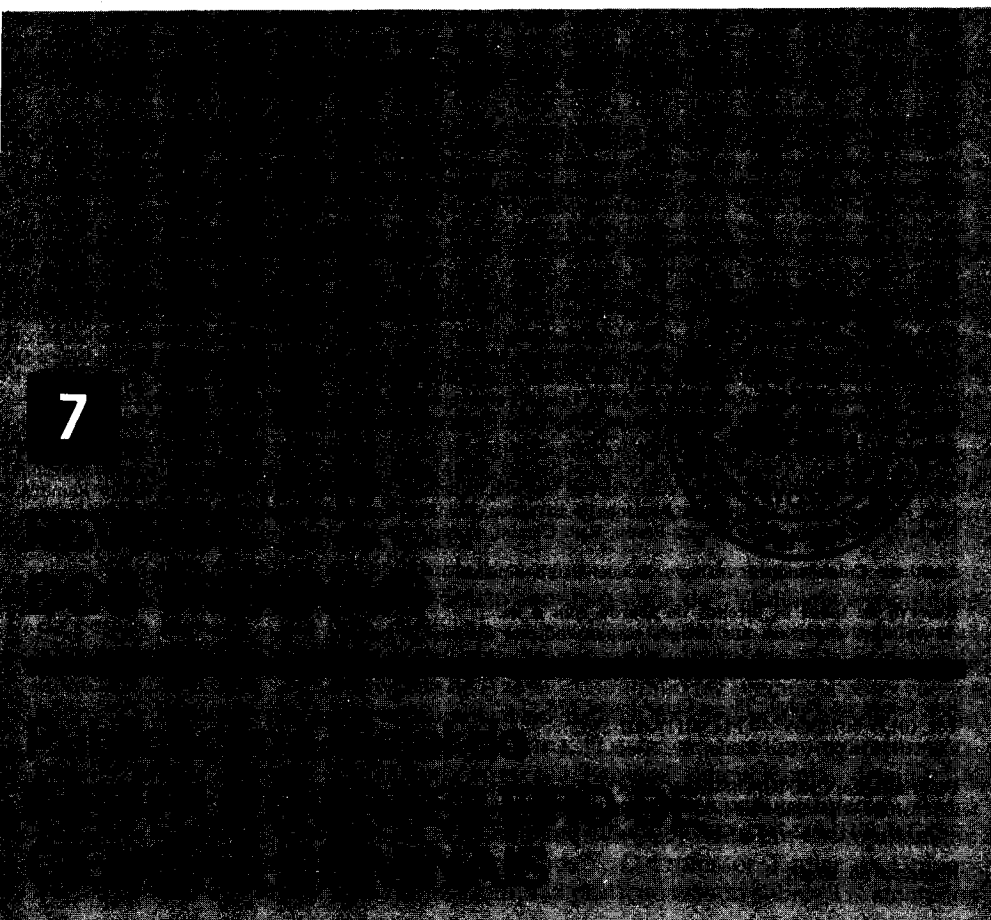


REVISTA BRASILEIRA DE

ciências

criminais

ano 2 - n. 7 - julho-setembro - 1994



7

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Composição no biênio 93/94 — **Presidente:** Luiz Flávio Gomes; **Secretário:** Antônio Magalhães Gomes Filho; **Secretário Adjunto:** Alberto Silva Franco; **Tesouraria:** Sylvia Helena Steiner; **Tesoureiro Adjunto:** Alberto Zacharias Toron; **Suplentes:** Alberto de Oliveira Andrade Neto, Laís Helena D. de Castro Pachi e Roberto Maurício Genofre.

Trimestral — ANO 2, número 7, JUL-SET/94

Diretor: Alberto Silva Franco

Conselho diretivo: Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, José Henrique Pierangelli, Luiz Flávio Gomes, Luiz Regis Prado e Miguel Reale Júnior.

Suplentes: Carlos Vico Mañas, Maria Tereza de Assis Moura e Rui Stoco.

Secretário Geral: Messias José Lourenço.

Diretores convocados: Álvaro Busana; Luciana Ferreira Leite Pinto; Márcio Orlando Bártoli; Maurício Zanoide de Moraes; Roberto Delmano Junior; Sérgio Mazina Martins; Sérgio Salomão Shecaira; Tatiana Viggiani Bicudo.

Diretoria Adjunta: Alberto de Oliveira Andrade Neto, Alvaro Busana, Antonio Carlos de Castro Machado, Antonio Carlos Franco, Antonio Celso Aguillar Cortez, Angélica de Maria de Mello de Almeida, Ana Lúcia Sabatel; Berenice Maria Gianella, Carlos Mário Veloso Filho, David Teixeira de Azevedo, Dirceu Aguiar Dias Cintra Jr., Edson Torihara, Eliana Passarelli, Helena Rosa Rodrigues Costa, José Carlos de Oliveira Robaldo, José Reynaldo de Almeida, José Silva Junior, Laís Helena Domingues de Castro Pachi, Luciana Ferreira Leite Pinto, Luíza Nagib Eluf, Luiz Antonio Marrey, Luiz Carlos Betanho, Luiz Fernando de Barros Vidal, Luiz Fernando Vaggioni, Luiz Flavio Borges D'Urso, Leonidas Ribeiro Scholz, Marcio Orlando Bartoli, Marcos Alexander, Maria Lucia R. C. Pizzotti Mendes, Mario de Oliveira Filho, Messias José Lourenço, Odone Sanguiné, Oswaldo Henrique Duek Marques, Pedro Ricardo Gagliardi, Ranulfo Melo Freire, Roberto Barioni, Roberto Delmanto Junior, Roberto Maurício Genofre, Rodrigo Cesar Rebelo Pinho, Sergio de Oliveira Medici, Sergio Salomão Shecaira, Silvia Helena Furtado, Sylvia Helena Steiner, Sonia Rao, Tabajara Novazzi Pinto, Tatiana Viggiani Bicudo.

Colaboradores permanentes

Nacionais — Ada Pellegrini Grinover, Adauto Alonso Silvinho Suannes, Adriano Marrey, Antonio Carlos Barandier, Antonio Carlos Penteado de Moraes, Antonio Luiz Chaves Camargo, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Nabor Areias Bulhões, Antonio Scarance Fernandes, Ariosvaldo de Campos Pires, Celso Limongi, Damasio Evangelista de Jesus, Dante Busana, Dirceu de Mello, Dirceu Rocha Lima, Edmeu Carmesini, Edmundo de Oliveira, Ercilio 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, Haroldo Pinto da Luz Sobrinho, 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 Fabbri Mirabete, Leonardo Isaac Yarochevsky, 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, Paulo Costa Manso, Paulo Lucio Nogueira, Paulo José da Costa Junior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sebastião da Silva Pinto, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Sidnei Agostinho Beneti, Vicente Greco Filho, Volney Corrêa Leite de Moraes Jr., Weber Martins Batista.

Estrangeiros — Antonio Garcia Pablos de Molina, Benigno Rojas Via, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzalez Zorrilla, Carlos M.ª Romeo Casabona, Edmundo Hendler, Elio Morselli, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Santa Cecilia Garcia, Jorge de Figueiredo Dias, Jose Cerezo Mir, Juan Bustos Ramírez, Luiz Fernando Niño, Manuel de Rivacoba Y Rivacoba, Ma. Paz Arenas Rodríguez, Milton Cairolí Martinez, Norberto Spolansky, Pilar Gomez Pavon, Raul Cervini, Roberto Bergalli.

Entidade Colaboradora: Instituto Manoel Pedro Pimentel.

Reserva de todos os direitos de acordo com a lei.

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 607-2433 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diagramação: CHC INFORMÁTICA S/C Ltda., Rua Tabatinguera, 140, Loja 2 - Térreo — Tel/Fax (011) 607.7865
CEP 01020-901 - São Paulo, SP — **Impressão/Acabamento:** EDITORA PARMA LTDA., Av. Antônio Bardella, 280, Tel. (011) 912-7822, CEP 070220-20 - Guarulhos, SP.

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

Qual o papel da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*? Adaptar? ajustar? acomodar? Numa época como esta, a adaptação e a acomodação são sintomas de desumanização. Ajustar-se à realidade, sim, mas iluminados pela possibilidade de transformá-la, que é a possibilidade de optar. Fiel a esse princípio é que chegamos ao sétimo número de nossa *Revista*; não sem um certo júbilo, pois não é sempre que, no Brasil, consegue-se atingir a periodicidade que conseguimos nestes quase dois anos. Desde o número especial de lançamento, publicado no final de 1992, a *Revista* passou a ser referência de todos os operadores do direito na área penal: o número de assinantes cresceu; os colaboradores avultaram; novas seções foram criadas com a ampliação do espaço crítico.

O volume que agora apresentamos ao público nos traz um segundo motivo de júbilo. Estamos lançando nossa *Revista* por ocasião do XV Congresso Internacional de Direito Penal, o maior e mais importante congresso de criminalistas já realizado no Brasil. O conclave, promovido pela Associação Internacional de Direito Penal, terá a importante participação do IBCCrim, a quem caberá a realização da mesa-redonda sobre o "Crime Organizado: aspectos jurídicos e criminológicos, sua repressão e as garantias do Estado Democrático de Direito", no dia 6 de setembro, às 21 horas.

É, pois, um número Especial, não só pelos motivos já mencionados, como também pelo conteúdo dos artigos que oferecemos ao leitor. Na seção relativa à doutrina internacional são publicados 4 artigos inéditos. Antonio Garcia-Pablos de Molina escreve um trabalho de notável atualidade, com a discussão sobre o Novo Código Espanhol: "Proyecto de Código Penal de 1992: Parte General (Teoría jurídica del delito)". Carlos Maria Romeo Casabona apresenta um interessante estudo dogmático sobre os "Limites de los delitos de comisión por omisión". José Maria Tijerino Pacheco traz um aporte criminológico no ensaio comparatístico que faz sobre o "Policia judicial: una perspectiva latinoamericana". Por fim, numa rica e fecunda análise doutrinária, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, disserta sobre a "Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial".

No campo da doutrina nacional, as contribuições apresentadas são da maior expressão. Carlos Aurélio Mota de Souza aborda o tema da "Violência e dignidade da pessoa humana", sob uma perspectiva filosófica. Fernando Tourinho Filho faz uma extensa análise da prisão processual, em seu artigo intitulado "Da prisão e da liberdade provisória". Heliana Maria de Azevedo Coutinho faz preciosas observações sobre "O direito de mera ordenação social no sistema jurídico-penal alemão". João José Caldeira Bastos aborda um candente tema: "Lesões no feto: proteção jurídico-penal". Marco Antonio R. Nahum, com sua habitual percuciência, discute "A correlação entre o criminoso ocasional e a inexigibilidade de conduta diversa". Pedro Armando Egydio de Carvalho, em original perspectiva, revisita um tema polêmico: "Questão: é conveniente privatizar os presídios?". O Professor Titular da Universidade Federal do Paraná, René Ariel Dotti, faz profícuo estudo sobre "Os atentados

ao meio ambiente: responsabilidade e sanções penais". Por derradeiro, Rogério Felipeto, examina as penas alternativas através da "Prestação de serviços à comunidade".

Nas demais seções da *Revista*, temos um interessante parecer, de Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, sobre "Apropriação Indébita". René Ariel Dotti fala em Antigüidades de Direito Criminal desta feita sobre "Voltaire, o advogado de Calas". Na seção de Jurisprudência Comentada, dois Acórdãos são analisados, dentro de uma perspectiva crítica. Adauto Suannes aborda o tema da execução penal antecipada; Márcio Bártoli discute aspectos concernentes à individualização da pena. Temos, ainda, como de resto, aquelas seções de extrema utilidade para o profissional em seu dia a dia, que, neste número, não foram descuradas, apresentando novo e atraente material dogmático e jurisprudencial, além de recente legislação.

São tantas e tão variadas as contribuições aqui apresentadas que, ao invés de tomarmos o tempo do leitor com este elenco, melhor seria fazer com que ele, desde logo, pudesse debruçar-se sobre a leitura que este número descortina. De nossa feita, neste volume comemorativo, cujo exemplar é lançado especialmente para o XV Congresso Internacional de Direito Penal, nossa vontade é continuar criando, sempre, impelidos pelo caráter pluralista que tem orientado a *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; para tanto, reafirmamos nosso interesse nuclear que é o de permitir a abertura de um canal permanente de participação ativa do público leitor, colocando-nos à disposição para o envio de material para publicação.

CONSELHO DIRETIVO

SUMÁRIO

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

Proyecto de Código Penal de 1992: Parte General (Teoría jurídica del delito) — ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA	7
Límites de los delitos de comisión por omisión — CARLOS MARIA ROMEO CASABONA	28
Policial judicial: Una perspectiva latinoamericana — JOSÉ MARIA TIJERINO PACHECO	43
Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial — MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA	52

2. DOUTRINA NACIONAL

Violência e dignidade da pessoa humana — CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA	65
Da prisão e da liberdade provisória — FERNANDO TOURINHO FILHO ...	73
O direito de mera ordenação social no sistema jurídico-penal alemão — HELIANA MARIA DE AZEVEDO COUTINHO	91
Lesões no feto: Proteção jurídico-penal — JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS	103
A correlação entre o criminoso ocasional e a inexigibilidade de conduta diversa — MARCO ANTONIO R. NAHUM	108
É conveniente privatizar os presídios? — PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO	113
Os atentados ao meio ambiente: Responsabilidade e sanções penais — RENÉ ARIEL DOTTI	117
Prestação de serviços à comunidade — ROGÉRIO FELIPETO	140

3. PARECERES

Apropriação indébita — ANTÔNIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA .	153
--	-----

4. ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

Voltaire, o Advogado de Calas — RENÉ ARIEL DOTTI	160
--	-----

5. JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Podemos falar em Execução Penal Antecipada? — ADAUTO SUANNES ...	167
O privilégio e a individualização da pena — MÁRCIO BÁRTOLI	174

6. JURISPRUDÊNCIA RECENTE

Intercepção telefônica — Inadmissibilidade — Inexistência de lei específica — STF — HC 69.912-0 — T. Pleno — j. 16.12.93 — rel. Min. Sepúlveda Pertence	176
---	-----

7. EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA — ALBERTO ZACHARIAS TORON E ROBERTO DELMANTO JUNIOR	205
---	------------

8. DECISÕES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Deserção & anistia (O Caso Lamarca) — Juíza Marisa Ferreira dos Santos ..	226
---	-----

9. JURISPRUDÊNCIA ORGANIZADA

Estatuto da Criança e do Adolescente — ALBERTO SILVA FRANCO E SEBASTIÃO OSCAR FELTRIN	235
---	-----

10. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES

Exercício do cargo de Prefeito como condição para o processo — RUI STOCO	293
--	-----

11. LEGISLAÇÃO	296
-----------------------------	------------

PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1992: PARTE GENERAL (TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO)¹

ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

1. Introducción — 2. Análisis del Proyecto de Código Penal
3. Reflexiones críticas al proyecto de Código Penal de 1992.

1. Introduccion

El presente trabajo examina las directrices fundamentales del *Título Preliminar* del Proyecto de Código Penal de 1992, y de los *Títulos I y II* del *Libro I.º* del mismo, esto es, los arts. 1 a 28, ambos inclusive.

El *Título Preliminar* consagra las garantías legales y contiene criterios relevantes para la aplicación de la ley penal, según reza su rúbrica ("De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal"). Consta de ocho artículos, y según el último de ellos sus preceptos gozan de una eficacia supletoria general (art. 8).

El *Libro I.º* versa sobre las "Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas y demás consecuencias de la infracción penal." El *Título I* de éste ("De la infracción penal") agrupa seis capítulos (arts. 9 a 23 ambos inclusive), que aportan criterios generales y soluciones válidas para los

problemas suscitados por cualquier infracción penal. El *Título II* ("De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas"), en sus arts. 24 a 28 traza los principios básicos en materia de autoría y participación criminal.

El objetivo de este trabajo es resaltar las innovaciones que introduce el Proyecto de Código Penal de 1992 en la denominada "Parte General" de la teoría jurídica del delito (se excluye, pues, todo lo relativo a la teoría de la pena y demás consecuencias jurídicas); y formular algunas reflexiones críticas al proceso de reforma penal que la examinada iniciativa legislativa culmina.

2. Análisis del Proyecto de Código Penal

A efectos expositivos procede distinguir, siguiendo la sistemática del texto legal:

A) *Título Preliminar*

El *Título Preliminar* del Proyecto introduce algunas innovaciones dignas de mención. La incorporación de las medidas de seguridad al texto punitivo ha sugerido a nuestro prelegislador la expre-

1. El presente trabajo es la ponencia defendida por el Autor en las *Jornadas Hispano-Portuguesas* el día 5.3.93. No se ha tenido en cuenta, por ello, las posteriores vicisitudes del texto del Proyecto de Código Penal.

sa referencia a las mismas en el momento de consagrar las garantías penales.² La segunda novedad significativa son las precisiones que el art. 7 dedica al denominado "concurso de leyes", al haber optado aquél por no relegar a la doctrina científica ni a la praxis la definición de los criterios y pautas que han de resolver tales conflictos. Otros preceptos, a los que se hará mención, representan modificaciones menos significativas en nuestro ordenamiento penal.

1. El art. 1, § 2, del Proyecto extiende a las medidas de seguridad las exigencias derivadas del *principio de legalidad*, declarando que "nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no se hallen establecidas legalmente con anterioridad ni para supuestos distintos de los expresamente señalados por las leyes."³

Con idéntico propósito, los §§ 1 y 2 del art. 2 del Proyecto consagran la *garantía judicial*, y la llamada *garantía de ejecución*, respectivamente, haciendo una referencia explícita a las medidas de seguridad ("no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente", declara el primero de ellos; "tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto: "Añadiendo el comentado § 2 del art. 2 un inciso de nuevo cuño: "la ejecución de la pena o de la medida de seguridad será intervenida judicialmente en los términos previstos en la legislación penitenciaria."

2. Semejante criterio adopta el Código Penal portugués, de 23.9.82 (publicado por Dec.-ley 400/82, que entró en vigor el 1.1.83), en sus arts. 1, §§ 2 y 3, y 2, § 1. El Código Penal portugués contempla, también, las medidas de seguridad (arts. 91 a 106).

3. El Código Penal portugués prohíbe expresamente la analogía *in malam partem* (art. 1, § 3).

2. Con relación a la *medidas de seguridad* (de las medidas de seguridad *posdelictuales*, dado que el Proyecto prescinde de las pre o ante delictuales), su art. 4 contiene una doble declaración de considerable trascendencia: que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto... exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito (§ 1); y que dichas medidas "no pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor" (§ 2).

3. Los §§ 3 y 4 del art. 1 del Proyecto establecen modificaciones de escaso interés a lo dispuesto en los preceptos correlativos del art. 2 del Código Penal hoy vigente. La fórmula: "*ejerciendo su jurisdicción*", para referirse restrictivamente al juez o tribunal que puede hacer uso de la facultades que consagra el mismo se adiciona al § 3.

El § 4 se limita a especificar las atribuciones que corresponden al órgano jurisdiccional, sustituyendo la fórmula del § 2 del art. 2 ("acudirá al gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia") por otra más ambiciosa, que trasciende la mera solicitud de indulto: "Acudirá al gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia."

En ambos casos, no obstante, sigue el Proyecto las directrices del art. 2 del Código Penal vigente: en el primer supuesto, se abstendrá el juez o tribunal "de todo procedimiento" (dice ahora el § 3 del art. 1); en el segundo, ejecutará "desde luego" la sentencia, sin posibilidad de que su solicitud alcance eficacia suspensiva alguna.

4. El art. 3 del Proyecto pretende consagrar sin cortapisas el *principio de culpabilidad*, acudiendo deliberadamente

a la misma fórmula que acoge su art. 9: "no hay pena sin dolo o imprudencia."⁴ El Proyecto suprime además, el § 2 del art. 1 del Código Penal vigente ("cuando la pena venga determinada por la producción de un resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos por culpa") y la circunstancia atenuante 4.^a del art. 9.^o (preterintencionalidad), previsiones complementarias de la declaración contenida en el actual art. 1 del Código Penal que matizan el limitado avance del principio culpabilístico.

5. El art. 5 del Proyecto recoge la *prohibición de retroactividad* al disponer, tanto en relación a las penas como a las medidas, que: "Los delitos y faltas serán sancionados de acuerdo con las leyes vigentes en el momento de su comisión" y "... no se aplicarán retroactivamente" (§ 1).⁵

El § 2 del artículo comentado acoge el criterio de la retroactividad de la Ley penal posterior más favorable, en los mismos términos que el hoy art. 24 del Código Penal ("aunque al entrar en vigor aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena."⁶ si bien, incorpora un trámite, preceptivo pero no vinculante, de *audiencia del reo* para todos los supuestos de duda en la determinación de la Ley más favorable.

Una novedad digna de ser resaltada es la previsión contenida en el § 3 del art. 5 a propósito de la *leyes "temporales"*

4. Formulación semejante es la del art. 13 del Código Penal portugués ("dolo" y "negligencia").

5. El principio de la no retroactividad se consagra, también, en el art. 2, § 1, del Código Penal portugués, referido tanto a las penas como a las medidas de seguridad.

6. Sobre la aplicación retroactiva de la Ley posterior más favorable, vid. el art. 2, § 4 del Código Penal portugués, de alcance más limitado que el mandato del art. 5, 2, del Proyecto del Código Penal español.

(el Proyecto no se refiere a las de "excepción", que plantean un problema doctrinal semejante): "Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados conforme a ésta, salvo que legalmente se disponga lo contrario." Dicho de otro modo, por razones de prevención general el Proyecto opta a favor de la ultraactividad de la ley temporal, derogando el principio de la aplicación retroactiva de la ley posterior más favorable.⁷

6. Novedoso es, también, lo dispuesto en el art. 6 del Proyecto. A los efectos de determinar el *momento de comisión del delito o falta* y, por tanto, la Ley aplicable (caso de que existan dudas sobre lo primero y se haya producido una sucesión de normas jurídico-penales) aquéllos — declara el art. 6 — "se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar."⁸

7. El Proyecto de Código Penal de 1992 reglamenta el denominado "*concurso de leyes*", acogiendo en su art. 7 las cuatro reglas tradicionales descritas por la doctrina científica: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad. Tales reglas, por supuesto, dejan a salvo los problemas del concurso ideal y lo concurso de delitos, en virtud de la remisión explícita del art. 7 a los arts. 74 a 78 del Proyecto (éste cita por error los arts. 73 a 78).

8. Finalmente, el art. 8 del proyecto, con una dicción alambicada y rica en demostrativos, subraya la *supletoriedad* de los preceptos del Código Penal, como

7. Igual criterio sigue, para las leyes penales temporales, el art. 2, § 3, del Código Penal portugués (ultraactividad).

8. También el Código Penal portugués adopta el criterio de la acción (momento de la acción o de la omisión, y no del resultado): vide art. 3.

El Código Penal portugués contiene, además, una previsión específica para determinar el "lugar" de comisión del delito, de acuerdo con el expediente de la ubicuidad (art. 7).

derecho común, respecto a la legislación especial, y el rango, en todo caso prioritario de las disposiciones contenidas en el Título Preliminar del cuerpo punitivo. ("Las disposiciones de este Código se aplicarán también a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales en lo no previsto expresamente por éstas y, en todo caso, se aplicarán a aquéllas los preceptos de este Títulos.")

B) Libro 1.º Título 1

Las innovaciones que aportan los seis Capítulos del *Título 1* tienen particular interés.

1. El art. 10 del Proyecto introduce una cláusula general que permite fundamentar la responsabilidad a título de *comisión por omisión*, tratanto de delimitar bajo qué presupuestos y con arreglo a qué criterios legales puede imputarse un resultado al comportamiento omisivo precedente. "Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión — establece el art. 10 del Proyecto — pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación."⁹

El prelegislador ha optado, pues, por el sistema de la cláusula general, abandonando otra posibilidad: la de tipificar, caso a caso, en la Parte Especial los supuestos de omisión impropia merecedores de pena.

2. Particular interés, desde un punto de vista político-criminal, merece la *incriminación "uti singuli" de la imprudencia*. Haciéndose eco de una opinión que goza

de amplio consenso en la doctrina española, el Proyecto sustituye al sistema tradicional del ordenamiento español de las cláusulas generalizadoras (p. ejemplo, la del art. 565 del CP), por el sistema de la incriminación selectiva, caso a caso, de los supuestos de imprudencia punible. "Las acciones u omisiones imprudentes — declara el art. 11 del Proyecto — sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley."¹⁰

El castigo, por ello, de la conducta imprudente devine excepcional, según el precepto comentado, requiriendo éste una previsión explícita en la Parte Especial que fundamente su posible incriminación.

3. Semejante criterio selectivo, sigue el Proyecto también, a propósito de la incriminación de los actos preparatorios (proposición, provocación y conspiración). Estos sólo se castigarán en aquellos casos donde expresamente lo disponga el Código (art. 14 del Proyecto), a diferencia del sistema de incriminación genérica que, como el texto punitivo vigente (art. 3), han seguido todos los Códigos Penales españoles de cuño conservador.¹¹

Una ponderación realista del nuevo sistema de incriminación *uti singuli* de los actos preparatorios, obliga a examinar las decisiones adoptadas por el prelegislador en la Parte Especial, como sucede, también, a propósito de la punibilidad de la imprudencia.

4. El art. 12 del Proyecto opta por una *clasificación tripartita* de las infracciones penales, distinguiendo las graves, las menos graves y las faltas de acuerdo con el criterio de la mayor o menor entidad de la pena (el art. 30 del Proyecto, por su parte, especifica qué penas son graves, menos graves y leves).

9. El art. 10 del Código Penal portugués contiene una cláusula general incriminadora de la comisión por omisión que subraya la necesaria existencia de un "deber jurídico" de evitar la producción del resultado.

En estos casos, se autoriza una reducción especial de la pena.

10. Sistema que sigue, igualmente, el art. 13 del Código Penal portugués.

11. El art. 21 del Código Penal declara impunes los actos preparatorios, salvo los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario.

El § 4 del art. 12 del Proyecto contempla y resuelve un supuesto conflictivo, inevitable en las clasificaciones tripartitas: el de la caracterización de la infracción cuando ésta puede hallarse comprendida tanto entre las graves como entre las menos graves. Dispone aquí: "Cuando la pena, por su extensión pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave."

Tanto el sistema bipartito, como el tripartito, suscitan, por cierto, el problema del necesario y recíproco acomodo de la legislación sustantiva y la procesal. Y, en todo caso, conllevan importantes consecuencias prácticas cuyo análisis excede el objeto del presente trabajo.

5. El art. 16 del Proyecto declara punibles el delito consumado y la tentativa, categoría esta última que unifica todas las *formas imperfectas de ejecución*. Desaparece, por tanto, la frustración. El art. 17 ofrece una nueva definición de tentativa, muy amplia: "Hay tentativa cuando el sujeto practica todos o parte de los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente."¹²

Por su parte, el art. 58 del Proyecto impone a los autores de tentativa "la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo la seriedad del intento y al grado de ejecución alcanzado."¹³

En consecuencia, el § 2 del art. 16 del Proyecto declara punibles las faltas exclusivamente si se han consumado, "ex-

cepto las intentadas contra las personas o el patrimonio", lo que implica una intervención penal más intensa respecto a las infracciones leves (faltas) que la descrita en el art. 5 del Código Penal vigente, al referirse éste a las faltas "frustradas."¹⁴

6. El Proyecto contempla, igualmente, ciertos supuestos de *desistimiento* penalmente relevante, colmando una tradicional laguna de nuestro ordenamiento criminal. El § 2 del art. 17 declara impune la conducta de quien "evitare voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado...." Y el art. 18, a propósito de la intervención de una pluralidad de personas en un hecho, establece que "quedará impune aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada e impidan o intenten impedir, seria y voluntariamente, la consumación..."¹⁵

7. La definición de delito (art. 9 del Proyecto),¹⁶ el régimen del error y su relevancia penal (art. 13)¹⁷ y el alcance

14. Criterio distinto sigue el art. 23.1, según el cual, y salvo disposición contraria de la ley, la tentativa sólo se castiga si el correspondiente delito consumado se conmina con pena superior a dos años de prisión.

15. El Código Penal portugués contempla el desistimiento de la tentativa (art. 24) y el desistimiento en supuestos de participación o codelincuencia (art. 25).

16. El art. 9 del Proyecto sustituye el término "*culposas*" que utiliza el art. 1 del Código Penal vigente por el de "*imprudentes*", como hace, también, el art. 3 del propio Proyecto cuando pretende consagrar el principio de culpabilidad.

17. Dice, ahora, el nuevo art. 13: "El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente" § 1. El error sobre un elemento del hecho que cualifique la infracción, o

12. El art. 22 del Código Penal portugués define la tentativa, precisando qué debe entenderse por "actos ejecutivos".

13. La pena del delito intentado se establece con arreglo a criterios diferentes en el ordenamiento portugués (vide art. 23).

e interpretación de los diversos actos preparatorios punibles (art. 15)¹⁸ no implican modificaciones sustanciales dignas de mención.

8. En cuanto a las "*causas que eximen de la responsabilidad criminal*." (Cap. II del tít. I del Proyecto) cabe anotar la supresión de dos circunstancias del hoy art. 8 del Código Penal que tradicionalmente habían formado parte del catálogo de eximentes: *la fuerza irresistible* (circunstancias 9) y *la obediencia debida* (circunstancia 12).¹⁹

El art. 19 del Proyecto (n. 7) modifica la circunstancia correlativa del art. 8 vigente (*miedo insuperable*), al suprimir la exigencia relativa a la entidad de dicho miedo (miedo insuperable "de un mal igual o mayor").

El n. 1 del citado art. 19 acude al expediente de las acciones *liberae in causa* para establecer una nueva deli-

sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación (§ 2). El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados" (§ 3).

El *Código Penal portugués* contiene dos previsiones sobre el error: el art. 16 (error sobre las circunstancias del hecho) y el art. 17 (error sobre la ilicitud o antijuricidad).

18. A tenor del art. 15, § 3, "*La provocación* existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de eficacia semejante, a la perpetración de cualquier delito..." ("cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia...", dice el art. 4, § 3, del Código Penal vigente).

19. El Código Penal portugués no conoce la "fuerza irresistible", como causa de exclusión de la responsabilidad criminal. Si la "obediencia" (art. 37) — "obediencia no debida disculpante" — referida a funcionarios, que figura entre las causas que excluyen la ilicitud y la culpabilidad. A la obediencia se refiere, también, el art. 36 ("conflicto de deberes"), declarando el § 2 de este precepto que el deber de obediencia jerárquica cesa cuando conduce a la comisión de un delito.

mitación del *trastorno mental transitorio* ("siempre que este último no hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o no hubiera previsto o debido prever su comisión").²⁰ Y su n. 2 extiende la exención de responsabilidad criminal, sirviéndose de idéntico expediente teórico a quien "se halle en estado de *intoxicación plena por bebidas alcohólicas*, estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos análogos siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometer el delito o no se hubiese previsto o debido prever su comisión."²¹

Por el contrario, el Proyecto conserva sin alteraciones significativas: el límite de la *mayoría de edad penal* (16 años, a tenor del n. 3 de su art. 19),²² la circunstancia 3 del art. 8 del Código Penal vigente (n. 4 del art. 19 del Proyecto), esto es, la alteración grave de la *conciencia de la realidad* derivada de problemas sensoriales y de percepción; la *legítima defensa* (circunstancia 4 del art. 8 del CP y 5 del art. 19 del Proyecto),²³

20. El art. 20, § 4, del Código Penal portugués descarta también la aplicación de una causa de inimputabilidad cuando la anomalía psíquica fue provocada por el agente con el propósito de cometer el hecho.

