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio (art. 220, § 5.º). A razão básica de tal petição de princípio reside na necessidade de se proteger o público contra as atividades nocivas representadas pela exploração exclusiva dos meios de comunicação por pessoas ou grupos (monopólio) ou pela atuação de empresários que comprometam a liberdade no mercado das informações (oligopólio).

Consiste o monopólio na prerrogativa ou privilégio para a prática de atos industriais ou mercantis ou para a exploração de determinados bens ou serviços, por parte de um só indivíduo, por grupos ou pelo Estado. Já o oligopólio se caracteriza pela situação de mercado quando, em um limitado número de produtores, cada um já é bastante forte para exercer influência junto aos demais, embora não possa desprezar a força dos competidores. O oligopólio pode ter a face visível ou oculta do cartel que se define como o acordo explícito de empresas de um determinado setor que se obrigam a regras de conduta visando eliminar a mútua concorrência.

8.5 Critérios adequados para a concessão, permissão e autorização de serviços públicos

A Constituição declara que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (art. 175).

O serviço de radiodifusão de sons e imagens tem caráter essencialmente público. Trata-se de efetivar as liberdades de informação e de comunicação e os correspondentes direitos de informar, de se informar e de ser informado.

Compete ao Poder Executivo, mediante controle do Congresso Nacional, outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal (Constituição, art. 223). O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão (CF, art. 223, § 5.º). O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial (CF, art. 223, § 4.º).

8.6 Restrição do direito de propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão

A Constituição restringe o direito de aquisição de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. Somente a eles caberá a responsabilidade de administração e orientação intelectual (art. 222).

O dispositivo consagra dois fundamentos da República Federativa do Brasil, e declarados entre os primeiros textos de nossa Carta Política: a soberania e a cidadania (art. 1.º, I e II).

8.7 Observância de princípios para a produção e programação de emissoras de rádio e televisão

A Constituição estabelece os seguintes princípios que devem ser observados para a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão: a) preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; b) promoção da cultura nacional e regional e

estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; c) regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; d) respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221). Lamentavelmente, porém, verifica-se que a lei fundamental é rotineiramente desprezada em troca de textos e imagens que não guardam um mínimo de consideração para os interesses, os bens e os valores inseridos nos princípios transcritos.

8.8 A classificação indicativa

Sob o regime das Constituições anteriores, a declaração da liberdade de expressão do pensamento era excepcionada com a cláusula expressa de censura quanto às diversões e espetáculos públicos (CF/1946, art. 141, § 5.º; CF de 1967, com a EC 1/69, art. 8.º, VIII, *d*). A tarefa de regular e executar a censura de espetáculos e diversões públicas competia à Polícia Federal. Atualmente a Polícia Federal cumpre outras atribuições (CF, art. 144, § 1.º) tendo sido extinto o repressor Serviço Federal de Censura que se notabilizou nos anos da ditadura militar.

A Carta Política de 1988 aboliu expressamente a censura prévia (art. 5.º, IX) quanto às diversões e espetáculos públicos. Relativamente à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Nas Sátiras de Juvenal está dito que “a censura poupa os corvos e maltrata as pombas” (“Dat veniam corvis, vexat censura columbas”). E o art. 215 declara que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional.

Para prevenir e reprimir abusos, a Constituição prevê a classificação, pelo Poder Público, de diversões e espetáculos

públicos bem como de programas de rádio e televisão para efeito indicativo, isto é, para vedar o acesso de crianças e adolescentes a determinadas atividades ou recomendar a sua impropriedade conforme as faixas etárias (art. 220, § 3.º, I). Compete exclusivamente à União regular esta classificação (CF, art. 21, XVI).

Com a finalidade de estabelecer a uniformização dos critérios classificatórios das diversões públicas e de programas de rádio e televisão e visando informar sobre as faixas etárias as quais não se recomendam, o Ministério da Justiça baixou a Portaria 773, de 19.10.90 (DOU 22.10.90).

O Conselho Superior de Defesa da Liberdade de Criação e Expressão é o órgão do Ministério da Justiça, competente para elaborar normas e critérios que orientem o exercício da classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão (Dec. 761, de 19.2.93, art. 21, III).

A matéria da classificação, quanto as emissoras de rádio e televisão, é também regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.7.90). A exibição, em horário recomendado para o público infanto-juvenil, de programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (art. 76). Segundo o mesmo Estatuto, constitui infração administrativa, sujeita à multa e suspensão da programação da editora, a violação da referida norma proibitiva (art. 254).

8.9 A proteção dos direitos da personalidade e da família

Inexistente a censura prévia para os programas de rádio e televisão, torna-se necessária a previsão e o funcionamento de mecanismos que possam exercer um controle democrático sobre os abusos. A Constituição deferiu essa tarefa à lei federal que deverá — posto que não existe ainda — “estabelecer os

meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221 (ver item n. 19), bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

8.10 A proibição da propaganda ilícita e enganosa

Conforme já foi anotado no item n. 5, a Constituição restringe a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (art. 220, § 4.º), considerando-as nocivas à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 4.º, c/c o § 3.º, II).

É evidente, no entanto, que a propaganda de outros produtos e serviços poderá ser restrita e até mesmo interdita quando ofensivas à saúde, ao meio ambiente e a outros bens ou valores individuais ou sociais. E assim deve ocorrer não somente em nome dos princípios exigidos da produção e programação das emissoras de rádio e televisão (CF, art. 221), como também dos princípios gerais de ética válidos para todos os meios de comunicação. Como exemplo pode-se referir a publicidade enganosa em suas múltiplas hipóteses, entre elas a fraude ao consumidor prevista como crime pelo Código Penal (art. 175) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, arts. 66 a 68) e, obviamente como ilícito civil e deontológico.

8.11 A criação de conselhos e órgãos internos aos meios de comunicação

Na divulgação de fatos e opiniões, os meios de comunicação social devem observar os princípios éticos que mantenham e valorizem o respeito à dignidade da pessoa humana. Para fazer valer tal esperança devem funcionar conse-

lhos e órgãos internos e externos que promovam a crítica das matérias publicadas ou transmitidas. O conselho editorial, a direção, a chefia ou a secretaria de redação e o *ombudsman* são alguns deles para realizar o controle doméstico de qualidade dos textos, das imagens, dos programas, enfim, da produção intelectual e artística. Sobre o tema, Clóvis Rossi salienta a idéia dos comitês de redação reivindicadas por alguns sindicatos de jornalistas porém rejeitadas sistematicamente pelos empregadores. A alegação, não explícita, é a de que os comitês seriam, na prática, *soviets* de jornalistas que se apossariam, aos poucos, do jornal, revista ou TV em que instalassem, mudando as posições editoriais que seus donos defendem.²³ Tal risco, porém, seria mínimo como lembra o mesmo articulista ponderando que na maioria das redações há uma vasta gama de tendências políticas e ideológicas ao lado de grande apatia ou amorfismo político. Ele reconhece a existência do problema destacando que o caminho para superá-lo não é simplesmente negar-se a discutir a possibilidade dos comitês de redação — ou outra fórmula que admita a participação dos jornalistas na orientação editorial — e, sim, “combater a apatia e estimular a participação de todos (ou, ao menos, da grande maioria) nas decisões que a todos afetam”. E insiste: “Não há porque não aplicar esse conceito também à pequena comunidade que é uma redação de jornal, revista ou TV, ainda mais que esse pequeno núcleo trabalha com um artigo que afeta, direta ou indiretamente, a vida de núcleos bem maiores: a informação”.²⁴

Na mesma fonte encontra-se a indicação da experiência do jornal *Lemondre*, como exemplo clássico da participação

23. *O que é jornalismo*, Brasiliense, S. Paulo, 1981, p. 64.

24. Clóvis Rossi, ob. cit., p. 66.

dos empregados na gestão de empresas jornalísticas. As decisões da vida cotidiana do jornal continuam afetas à competência exclusiva da direção, mas as diferentes sociedades internas criaram conselhos que influem na política global. A Sociedade de Redatores instituiu os Conselhos de Redação que periodicamente reúnem diretores e jornalistas para debater contratações, admissões, reajustes salariais, controle de publicidade, linhas políticas e outros assuntos.

8.12 A atuação de conselhos (federal e regionais) integrados por profissionais dos meios de comunicação

A criação de órgãos de controle externo das atividades dos meios de comunicação e formado por profissionais de diversas áreas nos campos da produção, publicação e transmissão, continua sendo uma questão aberta. Na Grã-Bretanha uma pessoa que tenha sofrido invasão ilegal ou inadequada de sua privacidade, poderá recorrer ao *Press Council*. No ano de 1976 esse órgão promulgou a conhecida *Declaration of Principle on Privacy*, com a seguinte fórmula: "Invasão de privacidade por fraude ou métodos tecnológicos os quais não sejam por si sós ilegais pode apenas ser justificável nos casos de uma busca de informação cuja divulgação é necessária em face do interesse público e sempre que não exista outro meio razoável para sua obtenção ou confirmação.²⁵ O aludido órgão estimula jornalistas a utilizarem sua compaixão e discrição e a evitarem causar dor ou humilhação a pessoas que tenham sofrido perda de parentes ou amigos próximos, a menos que esteja claro que a publicação servirá a algum interesse público legítimo e não haja nenhum outro método razoável para obtenção da matéria.

25. *Press Council Annual Report*, 1976, n. 23, 150.

Em nosso País, no entanto, a instituição de um Conselho de Comunicação formado por profissionais da imprensa, do rádio e da televisão, parece muito pouco provável. Com efeito, não há possibilidade de se adotar a prática similar das corporações de advogados, médicos e outros profissionais liberais vinculados a um Estatuto ou Regulamento. Em primeiro lugar porque há um grande número de colaboradores que não são profissionais da comunicação. Eles não se submeteriam aos códigos deontológicos elaborados sob critérios de disciplina funcional e profissional. E depois, as múltiplas atividades no universo da comunicação social (serviços de notícias, reportagens, comentários, debates, entrevistas etc.), não permitem redigir um diploma abrangente e capaz de satisfazer aos mais variados interesses profissionais, além do interesse público inerente à informação.

8.13 A intervenção do Conselho de Comunicação Social

Criado pela Constituição de 1988, o chamado Conselho de Comunicação Social tem a natureza de órgão auxiliar que deve ser instituído pelo Congresso Nacional, "na forma da lei" (art. 224).

A idéia de um órgão estatal para atuar no campo da comunicação social (garantias, direitos, deveres, propriedade, outorga e renovação de concessões, permissões e autorizações etc.) não foi bem assimilada pelas empresas e pelos profissionais da informação. Também os políticos não têm revelado sensibilidade e competência para elaborar propostas legislativas que permitam não apenas legalizar como também e fundamentalmente legitimar o CCS.

8.14 Os conselhos e grupos comunitários

Os núcleos familiares e sociais incorporados em conselhos ou grupos comu-

nitários constituem também, ao lado de outros sistemas e mecanismos, poderosos agentes de defesa contra os programas e as programações de rádio e televisão — e de outros meios de comunicação — que atendem contra aos princípios referidos no art. 221 da Constituição (ver item n. 19). O reconhecimento da existência e da importância de grupos legítimos de opinião e de pressão é uma das virtudes do Estado Democrático de Direito, jurado pelo primeiro artigo de nossa lei fundamental.

8.15 Os direitos de resposta e de retificação

Tais direitos já foram objeto de comentário no item n. 5 para o qual se remete o leitor.

É importante destacar que tais institutos devem receber melhores textos legislativos, procedimentos mais simplificados e um tratamento judicial adequado aos relevantes interesses que gravitam à sua volta. Além disso, tanto a resposta como a retificação devem ser factíveis também através da radiodifusão.

8.16 A intervenção judicial

O § 1.º do art. 220 da Constituição anuncia a existência de um tormentoso e permanente conflito entre a liberdade de informação e alguns direitos da personalidade, como a intimidade da vida privada, a honra e a imagem. Ele exige a atuação dos juízes e tribunais para aplicar as normas jurídicas que definem os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da informação.

Este é um dos problemas rotineiros tratados pela justiça criminal ou cível. A respeito, o Anteprojeto da OAB estabelece que o litígio deverá ser resolvido em favor do interesse público visado pela informação (art. 8.º). E o parágrafo único deste artigo indica as causas excludentes

de ilicitude, declarando que não caracterizam violação dos direitos da personalidade: a) a divulgação de informação dada pela autoridade pública; b) a divulgação da imagem ou do som colhidos em local público ou de acesso público; c) a narração e a crítica de fatos de interesse público; e) a publicação ou transmissão de informações colhidas nas Casas Legislativas e em procedimentos administrativo ou judicial, ressalvados os casos legais de sigilo.

A intervenção judicial, no sistema brasileiro, se realiza através de medidas e ações no âmbito do Direito Penal, do Direito Civil, do Direito Eleitoral e do Direito Administrativo, conforme disposições da Constituição, da Lei 5.250, de 9.2.67 (Lei de Imprensa), dos Códigos Penal e Civil, e outros diplomas como a Lei 4.737, de 15.7.65 (Código Eleitoral) e a Lei 8.069, de 13.7.90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). A censura pela intervenção judicial é posterior (vedada a censura prévia) salvo quando se tratar de publicação ou transmissão de dados e informações constantes de processo que corre em segredo de justiça, como, por exemplo, as ações de investigação de paternidade, de separação e de divórcio (CPC, art. 155).

Existem abusos que caracterizam crimes ou ilícitos civis, eleitorais e administrativos. Como exemplos da primeira espécie surgem as clássicas hipóteses de ofensa à honra (calúnia, difamação e injúria). Quanto à segunda, aparecem as formas de violação causadoras de dano material, moral ou à imagem, sujeitas à indenização financeira em favor do ofendido. Relativamente à terceira espécie pode-se mencionar as ofensas à honra ou aos critérios de propaganda eleitoral feita pela radiodifusão gerando interdição de programas, de pessoas e o exercício dos direitos de resposta e de retificação. Finalmente, quanto ao quadro dos ilícitos administrativos, existem múltiplas hipóteses de atuação judicial como o cancelamento

lamento da concessão ou permissão para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (CF, art. 223, § 4.º).

8.17 As liberdades, os direitos e os meios de controle

Não pode ser averbada como radical e muito menos opressora a conclusão de que num Estado Democrático de Direito o exercício das liberdades e dos direitos de comunicação e de informação pressupõe meios democráticos de controle dos abusos. O clássico confronto entre o jornalista e o juiz deve ser substituído por uma vasta gama de agentes intermediários que, identificados com a natureza e a importância dos valores, bens e interesses em conflito, possam viabilizar soluções alternativas deixando para a Justiça apenas a decisão dos casos para os quais falharam todos os demais meios e mecanismos, institucionais ou não.

Dentro de tal perspectiva — oposta aos maniqueísmos que intoxicam e pervertem a equação do assunto — soa como necessária e urgente a discussão ampla em torno dos caminhos democráticos, éticos e de justiça a serem percorridos. E os meios de comunicação devem dar a partida. Principalmente nestes novos tempos quando a necessidade da informação livre e pluralista deve propor e estimular as decisões populares em torno de figuras e problemas públicos. Mas sem as práticas da negligência da desinformação da imperícia da deformação ou da imprudência do justicamento sumário tão ao gosto do monopólio de opinião e das sentenças de maldição que ornamentam as ditaduras de todas as idades e lugares.

9. O princípio do acesso à jurisdição

A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra o direito de acesso à justiça, em termos muito expressivos:

“Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competente remédio efetivo para os atos que violem direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei” (art. VIII).

Na Carta Política portuguesa o princípio acima vem enunciado nos seguintes termos: “A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa de seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos” (art. 20, n. 2).

O generoso princípio do acesso à jurisdição está consagrado pela nossa lei fundamental com a declaração de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV).

O princípio funciona para as hipóteses de ação penal pública (pura ou condicionada) e de iniciativa privada. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, interpretando textos da Constituição, reconheceu a legitimação alternativa entre o Ministério Público e o ofendido, em face da interpretação sistemática das normas relativas à proteção da honra e da ação privada subsidiária.

A Constituição garantiu expressamente ao particular o direito de acesso à jurisdição criminal prevendo a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal (art. 5.º, LIX). Esta evolução do princípio de acesso à jurisdição está orientando a jurisprudência para estabelecer a legitimação alternativa do ofendido que, sendo funcionário público e agravado *propter officium*, pode promover diretamente a ação penal através de queixa em lugar de dirigir a representação para que o Ministério Público o faça. Assim foi decidido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 70.029-2, relatado pelo Min. Paulo Brossard e no Agravo Regimental em Inquérito n. 726-0, sendo relator o Min. Sepúlveda Pertence (DJU, de 29.4.94).

10. O princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade se extrai de duas normas constitucionais: a que proclama a dignidade da pessoa humana e a que declara a presunção de inocência. A primeira constitui um dos fundamentos da República e a segunda estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 1.º, III e art. 5.º, LVII). A ênfase dada ao caráter criminal da sentença revela que a expressão “culpado” deve ser reconhecida como indicativa da culpabilidade, ou seja, a reprovabilidade da formação da vontade, na adequada síntese de Jescheck.²⁶

O princípio da culpabilidade também é deduzido de normas penais ordinárias, como se poderá ver pelos arts. 19, 29 e 121, § 4.º do Código Penal, e se manifesta em outros dispositivos referentes ao crime e à pena (arts. 20 e § 1.º, 21, 22, 26 e parágrafo único, 27, 28, parágrafos 1.º e 2.º, 29 e parágrafos do CP). A propósito, a Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal, declara: “Retoma o Projeto, no art. 19, o princípio da culpabilidade, nos denominados crimes qualificados pelo resultado, que o Código vigente submeteu a injustificada responsabilidade objetiva”.²⁷

A doutrina clássica de Direito Penal considera a culpabilidade como um dos elementos estruturais do delito para se evitar a adoção da responsabilidade objetiva. Modernamente se sustenta que a culpabilidade não se esgota na relação de desconformidade substancial entre o fato e o ordenamento jurídico, “sino que además fundamenta el reproche personal

contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho”. Esta é a opinião de Hans Welzel em obra fundamental a respeito da teoria finalista da ação.²⁸ Dentro de tal perspectiva, a culpabilidade é um pressuposto da pena em obediência ao aforisma de garantia *nulla poena sine culpa*. Acolhendo esta linha de raciocínio Damásio de Jesus conclui que “a culpabilidade é pressuposto da pena e não requisito ou elemento do crime”.²⁹

A culpabilidade jurídico penal tem como elementos: a) a imputabilidade, ou seja, a capacidade de culpa; b) a consciência (real ou potencial) da ilicitude do fato; e c) a exigibilidade de conduta diversa.

Para o mestre chileno Enrique Cury, “*La culpabilidad es reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho. Por consiguiente, significa que el disvalor del acto injusto se extiende también a la persona del agente, porque puede serle atribuido como obra suya*”.³⁰

Relativamente aos crimes de imprensa, o aludido princípio se impõe não apenas em face da regra de abrangência do art. 12 do Código Penal,³¹ mas, ainda, por disposição expressa da Lei 5.250/67. Com efeito, declara o § 5.º do

28. *Derecho Penal Alemã*, trad. de Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yanez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 196.

29. *Direito Penal — Parte Geral*, Saraiva, S. Paulo, 1991, 1.º/398.

30. *Derecho Penal — Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, p. 1 (Grifos do original).

31. Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo contrário.

26. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, trad. de Santiago Mir Puig e Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1978, I/559.

27. Item n. 16.

art. 37: "Nos casos de responsabilidade por culpa previstos no art. 37, se a pena máxima privativa da liberdade for de 1 (um) ano, o juiz poderá aplicar somente a pena pecuniária". Esta regra indica que a responsabilidade pelos crimes cometidos através da imprensa e das emissoras de radiodifusão, somente poderá ocorrer nas hipóteses de dolo ou de culpa, em sentido estrito (CP, art. 18). Tal conclusão é reforçada pela declaração expressa de que a responsabilidade civil é dependente do dolo ou da culpa (art. 49).

Expressamente declarando o caráter subjetivo da responsabilidade penal nos crimes de imprensa é o voto do Min. Xavier de Albuquerque, acolhido por unanimidade, na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal em 18.4.74.³²

Muito embora o dolo e a culpa não constituam elementos da culpabilidade e sim formas do tipo subjetivo de ilícito, não há dúvida no sentido de que tanto uma como outra dessas modalidades de conduta humana constituem as bases sobre as quais opera o juízo de censura pessoal dirigido contra o autor. Assim sendo, o dolo e a culpa são pressupostos da "reprovabilidade da formação da vontade", conforme a lição de Jescheck, acima referida.

O Anteprojeto da OAB de maneira expressa consignou o princípio da responsabilidade subjetiva através do art. 17: "São responsáveis pelos crimes praticados através dos meios de comunicação: I — dolosamente, o autor da publicação ou transmissão, nas matérias assinadas ou por outra forma identificadas; II — culposamente".

32. RTJ 77/227: "...a Lei n. 5.250/67 não adotou a responsabilidade objetiva. Diz ela, ao invés, que a responsabilidade sucessiva constitui, nos casos em que é prevista, responsabilidade por culpa (art. 37, § 5.º)".

11. O princípio da personalidade da pena

O princípio da personalidade da pena é expressamente declarado pela Constituição ao estabelecer que nenhuma pena (criminal) passará da pessoa do condenado (art. 5.º, XLV).

O delito é produto da ação humana individualmente considerada, mesmo quando o evento típico decorre do concurso necessário ou eventual de mais de uma pessoa. A sanção penal, tanto sob a forma de pena como de medida de segurança, não pode ser aplicada ou executada contra quem não foi o autor ou partícipe do fato ilícito.

Tal princípio é vigorante também no campo da responsabilidade penal quanto aos crimes de imprensa. Daí a oportunidade da lição de Vicente Cernicchiaro, *verbis*: "A Lei de Imprensa — Lei 5.250, de 9.2.67 — adotou o conhecido sistema *par cascades* ou belga, embora o Brasil seja o país que o inscreveu pela primeira vez. Considerada a pluralidade de pessoas que participam da elaboração de jornais, a lei enumera quem, em ordem sucessiva, responderá pelo crime cometido através dos meios de comunicação. Cumpre guardar atenção à responsabilidade pessoal, vale dizer, individual (do indivíduo). *Não basta alguém constar do rol, e só por isso, arcar com o delito.* Duas razões imediatamente sobem à tona: a) é vedada a responsabilidade pelo fato de outrem; b) crime é conduta; sem ela ninguém comete delito algum. E essa conduta precisa reunir os elementos relevantes, consciência e vontade de praticar a ação ou omitir-se, havendo dever jurídico de atuar, pelo menos, culposamente".³³

33. Luiz Vicente Cernicchiaro, "Princípio da responsabilidade pessoal", em *Direito Penal na Constituição*, RT, S. Paulo, 1990, pp. 83-84 (grifos meus).

O Supremo Tribunal Federal, em precedente fundamental para o estudo da matéria, decidiu que não é inconstitucional o sistema da responsabilidade sucessiva, tradicionalmente acolhida pelo Direito brasileiro. Em seu voto, o relator, Min. Xavier de Albuquerque, salienta que o sistema da responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa é “mais velho do que a regra de que nenhuma pena passará da pessoa do delinquente”. (...) “... a regra da responsabilidade pessoal, também jamais desertou do direito constitucional pátrio”. E refere como paradigma histórico o processo do *Correio da Manhã*, instaurado por queixa de Epitácio Pessoa contra Mário Rodrigues, no qual a Suprema Corte ementou: “Não atenta contra a Constituição Federal o dispositivo da Lei de Imprensa criando a responsabilidade sucessiva dos cooperadores do crime”.³⁴

12. O princípio da proporcionalidade da pena

Além de consagrar a proteção à honra, da intimidade e da vida privada,³⁵ como nenhuma outra Carta Política o fizera, a Constituição instituiu expressamente o princípio da proporcionalidade da resposta em relação à gravidade da ofensa (art. 5.º, V). Depreende-se de tal proclamação que o princípio abrange também a resposta penal.