21. El Código Penal portugués contiene disposiciones especiales en el Cap. II ("alcohólicos y equiparados" de su Tít. V ("De la pena relativamente indeterminada") relacionadas con el alcohólico (arts. 86 y 87) y el drogodependiente (art. 88) que delinquen.

22. Según el art. 19 del Código Penal portugués, los menores de 16 años son penalmente inimputables. Pero a los mayores de 16 años y menores de 21 años se les aplicará la legislación "especial" en lugar del Código Penal común a tenor de lo dispuesto en el art. 9 del Código Penal, concretamente el Dec.-ley 401/82, de 23 de septiembre ("Regimen penal de los jóvenes adultos").

23. El Código Penal portugués regula la legítima defensa en el Cap. III del Tít. II (exclusión de la ilicitud), arts. 31, 32 y 33 ("exceso" en la defensa).

el *estado de necesidad* (circunstancia 7 del art. 8 del CP y 6 del art. 19 del Proyecto),²⁴ y la eximente 11 del art. 8 del CP, 8 del art. 19 del Proyecto: obrar “en cumplimiento de un *deber* o en el *ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*.”²⁵

A tenor de lo dispuesto en el § 2 del n. 8 del art. 19 del Proyecto, en “los cuatro primeros números de este artículo se aplicarán, en su caso, las *medidas de seguridad*...” prevista en el mismo.

9. La principal innovación del Proyecto en el ámbito de las circunstancias atenuantes (Cap. III, art. 20) reside en la suspensión de la *preterintencionalidad* (circunstancias 4.^a del art. 9 del CP) Dicha supresión, necesaria ya desde la reforma de 25.6.83 (que eliminó el art. 50 del CP y potenció el principio culpabilístico) se ha visto facilitada por una encomiable doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que restringía la apreciación de tan anómala circunstancia a los supuestos de preterintencionalidad homogénea aplicando, con buen criterio, los principios generales en materia de culpabilidad y concurso a todos los restantes.²⁶

El art. 20 analizado, en su n. 2, modifica el tenor literal de la circunstancia correlativa, 2 del art. 9 del Código

Penal (embriaguez) — que extiende, además, a otras hipótesis de *intoxicación no etílica* — en los siguientes términos: “la de que el culpable... se encuentre, al tiempo de cometer la infracción en estado de intoxicación alcohólica o de otra índole que, sin ser preordenada al hecho, no lleve a tener plenitud de efectos sobre el sujeto”.

La circunstancia 5 del art. 19 del Proyecto (*arrepentimiento espontáneo*) modifica, también, su correlativa del Código Penal (circunstancia 9 del art. 9) al admitir la relevancia del arrepentimiento que se manifieste por el culpable “antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él” (“antes de conocer la apertura del procedimiento judicial”, dice el art. 9, n. 9 del texto punitivo en vigor).²⁷

El Proyecto no introduce modificaciones sensibles en las restantes causas de exención de la responsabilidad criminal: eximentes incompletas (circunstancia 1 del art. 20); minoría de 18 años (circunstancia 3 del citado art.); estados pasionales (circunstancia 4); circunstancia analógica (6 del art. 20).²⁸

10. El Cap. IV del Proyecto simplifica y reordena el catálogo de *causas de agravación de la responsabilidad criminal* (art. 21).

Suprime la circunstancia de premeditación (6.^a del art. 10 del CP); la 3.^a (“ejecutarlo por medio de inundación,

24. El Código Penal portugués distingue el estado de necesidad justificante (art. 34) del estado de necesidad “disculpante” (art. 35).

25. El Código Penal portugués reconoce, entre las causas de exclusión de la ilicitud (art. 31): el ejercicio de un derecho (b) el cumplimiento de un deber impuesto por la Ley o por orden de la autoridad legítima (c) y el consentimiento del titular del interés lesionado (d), consentimiento que puede ser expreso (art. 38) o presunto (art. 39).

26. Esta nueva doctrina jurisprudencial, de la que es claro exponente la sentencia de 28.3.84, cierra el paso a la apreciación de la circunstancia 4.^a del art. 9.^o del Código Penal español en los supuestos de “preterintencionalidad heterogénea”.

27. El arrepentimiento que autoriza una “atenuación especial de la pena” en el Código Penal portugués (art. 73) es el arrepentimiento sincero que se manifiesta por actos dirigidos a la reparación del daño (§ 2.c).

28. En cuanto a la *atenuación* de la responsabilidad criminal, el Código Penal portugués faculta al Tribunal (art. 73) para apreciar cualquier circunstancia — anterior, simultánea o posterior al hecho — que disminuya significativamente la ilicitud de ésta o la culpabilidad del autor, haciendo una relación o catálogo *ad exemplum*, puramente ilustrativo, de tales circunstancias.

incendio, veneno, explosión, destrucción de aeronave... o del uso de otro artificio ocasionado a grandes estragos"); la 4.^a ("realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad"); la 7.^a ("emplear astucia, fraude o disfraz"); la 11.^a ("cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia"); y la 16.^a ("ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad e edad mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso").

La nueva circunstancia 2 del art. 21, con su amplísima dicción ("ejecutar el hecho con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente") reagrupa las hoy agravantes ns. 8, 12 y 13 del art. 10 del Código Penal (abuso de superioridad, auxilio de gente armada y ejecución del delito de noche, en despojado o en cuadrilla, respectivamente).

El Proyecto modifica sustancialmente la circunstancia de *alevosía*, imprimiendo a la misma un inesperado giro objetivista el inciso final del § 2.º de su art. 21.1 ("... o cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa") de acuerdo con una conocida interpretación jurisprudencial que considera 'alevosía' el aprovechamiento de una situación objetiva de indefensión no buscada deliberadamente por el sujeto.²⁹

29. La doctrina jurisprudencial reconoce tres modalidades de comportamiento *alevoso*: el *proditorio* (el culpable acecha, busca, aguarda y ataca a la víctima), el *sorpresivo* y, por extensión, el consistente en aprovechar una situación de desamparo o indefensión no buscada de propósito por quien se beneficia de ella (así, sentencias de 25.4.85, 31.4.86 y 25.9.86). El Proyecto da, pues, carta de naturaleza a esta tercera modalidad de conducta *alevosa*, la más polémica y controvertida.

Por el contrario, establece una saludable restricción a la denominada *reincidencia específica* requiriendo el § 1 de la circunstancia 7.^a del art. 21 no sólo que el delito por el que previamente fue condenado ejecutoriamente el culpable se halle comprendido en el mismo Capítulo del Código, sino que además "sea de la misma naturaleza".³⁰

Las demás circunstancias agravantes no experimentan modificaciones dignas de mención: la 3.^a del art. 21 y 2.^a del art. 10 del Código Penal (precio, recompensa o promesa); la 4.^a del art. 21 — 5.^a del art. 10 — (ensañamiento); la 5.^a — 9.^a del art. 10 del Código Penal — (abuso de confianza); y la 6.^a 10.^a del art. 10 del CP: "prevalerse del carácter público que tenga el responsable".³¹

Por último, los Caps. V y VI mantienen, casi literalmente, la *circunstancia mixta de parentesco* (art. 22 del Proyecto y 11 del CP vigente) y los conceptos de *autoridad* y *funcionario* (art. 23 del Proyecto y 119 del CP), sin más modificación que el añadido que introduce el art. 23 (por "autoridad", a efectos penales se entienden también los "órganos colegiados").³²

C) Libro 1.º, Título II

1. Bajo la rúbrica: "De las personas criminalmente responsables de los deli-

30. A la reincidencia (art. 76) — y sus efectos (art. 77) — se refiere el Código Penal portugués. Se circunscribe ésta a los delitos "dolosos" y requiere un intervalo mínimo de cinco años entre los dos hechos criminales.

31. La circunstancia 6.^a del art. 21 del Proyecto de Código Penal español sustituye el término "culpable" (de la hoy circunstancia 10 de art. 10 del CP vigente) por el de "responsable".

32. El Código Penal portugués conoce, también, un concepto de "funcionario" amplio (art. 437) "a efectos de la Ley penal".

tos y faltas", dedica el Título II del Proyecto cinco artículos (arts. 24 a 28, ambos inclusive) a los trascendentales problemas de *autoría* y *participación*.

2. El art. 24 declara *responsables criminales* a los autores y cómplices (el Proyecto elude el término técnico de "partícipes")³³ y suprime el *encubrimiento*, forma de participación impropia, espúrea, que se emplaza entre los delitos contra la Administración de Justicia (Cap. III del Tít. XVII) o contra el patrimonio, según los casos (Cap. XVI del Tít. XII).

3. El art. 25 del Proyecto hace una mención expresa a la *autoría mediata* ("realizan el hecho... por medio de otro, del que se sirven como instrumento"); elimina la "*fuerza*" (tradicionalmente equiparada a la inducción como modalidad de autoría en el n. 2 del art. 14 del CP) y "considera" también autores a *inductores* y *cooperadores* (ns. 2 y 3 del art. 25), siguiendo las pautas tratadas por el art. 14 del CP vigente.³⁴

La *complicidad* (art. 26) no experimenta modificación alguna³⁵ y sí, por el contrario, el régimen de autoría y participación que el art. 15 actual diseña para los delitos cometidos por medio de imprenta, grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión, etc. En efecto, el art. 27 del Proyecto declara (n.

1) que "en los delitos y faltas cometidos utilizando medios mecánicos o soportes de difusión no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente"; articulando el n. 2 del citado art. 27 una *responsabilidad criminal en cascada* ("escalonada y subsidiaria") en la persona de los autores reales del texto ("y quienes les hayan inducido a realizarlo", supuesto añadido y de nuevo cuño), los Directores de la publicación o programa en que se difunda y quienes lo sean de la Empresa grabadora, reproductora o impresora. El último párrafo del art. 27 del Proyecto, finalmente, amplía el ámbito de aplicación de este mecanismo *sui generis* a hipótesis no comprendidas en el actual art. 15 del Código Penal, al declarar la posibilidad de dirigirse al responsable penal subsidiario "cuando por cualquier motivo, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números anteriores".³⁶

Tampoco existen diferencias significativas entre el art. 28 del Proyecto y el art. 15-bis del Código Penal (*actuación en nombre y representación de otro*). A tenor del primero, "el que actuare como directivo u órgano de la persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias de dieran en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obrare".³⁷

33. El art. 26 del Código Penal portugués define la 'autoría'. El art. 27, la complicidad. Los arts. 28 y 29 contemplan dos importantes previsiones sobre el injusto y la culpabilidad en la "participación" criminal, respectivamente.

34. El art. 26 del Código Penal portugués declara responsable, a título de 'autor', a quien ejecuta el hecho, por sí mismo o por medio de otro, o toma parte directa en su ejecución, en virtud da acuerdo o juntamente con otro u otros; y, también, quien determina dolosamente a otra persona a cometer el hecho.

35. Es cómplice, según el art. 27 del Código Penal portugués, quien dolosamente y de cualquier forma, presta auxilio material o moral para la comisión dolosa de un delito por otro.

36. Una responsabilidad criminal "sucesiva" contempla, también en materia de *prensa e imprenta* el art. 26 del Dec.-ley portugués 85-C/75, del 26 de febrero.

37. El actuar "en nombre de otro" se prevé en el art. 12 del Código Penal portugués.

3. Reflexiones críticas al Proyecto de Código Penal de 1992

Primera

Los tres Títulos examinados del Proyecto de Código Penal de 1992 contienen decisiones que merecen una valoración muy positiva. Aunque no sean estrictamente novedosas (El Proyecto de Código Penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 asumía ya alguna de ellas, y otras se hallan implícitas en el propio proceso de reformas, de modo especial, en la de 25.6.83) tampoco sería justo restar méritos al prelegislador.

Positiva es, por ejemplo, desde el punto de vista culpabilístico, la supresión de la *preterintencionalidad*, auténtico cuerpo extraño en nuestro ordenamiento desde que la reforma antes citada potenciaría al máximo el principio de responsabilidad subjetiva (art. 1) y derogase el art. 50 del Código Penal. Se permite, así la plena vigencia de los principios generales en el ámbito de la culpabilidad.

Un juicio muy favorable merece, también el nuevo sistema de *incriminación de la imprudencia*. Sustituir el régimen de incriminación a través de cláusulas generales, por el de incriminación específica y singular, caso a caso, se aviene a exigencias político-criminales resaltadas por la doctrina científica con significativo consenso.

Lo mismo puede afirmarse de la punibilidad excepcional de los *actos preparatorios* (proposición, provocación y conspiración) que, de acuerdo con un saludable criterio político-criminal asumido por el Proyecto, sólo se castigarán en aquellos casos donde expresamente lo declare el legislador.

La simplificación de los prolijos *catálogos de circunstancias modificativas* de la responsabilidad criminal que son objeto de una rigurosa y sistemática clasificación con una técnica depurada es digna de elogio.

La supresión de las *medidas predelictuales* o *antedelictuales* (el Proyecto sólo contempla como consecuencias jurídicas de naturaleza criminal las denominadas medidas de seguridad "*postdelictuales*") la explícita extensión de *las garantías* contempladas en el Título Preliminar a estas últimas (arts. 1, §§ 1 y 2; art. 2, §§ 1 y 2; art. 5, § 1, todos ellos del Proyecto); la introducción del trámite preceptivo de "*audiencia del reo*", preceptivo aunque no vinculante (art. 5, § 2, *in fine*), para la determinación de la Ley penal más favorable en casos de duda; la eliminación del "*caso fortuito*" enclave obsoleto que conserva el art. 6-bis b) del Código Penal vigente; el propósito de plasmar en el Título Preliminar el principio de *culpabilidad* como "garantía" fundamental del ciudadano (art. 3 del Proyecto); las previsiones específicas sobre el *momento de comisión del delito* a los efectos de determinar la Ley penal aplicable (art. 6); sobre la "comisión por omisión" (art. 10 del Proyecto), que evitan la forzada equiparación, por vía interpretativa y sin la preceptiva cobertura legal habilitadora, de comportamientos omisivos y comisivos; o sobre el *desistimiento* penalmente aplicable relevante (arts. 17, §§ 2 y 18 del Proyecto), laguna significativa del ordenamiento español que carece de un precepto *ad hoc* en relación a los actos preparatorios punibles; la unificación del régimen de las *formas imperfectas de ejecución* en torno a la nueva figura de la tentativa (arts. 16 y 17, § 1); la supresión del *encubrimiento* como forma de participación impropia (*ex post*), que no se menciona en el art. 24; son otras tantas innovaciones del Proyecto dignas de aplauso.

Segunda

En cuanto al proceso de gestación del Proyecto y *modus operandi* seguido cabe resaltar un *grave déficit criminológico y político criminal*.

1. La trascendencia de una reforma penal exige el previo conocimiento, con instrumentos empíricos y técnicas científicas de evaluación, de la realidad social a la que aquélla se dirige. Un Código pretende aportar soluciones a los problemas y conflictos reales de una sociedad concreta en un momento histórico determinado. Es preciso tener información verificada sobre las variables, perfiles y tendencias del problema criminal que, antes todo, es y debe contemplarse como problema "social".

El prelegislador español, lamentablemente, ha prescindido de dicha información. No ha ponderado material empírico alguno sobre la realidad histórica española (encuestas de victimización, informes de autodenuncia, estadísticas, trabajos de campo, etc...). De suerte que muchas de sus opciones son más producto de la *intuición* y el *decisionismo* que de una valoración reflexiva y meditada.

No se trata, desde luego, de que las "batas blancas" sustituyan a las "togas negras" ni de apelar extemporáneamente a la denominada "falacia naturalista". Se trata de que las decisiones político-criminales que el mundo del derecho instrumenta cuenten con un respaldo empírico-científico, garantía de acierto y credibilidad.

La supresión de la circunstancia agravante de *premeditación* del catálogo del art. 21; el giro objetivista que cobra la de *alevosía* (1.ª del art. 21); la redefinición de la polémica circunstancia de la *reincidencia* (7.ª del art. 21), que coexiste con la extravagante figura de la *habitualidad* (art. 73 del Proyecto); la devaluación de la de *parentesco* en la Parte Especial (supresión del delito de infanticidio); la delimitación de los presupuestos de la *peligrosidad criminal* y el *régimen de medidas* que se articula como respuesta a la misma (arts. 4 y 95 y ss. del Proyecto); y, especialmente, la configuración de las "*causas que eximen de la responsabilidad criminal*", del art. 19

(enajenación, trastorno mental transitorio, minoría de edad penal), o que la *atenúan* (art. 20) son decisiones trascendentales del prelegislador que han carecido del más mínimo bagaje empírico-científico.

2. A dicho *vacío empírico-criminológico* se añade una no menos lamentable *carencia político-criminal*. Todo Código Penal requiere un previo debate social, y no sólo una discusión entre expertos. Es precisa una amplia y transparente reflexión de toda la sociedad, dado que el crimen es un problema "social" y "comunitario". No bastan decisiones técnico-jurídicas, propias de los llamados "modelos tecnocráticos". Es necesario trazar objetivos y metas respecto al problema criminal, escoger reflexivamente entre diversas opciones, diseñar programas y estrategias... En definitiva, frente a una mera "política-penal" parece imprescindible una "política criminal" sobre el delito que evite el dogmatismo tecnocrático, el despotismo no siempre ilustrado o una *praxis* errática e incoherente.

El denunciado *déficit* o vacío político-criminal ha gravitado sobre todo el sinuoso *proceso de las reformas penales*, como lo demuestran los llamativos cambios de criterio y vicisitudes que experimentan algunas instituciones.³⁸ El tími-

38. Véanse, por ejemplo, las vicisitudes de la *responsabilidad civil derivada del delito*, que el Anteproyecto remite a la legislación civil y rescata para la penal, siguiendo una inveterada tradición, el Proyecto. O las del "*delito continuado*", que evidencian los cambios de criterio a lo largo de los diversos momentos del proceso de reforma (art. 75 del Proyecto, 74 del Anteproyecto, 74.1.º de la Propuesta de Anteproyecto). La muy distinta configuración y régimen de la *reincidencia* (suprimida por la PACP de 1983; contemplada por el art. 65 del Anteproyecto a propósito de la "reglas generales para la aplicación de las penas"; o prevista entre las circunstancias agravantes del art. 21 del Proyecto). O el régimen errático del *delito fiscal*, que la redacción inicial del Proyecto remite a la legislación especial y, sin embargo,

do y poco innovador sistema de *penas y consecuencias jurídicas* del Proyecto (no examinado en este trabajo) es la manifestación o síntoma más expresivo de tal carencia. Pero incluso en la *Parte General* del Proyecto³⁹ y, desde luego, en su *Parte Especial*, que hace gala de una sistemática indefinición y de calculadas ambigüedades en materias de gran trascendencia políticocriminal y social⁴⁰ se detecta la muy limitada voluntad innovadora del prelegislador.

3. *Momentos de crisis social y económica*, de inseguridad, tampoco son los más adecuados para elaborar un Código Penal. La redefinición de las pautas fundamentales de la convivencia reclama un clima estable que exteriorice el necesario consenso social. Todo Código tiene su momento! En épocas, como la presente, de conflicto y convulsiones sociales existe el riesgo de que se desvirtúe la función que corresponde a las leyes penales, porque la crisis genera miedo, inseguridad, y tales sentimientos colectivos suelen manipularse interesadamente. La política criminal es suplantada, entonces, por una ciega e inexorable política penal de inútil y desproporcionado rigor sin más argumentos que las “iras de la ley” y la “ejemplaridad” del castigo.

No se trata, pues, de la dificultad de obtener las imprescindibles mayorías parlamentarias, ni de la dudosa oportunidad política de una gran empresa que se aborda al terminar la legislatura. Se

trata de la función que corresponde al Código Penal, y de la función que, de hecho, cualquier Código Penal cumple en contextos históricos de crisis y conflicto social. Todo Código Penal debe ser fiel expresión de un *consenso social previo*. Su misión es reforzarlo, salvaguardarlo. La pena cumple, pues, una función “*instrumental*”, dado que la amenaza del castigo pretende la efectiva protección de los bienes jurídicos, es un medio que previene la lesión o puesta en peligro de éstos. En momentos de crisis y conflicto social, todo Código Penal corre el riesgo de cumplir más una función “*simbólica*” que instrumental. La experiencia demuestra que en lugar de reflejar y exteriorizar el consenso social, se convierte en un sutil mecanismo para recabarlo, para concitarlo. Que es utilizado no para tutelar los valores personales y comunitarios fundamentales para la convivencia sino para fomentar determinadas actitudes del ciudadano respecto al sistema y las instituciones (confianza, sumisión, etc.).

La sistemática derogación que experimentam los principios generales de Código en determinadas parcelas de la criminalidad “expresiva” (delitos de expresión,⁴¹ narcotráfico⁴² y terrorismo)⁴³ es

contemplaba la PACP de 1983 (art. 298 y ss.).

39. El Proyecto es poco *innovador*. Autoría y participación, formas imperfectas de ejecución, error, causas de justificación y de inculpabilidad, circunstancias modificativas, etc., experimentan modificaciones poco significativas.

40. Ejemplo paradigmático de tal *indefinición* es el ambiguo régimen de indicaciones a propósito del delito de aborto, y, en particular, la referencia del art. 153,2.^a b) al “estado de angustia o ansiedad en la gestante”.

41. En los delitos de *opinión*, por ejemplo, se introduce la innecesaria y extravagante figura de la difamación (art. 208, 2, 2.^a), al tiempo que se amplían los contornos del delito de calumnia (art. 204) y se desnaturaliza — por su alcance desmedido — el de injurias (art. 208). El art. 27 (siempre del Proyecto) potencia aún más la llamada responsabilidad en cascada, con la correlativa derogación de las normas generales sobre autoría y participación. Los §§ 1 y 2 del art. 211 recortan la operatividad de la *exceptio veritatis* con criterios restrictivos. El art. 215 (retractación) consagra una institución humillante que excepciona, además, los principios del Derecho común aplicables a los demás delitos en materia de consumación, desistimiento y arrepentimiento (art. 16,17,2.^a, 20,5.^a, etc.). El art. 214 otorga unos efectos *sui*

el alto tributo que paga el Proyecto de Código Penal de la democracia al ino-

portuno momento político y social que lo gestó.

generis a la reincidencia en ciertos delitos de expresión (inhabilitación especial), que no lleva asociados esta circunstancia agravante a propósito de las demás infracciones. El art. 116,2.º dos prevé normas *ad hoc* en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de delitos contra el honor cometidos a través de los medios de comunicación. El art. 214,2.º dispone, en ciertos supuestos, la responsabilidad civil "solidaria" de la propia empresa periodística, etc.

42. La función simbólica del Derecho Penal se manifiesta, también, en los delitos relacionados con el *narcotráfico*. El rigor de las penas, los amplios márgenes de discrecionalidad que se otorgan a jueces y tribunales, la consagración de ciertas figuras por razones exclusivamente pragmáticas o utilitarias (vg., delación) y la deliberada derogación de los principios generales vigentes para los restantes hechos delictivos, son muestras inequívocas de dicha función simbólica. Véanse, por ejemplo, los arts. 354 (agravación preceptiva de las penas), 363,2.º (eventual remisión completa de la pena por colaborar eficazmente con la autoridad), 364 (cómputo de la pena y de los beneficios penitenciarios *sui generis* para estos delitos), etc., todos ellos del Proyecto.

43. También en los delitos relacionados con el *terrorismo* y las *bandas terroristas* introduce el Proyecto normas *ad hoc* que derogan los principios generales; preceptos que conducen a un rigor que ni siquiera por razones de prevención negativa se justifican. De una parte, los delitos de "asociaciones ilícitas" (art. 529 y ss.) establecen penas particularmente severas a sus miembros y directivos (art. 530,1.º y 2.º); penas extensibles a terceros que colaboran con las organizaciones terroristas (art. 531); se consagran criterios concursales *ad hoc* (art. 531, *in fine*) y declara la punibilidad excepcional de los actos preparatorios (art. 535,1.º), la apología (art. 535,2.º), etc. Pero, además, contempla el Proyecto, en su Parte General, algunas previsiones con relación a la criminalidad terrorista. Así, el mecanismo agravatorio del art. 6,1.º ("reglas generales para la aplicación de las penas"), que dispone la aplicación preceptiva de la pena superior en grado a la señalada por la ley para el delito cometido; el

Tercera

Adolece, también, el Proyecto de Código Penal de algunas deficiencias e imprevisiones, bien de carácter técnico legislativo, fácilmente subsanables, bien instrumentales, logísticas, que pueden dañar su crédito y operatividad.

1. Es incomprensible, por ejemplo, su exigua "*vacatio legis*" (40 días, a tenor de la disposición final única), a todas luces insuficiente. Aunque no deslumbre la voluntad innovadora del prelegislador, el cambio que todo nuevo Código Penal implica recomienda una sensible ampliación de la "*vacatio legis*", a fin de que la sociedad y los propios operadores jurídicos se compenentren con el mismo. O incluso, su entrada en vigor escalonada, discriminando materiales o partes del Código con sus respectivos plazos.

2. El *Derecho transitorio* del Proyecto parece poco previsor.

Algunas penas de nueva planta exigen medios de infraestructuras inexistentes, sin que el Proyecto consiga el compromiso de llevar a cabo las dotaciones necesarias, ni el *timing* de las mismas.

El efecto retroactivo de la Ley penal posterior más favorable que el Proyecto reconoce (art. 5, § 2), planteará, a corto

reconocimiento de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, a los efectos de la reincidencia (art. 66,2.º); el régimen cuasi discrecional que permite, bajo ciertos presupuestos descritos con notable ambigüedad, la sensible reducción de la pena (art. 67,1.º) o incluso su total remisión (art. 67,2.º); el criterio concursal previsto en el § 4 del 78, que deroga las normas generales establecidas en los tres apartados anteriores del mismo artículo; el cómputo de los beneficios penitenciarios y la libertad condicional partiendo de la pena impuesta en la sentencia condenatoria, a tenor del mandato del art. 94, etc.

plazo, serios problemas a la entrada en vigor de éste.

Cuarta

Tres opciones del Proyecto sobre temas capitales (*mayoría de edad penal, criminalidad asociada a la drogodependencia y responsabilidad civil derivada del delito*) merecen severas críticas desde un moderno enfoque policriminal.

1. La decisión del Proyecto de mantener la *mayoría de edad penal* a los 16 años (art. 19, 3.^a) no es ya de recibo. Pugna con la experiencia empírica acumulada por las ciencias del hombre a lo largo de los últimos lustros, con las actuales orientaciones político-criminales que suministra el Derecho comparado y con las necesidades y exigencias de la realidad española destacadas por nuestra doctrina.

El problema de la delincuencia de jóvenes y menores no puede seguir relegado a un segundo plano. Criminológicamente ha sido y es la piedra de toque de cualquier modelo teórico explicativo de la conducta irregular, de su prevención y de las posibles técnicas de intervención en el infractor. Político-criminalmente, constituye el sector más dinámico y sintomático de la criminalidad en un momento histórico concreto, el mejor *test* de sus claves, perfiles y tendencias.

El Proyecto hace tabla rasa de las inquietudes, realizaciones y legítimas expectativas generadas durante varios decenios. Parece olvidar que un tercio de la población reclusa española se recluta entre jóvenes de menos de 24 años. Que nuestra legislación de jóvenes y menores resulta hoy anacrónica y obsoleta, habiéndose limitado las recientes reformas de la misma a aspectos procesales para mitigar su frontal contradicción con principios y mandatos de la Constitución. Que la infraestructura y medios existentes rayan en la penuria y el abandono,

provocando la desazón y lógico escepticismo de los propios operadores jurídicos especializados.

La problemática *sui generis* de jóvenes y menores requiere una respuesta *ad hoc* como entendió con buen criterio la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 al anunciar un Proyecto de Ley sobre Derecho Penal Juvenil.⁴⁴ No basta con aumentar el límite de la mayoría de edad,⁴⁵ ni con atenuar el rigor de las penas: ambas soluciones son insuficientes, insatisfactorias. Lo decisivo es la naturaleza de las medidas que se arbitren y sus efectos. El establecimiento de unos topes biológicos férreos, de forma apriorística y generalizadora, no puede convencer, porque la madurez personal se adquiere a lo largo de un lento y sinuoso proceso de vivencias. Por ello, suelen optar los diversos sistemas actuales por abarcar un amplio espectro o abanico de edades, en lugar de fijar un límite biológico férreo, siempre caprichoso y discutible, sea cual fuere. Pero responder al joven o menor que delinque con el mismo Derecho Penal, es tratarle como a un adulto, olvidando que no lo es. El joven o el menor que delinquen requieren algo distinto, cualitativamente diferente, del Derecho Penal: no un poco menos de lo mismo, no una pena atenuada. La respuesta ha de ser otra, inequívocamente orientada a su corrección, pues la conducta irregular o delictiva de jóvenes y menores debe comprenderse, en definitiva, como expresión de un fracaso del pro-

44. Disposición Final Segunda: "El Gobierno, en un plazo de seis meses, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley... sobre Derecho Penal Juvenil..." (PACP, 1983).

45. La elevación de la mayoría de edad penal a los dieciocho años resuelve poco, si las medidas aplicables siguen conservando la naturaleza y efectos propios de la respuesta criminal. Coordinar la mayoría de edad civil y la penal no es el desideratum óptimo, sino una meta insatisfactoria y poco exigente.

ceso educativo y de socialización.⁴⁶ Y todo ello sin perjuicio de que la ley sugerida contemple, también, previsiones de particular rigor (internamiento) con relación a comportamientos de jóvenes y menores de especial gravedad.

2. Tampoco convence el sistema que articula el Proyecto (§§ 2 de los arts. 19 y 20) como solución jurídico penal al grave problema de la criminalidad asociada a la drogodependencia, acudiendo, por cierto, al trasnochado expediente de las acciones *liberae in causa*. El Proyecto, en primer lugar, establece un régimen *ad hoc* y restrictivo que deroga los principios generales consagrados en el mismo en el solo particular de los delitos cometidos en situación de drogodependencia. Pero, además, acude a un falso e impropio paralelismo entre alcoholismo y drogadicción que no se justifica ni desde un punto de vista farmacológico ni desde un punto de vista político-criminal. Pues el problema social de la droga no es básicamente el problema de la imputabilidad del drogodependiente — reducida o eventualmente anulada por el consumo de ciertas sustancias — sino el de su incidencia criminógena y el de la naturaleza “instrumental” de los delitos asociados a ella. Dicho de otro modo: mientras la criminalidad relacionada con el alcohol es consecuencia directa del efecto (farmacológicamente comprobado) de aquel en el organismo humano, la inducida por la droga es una delincuencia “instrumental”. El alcohólico que delinque, delinque por el alcohol, el drogodependiente que delinque no delinque por hallarse bajo la influencia de la

droga, sino para conseguirla, porque le falta.

La fórmula del Proyecto desconoce incluso la existencia de una matizada doctrina jurisprudencial que aplicando simplemente los principios generales, con pragmatismo y sensibilidad, consigue, de hecho, unos resultados bastantes más justos.

3. Aunque la persona de la víctima del delito ha ocupado tradicionalmente una posición marginal en el Derecho punitivo (el sistema legal se ha dicho que nace para “neutralizar” a la víctima),⁴⁷ no cabe duda que la atención de los derechos y expectativas de ésta es uno de los indicadores más fiables de la calidad de cualquier ordenamiento de un Estado “social” de Derecho. No debe extrañar, por tanto — algo que no hace el Proyecto de Código Penal español de 1992 — que se cuente con la víctima en el momento de diseñar el catálogo de penas, medidas y sustitutivos penales; ciertos beneficios penitenciarios; circunstancias modificativas (atenuantes) de la responsabilidad criminal; determinación de la responsabilidad civil derivada del delito, etc. Que se consigne, incluso, en algún Código Penal el compromiso de los poderes públicos de crear un fondo o seguro social a favor de las víctimas del delito para hacer efectiva la reparación del daño cuando el infractor sea declarado insolvente.⁴⁸

Las vicisitudes de la responsabilidad civil derivada del delito, que el Anteproyecto de Código Penal llegó a remitir al ordenamiento civil; y, especialmente, el perverso art. 122, § 2 del Proyecto (responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones Públicas por razón del delito de autoridades y funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos)

46. La orientación “tuitiva”, “tutelar” tradicional ha de ser sustituida por un nuevo modelo de fuerte componente rehabilitador y educacional inspirado por el principio de “responsabilización” del joven o menor y cuyas sanciones (*sanciones “positivas”*) trasciendan las pretensiones de mera prevención general que estigmatizan inevitablemente a aquél.

47. En este sentido, Hassemer, W., *Fundamentos de Derecho Penal*, 1984, Barcelona (Bosch), p. 92.

48. Es el caso, por ejemplo, del Código Penal portugués (art. 129,1.º).

evidencian la escasa sensibilidad de nuestro prelegislador.

El citado art. 122, § 2 establece un injusto e inconfesable privilegio para las Administraciones Públicas, a costa del perjudicado, más propio de concepciones mandarinistas del poder que de sistemas sociales y democráticos de derecho. Consagra, *de facto*, el principio de irresponsabilidad de las Administraciones. Otorga a éstas un régimen discriminatorio frente al de los demás responsables civiles subsidiarios.

Priva a la víctima de la vía penal, civil y laboral para obtener de la Administración Pública la reparación del daño, obligándola a un largo peregrinaje (vía penal, administrativa y contencioso-administrativa) que vulnera el principio constitucional de tutela efectiva y el derecho de todo administrado a un juicio sin dilaciones indebidas.

Quinta

Criticables, y también por razones político-criminales, son otras previsiones del Proyecto examinado.

1. Que no contemple, por ejemplo, el § 4 de su art. 1 el deseable *efecto suspensivo* de la solicitud de *indulto* dirigida al Gobierno por el juez o tribunal, parece insatisfactorio. Claro que semejante, suspensivo sería indeseable con relación a las otras dos hipótesis descritas en dicho artículo (derogación o modificación del precepto razonadas por el órgano jurisdiccional). Pero no cuando éste promueve la concesión del indulto. La realidad cotidiana demuestra, una vez más, que el Proyecto carece de una decidida voluntad innovadora, que se queda a mitad de camino, rezagado.

2. Tímida parece, igualmente, la configuración del *trámite de audiencia* previsto en el art. 5, § 2, *in fine*, del Proyecto.

Pues debiera hacerse extensivo a todos los supuestos en que vienen a colación

penas heterogéneas y no resuelve la Ley cual de ellas ha de ser aplicada. No tiene sentido que se oiga al reo sólo cuando el Tribunal dude respecto a cuál de las dos penas es más favorable a aquél.

3. Discutible, por su rigor, es el criterio de la *ultraactividad* que adopta el art. 5, § 3, del Proyecto con relación a las *leyes temporales*, excepcionando la aplicación retroactiva de la Ley posterior más favorable, consagrada en el propio art. 5, § 2. Esta manifestación del *tempus regit actum*, sólo explicable por razones de prevención general, podría atemperarse con una referencia expresa a las facultades que el § 4 del art. 1 confiere "cuando de la aplicación de la Ley resultare penada una acción u omisión, a juicio del Juez o Tribunal no debiera serlo o la pena fuere notablemente excesiva..."

Se atenderían, de este modo, exigencias elementales de justicia ligadas al caso concreto, dejando a salvo objetivos político-criminales de carácter general.

4. La *clasificación tripartita* de las infracciones penales (art. 12 del Proyecto), introducida por razones que la Exposición de Motivos no explícita, no tiene más repercusión y consecuencias que las estrictamente penológicas (art. 30). Se consagra en la Parte General, para prescindir, a continuación, de la misma el prelegislador, que sólo se refiere a "delitos" y "faltas" en el resto del articulado. Un cambio significativo como el que la tripartición representa puede justificarse por perseguir el acomodo y congruencia entre la legislación material y la procesal (lo que no parece ser nuestro caso); o porque sirva de instrumento para la consecución de determinados objetivos político-criminales (lo que tampoco sucede con el Proyecto).

5. La neocriminalización de las *faltas intentadas* contra las *personas* o el *patrimonio* (art. 16,2.º) es consecuencia del automatismo y la imprevisión. Al suprimirse la figura de la frustración, el mandato del art. 16 del Proyecto incrimina

comportamientos contra personas y propiedades que el art. 5, § 2 del Código Penal vigente no sanciona (tentativa de falta). El principio de intervención mínima sugiere evitar tales fenómenos de neocriminalización o, en todo caso, restringirlos a las faltas contra las personas.

6. La mayor amplitud que experimenta la eximente de "*miedo insuperable*" en el Proyecto, al suprimir éste la exigencia relativa a la entidad del mal que lo genera (art. 19,7.^o) tampoco satisface desde una óptica político-criminal. La generosidad con que se concibe el trastorno mental transitorio por el Proyecto (éste pondera la perturbación del psiquismo con independencia de la naturaleza del agente que lo ocasiona y la necesidad imperiosa de objetivar los contornos de una sutil vivencia subjetiva que, según la Ley, libera por completo de responsabilidad criminal, recomienda un retorno a la fórmula tradicional hoy vigente. El miedo que aquí se contempla es el miedo objetivable con criterios normativos: el miedo a un mal igual o mayor: no cualquier otro miedo.

7. La contemplación por el Proyecto de la *circunstancia agravante de reincidencia* (art., 21,7.^o), en su doble modalidad: reincidencia específica y reincidencia genérica, y el régimen de una y otra,⁴⁹ es una decisión político-criminalmente cuestionable. Más cuestionable parece, sin embargo, que coexista dicha circunstancia agravante con la anómala figura de la habitualidad,⁵⁰ introducido por el art.

49. La reincidencia específica (art. 21,7.^o, § 1) sigue el régimen ordinario de las demás circunstancias agravantes (art. 63). La genérica (art. 21,7.^o, § 3) es de aplicación potestativa, según el art. 65 del Proyecto: los jueces o tribunales "podrán imponer la pena en su mitad superior, si lo estiman adecuado a las circunstancias del hecho y del autor".

50. Dispone el art. 73: "A los efectos de este Código, se consideran habituales los que hubieren sido condenados por tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en

73; y que, en la Parte Especial del Proyecto, se modifiquen, a su vez, los efectos de la primera⁵¹ o la propia noción y requisitos de esta última.⁵² De suerte que se lleva a cabo un aparatoso e injustificado despliegue de mecanismos agravatorios de discutible fundamento criminológico y político-criminal cuyos respectivos contornos se delimitan con escasa precisión.

Sexta

Cabe formular, por último, algunos reparos meramente *dogmáticos* al Título Preliminar del Proyecto, y a los Títulos I y II de su Libro 1.^o.

1. La dicción del art. 3 ("no hay pena sin dolo o imprudencia") no convence, si con ella — como parece — se pretende plasmar una "garantía" fundamental. Sería preferible la fórmula: "no hay pena sin *culpabilidad*".⁵³ Afirmar que "no hay pena sin dolo ni culpa" equivale simplemente a prohibir la responsabilidad objetiva.⁵⁴ La plena vigencia de la garantía culpabilística exige bastante más. De otra parte, el enunciado dista de aceptarse

un plazo no superior a cinco años, salvo lo que especialmente puedan disponer otros preceptos de esta Ley."

51. Por ejemplo, el art. 214,1.^o impone, además, la pena de inhabilitación especial a los reincidentes.

52. Así sucede en las infracciones patrimoniales, a tenor de lo dispuesto en el art. 237,2.^o del Proyecto.

53. Que el art. 9 del Proyecto utilice los términos: "dolosos e imprudentes" no es razón para hacer lo propio en el art. 3, ya que el primero se limita a aportar una de finición del hecho punible, de pretensiones técnicas, mientras el art. 3 formula una garantía del ciudadano, función distinta que reclama un lenguaje jurídico también diferente.

54. Como advierte acertadamente — y en sentido crítico — Cerezo Mir, J. (*Estudios sobre la Moderna Reforma Penal Española*, Madrid 1993, Tecnos, p. 199).

pacíficamente por la doctrina científica, dado que para un cualificado sector de la misma — la finalista — puede existir dolo o culpa y no necesariamente culpabilidad.⁵⁵

Carece de fundamento la alergia del Proyecto al concepto de culpabilidad. Procede, por el contrario, su expresa consagración en el Título Preliminar del Código Penal porque la dignidad de la persona humana es uno de los pilares de nuestro orden constitucional y la imposición de una pena sin culpabilidad — o rebasando la medida de ésta — implica un intolerable atentado contra aquélla.⁵⁶

2. Tampoco acierta el Proyecto al formular la idea de *proporcionalidad en las medidas de seguridad* (art. 4.2.º) olvidando incomprensiblemente el distinto fundamento y fin de las penas y las medidas de seguridad.⁵⁷ En las medidas (postdelictuales) la previa comisión de un delito opera como presupuesto indispensable para la aplicación de aquéllas. Pero el fundamento de las mismas es la peligrosidad del autor, no la mayor o menor gravedad del delito o culpabilidad del sujeto activo.

Por tanto, la proporcionalidad deseable de las medidas de seguridad no puede articularse con los mismos baremos que

55. Por ejemplo, si concurre una causa de inimputabilidad o de inculpabilidad (así, Cerezo Mir, J. *Estudios sobre la Moderna Reforma...*, cit., p. 199).

56. En este sentido, Cerezo Mir, J. *Estudios sobre la Moderna Reforma...*, cit., p. 200. También Bacigalupo estima que el principio de culpabilidad entronca con los pilares del Estado de Derecho (art. 1.1 de la Constitución) y con la propia dignidad de la persona (art. 10 de la Constitución), sea o no sea la culpabilidad fundamento de la pena o de su medida (*tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad*), en *La Ley*, año III, n. 434, 8.6.82, pp. 1 a 3). Cf., Cerezo Mir, J., ob. cit., p. 200, nota 2.

57. Como señala acertadamente Cerezo Mir, J. (*Estudios...*, cit. p. 200).

la de la pena, como erróneamente hace el Proyecto al señalar un límite impropio a la duración de las medidas ajeno al de la peligrosidad del autor. De esta forma, aun sin reconocerlo, el prelegislador impone un sistema monista, negando la propia autonomía de las medidas.⁵⁸

3. La novedosa regulación del *concurso de leyes* (art. 7) tampoco merece un juicio favorable. Contiene erratas materiales en las concordancias o remisiones a otros preceptos del Proyecto.⁵⁹ Redefine y desnaturaliza alguna de las nociones fundamentales, como la de la “consunción”, cuyo contenido poco tiene que ver con el que la doctrina asigna a la misma.⁶⁰ Y olvida dos cuestiones: que no existe consenso científico ni unanimidad alguna en torno a la delimitación conceptual de todas estas categorías (subsidiariedad, alternatividad, especialidad); y que, en último término, la dificultad del problema reside no tanto en definir las mismas como en fundamentar cuándo y por qué entre dos preceptos existe una u otra clase de conexión.⁶¹

58. Con mejor técnica afirmaba el art. 133 del Proyecto de 1980: “Las medidas de seguridad guardarán proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer.” Cf., Cerezo Mir, J., ob. cit., p. 200.

59. El art. 7 excluye de su ámbito de aplicación los supuestos comprendidos en los arts. 73 a 78, por error, ya que debía referirse a los arts. 74 a 78.

60. Declara el art. 7.3.º: “El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castigan las infracciones consumadas en aquél.” Tal formulación no sólo es ambigua e imprecisa, sino no define satisfactoriamente las relaciones de consunción.

61. Los conceptos de “especialidad” y “subsidiariedad” tampoco son pacíficos y, menos aún, la aplicación de los mismos a los supuestos concursales concretos. Así, por ejemplo, mientras unos autores consideran que entre homicidio y asesinato existe una relación de especialidad, otros mantienen que dicha relación es de subsidiariedad.

Paradójicamente, sin embargo, la regla 4.^a del art. 7 del Proyecto reproduce con escasa precisión el mandato del hoy vigente art. 68 del Código Penal, precepto este último muy socorrido en la *praxis* jurisprudencial y de peligrosa tendencia expansiva, cuyo genuino ámbito de aplicación bien hubiera podido restringirse con esta ocasión.

4. La cláusula general del art. 10 tampoco define con el rigor técnico deseable los presupuestos de la responsabilidad criminal a título de *comisión por omisión*. Pues no basta para fundamentar ésta con declarar que puede imputarse el resultado a una omisión sólo cuando la no evitación de éste “equivale, según el sentido del texto de la Ley, a su causación”. Se trata, precisamente, de determinar cuándo cabe tal “equiparación”: bajo qué requisitos y presupuestos puede la ley imputar el resultado no evitado a una omisión previa. Esto es: cuando surge el deber jurídico personal de impedir la causación del resultado cuya infracción fundamenta la responsabilidad criminal en concepto de comisión por omisión (posición de garante).

5. Los preceptos del Título II del Proyecto sobre *autoría y participación criminal* (arts. 24 a 28) son técnicamente poco correctos.

El art. 24 debiera referirse a “autores y *partícipes*” — y no a “autores” y “cómplices” — cuando declara que personas son criminalmente responsables de los delitos y faltas. Pues “inductores” y “cooperadores” son genuinos “partícipes” — no “cómplices” ni “autores” — aunque el art. 25 equipare impropriamente unos y otros a los “autores”.

El art. 25 no contempla la *coautoría*; y el 27 amplía aún más el alcance de la denominada “*responsabilidad escalonada*” o en cascada; responsabilidad ésta de signo objetivista, incompatible con los principios de responsabilidad por el hecho propio y por la culpabilidad de su autor que equivale a una intolerable

solidaridad penal y amenaza la libre expresión de las ideas, la crítica y el debate político.⁶²

Séptima

La unificación de las formas imperfectas de ejecución en torno a la nueva figura de la tentativa prevista en el art. 17, § 1, del Proyecto⁶³ simplifica, sin duda, numerosos problemas y evita, o debiera evitar, los agravios comparativos que la *praxis* jurisprudencial provoca al ofrecer soluciones distintas a supuestos idénticos. Sin embargo, el art. 58⁶⁴ revive, en buena medida, y con escasa fortuna, la división en grados (“atendiendo a la seriedad del intento y al grado de ejecución alcanzado”); potenciando, además y paradójicamente, la discrecionalidad e incertidumbre conceptual, al otorgar un amplio margen de discrecionalidad a los Jueces y Tribunales en el momento de proceder a la reducción preceptiva de la pena (“la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada”).

62. El art. 27 sustituye la referencia inicial del hoy art. 13 del CP a los “autores” (“responderán criminalmente sólo los autores”) por una fórmula ambigua e imprecisa: “no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente”. Su § 2 menciona a los “autores” citados en el art. 25 y, sin embargo, al tipificar los diversos supuestos contempla comportamientos que poco tienen que ver con la “autoría”.

63. Art. 17,1: “Hay *tentativa* cuando el sujeto practica todos o parte de los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente.”

64. A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo a la seriedad del intento y al grado de ejecución alcanzado.”

Octava

La figura del desistimiento penalmente relevante, introducida en el art. 17, § 2⁶⁵ y en art. 18⁶⁶ pretende, sin duda, hacer extensivo aquél a los actos preparatorios, de acuerdo con el principio de que: "lo que vale para lo más, vale también para lo menos" (si el desistimiento tiene relevancia en el caso de la tentativa, con más razón ha de tenerla en el de los actos preparatorios). Sin embargo, tanto el § 2 del art. 17, como el art. 18, refieren el desistimiento a comportamientos ejecutivos ("..., bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado"), lo que parece frustrar la finalidad genuina de los preceptos examinados. Estos, de otra parte, evidencian una llamativa asimetría a favor del desistimiento contemplado en el art. 18, menos exigente en sus requisitos, a pesar de la particular gravedad de los casos a que se refiere, por la participación de una pluralidad de personas no exigida en el § 2 del art. 17. Por último, la cláusula final o reserva del § 2 del art. 17 y el art. 18 ("salvo que los actos realizados sean por sí mismos constitutivos de delitos consumados"), induce a error, pues sugiere la irrelevancia del consentimiento si los hechos ya realizados constituyen delito. Sería más correcto afirmar: "sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que pudiera haber incurrido por los

65. Art. 17,2.º: "Quedará impune el que evitare voluntariamente la consumación del delito, bien *desistiendo* de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, salvo que los actos realizados sean por sí mismos constitutivos de delito consumado."

66. Art. 18: "Cuando intervengan varios sujetos en un hecho quedará impune aquél o aquéllos que *desistan* de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria y voluntariamente, la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito."

actos ya cometidos". En efecto, la relevancia del desistimiento es compatible con la responsabilidad criminal en que pueda haber incurrido el autor por otro título o delito no afectado por dicho desistimiento.

Novena

La incriminación *uti singuli* de los actos preparatorios (art. 14 del Proyecto: conspiración, proposición y provocación para delinquir) es, sin duda, un acierto. No obstante, se observan algunas disfunciones por exceso y por defecto. No parece razonable, por ejemplo, que el art. 280 declare punibles la conspiración, la proposición y la provocación para cometer los delitos de robo, extorsión o estafa, y que no mencione otros delitos, de semejante naturaleza, incluidos en el propio Título XII (Caps. 1 a 10), castigados con la misma pena (por ejemplo, los hurtos agravados del art. 238, el delito de apropiación indebida, del art. 256, determinadas figuras agravadas del delito de daños, del art. 276, etc.); en sentido inverso, esto es, por exceso, declarar punible, como hace el art. 535, § 5, la conspiración, proposición y provocación — así como la apología — para cometer el delito de asociación ilícita, parece sumamente criticable, pues dado que este último delito implica una anticipación de las barreras de protección penal, incriminar, a su vez, actos preparatorios respecto al mismo, supone un verdadero abuso represivo.

Décima

El Proyecto de Código Penal de 1992 pierde, a mi juicio, una excelente oportunidad para acoger, en su art. 19, § 6 (estado de necesidad) la doble naturaleza de esta circunstancia, eximente, en unos casos, mera causa de exculpación, en

otros, como hacen con buen criterio otros Códigos⁶⁷ y sufiere nuestra doctrina.

Tampoco parece acertado conservar la definición auténtica de "agresión ilegítima", en el particular de la defensa de bienes y moradas, in justificadamente restrictiva.⁶⁸ Siendo la legítima defensa una causa de justificación, la naturaleza del bien jurídico agredido no explica una severa limitación en su ámbito de aplicación. La racionalidad de la defensa o la proporción entre ésta y el ataque puede conseguirse a través de los requisitos generales de esta eximente o bien apli-

cando otros mecanismos interpretativos,⁶⁹ sin necesidad de acudir a vagas cláusulas generales plagadas de elementos normativos, que degradan la relevancia de una causa de justificación y restringen insatisfactoriamente la tutela de ciertos bienes jurídicos.

Los complejos problemas que la participación criminal suscita en el ámbito del injusto y de la culpabilidad hubieran merecido alguna previsión específica, semejante a los §§ 28 y 29 del StGB alemán, o arts. 28 y 29, también, del Código Penal portugués.

67. Así, el Código Penal portugués: arts. 34 y 35; o el alemán, §§ 34 y 35, respectivamente.

A favor de la tesis que se sustenta se ha pronunciado recientemente, Cerezo Mir, J. (*Estudios sobre la Reciente Reforma Penal Española*, cit., p. 149).

68. Art. 19, § 5, 1.º (*in fine*) del Proyecto, que coincide con el 8,4, 1.º (*in fine*) del Código Penal vigente.

69. Así Cerezo Mir, J., entiende que la prohibición del abuso del derecho (art. 7, apartado del Código Civil) puede enervar la invocación de la legítima defensa de bienes jurídicos de valor insignificante y en cuanto a la agresión ilegítima de morada estima, con la opinión mayoritaria, que la omisión no puede constituir en sí misma una agresión (ob. cit., p. 149).

LÍMITES DE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN*

CARLOS MARIA ROMEO CASABONA

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de La Laguna

1. Los llamados delitos de comisión por omisión, o delitos impropios de omisión,¹ constituyen uno de los institutos nucleares de la moderna dogmática del Derecho Penal; al mismo tiempo son una de las fuentes más importantes de

* En esta exposición parto de un trabajo anterior titulado "Los Delitos de Comisión por Omisión: Delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal," publicado en *Estudios Jurídicos — Libro Conmemorativo del Bicentenario de la Fundación de la Universidad de La Laguna*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, La Laguna, 1993, pp. 807-820. (también en *Libro Homenaje a la Memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993 p. 925 y ss).

1. Mucho se ha discutido sobre la propiedad de la utilización de estas expresiones, y no por meras razones terminológicas, a pesar de que la primeira tiene una consolidada tradición en la doctrina y jurisprudencia españolas, mientras que la segunda es la que se impuso rápidamente en la doctrina alemana. Sobre ello no podemos entrar aquí. V., no obstante, J. M. Silva Sanchez, *El Delito de Omisión — Concepto y Sistema*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 314 y ss.; W. Schöne, *Unterlassene Erfolgsbewendungen und Straffgesetz, Zur gesetzlichen Regelung "unechter" Unterlassungsdelikte*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1974, p. 23 y ss. Por su parte, Roxin, de acuerdo con una línea doctrinal no unánime, diferencia de los delitos impropios de omisión los delitos de omisión por comisión (delitos de omisión por hacer); v. C. Roxin, "En el límite entre comisión y omisión," en *Problemas básicos del Derecho Penal* (trad. y notas por D. M. Luzón Peña), Reus, Madrid, 1976, p. 226 y ss.

expansión de la manifestación punitiva de difícil control, lo que puede poner en entredicho el principio de mínima intervención del Derecho Penal. En una primeira aproximación estos delitos se pueden definir como la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico (de lesión o de peligro concreto del bien jurídico). Precisamente, esta referencia inmediata a la no evitación del resultado marca, junto con el deber de actuar a él referido, una de las principales diferencias con los delitos puros o propios de omisión.

A pesar de los considerables esfuerzos realizados por la Ciencia del Derecho Penal europea, de entre los que destacan las aportaciones de los juristas alemanes,² pero también las de los españoles³ en los

2. Sobre todo las obras de Arm. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwarz & Co., Göttingen, 1959, y de B. Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Otto Schwarz, Göttingen, 1971. V. también más reciente la obra de J. Barmann, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986.

3. P. ej., S. Huerta Tocildo, *Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987; Silva Sanchez, *El Delito de Omisión*, cit., *passim*; A. Torio Lopez, "Límites político-criminales del delito de comisión por omisión," en *Anuario*

últimos años, no puede afirmarse todavía que se haya logrado satisfactoriamente encontrar un grado de acuerdo suficiente para caracterizar plenamente algunos aspectos de su conceptualización y, sobre todo, fijar unos límites razonables. Estas carencias han contribuido a vincular la impresión de inseguridad jurídica con estos delitos, inseguridad que no se compadece con el Derecho Penal del Estado de Derecho, sometido al principio de legalidad. Tal sentimiento se intensifica en relación con el Derecho español por la comprobación objetiva de que el Código Penal (CP) vigente carece de cualquier referencia explícita de apoyo para su incriminación,⁴ en particular para la determinación del sujeto activo, sin perjuicio de que tanto los autores como la jurisprudencia no han encontrado serios obstáculos para su encuadre en el CP, en el entendimiento de que se deja salvaguardado el principio de legalidad.⁵ No obstante, es cierto también que reiteradamente se ha reconocido en nuestro país la urgencia de resolver la cuestión mediante la intervención del legislador,⁶ si

bien se han sugerido fórmulas o criterios de concreción que presentan frecuentemente notables divergencias.

2. Las causas de esta dificultad arrancan del erróneo punto de partida metodológico tomado para resolver su castigo (hoy superado, por lo menos doctrinalmente), por un lado, y se encuentran en la propia naturaleza de los delitos de comisión por omisión, en su estructura y los componentes que los configuran, por otro.

El primer factor se debió, como es sabido, a la pretensión inicial — que perduró durante muchos decenios — de integrar la comisión por omisión en la estructura del delito de acción, por tomar como presupuesto metodológico que los tipos de resultado son únicamente tipos de causación, en los que subyacería tan sólo una norma prohibitiva, tarea que, por tal motivo, estaba condenada de antemano al fracaso (como tampoco podía dar resultados definitivos considerar la comisión por omisión como un estadio intermedio de los delitos de acción y de los puros de omisión).⁷ En efecto, un gran escollo podríamos destacar en primer lugar: la relación de causalidad. La equiparación de la no evitación de un resultado con su producción efectiva se quiso encontrar en la existencia de un proceso causal real que también acontecería en la omisión de la acción que debería evitar el resultado: bien centrándolo en un proceso causal naturalístico, bien psicológico, bien en una relación de causalidad jurídica (la no realización de la acción jurídicamente 'esperada'), social, etc. Tras largos e infructuosos años de discusión se tuvo que asumir que entre la omisión y el resultado típico acaecido no existe un elance causal: quien no hace nada, quien adopta una actitud pasiva,⁸ no puede desencadenar,

de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1984, p. 694 y ss.; recientemente, L. Gracia Martín, en J. L. Díez Ripolles/L. Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 71 y ss.

4. Ciertamente no debe desconocerse la trascendencia que representa, en este sentido, el art. 1, 1.º del CP: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley."

5. V. F. Muñoz Conde, en F. Muñoz Conde/M. García Aran, *Derecho Penal*, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 227.

6. Así, S. Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, PPU, Barcelona, 1990, p. 329; J. Cerezo Mir, *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 349. Por el contrario, Silva Sánchez, *El Delito de Omisión*, cit., p. 369 (incluso lo considera contraproducente para el derecho español); Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, pp. 72 y 84 (le otorga un mero valor declarativo cuando no perturbador).

7. V. H. Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, 11.ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1969, p. 286 y ss.

8. Para Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 320 y 322, se trata de realizar una conducta positiva distinta a la ordenada.

en sentido estricto, ningún proceso causal real.⁹ Esta conclusión tendría también consecuencias para la caracterización del dolo: el dolo en la omisión no se integra en sentido estricto por el componente volitivo, pues éste implica necesariamente la presencia de una voluntad que prevé y dirige un proceso causal, y tal proceso, decimos, no existe en la omisión.¹⁰ Por tanto, el dolo en la omisión (en los delitos de comisión por omisión) consiste en la conciencia del sujeto sobre su omitir, sobre su capacidad de acción para evitar el resultado, entre otros elementos. Por otro lado, aquellos criterios tampoco podrían explicar satisfactoriamente porqué, si en la acción y la omisión concurre un proceso causal idéntico, ha de exigirse algún elemento más para la existencia del delito (en el tipo) en la segunda y no en la primera.¹¹

A pesar de esta evolución, todavía no se ha podido prescindir satisfactoriamente de tomar en consideración la averiguación de procesos causales hipotéticos con el fin de comprobar si el sujeto hubiera podido evitar la producción del resultado con su actuar,¹² lo que al menos introduce

elementos normativos de difícil concreción.

De forma paralela a este proceso de depuración, se vio que la equiparación entre acción y omisión en los delitos de resultado no podía predicarse de todo aquél que pudiera evitar dicho resultado, de quien tuviera capacidad de acción, sino que había que restringir el círculo de autores a quienes tuvieran, además, el deber jurídico de intervenir, en razón de una especial relación previa establecida entre el sujeto y el bien jurídico lesionado. La posición de garante, como problema situado finalmente en el tipo de los delitos de comisión por omisión gracias a la aportación de Nagler,¹³ continúa siendo el punto de escape hacia la expansión de la punición de estos delitos, y, en consecuencia, uno de los más necesitados de delimitación y restricción.¹⁴ Por otro lado, la determinación de la equivalencia de la comisión omisiva con la activa desde el punto de vista de su desvalor de injusto culpable, para lo que se ha solido tomar como referencia esa misma posición de garantía del sujeto del delito, conforma otro de los puntos necesitados de confluencia. Ciertamente incluso cuando dicha equivalencia llega a ser identificada en el caso concreto, no deja de resultar llamativa (tal vez por la contradicción que implica) la frecuencia

9. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 61 y ss.; H.H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte general, 4.^a ed. (trad. J. L. Manzanares Samaniego), Ed. Comares, Granada, 1993, p. 562; Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, cit., p. 292; en la doctrina española, p. ej., J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1985, p. 266, n. 11, y p. 281; Huerta Tocildo, *Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión*, cit., p. 46 y s.

10. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 66 y ss. (v. en p. 73 y ss. el verdadero significado de la omisión 'querida').

11. Como señala Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 328, si fuera "causación" omisiva no sería necesaria la posición de garante.

12. V., también críticamente, p. ej., Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fun-*

damentales, cit., p. 74 y s. y p. 82, quien con la construcción estructural alternativa que ofrece de los delitos de comisión por omisión trata de superar la perspectiva de la causalidad hipotética.

13. V. J. Nagler, "Die Problematik der Begehung durch Unterlassen, en *Gerichtssaal*, n. 111, 1938, p. 1 y ss.

14. Así, especialmente crítico con esta tendencia expansiva de la jurisprudencia alemana, W. Gallas, "Die Garantenpflicht des Unterlassungstäters," (1963), en *Studien zum Unterlassungsdelikt*, R. v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1989, p. 67 y ss. Acertado en el diagnóstico y en los objetivos, Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, cit., pp. 72 y 77.

con que se postula una atenuación de la pena (aunque sea facultativa) para la omisión en relación con su modalidad activa; indicio de que en último término tal equivalencia es relativa, al significar en el fondo dicho criterio un reconocimiento de que la omisión puede ser menos grave que la acción, aunque a través de ambas se pueda imputar al sujeto el mismo resultado.

3. Un adecuado engarce de todos estos elementos estructurales del delito de comisión por omisión ha dado lugar a la inevitable configuración autónoma del tipo de estos delitos frente al correspondiente de los delitos de acción, y esto tanto en el tipo doloso como culposo respectivo. La norma infringida no será ya de prohibición, como consecuencia necesaria de su inicial identificación o subsunción con los delitos de comisión, sino que consistirá en un mandato, en una norma preceptiva.

Sería Welzel,¹⁵ apoyado en alguna medida en parte de las aportaciones de Nagler primero, pero sobre todo de Armin Kaufmann después, quien mejor fijaría la estructura del tipo de los delitos de comisión por omisión, y posiblemente continúa vigente la validez de lo que podríamos identificar al menos como el esqueleto de esa configuración. El tipo doloso, así concebido, presenta los siguientes elementos, que apunto brevemente, dejando traslucir tan sólo algunos de los problemas que plantean:

a) Situación típica, consistente en la producción de la lesión o peligro concreto de un bien jurídico.¹⁶

15. Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, cit., p. 290 y ss.; v. ya con anterioridad, "Zur Problematik der Unterlassungsdelikte," en *Juristenzeitung*, 1958, p. 494 y ss. Lo que no significa que no hayan sido polémicos los contenidos del tipo de lo injusto de estos delitos.