A expressão “agravo” (ou ofensa) utilizada pela Carta Política é sinônimo de dano ou lesão, como se poderá verificar pelo inc. X do mesmo artigo quando se refere à indenização como um direito decorrente da violação da intimidade, da

vida privada, da honra e da imagem das pessoas. A lei de imprensa usa a expressão “dano” (moral e material) como fatos geradores da responsabilidade civil (arts. 49, 51, 53, 54, 56 e 57).

Tais vocábulos não se confundem com o abuso que caracteriza uma das modalidades do comportamento indevido. A Lei 5.250/67 se vale desta expressão como denominador geral dos ilícitos penais, civis e administrativos (arts. 12 e 27).

13. O princípio da individualização da pena

A Constituição declara o princípio da individualização da pena quanto aos momentos da aplicação e da execução da pena (art. 5.º, XLVI e XLVIII). O princípio se reflete em disposições do Código Penal (arts. 59 e 60) e do Código de Processo Penal (art. 387).

O art. 37 da Lei de Imprensa consagrou o sistema da responsabilidade sucessiva em lugar da responsabilidade solidária instituída pela lei francesa de 1819 (art. 24), punindo os causadores do fato como autores e cúmplices.

Lembra Arruda Miranda que são quatro os sistemas conhecidos em torno da responsabilidade pelos crimes de imprensa: a) o solidário; b) o sucessivo; c) o misto e d) o das penas complementares. O primeiro era seguido na França pela referida Lei de 1819; o segundo, pelo direito belga; o terceiro pelo Édito Albertino de 1848 e o quarto, pelas legislações da Alemanha e da Áustria.³⁶

A Lei 5.250/67 adotou o sistema belga (*par cascades*),³⁷ estabelecendo

34. Em *Rev. do STF*, 67/78, citada pelo voto que se encontra na *RTJ* 77/226.

35. Constituição, art. 5.º, X — “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

36. *Comentários à Lei de Imprensa*, RT, S. Paulo, 1994, t. 2, p. 571.

37. Tal sistema já havia sido adotado em nosso País desde a Lei de 20.9.1830 e o Código Criminal do Império, de 16 de dezembro daquele mesmo ano.

como responsáveis, sucessivamente, pelos crimes cometidos através da imprensa, emissoras de radiodifusão e das agências de notícias: o autor, o editor, o impressor e o distribuidor (art. 37).

14. O princípio das reações alternativas à prisão

Na redação original do Código Penal de 1940, a privação da liberdade e a multa constituíam as duas únicas frentes de combate ao delito, na categoria das chamadas penas principais. Com a reforma operada pelas Leis 7.219 e 7.210, de 11.7.84 foram introduzidas a prestação de serviços à comunidade, as interdições temporárias de direitos e a limitação de fim de semana, como penas restritivas de direitos.

A Constituição de 1988 apresenta duas novas vertentes que deságuam na orientação doutrinária e jurisprudencial que defende a aplicação das penas alternativas: trata-se da obrigação de motivar as decisões judiciais e a da prestação social alternativa. Uma dirigida ao juiz; outra ao condenado. Ambas libertas dos males e dos preconceitos típicos das sanções tormentosas e infamantes. Com efeito, em nenhuma Carta Política anterior a difusão de hipóteses de reação penal e as molduras de segurança tanto individual como coletiva, apresenta-se com as fórmulas claras e impositivas como agora se verifica. A própria regra da individualização da pena, declarada em preceitos da Constituição e da lei ordinária, ganhou renovado vigor com a sua inclusão sistemática na abertura do elenco das sanções criminais.

A prestação social alternativa como variante da pena institucional, pode assumir as modalidades já previstas no Código Penal e avançar para outras que se mostrem necessárias e suficientes para reprová-lo e prevenir o delito. Assim também devem ser vistas as sanções penais de restrição da liberdade, de perda de bens e da suspensão de direi-

tos. Elas precisam ser consideradas na reordenação da Parte Especial do Código Penal e na elaboração das novas leis especiais — entre elas a futura lei de imprensa — não como efeitos da condenação, porém como espécies autônomas e independentes de penas criminais.

Para além das hipóteses das alternativas estabelecidas como penas propriamente ditas, o sistema criminal positivo pode e deve adotar medidas de restrição à liberdade e a outros bens através do processo penal. Em tais sentidos despontam as propostas de reforma setorial do Código de Processo Penal com as medidas restritivas de liberdade e de outros direitos, a transação penal, a suspensão do processo mediante prova e a ampliação dos limites da fiança. As primeiras constituem alternativas para as formas de prisão provisória (em flagrante, temporária, preventiva, resultante de pronúncia ou da condenação recorível). A transação penal implica no pagamento voluntário da indenização em favor do lesado, da multa e na aceitação da medida restritiva de direitos (cumulada ou alternadamente) enquanto a *probation* consiste numa espécie de antecipação do *sursis*. E a última pretende revigorar um instituto tradicionalmente desacreditado em face da inflação. Portanto, além das penas alternativas, isto é, de sanções especificamente tipificadas como tais, há necessidade de se adotarem outras modalidades de resposta. São as reações alternativas à prisão e que decorrem tanto do Direito Penal como do Direito Processual Penal.

É tempo da pena institucional perder o monopólio na luta contra o delito. O sistema positivo e a prática da justiça criminal devem se livrar da obstinação em ver a prisão como sinônimo exclusivo de pena, assim como lembra Michel Foucault, em sua vigorosa obra-denúncia: "De manière que si j'ai trahi mon pays, on m'enferme; si j'ai tué mon père on m'enferme; tous les délits imaginables sont punis de la manière la plus uniforme. Il me semble voir un médecin qui, pour tous les maux, a le même remède". (*Surveiller et punir*).

2 — DOUTRINA NACIONAL

A CRIMINALIDADE E OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSAS

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Advogado e Professor da UNESP

Viver, matar, morrer
Pelos jornais
Se tudo é ver prá crer
Nada é demais
("Matou a família e foi ao cine-
ma", Lobão e Ivo Meirelles)

1. Notas introdutórias — 2. Os meios de comunicação de Massas e o delito
— 3. Mídia e a sua disciplina legal — 4. Notas finais: três distintos caminhos.

1. Notas introdutórias

Notícia sobre crime fascina a população desde há muitos séculos. Na Idade Média os bardos percorriam povoados difundindo seus romances, os quais, em sua maior parte, narravam histórias de assassinatos. As execuções eram públicas e se constituíam em um espetáculo em que se acendia a violência. O desaparecimento do suplício, a partir do final do séc. XVIII e começo do XIX, a despeito de espetáculos dantescos ainda isolados, marca o fim da festa da punição que tanto fascinava as pessoas.

O criminoso vem descrito, desde tempos imemoriais, como um delinqüente injusto, antipático, aético e egoísta. Sempre apresenta antecedentes criminais, cometendo seu crime de acordo com um plano preestabelecido por um grupo de extrema potencialidade delitosa. Seus motivos não afloram com clareza, mas certamente são de natureza superficial, baixos e em descompasso com a maneira de viver do bom pai de família. A busca do dinheiro ou a sanha de vingança sempre aparecem como

elementos caracterizadores da personalidade do criminoso. Pronto; o estereótipo foi criado e a mídia o reforça.

O fascínio que o crime e o criminoso exercem tem duas funções para o ser humano. A primeira é de diferenciar o "homem de bem" do criminoso. O reforço do seu estereótipo permite não deixar dúvidas quanto à condição de pessoas honestas a que cada um se atribue. Além disso, serve para manifestar "uma incompreensibilidade da natureza humana; deve se ver no crime mais que uma fraqueza ou uma doença, uma energia que se ergue, um brilhante protesto da individualidade humana" quanto àquilo que não se compreende com perfeição e que escapa aos domínios do homem.

2. Os Meios de Comunicação de Massas e o delito

"Os jornalistas justificam a própria traição de várias maneiras, de acordo

1. Michel Foucault, *Vigiar e punir*, 3.^a ed., Petrópolis, Vozes, 1984, p. 254.

com o temperamento de cada um. Os mais pomposos falam de liberdade de expressão e do 'direito do público a saber'; os menos talentosos falam sobre a Arte; os mais decentes murmuram algo sobre ganhar a vida". (*O Jornalista e o assassino: uma questão de ética*, de Janet Malcolm).

A comunicação de massas tem importante função na formação dos valores da sociedade. Desde que o indivíduo nasce há uma conformação de esferas que acompanham o despertar do homem para as relações sociais. São as influências familiares, a educação, os grupos de amizade e convivência, a escola, a igreja e etc. Dentro deste contexto — de formação de valores — não podemos deixar de mencionar a fundamental importância que têm os meios de comunicação a influenciar na conformação das atitudes humanas e em suas formas de conduta.

A mídia transmite uma imagem codificada de mundo. Tem a capacidade de alterar o conteúdo e significado da própria realidade. Os meios de comunicação fazem parte do processo de socialização do indivíduo, processo que, ainda que comece com mais intensidade na infância, é contínuo até a morte. Portanto, de uma maneira ou de outra, as mensagens que são transmitidas passam a integrar a maneira de ser da população que está submetida a sua influência.² O mundo atual, mundo das comunicações, vive da ficção, da fantasia, em que a definição da realidade assume um papel maior que a própria realidade. As notícias disseminam-se com rapidez incontrolável e com cores muito fortes: textos e imagens, fotos e vídeos, depoimentos e closes revelam a crueza dos acontecimentos — corpos mutilados, nus,

desfigurados; vidas devassadas sem qualquer pudor ou respeito pela privacidade; armas sofisticadas são retratadas em profusão; histórias de premeditação, de infortúnios e de deslizos morais. Nada escapa ao arguto olhar do repórter/narrador que passa seu percuciente olho clínico pela realidade, construindo seu próprio objeto de investigação e análise.³

Sentimentos intensos e ocultos como a agressividade, os preconceitos sociais, raciais e morais e, principalmente, o medo, ganham vida própria no grande espetáculo. "O medo é o sinal de alarma que nos alerta quanto à necessidade de nos defendermos de um perigo (ou ameaça), precavendo-nos contra ele, enfrentando-o, vencendo-o, ou fugindo dele. Se, por um lado, a ausência dessa capacidade é anormal, podendo chegar a ser patológica, por outro lado, o exagero e as distorções das emoções, dos sentimentos e das sensações igualmente o são. A grande maioria da população é constituída por aqueles que têm medo de vir a ser vítimas dessa violência, e que, em números praticamente insuscetíveis de serem conhecidos, provavelmente maiores do que os que aparecem, vêm efetivamente a sê-lo, ou que, em números por sua vez calculáveis, estão sendo, ao mesmo tempo, sujeitos ativos e passivos de uma espécie de elaboração do seu medo, que pode levá-los a serem, eles mesmos, autores de violência".⁴

A quem interessa a difusão e a propaganda da insegurança? Evandro Lins e Silva, citando o jornalista Luiz Lobo,

3. Sérgio Adorno, "Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal do júri", *Revista USP*, n.º 21, mar.-mai./94, p. 137.

4. Armida Bergamini Miotto, "Vítimas da violência nos grandes centros urbanos: o medo continuamente estimulado", *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., v. 5, pp. 62-3.

2. Lola Anyar Castro, "Prevención del delito y medios de comunicación: entre la vaguedad y lo imposible"; *Derecho penal y Criminología*, Bogotá, v. 9, 1989, p. 121.

conclui que: “a paranóia, o medo e a sensação de insegurança interessam somente àqueles que exploram o crime, seja de que maneira for, interessam apenas àqueles que não estão interessados em resolver os verdadeiros motivos da violência, aos que usam a desculpa da violência para serem violentos.”⁵

Qualquer informação sobre um determinado tema concorre para disseminá-lo. Documentários sobre pesca estimulavam pescadores, assim como shows de astros da música popular despertam novos talentos. As reportagens de John Reed sobre a revolução bolchevique de 1917 trouxeram informações que propagaram o comunismo. Os programas de TV, especialmente os telejornais sensacionalistas não poderiam fugir à regra. Eles encorajam novas vocações policiais e inspiram seqüestradores...⁶

Segundo a teoria da aprendizagem social, de Albert Bandura, citado por Schneider, o comportamento se aprende, não somente através do êxito, mas também através da observação de modelos, ou seja, através da experiência vivida por outros. Os homens criam por meio de sua conduta condições sociais que, por sua vez, influem em seu comportamento. Os homens não aprendem só formas de conduta, mas também orientações e justificações de seu comportamento a partir de estereótipos sociais, de pré-conceitos. As noções de valor e estilos são ajustadas em face do comportamento que se supõe dominante, uma vez que imagina-se ser esta a postura praticada pela maioria da população. Os meios de comunicação de massas se amoldam a semelhantes noções de valor

da opinião pública, mas também os modificam e formam. Formam e deformam o comportamento social.⁷

As mais recentes discussões sobre o tema apontam a inescandível relação entre a mídia e a violência. Em seminário internacional sobre o tema, que contou com as presenças do filósofo Henri Pierre Jeudy, do jurista Alessandro Baratta, da criminóloga Lolita Aniyar de Castro, dentre outros, realizado no Rio de Janeiro no mês de julho de 1993, muito se discutiu sobre o tema. Os debates indicaram, em linhas gerais, que a mídia não é um simples espelho da realidade, mas é uma própria intervenção sobre a realidade. A mistura do real e do imaginário traz um processo de intervenção que transmite à realidade cenas do próprio imaginário, além de fazer com que o imaginário se influencie pelo real. Demonstrativo disso foi o ocorrido no metrô de Paris. Recentemente, pelo monitor de TV que controla uma das estações da capital francesa, um segurança acompanhava os circunstâncias. Paralelamente, em outro monitor, assistia a um filme na TV. Repentinamente, passa a verificar um grande movimento no monitor que transmitia os fatos reais e nota que, num dos corredores do metrô há uma tentativa de estupro. Acostumado com a violência do imaginário, o segurança ignora a violência da realidade, como se não fosse a sua função combatê-la. O crime é evitado por populares que ouviram o grito da vítima, sem que o guarda tomasse qualquer providência. Aqui, imagem e acontecimento são faces de uma mesma moeda, e o imaginário se sobrepõe ao real; o real se alça à condição de imaginário! Não mais se vê o real e sim o real mediatizado. A verificação da

5. Evandro Lins e Silva, “De Beccaria e Filippo Gramatica”, *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*, Rio, Forense, 1992, p. 23.

6. Eugênio Bucci, *O peixe morre pela boca: oito artigos sobre cultura e poder*, S. Paulo, Scritta Editorial, 1993, pp. 113-4.

7. Hans Joachim Schneider, “La criminalidad en los medios de comunicación de masas”, *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, 11/154.

violência na TV transformou-a num objeto universal de fascinação, num espetáculo planetário.

A influência da mídia sobre a violência, recentemente, além da preocupação dos criminólogos ganha a preocupação das próprias redes de TV americanas. A imprensa escrita noticiou amplamente a reunião entre os quatro principais canais de televisão — ABC, CBS, NBC e FOX — além de inúmeros congressistas, para reduzir o impacto da violência na TV. Este acordo, basicamente, visa a evitar um sistema de códigos de censura a programas de TV com um alerta aos pais antes da exibição de filmes violentos.⁸

Acrescente-se a isso o fato de que, em nosso país, a mídia tem laços profundos de ligação com os poderes públicos. Os registros do Ministério das Comunicações apontam 73 deputados e ex-deputados (legislaturas de 87 a 93) como proprietários de 133 emissoras de rádio e televisão. Dezesesseis desses parlamentares são integrantes da Comissão de Ciência e Tecnologia e Comunicações — que aprova as concessões de canais propostas pelo Executivo.⁹ Neste sentido, o que se convencionou chamar de “opinião pública” é mais do que tudo opinião privada, que como tal não exprime qualquer competência política dos sujeitos no processo de formação da “vontade popular”. Sabemos que as sondagens de opinião são menos instituições da democracia representativa e

da participação popular e mais instrumentos da tecnologia do poder.¹⁰

O senso comum, transmitido pelas redes de TV, especialmente pelos programas policiais, apontam, por exemplo, um crescimento vertiginoso da criminalidade na capital carioca. No entanto, segundo dados de pesquisa do ISER, com apoio da FAPERJ, e coordenada pelo Prof. Luiz Eduardo Soares, o número de homicídios diminuiu de 371 por cem mil habitantes (no ano de 1990) para 358 (p/c.m.hab.) em 1992. No que concerne aos delitos contra o patrimônio houve uma pequena queda do ano de 1988 para 1992. De 1.071 para 1.051 por cem mil habitantes. Tais dados, se comparados com índices de duas grandes cidades norte-americanas, Washington e Nova Iorque, mostram que elas apresentam índices de criminalidade ainda mais elevados.¹¹

Nas regiões marginais, assim como nos países centrais, os meios de comunicação de massas não se limitam a proporcionar uma falsa imagem da realidade, mas a produzir a própria realidade. “A capacidade reprodutora da violência dos meios de comunicação de massa é enorme: na necessidade de uma criminalidade mais cruel para melhor excitar a indignação moral, basta que a televisão dê exagerada publicidade a vários casos de violência ou crueldade gratuita para que, imediatamente, as demandas de papéis vinculados ao estereótipo assumam conteúdos de maior crueldade e, por conseguinte, os que

8. Este pacto foi noticiado pelo *Jornal do Brasil* de 1.º.7.93, na p. 15, e pela revista semanal *Newsweek*, de 12.7.93. Esta, em matéria bastante extensa, apresenta todos os dados referentes à violência na TV norte-americana, de um simples soco aos mais graves crimes de morte (fls. 46/8), relacionando sua influência sobre a população.

9. Lúcio Vaz, “Deputados têm 133 emissoras de rádio e TV”, *Folha de S. Paulo*, 23.6.93, Caderno 1, p. 8.

10. Alessandro Baratta, “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale”, *Il diritto penale minimo*, Bologna, n. 3, set.-dez./85, p. 451.

11. Breve síntese do resultado da pesquisa “Criminalidade urbana: o Rio de Janeiro no contexto internacional”, trabalho apresentado no Seminário Interdisciplinar sobre mídia e violência urbana, Rio de Janeiro, 1 e 2 de julho de 1993.

assumem o papel correspondente ao estereótipo ajustem sua conduta a estes papéis.¹²

A mídia se outorga a si mesma o papel de mera reprodutora da informação. Seu papel seria o de exercer a função de simples espelho da realidade, transmitindo os fatos em face das ocorrências existentes no curso dos acontecimentos. No entanto, na realidade, entre o jornalista e a audiência se estabelece um acordo comunicativo e uma confiança socialmente negociada.¹³ Assim, a notícia não é nunca um espelho da realidade, mas sim um objeto construído, não obstante tentar parecer espelho dessa realidade.¹⁴ A liberdade de imprensa, tão característica das sociedades democráticas se impõe à totalitária lei do espetáculo.¹⁵

12. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, Rio, Revan, 1991, p. 131.

13. Isso pode ser ainda mais evidenciado com a TV interativa, em que o telespectador tem influência ativa no resultado da estória que se narra. Por outro lado, a confiança entre o jornalista e seu interlocutor, pode ser aferida pela eleição de vários profissionais da área. Nas eleições de 1994, por exemplo, um dos deputados federais mais votados em São Paulo foi um dos jornalistas do programa "Aqui Agora".

14. Em 1984, o médico Jeffrey MacDonald, condenado pelo assassinato da esposa e das duas filhas, moveu um processo inaudito contra um jornalista que escrevera um livro sobre ele, baseado em entrevistas feitas durante o julgamento e na prisão. A conclusão do jornalista é de que o condenado era um psicopata e seu livro acaba por denegrir a imagem do condenado, com cores ainda mais dramáticas do que a realidade apontava. O processo acabou resultando em uma indenização de mais de US\$ 300.000, a ser paga pelo jornalista ao condenado por homicídio. Janet Malcolm, com brilhantismo, analisa a relação entre a ética e o jornalismo, no livro *O jornalista e o assassino*, editado em 1993 pela Cia. das Letras.

15. Raúl Cervini, "Incidencia de la "mass media" en la expansión del control penal en

O estado subjetivo de insegurança acaba por influenciar, inexoravelmente, o funcionamento da justiça criminal e intervir na própria criação da legislação penal. Isto se dá através da exploração hábil da variável "medo" do crime que pode distorcer a realidade das estatísticas. O significado real das medidas desenvolvidas em estudos americanos dependem, segundo Lynch, de modo considerável, do contexto político em que eles são pesquisados. Assim, o condicionamento desta variável, embora não crie uma manipulação física dos números, traz alterações significativas no resultado final do tema objeto de estudo. Dessa forma, a "guerra ao crime", matiz de ordem político, acabou por produzir modificações de opinião, não somente no plano puramente acadêmico, como também na própria estrutura da administração penal. A opinião pública passa a ser, pois, uma força relevante na determinação da própria política criminal.¹⁶

3. Mídia e a sua disciplina legal

"A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria". (Karl Marx, *A liberdade de Imprensa*).

No plano propriamente dogmático, a primeira dificuldade com que se defronta o estudioso do tema é o de estabelecer quais procedimentos podem disciplinar a delicada tensão entre alguns bens constitucionais em conflito. Se de um lado temos a livre manifestação do pensamento e a plena liberdade de comunicação (independentemente de censura), conforme art. 5.º, IV e IX da

latinoamérica", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, jan.-mar./94, pp. 45-6.

16. Michael J. Lynch, "Percezione del reato da parte del pubblico" in *Criminologia e società*, Milão, Giuffrè, 1987, p. 208.

Constituição Federal, encontramos, em contrapartida, o devido processo legal, a presunção de inocência e a proteção da honra e intimidade das pessoas (conforme art. 5.º, X, LIV, LVII da Carta de 1988). Entre nós a dificuldade é ainda mais agravada. Em face dos sucessivos períodos de nossa história que tivemos a imprensa amordaçada, com objetivos que buscavam o obscurantismo e o despotismo — coisas que muito freqüentemente caminham juntas — é natural que fosse o anseio de todos a plena liberdade de imprensa, sem peias. No entanto, a ausência de limites acaba por ferir certos direitos, todos eles constitucionalmente assegurados. Por certo que nós todos nos lembramos das conseqüências advindas da irresponsável cobertura de um episódio jornalístico, ocorrido há algum tempo em São Paulo, em que os donos de uma escola infantil foram ferozmente crucificados pela imprensa de todo o país por uma acusação que não tinha qualquer base material. Foram presos, sua escola depredada, suas honras atingidas, suas reputações destruídas, suas fotos publicadas na capa dos jornais com manchetes desairosas. Qual o resultado desse pré-julgamento? Processualmente nada aconteceu. Não houve sequer denúncia contra os acusados!