16. A pesar de su interés y complejidad, no entramos en el examen de si la estructura de los delitos de comisión por omisión permite esta modalidad en los delitos de simple actividad, en los de propia mano, en los delitos

b) Comportamiento omisivo, consistente en la no realización de la acción tendente a evitar el resultado típico.

c) La capacidad de acción por parte del sujeto, o de evitación del resultado, entendida como capacidad individual en el caso concreto,¹⁷ que a su vez se determina por: a') el conocimiento de la situación típica; b') la posibilidad de conocer los medios de evitación del resultado, aunque más bien parece necesario su conocimiento efectivo, no siendo suficiente la mera posibilidad, la cual podría situarnos, en su caso, en el ámbito del tipo culposo (omisión inconsciente); y, c') posibilidad material, real, de evitar el resultado; es aquí donde entran en juego los juicios causales hipotéticos orientados a comprobar si efectivamente el sujeto habría conseguido evitar el resultado de haber actuado, pero la cuestión es cómo fijarlo: normalmente gira en torno a la probabilidad, incluso más allá de ésta, requiriendo un grado de certeza o seguridad,¹⁸ para tales propósitos se acude a diversos procedimientos y fórmulas de averiguación no siempre sólidos.

d) Los elementos del autor. Como vimos, no todo el que puede evitar el resultado entra dentro de la órbita del tipo de comisión por omisión correspondiente, sino que es precisa la existencia previa de un deber jurídico de evitar el resultado. Este deber se ha solido caracterizar de forma ampliamente coincidente como

caracterizados en el tipo por determinadas modalidades comisivas, en los de apropiación y en los que se encierran una determinada forma de vida. V. al respecto, Silva Sanchez, *El Delito de Omisión*, cit., p. 350 y ss.

17. Así, p. ej., Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, cit., 560.

18. Criterios que tampoco son unánimes. V. p. ej., J. Brammsen, "Erfolgsszurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten", en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1989, p. 123 y ss., quien propone el criterio de la posibilidad de evitación del peligro.

deber de garantía del bien jurídico, que incumbe en principio a quien tiene la posición de garante en relación con el mismo basada en una estrecha vinculación con el bien jurídico originada previamente a la situación típica por diversas causas (fuentes de la posición de garante). Ello nos permite distinguir la situación fáctica de garante en sí misma, que como característica del autor se incorpora al tipo, del deber jurídico a que da lugar, distinción relevante para caracterizar jurídico-penalmente la naturaleza del error en uno u otro aspecto (error de tipo o de mandato, respectivamente). De este modo los delitos de comisión por omisión se presentan como delitos especiales de autor que comportan la infracción deberes jurídicos especiales que obligan a aquél, a diferencia de lo que sucede en los tipos de acción correspondientes.

El principal problema derivado de la posición de garante ha sido establecer criterios generales para determinar su existencia, dado que la ley penal, como veremos y matizaremos más abajo, no ofrece ni puede ofrecer satisfactoriamente al menos un catálogo completo de posiciones de garante, por la propia "naturaleza de las cosas", y es al intérprete de la ley (al Juez, en último término) a quien corresponde encontrarlo. Se han propuesto diversos criterios, algunos de los cuales han sido aceptados sin mayor discusión para la resolución de casos concretos (como la madre en relación con su hijo de corta edad). En general se agrupan en dos tendencias no radicalmente separadas,¹⁹ las formales (teorías formales del deber jurídico), que se han ocupado principalmente de establecer las fuentes jurídicas de la posición de garante, aunque intentando en ocasiones fundamentarlas materialmente; y las materiales, que intentan desarrollar

el contenido y función de dicha posición (teorías funcionales).²⁰ Ambos procedimientos presentan inconvenientes, bien porque pretenden extraer de la ley o de relaciones jurídicas o fácticas entre el sujeto y el bien jurídico posiciones de garante no establecidas inequívocamente o de modo suficiente, bien por el riesgo de querer derivar deberes jurídicos de simples o exclusivos deberes morales, o al menos de confundir éstos con aquéllos; en cualquier caso, por ninguno de ellos se logra eludir del todo la indefinición o ambigüedad que se objeta a este elemento de los delitos impropios de omisión.

En efecto, la debilidad de estas construcciones, tanto por su excesiva indeterminación como consecuentemente por su escasa fidelidad al principio de legalidad, se pone en evidencia al analizar las diversas fuentes tradicionales de las posiciones de garante, que en buena parte coinciden con los resultados de las posturas que se centran en las funciones de garante, aunque éstas pretenden llegar a resultados más restrictivos. Así, se dice, y no es objeto de discusión y parece razonable, que los padres ostentan la posición de garante en relación con la vida de sus hijos como consecuencia de los deberes derivados de la patria potes-

20. P. ej., Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 283: la posición de garante consiste en la función de protección de un bien jurídico o en el control de las fuentes de peligro para los bienes jurídicos. Para Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., p. 236 y ss., sólo el elemento común de los delitos de acción y de comisión por omisión, consistente en el dominio sobre la causa del resultado, puede fundamentar la equiparación de ambos y con ello la imputación del resultado, así como extraer de él a continuación las posiciones de garante: el dominio sobre una causa esencial del resultado y el dominio sobre el desamparo de la víctima, que a su vez permiten subdivisiones.

19. Lo que ha llevado a Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 565, a propugnar una conjunción de ambos criterios,

tad que impone el Código Civil (CC), pero no sólo cuando se trata de darles alimentos (por tanto, cuando dejan morir a sus hijos que no pueden valerse por sí mismos por no haberles dado de comer), como se establece de forma expresa en la ley civil, sino también cuando existen otros peligros, como impedir que un tercero los mate o que perezcan ahogados. Sin embargo, esto no lo señala la ley de forma expresa (salvo el genérico "velar por ellos", art. 154, § 2.º, 1.º, del CC), a diferencia de lo que sucede en alguna normativa sectorial (p. ej., la Ley General Penitenciaria impone a la Administración penitenciaria el deber de velar por la vida, integridad y salud de los internos, art. 3, 4). En ocasiones se ha ido más lejos, al imputar al padre un delito de comisión por omisión por no haber impedido la comisión de un delito por parte de su hijo,²¹ lo que desvirtúa la posición de garante y la reconduce hacia bienes de terceros con los que no existe vínculo previo, ni puede decirse que la pasividad del padre sea en sí misma fuente de peligro para aquéllos, trasladando así al ámbito penal una institución puramente civil (la culpa *in vigilando*). La posición de garante en el ámbito familiar se ha extendido a otras relaciones, como la inversa a la anterior de los hijos respecto a sus padres,²² o de los cónyuges entre sí, sin quedar clara cuál es la base iusprivatística del deber de intervención²³ ni qué bienes jurídicos

comprende, si tan sólo personalísimos (vida, integridad personal, libertad) u otros, como los de carácter económico y patrimonial.

Las relaciones contractuales se han considerado también fuente de la posición de garante, por la estrecha vinculación que aquéllas fundamentan entre sujeto y bien jurídico, para lo cual es paradigmático el caso del salvavidas de la playa o de la piscina en relación con los bañistas. Sin embargo, esta visión formal ha tenido que ser corregida con criterios materiales, y por ello no basta para entender ya existente la posición de garante con la firma del contrato y las demás formalidades que le dan plena vida jurídica en el ámbito laboral, sino que es preciso, se dice, que se haya producido la asunción fáctica del contrato, que el sujeto haya iniciado efectivamente sus prestaciones contractuales; por el contrario, la posición de garante se mantiene desde el momento de tal asunción, aunque con posterioridad se descubra que el contrato laboral era nulo.²⁴ Desde una perspectiva funcional, estos criterios suponen establecer unos límites objetivos y temporales que no se compadecen con la mera relación formal entre sujeto y bien jurídico, sino — en parte — con la función material que corresponde al primero en relación con el segundo en la situación concreta.

La aceptación voluntaria de protección del bien jurídico es otra de las fuentes de la posición de garante, en cuyo caso

21. Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, cit., p. 294.

22. V. polémico, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 566.

23. El CC español recoge la obligación de "socorrerse mutuamente" los cónyuges (art. 68), y la de alimentos entre parientes: "Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1.º) Los cónyuges. 2.º) Los ascendientes y los descendientes. Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida,

cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación" (art. 144).

24. Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 339, partiendo de criterios materiales (próximos a los propuestos por Kaufmann y por Jescheck), prefiere por ello prescindir de ella como criterio autónomo e integrarlo en la asunción voluntaria de una función de protección del bien jurídico.

habría que precisar los límites explícitos o implícitos de tal aceptación para establecer la extensión de tal posición.

De acuerdo con el principio de injerencia, la posición de garante surge también en quien ha creado una fuente de peligro para el bien jurídico con su actuar precedente a la lesión del bien jurídico. En este supuesto se discute si el comportamiento precedente ha de ser ilícito o no, y en general se observa su proclividad como factor de expansión censurable de los delitos de comisión por omisión.²⁵ A pesar de su extendida aceptación en la doctrina, no ha dejado de suscitar importantes críticas conducentes a su restricción o incluso negación como fundamentación por si sola del deber de actuar.²⁶ pasando por la sugestiva tesis de que el principio de injerencia es en realidad un problema de acción y no de omisión.²⁷ En el Derecho español se ha señalado que constituye una pieza clave para ello el correcto entendimiento del tipo agravado de la omisión del deber de socorro cuando el peligro para la persona necesitada de socorro ha sido originado “por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido” (art. 489 ter. 3 del CP), pues aquí la injerencia no da lugar en si misma a un delito de comisión por omisión, sino a un delito puro de

omisión agravado,²⁸ en el que lo injusto culpable más grave viene determinado por la no prestación de auxilio en tales circunstancias. En este caso el alcance que se otorgue al término “accidente”, bien sólo como equivalente a fortuito,²⁹ bien incluyendo también el culposo,³⁰ o sólo éste,³¹ puede ser referente de la amplitud resultante de la injerencia como fuente de la posición de garante de un delito de comisión por omisión doloso si acaece un resultado.³²

Estas “desviaciones” de los respectivos puntos de partida son coherentes con la

28. Silva Sanchez, *El delito de omisión*, cit., p. 344 y ss., lo considera un supuesto — intermedio — de omisión pura de garante frente a las omisiones puras generales y la comisión por omisión.

29. Así Huerta Tocildo, *Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión*, cit., p. 266, quien además estima que si el accidente se produjo por imprudencia, surge la posición de garante y nos sitúa ya en la órbita de los delitos impropios de omisión.

30. V.D.M. Luzon Peña, *Derecho Penal de la Circulación*, 2.ª ed., PPU, Barcelona, 1990, p. 178.

31. J.M. Zugaldia Espinar, “omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del § 3 del art. 489-bis del Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1984, p. 571 y ss.: la omisión del deber de socorro tras el accidente fortuito da lugar tan sólo al tipo básico del art. 489 ter. 1, mientras que el accidente debido al comportamiento previo imprudente (atropello del sujeto pasivo) comete un delito de homicidio (o lesiones) culposo en concurso con el tipo agravado del art. 489 ter. 3. Parece que al menos da acogida a este segundo supuesto, E. Gimbernat Ordeig, “Nota a Enrique Bacigalupo: Delitos impropios de omisión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, p. 726; también Muñoz Conde, *Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 229.

32. Cf., E. Bacigalupo Zapater, “Conducta precedente y posición de garante” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, p. 44 y ss.; Rodríguez Mourullo, “El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia,” cit., p. 510 y ss.

25 G. Rodríguez Mourullo, “El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia,” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973, p. 512.

26. V. Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., p. 313 y ss.

27. En este sentido, Brammsen, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, cit., p. 404 y ss., entiende, con un razonamiento muy razonable y atendible, pero cuya viabilidad requeriría un análisis detallado, que el principio de injerencia debe situarse en el sistema de los delitos de acción, para lo cual precisa un *dolus superveniens*, a diferencia del *dolus subsequens*.

función tutelar del Derecho Penal y con los contenidos de lo injusto y la culpabilidad, de ahí su alejamiento de planteamientos formalistas siempre que no afecten al principio de legalidad, pero son evidentes focos de ampliación de la posición de garante no suficientemente sustentada.

La indefinición y ambigüedad se acentúa cuando la posición de garante se ha extendido a diversos supuestos que tienen en común una especial relación de dependencia que se establece de forma recíproca entre los titulares del bien jurídico: p. ej., quienes se hallan unidos por una comunidad de vida, por enfrentarse a un peligro común o por compartir negocios o intereses comunes. En estos casos surge en un primer plano la dificultad de encontrar un fundamento jurídico que eleve a dicho plano (el jurídico) lo que a primera vista son obligaciones ético-sociales,³³ si se quiere evitar el riesgo de ir confundiendo cada vez más los contornos que marcan la separación entre moral y derecho.³⁴

Por tanto, y dado que sería imposible llevar a la práctica la propuesta de que los diversos sectores del ordenamiento jurídico que se han considerado fuente de la posición de garante positivicen de modo suficiente ésta,³⁵ se han buscado otras orientaciones metódicas que identifiquen y delimiten la extensión de los supuestos que dan lugar al deber de actuar, restringiendo las posiciones de garante,³⁶ pero sobre todo de carácter

material. En este sentido, un grupo minoritario pero importante de autores españoles se aparta de los criterios más extendidos en la doctrina de nuestro país, y señalan que entre acción y omisión debe existir una total identidad estructural normativa para que ésta pueda ser subsumida directamente en el precepto legal y pueda ser, en consecuencia, típica.³⁷ Unos encuentran dicha identidad en el principio de la creación o aumento de riesgo para el bien jurídico atribuible al autor,³⁸ o en la asunción de un concreto compromiso sobre el riesgo para el bien jurídico, actuando a modo de "barrera de contención" de dicho riesgo,³⁹ o en la relación de dominio social del sujeto sobre el bien jurídico.⁴⁰ Sin embargo, estas posiciones, en principio restrictivas, conducen inevitablemente, y así lo asumen sus defensores, a una plena equiparación — identidad — de injusto y, por ello, de pena entre acción y omisión, por lo que implican también otra vía de expansión, esta vez centrada en el marco punitivo.

sión por medio de la omisión, además de la lesión de deberes de cuidado en las relaciones paterno-filiales, la lesión de deberes de garante originados en la asunción de la posición de garante o en el hacer precedente peligroso.

37. V. sobre ello, Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, cit., p. 76 y ss.

38. Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 334, pero añadiendo, en segundo lugar, que tal peligro determine una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante.

39. Silva Sánchez, *El delito de Omisión*, cit., p. 371.

40. Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, cit., p. 78 y ss., quien define tal relación de dominio "como el conjunto de condiciones, acotadas por el tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio del hecho típico."

33. También crítico, Torio Lopez, "Límites político-criminales del delito de comisión por omisión," cit., p. 704. Sin embargo, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 566, parece haberlo encontrado.

34. Gallas, "Die Garantenpflicht des Unterlassungstäters," cit., p. 95.

35. A favor de esta solución, Torio Lopez, "Límites político-criminales del delito de comisión por omisión," cit., p. 704 y s.

36. Gallas, "Die Garantenpflicht des Unterlassungstäters," cit., p. 94 y s., estima que sólo pueden fundamentar la punibilidad de la comi-

d) Equivalencia entre acción y omisión (principio de equivalencia), con los problemas específicos que plantea que ya han sido apuntados más arriba, en particular su especial conexión con la posición de garante. Esta segunda equivalencia se plantea con especial intensidad en los tipos delictivos que contienen elementos específicos relativos a la forma de la acción, respecto a los que se duda sobre su realización omisiva.⁴¹

4. Por lo que se refiere a la jurisprudencia española, durante muchos años ha recurrido muy escasamente a los delitos de comisión por omisión dolosos como procedimiento de imputación de resultados. No puede decirse lo mismo, sino todo lo contrario, en lo que concierne a los delitos culposos, en los cuales, sin embargo, nuestros tribunales han solido hacer abstracción de la cuestión del garante y han tendido a confundir la acción con la omisión, al identificar ésta con la inobservancia del cuidado objetivamente debido.⁴² A partir de los años setenta y ochenta se aprecia un esfuerzo por elaborar la estructura típica de estos delitos:⁴³ “la comisión por omisión en sus vertientes de cooperación necesaria (coautoría) o de cooperación no necesaria pero eficaz (complicidad) requiere en el actual estado de la doctrina científica y jurisprudencial: a) un elemento objetivo constituido por la omisión que — en el primer supuesto de participación — debe ser causal del resultado típico, y que en la complicidad basta que sea eficaz; b) un

elemento subjetivo o voluntad dolosa, ora de cooperar causalmente al resultado (coautoría), ora de facilitarle simplemente (complicidad); y c) un elemento normativo, que es el que acaba de dar sentido jurídico-penal a la omisión, integrado por un específico deber de actuar que puede surgir de una disposición legal, de la previa aceptación o conducta anterior que crea un peligro o es fuente de riesgos para otros, colocando al omitente en la posición de garante en cuanto le oblia a asegurar la no producción del resultado... y si aquel deber jurídico de garantía obligada — en definitiva — a impedir el resultado dañoso, es obvio que el ‘no impedir’, característico de la comisión omisiva, puede reconducirse, como especie del mismo género, al ‘causar’ entendido en sentido amplio.”⁴⁴ En este criterio jurisprudencial — que no es aislado⁴⁵ — rezuma todavía la vieja tesis de integrar estos delitos en las notas de los delitos de acción, sobre todo en la identificación (?) de un vínculo causal y en la concepción del dolo, aunque finalmente se salve en cierta medida con la aceptación de una mera correspondencia — que casi se confiesa analógica⁴⁶ — entre ‘no impedir’ y ‘causar’, aparte del esfuerzo que se observa en delimitar la posición de garante y la admisión de la participación en los delitos de comisión por omisión, cuestión muy debatida (al; igual que la de la tentativa), en la que no podemos entrar en el presente trabajo.

Paralelamente se ha ido abriendo en los últimos años otro criterio jurisprudencial, que temporalmente se solapa con el

41. V. sobre el problema, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 572.

42. V. sobre esto último, M.C. Alastuey Dobon, “Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo,” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, p. 1.020.

43. V. una detallada y clarificadora exposición de Alastuey Dobon, “Delitos de comisión por omisión,” cit., p. 969 y ss.

44. STS 31.1.86 (CL 127).

45. V. los mismos términos en ss. TS 10.4.81 (CL 507), 21.4.89 (RA 3.480), 31.10.91, y AP Almería 29.11.91 (*Actualidad Penal*, 1992, n. 41).

46. Analogía que ni siquiera se reconoce en otras anteriores, basándose en una causalidad real: así, STS 18.10.82 (RA 5.652).

anterior. Conforme a esta interpretación se puede deducir que el delito doloso de comisión por omisión requiere — además de la producción del resultado típico — la capacidad de acción, la posición de garante, la equivalencia entre acción y omisión, así como el dolo, entendido estrictamente como el conocimiento de: "a) las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos impropios de omisión) y b) su propia capacidad de acción para evitar el resultado."⁴⁷

No puedo detenerme en este trabajo sobre los distintos criterios jurisprudenciales relativos a la configuración de la posición de garante (preocupación por lo demás común a las dos corrientes mencionadas), pero puede señalarse que a pesar de aludir con frecuencia a su contenido, sus contornos no parecen estar todavía muy definidos, con tendencia a la ampliación de las situaciones que dan lugar a la misma.⁴⁸

5. La somera exposición anterior, centrada en los delitos de comisión por omisión no explícitamente tipificados por la ley, sino implícitos en ella, pone de manifiesto que falta todavía mucho terreno que recorrer en esta materia, compeja en sí misma, en la que tal vez motivado por ello hemos encontrado numerosas indefiniciones y contradicciones; en cualquier caso revelan todavía una tendencia a extender su ámbito típico. Bien es cierto que los esfuerzos doctrinales más recientes continúan dirigiéndose a elaborar construcciones cada vez más perfiladas y restrictivas del ámbito típico de los delitos de comisión por omisión. Esto se agrava todavía más en el caso español, al no contar en este momento con una

cobertura legal clara de estos delitos, a diferencia de otros países en cuyos Códigos penales se incluye una cláusula general, que si bien se han demostrado frecuentemente insuficientes para satisfacer las exigencias de taxatividad del marco típico, sirven al menos para dar un cumplimiento mínimo al principio de legalidad.

En efecto, si bien es cierto que la omisión de impedir el resultado típico puede considerarse implícita en los delitos de resultado normalmente entendidos como de acción, no sucede lo mismo con los elementos que se refieren al autor del delito. Como es sabido, el CP español no alude de forma expresa a la integración de la comisión por omisión en estos delitos, y mucho menos señala criterios para averiguar quién tiene el deber jurídico de intervenir, tarea que debe ser cumplida por el Juez.⁴⁹ Para paliar esta laguna legal se acude a los delitos puros de omisión (o propios de omisión), pues su misma existencia obliga a concluir que los delitos de comisión por omisión son delitos especiales de autor. Según esto, no todo el que tiene la capacidad de acción — de evitar el resultado — tiene necesariamente también el deber de impedirlo, pues de lo contrario una gran parte de los delitos puros de omisión serían inaplicables, ya que se verían desplazados por los de comisión por omisión. Aclarado esto, que el círculo de autores de estos delitos es restringido, ni siquiera indica la ley cuál es el criterio selectivo de ese círculo, lo que no resulta muy conciliable con el principio de legalidad.

Entiendo que del tipo *legal* del respectivo delito de resultado de la Parte Especial no puede deducirse una absoluta identidad estructural normativa entre acción y omisión, pues de él sólo pode-

47. STS 24.10.90 (RA 8.229); en el mismo sentido, las ss TS 25.4.88 (RA 2.872), 30.6.88 (S 5.387), 8.7.91.

48. V. p. ej., la STS 31.1.86, ya cit.

49. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, cit., p. 318.

mos extraer que el sujeto activo está constreñido a un determinado círculo de autores, que son aquéllos que tienen el deber jurídico de evitar la producción del resultado típico y, por consiguiente, de realizar la acción ordenada por la norma preceptiva. Pero cuál es la relación del círculo de autores con el bien jurídico que desencadena el deber de intervenir no puede deducirse de la norma, al menos completamente. Dicho de otro modo, la indeterminación en los tipos respectivos de la Parte Especial de la relación del bien jurídico con el autor no permite la identificación de éste.

La necesaria intervención del legislador debe ser orientada a la facilitación de criterios funcionales o materiales de autor, pues sólo éstos permiten captar la posible identidad entre acción y omisión. Estos criterios pueden encontrarse en la comprobación de la situación en abstracto de dominio fáctico y de privilegio que se genera entre el sujeto activo y el bien jurídico protegido, en cuanto acceso al mismo y correlativa vulnerabilidad del bien jurídico en relación con el sujeto activo y la dependencia con éste para obtener la tutela efectiva de aquél.⁵⁰ Esta posición la poseerá normalmente a quien corresponde la función de protección de un bien jurídico o de control de una fuente de peligro para el bien jurídico.⁵¹ Pero no basta con ello, sino que es preciso, además, que en el caso concreto se actualice esa situación de dominio y de dependencia, pues se trata de proteger determinados bienes de determinados

peligros.⁵² Por consiguiente, no es necesario siempre que el autor haya creado — o incrementado — el peligro para el bien jurídico: el padre que no da de comer a su hijo pequeño crea el peligro de que muera, pero no lo crea si, contrariamente a sus advertencias, el hijo se acerca al río próximo y cae en él y corre el peligro de morir ahogado: en ambos casos la posición previa de dominio y dependencia se actualiza y surge el deber de actuar (de darle de comer, de lanzarse al agua para salvarle). Pero esa creación de peligro no puede identificarse con la causación material del resultado típico, pues el mismo vendrá determinado por auténticos procesos causales en sentido estricto,⁵³ que son diferentes de la omisión del autor; como ya he señalado la omisión no desencadena ningún proceso causal, sino que no lo interrumpe o permite que se inicie un proceso causal peligroso para el bien jurídico. La imputación del resultado se fundamenta en la no realización de una acción que tenía el deber de realizar y que habría impedido la producción de aquél. En conclusión, la idea de peligro — de su creación o su aumento — tiene distinto significado en la acción y en la omisión.

52. Así también, Gracia Martín, *Delitos Contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, cit., p. 80; Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 334 y s.; Silva Sanchez, *El Delito de Omisión*, cit., p. 370.

53. En este sentido, J. Cerezo Mir, *Estudios sobre la Moderna Reforma Penal Española*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 201, quien de forma más tajante señala: "La omisión no es causal. No existe una relación de causalidad, en sentido estricto, entre la omisión y la producción del resultado delictivo. El resultado es consecuencia de una serie de condiciones existentes, de una serie de factores causales concurrentes. En los delitos de comisión por omisión el sujeto pudo (y debió) evitar la producción del resultado y no lo hizo, pero no lo causó. La omisión, por ello, nunca crea o aumenta el peligro de la producción del resultado."

50. De acuerdo con L. Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal*, I, Teoría General, Serv. publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985, p. 366 y s.

51. Como vimos que propone Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 283, y le sigue Silva Sanchez, *El delito de Omisión*, cit., p. 370.

Los anteriores ejemplos ponen de relieve al mismo tiempo que no existe necesariamente una identidad desvalorativa en el plano de lo injusto en todas las comisiones por omisión y correlativamente tampoco con los correspondientes tipos de acción, pues "el cumplimiento del deber de actuar es más oneroso que el cumplimiento del deber de omitir y, por ello, la infracción del deber de actuar es menos grave que la infracción del deber de omitir": las conductas omisivas son generalmente menos graves que las conductas activas.⁵⁴ Podría aceptarse tal identidad en el primero de aquellos ejemplos, pero probablemente no en el segundo.

En conclusión, esta situación de compromiso ha de ser resuelta por vía legislativa en el Derecho español. Mientras esto ocurre, la aplicación de los delitos de comisión por omisión debe ser severamente restringida, si no estuviera justificada ya por su excesiva ampliación doctrinal y jurisprudencial (aunque no es éste el caso en relación con los delitos de comisión por omisión dolosos en la jurisprudencia española). En esta dirección las restricciones deben apuntar al discutible procedimiento del juicio causal hipotético,⁵⁵ aplicando no sólo el; criterio del máximo grado de probabilidad, sino también el principio de *in*

dubio pro reo, cuando surja la mínima inseguridad sobre el resultado de ese procedimiento hipotético negativo; la posición de garante — o cualquier otra fórmula alternativa — ha de sustentarse en deberes estrictamente jurídicos y por ello fundamentados en el ordenamiento jurídico, que permitan identificar claramente la vinculación previa entre el omitente y el bien jurídico cuya salvaguarda le corresponde y frente a qué peligros de lesión del mismo; el principio de equivalencia no debe conformarse con asegurarse la presencia de los demás elementos del tipo (p. ej., la posición de garante), sino su correspondencia de injusto con el hacer comisivo respectivo,⁵⁶ y dado que se refuerza el sentimiento de no estricta equivalencia entre acción y omisión, no desdeñar, en atención al caso concreto, acudir a las posibilidades que ofrezca la ley para atenuar la pena.⁵⁷

6. En cuanto a los delitos culposos de comisión por omisión, el problema, como hemos visto que ocurre con nuestra jurisprudencia, no es tanto de límites como de delimitación. En esta breve exposición me dedicaré tan sólo a plantear algunas reflexiones sin asumir posiciones definitivas. Es cierto que la doctrina ha encontrado, sobre todo en los delitos culposos, casos problemáticos en cuanto a su ubicación en los delitos de acción o de omisión — o en ambos. Tanto en los delitos culposos de acción es posible encontrar momentos de omisión como en los de omisión momentos de acción.⁵⁸ Apuntaré que, dentro de la aparente

54. J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, II, Tecnos, Madrid, 1990, p. 49 y s., siguiendo a Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 300 y ss. También K. Engisch, "Tun und, Unterlassen," en *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Berlin, 1973, p. 189.

55. Aunque también discutible por su dudosa operatividad si no se aportan mayores acotamientos, el análisis del problema debería dirigirse al proceso causal *efectivamente* productor del resultado típico y comprobar la capacidad real del autor en el caso concreto de interferir en él para interrumpirlo y evitar así el resultado, en una línea aproximadamente semejante a la propuesta por Schünemann y por Gracia Martín.

56. P. Nitze, *Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB)*, Duncker & Humbot, Berlin, 1989, p. 188 y ss.

57. P. ej., Torio Lopez, "Límites político-criminales del delito de comisión por omisión," cit., p. 707, propone encomendar al Juez la determinación de la pena a partir del límite mínimo legal previsto para la misma.

58. V. sobre esta cuestión, Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 180 y ss.

complejidad, la cuestión debe orientarse en el plano de la causalidad entre comportamiento y resultado; si existe, nos moveremos en el tipo del delito culposo de acción. En este caso — el de la demostración de la relación de causalidad — la presencia de un deber de garante podría inducir a pensar en una concurrencia entre tipo comisivo y tipo omisivo, que de existir realmente sería un concurso aparente de normas, resuelto en favor de la opción comisiva, de acuerdo con el principio, más correcto, de subsidiariedad; a la inversa, la imposibilidad de demostración de la relación de causalidad evitaría la impunidad del comportamiento al trasladarlo al ámbito de los delitos de comisión por omisión (dolosos o culposos).⁵⁹ Lo anterior significa que el supuesto identificado como tentativa de cumplimiento descuidado del mandato⁶⁰ o como ejecución defectuosa de la acción tendente a evitar el resultado se situaría en realidad en la esfera de los tipos de acción desde el momento en que interfiere un proceso causal entre la acción

defectuosa y el resultado cuya producción se quería impedir. De este modo, el núcleo del ámbito omisivo culposo consistiría en la no representación o en la errónea representación evitables de los presupuestos típicos del deber de actuar. Finalmente, aun siendo conceptos diferenciados, existe una estrecha vinculación entre el deber de cuidado y el deber de garante; éste contribuiría a determinar el contenido de aquél,⁶¹ los dos confluían en la determinación del deber de actuar dirigido al objetivo común de la evitación de lesión del bien jurídico.

7. A diferencia del Proyecto de 1980 y de la Propuesta de nuevo Código Penal de 1983, el Proyecto de Código Penal de 1992 incluía un precepto en su Parte General que pretendía resolver la cuestión, por medio de una cláusula general: "Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación" (art. 10).

En otro lugar⁶² me he pronunciado sobre este precepto. Y si bien es cierto que la fórmula propuesta cumple unos mínimos de concreción legal, todavía, no es suficiente.⁶³ Una correcta técnica le-

59. V. C. M. Romeo Casabona, "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales — Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo: perspectivas," en *XXII Coloquio de Derecho Europeo*, (ed., C.M. Romeo Casabona), Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1993, p. 406. Algún sector doctrinal plantea una paradoja, que sólo podemos dejar apuntada: si la omisión presupone la capacidad individual de acción, porqué se rechaza esta perspectiva individual para la determinación del deber de cuidado en los delitos de acción, en particular en relación con las capacidades individuales excepcionales. v. Silva Sanchez, *El delito de omisión*, cit., p. 213 y ss.

60. Así Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 172 y ss.; Eberhard Struensee, "Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte," en *Juristen Zeitung*, 1977, p. 217 y ss., quien distingue, junto a ésta, otras dos categorías como formas básicas de manifestación de los comportamientos culposos omisivos.

61. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, cit., p. 576.

62. V.C.M. Romeo Casabona, "El Anteproyecto de Código Penal de 1992", en *Propuestas para la Reforma Penal*, Publicaciones del Centro de Estudios Criminológicos, 1, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1992, p. 16 y s.