O ilustre magistrado, Ranulfo de Melo Freire, em discurso proferido ao se aposentar do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, com a propriedade de sempre, asseverou: “País em que é incipiente a formação de uma sociedade de estrutura democrática (34 e 64, antes de exceção, figuram apenas como momentos expressivos de um regime de arbítrio), não é fácil o ministério de julgar. Com o ouvido e a vista empanados de som e imagens (rádio e canal de televisão) pregando o extermínio indiscriminado do marginal, não sei com que armas o meu Tribunal de Alçada Criminal (não só agora mas

desde a geração de juízes que integram o Tribunal de Justiça) pode e pode travar a luta pela consecução do devido processo legal. E já se observou que à medida que cresciam a violência e o arbítrio, o TACRIM — sem se dar conta, talvez — ampliava, nos julgamentos, os mecanismos de defesa”.¹⁷

A preocupação com o devido processo legal é constante na doutrina estrangeira. A 5.ª Emenda da Constituição Americana garante a cada um, inclusive àquele que é acusado criminalmente, que ele não será privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. O nome do acusado, se citado pela Imprensa, não pode ser, antes da condenação definitiva, acompanhado de termos como “ladrão”, “assassino”, “sequestrador” etc., pois vige o princípio da presunção de inocência. É estreme de dúvidas, para a doutrina americana, que o *due process of law* é atingido por algumas coberturas feitas pela mídia. A Suprema Corte, em decisão de 1961, no caso “Irvin versus Dowd”, sustentou que a exposição a que os jurados são submetidos pela mídia viola o direito do acusado de ver garantido o devido processo legal. Mais tarde, em decisão de 1963, no caso “Rideau versus Loïsiana”, nova decisão foi proferida pela Suprema Corte, com o mesmo teor da decisão anteriormente citada.¹⁸

Na Alemanha, desde a decisão do Tribunal Federal, de 15.2.90, se assentou que “são os júris populares quem mais correm o risco de sofrer a influência da intervenção dos meios de comunicação desfavoráveis a um impu-tado ou a um acusado”.

17. Alberto Zacharias Toron, “O indevido processo legal, a ideologia da “law and order” e a falta de citação do réu preso para o interrogatório”, in *RT*, n. 685, Nov./92, p. 279.

18. Harvey L. Zuckman, *et alii Mass communications law in a nutshell*, St. Paul, West Publishing Co., 1988, pp. 209-10.

Entre nós, embora a manifestação do pensamento tenha sido acolhida com a mais ampla abrangência (fato esse que deve ser motivo de júbilo), independentemente de censura ou licença, o “próprio dispositivo constitucional estabelece que tais liberdades não poderão ser exercidas com desrespeito a outras normas previstas constitucionalmente como, por exemplo, a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, prevista no art. 5.º, X. Como visto, trata-se de uma limitação àquelas liberdades, o que, contudo, não representa um cerceamento, mas apenas uma garantia de que não serão praticadas abusivamente, ofendendo direitos de outrem”.¹⁹

Como se vê, embora não possamos ter — e não devamos ter — a censura de natureza política, ideológica, ou mesmo de ordem moralista, o exercício da liberdade de imprensa esbarra em outros direitos e garantias igualmente previstos na Constituição. Um filme concitador à prática do racismo deve ter sua exibição delimitada. Se o Estado zela para que os direitos fundamentais sejam observados, não é razoável que em favor da liberdade de imprensa — mesmo quando ela já assume formas ilícitas em seu exercício — estejam os Poderes Públicos inibidos de prevenir tais atentados. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, ao comentarem a possibilidade da existência da censura, sempre ponderando outro bem a ser atingido, afirmam: “Se certos atos, a pretexto de exercício de livre expressão do pensamento, podem assumir uma feição até mesmo delituosa, não se vê como esteja o Estado em condições de evadir-se ao dever de prevenir e reprimir essa criminalidade. Em conclusão, nada obstante a falta de previsão constitucional para

o exercício formal da censura, quer-nos parecer que esta se mostre cabível, quando no fundo, embora com outro nome, assuma as feições de um mero poder de polícia. É igualmente cabível quando extravasa o seu campo normal para adentrar o da criminalidade”.²⁰

Em 24.3.92, através da Portaria 3/92, o MM. Juiz Geraldo Francisco Pinheiro Franco, então Corregedor da Polícia Judiciária da Capital, em face do afloramento do problema de forma aguda, resolveu disciplinar a concessão de entrevistas, por aquele que acabara de ser detido acusado de algum crime, mediante prévia autorização do juiz corregedor e concordância voluntária e expressa — além de ser feita por escrito — daquele que sofria a custódia penal. Na justificativa da portaria mencionam-se “as garantias individuais dos suspeitos, em face da realização de verdadeiros interrogatórios por quem não tem poderes para esse fim”, além de se ressaltar a necessidade de “ser preservada a dignidade da pessoa humana e de se evitar prejuízo aos cidadãos em decorrência de afirmações precipitadas e distorcidas acerca de fatos delituosos perante quem não tenha poderes constitucionais para delas conhecer e valorar”. É, pois, uma clara restrição àquele direito de informar a que aludimos anteriormente.

4. Notas finais: três distintos caminhos

Várias são as formas de solução para ponderação entre os bens em conflito apontados no começo deste tópico. A primeira opção é a de não haver qualquer censura, nem mesmo autocensura, para os meios de comunicação. Em se ferindo algum bem jurídico tutelado pela lei, em face da publicação irresponsável por algum órgão da imprensa,

19. Price Waterhouse, *A Constituição do Brasil de 1988: comparada e comentada*, S. Paulo, s/e. 1989, p. 821.

20. *Comentários à Constituição do Brasil*, S. Paulo, Saraiva, 1989, 2.º v., pp. 83-4.

este estaria obrigado a reparar o dano causado. Dois são os inconvenientes dessa solução. Alguns bens — vida e honra, por exemplo — são insuscetíveis de reparação ou, pelo menos, é de grande dificuldade sua valoração. O segundo inconveniente ocorre em países (como o nosso) em que danos morais só são mensurados em valores pecuniários de forma irrisória. É assim que, não raro, temos condenações dessa natureza em 20 salários-mínimos. Isso decorre, fundamentalmente, em face da inexistência de uma “cultura da responsabilidade civil”.²¹ Sem prejuízo da responsabilidade civil, evidentemente, estariam os infratores se responsabilizando penalmente pelos fatos delituosos praticados.

A segunda alternativa é a da autocensura, considerando-se caso-a-caso os bens em jogo. Como não se pode hierarquizar os direitos em conflito, deve-se examinar o caso concreto. Quando o interesse na informação for prioritário à proteção outorgada ao indivíduo, a órbita individual deverá ceder espaço ao interesse público de ter acesso à notícia. Caso contrário, prevalece o interesse individual.²² Outra sugestão, ainda dentro da proposta de autocontrole da mídia, é a de se fazer “um esforço organizado para elevar o nível educacional e cultural das massas populares, orientando-as em seu interesse para uma atividade mais sã e construtiva, a fim de se obter uma censura espontânea e eficaz contra este tipo de notícia”.²³ A nosso ver esta é a proposta mais consentânea com um país que tenha uma sociedade civil

organizada e atuante e que, em face de um caso concreto, tenha noção do poder que o destinatário da informação tem. Vê-se, não raro, nos Estados Unidos da América, campanhas de boicote contra determinado órgão da imprensa pela publicação impensada com que se houve em determinado caso. Não nos parece ser o caso do Brasil. Ademais, sempre que houvesse dúvida acerca de qual bem devesse prevalecer, ficaríamos dependendo de uma decisão de nosso Poder Judiciário, muitas vezes moroso, o que poderia acabar sacrificando o bem jurídico que se pretendia tutelar. Por derradeiro, aquelas objeções apontadas anteriormente quanto a uma possível indenização, também se aplicariam a esta hipótese.

A terceira alternativa para solução do problema é a de se criar mecanismos legais impeditivos da publicação da notícia, de tal forma que se preservem os bens jurídicos que eventualmente possam ser atingidos por sua divulgação (presunção de inocência, devido processo legal, intimidade etc.). O código de menores de 1979, em seu art. 63 proibia a divulgação de procedimento judicial relativo a menor. O Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma semelhante, no art. 247, veda a divulgação “por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial administrativo ou judicial relativo a criança ou ao adolescente a que se atribua ato infracional”. Não se trata de criminalizar tal conduta como o fazem certas legislações.²⁴ Afinal, não podemos nos afastar da idéia de que o Direito Penal é a última *ratio*, a derradeira instância de controle social. Por outro lado, não se deve permitir que, principalmente antes da culpa formada, na fase do inquérito policial, antes de se demons-

21. Trabalho completo sobre o tema podemos ver no ainda insuperável José de Aguiar Dias em obra, recentemente reeditada, *Da Responsabilidade Civil*.

22. Pilar Gómez Pavón, *La intimidación como objeto de protección penal*; Madrid, Akal/Iure, 1989, p. 80.

23. Israel Drapkin, “I mezzi di comunicazione di massa e la criminalità”, in *Criminologia e società*, Milão, Giuffrè, 1987, p. 231.

24. O Código Penal Francês, por exemplo, criminaliza os “atentados à vida privada”, no art. 368 e ss.

trar que haja elementos mínimos para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, que se exerce publicamente a pessoa que é mera suspeita do fato delitivo. Some-se a isso as dificuldades que o próprio suspeito tem em demonstrar a sua não culpa na fase inquisitorial prévia existente em nosso processo penal. No mais das vezes, a permissão de divulgação do nome dos suspeitos de um determinado crime só facilita ao delegado conseguir aqueles “5 minutos de glória”, ao aparecer dando entrevista aos jornais noturnos televisivos, sem acrescentar absolutamente nada ao fato jornalístico que se pretende divulgar.²⁵

25. Caso significativo, verdadeira referência para o tema, é da “Escola Base”, em que

Assim, a não divulgação dos nomes de meros suspeitos — à semelhança do que faz o Estatuto da Criança e do Adolescente — poderia servir para preservar não só a honra e intimidade dos suspeitos ou acusados, mas, principalmente, garantir-lhes o devido processo legal e o não atingimento do princípio da presunção de inocência.

o delegado que presidia o inquérito policial, taxativamente afirmou, baseado em laudo lacônico e genérico, que os donos daquela escola infantil tinham praticado atentado violento ao pudor e estupro contra alguns de seus alunos. Mais tarde demonstrou-se que tais fatos não eram verdadeiros tendo sido o caso arquivado, posto que não apurada a materialidade daqueles delitos.

A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

SYLVIA HELENA STEINER MALHEIROS

Procuradora Regional da República em São Paulo,
Pós-Graduada em Direito Internacional Público
na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A partir da promulgação, em nossa legislação interna, dos textos convencionais conhecidos como Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Interamericana de Direitos Humanos — Dec. 592, de 6.7.92 e 678, de 6.11.92, respectivamente — intensificou-se nos meios acadêmicos e em diversos organismos governamentais e não governamentais a discussão sobre a eficácia e aplicabilidade das normas neles contidas em integração com as normas de direito interno. Antes, porém, entendemos necessário estudar o fundamento da existência de normas internacionais de proteção aos chamados direitos fundamentais da pessoa humana, a evolução do conceito de direitos e garantias individuais e coletivos, e o alcance de tais normas diretrizes dentro da comunidade mundial, marcada pelas diferenças sociais, econômicas, políticas e culturais. Nesse rumo, iniciamos tal análise pelo primoroso texto de Paulo Bonavides — “A Nova Universalidade dos Direitos Humanos”¹ — que aponta para o aprofundamento do conceito de universalidade, ou de nova concepção dos direitos humanos, nos ordenamentos internos e internacionais, sem a pretensão, por certo, de abranger todos os enfoques que a temática permite. Tentaremos, nos estreitos limites de que dispomos, interpretar alguns dos concei-

tos trazidos pelo Autor do referido texto.

Primeiramente, cumpre deixar claro que não entendemos necessário o aprofundamento na discussão sobre a diferenciação entre “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais”. Paulo Bonavides, no citado texto, conclui ser a diferença apenas terminológica, sendo a expressão “direitos fundamentais” mais a gosto dos publicistas germânicos, enquanto que os anglo-saxões e latinos preferem referir-se a “direitos humanos” ou “direitos do homem”.

Jorge Miranda, grande constitucionalista português, enfatiza que esta expressão “traduz bem a idéia de direitos do homem, só por ser homem, e direitos que, por isso mesmo, são comuns a todos os homens”.² De qualquer forma, segundo o Autor, a expressão “direitos do homem” é a que prevalece no Direito Internacional, quer pela sua consagração nos textos fundamentais, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, até a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, quer por deixar clara a atinência de tais direitos aos indivíduos, e não aos Estados ou outras entidades internacionais. Deixamos por fim ressalvado que o mesmo Autor, na magnífica obra citada, evita a expressão que tem por consagrada, preferindo referir-se

1. De Paulo Bonavides, in *Nomos*, Fortaleza, n. 9/10, pp. 1-13.

2. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Ed., 1988, t. IV, p. 50.

sempre ao rol de “direitos fundamentais”.

Comum, também, utilizarem-se os autores de expressões como “direitos civis, direitos políticos, direitos econômicos, direitos sociais, direitos subjetivos públicos”.

A nossa Constituição Federal traz expresso o princípio da “prevalência dos direitos humanos” (art. 4.º, II). A Carta da ONU, no seu preâmbulo, reafirma sua fé nos direitos fundamentais, e já no seu art. 1.º coloca entre seus propósitos o de promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, à semelhança da Carta da OEA, na qual os Estados Americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana. De qualquer forma, a utilização indistinta de quaisquer dos termos aprovados pelos doutrinadores e pelos textos legais não compromete a compreensão e o alcance dos princípios que deseja propagar.

Há várias concepções básicas do que sejam os direitos fundamentais. Do ponto de vista formal, seriam os direitos que as constituições e os textos convencionais qualifiquem como tal, ou, ainda, os direitos que recebem tratamento constitucional ou convencional diferenciado. Do ponto de vista material, seriam tais direitos aqueles referentes a valores e princípios consagrados pelas Constituições, valores esses históricos e filosóficos que acompanham os seres humanos desde os primórdios da história. Grande parte dos que abraçam tal concepção entendem que tais valores básicos estão relacionados à liberdade e à dignidade do ser humano, daí abstraindo-se a universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.

Ainda nos reportando a Jorge Miranda, vemos apontadas outras concepções: a) concepções jusnaturalistas (os direitos do homem como imperativos de Direito Natural, anteriores e superiores à vontade do Estado) e concepções positivistas (os direitos do homem como faculdades

outorgadas e reguladas pela lei positiva); b) concepções idealistas (os direitos do homem como idéia que se projeta sobre o processo histórico) e concepções realistas (os direitos do homem como expressão da experiência ou das lutas políticas, econômicas e sociais); c) concepções objetivistas (os direitos do homem como realidades em si ou como valores objetivos ou decorrências de valores) e concepções subjetivistas (os direitos do homem como faculdades da vontade humana ou como manifestações de autonomia); d) concepções contratualistas (os direitos do homem como resultado do contrato social, como a contrapartida para o homem da sua integração na sociedade) e concepções institucionalistas (os direitos do homem como instituições inerentes à vida comunitária).³

Sobre o problema da diversidade de fundamentações sobre as quais se assenta a persecução doutrinária, socorremos de Bobbio,⁴ para quem “a fundamentação absoluta não só é ilusória como, algumas vezes, é um pretexto para defender posições reacionárias. Não se trata, pois, de a encontrar, mas de procurar os vários fundamentos possíveis dos direitos fundamentais. O problema de fundo dos direitos do homem é hoje não tanto o de os justificar quanto o de os proteger, e este é um problema não filosófico, mas sim político”.

A idéia de universalidade dos direitos humanos surgiu quando reconhecida expressamente na declaração francesa de 1789. Ao contrário da declaração americana, que ganhava em concretude dos direitos apontados e perdia em abrangência, a declaração francesa tinha por destinatário o ser humano. Era mais abstrata em seus princípios, porém mais abrangente.

3. Op. cit., p. 40.

4. Norberto Bobbio, “Sul fondamento dei diritti dell'uomo”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1965, p. 301 e ss.

A declaração francesa exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua institucionalização: direito à liberdade, direito à igualdade, direito à fraternidade. Substitui-se assim, neste momento, a universalidade abstrata e metafísica do jusnaturalismo pela universalidade material e concreta, assentada em princípios norteadores dos sucessivos e cumulativos instrumentos de proteção a tais direitos.

Por tais razões, a doutrina adotou metodologicamente as expressões “direitos de primeira, de segunda e de terceira geração” para tentar melhor associar os princípios fundamentais trazidos pela Carta francesa à evolução da positividade das normas de proteção e garantia de direitos fundamentais.

A expressão tem merecido críticas de alguns dos mais modernos publicistas. Entre nós, é sempre de ser lembrada a lição de Cançado Trindade, para quem todas as “categorias” de direitos devem ser apropriadamente examinadas à luz da unidade fundamental da concepção dos direitos humanos. Para o Autor, as propostas de categorizações dos direitos fundamentais estariam muito mais ligadas à operação dos meios de sua implementação, que remontam à fase legislativa de elaboração dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Ainda assim, afirma o Autor ser artificial tal categorização, nesse passo enfatizando: “Além disso, a analogia da sucessão generacional de direitos, do ponto de vista da evolução do direito internacional nesta área, sequer parece correta; tudo indica haver um certo descompasso entre a evolução da matéria no direito interno e no direito internacional, evolução essa que aqui não se deu *pari passu*. Assim, por exemplo, enquanto no direito interno (constitucional) o reconhecimento dos direitos sociais foi historicamente pos-

terior ao dos direitos civis e políticos, no plano internacional ocorreu o contrário, conforme exemplificado pelas sucessivas e numerosas convenções internacionais do trabalho, a partir do estabelecimento da OIT em 1919, muitas das quais precederam a adoção das convenções internacionais mais recentes voltadas aos direitos civis e políticos”.⁵

Vemos que a idéia de proteção dos direitos do homem, de qualquer forma, se originou no âmbito de legislações internas, como o *Bill of Rights*. O conceito interno se internacionalizou fundamentalmente depois da segunda Grande Guerra, quando a proteção de referidos direitos passou a ser vista como essencial para a manutenção da paz e da ordem internacionais. Portanto, em que pesem as procedentes críticas do mestre brasileiro, a divisão metodológica dos direitos fundamentais em gerações, longe de significar sua sucessividade, permite uma melhor aferição da evolução do próprio conceito de direitos fundamentais, e melhor análise dos instrumentos internacionais que vieram a dar-lhes novo alcance e eficácia.

Dentro dessa opção, repetimos, apenas metodológica, apontamos como documento geratriz de todos os demais documentos atinentes à proteção internacional dos direitos humanos a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pelas Nações Unidas em 1948.

Segundo bem delineado por Max Sorensen,⁶ “A pesar de la amplia variedad de su contenido, la Declaración Universal fue proclamada como norma común de realización para todas las personas y todas las naciones, pero no fue redactada en forma de tratado que impusiera obligacio-

5. Antonio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Saraiva, S. Paulo, 1991, p. 41.

6. *Manual de Derecho Internacional Público*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 480 e ss.

nes contractuales a los Estados. No obstante, la Declaración — como carta internacional de derechos humanos — ha ganado una considerable autoridad que no puede ignorarse como guía general para el contenido de los derechos y de las libertades fundamentales, tal como son entendidos por los miembros de las Naciones Unidas. Frecuentemente se hace referencia a ella en las constituciones nacionales y en otras legislaciones, en decisiones judiciales y también en instrumentos internacionales”.

A partir da Declaração Universal, iniciou-se a preparação de pactos específicos para a proteção específica dos direitos e garantias previstos na Carta, resultando a edição e abertura à adesão dos Pacto de Direitos Civis e Políticos e Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, daí advindo a antes referida categorização dos direitos fundamentais em direitos de primeira geração, em regra os contidos no Pacto de Direitos Civis e Políticos, e direitos de segunda geração, em regra contidos no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ambos os Pactos contêm disposições relativas aos direitos dos povos e das coletividades, os chamados direitos de solidariedade, os quais os doutrinadores categorizam como direitos de terceira geração.

Voltando à classificação trazida por Paulo Bonavides, teríamos nas três “categorias” de direitos protegidos a implementação dos princípios da Declaração francesa de 1789: os direitos civis e políticos como expressão do princípio da liberdade; os direitos econômicos, sociais e culturais como expressão do direito à igualdade. E os direitos dos povos, à sua autodeterminação, ao desenvolvimento, como expressão do consagrado direito à solidariedade.

Tentaremos, ainda que perfunctoriamente, analisar cada uma das categorias apontadas.

Os chamados direitos de primeira geração, assentados no princípio do direito à liberdade, acomodam-se no rol

de preceitos relativos aos direitos civis e políticos, e estão consolidados, do ponto de vista formal, em todas as Constituições conhecidas. Mais ou menos amplas, diversas são as concepções do que seriam tais direitos no rol das previsões normativas.

Em regra, é aceita a definição segundo a qual os direitos civis e políticos são aqueles que tratam de proteger diretamente as pessoas como tal, nos atributos caracterizadores de sua personalidade moral e física, os direitos da pessoa inserida na sociedade civil, advindos de suas relações em sociedade, e os direitos dessa pessoa frente ao Estado, identificados com o *status civitatis*.

No entendimento de Paulo Bonavides, os chamados direitos de primeira geração “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade que é seu traço mais característico, enfim, são direitos de resistência ou de oposição em face do Estado. Entram na categoria dos *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre Sociedade e Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico do pensamento liberal de teor clássico.

São por igual direitos que valorizam primeiro o homem singular, o homem das liberdades abstratas, o homem mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual”.⁷

Já os chamados direitos de segunda geração, segundo o mesmo Autor, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar.

7. Op. cit. p. 5.

Estão presentes nos textos de todas as ideologias, e delas impregnados. Passaram por um período de baixa normatividade, ou de eficácia restrita, e tidos por muito tempo como preceitos meramente programáticos. Têm por titulares a sociedade como um todo, os grupos sociais, a coletividade, e, ao contrário dos primeiros, que dependem quase exclusivamente de uma atividade omissiva do Estado para sua implementação, dependem eles de uma efetiva atuação do Estado para a concretização de suas normas.

Os direitos sociais são vistos como expressão das relações entre as pessoas e as entidades públicas, criando para aquelas as chamadas garantias institucionais, através das quais alcançar-se-ia a igualdade material que perseguem. Apenas a título de exemplo, poderíamos citar, dentre as garantias institucionais, a de independência do Judiciário, do livre acesso a cargos públicos, da irretroatividade das leis penais etc. Também se inserem nesse rol o direito à saúde, à educação, à habitação.

Da passagem dos direitos subjetivos de primeira geração aos direitos objetivos de segunda geração vemos claramente um novo e decisivo passo para a universalidade desses direitos, já que sobre eles o indivíduo não tem mais poder: fazendo do Estado um artífice e um agente para a concretização dos direitos fundamentais, estes passam a ser vistos como obra não deste ou daquele Estado, mas como de toda a comunidade do Estado. Além do mais, revalorizam os direitos da liberdade, inspirando novos eixos normativos, já que cresce o juízo no sentido de que esses direitos representam uma ordem de valores, uma identidade de ordenação valorativa. Supera-se, assim, o conceito tradicional de direitos públicos subjetivos, passando-se ao campo dos direitos objetivos.

Ainda que contenham uma inequívoca dimensão subjetiva, os chamados direitos

econômicos, sociais e culturais modelam a dimensão objetiva do ordenamento normativo, eis que condicionam o Estado, como assinala Canotilho,⁸ “a imposições legiferantes, apontando a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos ... e fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições constitucionais. Estas várias dimensões não devem confundir-se, pois, ao contrário do que geralmente se afirma, um direito económico, social e cultural, não se dissolve numa mera norma programática ou numa imposição constitucional”.

Somando-se à proteção específica de direitos individuais e coletivos, acrescenta-se, historicamente, o direito de fraternidade, mais comumente tratado pela doutrina como direito de solidariedade. Mais uma vez nos socorrendo da lição de Cançado Trindade,⁹ “estes “novos” direitos não restringem, mas sim ampliam, aprimoram e fortalecem o *corpus* dos direitos humanos já reconhecidos; revelam novas dimensões de implementação dos direitos humanos e contribuem a clarificar o contexto social em que todos os seres humanos se inserem. Além disso, levantam um desafio: o da necessidade de expandir e enriquecer até mesmo o nosso próprio universo jurídico-conceitual, de repensar todo o direito em face da complexidade das novas e múltiplas relações jurídicas que se apresentam, para fazer face às novas exigências de proteção do ser humano na esfera global e para estabelecer as bases de um futuro direito comum da humanidade, com as correspondentes obrigações *erga omnes*”.

8. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 680.

9. Op. cit., p. 58.

Os direitos de terceira geração não se destinam à proteção de um indivíduo, um grupo ou uma coletividade. O destinatário é o gênero humano. Emergiram da reflexão sobre o direito à autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, paz, ao meio ambiente sadio, ao patrimônio comum da humanidade. É o início de uma nova compreensão do processo universalista dos direitos humanos.

O direito ao desenvolvimento, como tratado por Celso D. de Albuquerque Mello, "é definido por Z. Haquani como um conjunto de princípios e regras que servem independentemente ao homem, enquanto indivíduo ou membro do corpo social (Estado, nação, povo etc.) que poderá obter, na medida do possível, a satisfação de suas necessidades econômicas, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade".¹⁰ Também traz esse Autor a noção de que tal direito é o começo e o fim de todos os direitos do homem, sendo um corolário do direito à vida e seu fundamento seria a preservação da espécie humana. Os credores desse direito são o homem, os povos e os estados, enquanto que o devedor seria a sociedade internacional. O desenvolvimento é condição para a dignidade humana.

Também o direito ao meio ambiente sadio, com pluralidade de sujeitos credores e de sociedades devedoras, traduz claramente o princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais, na medida em que afirma sua dimensão individual — direito à vida, à saúde, à informação — e coletiva, pois tem um bem comum como objeto de proteção.

Concluindo, vemos que com a consagração dos chamados direitos de segunda e terceira geração cristalizou-se o princípio da universalidade dos direitos fun-

damentais. Avançou-se sobre o sentido abstrato e metafísico da declaração francesa, e o subjetivismo ganha nova compreensão. A justificação e legitimidade de tais direitos positiva-se na ordem internacional, através dos pactos e convenções, e na ordem interna, pela normatização formal e constitucionalista.

Avança-se ainda na concepção de unidade fundamental dos direitos humanos, de sua indivisibilidade, de sua inderrogabilidade e, especialmente, de sua universalidade.

Na recente Conferência de Direitos Humanos organizada pela ONU, que teve lugar em Viena em junho de 1993, destacou-se dentre suas declarações a de que "the universal nature of these rights and freedoms is beyond question", bem como que "All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated".¹¹ O documento assinala a inter-relação entre democracia, desenvolvimento e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, o direito de os povos determinarem seu sistema político, econômico, social e cultural, razão pela qual a promoção desses direitos fundamentais compete aos povos e à comunidade internacional, cabendo a esta última, inclusive, apoiar os processos de democratização e de desenvolvimento econômico dos países menos desenvolvidos. Também, que os processos de desenvolvimento não podem ser invocados para justificar qualquer atentado aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, devendo ser respeitados o equilíbrio entre o desenvolvimento e a preservação do meio ambiente e os avanços das conquistas científicas, que assegure os direitos das futuras gerações.

Daí porque a insistência da doutrina em consagrar o princípio da existência

10. *Direito Constitucional Internacional*, Renovar, Rio, 1994, pp. 122-123.

11. Reproduzido do U.N.Document A/CONF.157/24, Part. I, October, 1993, pp. 20-46.

de um núcleo universal de direitos humanos inderrogáveis, não mais apoiado na universalidade abstrata do jusnaturalismo do século XVIII, mas na universalidade concreta e objetiva positivada nas legislações internas e nas normas imperativas do direito internacional.

Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1965, p. 301 e ss.
- BONAVIDES, Paulo. In *Nomos*, Fortaleza, n. 9/10, pp. 1-13.

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Saraiva, S. Paulo, 1991, p. 41.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 680.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*, Renovar, Rio, 1994, pp. 122-123.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Ed., 1988, t. IV, p. 50.
- SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 480 e ss.
- U.N.Document A/CONF. 157/24, Part. I, October 13, 1993.

2 — DOCTRINA NACIONAL

RECURSO DO RÉU EM LIBERDADE: UMA RELEITURA DOS ARTS. 594 DO CPP E 35 DA LEI 6.368/76

WEBER MARTINS BATISTA

Desembargador no Rio de Janeiro e Professor de Direito Processual Penal — UERJ

1. Introdução — 2. Presunção de inocência: origem — 3. Presunção de inocência: crítica — 4. Liberdade provisória e Constituição — 5. Recurso do réu em liberdade.

1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, alguns doutrinadores dos mais ilustres passaram a entender que a norma do art. 5.º, LVII, que consagra o princípio de inocência, teria modificado o art. 594 do CPP, passando a permitir que todos os réus condenados no juízo de primeiro grau possam apelar da sentença sem recolher-se à prisão.

Como o autor procurou demonstrar, em artigo publicado na ocasião (*Livro de Estudos Jurídicos*, IEJ, n. 1, 1991, p. 209 e ss.), nenhum dos institutos que cuidam das diversas espécies de prisão cautelar — prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão quando da sentença condenatória recorável etc. — atenta contra a norma constitucional mencionada.

É que a imposição de qualquer daquelas medidas não implica na presunção de que o indiciado ou réu é culpado, mas na de que é perigoso. O juízo da medida cautelar, como se sabe, é mero juízo de periculosidade, não de culpabilidade.

A conclusão é tão lógica, tão evidente, que a grande maioria dos Tribunais passou a acolher esta interpretação e o Col. STJ, numa rapidez muito sugestiva da simplicidade do problema, consagrou na Súmula 9 que “a exigência da prisão provisória, para apelar não fende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

2. Presunção de inocência: origem

A presunção de inocência surgiu da reação dos escritores medievais contra a idéia, vigente à época, de que competia ao réu fazer a prova de sua inocência, o que, como se imagina, gerava conseqüências desastrosas para este e para a Justiça.

A grande conquista desses juristas foi a consagração de que ao autor cabia a prova do fato e da autoria. Em conseqüência, a falta dessa prova deveria levar à absolvição do réu e — aqui, o importante — ainda quando absolvido por falta de prova, o réu era presumido inocente.

Esta norma foi acolhida na Ordenação francesa de 1670, onde se estabeleceu que a absolvição por falta de prova da culpabilidade trazia consigo uma presunção de inocência do réu (Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, Konfino, 1967, v. III, p. 1.082).

Acontece que a Declaração de Direitos francesa, de 1789, ao adotar o princípio, mudou completamente seu sentido, passando a consagrar, não a simples presunção de inocência do réu que foi absolvido, mas a do réu que ainda não fora condenado.

Esta regra, com a redação ilógica por último mencionada, foi introduzida na

Declaração Universal de Direitos, da ONU, de 1948 e, a partir daí, em inúmeras Constituições modernas, ora afirmando-se que o réu “se presume inocente”, ora que o mesmo “não se considerará culpado” antes da condenação.

3. Presunção de inocência: crítica

As críticas à presunção de inocência, tal como aparece nas Constituições de alguns países são numerosas e irresponsáveis. Foi como já o dizia a “Relazione Ministeriale Finocchiaro — Aprile” (*Código de Processo Penal Italiano*, 1913), “sacro e inviolável é o direito de defesa, certo e inconcusso é o princípio de que o réu não pode ser tido como culpado antes da sentença irrevogável de condenação, mas presumi-lo inocente enquanto contra ele se procede, porque é acusado de crime, é uma enormidade, uma tal patente inversão do senso lógico e jurídico, que não pode ser admitido nem como maneira de dizer”.

De fato, não se pode presumir alguém inocente, exatamente quando está respondendo a processo, porque há prova de que foi cometido um crime e indícios de que ele é seu autor, ou — o que é ainda mais significativo — quando, por força daquela prova e em razão de indícios mais sérios, o réu é posto sob custódia preventiva.

O acusado — diz Garófalo — só é acusado porque existem razões pelas quais o magistrado que o envia a julgamento acredita que seja culpado (in Velez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, II, 2.^a ed., p. 34).

Ao afirmar que o réu não pode ser tido como culpado antes da sentença irrevogável de condenação, a “Relazione Ministeriale Finocchiaro — Aprile”, tal como a Constituição Federal brasileira, contém uma impropriedade.

A sentença condenatória com trânsito em julgado pressupõe, necessariamente, uma sentença condenatória sem trânsito

em julgado e esta, a seu turno, só poderá ser prolatada se o juiz, mais do que presumir, tiver certeza de que o réu é culpado.

Por outro lado, e antes disso, uma das garantias mais importantes dos Códigos modernos consiste em impedir que alguém seja processado sem que haja contra ele um mínimo de prova do crime — entenda-se, fato típico — e da autoria. Ou seja, o réu só será processado se for possível presumir que ele é culpado.

Ao analisar o problema das medidas cautelares no processo penal, um grupo de juristas da Comunidade Econômica Européia, em recente Encontro, concluiu que a norma constitucional que acolhe o princípio de inocência não deve ser interpretada como afastando a presunção *hominis*, do juiz, que lhe permite impor medidas restritivas ao réu, presunção natural sem a qual nenhuma decisão seria possível, (Jorge Figueiredo Dias, *A Revisão Constitucional*, Lisboa, 1981, p. 83), mas deve ser entendida como exigindo que se dê ao réu ainda não condenado em definitivo um tratamento compatível com seu *status* de acusado.

Nesse Encontro, o ilustre jurista português afirmou que um preceito jurídico — e, de forma muito especial, um preceito constitucional — é, naturalmente o seu texto, mas é também, e sobretudo, a sua história (op. cit.). Ora, da norma constitucional que trata da presunção de inocência talvez se possa dizer que ela não é nada o seu texto, só a sua história.

Ou seja, que vale tão-somente como uma idéia-força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já tivesse sido condenado, que sofra restrições de direitos não imprescindíveis à apuração dos fatos, que seja tratado como mero objeto de investigação e não como sujeito de direitos. Em suma, para impedir que lhe sejam negadas as garantias inerentes ao devido processo legal.

4. Liberdade provisória e Constituição

Estabelece o inc. II, do art. 2.º, da Lei 8.072/90 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”.

Acontece que esta norma — afirmam alguns juristas dos mais doutos — é inconstitucional, pois alarga o âmbito da regra restritiva do inc. XLIII, do art. 5.º, da Constituição Federal, que impede tão-somente a concessão de fiança, não de liberdade provisória em geral. E isso — acrescentam — por todos os motivos.

De um lado, por causa do princípio de inocência que, como se expôs, não justifica as conclusões dos partidários desta corrente.

De outro, porque os incs. LIV e LXVI, do art. 5.º, da Constituição Federal, estabelecem que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal (inc. LIV), e que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (inc. LXVI).

Por último, por que no inc. XLIII do mesmo artigo, o legislador constitucional limitou-se a considerar os crimes hediondos e assemelhados, insuscetíveis de fiança, não de liberdade provisória em sentido amplo.

Sendo assim — concluem — constitui explícita violação de normas constitucionais a adoção, pela Lei 8.072/90, de regra que, alargando o âmbito da norma constitucional restritiva, veda não apenas a concessão de fiança, mas, também, a de liberdade provisória em sentido amplo (Cf. Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 2.ª ed., p. 63 e ss.).

A defesa do ponto de vista contrário, no entanto, parece ser simples. Primeiro, porque o problema, como se viu, não tem nada a ver com a presunção de

inocência, que se refere a culpabilidade, não a periculosidade do agente.

Depois, porque não se pode negar que, no que diz respeito à prisão cautelar, o indiciado ou réu goza das garantias inerentes ao devido processo legal, não apenas porque as normas que tratam do problema são rigorosamente formais, em favor do preso, como porque dispõe este de uma ação ou remédio sumaríssimo, o *habeas corpus*, para atacar qualquer defeito de forma ou de conteúdo, que invalide ou torne injusta a prisão.

O outro argumento é facilmente afastado com a invocação de conhecida regra de interpretação das normas jurídicas. O inc. LXVI do art. 5.º, mencionado, segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança”, constitui uma norma geral, refere-se a todas as hipóteses, indistintamente.

Enquanto isso, o inc. XLIII, que trata tão-somente dos crimes hediondos, é norma especial e, por isso mesmo, deve prevalecer sobre aquela primeira.

Todos concordam em que o legislador constitucional quis tratar com maior severidade os réus de crimes hediondos e assemelhados. De que modo o fez? Estabelecendo que a lei considerará esses crimes, não apenas inafiançáveis, como insuscetíveis de graça ou anistia.

Ora, não é lógico admitir que, pretendendo piorar, o legislador constitucional melhorou a situação desses réus, ao estabelecer que eles também podem obter liberdade provisória, apenas não são obrigados a garanti-la com a prestação de fiança.

Tal como o humilde ladrão de galinha, o autor de crime hediondo teria direito à liberdade provisória. Com uma diferença. O ladrão de galinha teria que pagar para isso, o autor de crime hediondo, não. Haverá maior absurdo?!

“A técnica de interpretação — afirma Carlos Maximiliano — muda desde que

se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado, redigidas de modo sintético, em termos gerais" (*Hermenêutica*, Forense, 1993, p. 304).

E, mais adiante: "O fim para que foi inserto o artigo na lei sobreleva a tudo. Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema".

A exegese só será perfeita — é a conclusão a que chega — se este fim for atingido (op. cit. p. 314).

Quando o legislador constitucional fala em crime — todos concordam — deve-se entender que se refere a ilícito penal, em geral e, portanto, que a expressão compreende também as contravenções penais.

Do mesmo modo, a palavra "inafiável" deve ser entendida como abrangendo a liberdade provisória sem fiança. E, não só pela razão apontada, como porque afronta a lógica o admitir que se permite o mais, quando se nega o menos.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que a norma do inc. II, do art. 2.º, da Lei 8.072/90 não alargou o âmbito da regra do inc. XLIII, do art. 5.º da Constituição Federal, mas simplesmente traduziu-a com absoluta correção.

Correção — apressa-se o autor a dizer — tão-só no que diz respeito a seu conteúdo, não no que tange à forma usada pelo legislador ordinário, que é deplorável. Fiança é espécie do gênero liberdade provisória. Logo, o correto seria o inc. II, referido, dizer "liberdade provisória, com ou sem fiança".

No sentido do texto, com idéias originais, Scarance Fernandes (*Aspectos da Lei dos Crimes Hediondos — Justiça Penal*, RT, p. 69 e ss.) citando decisões do STF (DJU 19.6.92, p. 9.520) e do STJ (DJU 3.5.93, p. 7.812).

É verdade, e é lastimável que isso tenha ocorrido, que a norma do inc. XLIII consagra um retrocesso no tratamento dado à prisão cautelar, pois nas hipóteses nela mencionadas, admite sua manutenção com base apenas na gravidade do crime, presumida, de forma absoluta, a necessidade da medida.

Com isso, trata de modo diferente hipóteses semelhantes: o réu preso em flagrante é presumido perigoso, não tem direito à liberdade provisória. O co-réu que não foi preso em flagrante — muitas vezes, porque mais esperto, mais sabido, possivelmente mais perigoso — só terá sua prisão preventiva decretada se houver prova de que esta é necessária.

5. Recurso do réu em liberdade

O § 2.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90 estabelece que "em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade". Por sua vez, o art. 10 da mesma lei, dispõe que "o art. 35 da Lei 6.368, de 21.10.76, passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a seguinte redação..." Ou seja, o art. 10 da Lei 8.072/90 revigora do art. 35 da Lei 6.368/76.

Algumas conclusões indúvidas devem ser tiradas a partir da Lei 8.072/90. A primeira delas é que o réu preso cautelarmente durante o processo assim deverá permanecer ao ser condenado. Se foi impossível colocá-lo em liberdade antes da sentença, parece lógico concluir que não terá sentido soltá-lo exatamente quando é condenado.

A segunda conclusão é que o réu de crime hediondo ou assemelhado, que esteja em liberdade ao ser condenado, assim poderá permanecer durante o recurso, bastando para isso que o juiz entenda, em decisão fundamentada, que ele não é perigoso, não põe em risco a ordem pública ou a aplicação da lei penal.

Como a lei não subordina esta decisão à existência ou inexistência de algum pressuposto especial, não pode o intérprete entender que o réu, para obtê-la, precise ser primário e ter bons antecedentes. Basta haver prova da desnecessidade da medida, da inexistência do *periculum*.

É verdade que a reincidência e os maus antecedentes, na maioria das vezes devem levar o juiz a presumir a necessidade da prisão, mas como esta presunção não é absoluta, como muitas vezes a condenação anterior ou os maus antecedentes não significam que o réu seja perigoso, em qualquer desses crimes, se o juiz entender desnecessária a prisão, o réu poderá apelar em liberdade.

Uma outra conclusão, esta, de grande importância, diz respeito ao recurso de réu que responde, em liberdade, a processo por qualquer outro tipo de ilícito. Se a norma do § 2.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90 vale para os crimes hediondos e assemelhados, a que o legislador quis dar um tratamento mais severo, com muito mais razão se aplica a todos os demais ilícitos.

Logo, a partir da Lei 8.072/90, em qualquer hipótese, qualquer que seja o crime cometido, pode o juiz permitir que o réu condenado permaneça em liberdade durante o recurso, independentemente de ser ou não primário, de ter ou não bons antecedentes.

Para isso, basta que o juiz motive sua decisão, tal como exige a lei quando se trata de crime hediondo.

Uma coisa no entanto, permanece duvidosa. Há, ou não, conflito de normas entre o § 2.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90 e seu art. 10? E havendo, qual delas deve prevalecer?

Uma interpretação mais superficial do problema poderia levar à conclusão de que o § 2.º do art. 2.º constitui a norma geral, que se aplica a todos os crimes hediondos e assemelhados, enquanto o art. 10 seria a norma especial, pois refere-

se tão-somente a dois tipos de crimes de tráfico de entorpecentes, os definidos nos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76.

Com base nesse argumento, o art. 35 da Lei 6.368/76 continuaria em vigor e, em consequência, os réus condenados por qualquer desses dois crimes deveriam recolher-se à prisão para apelar.

Esta interpretação pode, à primeira vista, parecer mais fácil, mas não é, seguramente, a mais feliz. E, não apenas pelas consequências danosas dela advindas, mas principalmente por que estaria em desacordo com alguns princípios que regem a interpretação das leis.

De fora parte a afirmação — como se viu, de todo improcedente — de que “o art. 35 da Lei 6.368/76 está morto desde a Constituição Federal”, uma parte da doutrina está entendendo, e com razão, que este artigo foi derogado pelo § 2.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90, que versa sobre a mesma matéria de que cuida o referido art. 35, que é o efeito processual da sentença condenatória.

Como a Lei 8.072/90 é posterior à Lei 6.368/76 e, como o § 2.º, do art. 2.º, daquela primeira lei, dá à matéria um tratamento completo, parece evidente a conclusão, com base nas mesmas regras de hermenêutica jurídica, que o referido § 2.º do art. 2.º revogou tacitamente o art. 35 da Lei 6.368/76.

Se este argumento não bastasse — e basta — seria o caso de recorrer a outro princípio basilar de hermenêutica, também de todos conhecido: sempre que for possível dar às normas interpretações diferentes, deve o intérprete optar por aquela que esteja mais em harmonia com a lei, em conjunto (Carlos Maximiliano, op. cit., p. 135), mais de acordo com os princípios de Direito, com o Sistema adotado.

Ora, que princípio norteia nosso Sistema, em matéria de prisão e liberdade provisórias? O de que é possível, em algumas hipóteses, presumir que o indiciado ou réu é perigoso, mas esta

presunção não é, não pode ser absoluta, deve sempre ceder ante a prova em contrário.

Esta solução, não só está de acordo com as idéias mais atuais sobre a prisão cautelar, como não leva a nenhum risco, que não seja o comum a ser enfrentado pelos juízes.

Se o réu é perigoso, com certeza estava ou foi preso durante o processo; logo, não pode recorrer em liberdade. Se estava em liberdade, porque não parecia ser perigoso, mas mostrou sê-lo quando da condenação, o juiz, motivadamente, negar-lhe-á o direito de apelar em liberdade.

Se, ao contrário, apesar da gravidade do crime cometido, o réu não é perigoso — trata-se, por ex., de empregada do-

méstica ingênua que seduzida pelo namorado, auxilia-o a praticar o crime — não há por que impedir que permaneça em liberdade durante o recurso.

Não é possível concordar, no entanto, com a afirmação feita por alguns ilustres doutrinadores e parte da jurisprudência, segundo a qual a permissão para aguardar o julgamento do recurso em liberdade constitui mera faculdade do juiz.

Em se tratando de prisão e liberdade, impossível falar em faculdade, em poder discricionário do juiz, mas sim, em verdadeiro poder vinculado aos pressupostos estabelecidos na Lei. Sendo assim, se estiverem presentes os requisitos que permitem o recurso em liberdade, o juiz não pode negar esse direito ao réu.

UMA RESTRIÇÃO INCONSTITUCIONAL AO DIREITO DE ADVOGAR

ADAUTO SUANNES

Desembargador aposentado, Advogado, Membro da Associação "Juizes para a Democracia"
e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Ilustre Magistrado, recém-aposentado, consulta-nos sobre o seguinte: havendo requerido sua reinscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e surpreendido pela demora no deferimento do seu pedido, adequadamente instruído, foi informado de que o processo em questão se encontra em diligências, para ser ouvida a d. Comissão de Prerrogativas daquela Ordem, uma vez que, quando no exercício do cargo de que ora se desliga, recebera a OAB, por mais de uma vez, representação de Advogados contra o ora consulente, desgostosos com sua atuação em processos onde atuavam aqueles profissionais e que implicariam em menoscabo às prerrogativas dos ditos representantes. Assim, em face de orientação traçada pelo Conselho da OAB, cabe àquela d. Comissão opinar se a conduta do Magistrado, que ensejara tais representações, o incapacita para o exercício agora da Advocacia. Tem tal decisivo parecer fundamento legal?

RESPONDO:

Para não irmos muito longe, recordemos, com o emérito Pontes de Miranda que, fiéis às hoje ultrapassadas idéias de Auguste Comte, os legisladores do fim do século passado tentaram introduzir em nossa *Magna Charta* o princípio da liberdade absoluta do exercício de qualquer atividade profissional: "a República não admite privilégios filosóficos,

científicos, artísticos, clínicos ou técnicos, sendo livre no Brasil o exercício de todas as profissões, independentemente de qualquer título escolástico, acadêmico ou outro, seja de que natureza for", propunha-se então.¹

Trata-se, a toda evidência, de uma proposta anárquica, até porque deixaria valores fundamentais do ser humano, como saúde e liberdade, entregues nas mãos de pessoas que não teriam de comprovar previamente haverem adquirido conhecimentos necessários a lidar com eles. Não será preciso grande esforço de imaginação para verificar aonde levaria tal proposta, segundo a qual o aprendizado humano se adquire por tentativa, erro e correção. Assim, em nome de uma premissa correta (a eliminação de privilégios) e considerando um fato inquestionável (o progresso das ciências necessariamente se assenta no binômio tentativa/erro) chegava-se a uma conclusão perigosíssima: a lei não pode impedir ninguém de exercer qualquer profissão.