63. Con semejantes consideraciones críticas, pero a favor de una regulación expresa en la Parte General del CP, Cerezo Mir, *Estudios sobre la Moderna Reforma Penal Española*, cit., p. 201. Sin embargo, la referencia a que el sujeto ocupe la posición de garante — como propone de *lege ferenda* — y no al deber de actuar, puede propiciar interpretaciones formales sobre dicha posición. También crítico con

gislativa orientada a una acertada plasmación político-criminal del principio de mínima intervención en estos delitos y de taxatividad en la acotación del círculo de autores requeriría un doble esfuerzo; por un lado, precisar todavía más en la Parte General del Código, quiénes pueden ser sujetos activos de la omisión, más allá de la referencia a una genérica 'obligación — jurídica — de evitar el resultado', tarea difícil, sobre la que no es prudente ofrecer aquí sugerencias precipitadas; por otro, indicar en la Parte Especial qué delitos de resultado son punibles si son cometidos por omisión, que no serían demasiados y por ello no se incurriría en el riesgo de casuismo y prolijidad; y, finalmente, prever la atenuación facultativa de la pena, también en la Parte General,⁶⁴ dada la identidad relativa de estos delitos con su realización activa desde el punto de vista de lo injusto. Este esfuerzo satisfaría mejor, como decía, el principio de intervención mínima aplicado a estos delitos, así como reforzaría la seguridad jurídica.

la regulación prevista por el Proyecto, que considera vacfa de contenido y, por tal motivo, puramente formal, pero partiendo de que las cláusulas generales no consiguen solucionar satisfactoriamente los problemas de legalidad que la comisión por omisión plantea, G. Rodríguez Mourullo, "La cláusula general sobre la comisión por omisión," en *Libro Homenaje a la Memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, cit., p. 915; es sugestiva su opinión de que tal cláusula sólo sería aplicable a los tipos prohibitivos de causar, y no respecto a delitos con determinación de medios comisivos activos (p. 915 y s.).

64. V. sin embargo, Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, II, cit., p. 50 n. 17, para quien la menor gravedad de lo injusto que representan las conductas omisivas en relación con las activas puede reflejarse en la medición de la pena en el margen que al arbitrio judicial ofrece el art. 61 del CP español.

Hay que reconocer que la labor del legislador en esta materia es especialmente compleja, y difícil decidir la técnica legislativa más adecuada. En cualquier caso, la elección de esa técnica no es caprichosa, pues está condicionada por la perspectiva político-criminal que se asuma.⁶⁵ Sin embargo, dentro de las múltiples variantes posibles, creo que el criterio que finalmente he esbozado sería el que mejor respondería tanto al principio de lagalidad como al de mínima intervención,⁶⁶ preferente incluso al texto articulado que he sugerido en otra ocasión,⁶⁷ y no me parece oportuno el

65. V. minuciosas y extensas consideraciones de *lege ferenda* en Huerta Tocildo, *Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión*, cit., p. 145 y ss., y su propuesta personal en p. 179 y ss.

66. El CP Brasileño de 1940, reformado en su Parte General en 1984 (y en vigor desde 1985), recoge en ésta la regulación de la omisión impropia, incluyendo los supuestos en los que surge la obligación de actuar: "Art. 13 — El resultado del que depende la existencia del delito, solamente es imputable a quien le dé causa. Se considera causa la acción u omisión sin la cual el resultado no se habría producido. § 1.º — El sobrevenimiento de una causa relativamente independiente excluye la imputación cuando, por sí sola, produjo el resultado; los hechos anteriores, sin embargo, se imputan a quien los practicó. § 2.º — Una omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien: a) tenga por ley deber de cuidado, protección o vigilancia; b) de otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado; c) con su comportamiento anterior creó el riesgo de producción del resultado."

67. V. Romeo Casabona, "El Anteproyecto de Código Penal de 1992," cit., p. 16. Semejante a otras regulaciones que encontramos en derecho comparado, p. ej., el CP alemán (§ 13: "Comisión por omisión: 1. El que omita evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, sólo será punible conforme a dicha ley cuando venga jurídicamente obligado a que dicho resultado no se produzca, y cuando la omisión sea equivalente

criterio de seleccionar en la Parte Especial del CP las posiciones de garante específicas de cada delito en particular,⁶⁸ pues resultaría excesivamente casuístico. Y ante la opción de establecer ya una

a la realización del tipo legal mediante una conducta activa. 2. La pena podrá atenuarse de conformidad con el § 49.1''), el portugués (art. 10: "[Comisión por acción y por omisión]. 1. Cuando un tipo legal de delito comprenda un resultado determinado, el hecho abarca no sólo la acción adecuada para producirlo, sino también la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo si fuera otra la intención de la ley. 2. La comisión de un resultado por omisión sólo es punible cuando sobre el omitente recaiga un deber jurídico que personalmente le obligue a evitar ese resultado. 3. En el caso del número anterior la pena podrá ser especialmente atenuada'') y el austríaco (§ 2).

68. Como propone Huerta Tocildo, *Problemas Fundamentales de los Delitos de omisión*, cit., p. 179 y ss.

pena atenuada en cada figura delictiva o de incluir una atenuación facultativa (p. ej., la inferior en grado) en la cláusula general, la segunda tiene a su favor que facilitaría al Juez una más correcta valoración de la equivalencia entre acción y omisión en atención al caso concreto que se presente. Finalmente, el tipo agravado del delito de omisión del deber de socorro debe mantenerse en nuestro futuro CP,⁶⁹ para que pueda seguir cumpliendo, entre otras, la función de contención del pensamiento de la injerencia a que aludía más arriba.⁷⁰

69. Así lo prevé el Anteproyecto de 1992, art. 194.

70. De opinión contraria, Zugaldia Espinar, "Omisión e Injerencia," cit., p. 589, quien incluso duda de la constitucionalidad del citado precepto.

POLICIAL JUDICIAL: UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

JOSÉ MARÍA TIJERINO PACHECO

Fiscal General de la República, Profesor de Derecho Procesal Penal
en la Universidad de Costa Rica

“Si el derecho sin la fuerza es impotencia..., la fuerza sin el derecho es la barbarie”. (*Duguit cit. por Gleizal, 1974, p. 227*).

1. Desarrollo y Justicia — 2. Justicia y policía — 3. Criterios de distinción entre policía de seguridad o administrativa y policía judicial — 4. Factores para el buen funcionamiento de la policía judicial: 4.1 Apoliticidad; 4.2 Organización civilista; 4.3 Control; 4.4 Ubicación; 4.5 Subordinación al Ministerio Público y a los Tribunales; 4.6 Capacitación; 4.7 Potestades — 5. Conclusión — Bibliografía.

1. Desarrollo y Justicia

En esta América Latina finisecular se ha ido abriendo paso la idea de que para lograr el desarrollo económico y social no basta con que la sociedad tenga una estructura democrática meramente formal. Es necesario que todas las instituciones que constituyen una sociedad de esa naturaleza funcionen realmente y en un nivel de eficiencia aceptable.

El sistema de justicia es, sin duda, uno de los fundamentales para la consecución de una sociedad de bienestar. Sin justicia no es posible el orden ni la paz ni la seguridad, y sin ellos no encuentran el clima propicio para rendir sus frutos ni el trabajo ni la inversión de capitales.

Quizás esas consideraciones, de orden claramente utilitario, puedan hacer posible lo que no logró la ética en el manejo de la cosa pública, ni el clamor de las ingentes masas desposeídas, ni la denuncia de los horrores padecidos por nuestros pueblos a manos de fuerzas concebidas en los textos fundamentales de nuestras

repúblicas como garantes de la seguridad de sus ciudadanos, tuteladoras de sus derechos individuales, promotoras de la paz social.

2. Justicia y policía

Si el sistema de justicia penal, como tal, está integrado por diversas instituciones, su eficiencia depende no sólo del buen funcionamiento de cada una de ellas, sino también de su armónica relación. Por ese motivo la policía “judicial”* debe ser motivo de seria reflexión, puesto que la experiencia revela que en todas las épocas y en todas las naciones ella suele ser el talón de Aquiles de aquellos

* Así llamada para diferenciar la actividad o función policial investigadora de delitos de aquellas otras que ordinariamente realizan los cuerpos de policía y, en algunos países como Costa Rica, también para diferenciar el cuerpo policial dedicado con exclusividad a esa tarea de aquellos otros cuerpos que sólo excepcionalmente la acometen.

sistemas de justicia penal conformados con un sincero criterio axiológico.

La policía judicial, igual que la policía en general, no es un mal necesario del cual la humanidad podrá llegar a prescindir, como suelen verla en su utopía algunos abolicionistas del sistema represivo. Por el contrario, cabe suponer que en un estado de derecho ocupe un puesto destacado en la lucha contra la criminalidad y contribuya así a la defensa de la paz social, sin menoscabo de libertades y garantías ciudadanas.

No obstante, eso depende de diversos factores, los cuales sólo pueden ser ponderados adecuadamente si de previo consideramos los orígenes de la policía judicial y los criterios de distinción entre ella y la llamada policía de orden o seguridad o policía administrativa.

3. Criterios de distinción entre policía de seguridad o administrativa y policía judicial

La policía judicial, tal como la conocemos ahora y con esa denominación, es un fruto de la Revolución Francesa. Si bien es cierto que una etapa preparatoria del juicio penal, a cargo de un juez, es propia del sistema inquisitivo y que dicho juez inquisidor contaba con el auxilio de alguaciles o comisarios, en los cuales podría delegar algunas de sus tareas, no existía en ese sistema procesal, como señala Tonini (1979, p. 12), una distinción entre las funciones de policía y justicia, de manera tal que el juez inquisidor cumplía también la que a partir del código francés del 3 de brumario del año IV (25.10.1795), se dio en llamar "policía judicial".

El art. 19 del Código citado, también conocido con el inexacto nombre de "Código de Delitos y de Penas", pese a su naturaleza esencialmente procedimental, indicaba que la "policía administrativa" tiene por objeto el mantenimiento habitual del orden público en cada lugar y en cada una de las partes

de la administración general, y tiende principalmente a prevenir los delitos. En el art. 20 el código señalaba la función de la "policía judicial": investigar los delitos que la policía administrativa no pudo evitar, reunir las pruebas y llevar a los delincuentes ante los tribunales encargados de imponerles las sanción que corresponda.

De esta manera dicho Código desarrollaba un principio establecido por el art. 189 de la Constitución del año III, que le había recientemente precedido, según el cual "las administraciones... no pueden inmiscuirse en las materias dependientes del orden judicial" (Gleizal, 1974, p. 45).

Tonini (1979, p. 60) estima que la distinción entre policía administrativa y policía judicial fue causada probablemente por la amarga experiencia del período revolucionario conocido como Terror, durante el cual se promulgó la Ley de Sospechosos, del 17.9.1793, que estableció como delito la simple sospecha de ser "rebelde" o "traidor". Durante dicho período fue completa la confusión de las funciones administrativas y jurisdiccionales, de manera que los órganos judiciales desarrollaron funciones de prevención, mientras que los órganos administrativos, como la municipalidad y el "Comité de Seguridad General", ejercieron funciones judiciales. Cesado el Terror y eliminado el delito de mera sospecha, señala el autor italiano, los órganos de justicia penal recuperaron sus propias características y se asistió a una aclaración de las funciones genuinamente judiciales desarrolladas por los órganos de policía, de igual manera que todo lo correspondiente a la prevención del delito, a la seguridad y al orden público fue atribuido a la competencia del Poder Ejecutivo, es decir, a la función administrativa.

El criterio diferenciador de la función de policía (de seguridad u orden o administrativa y judicial) no ha sido unánime en la doctrina. Entre las posiciones ex-

tremas de Garraud, que ve en la investigación del delito una función netamente administrativa y reduce el ámbito judicial de la justicia penal al juicio (Tonini, 1979, p. 110) y Ranelletti, que niega que la función de la policía judicial sea realmente una función de policía (Chiappetti, 1973, p. 125), se encuentran opiniones como la de Carnelutti (1950, p. 262), para quien la policía judicial no se diferencia en cuanto a la naturaleza de su función de la policía preventiva o de seguridad, ya que dicho autor concibe el delito como un desorden, y Claria Olmedo (1964, III, p. 54), que aunque atribuye a la policía de seguridad una finalidad "eminentemente preventiva" y a la policía judicial una finalidad "decididamente represiva", encuentra como denominador común de ellas su carácter administrativo (administrativo-ejecutivo y administrativo-judicial), e, igual que Carnelutti, concibe el delito como una ruptura del orden, como un desorden.

Desde ese concepto de delito como desorden, del cual también participa Cafferata Nores (1985, p. 13), la lucha contra el crimen viene a ser una lucha para restablecer el orden público. Opinión en sí misma inobjetable, pero que puede dar pie para borrar toda distinción entre las funciones policiales, ya que el concepto de orden público ha sido tradicionalmente asociado en forma muy estrecha con el de policía de seguridad.

Oportuno es recordar que la identificación o concepción unitaria de la función policial fue denunciada por Gleizal (1974, pp. 68, 69 y 348) en la Francia de los años setentas como una manifestación del concepto extensivo del orden público, que para el autor galo era consecuencia de la imperante ideología de capitalismo de estado y que, en su criterio, tuvo como resultado la politización de la policía judicial al ser absorbida por la policía de orden, estrictamente hablando. Contrariamente, Rico (1983, A, p. 35) señala entre los aspectos positivos del sistema policial

francés su "casi total neutralidad política".

Al criterio diferenciador que asigna a la policía administrativa la función de prevenir el delito y a la judicial la de reprimirlo, ha sido objetado en Francia por numerosos autores (Gleizal, 1974, p. 46) que la policía judicial realmente no reprime, sino que ella interviene para ayudar a la represión, que derivará de la sentencia condenatoria. Asimismo, que la policía administrativa, además de prevenir, también reprime cuando emplea la fuerza para asegurar el respeto de sus órdenes, sin recurrir a la intervención de un juez.

A lo anterior habría que agregar lo que señala Claria (1964, III, p. 57) en cuanto a la función preventiva de la policía judicial, desde el punto de vista procesal, cuando actúa para evitar o prevenir la alteración de las pruebas, la fuga de los sospechosos o la destrucción o desaparición de los elementos de convicción. En refuerzo de su tesis resalta el autor cordobés que el "sumario de prevención", como se denomina a las pesquisas policiales en algunos códigos procesales penales argentinos y en el costarricense, es cautelar y asegurativo del posterior resultado del proceso, como indica su nombre.

De igual forma debe ser tomado en consideración el criterio de Bustos Ramirez (1983, pp. 66 y 67) de que entre prevención y represión no hay diferencia conceptual, sino sólo temporal y cualitativa. La prevención no sería sino la respuesta represiva contra las posibilidades de producción del hecho delictivo. En la misma línea de pensamiento podemos decir que la represión del delito tiene también una función preventiva en cuanto factor deterrente de la criminalidad, aunque en la época actual se ponga en tela de juicio el efecto ejemplarizante de la pena.

Otro criterio al que se ha echado mano para establecer una diferencia entre las

dos funciones de policía está basado en la discrecionalidad de la policía administrativa, en contraste con la legalidad que regula el ejercicio de policía judicial. Chiappetti (1973, p. 129) lo ataca señalando que la policía judicial tiene también cierto margen de discrecionalidad, aunque considerablemente inferior al de la policía administrativa.

Tampoco resulta convencido ese Autor por la tesis de Ranelletti de que mientras la policía judicial tutela el derecho, la administrativa sólo tutela el orden y la seguridad, dado que el ordenamiento que regula la actividad de policía administrativa suele contener disposiciones que indican lo que los particulares habrían debido hacer o no hacer, en relación con lo cual la autoridad de policía debe cumplir eventualmente una actividad material de represión cuya finalidad es la restauración del derecho, como cuando disuelve una reunión prohibida por la autoridad (Chiappetti, 1973, pp. 127 y 128).

También se ha recurrido como elemento diferenciador a la naturaleza judicial de los órganos que cumplen los actos de policía judicial o a la dependencia de ellos respecto a la autoridad judicial, sin que parezca que eso pueda transmutar la naturaleza intrínseca de la función policial.

Gleizal (1974, *passim*) funda la diferencia relacionando la noción de orden público con la policía administrativa y la de infracción con la policía judicial. Nociones ambas que se prestan a muy diversas interpretaciones, como la denunciada por el mismo autor respecto a la de orden público.

Con base en Garrido Falla (1983, pp. 159-161), nosotros estimamos que el elemento medular de la actividad de policía, en general, es la coacción como medio para lograr sus fines. Desde esa perspectiva la policía judicial es policía en tanto actividad de coacción o conjunto de

medidas coactivas. Es judicial en cuanto a sus fines: básicamente la investigación de delitos, la preservación de los elementos probatorios relacionados con aquéllos y la aprehensión de los delincuentes. Estos fines deben ser, precisamente, el elemento diferenciador entre la policía judicial y el resto de la actividad de policía.

A estos fines de la policía judicial, que podríamos llamar tradicionales, Montero Aroca (1987, pp. 236-239) cre e deben sumarse otros no necesariamente del ámbito penal, pero estrechamente vinculados con la actividad judicial, como algunos de los señalados por el art. 445 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española: el auxilio a la autoridad en actuaciones que deba realizar fuera de su sede y requieren la presencia policial y otros fines, que nosotros identificamos como derivados de aquellos elementos de la jurisdicción que han sido tradicionalmente conocidos como *Coertio* y *Executio*.

En un sentido semejante, la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, cuerpo de policía judicial costarricense, dispone que dicho ente, además de auxiliar a los tribunales penales y al Ministerio Público, será cuerpo de consulta de los demás tribunales del país (art. 1), "cumplirá con las funciones de policía judicial... y deberá también ejecutar las órdenes y demás peticiones de los tribunales de justicia" (art. 2).

4. Factores para el buen funcionamiento de la policía judicial

Diversos factores deben ser tomados en cuenta al estructurar la policía judicial en una sociedad democrática. Algunos de ellos son comunes a todas las funciones de policía, como la apoliticidad, en el sentido de neutralidad política; la organización esencialmente civilista de los cuerpos de policía y el control que

sobre las actuaciones policiales deben ejercer diversos órganos y la misma comunidad. Otros son propios de la policía judicial, como su ubicación en el aparato estatal, su subordinación al ministerio público y a los tribunales de justicia, la capacidad específica que deben recibir sus miembros y las potestades que la ley otorgue al cuerpo policial.

4.1 Apoliticidad

En cuanto a la apoliticidad, si su ausencia en la policía de seguridad es causa de disfunciones que pueden constituir verdaderas desviaciones de poder, tratándose de la investigación de delitos la politización policial puede llegar a corromper todo el sistema de justicia, pues en la generalidad de los casos las primeras pesquisas suelen tener una influencia decisiva sobre la ulterior sustanciación del proceso penal.

El principio de verdad real, soporte de todo el andamiaje de la justicia represiva en un estado de derecho, resulta totalmente desvirtuado cuando los órganos encargados de hacerlo realidad se guían con criterios divorciados de la objetividad.

4.2 Organización civilista

Piedra fundamental en la edificación de un buen cuerpo de policía es la formación de la mentalidad policial (Tijerino, 1992), es decir de una mentalidad claramente diferenciada de la militar, como diferente es la función de la policía y el ejército.

En un estado de derecho la policía no puede ser concebida sino como un servicio a la comunidad (Rico, 1983, B, pp. 23 y 24); es un servicio público de protección o tutela de todo el conglomerado social y de los derechos y garantías individuales. La mentalidad militar, orientada claramente al uso indiscriminado de la fuerza, sin repugnancia alguna a la brutalidad

(Clausewitz, 1972, p. 10), es incompatible con la mentalidad con que debe ser cumplida la función policial, esencialmente protectora (Cruz, 1991, p. 92).

El acto militar exige reacción refleja del subalterno, a la orden del superior o ante una situación determinada. El acto policial exige racionalidad, discernimiento, valoración de los riesgos a que estén expuestos los bienes jurídicos confiados a su protección. De allí que no sólo sea sustancialmente distinta de la del policía la mentalidad del soldado, sino también mucho más compleja y laboriosa la formación de la mentalidad policial (Tijerino, 1992).

Elocuentes fueron en este sentido las palabras dirigidas el 22.6.88 por Luis Maria Retolaza, Consejero de Interior del Gobierno Vasco, a los "ertzainas" o miembros de la policía autonómica Ertzaintza: "Sois ciudadanos con mentalidad de ciudadanos, de civiles, para convivir en una sociedad civil de ciudadanos de pleno derecho." (*El Pais*, Madrid, 23.7.88, p. 12).

Buscando la diferenciación entre lo policial y lo militar el gobierno de Oscar Arias, en Costa Rica, sustituyó la denominación de "compañías" y "comandancias", resabios del proscrito Ejército, por la de "comisarias", además de otras disposiciones desmilitarizadoras de la policía administrativa que, por desgracia, siguen resultando insuficientes. En la misma orientación, el gobierno español eliminó en 1987 las denominaciones militares en los grados de la policía (*El Pais*, 6.12.87, p. 18).

Fundado en lo anterior, expreso mis más serias dudas sobre la posibilidad de crear un cuerpo de policía judicial sobre la base de una institución militarizada, como suelen ser los cuerpos de policía de seguridad en la América Latina. Desengañémonos: la policía judicial no se improvisa ni se construye con elementos inidóneos.

4.3 Control

Todo cuerpo policial necesita controles internos y externos. El más importante de los controles internos es el que directamente ejercen sus jefes y oficiales. Por eso nunca será suficientemente ponderada la importancia de una rigurosa selección de éstos. Es más fácil que un jefe íntegro, por respeto o temor, imponga rectitud a subalternos corruptos, que un cuerpo policial formado por hombres probos se sustraiga a la influencia perniciosa de un jefe indigno (Tijerino, 1991, p. 20).

Otro control interno lo constituyen oficinas especializadas de supervisión pertenecientes a la misma policía, generalmente conocidas como de "asuntos internos". Tratándose de la policía judicial y en virtud de su subordinación al ministerio público, de la que hablaremos luego, lo óptimo sería que lo resuelto por esas oficinas sea revisado por un fiscal designado por el fiscal general, o que dicho fiscal integre el tribunal disciplinario, con lo que ya tendríamos el primer elemento de control externo.

Uno de los más importantes controles externos es el que deben ejercer los tribunales de justicia restando validez con toda firmeza a las actuaciones ilegales de la policía, así como reprimiendo severamente los abusos en que ésta incurra. En muchas ocasiones es la misma judicatura la que propicia los abusos policiales, al delegar indolentemente las propias funciones en la policía judicial.

El más democrático de los controles de la policía es el que ejerce directamente la comunidad. Si la policía es un servicio a la ciudadanía, ésta tiene derecho a velar por su buena prestación. Entre policía y comunidad, en una sociedad democrática, no puede haber divorcio o antagonismo. Una relación armoniosa

no sólo depara ventajas para la comunidad, sino también para la misma policía, que adquiere reconocimiento de su legitimidad y el consecuente apoyo ciudadano.

En asunto tan delicado y complejo como la función de policía judicial el respeto y la colaboración de la comunidad rinden grandes beneficios. Por otra parte, el control de la comunidad sobre las actuaciones de la policía judicial es la mejor garantía de respeto por parte de ésta a la legalidad.

Control de la policía por la comunidad no puede significar, desde luego, interferencia en las investigaciones policiales, sino acceso a información sobre organización, recursos y funcionamiento del cuerpo policial por parte de individuos o grupos de ciudadanos que revelen un legítimo interés en esos aspectos, así como facilidades al público en general para presentar quejas por actuaciones indebidas y dar seguimiento a las investigaciones disciplinarias a las que aquéllas dieren lugar.

4.4 Ubicación

La forma más segura de librar a la policía judicial de la influencia política partidista es sacarla, igual que al Ministerio Público, de la esfera del Poder Ejecutivo y ubicarla donde la naturaleza de su función exige: en el Poder Judicial, dado que compartimos el criterio del maestro Velez Mariconde (1969, p. 258), de que la represión de las conductas delictivas es actividad de naturaleza judicial. Pensamos, desde luego, en un Poder Judicial real y no simbólico, es decir, en un Poder Judicial independiente.

La exitosa experiencia costarricense de un cuerpo de policía judicial dentro del Poder Judicial, que ha cumplido ya 20 años, contradice la opinión de Bustos Ramírez (1983, p. 66) sobre la viabilidad de intentos semejantes.

4.5 Subordinación al Ministerio Público y a los Tribunales

La policía judicial, como órgano de la función represiva del Estado y auxiliar es esa tarea del Ministerio Público y de los tribunales penales, debe necesariamente estar subordinada a ellos. Toda investigación policial en materia criminal, previa al proceso, debe estar orientada a suministrar al ministerio público elementos probatorios que le permitan fundar ante los tribunales el ejercicio de la acción penal, ya sea haciendo una imputación o solicitando al tribunal competente la desestimación del caso. Iniciado el proceso, la función policial se debe orientar a cumplir las órdenes del tribunal que lo adelante.

Se el Ministerio Público, particularmente su jerarca, no tiene la potestad de dar directrices sobre la actividad de policía judicial e instrucciones precisas en cuanto a casos específicos, se corre el riesgo de que la policía determine su propia política criminal y condicione a sus propios intereses o a intereses extraños el mismo ejercicio de la acción penal. O el Ministerio Público controla la actividad de policía judicial o la policía judicial controla buena parte de la actividad del Ministerio Público.

La supervisión del ministerio público sobre la policía judicial debe ser cercana y rigurosa, no sólo para garantizar el éxito de las investigaciones policiales sino también para controlar la legalidad de sus actuaciones.

El fiscal general o director del Ministerio Público es el jerarca natural de la policía judicial. Si no se establece esa relación, la policía tiende a buscar otros centros de poder que la tutelen, dando lugar al peligroso fenómeno del clientelismo, o a convertirse ella misma en centro omnímodo de poder, inaceptable en un régimen democrático por las aberrantes consecuencias que de él necesariamente derivan.

4.6 Capacitación

4.6.1 Criminalística:

Por otra parte, la policía judicial debe estar confiada a un cuerpo especializado, como especializada es la actividad. De ello se colige que la capacitación de sus miembros debe diferir de la que reciben los individuos que integran otros cuerpos de policía.

Debemos recordar que uno de los nombres con el que se conoce a la policía judicial es el de "policía científica". Esto porque, con el surgimiento y desarrollo de la criminalística, la investigación de los hechos delictivos se apoya principalmente en diversas ramas de la ciencia. El dominio de la criminalística es, pues, indispensable para los agentes de policía judicial. Naturalmente que todo cuerpo de policía científica debe contar con el respaldo de laboratorios físico-químicos, bien equipados y atendidos por personal debidamente adiestrado, y un bien estructurado departamento de medicina legal.

4.6.2 Delincuencia no convencional:

La política criminal de una sociedad democrática debe priorizar la lucha contra la delincuencia de los sectores con poder económico, por su mayor lesividad a los intereses sociales. Para tan ingente tarea es absolutamente indispensable una policía judicial capacitada en ese campo particular.

Voces autorizadas sostienen que la incommensurable deuda externa de América Latina es el resultado de empréstitos que realmente no necesitaban nuestros países o que fueron manejados con insuficientes o nulos controles, aunado a un sistema penal que es absoluta garantía de impunidad para las clases dirigentes. En este aspecto el panorama de los países de la región es realmente desolador; por eso, mientras no

se ponga fin a tan caótica situación, el desarrollo económico y social será una permanente frustración.

De singular importancia para la lucha contra la delincuencia "de cuello blanco" es la capacitación de algunas secciones de la policía judicial en materia financiera, es decir, en los procedimientos propios del manejo de la hacienda pública, en el funcionamiento de las instituciones y operaciones bancarias y bursátiles y en todo lo relacionado con los grandes negocios mercantiles. Desde luego que también deben ser especializados fiscales y tribunales de justicia en este campo.

4.6.3 Lavado de dinero:

En íntima relación con los delitos financieros, por participar de los mismos instrumentos, se encuentra la actividad de "lavado o blanqueo de dinero" procedente del narcotráfico, de funestas consecuencias corruptoras para el conglomerado social.

La estrategia tradicional de muchos de nuestros países contra el narcotráfico ha sido la de incrementar la vigilancia en puertos, fronteras, aeropuertos y, a veces, en el mar territorial con el propósito de interceptar el trasiego de la droga. El esfuerzo resulta magro en cuanto a la cantidad de droga secuestrada (se calcula que ésta no pasa del 10% del total de la que se trafica) y absolutamente inútil contra los "peces gordos" del negocio ilícito, que utilizan a pobres diablos para el trasiego.

Mucho más eficaz resulta detectar y obtener pruebas de las operaciones financieras con fondos obtenidos del infame comercio, ya que eso permite dirigir la acción penal contra los principales responsables de la actividad delictiva. De esa forma las secciones de la policía dedicadas a la lucha contra el narcotráfico encuentran valioso auxilio en las dedicadas a combatir la delincuencia financiera.

4.6.4 Conocimientos jurídicos:

A los conocimientos técnicos mencionados hay que sumar, en la capacitación del agente de policía judicial, nociones sobre los procedimientos penales, el derecho penal, la organización de los tribunales y el Ministerio Público y, desde luego, los derechos y garantías que la Constitución y las convenciones internacionales otorgan o reconocen al imputado.

4.7 Potestades

La función de policía judicial es, como hemos visto, de vital importancia para la represión del crimen, sin ella la justicia penal estaría maniatada. Pero como la represión no puede ser indiscriminada ni arbitraria, es preciso buscar el justo medio entre las potestades que requiere la policía judicial y los derechos y libertades de los ciudadanos, así como también la salvaguarda de la verdad real.

Hay potestades que deben serle denegadas a la policía judicial, como la de allanar domicilios sin autorización judicial, salvo casos de excepcional urgencia, o la de interrogar al imputado sin presencia de su defensor, o la de recibir testimonios para hacerlos valer en el proceso, o la de interceptar comunicaciones telefónicas sin autorización judicial, o la de abrir la correspondencia secuestrada, o la de proceder a la diligencia de reconocimiento de personas o cosas.

5. Conclusión

De todo lo anterior podemos concluir que la creación de la policía judicial y su clara diferenciación de las otras funciones policiales significó un avance de gran trascendencia en la lucha contra la criminalidad. Avance al que algunos estados suman la existencia de un cuerpo

especializado en esa función, que bien puede ser ubicado en el poder judicial para que realmente responda a las necesidades de aquélla.

La policía judicial, sin embargo, será factor disociador en aquellos estados donde su existencia sea sólo nominal, o en los que campee como moro sin señor, o sea instrumento despótico de persecución política, o esté aherrojada por poderes extraños al sistema de justicia penal, o no actúe con mentalidad de servicio a la ciudadanía, o no la conformen individuos rectos y debidamente capacitados.

De todos estos factores depende que la policía sea, parafraseando a Duguit "la fuerza que evita la impotencia de la justicia y no la que convierte la justicia en barbarie".

Bibliografía

- BUSTOS RAMIREZ, Juan, "El control formal: policía y justicia. La instancia policial", en *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Madrid, Península, 1983.
- CAFFERATA NORES, José I., *Policía judicial*, Córdoba (Arg.), Marcos Lerner Editora Córdoba, 1985.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*, I, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1950.
- CHIAPPETTI, Achille, *L'attività di polizia, aspetti storici e dogmatici*, Padova, Antonio Milani, 1973.
- CLARIA OLMEDO, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, III, Buenos Aires, Ediar, 1964.
- CLAUSEWITZ, Claus von. *Arte y ciencia de la guerra*, trad. Ormazábal, México DF, Grijalbo, 1972.
- CRUZ, Fernando, "La policía judicial", en *La función acusadora en el proceso penal moderno*, San José de Costa Rica, ILANUD, 1991.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*, II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- GLEIZAL, Jean-Jacques. *La Police Nationale*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1974.
- MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional*, I, (con Ortells Ramos), Barcelona, Bosch, 1987.
- RICO, José María. "Sistemas comparados de policía", en *Policía y sociedad democrática*, Madrid, Alianza, 1983, A.
- . "Presupuestos para una reforma de la policía", en *Policía y sociedad democrática*, Madrid, Alianza, 1983, B.
- TIJERINO, José María, "Policía y democracia", *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 3, n. 4, jun./1991.
- . "¿Policías o soldados?", *La Nación*, San José de Costa Rica, 19 de marzo de 1992, p. 16, A.
- TONINI, Paolo. *Polizia giudiziaria e magistratura, profili storici e sistematici*, Milano, Giuffrè, 1979.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal penal*, I, 2.ª ed., Buenos Aires, Lerner, 1969.

CUANTIFICACION DE LA PENA Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL *

MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA **

1. Estas páginas responden al propósito y la urgencia dogmáticos de reconstruir científicamente la regulación que reciben y cómo se acuerdan con la entidad y la gravedad del delito en nuestros ordenamientos la determinación, es decir, la graduación o cuantificación, y la imposición, o sea, la concreción, en ejercicio conjunto de la discrecionalidad o arbitrio y del imperio, judiciales de la pena en cada ocurrencia delictiva. Semejante tarea, y la de ejecutar, esto es, cumplir o hacer cumplir las penas, han sido, casi sin excepciones, despreciadas por la doctrina y se hallan, en los hechos, abandonadas a la empiria, al ojo del buen cubero, a la rutina o, en el más afortunado de los casos, a los esfuerzos de un espíritu sensible o de la buena voluntad, pero también, en ocasiones, a prejuicios estereotipados, criterios coyunturales, reacciones de desquite o impulsos de sadismo.

Para penetrarse de ello, basta comparar en las obras, sistemáticas o exegéticas, sobre la Parte General del Derecho punitivo la sección que consagran al delito, y aun la que destinan a la ley

penal, con la que dedican a la pena, y al punto se percibe la desproporción entre el detenimiento y el espacio, mucho mayores, y el grado de elaboración, mucho más intensa, de las dos primeras, y la verdadera insignificancia de la última; insignificancia que todavía se acentúa y se hace más notoria al ocuparse de la determinación e imposición y de la ejecución o cumplimiento, sin contar los casos, no infrecuentes en nuestros días, de obras de Parte general — a veces, de sutil contenido e impecable factura — que¹ la dan por concluida con el estudio de la infracción criminosa, sin siquiera mencionar el de sus consecuencias jurídicas o remitiéndolo a la mera promesa de un futuro incierto.

Tal desprecio o desinterés por cuanto se refiere a la pena, y, pronunciadamente, lo atañente a su determinación y su ejecución, se refleja en su enseñanza, que, cuando no falta por completo, no pasa de apresurada y superficial, y explica la

* Con particular aplicación al Derecho uruguayo.

El presente estudio constituye la contribución de autor al volumen colectivo en honor de la Prof.^a Adela Reta Sosa-Días, de Montevideo, que se encuentra en preparación.

** *En homenaje a la figura y el ejemplo de Adela Reta Sosa-Días y en testimonio de una antigua y noble amistad.*

1. Así como carecen de toda sección introductoria, o la minimizan hasta la caricatura, acerca de la fundamentación filosófica o ideológica del Derecho penal y el proceso de su formación histórica, sin lo cual es muy difícil o sencillamente imposible distinguirlo y captar sus confines en el plano de la realidad, situarlo en el mundo de la cultura, o sea, entenderlo como una manifestación de ésta, y comprender sus diferencias y relaciones con otras realidades, y de consiguiente ubicar su estudio entre, y elaborarlo con los criterios de, las ciencias culturales.

desorientación o el desconcierto de los prácticos, sean jueces, abogados o fiscales, en la materia, y la ausencia en ella de convicciones firmes, de una argumentación consistente y de decisiones y soluciones adecuadas. En el fondo, no se trata sino de una indisimulable falla o deficiencia de la dogmática en su genuino y obligado cometido de examinar el ordenamiento, o un sector diferenciado del ordenamiento, y suministrar fundamentos y criterios para su aplicación racional, que es decir fuerza de persuasión a las pretensiones y resoluciones jurídicas, contribuyendo a realizar y afianzar así la certeza y la seguridad, valores siempre capitales para el Derecho, pero aún más necesarios en esta rama de él, por la mayor e incluso extrema severidad de sus sanciones.

Sin embargo, la determinación e imposición y la ejecución o cumplimiento de la pena son los dos momentos en y mediante los cuales ésta se convierte de nuda hipótesis legal, abstracta y general, en efectiva realidad social y humana, concreta e individualizada; en y mediante los que pasa de ser una simple amenaza de sanción jurídica, una sanción conminada en la ley, y, como tal, de carácter ideal y, además, incierta hacia el futuro, a ser una sanción plena de contenido en el presente, de existencia objetiva, que ha recaído sobre un sujeto en particular y grava y constriñe su vida. Sin o antes de dichos momentos, la pena no pasaría de ser un *flatus vocis*, carente de auténtica entidad jurídica, social y humana. En efecto, mientras es sólo una amenaza y permanece inerte en la ley, no regula conductas ni crea obligación alguna;² es a partir del pronunciamiento judicial que la determina e impone, y durante su ejecución, cuando surge un deber, o una serie de deberes, cuyo cumplimiento constituye un fenómeno social y compele al condenado con todo el poder

de coerción de que disponga el Derecho e independientemente de su voluntad. Con razón escribió Pacheco que "las penas no son números solamente",³ pero todavía menos, palabras; son, ante todo, privaciones o limitaciones de posibilidades, que el Derecho prescribe y emplea en una sociedad por razón de delito, en la vida de los hombres.

De consiguiente, determinar e imponer la pena, y también hacerla cumplir, son y no pueden dejar de ser la ambición, la finalidad y la meta lógicas del Derecho Penal, igual en cuanto realidad normativa que en cuanto indagación y construcción teórica, y peor para la doctrina que no lo reconozca así, pues sin aquéllas se vería éste privado de sentido, y, es más, ni siquiera existiría. Por ello, decidir, como hace Maurach, de la mediación de la pena, y habría que añadir la ejecución, que "representa el término y remate de la teoría de la pena",⁴ es poco; representa, más bien, según con gran propiedad y elegancia expresó Finger y Maurach recuerda, "él techo que se coloca sobre las leyes."⁵ Sin él quedarían éstas a la intemperie, como edificación ininteligible, no ya inconclusa, sino, más exactamente, levantada sin ningún propósito, horra de cualquier significación. Pues, por fijarnos sólo en lo que durante mucho más de un siglo ha constituido el núcleo y casi el tema exclusivo de la doctrina penal, lo que la ha ocupado y agotado, o sea, el delito, ¿para qué el estudio minucioso, a veces hasta en minucias microscópicas, de todas las características que presenta, de todos los elementos que lo componen,

3. *El Código Penal concordado y comentado*, 5.^a ed., corregida y aumentada, 3 vols., Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 1881, t. I, p. 358.

4. e 5. *Tratado de Derecho Penal*, trad. y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda y prólogo de Octavio Pérez-Vitoria Moreno, 2 vols., Barcelona, Ariel, 1962-1963, t. II, p. 525.

2. Como no sea para el juez, que, dados ciertos supuestos, debe actualizarla y aplicarla.

y de las subnotas o los subelementos, en su faz positiva, sino para fundamentar la determinación e imposición y la ejecución o cumplimiento de una pena precisa, la que a esta y no a cualquier otra ocurrencia delictiva, por semejante que sea, corresponde, o bien, en su faz negativa, sino para fundamentar, en los casos de mera apariencia o parentesco, pero no de auténtica realidad criminal, la ausencia de su punición, su absolución? Sólo imponiendo una pena exacta, la que corresponda en cada caso, y haciéndola cumplir, el Derecho punitivo consume, cualquiera que sea, su misión.

Por lógica cosecuencia, los estudiosos no satisfacen la suya, y no deben respirar tranquilos, mientras no hayan debatido, y, si pueden, esclarecido, los conceptos, criterios y procederes para ello; y, cuando orientan su labor en un sentido preferentemente dogmático, con base en la ley y para su aplicación correcta y profícua.

2. El proceso, esto es, la secuencia de actos mediante los cuales se adapta y concreta para el singular suceso delictivo la abstracta previsión penal de la ley para la especie o categoría criminosa a que pertenezca, escogiendo y actualizando para aquél y haciendo cumplir al reo la posibilidad y magnitud, de las comprendidas dentro de los límites de dicha previsión, que más o mejor se adecue a las particularidades de tal suceso, se conoce comúnmente con el nombre de *individualización de la pena*.

Aunque suele repetirse⁶ que quien idea, denomina e inicia la teoría de la individualización de la pena es Emil Wahlberg (1831-1885), con su monografía *Das Prinzip der Individualisierung der Strafpflege*, publicada en Viena el año 1869, y que se populariza con la obra de

Raymond Saleilles *L'Individualisation de la Peine*, aparecida en París el año 1898,⁷ antes había granado el concepto en la mente y rondaba la palabra en la pluma de Karl David August Röder (1806-1879), en *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones — Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, que vio la luz en Giessen el año 1867.⁸ Es fácil de comprender que la idea y la palabra germinaran en el seno del correccionalismo y que luego fueran acogidas y difundidas por los positivistas, pues cuadran perfectamente con la concepción correccionalista y la positivista, las que, por mucho que difieran entre sí, coinciden en el giro antropológico que imprimieron al Derecho Penal, desplazando su centro o eje, y también su estudio, de la objetividad del delito a la personalidad del delincuente, y lo que, en consecuencia, había de interesarles es adaptar la sanción a las peculiaridades y la singularidad del individuo que delinque; y, asimismo, que para los penalistas de uno u otro de estos signos resultara ininteligible la tarea de determinar la pena conforme a las reglas contenidas al efecto en los códigos punitivos, como se puede advertir en el desprecio con que se refería a ella Dorado Montero (1861-1919), considerándola, en su ponencia al Congreso penitenciario internacional de Washington en 1910, un que hacer "casi por entero maquinal" y comparándola al simple hecho de apretar un botón y obtener con sólo ello la

7. Hay traducción española de Juan Hinojosa, Madrid, Reus, 1914, em 369 pp.

8. Cf. su traducción por Francisco Giner, 3.ª ed., revisada y corregida por el Autor y aumentada con una Memoria del mismo sobre la *Reforma del Sistema Penal Español*, Madrid, Victoriano Suárez, 1876, p. 299. También, Giner y Calderón, *Principio de Derecho Natural*, Madrid, Imprenta de la Biblioteca de Instrucción y Recreo, s. a. [1874], p. 172.

6. Cf., por ejemplo, Antonio Quintano Rippollés, *Compendio de Derecho Penal*, 2 vols., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, t. I, p. 430.

solución exacta para el caso que se debe juzgar.⁹

Puede ser ilustrativo recordar aquí a un autor de la significación de von Liszt (1851-1919), cuando, en su célebre Programa de Marburgo, de 1882, compara y contrapone el pensamiento de Feuerbach en el pasado y el de Sontag y Lasson en su tiempo. Mientras que para el primero la gravedad del delito deriva y la pena debía proporcionarse a la importancia de los derechos subjetivos lesionados o amenazados y la peligrosidad e intensidad de los móviles, para los últimos todo dependerá del objeto que el delito haya atacado y de la intensidad de la voluntad delictiva que se exprese con la acción, y él se inclina por la adecuación de la pena a la índole o categoría a que pertenezca el delincuente.¹⁰

En cambio, lo que dogmáticamente importa es determinar la pena y concretarla, o sea, conmensurarla, con arreglo a la entidad y gravedad del respectivo delito. Bien examinado el asunto, no cuesta trabajo percatarse de que, más que de individualizarla, se trata — y no es una vacua y superflua cuestión verbal — de cuantificarla o, expresándolo todavía con mayor propiedad, graduarla. El sentido profundo de la diferencia reside en fundar la operación en, o hacer caso omiso hasta donde sea posible en ella de, la figura del delincuente.

Tras o bajo esta diferencia hay otra aun más radical: la que separa y contrapone

insalvable y beligerantemente concebir el Derecho Penal como Derecho Penal de acto o concebirlo como Derecho Penal de autor; concebirlo y que lo sea en lo fundamental, pues en los ordenamientos punitivos de acto, y entre quienes los defienden y los reconstruyen, no deja de percibirse con excesiva frecuencia — y se observa bien en el tema que nos ocupa — puntos de vista, como incrustaciones de cuerpos extraños, referidos al Autor.

Ciñéndonos en adelante a la medición o graduación de la pena por el Juez, es muy cierto, y por lo que venimos exponiendo y razonando se comprenderá, lo que escribió Claus Roxin en las primeras líneas de su contribución al libro colectivo de homenaje a Hans Schultz en 1977; que la teoría acerca de ella “todavía está en sus comienzos”.¹¹ Otro penalista, Carlos Fontán Balestra, había dicho once años antes: “La adecuación o medición judicial de la pena, que durante mucho tiempo fue la hijastra del Derecho Penal, es la actividad más importante y difícil del juez penal”.¹²

3. Para hacerse cargo apropiadamente del problema, aun circunscribiéndolo a la cuantificación judicial de la pena, conviene situarlo en una perspectiva más amplia; y esto, en dos sentidos:

a) La determinación de la pena, contemplada en su compleja y completa realidad, no es una operación única, sino un proceso, ni incumbe en ninguno de los segmentos que lo integran, aunque en cada uno haya un sujeto que le dota de su tónica especial, a un sujeto único, sino que requiere la colaboración de varios. Semejante proceso da lugar a una con-

9. *La Sentencia Indeterminada* (en su obra *El Derecho Protector de los Criminales*, 2 vols., Madrid, Victoriano Suárez, 1915, t. II, pp. 19-44), pp. 26-27. Igualmente, antes, *Bases para un Nuevo Derecho Penal*, nueva edición, con prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, B. Aires, Depalma, 1973, pp. 68-69.

10. Cfr. *La idea de finen el Derecho Penal*, trad. de Enrique Aimone Gibson y revisión técnica y prólogo por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, Edeval, 1984, pp. 101-103 y 114-126.

11. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena* (en su obra miscelánea *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, pp. 93-113), p. 93.

12. *Tratado de Derecho Penal*, 7 vols., B. Aires, Abeledo-Perrot, 1966 y ss., t. III, p. 269.

creción progresiva, que se inicia en la ley y concluye con la ejecución de la pena, yendo de unas reglas generales que anuncia o señala aquélla hasta la suma concreción que se da en ésta, y consta, así, de las tres fases, bien conocidas, de la individualización legal, la judicial y la penitenciaria, que estaría mejor llamar ejecutiva.¹³ En la segunda, el Juez, muy lejos de ser libre en su actuar, debe atenerse a las reglas que para ello le suministra la ley, moverse dentro de sus límites y orientarse por su finalidad. Es una labor conjunta de la ley y del Juez.¹⁴

b) Por otra parte, la determinación de la pena supone el abandono de cualquier sistema o idea de penas fijas e iguales como el que caracterizó a los Códigos revolucionarios y la adopción de un sistema de penas elásticas o flexibles, esto es, divisibles, o, mejor, graduables. El *quid* del problema consiste en que, en ordenamientos que se sirvan de penas alternativas o paralelas, el juez determine cual de ellas corresponde al delito que está juzgando, y, además, en todo caso, determine qué magnitud corresponde a tal delito entre cuantas componen la amenaza penal o pena abstracta señalada para la especie delictiva a que aquél pertenece, que por lo común son muchísimas. Al respecto, es de recordar que el Código uruguayo sólo muy limitadamente conoce las penas alternativas, para algunos delitos, en los arts. 234, 235, 256, 333 y 334, y para las faltas, en los arts. 360, 361, 364, 365 y 366, y que desconoce por completo las penas rígidas o indivisibles, es decir, que no pueden ser graduadas (la de muerte, las perpetuas, la confiscación).

Ahora bien, la cuantificación de la pena por el juez es el corolario y pro-

blema práctico de la *vexata quaestio* de la proporcionalidad que deba existir o deba guardarse entre el delito y la pena; cuestión que no por antigua y atormentada y por haber apasionado a los doctos en la segunda mitad del Siglo XVIII y a lo largo del XIX deja de mantener un significado y un valor siempre capital, actual y definitivo. Pero el problema carecía realmente de base racional para su planteamiento y solución, mientras no apareciera y se aplicase al Derecho penal la Filosofía de los valores, pues sólo éstos, con su característica de polaridad, o sea, de recorrer una serie continua de intensidades desde su plenitud absoluta hasta su ausencia total, permiten la graduación de los entes o las cualidades que los realizan, y hacen, así, que estos entes o cualidades sean graduables. Tal carencia de sustento teórico explica el desprecio de la doctrina por el tema y el abandono en que lo tenía, y que, en consecuencia, estuviese librado, en el ejercicio cotidiano de aplicación del Derecho, a la pura empiria o al mero buen sentido. Con la adopción de la noción de valor, en cambio, en el plano de la antijuridicidad lo injusto se hace graduable, o, por lo menos, se hace, en principio, graduable, y en el de la culpabilidad surge la concepción normativa de ésta, que, en cualquiera de sus versiones, la entiende asimismo como graduable.

A propósito de la culpabilidad, será útil señalar que, mientras se la entendió como una simple relación de conocimiento y voluntad, es decir, psicológicamente, o sea, como un hecho natural, que, por serlo, se da y existe o no, pero no se da y existe más o menos, podía servir para fundamentar la responsabilidad y, por ende, la pena, pero, aparte de otras insuficiencias,¹⁵ no podía ser criterio para su

13. Para Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5 vols., B. Aires, Ediar, 1980-1983, t. I, p. 209, "sólo hay individualización "judicial" de la pena."

14. Cf., Maurach, loc. cit.

15. Para explicar la culpa sin representación y, fuera del error, las restantes causas de inculpabilidad o exculpación.

graduación y la consiguiente medida e imposición judicial, en cada caso delictivo, de su pena proporcionada. Sólo entendiéndola normativamente, cabe lograr lo que durante siglos o guizá milenios ha constituído la aspiración o el *desideratum* del Derecho Penal, a saber, que la pena se ajuste a la culpabilidad con la plena fidelidad con que el guante se adapta a la mano. Mas sobre todo esto volveremos sin tardar;¹⁶ por ahora basta con comprobar que, así, el delito se revela como algo que antes no se hubiera podido concebir: como una realidad y un concepto valorativos y, por tanto, graduables.

Con este cambio de enfoque, la dosimetría penal y la cuantificación de la pena, como se verá en seguida, van a admitir y a recibir otro fundamento y carácter y a poder ser una verdadera graduación.

4. Entre las actuaciones judiciales la más genuína e importante es la de sentenciar. Pues bien, desde el punto de vista del fondo o de su contenido, no desde el punto de vista procesal, el fallo judicial se articula o estructura en una serie de juicios lógicos: unos, de hecho, que expresan un conocimiento acerca de ciertos datos de la realidad, y otros, de valor, que expresan la valoración, positiva o negativa, esto es, la desvaloración, con arreglo al sistema axiológico que informa al respectivo ordenamiento, del caso controvertido que se somete al conocimiento y la decisión del juez. En lo criminal, los primeros son el juicio sobre la actividad, y señaladamente, dentro de él, el referente a la causalidad, y el juicio de tipicidad, o relativo a la tipicidad, el cual, empero, si se trata de tipos anormales por la presencia en ellos de algún elemento normativo, requerirá del juzgador una valoración, ora jurídica, ora empírico cultural, según sea la índole del correspondiente elemento normativo, si-

quiera, de ser éste de carácter jurídico, dicha valoración no recaerá sobre la significación del acto en cuanto tal para el Derecho, sino sólo sobre el aspecto de él matizado por la exigencia valorativa consignada en el tipo. Y los segundos son, sin duda, los juicios de antijuridicidad y de culpabilidad.

Frente a esto o en congruencia con esto, el concepto de pena es, asimismo, valorativo y, por tanto, graduable. Es valorativo, porque no consiste sino en la expresión o concreción, por no decir el símbolo, de la desvaloración, o sea, la reprobación y el reproche, pública de los actos de significación más grave para la comunidad por atentar de manera insostenible contra su existencia u organización o contra los bienes que con arreglo al desarrollo cultural y el sistema de valores dominantes en el cuerpo social se estima en aquélla más importantes y cuya destrucción, menoscabo o puesta en peligro digna, consiguientemente, de la sanción jurídica más severa; y, por ende, es también graduable, pues el concepto de delito, entendido en referencia a valores, exige que su consecuencia y complemento, la pena, tenga idéntica entidad valorativa y graduable, repudiando por ello los ordenamientos modernos, más que por razones de sensibilidad u otras análogas, las penas rígidas, hoy en abierto descrédito y decadencia, y precisando, en cambio, su divisibilidad, con reglas para su cuantificación en cada caso.

Y es que, en suma, tanto el delito como la pena son entes y conceptos que, aunque reposen sobre un substrato natural, no pertenecen al mundo de la naturaleza, sino al de la cultura.

5. De este planteamiento se desprende que la determinación o individualización judicial de la pena, es decir, su graduación e imposición precisa al caso singular y concreto, es educación y consecuencia, sobre todo, de los respectivos juicios de antijuridicidad y culpabilidad.

16. Cf. infra, 5.

Lo cual, sin embargo, requiere ciertas explicaciones y matizaciones.

La graduación de la pena es, en primer término, medida, o, más correctamente, expresión de la medida, de lo injusto. Base necesaria del delito en cualquier concepción y cultura es la lesión u ofensa objetiva del Derecho, lo que en nuestros ordenamientos significa afectación de bienes jurídicos, afectación susceptible, en principio, de un más y de un menos, graduable. Hemos dicho antes,¹⁷ y repetimos ahora, en principio, porque es lo que ocurre en la mayoría de los casos, en la que lo injusto consiste en el menoscabo del correspondiente bien jurídico o en el impedimento o la restricción de su goce o ejercicio. Pero hay delitos cuyo injusto consiste en la destrucción del bien jurídico, y el concepto de destrucción no admite un más ni un menos; por lo cual, lo injusto sirve en ellos sólo para fundar, no también para graduar la responsabilidad criminal. Objetivamente, desde el exclusivo punto de vista de lo injusto, no hay un homicidio más o menos grave que otro; todos son iguales, salvo, según se comprenderá, que se trate de una figura pluriofensiva, en la que se involucre el atentado simultáneo de otro bien jurídico, como en el homicidio con ensañamiento.

Más la graduación de la pena es, también y prevalecientemente, medida, o expresión de la medida, de la culpabilidad. La culpabilidad es, sin disputa ni excepciones,¹⁸ fundamento y medida de la responsabilidad y, por ende, de la pena, o, si se prefiere, criterio mensurador de ella. Ahora bien, aun en las construcciones más evolucionadas y que más lo depuran, el concepto de culpabi-

lidad es muy complejo, y, para formular con corrección y a fondo el juicio de culpabilidad, para medirla o graduarla y graduar a su través la pena, habrá que atender a todos los heterogéneos elementos que la componen. De atenernos a una dogmática neoclásica, y sirviéndonos de la terminología de Mezger, habría que tomar en cuenta, una vez comprobada la concurrencia de la imputabilidad, las que llama partes integrantes psicológicas, motivadoras y caracterológicas del juicio de reproche,¹⁹ y que, a nuestro ver,²⁰ más que partes son sus elementos o, todavía mejor dicho, sus fundamentos, a saber, respectivamente, el dolo o la culpa, la motivación y la exteriorización de una personalidad adversa al Derecho. Trasladando este pensamiento al Uruguay, su Código, en los arts. 18 e 21, requiere, para que haya delito, la presencia de dolo o culpa, o de algo que considera sustantivo y diverso de uno y otra y que denomina ultraintención, y distingue en aquéllos sus diferentes especies, refiriéndose, además, en el art. 47, n. 5, a la premeditación, que en último análisis no es sino una particular intensidad del dolo; en los arts. 46, n. 10, y 47, ns. 2 y 9, confiere singular relieve a los móviles, y en el art. 48 hace objeto de enérgico disvalor, cuando aparezcan en una ocurrencia criminal, a determinadas manifestaciones de la personalidad: la reincidencia y la habitualidad.

19. Cf., su *Tratado de Derecho penal*, traducción de la 2.ª ed. alemana (1933) y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, nueva edición, revisada y puesta al día, 2 vols., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, t. II, pp. 54-68.

20. Prescindimos aquí de lo infortunado de estas denominaciones, pues los motivos también son de índole psíquica. Tampoco entramos en la crítica de cuando atañe a la manera de ser o personalidad del agente, poco compatible y muy peligroso para un Derecho Penal de acto, que, sin embargo, constituye una exigencia efectiva de numerosos Códigos, sin excluir, como se verá de inmediato, el uruguayo.

17. Supra, 3.

18. Puntualizando las cosas, podrán darse, en realidad, algunas excepciones, de carácter verdaderamente teratológico y anacrónico, en aquellos ordenamientos en que todavía subsisten delitos calificados por el resultado u otras situaciones de responsabilidad objetiva.

Cuanto antecede, sea lo concerniente a la antijuridicidad o a la culpabilidad, se aprecia muy bien en las reglas, más o menos sencillas o complicadas, que dan los Códigos para determinar e imponer las penas y que suelen ser muy previsoras, rígidas y minuciosas en los cuerpos legales de la primera parte del siglo pasado, con su evidente empeño por reducir²¹ la discrecionalidad de los jueces y llevarles celosamente de la mano en todos sus pronunciamientos, y muy genéricas y flexibles en los posteriores, de franca apertura y confianza hacia el arbitrio judicial. Contempladas en su respectivo contexto histórico, ambas actitudes resultan muy explicables: la una, hija del racionalismo, en un mundo que habían alumbrado el pensamiento de los ilustrados y los revolucionarios y sus ansias de renovación y las luchas y los sacrificios de estos últimos por libertad y que se erquía y se conformaba en pugna con *l'ancien régime* y había de mirar con recelo la omnimoda y desmedida, extraordinaria,²² potestad de que en él habían gozado los jueces, y la otra, imbuída de una mentalidad muy distinta, en un mundo más consolidado, en el que se hacen notar las mudanzas y las exigencias sociales. Pero, sin restar a esto un ápice de importancia, quizá sea aquí más oportuno destacar que dichos preceptos constituyen en todo Código un punto neurálgico, de imprescindible examen para calibrar la concepción que le anima o a que responde y la orientación a que tiende; concepción y orientación que de ningún modo poseen u ofrecen interés sólo para el teórico, sino que deben inexcusablemente se tenidas presentes por el práctico,²³ y guiarle en su aplicación.

Modelo de concisión y claridad en esta regulación es el Código vigente en Portu-

gal desde el 1.1.83, cuyo art. 72 prescribe que "en la determinación de la pena, el Tribunal atenderá a todas las circunstancias que, no siendo parte del tipo de delito, ser revelen en favor o en contra del agente, considerando especialmente: a) el grado de ilicitud del hecho, el modo de ejecución de éste y la gravedad de sus consecuencias, así como también el grado de violación de los deberes impuestos al agente; b) la intensidad del dolo o de la culpa; c) los sentimientos manifestados en la preparación del delito y los fines o motivos que lo determinaron; d) las condiciones personales del agente y su situación económica; e) la conducta anterior al hecho y la conducta posterior a éste, especialmente cuando ésta fuera destinada a reparar las consecuencias del delito; f) la gravedad de la falta de preparación para mantener una conducta lícita, manifestada en el hecho, cuando esa falta deba ser reprochada mediante la aplicación de la pena". En tal disposición se parte de la consideración de lo injusto del delito y se continúa con la de una serie de datos relativos a la culpabilidad. Y de laconismo y precisión no menores es el Anteproyecto Ecuatoriano de 1993, cuyo art. 64 empieza: "Dentro de los límites de la escala penal del delito de que se trate, corregida en su caso conforme a las reglas de los artículos precedentes, el juez fijará una penalidad que no exceda de la medida de la culpabilidad que por el delito pueda formularse al procesado"; y prosigue: "Para ello, tendrá en cuenta las circunstancias de los arts. 19 y 21,²⁴ si las hubiere, y su compensación, si concurrieren y procediere, y, además, los siguientes criterios, en la medida en que no las configuren: 1.º) La extensión del daño o del peligro provocado; 2.º) Los motivos del delito; 3.º) La mayor o menor comprensión de la criminalidad del acto; 4.º) Las circuns-

21. Ya que no pudieran anularla o extirparla.

22. *Extra ordinem*.

23. Si quiere hacer obra racional.

24. Atenuantes y agravantes.

tancias que concurrieron en el delito y, especialmente, las económicas, sociales y culturales del procesado. En particular, el juez deberá considerar las carencias de cualquiera de estos órdenes que padezca y que hayan influido en su obrar; 5.^o) El comportamiento posterior al delito, en cuanto revele la disposición para reparar el daño, resolver el conflicto o mitigar sus efectos.”²⁵ En el número cuarto se crea al juez la obligación de apreciar la posible coculpabilidad²⁶ que se da en el caso, o sea, los condicionamientos e insuficiencias sociales que lastran la personalidad y reducen su capacidad de autodeterminación.

Por la reconocida influencia que ejerció en el uruguayo, fijémonos ahora en la regulación de la materia en el Código italiano. Su art. 133 dispone que “en el ejercicio del poder discrecional indicado en el artículo precedente,²⁷ el juez debe tener en cuenta la gravedad del delito, deducida: 1) de la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y cualquier otra modalidad de la acción; 2) de la gravedad del daño o del peligro causado a la persona ofendida por el delito; 3) de la intensidad del dolo o del grado de la culpa”, e, igualmente, “la capacidad del culpable para delinquir, deducida: 1) de los motivos del reo para delinquir y de su carácter; 2) de los

precedentes penales y judiciales y, en general, de la conducta y de la vida del reo anteriores al delito; 3) de la conducta contemporánea y subsiguiente a éste; 4) de las condiciones de vida individual, familiar y social del reo”. Pues bien, en esta enumeración de fundamentos para determinar y dictar la pena dentro de los límites del arbitrio judicial al respecto, queda de manifiesto con suficiente nitidez la estimación que en semejante tarea se ha de hacer de lo injusto y, asimismo, de la culpabilidad, conforme a una concepción compleja de ella. Que no cabe disimular aquí una intromisión de datos y elementos propios de un Derecho Penal de autor en un ordenamiento penal de acto es evidente,²⁸ lo cual, empero, no denota preferencia del estudioso, sino achaque del objeto estudiado, que mecha e impurifica su ser y sentido con aportaciones ajenas y contrapuestas a su substancia y orientación; datos y elementos, pues, que *de lege lata* se imponen al dogmático y que éste no puede sino reconducir al pensamiento o carácter general del ordenamiento para reducir así en lo que le resulte factible su alcance y significación, sin perjuicio, como es natural, de dar un paso más y en una perspectiva políticocriminal, *de lege ferenda*, criticarlos a fondo y propugnar sin contemplaciones su desaparición.

6. Ahora bien, estas ideas, más allá de su coherencia interna y de su conformidad con otros ordenamientos, ¿son aplicables también al uruguayo?