Prevaleceu, felizmente, o bom-senso e hoje, como ontem, o princípio vigente é aquele magistralmente sintetizado pelo ilustre jurista: "sempre que a profissão liberal, para que o público seja bem servido e o interesse coletivo satisfeito, requeira habilitação, não constitui violação (à norma de liberdade profissional prevista na Lei Maior) a legislação

1. Cf. *Comentários à Constituição de 1967*, ref. ao art. 150, § 23, nota 3.

estabelecer o mínimo de conhecimentos necessários" para seu exercício".²

Manoel Gonçalves Ferreira Filho também reputa adequado que, mesmo prevendo a liberdade de profissão e trabalho, permita a Constituição que a lei ordinária "imponha qualificações profissionais", considerando-as "indispensáveis para a salva-guarda do interesse público".³

Qualquer outro constitucionalista moderno que se consulte não discrepará de tais entendimentos, como parece tranqüilo. Todos, entretanto, repetindo o mestre, afixam: cabe ao Poder Legislativo estabelecer quais as exigências para o exercício desta ou daquela profissão, não se podendo aceitar que os membros desta ou daquela atividade profissional se encaistem em corporações de ofício, para vedar o ingresso de novos interessados. Ou, repetindo o exemplo do sempre festejado jurista: "a transformação da Ordem dos Advogados em corporação de ofício, medievalmente concebida, seria inconstitucional, e.g., com a limitação do número de profissionais, a cooptação, a inscrição no quadro por eleição de conselho".⁴

O Min. José Celso de Mello Filho, reportando-se a decisões de nossos Tribunais, depois de observar que "a liberdade de atividade profissional não é absoluta, já que a própria Constituição torna possível ao legislador ordinário fixar condições para o exercício de determinados trabalhos, ofícios ou profissões", pondera que "essas condições devem, como regra geral, restringir-se aos requisitos de ordem técnica, embora outros possam ser estipulados segundo critérios racionais (RT 283/472, 338/255), impostos por uma razão de interesse público".⁵

2. Ob. e loc. citis.

3. Cf. *Curso de Direito Constitucional*, 18.^a ed., p. 260.

4. Ob. cit., n. 4.

5. *Constituição Federal Anotada*, Saraiva, 1984, p. 358.

Posto isso (e mais não precisa ser dito, tão enfática é a lição trazida, contra a qual não conhecemos opinião alguma), leiamos o art. 5.^o da Constituição Federal atual: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (inc. XIII).

Tal dispositivo casa-se à maravilha com aqueloutro, de ordem geral, que se contém no inc. II, dito princípio da legalidade: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Veja-se esse mesmo princípio, agora trazido com mais ênfase ainda, ao cogitar a mesma Lei da restrição da liberdade humana: "não há crime sem lei anterior que o defina..." (inc. XXXIX).

Que temos em todos esses casos? Um princípio geral: a liberdade, qualquer que seja sua expressão prática, somente pode ser restringida em virtude de lei, isto é, norma emanada do Poder Legislativo, valendo notar que compete à União legislar sobre "condições para o exercício de profissões".⁶

Logo, a menos que descanse em lei federal, que, de modo taxativo, ali a contemple, nenhuma restrição poderá ser imposta a quem deseje exercer profissão liberal no Brasil.

Por que as restrições devem ser interpretadas restritivamente? Simplesmente porque, sendo a regra o pleno exercício por qualquer pessoa de qualquer profissão, ou bem a lei diz taxativamente quais são as restrições a tal direito, ou o princípio constitucional quedará violado, por isso que, se prevista fosse a restrição em uma norma exemplificativa, caberia a alguma autoridade outra dizer aquilo que privativamente deveria ter sido dito pela União, mercê de sua competência exclusiva para fazê-lo, em lei.

Trata-se de coisa tão óbvia que dispensaria maiores considerações. Entre-

6. Cf. CF, art. 22, XVI.

tanto, vem a pêlo recordar aquilo que se passa no campo do Direito Penal: sabe-se que “a ação ordenada ou proibida exprime-se na norma penal por uma definição precisa das suas circunstâncias elementares, que é o que se chama tipo penal, à qual tem de corresponder necessariamente o fato para vir a constituir crime”. É a conhecida lição de Aníbal Bruno.⁷ Cuidando dos chamados tipos incompletos, ensina-nos que em tais casos “a descrição das circunstâncias elementares do fato tem de ser completada por outra disposição legal, já existente ou futura”, incluindo-se aí não somente as leis propriamente ditas, mas até mesmo “regulamentos originários de outros poderes”.⁸

Cuidando desse assunto, Heleno Fragoso reconhece que “atinge o princípio da legalidade a incriminação vaga e indeterminada de certos fatos, deixando incerta a esfera da licitude e comprometendo, desta forma, a segurança jurídica”.⁹ É que “a incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador”, destacando ser isso comum nos regimes não-democráticos.¹⁰ Contrariado embora, admite ele, porém, que, em certos casos, não há como fugir aos chamados elementos normativos do tipo, que, porém, “enfraquecem, sem dúvida, a função garantidora da lei penal”.¹¹

De tal opinião não discrepam os demais doutrinadores, anotando o mesmo Aníbal Bruno que “a principal consequência da admissão de elementos normativos no tipo é o reflexo que

podem ter sobre o princípio da garantia. Já se tem afirmado que o alargamento do emprego desses elementos é incompatível com aquele princípio. De fato, quanto mais limitado e preciso é o tipo, quanto menos carente de interpretação, mais segurança e firmeza confere ao Direito”.¹²

Tudo o que se leu acima leva-nos à conclusão de que o chamado tipo indeterminado, isto é, a descrição do tipo penal sem contornos nítidos, contraria o contido na Constituição Federal, pois o princípio da legalidade passaria a ser observado apenas formalmente, sem um lastro suficiente de seriedade, donde ferir-se de morte a garantia enunciada na Lei Maior.

Justamente por isso, a doutrina mais atual alude aos chamados “exemplos-padrão”, mercê dos quais o legislador, ao arrolar exemplos de conduta, limita a atividade do intérprete, que não poderá fugir da *mens legis* e buscar situação que teria sido esquecida pelo elaborador da norma. Ilustra isso a referência contida no art. 121, § 2.º, do Código Penal, onde se alude ao emprego de traição, emboscada, dissimulação “ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”. Cogitar-se de algo que não seja traição, emboscada ou dissimulação somente será possível se: a) for algum recurso; b) torne impossível ou dificulte a defesa do ofendido. Assim, a superioridade de forças não pode ser aí incluída, pois não se casa com os exemplos padrões contidos na norma. É que, “quando um dispositivo legal contém uma fórmula exemplificativa e, a seguir, uma cláusula genérica, deve entender-se que esta, segundo elemento princípio de hermenêutica, somente compreende os casos análogos

7. Cf. “Direito Penal”, v. I, t. I, p. 190.

8. Ob. e loc. citis.

9. Cf. *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, 5.ª ed., p. 97.

10. Ob. e loc. citis.

11. Ob. cit., p. 98.

12. Cf. “Sobre o Tipo no Direito Penal”, in *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Forense, p. 50.

aos destacados por aquela. De outro modo, seria inteiramente ociosa a exemplificação, além de que o dispositivo redundaria no absurdo de equiparar, grosso modo, coisas desiguais. Assim, outro recurso, a que se refere o texto legal, só pode ser aquele que, como a traição, a emboscada ou a dissimulação, tenha caráter insidioso, aleivoso, subreptício", escreveu ninguém menos do que Nélson Hungria.¹³

Posto isso, recordemos o que diz o art. 8.º da Lei 8.906/94 (dito Estatuto da Advocacia):

"Para inscrição como advogado é necessário:

I — capacidade civil;

II — diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III — título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

IV — aprovação em exame de ordem;

V — não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI — idoneidade moral;

VII — prestar compromisso perante o Conselho".

Como os demais incisos não dizem com o presente trabalho, fiquemos com o de número IV: o § 4.º do artigo acima transcrito ilustra o que se deve entender por idoneidade moral: "não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial". Eis um exemplo-padrão.

Uma vez inscrito o Advogado, poderá vir a ser punido e até desligado, desde que sua conduta se enquadre no contido no art. 34, valendo para nossas considerações o contido no inc. XXV, que considera infração disciplinar manter (o advogado inscrito) "conduta incompatível com a advocacia" e o estatuído no

inc. XXVII que assim qualifica o fato de "tornar-se (o advogado inscrito) moralmente inidôneo para o exercício da advocacia".

Antes de entrarmos em uma análise mais aprofundada desses dois dispositivos, note-se que a infração do contido no inc. XXV ("manter conduta incompatível") dá ensejo à pena de suspensão,¹⁴ ao passo que o previsto no inc. XXVII ("tornar-se moralmente inidôneo") enseja a exclusão.¹⁵

Ao procurar exemplificar o que seja conduta incompatível, o Estatuto autolimita-se, estatuinto que assim é de considerar-se a prática reiterada de jogo de azar não autorizado por lei, incontinência pública e escandalosa e embriaguez ou toxicomania habituais.¹⁶

É de todo óbvio que sendo a toxicomania, tanto quanto alcoolismo, manifestações patológicas, punir alguém porque está doente é de manifesta inconstitucionalidade, até porque o doente deve trabalhar para pagar seu tratamento. Ou amanhã poderá determinar-se também que os portadores de AIDS sejam considerados pessoas de conduta incompatível com a Advocacia, tal como se continha em pungente película cinematográfica há pouco exibida. Repetiu o legislador, sem maior reflexão, a inadequada exemplificação contida no estatuto anterior. De outra parte, o moralismo que manda punir o advogado que se dedica a jogo (imagina-se um profissional dessa área freqüentando um cassino no Exterior, como tantos de nós fazemos, para ter-se o evidente descaimento do dispositivo, até porque prática reiterada é expressão que não consegue fugir do subjetivismo). Por fim, a palavra "incontinência", além de aplicar-se a determinadas manifestações físicas, de que cuida a Medicina, é assim

14. Cf. art. 37.

15. Cf. art. 38.

16. Cf. art. 34, parágrafo único.

13. Cf. *Comentários ao Código Penal*, v. V, ref. ao art. 121, n. 29, nota de rodapé 113A.

definida pelos dicionários: falta de moderação no falar; incontinência de linguagem. Seria a isso que o art. 7.º, § 2.º, queria referir-se quando aludia a “excessos” na manifestação que faça o advogado no exercício de sua atividade? Fique a pergunta, mesmo porque a resposta não nos interessa aqui.

Vejam, pois, esses dois conceitos que o Estatuto distingue — conduta incompatível com a Advocacia e inidoneidade moral — e façamos a pergunta: O fato de alguém fazer restrições à conduta de advogados ou defender teses que contrariem os interesses ou as prerrogativas dos inscritos na OAB são atitudes que podem ser consideradas expressão de “inidoneidade moral”?

Aceita-se, por exemplo, que seja considerado inidôneo para o exercício da Advocacia aquele bacharel em Direito que fora demitido a bem do serviço público,¹⁷ por isso que temerário seria entregarem-se os interesses de clientes a alguém que se portou de tal sorte que não mais teve condições de pertencer ao serviço público. A retidão moral foi negada por uma decisão que, enquanto não for alterada pelo Poder Judiciário, traz a presunção de inidoneidade.

No que diz com a divergência no campo das idéias, porém, ou mesmo alguma contundência em críticas feitas a quem exerce a Advocacia, certamente a resposta negativa se impõe, até porque o exemplo-padrão trazido pelo Estatuto alude a uma situação extremamente mais grave que isso: o cometimento e condenação pela prática de crime infamante (o que quer que signifique isso), a que, forçando a mão, se poderia equiparar a situação real acima trazida como ilustração.

Impondo-se resposta negativa à pergunta anterior, como nos parece a única possível, outra pergunta merece ser feita: aquelas críticas constituiriam, então,

“conduta incompatível” com o exercício da Advocacia?

Quem nos responde é o art. 5.º, IV, da Constituição Federal: “é livre a manifestação do pensamento...”.

Em sendo assim, ou alguém exorbitou do *jus convinciendi* e nesse caso estará sujeito a processo criminal por crime contra a honra, ou bem ele exercitou uma pretensão que descansa em princípio constitucional. Logo, se quem exerce um direito (ainda mais com a qualificação desse) não pode ser punido por isso, toda e qualquer restrição que se imponha a alguém pelo fato de haver tecido considerações contrárias a advogados, à Advocacia ou mesmo à própria existência da Ordem dos Advogados não pode ser considerada “conduta incompatível”, até porque uma sociedade pluralista como a nossa vive das contradições, das teses/antíteses que desembocam nas sínteses.

Aceita-se que os excessos verbais cometidos pelo advogado já inscrito, se não constituírem crime, poderão constituir infração de natureza administrativa, ensejando sua punição pela própria OAB. Ocorre, entretanto, que a chamada “conduta incompatível” não enseja a exclusão do advogado inscrito nem está prevista no art. 8.º do Estatuto da Advocacia, que, como visto, somente alude à inidoneidade moral ao cogitar dos requisitos para a inscrição do candidato.

Ora, se o fato de o processo a ser submetido, em diligência, à Comissão de Prerrogativas da Ordem dos Advogados, não contém fato que diga com o contido no art. 8.º, VI, da Lei 8.906/94, mas com situação que somente se aplica a bacharéis já inscritos (a tal conduta incompatível), segue-se, pelo princípio da legalidade, que não será possível vedar a inscrição e alguém por aplicação analógica do contido no art. 38 do mesmo Estatuto. Aqui, como no Direito Penal, o fato análogo é permitido. Não se justifica, pois, aquela remessa, *data venia*, sendo,

17. Cf. *Ementário do Conselho Federal da OAB*, ano de 1989, p. 62.

pois, descabida a demora em apreciar-se o pedido feito.

Resta considerar, por fim, que prevendo a lei, *a contrario sensu*, quais os requisitos que podem justificar o indeferimento do pedido de inscrição, segue-se que, estando-se diante de ato administrativo a ser praticado pela OAB, tal ato não se pode guiar pelos critérios de oportunidade e conveniência, pois seu deferimento está vinculado: tão logo comprove o candidato preencher os requisitos legais, sua pretensão deve ser acolhida.

Antes de reportar-se à conhecida lição de Fleiner, segundo quem a discricionariedade da Administração Pública “está em permitir o legislador que a autoridade administrativa escolha, entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei”, ensinava o emérito Lopes Meirelles que “atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização”.¹⁸ Tal é, evidentemente, o caso aqui enfocado, pois é de todo inconcebível que, diante do princípio constitucional que assegura a todos o direito ao trabalho, possa o exercício desse direito ficar a critério da discricionariedade da Administração Pública, quando necessária sua autorização para o exercício de tal direito, como se da *in casu*.

No mesmo sentido a lição de Seabra Fagundes: “para a prática de alguns atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir. A lei lhe determina que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e certo modo. É essa a competência *vincolata* dos italianos ou *liée* dos franceses. A Administração Pública não é livre para resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre o seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos e, com base neles, praticar o ato. Escusando-se a praticá-lo no tempo

e com o objetivo determinado, viola a lei”.¹⁹ Violada a lei, abre-se, obviamente, oportunidade ao exercício do Mandado de Segurança, por isso que líquido e certo o direito do interessado ao exercício da atividade profissional.

Respondendo, pois, à pergunta formulada pelo consulente, concluo: a) os fatos que podem ensejar o indeferimento de pedido de inscrição de bacharel em Direito na Ordem dos Advogados somente podem ser aqueles de que cogita o art. 8.º da Lei 8.906/94, sendo que a expressão “inidoneidade moral” deve compreender fato sumamente grave tal como o exemplo-padrão trazido pelo Estatuto no § 4.º do mesmo artigo; b) não pode ser considerado portador de inidoneidade moral alguém que tenha feito críticas (justas ou injustas) a advogados, à Advocacia ou a Ordem dos Advogados, seja por não estar isso em conformidade com o exemplo-padrão trazido na lei, seja porque os crimes contra a honra jamais foram considerados pela doutrina como pertencentes à categoria de crimes infamantes; c) o fato de o candidato a Advogado apresentar conduta incompatível (qualquer que seja o sentido que se dê a essa expressão) não pode impedir sua inscrição na Ordem, até porque o inc. V do art. 8.º fala em “atividade incompatível”, o que constitui coisa mui diversa, como é cediço; d) o fato de ter havido inúmeras representações feitas por advogados contra o consulente, quando era ele Juiz, qualquer que seja o seu conteúdo e sua eventual procedência, não constitui fundamento legal para que sua inscrição na OAB seja indeferida, pois, tratando-se de ato administrativo vinculado, não pode a Administração Pública criar requisitos não contidos na lei; e) retardado o ato ou denegada a pretensão, com base na tal conduta incompatível, cabível será a impetração de Mandado de Segurança.

É como pensamos.

18. Cf. *Direito Administrativo Brasileiro*, 11.ª ed., p. 125.

19. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 4.ª ed., n. 4.

3 — PARECERES

EXAME DE PROJETO DE LEI 4.393/89, QUE ALTERA O ART. 180 DO CÓDIGO PENAL

DAMÁSIO E. DE JESUS

Conselheiro do CNPCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária)

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros:

RELATÓRIO — Conforme ofício de 2 de março do corrente ano, endereçado a este Conselho pela Dra. Ivete Lund Viégas, DD. Secretária de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, e Subchefia para Assuntos Parlamentares da Presidência da República solicitou a celeridade manifestação daquele Ministério sobre projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, de iniciativa do Poder Executivo. Segundo o ofício, os projetos de lei, encaminhados em gestões anteriores, devem receber novo exame do órgão em cuja esfera de atribuições se insere a matéria, de forma a que se possa estabelecer o melhor procedimento a ser adotado em cada caso: se a proposta está em termos ou se merece emenda ou, até mesmo, substitutivo.

Por essa razão, para receber parecer, foi encaminhado a este Conselho o Projeto de Lei da Câmara 73, de 1993 (n. 4.393/89, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que altera o art. 180 do Código Penal, que define o crime de receptação, com a seguinte redação:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º. O art. 180 do Dec.-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal — passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 180. Adquirir, receber ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa

que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro de boa-fé a adquira, receba ou oculte.

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1.º — A pena será aumentada em até três vezes:

I — Se a coisa adquirida, recebida ou ocultada, for: a) arma de fogo ou munição; b) bem de valor histórico, arqueológico ou artístico; c) jóia; d) veículo motorizado ou qualquer de seus componentes.

II — Se houver concurso de duas ou mais pessoas.

§ 2.º — Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece deve presumir-se obtida por meio criminoso.

Pena — detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas.

§ 3.º — A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.

§ 4.º — No caso do § 2.º, se o criminoso for primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. No caso de receptação dolosa, cabe o disposto no § 2.º do art. 155.

§ 5.º — No caso dos bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Municípios e Distrito Federal, empresa concessionária de serviços públicos, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público, adquiridos dolosamente:

Pena reclusão, de um a cinco anos, e multa”.

Art. 2.º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3.º Revogam-se as disposições em contrário.

Neste Egrégio Conselho, houve o ilustre Senhor Presidente por designar este Conselheiro como relator da matéria.

PARECER

O Projeto de Lei 4.393/89 originou-se de uma proposta deste Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária endereçada ao então Ministro da Justiça Saulo Ramos, que o encaminhou, juntamente com exposição de motivos, ao Senhor Presidente da República José Sarney. Este, pela Mensagem 891, de 11.12.89, submeteu-o ao Congresso Nacional.

Na exposição de motivos, dizia o então Min. Saulo Ramos: “O art. 180 do Código Penal dispõe sobre o crime de receptação em suas formas dolosa e culposa. A alteração consiste na exacerbação da pena cominada, até o triplo, se a coisa recebida, adquirida ou ocultada for arma de fogo ou munição, bem de valor histórico, arqueológico ou artístico, jóia, veículo motorizado ou qualquer de seus componentes. Trata-se de proposição do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária baseada nas seguintes razões: justifica-se a medida considerando-se que a receptação é a matriz estimuladora da prática de delitos contra o patrimônio, como o furto, o roubo e a apropriação indébita e de delitos contra a Administração Pública, sendo o elenco de coisas cuja receptação enseja o aumento até o triplo alvo da criminalidade organizada e motivadora de registros de ocorrências policiais em número superlativo, tendo recebido até agora, inexplicavelmente, tratamento extremamente brando. Ganha corpo na população a idéia de que o receptor é

o empresário do crime e de que o ladrão é sua mão-de-obra barata e desqualificada. A proposta é uma resposta aos anseios do povo de medidas mais adequadas de prevenção geral. Evidente, portanto, a importância da alteração proposta, como medida de prevenção e repressão da criminalidade”.

O Projeto, guardando a mesma redação do art. 180 do Código Penal, pretende introduzir-lhe um parágrafo, que seria o 1.º da disposição, renumerados os outros, com a seguinte redação:

“§ 1.º — a pena será aumentada em até três vezes:

I — Se a coisa adquirida, recebida ou ocultada, for: a) arma de fogo ou munição; b) bem de valor histórico, arqueológico ou artístico; c) jóia; d) veículo motorizado ou qualquer de seus componentes.

II — Se houver concurso de duas ou mais pessoas”.

Observando que a alteração pretendida resulta de uma proposta desse próprio CNPCP, verifica-se que consiste somente na agravação da pena do receptor em face:

1.º — da qualidade do objeto material; e

2.º — do concurso de pessoas.

A antiga doutrina considerava a receptação delito de menor gravidade de que o seu pressuposto, qual seja, o crime anterior. Por isso, abandonando a idéia da cumplicidade posterior, nossa legislação a erigiu à categoria de infração autônoma, com sanção própria, desvinculada do delito antecedente. Assim, Magalhães Noronha dizia que o crime do art. 180 do Código Penal consistia numa “cooperação de menor vulto do que a do autor ou co-autor” do crime antecedente (*Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1980, II/506, n. 688). Essa tendência de considerar a receptação delito de menor ofensa lesiva em confronto com outras infrações contra o patrimônio persiste no Anteprojeto da

Parte Especial do Código Penal (1987), que, no art. 193, prevê pena de um a três anos de reclusão para o tipo simples, reduzindo o máximo legal em confronto com a legislação vigente.

Nos dias de hoje, entretanto, a receptação não pode mais ser tratada com benevolência. Como disse o Juiz Francisco Fernandes de Araújo, é um verdadeiro câncer da sociedade, “crime assaz prejudicial e reconhecidamente de natureza grave” (“Receptação dolosa”, in *RT* 644/381 e *RJDTA CrimSP* 4/17). Realmente, do antigo joalheiro ou dono de ferro-velho, passamos a enfrentar grupos organizados para a receptação de ouro e jóias subtraídos e o desmanche de automóveis, caminhões, aeronaves, lanchas, jet-skies e motocicletas, empregando documentos falsos para encobrir a criminalidade e corrompendo menores e desocupados, muitas vezes ligados ao tráfico de drogas. Em outros casos, armas e munições objeto de furto e roubo são vendidas e cedidas entre os delinquentes, propiciando e facilitando novos delitos. Não raro, armas e munição das próprias autoridades e instituições públicas, incluindo o Exército Nacional, são furtadas e roubadas, vindo a ser vendidas a alto preço para contumazes receptadores. No plano de coisas de valor histórico, arqueológico etc., há uma indústria de subtração e venda a colecionadores menos honestos. Peças valiosas são furtadas de nossos museus e igrejas e exportadas criminosamente. Tal a gravidade desse crime que, como lembra Fernandes de Araújo, decretos de indulto têm excluído a receptação dolosa do benefício, como ocorreu com os Decretos 95.290, de 24.11.87 e 97.576, de 15.3.89 (art. e loc. cit., p. 383). Delito parasitário, sustenta uma extensa rede de ladrões, assaltantes, falsários, traficantes e delinquentes juvenis. Não se esquecendo que a receptação atinge também de forma secundária a própria Administração da Justiça,

uma vez que prejudica a ação da autoridade na apuração do crime antecedente. É por isso que na Argentina e no Uruguai está incluída no Capítulo dos delitos contra a Administração da Justiça. Realmente, tornando mais difícil a apreensão de bens patrimoniais subtraídos, exige da autoridade esforço maior, com intensas diligências, o que eleva o custo social desse delito.