El eminente Irureta Goyena (1873-1947) dejó escrito, en la Exposición de Motivos,²⁹ que su Código “es un trabajo de política criminal, inspirado en las exigencias de la defensa social”; el recordado Carbalha (1907-1979) precisó que “estas palabras deben entenderse, no tanto como una vinculación a los principios de aquella ciencia o arte que se

25. El artículo todavía se extiende con otros dos párrafos, que no guardan, sin embargo, muy estrecha relación con el tema estricto sobre el que estamos versando.

26. Acerca de este concepto, en castellano, Zaffaroni, ob. cit., t. IV, pp. 65-67, y *Manual de Derecho Penal*, Parte General, B. Aires, Ediar, 1977, pp. 448-449, y Rivacoba, *Criminología y Justicia Penal* (en la revista *Doctrina Penal*, de B. Aires, año 12, n. 48, oct.-dic./1989, pp. 675-678), p. 677.

27. Sin que su discrecionalidad exima al juez, según dicho artículo, del deber de “indicar los motivos que justifican el uso de tal poder discrecional”, siempre dentro de los límites establecidos por la ley para la pena.

28. Cf. supra, 2.

29. § I.

llamó con ese nombre en la doctrina del Derecho Penal, sin a su técnica componedora",³⁰ y la autorizada figura de Jiménez de Asúa (1898-1970) asevera que "es, en afecto, un Código políticocriminal."³¹ Sin embargo, en el Código uruguayo ejercieron muy poderosa gravitación la noción de peligrosidad y el pensamiento peligrosista en general, mucha más que en su modelo italiano. Por no salirnos del tema de las presentes páginas, el art. 86, bajo el epígrafe *Individualización de la Pena*, la hace depender enteramente de la peligrosidad del sujeto. Su tenor es: "El juez determinará en la sentencia la pena que en su concepto corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales, la calidad y el número — sobre todo, la calidad — de las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en el hecho"; pero no hay que olvidar que éstas, a su vez, tienen un "valor esencialmente sintomático" y sirven para concluir de ellas, o captar a través de ellas, la mayor o menor peligrosidad del agente.³²

Si bien se cita como antecedente del mentado art. 86 los arts. 132 y 133 del Código Italiano,³³ en el texto uruguayo el perfil de la peligrosidad resulta más

genuino y su papel más relevante. Verdad es que de las circunstancias indicadas en el art. 133 deduce en Italia el art. 203 "la cualidad de persona socialmente peligrosa", pero entre ambos cuerpos legales median serias diferencias sobre el particular: a) en ningún momento del art. 133 se hace mención de la peligrosidad, en tanto que el art. 86 está dominado por esta noción; b) los dos primeros criterios establecidos en el art. 133 para determinar la pena tienen una significación completamente objetiva, mientras que en el art. 86 no existe nada similar; c) las referencias de aquél al dolo y la culpa, y también a los motivos, antes dicen relación a la culpabilidad que a la peligrosidad, sin que tampoco encuentren en éste alguna exigencia comparable. Aunque en el párrafo o apartado segundo del art. 133 se trata de llegar a conocer la capacidad del sujeto para delinquir, la señalada referencia a los motivos se conecta sin duda mucho mejor con la culpabilidad que con la peligrosidad, bien a diferencia de lo que acaece en el precepto uruguayo, plenamente peligrosista. A pesar de la remisión del art. 203³⁴ al art. 133, no puede perderse de vista la distinta localización de aquél y del art. 86 en sus respectivos Códigos y la distinta función que cumplen; y, en fin, el italiano no asigna a las circunstancias el valor sintomático que les atribuye el oriental.

A primera vista parecece, pues, que en el Uruguay el juez no debe atenerse para fijar la pena más que a la peligrosidad del delincuente. No obstante, saltando con decisión, y tal vez con audacia, por encima de las limitaciones de una interpretación meramente literal; sirviéndose de una interpretación sistemática, teleología y progresiva, y acometiendo una construcción jurídica de la materia, cabe, en un examen más detenido de la cues-

30. *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, concordado y anotado por el Prof. Juan B. Casballe, 2.ª ed., Montevideo, Ministerio de Cultura y Centro Estudiantes de Derecho, 1968, pp. 20-21 (en el Prólogo de la 1.ª ed.).

31. *Tratado de Derecho Penal* (publicados, 7 vols.), t. I, 3.ª ed., actualizada, B. Aires, Lozada, 1964, p. 1.276. El mismo juicio, en otros pasajes del propio tomo y en otras obras.

32. Cf. arts. 50 y 53.

33. Cf., *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, anotado y concordado por Adela Reta y Ofelia Grezzi, 2.ª ed., actualizada, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986, p. 67.

34. Que en el Código Italiano es donde surge el concepto de peligrosidad.

tión, arribar a conclusiones más adecuadas y satisfactorias para un Derecho Penal de acto, que es decir liberal.

En primer lugar, el delito consta indudablemente, para la ley, de antijuridicidad y de culpabilidad, de las que el Código incluso trata por separado y que, por sí misma y con independencia de cómo sean entendidas, son de índole axiológica y graduables. Tan es así, que, como no podía dejar de ocurrir, no ya la entidad, sino la intensidad de lo injusto cumple diversas y decisivas funciones en el Código, ya en su Parte General (Libro 1.^o), ya en la especial (Libros 2.^o y 3.^o). Sin la pretensión de ahondar en este punto ni de agotarlo, sino con el simple ánimo de ejemplificar, fijémonos en que sólo el diferente grado de lo injusto, que, mirando la cuestión a la inversa, equivale al grado de efectación del correspondiente bien jurídico, puede fundar la mayor gravedad y punición de los sucesivos estadios del *iter criminis* o de delitos de daño respecto a los de peligro, y en que no sobre otra base que la diferente gravedad de lo injusto, o sea, el valor y la importancia del bien jurídico por él afectado, se establece la clasificación de las infracciones criminales en grupos relativamente homogéneos y las penalidades más severas de unos que de otros, y se conmina cada especie delictiva, dentro de tales grupos, con su pertinente pena abstracta o amenaza penal.

De manera semejante, y aun distando, el régimen de la culpabilidad en el Código, de ser verdaderamente fiel al principio *nullum crimen sine culpa*, no desconoce la importancia de la comprensión de la ilicitud ni, menos, la del valor de los motivos y la consiguiente reprochabilidad de la conducta realizada. Puede asombrar el primer aserto en un cuerpo que niega efecto exculpante a lo que en el art. 24 denomina "error de Derecho", salvo, con limitaciones, en las faltas; pero hay que percatarse de que en el art. 30 acoge la llamada fórmula mixta de la inimputabilidad, y,

por lógica consecuencia, exigiendo para ser imputable capacidad "de apreciar el carácter ilícito" del acto que se ejecuta, de ello fluye que nunca que falte por error la actualización de tal capacidad podrá haber culpabilidad.³⁵ Y demos un paso más: por indubitable y grande que sea el papel de los motivos en el pensamiento positivista como índice o criterio para determinar la peligrosidad de un individuo,³⁶ y aunque quepa o deba admitirse que en la gestación del Código uruguayo se los viera en tal sentido, poseen hoy aquéllos una significación no menos importante, pero por completo distinta en la dogmática moderna, dentro de la culpabilidad, como elemento o fundamento del juicio de reproche;³⁷ y en esta perspectiva resulta asimismo inegable la estimación que el texto oriental los confiere en numerosísimos pasajes para fundar la responsabilidad criminal o eximir de ella, para crear figuras privilegiadas o calificadas e incluso para elevar en ciertos supuestos el término de prescripción del delito.

35. Tanto más cabe sostener lo anterior, cuanto que el citado art. 30 considera inimputable, no ya a quien no fuere capaz "de apreciar el carácter ilícito" de su acto, sino también al que "sólo lo fuere parcialmente."

36. Véase por todos, en castellano, Jiménez de Asúa, *El estado peligroso — Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, Pueyo, 1922, pp. 52-53. Asimismo, Grispigni, *Derecho Penal Italiano*, traducción de la 2.^a ed. italiana y notas con la legislación y doctrina de los países latinoamericanos por Isidoro de Benedetti, 2 vols., B. Aires, Depalma, 1948-1949, t. II, pp. 157-165.

37. Cf., Mezger, ob. y vol. cit., pp. 54-55, 56 y 57-61; Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito — Principios de Derecho Penal*, 3.^a ed., corregida y actualizada, México-B. Aires, Hermes, 1959, p. 357, y *Traído*, cit., t. V, B. Aires, Losada, 1956, pp. 233-239, y Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 3 vols., Barcelona, Bosch, 1979-1985, t. III, p. 98.

Si, pues, la a antijuridicidad y la culpabilidad no pueden faltar para constituir la responsabilidad criminal y de ellas depende su gravedad, tienen que repercutir en la medida de su consecuencia, es decir, en la cuantificación o graduación de la pena.

Por otra parte, en las circunstancias, que expresamente tienen la función de alterar o modificar el grado de la pena, y que pueden llevar hasta a su substitución por otra, las hay de evidente naturaleza objetiva, que representan un injusto mayor o menor, y de naturaleza subjetiva, que aminoran o agravan la culpabilidad, referidas ora a la intensidad del dolo, ora a la calidad de los móviles, ora a la personalidad del agente,³⁸ con independencia de la idea de peligrosidad: lo cual acontece tanto en las circunstancias genéricas, contenidas en la Parte general, cuanto en las específicas, privativas de ciertos delitos en particular.

Además, según preceptúa el § 2.º del art. 50, para elevar o rebajar la pena, el juez ha de atender, por un lado, a la calidad de las circunstancias que concurran en el caso, e independientemente, por otro, a las conclusiones que de ellas se deriven en orden a la peligrosidad; y en el art. 86 se reitera una idea análoga, refiriéndose de manera separada a las circunstancias, e insistiendo sobre todo

en su calidade, y a la peligrosidad. O sea, que, teniendo éstas naturaleza de antijuridicidad o de culpabilidad, su apreciación para graduar la pena es autónoma de la consideración de la peligrosidad.

Y, en fin, siendo cierta la afirmación del "valor esencialmente sintomático" de circunstancias, que el juez debe tener en cuenta para "formarse conciencia acerca de la peligrosidad del agente" y fijar "la pena entre el máximo y el mínimo de acuerdo con las indicaciones que dicho examen le sugiera", también lo es que tal aserción, además de pugnar y ser poco conciliable con la entidad y posibilidades de muchas de ellas, no se refiere más que al caso en que concurran en un mismo delito agravantes y atenuantes.

Subraya y comprueba con energía y claridad la radical independencia de la gravedad intrínseca del delito para graduar la pena, y la función complementaria y adventicia de la peligrosidad en esta graduación, el conciso, pero elocuente art. 87: "El delito tentado será castigado con la tercera parte de la pena que correspondería por el delito consumado, pudiendo ser elevada hasta la mitad, a arbitrio del juez, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y la peligrosidad del agente."

Por consiguiente, al determinar el juez la graduación de la pena, ha de combinar criterios estrictamente valorativos, de antijuridicidad y culpabilidad, con la consideración de la peligrosidad, paliándose notablemente con ello la gravitación de esta último, con su neta significación sociológica, en una tarea que por excelencia es jurídica.

De esta suerte, el Código Uruguayo, a pesar de diferenciarse en la materia, por el peculiar énfasis que pone en la noción y la función de la peligrosidad, del Argentino en sus arts. 40 y 41, el Peruano de 1924 en su art. 51 y el Colombiano de 1936 en el 36, se aproxima al mayor relieve que todos ellos reconocen a los datos y elementos valorativos sobre las

38. En la imposibilidad de examinar con detalle aquí cada una de ellas y demostrar de este modo lo que se acaba de afirmar, remitimos a nuestro estudio *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*, publicado en la obra colectiva *Estudios de Derecho Penal y Criminología en Homenaje al Prof. José María Rodríguez Devesa*, 2 vols., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia (Facultad de Derecho), 1989, t. II, pp. 183-210, y en las revistas *Debate Penal*, de Lima, año II, n. 4, enero-abril/88, pp. 73-99, y *Doctrina Penal*, cit., año 11, n. 43, jul.-sept./88, pp. 473-495.

siempre perturbadoras interferencias peligrosistas.

Mediante este esfuerzo y esta construcción se rescata y queda salvada la índole valorativa de la determinación o, ahora mejor, graduación judicial de la pena, con la enorme e innegable dificultad de todo juicio y todo cometido axiológico, que no puede aspirar a identidades, sino

a equivalencias, y se logra, conmensurándolos racionalmente, una verdadera proporcionalidad entre el delito y su punición.³⁹

39. Acerca del tema de este artículo, en general, véase, más ampliamente, Rivacoba, *Función y Aplicación de la Pena*, B. Aires, Depalma, 1993.

2 — DOCTRINA NACIONAL

VIOLÊNCIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA

Professor na UNESP — Campos de Franca — SP

Há uma interpretação muito grande no mundo atual entre as causas e os efeitos da violência na sociedade humana, mas neste estudo o que vamos reencontrar e reafirmar é o grande valor da pessoa humana, tão desprestigiada, atacada e oprimida nos dias de hoje.

A história da violência é a história da própria humanidade, pois sempre esteve ao lado do homem em todos seus momentos. Não há uma época em que se pudesse dizer que a humanidade teve paz, total, permanente. Na verdade há uma guerra, uma luta contínua de interesses, de oposições de sistemas políticos e econômicos, conquistas de poder, de fugas e opressões; enfim, poderíamos dizer hoje, como disse Sto. Agostinho no Século V, quando os vândalos invadiram a Itália, depois a Espanha e o norte da África: "Os tempos são maus, os tempos são ingratos."

Em todas as épocas os homens se lamentaram disto, a humanidade sempre experimentou a violência e a primeira, mais grave, foi a do fratricídio de Caim. Historicamente estamos sempre assistindo e experimentando atos e conflitos de violência, como também continuamos reclamando, pedindo providências, nos opondo à violência, sem muitas vezes identificar claramente quem é ou qual é sua fonte, onde está e de que violência se trata.

Um dos aspectos que é preciso abortar é a violência nos países em que vivemos, vamos dizer, América Latina, cujo contexto é diferente da América inglesa ou de outros continentes. É um problema

nosso, diríamos, domésticos. Então, falar de violência social, implicaria falar em violência na América Latina.

Enfim "de que violência se trata"?

Em sentido metafísico, violência, "vis", em latim, é força, oposição; seria violenta uma ação exterior contra uma inclinação espontânea de um ser ou de um movimento natural; ou, em sentido moral, que vai nos interessar mais, a violência é uma ação externa contra a vontade do homem.

É *absoluta a violência*, se o homem resistir até onde não puder mais, uma violência que coarctou todas as resistências da pessoa.

Mas se a pessoa não resiste, se não se opõe, se se omite, é uma *violência relativa*. Os que conhecemos esse tipo de opressão, também contribuimos para que a violência se espalhe pelo mundo, porque não nos opomos com a nossa vontade até os últimos limites, até as últimas consequências. Não nos opomos com suficiência dentro dos limites das nossas forças.

Então, a violência é uma opressão contra a natureza humana. É uma opressão contra um ente, uma criatura que se distingue das demais criaturas do Universo. O homem não é uma pedra, não é uma árvore, não é um objeto, mas também não é um animal, não é, por mais evoluído que seja, como o macaco, mas é uma natureza que pela sua própria origem e essência, difere de todas as demais.

Nos temos essa qualidade que nos distingue e esse já é o primeiro sentido da dignidade, é a distinção ou diferença em relação a todos os outros seres criados,

mesmo os mais evoluídos. Todos os homens fomos criados livres e iguais em dignidade e direitos. Não é citada evangélica ou de qualquer fonte de revelação. Estamos lembramos a Declaração Universal dos direitos Humanos, art. 1.º: "Todos somos dotados de razão e consciência e todos devemos agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade." Este é um dos primeiros atributos do ser humano e o que mais tem sido espezinhado.

De fato, somos dotados de alma racional. Todos temos a mesma natureza e a mesma origem. Isso nos coloca em situação de paridade. Não importa a raça, a origem, a fortaleza física, mental a situação econômica, a profissão, não importa. Veremos adiante palavras abalizadas sobre isso. O relevante é que todos temos uma característica comum, superior aos demais seres.

A diferenciação de uma pessoa para outra não as divide ou as separa de modo absoluto, mas ao contrário, as iguala, porque exatamente esta dignidade confere ao ser humano, por ser ímpar por ser único, a diferença de um para o outro. Não somos criaturas fabricadas em série, numeradas como fotogramas de um filme, antes somos únicas, indivisíveis, somos indivíduos, e como tal temos uma personalidade, uma racionalidade. E é isso que em conjunto conforma toda a dignidade da pessoa humana.

Portanto, as excessivas desigualdades que se atribuem às pessoas, que se estabelecem por uma série de causas, desigualdades econômicas, sociais, entre os homens ou mesmo entre os povos, constituem obstáculos para que se realize a justiça social, para que se alcance a igualdade, para que se atribua a cada indivíduo a sua dignidade pessoal, humana e mesmo entre as nações, dificulta a paz social e internacional.

Isso é afirmação até de documentos pontifícios. Se consultarmos os Documentos do Encontro de Bispos em Puebla — e agora os de São Domingos — todo

homem e toda mulher, por mais insignificantes que sejam, têm uma nobreza inviolável, que eles próprios e os demais devem respeitar e fazer respeitar incondicionalmente.

Toda vida humana merece, por si mesmo, em qualquer circunstância, a sua dignificação. Por isso que toda convivência humana deve se fundar no *bem comum*, que consiste na realização fraterna da dignidade do homem. Isso exige não instrumentalizar uns em favor dos outros, e que todos estejam dispostos a sacrificar até mesmo seus bens particulares em benefício de outros.

Pois bem, já referimos que a violência, em relação à pessoa humana, é uma opressão contra a natureza racional e livre do homem, que é um ser com sentido teleológico, com sentido final para a vida humana. Não como fim do homem em si mesmo, mas num sentido finalístico integral: o homem não só isolado como criatura humana, mas em relação com outros homens, em relação ao mundo, ao Universo e sobretudo em relação a um ente superior, fora da realidade humana e que vincula todos os homens entre si, através da mesma ordem de obrigações morais.

Então, essa opressão da violência contra o homem, nós começaríamos por analisá-la especialmente *em relação ao homem em si mesmo*.

Podemos dizer que essa opressão contra o homem tanto pode se externa, do exterior em relação a cada indivíduo como interna, dentro do próprio do indivíduo. Nós experimentamos uma opressão interna negativa e uma opressão interna positiva.

A *opressão seria negativa, dentro do homem*, quando ele próprio se opõe àqueles valores que nascem com ele, que fazem parte de sua dignidade como pessoa, como ser diferenciado. É quando o homem oprime suas próprias tendências para a *verdade objetiva*, para a *obrigação moral*. Diríamos, então, que

isso é uma violência interna ou autoviolência, em que o próprio indivíduo contraria sua natureza: quando tudo à sua volta diz que ele deve praticar o bem, ele se volta para a prática do mal.

Nestas condições, auto-oprimido, o homem se torna inquieto, infeliz interiormente e projeta a sua opressão para fora e nós vemos muitas vezes homens que sofrem, homens enraizados em sua dor, no sofrimento, na angústia, que acabam atingindo pessoas, entidades coletivas, a moralidade, privada e pública, e assim por diante.

Mas nós podemos encontrar também uma *violência interna positiva*. Quando Cristo louva os violentos e diz que os homens chegarão ao céu através da violência, quis significar o homem liberto das suas paixões, das suas inclinações para fazer o mal, praticar a maldade. Então, este libertar-se das paixões, que é um obstáculo para a auto-realização do homem, para atingir aquele fim último a que está determinado, essa violência é positiva e como tal ela se anula por si mesmo e deixa de ser violência. É violência apenas como opressão contra o mal.

É necessária uma discussão sobre este aspecto filosófico, bastante complexo, pertinente à natureza humana racional, livre, dotado de inteligência, que tem consciência do bem e do mal, já dentro de si e aquele primeiro princípio da obrigação moral e de toda pessoa tendente a fazer o bem e evitar o mal. Tudo o que se opõe a essa natureza humana, extraordinariamente, de forma a oprimir as suas tendências naturais, pode-se dizer que são violências que degradam e distanciam o homem, colocando obstáculos para atingir seu fim último.

Na verdade, o que importa analisar é que o homem não pode superar estes obstáculos, não pode, de um lado, praticar a maldade, exercitar, diríamos, a sua tendência para o mal e de outro se defender das violências externas, se não

adotar uma postura e uma atitude integral.

Isto porque o homem só atinge a finalidade última de sua existência se estiver relacionado *em três planos inseparáveis*: o primeiro é a relação do *homem com o mundo*. Vemos aqui outra dimensão da dignidade humana, quando o homem é colocado no centro do Cosmos, como ser superior da criação. O segundo plano é a relação do *homem com as pessoas*, com seu semelhante, numa relação de igualdade, de fraternidade, portanto, como irmão. E o terceiro plano é o do relacionamento sobrenatural, relacionamento superior, em que o homem supera essas barreiras e que é o *relacionamento com Deus*. É o relacionamento com um Valor Supremo, o bem Último que ordenou todas as coisas, de tal forma que o homem é colocado numa situação não de submissão ou dependência, mas se encontra na condição de filho em relação ao Criador.

Nós homens temos a liberdade; evidentemente, a liberdade é um aspecto da dignidade humana. O homem foi criado livre, um ser racional, com inteligência, com vontade para escolher livremente. Esta liberdade que o homem recebe e que é uma das grandes características de sua magnitude como pessoa humana, é a capacidade de dispor de si mesmo, de autodeterminar-se; essa liberdade implica gravemente o conceito de dignidade, por que é na violação da liberdade ou no uso excessivo da liberdade, que se cometem as grandes violências contra o homem.

Então, dentro da liberdade de praticar o bem, o homem deve revalorizar a imagem de si próprio e dos demais semelhantes. A liberdade aparece, pois, ao mesmo tempo como um dom, que recebemos de graça, mas também uma tarefa, uma atribuição, uma responsabilidade. Não se alcança essa liberdade, essa dignidade, sem uma libertação integral do homem naqueles três planos. Essa é a meta do homem. Cristo disse

várias vezes que Deus nos criou para a liberdade, para que sendo livres tenhamos vida e a tenhamos em abundância.

No primeiro plano, então, da relação do homem para consigo mesmo, repetindo o que dissemos da violência externa e da violência interna, poderemos exemplificar mais alguma coisa, como, por exemplo a saúde. Assiste-se hoje a uma preocupação muito grande das pessoas com relação ao seu corpo, não só da saúde física como também a mental. O corpo humano é outro dom preciosíssimo, algo extraordinário que laboratório algum pode fabricar e dificilmente a ciência médica, sobretudo, tem conseguido superar aquelas barreiras naturais; ela faz alguns milagres: os transplantes, por exemplo, são fatos verdadeiramente milagrosos; mas só é "milagre" porque o corpo tem um poder vital extraordinário que não está nas mãos da ciência, por mais desenvolvida que seja, mas está na própria natureza do homem.

Então, vemos que a preocupação de todos quanto à saúde, é respeitar o homem no seu corpo, respeitar o homem na sua higidez, inclusive psíquica, esses interesse dos governos independe da bondade ou da maldade de cada indivíduo; tanto pode ser o homem mais miserável que esteja praticando as maiores violências contra a sociedade, como pode ser o cidadão bem posto, bem colocado no meio social, a preocupação é a mesma. A Saúde, a Medicina, tanto trata dos bons como dos maus, assim como o sol nasce igualmente para "justos e para injustos".

Na Antigüidade, entretanto, nem sempre se dava valor ao corpo humano, sobretudo ao da mulher. É sabido que entre os Romanos, em certa época, os filhos homens eram preservados, mas as fêmeas e os mal-formados o pai decidia se eliminava ou não, lançando-os do alto da Rocha Tarpéia. Acreditavam até que as mulheres não tivessem alma e, pois não tinham dignidade nenhuma, era

considerada escrava ou coisa entre os romanos.

Foi exatamente o Cristianismo, como a história nos mostra, que modificou este conceito, fazendo com que precisamente uma mulher desse à luz o filho do Deus-Criador. Foi então uma mulher que alterou aquela cultura, quando trouxe Deus para os homens. E a mulher resgatou, no centro desta revelação, um valor de caráter extraordinário, pois já não há mais diferença entre mulher e homem. Homem e mulher são a mesma carne e todos passam a ser considerados iguais. Então, nossa preocupação com a saúde deve ser justificada, porque o corpo humano tem de ser preservado em toda sua dignidade. Há que fazer uma referência especial a respeito não só da saúde física, mas sobretudo nos dias de hoje, da saúde mental. O mau uso do corpo, como o mau uso da inteligência, da mente, é um desvalor. É evidentemente um vício, um desvio é uma violência contra a pessoa.

Temos, no caso do corpo humano, esta violência quando se pratica o aborto, não só o efetivamente praticado, como no uso de anticoncepcionais, clinicamente reprovados: pesquisas revelaram que a pílula aumenta o número de pessoa com acentuada indefinição sexual. Já antes, a indefinição dos pais: nascer ou não nascer. Pode-se falar, portanto, em violência contra aquela pessoa e depois contra a própria sociedade.

O corpo, de fato é uma verdadeira obra de arte, uma belíssima catedral. Quantas vezes não admiramos construções, templos, palácios e muitas vezes destruímos o corpo humano, tratamos o homem físico com a maior indiferença, sem o mínimo cuidado e sem a mínima correspondência a este valor.

Então, vemos o homem guiado, neste aspecto, por interesses momentâneos, passageiros, obedecendo mais às leis orgânicas do que propriamente às leis da fraternidade, às leis do respeito mútuo etc. Pois bem, quanto ao espírito vemos

a grande agressão, a violência que o homem vem sofrendo, uma escravização inconsciente através dos meios de comunicação. É um vício, qual o cigarro, a bebida, ou o tóxico, porque nos torna "mentecaptos".

É realmente uma violência progressiva contra o homem, quando, por exemplo, vemos a escolaridade cair absurdamente, em qualidade e extensão: pessoas sem escola e pessoas com escola sem conteúdo; todo um povo sendo educado, disciplinado, globalizado, através de meios de comunicação que se podem qualificar de violentos. Por serem agradáveis, coloridos, tecnicamente bem apresentados, acabam captando nossa vontade e nos condicionando, porque na hora de comprar uma simples pasta de dentes, compramos aquela cujo anúncio mais nos agradou. Todos sentimos isso em nosso íntimo, pois é realmente uma violência contra o psiquismo do homem. Nem se fale da propaganda, fale-se também da filosofia que vem inserida nos filmes, nas novelas, nos programas, nos shows de vários tipos e espécie, onde se vê uma exaltação crescente ao erotismo, ao pansexualismo, à promiscuidade; vemos aqueles valores, aqueles bens que se devem perseguir, sendo atacados, repudiados e até mesmo criticados.

Então vemos que o corpo humano em si, a pessoa humana como indivíduo, também está sofrendo este tipo de violência física e psíquica.

Quando o homem, em outro plano, ultrapassa aquela violência individual que cada um sente; quando ultrapassa seu relacionamento pessoal e se descobre dentro do mundo, como senhor do Universo, encontramos aí dois problemas interligados: a liberdade que o homem tem sobre o mundo material. Esse exercício da liberdade sobre o mundo que o cerca é que pode levar à violência, gera outras violências e acaba recaindo sobre o próprio homem. Veja-se, a propósito, os problemas ecológicos que estão ocor-

rendo. De início o homem tem esse mundo que nos cerca, que nos foi dado para ser colocado o nosso serviço, para nós o submetemos, o transformamos, o usamos pelo trabalho e pela sabedoria, de tal modo que o transformemos humanizando-o, fazendo com que também faça parte de um plano superior da própria criação. Humanizar o mundo é uma das finalidades da liberdade do homem para atingir a sua dignidade.

O mundo por si próprio não pode, sozinho, dar glória a quem o criou. Ele é um grande hino, um hino glorioso. Toda criatura, flores, animais, todas as composições da natureza são verdadeiras orações de graças a quem os criou. Mas é evidentemente uma glória material, porque o mundo não tem consciência disto. Até as estrelas quando brilham nos fazem lembrar do Criador. Mas, somente o mundo, a serviço do homem e através do homem, transformado, humanizado, é que pode dar a glória completa, a glória última, seria a glória formal, pois o mundo foi criado para o homem.

Portanto, esta é a verdadeira dignidade do homem hoje, do homem livre, não se deixar escravizar pelos bens materiais do mundo, libertar-se de qualquer escravidão pela posse das coisas da natureza, pela ocupação da natureza. E passar a um plano muito superior do relacionamento das pessoas para uma melhor utilização deste mundo.

Precisamente no plano com o irmão, com o próximo, com semelhante, aquele que foi criado exatamente igual a cada um de nós, é que o homem realiza plenamente a sua dignidade. É onde ele deve enfrentar a violência, não cometendo o mal e evitando que seja praticado, é quando o homem se encontra com seu semelhante, com os irmãos, que esta dignidade, portanto, se realiza plenamente. É no amor fraterno, no serviço mútuo, colocar-se um à disposição do outro, é a aceitação e a promoção concreta dos outros, especialmente dos mais necessitados.

Nós sabemos, temos consciência disto, é o grito da América Latina, a opção pelos pobres e pelos jovens, não que os demais não sejam objeto de atenção e preocupação, mas é que muitos têm meios e condições físicas, mentais e materiais para se defenderem da violência. Mas os indefesos e mais necessitados é que são os mais oprimidos. São aqueles que não têm condições, é a violência relativa; não têm condições de resistir ao mal, à fome, a todas as condições de injustiça, que conhecemos e não precisam ser explicitadas. É nessa participação, nesta comunhão de amor com os outros homens, nesta participação fraterna que alcançamos a dignidade melhor e superior do homem. Nas obras de justiça com os oprimidos, no plano concreto das realidades temporais, dominando, usando e transformando os bens da terra, os bens da cultura, da ciência e da técnica.

Esse sentido de justo e fraterno domínio do homem sobre o mundo é que fará com que vivamos melhor e não tenhamos os problemas ecológicos que estamos tendo. O homem poluindo os rios, destruindo florestas e tirando a possibilidade da própria natureza se multiplicar e do homem se alimentar. Vemos, então, que muitas vezes a agressão é feita em nome de outros valores e de outras ideologias que se pode também denunciar. Portanto, a atuação do homem em relação ao seu semelhante não só deve ser a nível pessoal, particular, eu em relação aos demais, mas sobretudo estruturalmente à sociedade, os grupos intermédios, as atividades sociais, todos se conscientizando e se colocando a serviço de grupos humanos.

Poderemos citar, de passagem, o problema das ideologias do mundo. Ficou conhecida na América Latina a famosa ideologia da segurança e do desenvolvimento nacional. Para alcançar a segurança das nações praticaram-se injustiças, opressões, exílios, prisões injustas, julga-

mentos sem subordinação ao Tribunal competente. Enfim, conhecemos bem isto, mas o homem não é o centro dessa segurança, o objeto é a segurança do Estado. Também no desenvolvimento nós vimos o endividamento excessivo das nações, a espoliação das reservas naturais dos países, o achatamento salarial, a diferenciação das classes no aspecto salarial, o empobrecimento dos que ganham menos, sem possibilidade de acesso a todas oportunidades que a sociedade oferece aos demais. Assistimos à desqualificação profissional, falta de escolaridade, falta, portanto de qualificação dos operários para assumirem responsabilidades no desenvolvimento. Vemos, enfim, tudo isto convergindo para as graves crises de países, subidas e descidas de governos, um após o outro, demonstrando que há uma crise interna e que a origem disto tudo está no desvio do homem para fora do centro das preocupações do governo. A autoridade social deveria visar o bem comum que implica na igualdade, na distribuição equitativa de bens e serviços, mas sua preocupação tem sido muito mais com aspectos macroeconômicos do problema global, acabando por se esquecer do próprio homem como destinatário do desenvolvimento e da segurança.