O Projeto pretende, pois, cominar pena de maior gravidade nos casos críticos de receptação, em que o objeto material consiste em arma de fogo ou munição, jóias, bens de valor histórico etc., veículos e seus componentes. E tal como ocorre no furto, no roubo e em outros delitos, o impor reprimenda maior quando o fato é praticado por duas ou mais pessoas.

Na cominação agravada da pena, entretanto, não andou bem o Projeto. Impõe, para as hipóteses mencionadas, pena de reclusão, de um a quatro anos, “aumentada em até três vezes” (e multa).

A expressão “em até três vezes” é equívoca. Permitirá, certamente, duas correntes de interpretação:

1.^a — O enunciado “em até três vezes” significa que o aumento poderá variar de um dia “até três vezes” a quantidade da pena abstrata;

2.^a — A expressão indica que o juiz poderá agravar a quantidade abstrata da pena de uma “até três vezes”.

Assim, para a primeira posição, a pena mínima da receptação dolosa com a causa de aumento será de 1 ano e 1 dia de reclusão; para a segunda, de 2 anos de reclusão. E não temos dúvida de que a corrente jurisprudencial vencedora se orientará nos termos da primeira interpretação, mais favorável ao réu.

Isso já havia acontecido na reforma penal de 1984, quando o legislador, pretendendo agravar a pena no caso de crime continuado contra objetividade jurídica pessoal, permitiu ao juiz elevar a pena “até o triplo” (Código Penal, art.

71, parágrafo único). Na ocasião, surgiram duas interpretações:

1.^o — O juiz pode aumentar a pena de um dia “até o triplo” abstrato. Paulo José da Costa Júnior, analisando a disposição, entendeu que o legislador havia se limitado a estabelecer “o teto (triplo), sem se preocupar com o grau mínimo. Pode, portanto, o juiz, acrescer a pena de um dia, até o triplo” (*Curso de Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1991, I/184);

2.^a — O aumento varia de um sexto até o triplo (Damásio E. de Jesus, *Questões Criminais*, S. Paulo, Saraiva, 1986, p. 432).

Os tribunais, dirimindo a dúvida, decidiram a controvérsia adotando a segunda posição (STF, RT 617/410; TACrimSP, RvCrim 199.374, RT 667/293; TARS, RvCrim 289.019.994, RT 649/316 e 318).

A permanecer a cominação do Projeto, a pena mínima do tipo doloso com a circunstância de exasperação, como, por exemplo, no caso de receptação de automóvel furtado, poderá ser de um ano e um dia de reclusão, desde que adotada a interpretação mais benéfica (primeira orientação). Comparando fatos, sabido que o juiz, à míngua de dados no processo sobre as circunstâncias judiciais do réu, aplica quase sempre o menor piso legal (cf. RT, 644/384), a pena mínima para a receptação dolosa comum será de 1 ano de reclusão; da receptação dolosa agravada, de um ano e um dia de reclusão. A surtir tal efeito, a lei nova será de nenhuma valia. E a pena, como diz Juarez Tavares, “deve guardar uma relação proporcional com o dano social produzido pelo delito” (“Critério de seleção de crimes e cominação de penas”, *RBCCrim*, S. Paulo, RT, 1992, n. de lançamento, p. 84, n. 6).

Propomos, atendendo ao anseio do Projeto de agravar a resposta penal na hipótese típica questionada, a pena mínima de dois anos de reclusão; a

máxima, de cinco. Ressalvamos nosso entendimento de que a simples agravação da sanção penal, desacompanhada de outras medidas, não reduz a criminalidade, sendo inútil a chamada “reação estatal simbólica” (Damásio E. de Jesus, “Justiça e criminalidade”, *RBCCrim*, 5/85, n. 14; S. Paulo, RT, Wilfried Hassemer, “Perspectivas de uma moderna política criminal”, rev. cit., 8/41, n. 1).

As circunstâncias, que no Projeto se apresentam como causas de aumento de pena, passariam a configurar, de acordo com a proposta, qualificadoras.

O mínimo legal proposto não se mostra exagerado. Suponha-se a hipótese de receptação dolosa por duas ou mais pessoas (p. ex.: desmanche de automóvel). A pena mínima será de 2 anos de reclusão, a mesma imposta no furto qualificado pelo concurso de pessoas (Código Penal, art. 155, § 4.^o, IV).

A cominação permite justa individualização da pena. O juiz poderá, desde que o fato concreto permita, aplicar ao réu o mínimo legal, que admite o *sursis*. Havendo circunstâncias desfavoráveis, bastará o acréscimo de um dia para impedir a suspensão condicional da execução da pena, cabendo, então, o regime aberto, caso em que ficará a critério do julgador impor condições adequadas à situação do condenado (Lei de Execução Penal, art. 115). Além disso, há a possibilidade de aplicação do § 4.^o, parte final (na redação original do Projeto), permitindo, presentes as circunstâncias legais, a incidência do privilégio do furto (Código Penal, art. 155, § 2.^o).

Por coerência, a pena mínima prevista no § 5.^o, no caso de objeto material de natureza pública, deve elevar-se a dois anos de reclusão.

Por fim:

1.^o — Deslocamos a segunda parte do § 4.^o, que trata da receptação dolosa privilegiada, para um novo parágrafo (§

6.º). Assim, fica resolvida, no sentido favorável, a controvérsia que até hoje ainda existe a respeito de o privilégio aplicar-se ou não à hipótese do tipo qualificado pela natureza pública da coisa receptada (cf. Magalhães Noronha, op. cit., p. 527; Silva Franco, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, S. Paulo, RT, 2.ª ed., p. 798, n. 300);

2.º — Colocamos a forma qualificada pela natureza pública do objeto material, que no Projeto se encontra no último parágrafo da disposição, logo após o tipo simples, evitando dúvida de interpretação, tal como o fez o Anteprojeto de Código Penal, Parte Especial (Portaria 790, de 27.10.87, art. 193);

3.º — Demos *nomen juris* aos tipos penais;

4.º — Incluímos, na redação da receptação culposa, a exigência de que ocorra “manifesta” desproporção entre o valor e o preço, como já o fizera o Código Penal de 1969 (art. 197 do Dec.-lei 1.004, de 21.10.69). A simples desproporção entre o valor real do objeto material e o preço pago pelo adquirente, como tem entendido a jurisprudência, não conduz à tipicidade do fato, uma vez que ninguém compra coisa de segunda mão pelo preço justo (*Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, 25/136, 41/293, 43/375, 69/492 e 77/363; RT 590/363). Aliás, a doutrina sempre ensinou que só há receptação culposa no caso de “preço vil” (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio, Forense, 1958, VII/320);

5.º — Na redação da receptação simples, prevista no *caput* do art. 180, substituímos o termo “produto” por “proveniente”, tal qual o fizera o Código Penal de 1969 (art. 196, *caput*). Redação proposta: “Adquirir” etc. “coisa que sabe ser *proveniente* de crime” (grifo nosso). Como se sabe, a expressão “produto” obriga a doutrina a tecer amplas considerações a respeito da tipicidade do fato nas hipóteses de coisas alteradas, trans-

formadas, modificadas e convertidas em outras (cf. Magalhães Noronha, ob. e loc. cit., p. 516, n. 693). De recordar-se que a expressão “proveniente” era empregada e de preferência de Manzini (*Trattato*, IX/883);

6.º — E fizemos alterações no texto do Projeto, cuja redação não emprega a melhor técnica legislativa.

Redação proposta:

Projeto de Lei da Câmara n. 73, de 1993 (n. 4.393/89, na Câmara de origem), de iniciativa do Presidente da República.

Altera o art. 180 do Código Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º O art. 180 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal — passa a vigorar com a seguinte redação:

“Receptação

Art. 180. Adquirir, receber ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser proveniente de crime, ou influir para que terceiro de boa-fé a adquira, receba ou oculte:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Formas qualificadas

§ 1.º Se o objeto material consiste em arma de fogo ou munição, bem de valor histórico, arqueológico ou artístico, jóia, veículo motorizado ou qualquer de seus componentes ou no caso de concurso de duas ou mais pessoas:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 2.º No caso de bens e instalações do Patrimônio da União, Estado, Municípios e Distrito Federal, empresa concessionária de serviços públicos, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Forma culposa

§ 3.º Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela manifesta desproporção entre o valor e o preço, ou pela

condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:

Pena — detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas as penas.

Autonomia

§ 4.º A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.

Perdão judicial

§ 5.º No caso do § 3.º, se o criminoso é primário, pode o juiz, conforme as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

Forma privilegiada

§ 6.º Na hipótese de receptação dolosa, cabe o disposto no § 2.º do art. 155".

Art. 2.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3.º Revogam-se as disposições em contrário.

Resposta à indagação formulada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça: a proposta não está em termos de aprovação simples, merecendo as alterações que sugerimos.

Ao CNPCP, propomos a aprovação do Projeto com as modificações apresentadas.

É o parecer, *sub censura* dos ilustres Conselheiros.

Brasília, 20 de março de 1995.

3 — PARECERES

CONTRADIÇÃO ENTRE AS RESPOSTAS E SOBERANIA DO JÚRI

FRANCIS SELWYN DAVIS

1. O processo criminal questionado — 2. A regularidade da “perícia complementar”
— 3. Contradição nas respostas aos quesitos — 4. Conclusão.

Indaga-me o ilustre advogado Milton Bonelli sobre a regularidade e conseqüente legalidade do processo criminal, com as particularidades adiante descritas. Consulta-me sobre a validade processual da “perícia complementar” ali deferida pelo MM. Presidente do Tribunal do Júri e da existência de contradição entre as respostas dadas pelos Srs. Jurados aos quesitos que lhes foram formulados.

1. O processo criminal questionado

K.L. foi pronunciado por homicídio perpetrado contra P.G., quando com ele, de madrugada, a sós, jogavam cartas, no escritório do ofendido. Esse, como habitualmente procedia, houvera deixado, sobre uma cadeira a seu lado, uma arma de fogo, como precaução contra eventual assalto, mas com a qual, no final, resultou atirado e morto.

A pronúncia acolheu, para apreciação em maior profundidade, pelo Tribunal do Júri, as duas qualificadoras articuladas na peça inicial da ação, vale dizer: o crime ter sido praticado por motivo fútil, em conseqüência de simples desinteligência por causa de jogo; e o denunciado se ter valido de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido.

Quando do julgamento, o Tribunal do Júri afirmou que o réu “praticou o fato

em defesa de sua própria pessoa” (sim, 4 x 3), bem assim que se defendeu de uma “agressão atual” (sim, 4 x 3). Negada a injustiça da agressão (não, 4 x 3) e prejudicados, conseqüentemente, os quesitos relacionados com a legítima defesa, os Senhores Jurados não reconheceram que o acusado agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (não, 4 x 3); e afirmaram que “o crime foi praticado por motivo fútil em conseqüência de simples desinteligência por causa de jogo” (sim, 4 x 3). Finalmente, negada a segunda qualificadora (não, 4 x 3), o Júri reconheceu a existência de atenuantes em favor do réu (sim, 6 x 1).

Anteriormente ao dia do julgamento, acolhendo pedido e indicação nominal do Assistente do Ministério Público, objetivando a complementação do laudo oficial, o MM. Juiz-Presidente nomeou perito (que funcionou como relator) o Sr. João Dadian, que seria auxiliado por “outro, a ser indicado pelo Setor de Balística, do Instituto de Criminalística” (fls. 501v). Mas, à vista de protesto da defesa, que, em tais circunstâncias, pugnou pelo seu direito de fazer a indicação nominal do segundo perito na pessoa do Dr. Sebastião Edson Cinelli, o Magistrado reconsiderou seu r. despacho, em 3.1.90, designando também essa pessoa assim nominada, “ofician-

do-se para o oferecimento do laudo, no prazo legal" (fls. 529).

Todavia, consoante informou a Sra. Escrevente (fls. 634) mal saiu o ofício judicial, comunicando a nomeação para 2.º perito do Sr. Sebastião Edson Cinelli, "chegava aos autos, na data de 11.1.90 a perícia solicitada, elaborada apenas pelo Perito Dr. João Dadian, com laudo pronto na data de 26.12.89" (fls. 634).

Em Plenário, prestaram esclarecimentos os dois expertos da perícia primeira, ambos afirmando que somente através do estudo da trajetória do projétil no corpo do ofendido não teriam condições de informar, tecnicamente, a posição provável da vítima em relação ao acusado.

O Dr. João Dadian, indicado pelo Assistente do MP para funcionar na perícia-complementar, também prestou esclarecimento aos Julgadores. Disse que o tiro na vítima foi dado de uma distância de dois metros. E que chegou a essa conclusão, com probabilidade de mais de 70% de acerto, através da utilização do método referido em seu laudo (fls. 1.179).

No que se relaciona com a colheita dos esclarecimentos do Dr. João Dadian, o defensor do acusado, em razões de apelação, arguiu a nulidade do julgamento, sustentando que as palavras daquele foram reduzidos a termo apenas em parte, e isso "por ter havido concordância entre Promotor e Defensor no sentido de que não se efetuasse a transcrição do depoimento prestado a título de esclarecimentos do laudo" (*sic*). E esse particular mui nobremente foi reconhecido pelo Sr. Promotor Público, nos seguintes termos: "Obviamente, por se tratar mais de uma demonstração técnica do que um depoimento propriamente dito, impossível a redução a termo de todas as explicações oferecidas em Plenário. Preocupado com esse fato, o Magistrado que presidia a sessão obteve concordância das partes de que nem todo o depoimento fosse reproduzido no termo, pela impossibilidade apontada".

Descrita, nestes termos, a ação penal, passo a responder às indagações que me foram formuladas.

2. A regularidade da "perícia complementar"

Desnecessário encarecer a importância da prova pericial, na formação da convicção dos julgadores. Os peritos judiciais são pessoas presuntivamente idôneas e imparciais, revestidas de confiança e credibilidade, e naturalmente qualificadas para o desempenho de suas funções eminentemente técnicas. Incumbe-lhes, em razão de seus conhecimentos especializados ou experiência, esclarecer fatos ou assuntos, para uma solução justa e verdadeira dos dissídios judiciais.

No caso em exame, de maior relevância a prova pericial, *maxime* em razão do fato ter ocorrido a portas fechadas, sem testemunhas. Muito ao propósito, com acuidade, anotou em suas contra-razões de apelação o zeloso Promotor de Justiça: "Na verdade, este demorado e volumoso processo, que se arrastou por cinco anos e consumiu quase 1.300 laudas, bem poderia se resumir aos interrogatórios do apelante e aos elementos de ordem técnica existentes nos autos".

O acusado, todas vezes em que interrogado, uniforme e coincidentemente narrou a sua versão sobre o acontecido, invocando a excludente de criminalidade e a inevitabilidade de outra conduta. Daí, para infirmar suas palavras, as provas periciais, como conjunto comprobatório residual e único, somente poderão ser aceitas, na medida em que regularmente processadas, formalmente coligidas e, no mérito, compatíveis com os elementos fáticos, objetivos, levantados no processo.

Não obstante a importância da prova pericial, no caso dos autos, irregular e em absoluta infração à Lei, foi a nomeação dos peritos, para a realização da perícia "complementar".

Realmente a Lei processual penal é incisiva, sem ensanchas à sua inobservância: “Art. 276. As partes não intervirão na nomeação do perito”.

Verifica-se, porém, que o perito relator, Dr. João Dadian, foi nomeado após indicação nominal e expressa do Sr. Dr. Assistente do Ministério Público (fls. 485), observando-se que o mesmo procedimento foi adotado pelo MM. Juiz de Direito, quando nomeou para segundo perito, agora por indicação nominal da defensoria, o Sr. Dr. Sebastião Edson Cinelli, que só não chegou a funcionar por que o recebimento do laudo, pronto, do Dr. João Dadian antecedeu ao encaminhamento da comunicação da respectiva nomeação.

O processo penal é eminentemente público. “É extensivo aos peritos, no que lhes for aplicável, o disposto sobre suspeição dos juízes” (art. 280). E isso exatamente em razão dos expertos judiciais serem considerados como auxiliares diretos dos Juízes, sujeitos aos respectivos impedimentos e restrições. Já o Juízo Arbitral (em que é compatível a louvação de vistores pelas próprias partes) é procedimento que se instaura, excepcionalmente, e somente para a resolução de pendências concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação (arts 1.037, do CC e 1.072, do CPC). Aliás os “juízes-árbitros” jamais se confundiram com os Magistrados, pois têm identidade com o *judex privatus*, que era aquele que, na antiga Roma, podia ser nomeado a pedido dos litigantes, fundados na “Lei Pinária”.

Evidentemente, perícia criminal em que, ao arrepio da Lei, o 1.º Perito é nomeado por indicação, pela parte, de seu nome, ao MM. Juiz de Direito processante, é perícia comprometida por suspeição, desde seu nascedouro. As partes são vedadas, inclusive, a escolha ou nomeação dos Magistrados que intervirão na solução de suas controvérsias, em primeira ou quaisquer instâncias,

sabido que a própria distribuição, pública e aleatória, dos processos aos nomes daqueles que integrarão as Turmas Julgadoras das causas, é considerada um inalienável direito do litigante e uma garantia de julgamento escorreito nos Tribunais.

Não bastante, o 2.º perito, Eng. Jayme Telles, que subscreveu o laudo complementar relatado pelo Dr. João Dadian, sequer teve formalizada sua indicação para atuar na perícia. Não há, no laudo complementar de fls. 537 (ao contrário do que ocorreu em relação ao laudo pericial, fls. 50, a ser complementado) qualquer referência a quem teria nomeado o Eng. Jayme Telles, pelo Instituto de Criminalística, nem mesmo a qualificação desse perito. Além disso, os outros laudos periciais oficiais (fls. 50, 144 e 202) são redigidos na 3.ª pessoa do plural e se referem à conferência das suas conclusões, entre os vistores signatários. Ao passo que o “laudo complementar” elaborado pelo Dr. João Dadian é redigido na 3.ª pessoa do singular, como se por ele, exclusivamente, houvesse sido elaborado, além de não trazer qualquer menção à participação nos trabalhos, mesmo de simples conferência, por parte do segundo signatário. Em suma, o laudo complementar relatado pelo Dr. João Dadian também pode ser questionado ante o disposto na Súmula 361, do Supremo Tribunal Federal (“No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito”), mormente se consideradas suas palavras em Plenário, vale dizer, “o laudo complementar juntado de fls. 544 a 558 foi elaborado por mim” (*sic*).

Mais ainda, a perícia criminal procedida pelo Dr. João Dadian é nula, sob o prisma da colheita dos respectivos esclarecimentos, como perito, em Plenário. Nem o Juiz-Presidente, muito menos as partes, estariam investidos de arbítrio para censurar depoimentos, ou resumi-los, a seu talante.

Lembre-se que “a Justiça é concreta, e não abstrata”, como ensina João Monteiro. Sem o formalismo, o processo não existe. Manda a lei processual que os depoimentos sejam reduzidos a termo (art. 216) e que, na redação dos depoimentos, o Juiz deve cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases (art. 216).

A forma processual é indeclinável, constituindo a própria exteriorização do ato processual. Na verdade, os Julgadores e as partes só podem agir através do exame dos elementos do processo que, obviamente, não são destinados somente à instância em que são coligidos. Ao contrário, os elementos processuais devem ser escoreitos, traduzindo fielmente os atos respectivos, inclusive para sua eventual apreciação e estudos, pelos Tribunais Superiores, ou em processos revisionais.

Provado, notadamente pela confirmação do fato pelo ilustre Promotor Público, que os esclarecimentos do perito João Dadian não foram reproduzidos com fidelidade, nula a respectiva colheita. É a forma que investe de autenticidade os atos processuais, autenticidade que deixa de existir no momento em que resulta comprovada a falta de correspondência entre a forma e a realidade.

Fernando da Costa Tourinho Filho lembra que por forma de um ato processual se entende o seu aspecto externo. “Ou, como dizia Massari, a roupa externa, sua configuração, seu revestimento”. Sem dúvida, a nulidade de que trata o inc. IV, art. 564, que cuida de omissão de formalidade essencial do ato é sanável, segundo a fórmula do art. 572. Mas, mesmo por isto, “... urge chamar a atenção para uma particularidade: se a omissão da formalidade interna ou externa for de tal porte que produza uma desfiguração do próprio ato, de modo a impossibilitar-lhe a consecução do seu objetivo, aquele fica

tão imprestável que a sanatória se torna absolutamente impossível, e, uma vez reconhecida a nulidade, se não for possível a retificação, a renovação se impõe, a menos que também haja total impossibilidade. É verdade que, nesses casos, o ato existe, mas tão mutilado, adulterado, desfigurado e deformado, que equivale à sua própria omissão ou falta” (*Processo Penal*, III v., p. 119, Saraiva, 1992).

Aliás, pela mesmíssima razão o Eg. Tribunal de Justiça de S. Paulo concluiu que “... ficando incontroverso nos autos que os depoimentos foram tomados por estenotipia e, ao final da produção da prova oral, dispensada a estenotipista em razão do adiantado da hora, sem ninguém capacitado para transcrever ou traduzir determinados trechos das fitas, caracteriza-se a impossibilidade de acesso da defesa à prova produzida, o que constitui manifesto cerceamento” (*RJTJSP* 127/274).

Mas não é só.

A perícia complementar foi deferida pelo M. Juiz Presidente, com o objetivo expresso de esclarecer de que distância foram disparados os dois tiros que ocasionaram a morte de P. G. (fls. 501v). Dois peritos oficiais (o primeiro relator do laudo procedido logo após o evento) foram taxativos. Wong T. Kit afirmou (fls. 468): “Não foram encontrados no local elementos de ordem material que pudessem determinar a posição provável da vítima em relação ao réu”.

O perito Mário Prandini Junior, por sua vez, também foi conclusivo (fls. 1.181): “Eu não teria condições de verificar a posição provável da vítima em relação ao acusado, através da trajetória do projétil no corpo da vítima”.

Contraditoriamente, essa foi, precisamente a finalidade visada no laudo relatado pelo Dr. João Dadian, isto é, provar aquela distância entre a arma e o ofendido.

Na verdade, o laudo do Dr. João Dadian é extremamente subjetivo, razão pela qual imprescindível houvessem sido reproduzidos, fielmente, todos os seus esclarecimentos, para melhor e justa apreensão de seus pensamentos. Evidentemente, o lacônico termo de fls. 1.179 não reproduz nem a décima parte das palavras que proferiu no Plenário. Nem consta que o seu laudo tenha sido lido para os Srs. Jurados.

Por outro lado, cabe lembrar que a jurisprudência criminal tem repellido a adoção de formas matemáticas abstratamente preconcebidas, que apontem resultados dependentes de médias aritméticas, falhos na maioria dos casos. Exemplificativamente, calcular a velocidade de um automóvel através da medição das marcas deixadas no solo pela freiagem dos pneumáticos exige a apuração prévia de “n” circunstâncias, a saber: peso e volume do carro; qualidade, estrias e desgastes dos respectivos pneumáticos; ajuste dos freios do veículo; demora do motorista para acionar os freios, a partir do momento em que alertado para fazê-lo e intensidade da sua pressão muscular sobre os mesmos; nível plano, ou inclinado, do leito carroçável; compactação do leito carroçável (asfalto, terra, pedregulho etc.) e suas condições na oportunidade (seco, úmido, molhado, encharcado) etc.

Contudo, o perito Dr. João Dadian, tomando como ponto de partida a localização e a trajetória dos projéteis no corpo do ofendido, afirma, “com probabilidade de mais de 70% de acerto”, que os tiros foram dados “de uma distância de dois metros” (fls. 542 e 1.179). Para chegar a esse resultado, o Sr. Perito João Dadian louvou-se em duas médias aritméticas (método inaceitável, inclusive para a desapropriação de imóveis, quando apresentados laudos com valores díspares), a saber (fls. 540): a) velocidade média de 210 m/s de projéteis, nas distâncias de 1,00 m, 1,5 m e 2,00 m

da boca da arma, para balas de calibre 38 SPL, do tipo ogival, pesando 10,2 gramas; b) média de perda de velocidade em projéteis semelhantes, para perfurar a pele humana, conforme a semi-soma das conclusões de Mori (30 m/s) e Sellier (oscilante em torno de 50 m/s).

Aliás, mesmo se aceitas tais “médias” como coincidentes com a velocidade dos projéteis disparados, no caso dos autos seria preciso considerar que, em seus cálculos, o Dr. João Dadian não considerou “n” circunstâncias, que influiriam, certamente, em suas conclusões, isto é: a) as condições de utilização da arma em que foram produzidos os disparos, notadamente a conservação de sua “alma” (interior do cano e respectivas “raias”), considerando-se que, conforme público e notório, não existem dois canos de revólver internamente iguais; b) a qualidade e a data de fabricação da pólvora dos cartuchos disparados, sabido, também, que a pólvora com o tempo perde sua força e até sua explosão; c) o ângulo, em graus, do impacto do tiro sobre o corpo do ofendido (tiro tenso, intensamente oblíquo, de raspão etc.); d) a resistência também oferecida aos projéteis, por impacto outro além daquele na pele humana (o Sr. Perito João Dadian em seu trabalho, só considerou, genericamente, “tecidos musculares” (fls. 541), sem levar em conta o fato do ofendido ser um homem gordo, musculoso e que a resistência aos projéteis, no interior de seu corpo, é de difícil precisão se considerados que atingiram tecidos de texturas heterogêneas, tais como dente, osso, coração, fígado etc.; e) a rigidez ou flacidez da pele do ofendido em razão de sua idade (56 anos) e, conseqüentemente, sua maior ou menor resistência ao impacto dos projéteis.

3. Contradição nas respostas aos quesitos

Dispõe, imperativamente, o art. 563, parágrafo único, do Código de Processo

Penal: "Parágrafo único. Ocorrerá, ainda, a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas".

Contradição, vocábulo derivado do latim *contradictio*, significa a ação de contradizer-se, ou a "divergência" existente em afirmativas de uma ou mais pessoas, sobre o mesmo caso ou sobre a mesma coisa (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, I, fls. 427, Forense, 1961).

No processo questionado, os Srs. Jurados, de início, responderam que "o réu praticou o fato em defesa de sua própria pessoa" (sim, 4 x 3), bem assim que se defendeu de uma "agressão atual". Negada a injustiça da agressão (não, 4 x 3), (e prejudicados, conseqüentemente, os demais quesitos relacionados com a legítima defesa), o Júri repeliu o crime privilegiado pela violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (não, 4 x 3), e afirmou que o "crime foi praticado por motivo fútil, em conseqüência de simples desinteligência, por causa de jogo" (sim, 4 x 3). Finalmente, negada a segunda qualificadora (não, 4 x 3), os Senhores Jurados reconheceram a existência de atenuantes em favor do réu (sim, 6 x 1).

Em outras palavras, na Sala Secreta os Srs. Jurados afirmaram que o Réu praticou o fato defendendo-se de uma agressão atual à sua pessoa. E menos de quinze minutos depois (i.é., após a resposta dada aos subseqüentes dois quesitos), os mesmos Jurados responderam que "o crime foi praticado por motivo fútil, em conseqüência de simples desinteligência de jogo"!!!

Não bastante essa gritante contradição, cerca de cinco minutos depois de terem afirmado a qualificadora do "motivo fútil" (i.é., após os cinco minutos dispendidos para a votação de um só quesito intermediário, correspondente à segunda qualificadora), os Srs. Jurados

reconheceram a existência de atenuantes em favor do acusado (sim, 6 x 1)!!!

Quid id?

O fato foi praticado em defesa da própria pessoa, contra agressão atual? Ou, ao contrário, foi perpetrado por motivo fútil, em conseqüência de simples desinteligência por causa de jogo? E, quais são as circunstâncias atenuantes que podem militar em favor de quem pratica um homicídio... por "motivo fútil"?

Reconheça-se a dificuldade com que se defrontaram os Srs. Jurados, ao julgar um fato, ocorrido sem testemunhas, quando chamados a apontar a respectiva motivação. Realmente, até o próprio e douto Promotor Público, contraditoriamente, em suas razões contra a apelação do réu, implicitamente está afastando o motivo fútil, ao dizer que "... basta uma mirada nas quantias estampadas naqueles cheques, para que se tenha uma idéia do volume de dinheiro envolvido nos jogos, e no interesse do apelante em recuperar seu prejuízo" (fls. 1.249).

Elevadas perdas em jogo, obviamente, constituem motivo sério, capaz de levar o perdedor até ao suicídio. Podem provocar, também, desavenças graves, até funestas, como no caso dos autos. Principalmente, se aquelas perdas não advieram da sorte, nas cartas, mas de alguma outra razão, não aleatória, como alega o acusado.

Cumpre notar que o réu não foi armado ao encontro do parceiro. Válida, perfeitamente, sua intenção de recuperar, no próprio jogo, prejuízos anteriores, mesmo altos, ali sofridos, ainda que exteriorizados em cheques já confiados ao ofendido. Não se diz que tencionava matar o parceiro, para não saldar as cambiais. Mesmo por que, pela Lei (art. 1.477, do CC) dívidas de jogo, ou aposta, não obrigam o pagamento, inclusive das respectivas novações. Nas circunstâncias fiscais vigentes, e à vista da disciplina que rege a emissão dos cheques nominiais, ao réu não seria difícil recusar-

se à satisfação das cártulas anteriormente emitidas, sob a singela e legítima alegação de representarem perdas em jogo. Aliás, não pode ser inculcado só por ter determinado a suspensão do pagamento dos cheques, no dia seguinte à malfadada sessão de jogo; e não pode ser inculcado por que essa sua conduta é inteiramente compatível com as palavras com que relatou a sua versão do fato.

De qualquer modo, a primeira das contradições, conforme iterativa jurisprudência, é suficiente para anular o julgamento realizado.

Diz o Supremo Tribunal Federal: — Se os jurados reconhecerem que o acusado agiu em defesa de agressão à sua pessoa, não poderiam, sem contradição, responder afirmativamente que ele agiu com motivo fútil e de surpresa. Se a resposta a qualquer quesito estiver em contradição com outra ou outras já proferidas, caberá ao juiz explicar aos jurados em que consiste a contradição e submeter novamente à votação os quesitos a que se referem tais respostas (CPP, art. 489). A inobservância desta providência legal acarreta a nulidade do julgamento (CPP, art. 554, parágrafo único) (STF, *HC DJU* 20.8.82, p. 7.873).

Corrobora esse entendimento, pacificamente, o Eg. Tribunal de Justiça de S. Paulo:

“Se o agente se defende de uma agressão injusta e atual, embora lançando mão de recursos desnecessários, deixando, por isso, de completar-se a justificativa, não poderá, jamais, ver sua ação acimada de fútil” (TJSP, Ap. Criminal 92.053, *RT* 396/91).

“O reconhecimento posterior da qualificadora do homicídio é incompatível com a admissão anterior do início da defesa própria, embora não legítima” (TJSP, Ap. 128218, *RT* 490/308).

“Quem age em defesa própria, ainda que não legitimada pela lei penal, não está impelido por causa tão irrelevante que se qualifique como “fútil” (*omissis*). Não podia, destarte, razoavelmente, o Conselho de Jurados, salvo por acharem-se os seus componentes mal esclarecidos, responder afirmativamente, tanto ao quesito genérico da defesa, como ao das qualificadoras” (TJSP, Ap. Crim. 97.609, *RT* 401/115).

4. Conclusão

Mais, não é necessário acrescentar.

Tanto quanto as nulidades anteriormente apontadas, também a manifesta incongruência das respostas dos Srs. Jurados impõe uma decisão anulatória *ex vi* do próprio texto da Lei 263, de 23.2.48, que mandou acrescentar o parágrafo único ao art. 564, IV, do CPP: “ocorrerá ainda nulidade por deficiência dos quesitos ou das respectivas respostas, e contradições entre estas”.

Nem se cumprirá a lei, através da solução simplista do cancelamento da qualificadora. É preciso que a contradição seja espancada, respeitada a soberania do Júri. E a contradição só será afastada, definitivamente, através de um julgamento, em que os Senhores Jurados possam pronunciar-se em um sentido, ou em outro. Isto é, reconhecer que o fato foi praticado em defesa pessoal, ainda, que, eventualmente, inobservados os limites da legitimidade, conforme descritos na lei penal; ou perpetrado por motivo fútil.

A concomitância das motivações afirmadas no julgamento já realizado, é de manifesta incongruência, que não pode subsistir.

É o meu parecer, S. M. J.

4 — ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

UM POUCO DA HISTÓRIA LUSO-BRASILEIRA

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal
Membro da Academia Paranaense de Letras

1. A pauta das Antiguidades

Normalmente, a pauta dos temas versados nesta seção de *Antiguidades de Direito Criminal* é preenchida com a reposição de fatos e de julgamentos que, não obstante a passagem dos anos, ainda conservam relevo humano e social. Por eles desfilam os atores principais e todos os coadjuvantes do processo criminal rememorando as passagens célebres. São exemplos da aplicação concreta das normas do Direito Penal e do Direito Processual segundo um tempo e um lugar determinados.

Mas existem dentro do universo das *Antiguidades* alguns assuntos de grande importância e que devem ser lembrados às gerações de estudiosos do presente e do futuro para que não se percam os referenciais sobre as pessoas e as coisas, bem como a noção dos valores estabelecidos entre elas. Afinal, como já foi dito com propriedade, o povo que esquece a sua História é obrigado a repeti-la.

O nosso país vive um momento de profunda contradição no campo legislativo em matéria penal e processual penal. Enquanto o Governo ou entidades representativas instituem grupos de trabalho ou comissões de especialistas para se dedicarem à tarefa de revisão do sistema positivo,¹ novas leis

vão surgindo sem os cuidados científico e técnico que geralmente informam as atividades dos grupos ou comissões no debate das idéias, na preocupação com a substância das propostas e no zelo com a forma de redação. São *leis de ocasião*, produzidas para tentar suprir erros clássicos do sistema penal ou graves vícios dos procedimentos investigatórios. Seus respectivos projetos são concebidos e alimentados com a infidelidade de princípios já consagrados na doutrina e na jurisprudência.

Um exemplo recentíssimo dessa proliferação aberrante se contém na recente Lei n.º 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o patrimônio genético, técnicas de engenharia genética e liberação, no meio ambiente, de organismos geneticamente modificados. Analisando as erronias das normas incriminadoras constantes do pródigo art. 13 desse diploma, Alberto Silva Franco acentua com propriedade: "Já há algum tempo, o pouco apuro técnico tem produzido, na área criminal, leis de péssima qualidade, mas nenhuma delas atingiu o nível de degradação da Lei 8.974/95. (...) Construir um tipo é como erguer

Ministro Evandro Lins e Silva, e dos anteprojetos de reforma do Código de Processo Penal, sob a coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (cfe. Portaria n.º 581 de 10.12.1992, DOU de 14.12.1992, seção II, p. 7881, Portaria n.º 145, DOU de 30.03.1992, seção II, p. 1960; e Portaria n.º 349, DOU de 17.09.1993, seção II, p. 5277).

1. Assim como ocorreu com os trabalhos do Esboço do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, sob a coordenação do

uma casa. Sem alicerces, paredes e telhado, sem essa estrutura mínima, de casa não se trata”².

Aproveitando essa oportuna imagem a respeito da elaboração dos tipos legais de ilícito, vale a pena recordar algumas passagens históricas do Direito Penal luso-brasileiro para se concluir que, apesar de séculos de distância, ainda existem “legisladores” que praticam verdadeiros atentados contra a cultura e a civilização das ciências penais.

Quando não fosse pelo *background* do festival de abusos e erronias, as referências históricas a seguir indicadas poderão valer como reflexão para que os mestres e os discípulos da nobre ciência e arte do Direito Penal possam, declarar, no foro de suas consciências e nas atividades a que se dedicam, a *inconstitucionalidade* de material das *leis de ocasião* posto violarem o princípio da dignidade humana, declarado como um dos fundamentos da República Federativa.

É minha intenção publicar três textos dentro desta seção, abordando o desenvolvimento histórico de nosso sistema positivo. O primeiro, desde os tempos da descoberta até a edição do Código Criminal do Império (1830); o segundo, abordando a legislação extravagante até o advento do Código da Primeira República, e o último, tratando das alterações produzidas nesse Código, passando pela Consolidação das Leis Penais e pelos diplomas que antecederam a entrada em vigor do Código de 1940.

E, assim pensando, vão algumas notas comemorativas do sistema criminal luso-brasileiro³ antes e após o advento do Império.

2. O período colonial (1500-1822)

2.1. As Ordenações Afonsinas

Ao tempo da descoberta do Brasil, o regime jurídico dos portugueses era fundado nas *Ordenações Afonsinas* (de D. Afonso V), promulgadas em 1446, além de textos do direito Romano, do Direito Canônico e do direito costumeiro.

O Livro V daquelas *Ordenações* tratava do Direito Penal e do Direito Processual Penal constituindo um vasto “acervo de incongruências e maldades”, muitas delas incompatíveis com o relativo progresso daquele tempo⁴.

No tocante às medidas que afetam a liberdade, a *servidão penal* raramente aparece como pena no regime das *Ordenações*. Ela no entanto era admitida como, por exemplo, no caso de um mouro ou um judeu que pretendia se fazer passar por cristão. Em tal hipótese, o rei poderia determinar a sua entrega como escravo a qualquer pessoa: “fazer mercê dele a quem nos aprouver, assim como de cousa nossa” (Tit. 26)⁵.

A *prisão*, embora prevista com frequência, tinha em regra um caráter preventivo e consistente em evitar a fuga do autor do crime até ser julgado.

Essa mesma e antiga característica da detenção física como espécie da prisão provisória dos dias presentes, era comum na Antiguidade e no direito Romano. Louvando-se em passagem do Digesto, Carrara informa que os romanos utilizavam o cárcere como *custódia* mas não como sanção autônoma⁶. Assim

do em *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè Editore, Milano, 1984, vol. III, p. 1857 e s.

4. Cesar Trípoli, *História do Direito Brasileiro - Época Colonial*, SP, 1936, v. I, p. 67 e 68.

5. Eduardo Correia, *Estudo sobre a evolução das penas no Direito Português*, Coimbra, 1980, v. I, p. 38.

2. “Por favor, sr. Ministro da Justiça — A criminalização das técnicas de engenharia genética”, artigo publicado em *Boletim IBCCrim*, n.º 26, fev. 1955, p. 1.

3. O texto a seguir reproduz, em grande parte, o meu artigo “Notas para a história das penas no sistema criminal brasileiro”, publica-

também ocorria nas práticas penais indígenas no Brasil ao tempo da descoberta: a privação da liberdade era imposta para se deter os inimigos em seguida à captura ou nas horas que precediam de imediato o seu sacrifício.⁷

Ao lado, porém, de uma função preventiva, a prisão também era aplicada no regime das *Ordenações Afonsinas* como um meio de coerção para obrigar o autor ao pagamento da pena pecuniária. Mas ela em raros casos surgia como típica reação de natureza repressiva, imposta, por exemplo, por uma noite para aqueles que presenciassem jogos (Tit. 41.º, 8); por quinze dias para quem jogasse ou fizesse tavolagem; por três dias para quem violasse, pela segunda vez, as leis sobre as coisas de uso proibido (Tit. 43.º, 4). Em algumas situações, a quantidade da pena de prisão não era certa, ficando a sua aplicação ao critério do rei.⁸

2.2. As Ordenações Manuelinas

Poucos anos após a descoberta, o Brasil passou a ser regido pelas *Ordenações Manuelinas* (1514 a 1603 - de D. Manuel, o Venturoso). Consolidando o Direito de Portugal, aquele diploma era distribuído em cinco livros. No último deles constam as matérias de Direito Penal e Processual Penal.

Também ao tempo das *Manuelinas* a chamada *servidão penal* é rara como nas hipóteses em que se submetia o infrator à situação de cativo (Tits. 77.º e 82.º). A prisão é encontrada como medida de coerção pessoal até o julgamento e a condenação (Tit. 42.º), sendo menos

frequente a prisão por dívida enquanto que a privação da liberdade como sanção propriamente dita é pouco utilizada. Em alguns casos, como pena, é fixada em quinze ou trinta dias, sem desconto; em outras vezes, a sua duração é arbitrária (Tits. 14.º, 1; 37.º, 6 e 103.º; 78.º; 88.º; 11; 10.º, 9, 72.º e 101.º).

Alguns dispositivos regulavam problemas da execução como a proibição de que os presos se ferissem entre si; o cumprimento da detenção em lugares ou em situações especiais (castelos, em casa própria ou de outrem, sob menagem, etc.) (Tit. 67.º), bem como a forma de se aplicar a pena como ocorre com a *prisão em ferros* (Tit. 53.º).⁹

2.3. As leis extravagantes

Depois das *Ordenações Manuelinas* foram divulgadas várias leis, decretos, alvarás, cartas-régias, resoluções, provisões, assentos da Casa de Suplicação, regimentos, estatutos, instruções, avisos e portarias que foram compilados por determinação de D. Henrique. Foi incumbido de tal tarefa, Duarte Nunes de Leão a fim de se ordenar a multiplicidade dos éditos em vigor. A *coleção* tratou na sua IV parte "dos delitos e do acessório a eles".

Na opinião autorizada de Eduardo Correia, a leitura das leis extravagantes mostra que elas nem alteraram fundamentalmente o sistema penal anterior, nem suavizaram o seu caráter violento.¹⁰ A prisão continuava a ser prevista como um meio para obrigar ao pagamento de dívidas (natureza coercitiva) e também como expressão retributiva, com fixação em tempo certo: dez, vinte, trinta dias ou dois meses.

Evoluindo no quadro da execução, as leis extravagantes continham muitas regras sobre o cumprimento da pena privativa de liberdade.

6. *Programma del diritto criminale, Parte generale*, Firenze, 1924, v. II, p. 56, nota n.º 1 ao § 670.

7. João Bernardino Gonzaga, *O Direito Penal indígena*, SP, s.d., p. 128. No mesmo sentido, Nilo Batista, *Práticas penais no direito indígena*, em *Revista de Direito Penal*, RJ, 1982, v. 31, p. 85.

8. Eduardo Correia, ob. cit., p. 39, 40.

9. *Idem, ibidem*, p. 49, 50.

10. Ob. cit., p. 53.

2.4. As Ordenações Filipinas

Quando D. Felipe II, de Espanha, foi empossado no trono português, sob o tratamento de Felipe I (1581-1598) mandou logo reformar as *Ordenações Manuelinas*, atualizando-as assim como se fez com a legislação de outros períodos. Durante o reinado de D. Felipe III (em Portugal, Felipe II), no ano de 1603, foram editadas as *Ordenações Filipinas* que passaram a vigorar por força de lei a partir de 11 de janeiro daquele ano.

Um levantamento histórico revela que além do reforço do poder central, as *Filipinas* em nada se distinguiam das *Manuelinas* acrescidas pelas leis extravagantes. As denúncias contra a ferocidade das sanções corporais e infamantes e a multiplicidade absurda de "ilícitos" constituem passagem necessária na história das práticas penais daquele tempo. Narram os cronistas que o catálogo de infrações era tão vasto que um rei africano estranhou, ao lhe serem lidas as *Ordenações*, que nelas não se cominasse pena para quem andasse descalço.¹¹

O Brasil-Colônia sofreu, desde a sua descoberta até que se completasse o período da dominação portuguesa, as consequências graves de regimes fantásticos de terror punitivo. Sobre o corpo e o espírito dos acusados e dos condenados se lançavam as expressões mais cruentas da violência dos homens e da

ira dos deuses. As *Ordenações Filipinas* - assim como as anteriores - desvendaram durante dois séculos a *face negra* do Direito Penal. Contra os hereges, apóstatas, feiticeiros, blasfemos, benzedores de cães e demais bichos, sem autorização do rei, e muitos outros tipos pitorescos de autores, eram impostas as mais variadas formas de suplícios com a execução das penas de morte, de mutilação e da perda da liberdade, além das medidas infamantes.

Mas, em contraste com uma tipologia de agentes marcada por *ferro em brasa*, existiam as categorias privilegiadas de sujeitos que gozavam de imunidade ou especial tratamento punitivo: fidalgos, cavaleiros, desembargadores, escudeiros, etc.

O suplício, como os rituais do século XVIII o demonstram, foi um poderoso agente político e segundo Foucault "ele entra logicamente num sistema punitivo em que o soberano, de maneira direta ou indireta, exige, resolve, e manda executar os castigos, na medida em que ele, através da lei, é atingido pelo crime. Em toda infração há um *crimen majestatis*, e no menor dos criminosos um pequeno regicida em potencial".¹²

As *Ordenações Filipinas* e toda a legislação promulgada durante o domínio filipino, subsistiram após a Restauração da Independência de Portugal (1640). O Alvará de 29 de janeiro de 1943 "houve por bem de revalidar, confirmar, promulgar e de novo ordenar e mandar que os ditos cinco livros das ordenações e leis que neles andam, se cumpram e guardem como até ao presente se praticaram e observaram".¹³

Durante o reinado de D. José manifestou-se um extraordinário rigor na repressão, especialmente para os delitos de lesa-majestade, conforme a Carta Régia de 21 de outubro de 1757, o

11. Cf. José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, SP, 1964, v. I, p. 85, 86. Sobre uma análise crítica do Livro V das *Ordenações Filipinas*, ver, entre outros, Augusto Thompson, *Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*, SP, 1976, p. 98 e s.; Melo Freire (Pascoal José de Melo Freire dos Reis (1737-1798), *Instituições de Direito Criminal Português*, trad. do latim pelo Dr. Miguel Pinto de Menezes, em *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, n.º 155, abril de 1966, p. 48; Melo Freire, *Código Criminal Intentado pela Rainha D. Maria I*, Coimbra, 1844, p. 18).

12. *Vigiar e punir*, Petrópolis, 1977, p. 49, 50.

13. Eduardo Correia, ob. cit., p. 62.

alvará de 17 de janeiro de 1759 e a Lei de 3 de agosto de 1770.

E foi sob a inspiração e o comando daquele *direito penal do terror* que se processaram e condenaram os mártires da *Inconfidência Mineira*, tendo à frente Joaquim José da Silva Xavier, o *Tiradentes*. As penas corporais e infamantes (morte, esquartejamento, açoites, degredo e declaração de infâmia) eram aplicadas sob o fundamento e o pretexto de uma *ideologia da salvação* dos costumes sociais, políticos e religiosos ditados pelos poderosos, como se poderá ver pelo acórdão da Relação de 18 de abril de 1792.

3. As tendências de reforma

É certo, porém, que as influências da filosofia iluminista e das idéias liberais irradiadas pelos movimentos da Revolução francesa e proclamadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), já se faziam sentir não apenas na Europa como também na América em razão da independência dos Estados Unidos (1776).

A perspectiva de progresso no campo das relações humanas e sociais tendo à frente as generosas *petitions of rights* e o humanismo refletido na obra de Beccaria (1764) determinaram o movimento para reformar a legislação portuguesa. Em 1778 foi constituída uma Comissão à qual se juntou Pascoal de Mello Freire em 1783 e que foi encarregada de elaborar os projetos de códigos de Direito Público e de Direito Criminal. Os trabalhos foram apresentados em 1789 e continham revolucionárias mudanças do sistema vigente.

Muito embora o projeto Mello Freire fosse abandonado¹⁴, a história do Direito

Penal luso-brasileiro consagrou os esforços daquele jurista que tanto lutou contra a "carnífica tortura" alimentada pelo Livro V das horrendas *Ordenações*. Relativamente às reações penais, o projeto de Código Criminal de Mello Freire destaca: a) a proporcionalidade da sanção tendo em vista a quantidade e gravidade do delito e a maldade do delinqüente; b) o caráter utilitário das penas (revelando, assim, a influência da teoria do contrato social de Rousseau e da doutrina de Beccaria); c) o fim de prevenção das penas além de sua natureza repressiva; d) a injustiça das penas inúteis ou cruéis; e) a atrocidade das penas gerando a impunidade e a indulgência do delito, "que são as coisas mais funestas que há para a saúde pública"¹⁵.

4. O período imperial (1822-1889)

4.1. A nova ordem jurídica

O Brasil conquistou a sua independência de Portugal em 7 de setembro de 1822. As notáveis mudanças que se operaram nos diversos campos de existência da nossa grande nação se projetariam também nas práticas do Direito Criminal.

Mas a revogação das *Ordenações Filipinas* não foi imediata. Uma lei promulgada pela Assembléia Constituinte, em 20 de outubro de 1823, determinou que se observasse ainda a legislação portuguesa, enquanto se aguardavam a elaboração do novo Código e a revogação dos diplomas em vigor. No entanto, já se manifestavam os ideais de uma Reforma a se colocar em harmonia com a nova sociedade brasileira que se desenvolvia sob o manto da liberdade nacional. Alguns princípios fundamentais ao Direito Penal europeu do último quartel do *Século*

14. Sobre as diversas razões pelas quais o projeto Pascoal de Melo Freire não se converteu em lei, ver Eduardo Correia, ob. cit., p. 71 e s., e Augusto Thompson, ob. cit., p. 105.

15. Em Augusto Thompson, ob. cit., p. 107, 108.

das Luzes já ganhavam defensores entre os juristas brasileiros como Fernandes Pinheiro, José Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos. A irretroatividade da lei penal, a igualdade de todos perante a lei, a personalidade da pena e a utilidade pública da lei penal, foram alguns desses princípios que mais tarde iriam basear a legislação criminal propriamente brasileira.

4.2. A legislação do Regente D. Pedro I (1821-1822)

O Príncipe D. Pedro I recebeu de D. João VI, à véspera de retornar para Portugal e pelo Decreto de 22 de abril de 1821, as *instruções* para governar o Brasil em sua substituição. O período da Regência iniciou-se em 26 daquele mês, no mesmo dia em que o pai deixou o porto do Rio de Janeiro. A regência de D. Pedro, entretanto, sob o ponto de vista da formação do direito brasileiro, foi caracterizada, principalmente, pela continuação da atividade legislativa destinada a proporcionar uma nova Carta Política ao nosso país. Segundo qualificada fonte, pode-se mesmo dizer que essa atividade se caracterizou como uma segunda fase de elaboração constitucional.¹⁶

4.3. As bases da Constituição portuguesa

As *Bases da Constituição Portuguesa*, decretadas pelas Cortes Extraordinárias e Constituintes de Lisboa, em 10 de março de 1821, serviram de inspiração e roteiro para a segunda etapa da elaboração constitucional brasileira. Essas *Bases* foram juradas no dia 5 de junho de 1821, no Teatro São João Batista, no Rio de Janeiro, e, nos dias seguintes, na sessão continuada do Senado e da Câmara, por todas as autoridades, civis, militares, eclesiásticas e empregados públicos.

Um fato, entretanto, merece especial relevo, segundo o registro de César Tripoli¹⁷: contrariamente ao que sucedera com o reconhecimento platônico celebrado por D. João VI à Carta Política portuguesa, *in fieri*, em 26 de fevereiro de 1821, e ainda, com a adoção da Constituição espanhola, pelo brevíssimo espaço, aliás, de 24 horas, a adoção das *Bases* em questão, pelo Príncipe D. Pedro I, assumiu excepcional importância histórica em nossos costumes jurídicos. Estando as *Bases* reduzidas a escrito e na forma de um documento legislativo, a sua acolhida pelo Príncipe caracterizou autêntica recepção pelo sistema nacional, em face do disposto no item 21.º. Realmente, em face de tal dispositivo, as *Bases* como Constituição para Portugal e Algarves, tornaram-se obrigatórias para os portugueses residentes no Brasil, embora o mesmo não ocorresse com os nacionais que não eram e nem poderiam ser tidos como portugueses. Segundo aquele mesmo historiador, o ato de juramento das *Bases* deve ser tido como similar à adoção da Carta Política espanhola em abril de 1821.¹⁸

Tendo as *Bases* vigorado em nosso País, independentemente da hipótese formal de recepção, é importante destacar os princípios essenciais daquele importante documento, consubstanciados em 37 itens e divididos em duas seções: a primeira sobre os *direitos individuais do cidadão* e a segunda, sobre a *organização e os limites dos poderes políticos do Estado*. Foram declarados como direitos individuais do cidadão: a) liberdade individual, segurança pessoal, direito de propriedade, segredo epistolar e direito de petição; b) liberdade de pensamento, com as seguintes especificações: quando exercida através da imprensa, submetia-se ao

16. Cesar Trípoli, ob. cit., vol. II, p. 127.

17. Ob. cit., vol. II, p. 128.

18. Cesar Trípoli, *idem*, *ibidem*.

controle de um Tribunal especial destinado a coibir os abusos e quando envolvesse dogmas da religião católica e aspectos morais, ficavam sob a censura dos bispos; c) igualdade de todos perante a lei, salvo determinadas exceções que iriam confirmar a regra visando eliminar privilégios; d) as penas somente poderiam ser estabelecidas nos casos de absoluta necessidade e deveriam ser proporcionais à gravidade do delito; e) eram abolidas todas e quaisquer penas infamantes e cruéis, tais como a declaração de infâmia, a tortura, os açoites, o barão e o pregão e a marca de ferro em brasa; f) acesso aos empregos públicos, atendendo-se ao critério do merecimento em função do talento e das virtudes do candidato.

4.4. *Princípios para as novas leis penais*

Antes de reordenado o sistema positivo através da compilação de leis harmonizadas com os novos tempos políticos e institucionais, a Carta de 25 de março de 1824 proclamara importantes princípios que deveriam informar as novas leis penais e de processo penal. O art. 179, § 18, determinava que se organizasse o quanto antes, “um código civil e criminal, fundado nas solidas bases da justiça e equidade”. Através de outros parágrafos, o mesmo dispositivo proclamou a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Além das garantias gerais no campo das liberdades públicas e dos direitos individuais, a Carta Política declarou, formalmente, a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis; proibiu o confisco de bens e a declaração de infâmia aos parentes do réu em qualquer grau; proclamou que nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente e que “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas

para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes” (§§ 19, 20 e 21).

Por outro lado, foram solenemente declarados: a) a proibição de perseguição por motivo religioso (§ 5.º); b) a inviolabilidade do domicílio (§ 7.º); c) a proibição de prender e conservar na prisão alguém sem prévia culpa formada (§§ 8.º, 9.º e 10.º); d) o princípio da personalidade da pena (§ 20).

De relevo acentuar que alguns dos princípios penais, consignados na Constituição, foram expressamente desenvolvidos na legislação penal posterior, compreendendo o Código Criminal e o Código de Processo. Vale destacar alguns deles pela sua repercussão social e humana: a) o princípio da irretroatividade da lei penal declarado juntamente com o da irretroatividade de qualquer outra espécie ou natureza de leis (§ 3.º). Tal detalhamento tornava-se indispensável para garantir o novo regime de garantias. A nova ordem constitucional, repugnava a rotina da lei ter eficácia retroativa, de modo a sacrificar a liberdade e a segurança jurídica; b) o princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 179 § 13.º). A legislação anterior desconhecia inteiramente tal princípio, ficando ao arbítrio do juiz aplicar ou desconsiderar a lei conforme a natureza e a condição das pessoas. Por exemplo, a lei cominava a pena de morte para os criminosos contra a honra da mulher, quando o autor fosse peão, e, pelo contrário, adotava a alternativa da pena de degredo quando o autor fosse um fidalgo ou outra pessoa detentora de prestígio ou dignidade social ou política; c) o princípio da individualização da responsabilidade, em virtude do qual “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto, não haverá, em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja” (art. 179 § 20). Segundo a legislação

anterior, a pena de infâmia pelo crime praticado pelos pais se transmitia aos filhos e netos. Os descendentes dos réus do crime de lesa-majestade eram declarados infames para sempre e submetidos a múltiplas perdas e restrições de direitos. O Título VI, do Livro V das *Ordenações Filipinas* tratava do referido delito e impunha terríveis sanções: os filhos eram excluídos da herança paterna; condenava-se o autor à pena de perpétua infâmia; proibia-se-lhe a honra da cavalaria e outras dignidades. Nada mais expressivo em tal sentido que a sentença imposta contra Joaquim José da Silva Xavier, o *Tiradentes*: "Accordão em relação os da Alçada, etc. Vistos estes autos que em observancia das ordens da dita Senhora se fizeram summarios aos vinte e nove Réus pronunciados (...) Mostra-se que na Capitania de Minas alguns Vassallos da dita Senhora, animados do espirito de perfida ambição, formaram um infame plano, para se subtrahirem da sujeição, e obediência devida á mesma Senhora; pretendendo desmembrar, e separar do Estado aquella Capitania, para formarem uma republica independente, por meio de uma formal rebellião, da qual se erigiram em chefes, e cabeças (...) Portanto condemnam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o *Tiradentes* Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com baração e pregação seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja coryada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em o lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas no sitio de Varginha e das Sebolas aonde o Réu teve as suas infames praticas, e os mais nos sitios nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo tambem os consuma; *declaram*

*o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os ...*¹⁹" d) o princípio da utilidade pública da pena, (art. 179 § 2.º), apesar da falta de uma compreensão homogênea em torno da expressão utilidade pública.

Os historiadores admitem que a mudança verificada no Brasil após 1821 e desenvolvida nos anos seguintes, não se limitou a conduzir o país à Independência; ela proporcionou as condições fundamentais para a aquisição de uma soberania nacional. Daí porque falar-se de uma verdadeira "revolução liberal"²⁰.

5. O Código Criminal do Império

5.1. Os projetos Vasconcellos e Clemente Pereira

Em 4 de maio de 1827, o Deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos apresentou um projeto de Código Criminal. Idêntica iniciativa foi adotada pelo Deputado Clemente Pereira, 12 dias após. Ambos os textos foram encaminhados a uma Comissão da Câmara que emitiu parecer, em 14 de agosto daquele mesmo ano. Enaltecendo a qualidade dos trabalhos, a comissão os reuniu em um só projeto "coligindo o que de melhor escolha se achasse espalhado em ambos, adotado o método seguido por Clemente Pereira, e que supria na clareza e ordem a falta de novidade que oferecia o texto de Vasconcellos"²¹.

A Comissão propôs à Câmara que distinguisse com louvores os dois par-

19. Em *Autos de Devassa da Inconfidencia Mineira*, publicação autorizada pelo Dec. n.º 756 A, de 21.4.1936, ed. Ministério da Educação, Biblioteca Nacional, RJ, 1938, vol. VII, p. 145 e s. e 194. (Grifos meus).

20. Célia de Barros Barreto e outros, *O Brasil Monárquico*, 1.º v. (*O progresso da emancipação*), SP - RJ, 1976, p. 135.

21. Em Galdino Siqueira, *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*, José Konfino, Editor, RJ, 1947, Tomo I, p. 69.

lamentares e que ordenasse a impressão dos projetos para que os demais Deputados pudessem conhecê-los. Além disso, recomendou que na pauta dos trabalhos para discussão se preferisse o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcellos, "por ser aquele que, mais amplo ao desenvolvimento das máximas jurídicas razoáveis e equitativas, e por mais munido na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorria para a bem regulada distribuição delas, poderia mais facilmente levar-se a possível perfeição com menor número de retoques acrescentados àqueles que já a comissão lhe dera, de acordo com seu ilustre autor"²².

5.2. A Comissão Mista

A Comissão Mista do Senado e da Câmara dos Deputados ao emitir parecer sobre o projeto do Código Criminal, salientou que as *Ordenações Filipinas* não passavam de um "acervo de leis desconexas, ditadas em tempos remotos, sem conhecimento dos verdadeiros princípios e influenciadas pela superstição e prejuízos, igualando as de Dracon na barbárie, excedendo-se na qualificação obscura dos crimes, irrogando penas a faltas que a razão humana nega existência e outras que estão fora dos limites do poder civil"²³.

Aquela Comissão foi integrada pelos seguintes parlamentares: Nicolau Pereira de Campos Vergueiro, José Antonio da Silva Maia, Manoel Caetano de Almeida Albuquerque, Visconde de Alcântara, José da Costa Carvalho e João Candido de Deus e Silva que apresentou um projeto substitutivo em 31 de agosto de 1829, calcado especialmente no de Pe-

reira de Vasconcellos, levando também em consideração o de Clemente Pereira, introduzindo modificações reputadas convenientes. Os membros daquela Comissão consideravam ser mais nocivo o dano da demora que o das imperfeições, que com vagar se poderiam corrigir.²⁴ Submetido a discussão, com as emendas apresentadas, decidiu-se preliminarmente pela adoção das penas de morte e de galés perpétuas, aquela por pequena maioria, excluída dos crimes políticos e aplicável como grau máximo dos crimes de homicídio qualificado, latrocínio e insurreição, e que o projeto e emendas fossem submetidas ao exame de uma comissão de três membros, que deveria apresentar o projeto definitivo para a discussão e votação.

Esta nova comissão, eleita em 11 de setembro de 1829, foi integrada por A.P. Limpo de Abreu, F. de Paula e Souza e Luiz Cavalcanti. Na sessão de 19 de outubro apresentou seu parecer e texto final do projeto.

Conservando o método pelo qual fora organizado o projeto que estudou,

introduziu-lhe modificações e alterações, quer por emendas que organizou, quer pelas emendas oferecidas que lhe pareceram necessárias, especialmente suprimindo alguns delitos, mudando a classificação de alguns outros, e quanto a penalidades, sensíveis foram as alterações na qualidade e quantidade das penas, para melhor proporção com a natureza dos delitos, em todos estes estabelecendo graus.

5.3. A aprovação do projeto definitivo

Em sessão de 22 de outubro de 1830, com uma pequena alteração de redação proposta pela comissão das emendas, foi aprovado o projeto e remetido ao Senado onde foi igualmente logo aprovado.²⁵

22. Galdino Siqueira, ob. cit., tomo I, p. 70.

23. Raja Gabalia, "As ciências jurídicas e sociais no Brasil", em *Livro do Centenário*, p. 47 e 48, ref. por Cesar Trípoli, ob. cit., I, p. 210, 211.

24. Galdino Siqueira, ob. cit., tomo I, p. 70.

25. Galdino Siqueira, ob. cit., tomo I, p. 71.

Em 16 de dezembro de 1830 foi sancionado Pelo Imperador D. Pedro I o documento legislativo que se tornaria famoso além das fronteiras nacionais: o Código Criminal do Império Brasileiro.

A Carta de Lei que mandou executar o decreto sancionando o Código foi publicada através da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça em 8 de janeiro de 1831. O Visconde Alcantara, que respondia pelo Ministério, referendou o decreto.

5.4. *Um novo tempo de teoria e prática penais*

Florescendo em “bases de justiça e equidade”, constituiu um documento de admirável síntese de forças plasmadas pelas lutas contra Portugal, pelo reconhecimento das idéias liberais que dominavam a Inglaterra, a França, os Estados Unidos e outros países. As profundas modificações ocorrentes na Europa repercutiam nos trabalhos de elaboração do diploma nacional os quais se projetavam à luz de novas correntes do pensamento. Com efeito, a Constituição estabeleceu a necessidade da fundação de colégios e universidades para o ensino da ciência e das artes (art. 179, § 33). E assim os cursos jurídicos foram instituídos através da lei de 11 de agosto de 1827, criando as academias de Direito de São Paulo e de Olinda.

O ensino do Direito Criminal - ao qual se integrava a teoria do processo criminal - visava um sistema de maior conteúdo filosófico e regulado pelos elementos de uma crítica bem apurada. O professor demonstrava o que é de justiça e utilidade nas penas, acentuando a máxima elementar num sistema de legislação criminal: não ficar impune o delito, nem ser castigada a inocência pois a justa medida das penas está na

razão composta da gravidade do delito e do dano por ele causado à sociedade.²⁶

As *Ordenações Filipinas* cominavam a pena de morte em mais de setenta casos, porém o Código Imperial reduziu as hipóteses a somente três infrações (insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio). Mas desde 1855 não foi aplicada a sanção capital.

5.5. *Fontes de inspiração e reflexão*

A elaboração do Código Criminal do Império teve a inspirá-la não somente os princípios consagrados na Constituição e já aludidos (irretroatividade da lei penal, igualdade de todos perante a lei, etc.) mas também a melhor doutrina e a mais atualizada legislação compendiadas nos códigos criminais do primeiro quartel do século XIX como os da Áustria (1803), França (1810), Baviera (1813), Nápoles (1819), Parma (1820) e da Espanha (1822).

O modelo francês constituiu-se na mais importante fonte não apenas pela doutrina libertária da Revolução como também pelo notável relacionamento entre as nações francesa e brasileira.

O Código Criminal do Império brasileiro ilustrou a redação do Código espanhol de 1848 e os posteriores de 1850 e 1870 além de subsidiar reformas dos sistemas penais latino-americanos. Foi uma obra muito prestigiada por juristas europeus como Haus e Mittermayer e mereceu traduções contemporâneas ao tempo de sua edição como a procedida por Victor Foucher.²⁷ Mais recentemente, dois outros grandes penalistas de nomeada internacional,

26. Cesar Trípoli, ob. cit., v. II - *Época Imperial*, p. 194, 195.

27. *Code Criminel de l'Empire du Brésil*, edição impressa por autorização real, Paris, MDCCCXXXIV.

como Jiménez de Asúa²⁸ e Zaffaroni²⁹ analisaram o diploma sob perspectivas gerais e destacaram as suas qualidades.

5.6. O elenco geral das penas

O Código Imperial previu onze classes de penas: 1.^a morte (arts. 38 a 43); 2.^a galés (arts. 44 e 45; §§ 1.^o e 2.^o); 3.^a prisão com trabalho (art. 46); 4.^a prisão simples (art. 47); 5.^a banimento (art. 50); 6.^a degredo (art. 51); 7.^a desterro (art. 52); 8.^a multa (art. 55); 9.^a suspensão do emprego (art. 58); 10.^a perda do emprego (art. 59); 11.^a açoites (art. 60). Esta última espécie de sanção foi abolida pela Lei de 15 de outubro de 1886.

O movimento de reforma do sistema criminal teve como característica básica no quadro das sanções, a redução das hipóteses da pena de morte e a eliminação da crueldade de sua execução, bem como a supressão das penas infamantes, exceto a de açoites, aplicada aos escravos. E assim ocorreu tanto no Brasil como em Portugal. Neste último país, uma comissão de juristas encarregada pelos decretos de 10 de dezembro de 1845, e 8 de agosto de 1850, apresentou o seu *disegno di legge* em 30 de setembro de 1852, subscrito por Manoel Duarte Leitão, José Maximo de Castro Neto Leite e Vasconcelos e José Maria da Costa Silveira da Motta. Na Exposição de Motivos a Comissão lamenta não ter condições para propor a eliminação absoluta da pena de morte. Admite-a, no entanto, em muitos raros casos "em que a justiça, e indispensável necessidade não podem ser razoavelmente contestadas"³⁰.

28. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1964, tomo I, p. 1330 e s.

29. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1980, vol. I, p. 373.

30. Em F.A.F. da Silva Ferrão, *Theoria do Direito Penal*, Lisboa, 1856, v. I, p. LXX. No

A privação da liberdade passaria a ser uma autêntica e própria sanção penal para substituir as penas corporais, de largo espectro nas *Ordenações*. E assim ocorreu também no Código Penal português de 1852 como em tantos outros sistemas fundados na doutrina do Iluminismo.

No Código Criminal do Império a chamada *pena de prisão com trabalho* poderia ser perpétua como em algumas hipóteses de crimes políticos (arts. 68, 71, 85). Mas as poucas situações em que tal limite era estabelecido demonstram a liberalidade do regime no tratamento de infrações que antes eram castigadas com a morte de forma tormentosa. Alguns fatos de tal natureza passaram a ser sancionados através da prisão com trabalho, fixada em vinte anos no seu grau máximo.

A pena de *prisão com trabalho* obrigava os réus a se ocuparem diariamente no labor que lhes fosse imposto, dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças e dos regulamentos dos presídios.

A pena de *prisão simples* obrigava os réus a permanecerem reclusos nas prisões públicas pelo tempo marcado na sentença.

Os problemas atinentes à execução das penas privativas de liberdade já concitavam as atenções dos juristas daquele tempo³¹, diante das regras a serem obedecidas. Algumas delas eram previstas no próprio Código com o cumprimento da pena "nas prisões públicas que oferecem maior commodidade e segurança, e na maior proximidade que for possível dos lugares dos delitos" (art. 48). Também a substituição da pena de prisão com tra-

aludido documento a comissão realça a abolição da pena de morte para os delitos políticos conforme o Ato Adicional à Constituição.

31. Por todos, C. F. Marques Perdigão, *Manual do Código Penal Brasileiro*, RJ, 1882, t. 1.^o, p. 251 e s.

balho pela prisão simples “enquanto se não estabelecerem as prisões com as commodidades e arranjos necessários para o trabalho dos réos” (art. 49) era uma importante demonstração legal de harmonia com o texto da Constituição ao ordenar que “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes” (art. 179, § 21).

A prisão como autêntica pena³² ingressava nos costumes brasileiros não como um simples instrumento de proteção da classe dominante mas também passaria a ser vista como “fone de emenda e de reforma moral para o condenado”. A preocupação em torno do regime penitenciário mais adequado traduziu o empenho de acompanhar o progresso revelado em outros países.

Três notáveis alternativas à pena privativa de liberdade foram introduzidas: a multa, a suspensão do emprego e a perda do emprego. A primeira delas, considerada por Zaffaroni como uma

das instituições mais interessantes e visionárias³³, era assim definida pelo art. 55: “A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniária que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou industria, quando a Lei especificadamente a não designar de outro modo”. A segunda alternativa foi prevista pelo art. 58: “A pena de suspensão do emprego privará os réos do exercício dos seus empregos durante o tempo da suspensão, no qual não poderão ser empregados em outros, salvo sendo de eleição popular”. E a última modalidade de pena sem prisão ou caráter corporal foi assim definida pelo art. 59: “A pena de perda de emprego importará a perda de todos os serviços que os réos houverem prestado nelle. Os réos que tiverem perdido os empregos por sentença, poderão ser providos por nova nomeação em outros da mesma, ou de diversa natureza, salvo havendo expressa declaração de inhabilidade”³⁴.

32. O artigo 37 do Código Criminal do Império declarava: “Não se considera pena a prisão do indiciado de culpa para prevenir a fuga...” Separavam-se portanto, as idéias da prisão como *meio processual* de impedir a fuga (prisão preventiva) da prisão como *sanção penal*. Em França, até o advento do Código Penal de 1791, a detenção não era reconhecida como pena, mas exclusivamente um meio para impedir a fuga do réu (Carrara, ob. e v. cit., p. 53, nota n.º 1 ao § 669).

33. Ob. cit., vol. 1.º, p. 374.

34. A propósito da aplicação de tais respostas penais aos casos concretos, ver a obra do Desembargador V. A. de Paula Pessôa, *Código Criminal do Império do Brasil - Annotado* (com “leis, decretos, jurisprudencia dos tribunaes do Paiz e avisos do Governo até o fim de 1876”), ed. Livraria Popular, RJ, 1877, p. 100 e s.