O último plano, do relacionamento do homem com seu Criador, com o obreiro desta grande obra universal, se faz num plano transcendental, do Bem absoluto. Se somos chamados a fazer o bem e evitar o mal e essa consciência está dentro de nós, nascemos com ela, temos, pois, conhecimento pleno e nítido do que é bem e do que é mal. Quem inscreveu isto dentro de nossa alma? Quem o vinculou em nossa consciência? Alguém externo a nós. Por esta via podemos chegar à compreensão da existência de um Criador, que sendo o Bem supremo inscreveu a consciência do bem dentro de nós.

Então, neste plano de confrontação vemos um Pai que nos dá a capacidade

de sermos livres até para rejeitá-lo. A dignidade humana, um dos aspectos mais eloquentes do homem, permite que ele seja o único ser que pode contestar seu Criador. Os demais não. Então vemos que a liberdade de escolher, de se relacionar e se voltar para o Bem absoluto é um sinal — imensa responsabilidade — porque é um sinal de grandeza e de risco que está incluído na dignidade humana: a liberdade de escolher entre um bem e outro.

Na Encíclica “Deus rico em misericórdia”, de João Paulo II, temos a conhecida parábola do filho pródigo e todos nós, mais ou menos a vivenciamos. Mas, devemos reler esta Encíclica, porque aborda um aspecto da violência.

Explicar a parábola, que o filho recebeu sua parte, igual a todo herdeiro que recebe sua herança numa partilha, um aspecto da justiça distributiva. Saiu ele pelo mundo, gastou tudo e acabou pobre e faminto. Caiu na realidade: “não tenho mais herança, mas posso voltar à casa de meu pai e trabalhar como seu empregado”. Todo pai faria isso, seria até comum vermos isso no mundo de hoje, o filho que sai, volta e tudo bem, agora você vai trabalhar para ganhar a vida. Do ponto de vista humano, da justiça humana, é o que acontece, é assim que o mundo age; mas na parábola, quando o filho volta, de mãos vazias, maltrapilho, esfarrapado, sem bens, o pai o recebe e o eleva imediatamente à dignidade anterior, de filho.

Deus não tem o mesmo critério de justiça que os homens; ele tem um critério muito superior, que falta nos dias de hoje para neutralizar a violência. É o critério da misericórdia, o amor-misericórdia, em que apesar de todo os erros, de todos os crimes, e males, se o homem imediatamente se voltasse para o Pai, se se voltasse para o seu criador, se sentisse na consciência que realmente esbanjou toda a riqueza que recebeu com a vida, seria de imediato alçado à condição

primitiva de filho do criador, recuperando sua dignidade integral, intrínseca da pessoa humana.

Por oportuno, lembramos que foram muitos os profetas da não violência no mundo: Jeremias, Isaías; e em dias mais próximos a nós, a figura extraordinária, do Mahatma Gandhi, que fez a independência da Índia sem derramamento de sangue; relendo sua biografia aprendemos que quando as crises políticas pareciam incontornáveis, ele começa uma violência contra si próprio, se atirando no jejum por 21 dias, a ponto de perder as forças e depois tudo recomeçava, os homens entendiam o mistério e o valor daquele sacrifício e se alcançava a trégua. Assim foi que conseguiu a liberdade para o povo indiano.

Falando depois da 1.^a Guerra Mundial, a respeito do famoso conjunto de 14 pontos para a reconstrução da Europa e para evitar novas guerras, de autoria do Presidente Wilson, dos Estados Unidos, o Mahatma escreveu:

“O Presidente Wilson mencionou os seus belos quatorze pontos, mas disse: ‘Afinal, se este esforço nosso para atingir a paz vier a fracassar, temos nossas armas para recorrer de novo a elas.’

Quero inverter essa posição e dizer — Nosso armamento já fracassou. Vamos procurar algo novo, experimentemos a força do amor e de Deus, que é a Verdade. Quando tivermos essa força, nenhum outro recurso será necessário.”

Santo Agostinho, vivendo no Século V, diante das violentas invasões bárbaras, também gritou: “Os tempos são maus! Os tempos são ingratos! eis o que dizem os homens. Vivamos bem e os tempos serão bons. Nós somos os tempos; quais formos nós, tais serão os tempos!”.

Mais adiante completa: Vêde os bons que haveis de imitar. Sede bons e encontrareis os bons. Se, porém, fordes maus, julgareis que todos são maus. E é mentira. Enganar-vos-eis. Sede bons e

o bem não vos ficará oculto. O semelhante ocorre ao semelhante!”.

Portanto, o Homem é maior e mais forte que os tempos maus. Trazemos todos, dentro de nós mesmos, a força regeneradora dos tempos. Essa força nos é superior, é a força que nos torna bons, e sendo bons produzamos tempos bons, porque boas nossas ações.

“Devemos dizer e reafirmar que a violência não é nem cristã nem evangélica e que as transformações bruscas e violentas das estruturas serão enganosas, ineficazes em si mesmas e certamente não conforme com a dignidade do povo” (Paulo VI, discurso em Bogotá, 23.8.68). Com efeito estamos conscientes de que “as melhores estruturas e os sistemas mais idealizados logo se tornam desumanos se as inclinações do homem não forem sanadas, se não houver a conversão do coração e da mente

por parte daqueles que vivem nessas estruturas ou as dirigem” (EN 36). (*“Evangelização no Presente e no Futuro da América Latina”* — Conclusões da III Conferência-Geral do Episcopado Latino Americano — Puebla de Los Angeles, México, 27.1 a 13.2.79, n. 534).

Não esperemos que a violência cesse por si própria; antes, comecemos por respeitar o homem, evitando qualquer tipo de opressão e o bem irromperá, conclamando os violentos ao diálogo e consenso.

A história da humanidade é uma caminhada que supõe lacunas de violência, pois o mal sempre estará presente com o bem; mas o mal permite o despertar das consciências, nos convoca a redimir os maus tempos, mediante o exercício gratuito da não violência, mais que o simples uso da Justiça.

DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

FERNANDO TOURINHO FILHO

1. Quando é necessária a prisão processual? — 2. A prisão decorrente de pronúncia e de sentença penal condenatória recorrível — 3. Da Prisão preventiva — 4. Da prisão temporária — 5. Anotações sobre o flagrante — 6 Da liberdade provisória — 7. Da fiança — As hipóteses de inafiançabilidade — 8. Limites da fiança — 9. Autoridade competente para arbitrar o valor da fiança — 10. Extinção — 11. Fiança sem efeito — 12. Reforço — 13. Fiança sem objeto — 14. Condenação — 15. Execução.

1. Somente a sentença que põe fim ao processo é fonte legítima para restringir a liberdade individual a título de pena. Uma vez apurada a responsabilidade do réu, dentro das regras do devido processo legal, como exige e proclama a Magna Carta, seu encarceramento deve ser decretado como retribuição ao mal cometido. No nosso ordenamento, o encarceramento do acusado não visa à sua recuperação. A doutrina a ela se refere, mas na verdade, trata-se de verdadeiro eufemismo. Sua função é a de retribuir o mal praticado. Do contrário, numa cela que comporta apenas 10 ou 12 pessoas, não ficariam 60 ou 70, levando vida subumana.

2. Por outro lado, às vezes, atendendo aos fins do processo, o encarceramento se dá antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Trata-se de providência odiosa, pois, todos sabemos o perigo que representa a prisão do cidadão, antes de ter sido reconhecido definitivamente culpado. E se vier a ser absolvido? Se o for, de certo o Estado, titular do direito de punir, não tinha nenhuma pretensão a fazer valer e, não havia pretensão punitiva, a que título ficou ele preso? Quem lhe indenizaria os prejuízos materiais, físicos e morais decorrentes de uma prisão provisória

injusta? Na França, o art. 149 do *Code de Procédure Pénale*, e em Portugal, o art. 255 do CPP de 1988, admitem uma indenização pela privação da liberdade ilegal ou injustificada. Entre nós, único preceito é o inc. LXXV do art. 5.º da CF: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Como visto, não pode ser invocado, nem com ginástica de inteligência, como fundamento para indenizar aquele que ficou preso provisória e injustificadamente...

3. Embora o art. 300 do CPP diga que “sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas”, o certo é que, na prática, dificilmente se observa tal preceito, por absoluta impossibilidade material. A lei, nesse particular não passou de uma promessa “vã e platônica”. E, assim, pessoas ainda não reconhecidas culpadas ficam em irritante promiscuidade com réus já condenados e cujos antecedentes espelham uma velha e reiterada atuação nas esferas do vício e do crime.

Sem embargo dessas considerações, todas as legislações do mundo admitem, em maior ou menor intensidade, a prisão

provisória, também denominada prisão processual, como um “mal necessário”. *Mal*, porque põe em perigo o *jus libertatis* do cidadão, que a Lei Maior protege e preserva. *Necessário*, porque sem ela, muitas vezes não se assegurariam a ordem pública, a regular colheita do material probatório para um julgamento justo e o império efetivo da lei penal.

Lê-se no preâmbulo da Constituição francesa: “Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi.”

Observe-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovadas e proclamada aos 10 dias do mês de dezembro de 1948, em Paris, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, ali reunida, para a qual o Brasil concorreu com a sua presença e voto, peremptoriamente, no inc. I do art. 11 acentuou: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei, em julgamento público, e em que lhe hajam assegurado todos as garantias necessárias para a sua defesa.”

Assim, também, o art. 5.º LVII, da nossa Carta Maior:

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Parece claro, pois, que toda e qualquer prisão que antecede a um decreto penal condenatório definitivo deve estar limitada ao estritamente necessário. Observe-se que entre nós, em cinco hipóteses o homem pode ser preso provisoriamente, isto é, antes de um decreto condenatório com trânsito em julgado. São os casos de prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia e, finalmente, prisão resultante de uma sentença penal condenatória recorrível. Em todas essas hipóteses, o

encarceramento só se justifica se necessário. Senão, não.

Clarià Olmedo, em suas *Bases Completas para Orientar en Latinoamérica la Unificación en Materia Procesal Penal*, já na Exposição de Motivos, p. 45, esclarece: “Puesto que el imputado goza de un estado de inocencia mientras no se le declare culpable por sentencia firme, las medidas de coerción personal que contra aquél se dicten sólo deben tener carácter cautelar y provisional, y estar limitadas a lo estrictamente necesario” (cf., Jorge A. Clarià Olmedo, *Bases Completas...*, cit., Argentina, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1978).

1. Quando é necessária a prisão processual?

4. O que se infere do nosso atual ordenamento, notadamente dos arts. 312, 324, IV, e parágrafo único do art. 310 do CPP, e do art. 31 da Lei 7.492, de 16.6.86, é que toda prisão que antecede a uma condenação definitiva se reveste de indisfarçável caráter cautelar, e sua necessidade descansa numa dessas circunstâncias: preservação da ordem pública, preservação da instrução criminal e, finalmente, garantia de execução da pena. Esta a pedra de toque de toda e qualquer prisão provisória. Ou, como bem observou o ilustre Magistrado Luiz Flávio Gomes: “O eixo, a base, o fundamento de todas as prisões cautelares no Brasil residem naqueles requisitos da prisão preventiva. Quando presentes, pode o Juiz fundamentalmente decretar qualquer prisão cautelar; quando ausentes, ainda que se trate de reincidente ou de quem não tem bons antecedentes, ou de crime hediondo ou de tráfico, não pode ser decretada a prisão antes do trânsito em julgado da decisão” (cf. *Revista Jurídica*, n. 189, jul. 1994. Ed. Síntese Porto Alegre RS).

Certo que o art. 594 do CPP dispõe que o réu reincidente ou de maus ante-

cedentes, dê que não possa prestar fiança em face de uma impossibilidade de ordem legal, não poderá apelar em liberdade. Assim também o art. 408 do CPP que, no seu § 2.º, deixa entrever que se o crime for inafiançável, e o réu não for primário, ou ainda que o seja, não tiver bons antecedentes, deverá aguardar preso o julgamento pelo Tribunal do Júri. Mas, nessas duas hipóteses, a cautela se cinge ao *periculum libertatis*, posto que a prisão, aí, “destina-se a segurar o réu para que não fuja”. No fundo é aquele mesmo requisito consistente em “assegurar a aplicação da lei penal” de que trata o art. 312 do CPP. Manifesta, pois, a cautelaridade dessas duas modalidades de prisão processual.

2. A prisão decorrente de pronúncia e de sentença penal condenatória recorrível

5. De observar-se, contudo, que nas hipóteses dos arts. 408, § 2.º e 594, todas do CPP, presume-se, em face da vida anteacta do acusado, a necessidade da sua prisão provisória. Já na hipótese do art. 312 do CPP, há necessidade de comprovação. Tratando-se de prisão preventiva, é preciso haja nos autos elementos idôneos que possam levar o Juiz a admitir que o réu está pretendendo escapar à punição. Já nas hipóteses dos arts. 408, § 2.º e 594 do CPP, cuida-se de mera presunção: presume-se que ele vai fugir... A lei infraconstitucional e o direito pretoriano, entretanto, não podem estabelecer presunções contrárias ao réu e que superem a presunção de inocência, dogma constitucional, como ensina a doutrina.

Não basta, pois, a mareada vida anteacta do réu. É preciso que se demonstre, também, a necessidade dessa prisão, com as vistas voltadas para o art. 312 do CPP, vale dizer, é preciso haja, nos autos, elementos que conduzam o Juiz ao temor de que o réu está querendo escapar à

punição, tanto mais quanto a Constituição Federal, no seu art. 5.º, LXI, dispõe que: “ninguém poderá ser preso, salvo o caso de flagrante, senão mediante ordem escrita e fundamentada do Juiz...”. Assim, não basta que o autor de crime inafiançável seja reincidente, ou tenha maus antecedentes, para que não possa apelar em liberdade, ou para que não possa aguardar em liberdade seu julgamento pelo Tribunal do Júri. Nesses casos, em face da sua vida pretérita, presume-se sua fuga. Todavia, se a Constituição proclama a presunção de inocência daquele não definitivamente condenado, não faz sentido possa a lei infraconstitucional ou o direito pretoriano estabelecer presunções contrárias ao réu. Tal não quer dizer não possa o pronunciado ou condenado em sentença recorrível ser preso. Pode. A própria Súmula 9 do STJ não vê incompatibilidade entre a presunção de inocência e a prisão cautelar. E na verdade não existe. É preciso, contudo, que em decisão fundamentada, e aqui está o *punctum dolens*, fique demonstrada a necessidade do encarceramento provisório, nos termos do art. 5.º, LXII, da CF, sob pena de se admitir, estupidamente, uma antecipação da pena, ainda não definitivamente imposta, ou prisão processual obrigatória. A fundamentação, contudo, não pode consistir na repetição do texto legal. Deverá o Juiz, à vista dos autos, demonstrar a necessidade da medida extrema, sempre voltado para uma daquelas circunstâncias do art. 312 do CPP. Da mesma forma que o Juiz não pode decretar prisão preventiva, limitando-se a reportar aos termos da lei. Com inegável acerto, Tornaghi observa: “Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraude a finalidade da lei e ilude as garantias da liberdade o fato de o Juiz dizer apenas: “considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública...”. Ou então: “a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para

a instrução criminal...". Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o Juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar..." (*Curso de Processo Penal*, Saraiva, 5.^a, ed., v. 2.^o, pp. 85/86).

O mesmo se dá, quando o Juiz deixa de demonstrar a necessidade da prisão do pronunciado ou condenado. É prepotência, é arbítrio, é fraude à lei.

E se o réu, de maus antecedentes, ou mesmo reincidente (ressalvada a hipótese do art. 323, III, do CPP), for condenado por um crime afiançável? Se necessária sua prisão, evidentemente será ela substituída pela fiança. Na verdade, se alguém, condenado por crime inafiançável, sendo primário e de bons antecedentes, pode apelar em liberdade, consoante a regra do art. 594 do CPP. Obviamente, se condenado por um crime afiançável, sendo primário e de bons antecedentes, com melhor razão pode apelar em liberdade, sem prestar fiança. Claro. Se na primeira hipótese, em situação mais grave, o réu não desembolsa um centavo para apelar, por que deverá fazê-lo em situação menos grave? Assim, se condenado por crime afiançável, não tendo bons antecedentes, ou não sendo primário, ressalvado a hipótese do art. 324, III, do CPP, se necessária sua prisão, poderá prestar fiança, para apelar, nos termos do art. 594 do CPP. A propósito, *RTJ* 130/662 e *TACRIM/SP* no HC 248.620/9, in *Boletim da AASP*, n. 1.832, p. 40.

Mesmo naquelas hipóteses de que trata a Lei 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, não obstante o § 2.^o do seu art. 2.^o diga que "em caso de sentença condenatória, o Juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá apelar em liberdade", o certo é o contrário: nos termos do art. 5.^o, LXII, da CF, cumpre ao Juiz, fundamentadamente, dizer porque o réu não pode apelar em

liberdade. A não ser assim, estaria uma lei ordinária se sobrepondo à Lei Maior.

3. Da prisão preventiva

6. De todas as prisões processuais, a que se reveste de maior importância é a *preventiva*. As circunstâncias que a autorizam se constituem na pedra de toque de toda e qualquer prisão processual. Ela pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial, ou da instrução criminal, que se encerra com o art. 499 do CPP. Somente o Juiz é que pode decretá-la, seja mediante representação da Autoridade Policial, requerimento do Ministério Público ou do querelante, seja até mesmo *ex officio*. Para tanto haverá indeclinável necessidade de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Satisfeitos esses pressupostos, restará, ainda, a presença de uma das seguintes circunstâncias: a) para garantia da ordem pública; b) por conveniência da instrução criminal e c) para assegurar a aplicação da lei penal. Assim, mesmo que o crime esteja provado, a *parte objecti*, e a *parte subjecti*, a medida odiosa não poderá ser decretada, se não for necessária como garantia da ordem pública, se não for conveniente para preservar a instrução criminal, ou, finalmente, se não for indispensável para assegurar a aplicação da lei penal. Diz-se necessária para garantia da ordem pública, quando o agente está praticando novas infrações penais, fazendo apologia de crime, incitando à prática de crime, reunindo-se em quadrilha ou bando, etc. Aí a paz social exige a segregação provisória. Há entendimento no sentido de que se a sociedade ficou revoltada com a prática do crime, a ordem pública foi posta em risco... Pergunta-se: a sociedade ou a imprensa falada, escrita ou televisada? Os Juízes não podem deixar-se influenciar pelo estardalhaço da imprensa. Do contrário, e a pretexto de garantir a ordem pública, no fundo estará satisfazendo a interesses de terceiros interessados no alar-

de social... Ela se diz conveniente para a instrução criminal, quando o agente está perturbando a instrução criminal, afugentando ou ameaçando testemunhas, arguindo peritos, por exemplo. Finalmente, quando o agente está se desfazendo de seus bens, ou praticando outros atos indicativos de que vai fugir, a preventiva poderá ser decretada para se assegurar a aplicação da lei penal.

7. A prisão preventiva poderá ser decretada em toda e qualquer infração? Não. Em se tratando de contravenção, nunca, não só pela natureza da pena que lhe é cominada, como também porque os arts. 312 e 313 do CPP falam apenas em crime... Não se referem às contravenções, nem tampouco usam a expressão *infração* que, por ser genérica, abrangeria os crimes liliputianos. Tampouco será possível em se tratando de crime culposos. A lei fala em crimes dolosos. E se o crime for apenado com detenção? Normalmente a prisão preventiva é reservada aos crimes apenados com reclusão. É a regra. Todavia, naquelas hipóteses referidas nos incs. II e III do art. 313 do CPP, é possível a decretação, se doloso o crime, malgrado apenado com detenção.

A prisão preventiva, como vimos, pode ser decretada em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, que se encerra com as diligências do art. 499 do CPP. A propósito, *RTJ* 84/115 e *RT* 582/359. Se a prisão preventiva é decretada segundo o estado da causa, evidente que, concluída a instrução, se, durante ela, nada justificou a medida extrema, o Juiz não poderá decretá-la. Sobre o assunto, veja-se Frederico Marques, in *Elementos de Processo Penal*, 1.^a ed., 1965, Forense, v. IV, p. 53:

“De início, são os elementos informativos do inquérito policial, ou de outra *informatio delicti*, que servem de base à imposição do ato coativo. Se, posteriormente, a prova colhida na instrução mostra que não podem subsistir os elementos informativos que constituíram o

fundamento da decretação da prisão, cumpre ao Juiz reformar a sentença anterior, tendo em vista o novo estado da causa. E o mesmo sucederá quando, após revogada a prisão anteriormente decretada, *elementos probatórios forem colhidos no curso do procedimento*, mostrando a conveniência ou necessidade da medida cautelar.”

Desse modo, concluída a instrução, se nenhum elemento probatório for colhido, não poderá o Juiz, legalmente, decretar a medida odiosa, a não ser, o que seria ridículo e grotesco, para “aparecer” no mundo da imprensa...

Assim, parece óbvio que concluída a instrução, já não mais será lícito decretar-se a preventiva, malgrado a regra do art. 316 do CPP, salvo a hipótese de o agente, após a instrução, praticar qualquer ato que autorize a medida extrema. Mas nesse caso, pensamos, deve o Juiz tomar as providências necessárias, tal como lhe permitem os arts. 209 e 156 “última parte” do CPP, e levar para os autos os elementos indispensáveis para poder ordenar a segregação.

Trata-se de decisão *rebus sic stantibus* (segundo o estado da causa) e, por isso mesmo, o Juiz poderá revogá-lo, se os motivos que a determinaram desaparecerem, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem, razões que a justifiquem, nos termos do art. 316 do CPP.

Outra condição importante: a prisão preventiva somente poderá ser decretada em despacho fundamentado. Não bastasse a exigência do art. 315 do CPP, que seria e é bastante, há, ainda, o preceito constitucional (art. 5.^o, LXI, da CF).

4. Da prisão temporária

8. Ao lado da prisão preventiva, e, absurdamente, com menor exigência que esta para ser decretada, a Lei 7.960, de 21.12.89, introduziu a *prisão temporária*. Somente o Juiz, mediante representação da Autoridade Policial ou requerimento

do Ministério Público, poderá decretá-la. Seu prazo máximo de duração é de 5 dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade. Em se tratando de crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo, o prazo da prisão temporária é de 30 dias, prorrogável de mais 30, nos termos do § 3.º do art. 2.º da Lei 8.072/90.

Os presos temporários, nos termos do art. 3.º do citado diploma, deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos. A mesma regra é encontrada no art. 300 do CPP. Só que no diploma processual penal, o legislador foi mais sincero: *sempre que possível...* E, como todos sabemos, nunca é possível.

Em que hipóteses se admite a prisão temporária? Di-lo o art. 1.º do referido diploma:

“Art. 1.º — Caberá prisão temporária:

I — quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II — quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III — quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121 e seu § 2.º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput* e seus § § 1.º e 2.º); c) roubo (art. 157 *caput* e seus § § 1.º, 2.º e 3.º); d) extorsão (art. 158 *caput* e seus § § 1.º e 2.º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159 *caput* e seus § § 1.º 2.º e 3.º); f) estupro (art. 213 *caput* e sua combinação com o art. 223 *caput* e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214 *caput* e sua combinação com o art. 223 *caput* e seu parágrafo único); h) rapto violento (art. 219 e sua combinação com o art. 223 *caput* e seu parágrafo único); i) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º); j) envenenamento de água potável ou substância

alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput* combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando (arts. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei 2.889, de 1.º 10.56, em qualquer de suas formas típicas); n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.76); o) o crime contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.6.86).

Pela redação, percebe-se, com clareza, que os incs. I e II referem-se a toda e qualquer infração, e o III, inclusive àquelas ali enumeradas. A lei é clara, embora possa conduzir ao absurdo. Não tanto absurdo para o legislador, uma vez que o art. 313, II e III do CPP, permite prisão preventiva para simples infração punida com detenção, pouco importando o mínimo ou máximo da pena cominada... Não tanto absurdo para o legislador que, no art. 321, I, do CPP, admite até a conservação do preso em flagrante por infração apenada exclusivamente com multa, se houver prova de ser ele vadio... sem ter sido preso por vadiagem.

Parece que a doutrina e o direito pretoriano deixaram de lado a interpretação gramatical do texto legal, visando a restringir a medida odiosa apenas àqueles crimes graves. Na verdade, a redação defeituosa leva o intérprete a conclusões aberrantes, mesmo que se faça a interpretação “lógica...”. Tanto é verdade que já está em tramitação no Congresso, Projeto de Lei dando à Lei 7.960/89, outra redação, deixando bem claro que a prisão temporária somente poderá ser decretada naqueles crimes graves. Certo que a Exposição de Motivos restringe a medida somente àquelas infrações elencadas no inc. III do art. 1.º. Não é menos certo, também, que a Exposição de Motivos não é lei, não tem força obrigatória e, às vezes, cria uma certa antinomia com o próprio texto.

9. Se se adotar outro tipo de interpretação, como parte da doutrina tem feito, louvavelmente até, embora com ginástica de inteligência, procurando delimitar as

hipóteses da prisão temporária àquelas infrações elencadas no inc. III do art. 1.º do referido diploma, apegando-se à Exposição de Motivos, teremos: 1) a prisão temporária deverá ficar contida no círculo restrito daquelas infrações enumeradas no inc. III do art. 1.º do citado diploma; 2) o Juiz somente poderá decretá-la, mercê de uma representação da Autoridade Policial ou de um requerimento do Ministério Público, quando houver *fundadas razões* pertinentes à autoria ou participação; 3) é preciso se demonstre seja a medida imprescindível às investigações policiais, ou 4) não tenha o indiciado residência fixa ou, ainda que possua domicílio certo, não forneça elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; 5) a medida odiosa poderá ser decretada no máximo até (cinco) 5 dias, prazo esse prorrogável por mais (cinco) 5, a não ser que se trate de crime hediondo, quando, então, o prazo será de 30 dias com prorrogação por igual prazo, nos termos do art. 2.º, § 3.º da Lei 8.072/90.

A exigência de *fundadas razões* é necessariamente imprescindível, posto não existir cautelariedade sem este requisito. O *periculum in mora*, ou *libertatis*, consistirá na circunstância de ser a medida “imprescindível às investigações policiais”, tenha ou não o indiciado residência fixa, crie ou não crie embaraços à colheita de dados para esclarecer sua identidade, ou finalmente, ainda que não imprescindível às investigações, “se o indiciado não tiver residência fixa” ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”.

Essa modalidade de prisão tem sido batizada com o *nomen juris* de cautelar. Aliás, toda prisão de natureza processual que antecede a uma sentença condenatória definitiva, tem esse mesmo *nomen juris*. Não se deve olvidar que a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, nos termos dos arts 393, I c.c. o art. 594 todos do CPP, sempre foi

considerada, mesmo pela própria lei (art. 669, I do CPP), como *provisória execução da pena*. Mas como art. 105 da Lei das Execuções Penais, em vigor desde 1984, aboliu a denominada provisória execução da pena, ao invés de se abolir tal modalidade de prisão, doutrina e Jurisprudência, mesmo ausente qualquer disposição legal, passaram a enxergar naquela modalidade de segregação, providência cautelar...

10. Sabe-se que toda prisão cautelar exige, indefectivelmente, dois requisitos: *fumos boni juris* e *periculum in mora* ou *periculum libertatis*.

A *fumaça do bom direito* é, pois, necessariamente indispensável. Na hipótese em exame, onde estará o *fumus boni juris*? Responda-se com o próprio texto legal: “nas fundadas razões baseadas em qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado” na prática de um daqueles crimes elencados no inc. III do art. 1.º da citada lei.

Na prisão preventiva, que é a pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, *ex vi* dos arts. 312, 324, V, do CPP, art. 31 da Lei 7.492, de 16.6.86, e parágrafo único do art. 310 do CPP, o *fumus boni juris* está assente na *prova da materialidade do crime* e em *indícios suficientes de autoria*. Já na prisão temporária não se exige nem a prova da existência do crime nem em indícios suficientes de autoria (aqueles indícios capazes de tranquilizar a consciência do Juiz, na magistral definição do saudoso Borges da Rosa). Bastam, apenas, fundadas razões com base em qualquer prova...

Ora, *fundadas razões* são razões sérias, importantes, que denotam gravidade. E, ao que parece, nenhuma autoridade, por mais perspicaz que seja, poderá vislumbrar “fundadas razões”, em face de um testemunho infantil, de uma declaração da suposta vítima, de um simples indício. Se se entender diferentemente, que se altere o nome do *fumus boni juris* exigido

para essa modalidade de prisão “cautelar”, para *fumus mali juris*...

A lei, sobre ser mal feita, conduz a abusos, e abusos que afetam o *status dignitatis* e *status libertatis*. É de se supor que a materialidade do fato esteja provada... Do contrário, a medida, já violenta, nem teria mais qualificação... Aliás, essa prisão temporária outra coisa não é senão a antiga “prisão para averiguações”, já agora com roupagem legal...

11. Analisado esse primeiro requisito da cautelar, resta o segundo: o *periculum in mora* que, no Processo Penal, se conhece como *periculum libertatis*. Não obstante se diga ser possível a decretação da prisão temporária, havendo fundadas razões para se supor seja o indiciado autor ou partícipe, com base em qualquer prova admitida na legislação processual penal, desde que ele não tenha residência fixa ou não forneça elementos necessários para o esclarecimento da sua identidade, indaga-se: se a prisão não é imprescindível às investigações, por que o encarceramento por (cinco) 5 dias do indiciado sem residência fixa? Se a prisão não é imprescindível às investigações policiais, por que a prisão por (cinco) 5 dias daquele que “não forneceu elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade”? Simples notificação a comparecer à Delegacia para a sua identificação dactiloscópica é bastante...

A não ser que, nesses dois últimos casos, a prisão temporária esteja atuando como fase preparatória para a decretação da prisão preventiva... As investigações continuam, pois, nesses casos, a prisão não é imprescindível. Depois de 5, ou 10 dias, se houver prorrogação, a Autoridade já deverá ter colhido a prova da materialidade do fato, a prova quanto à autoria já deve estar mais ou menos séria e, aí... é só pedir a decretação da prisão preventiva, “para assegurar a aplicação da lei penal...”

Aí o absurdo: prende-se o “indiciado” por um espaço-tempo julgado suficiente,

para em seguida, poder prendê-lo preventivamente...

Ademais, a medida é tão estúpida que, se realmente não houver necessidade para a sua decretação, nem haverá tempo para julgá-la, mercê de um *Habeas Corpus*: primeiro em face da exigüidade do tempo e, em segundo lugar, porque em sede de *Habeas Corpus*, normalmente, não se faz um exame analítico das provas...

5. Anotações sobre o flagrante

12. A palavra flagrante, de *flagrans*, *flagrantis*, significa aquilo que está queimando, ardendo em chamas. Flagrante delito, pois, é o delito que está “ardendo em chamas”, vale dizer, é o delito que está se consumando. Prisão em flagrante delito é a prisão daquele que é surpreendido cometendo uma infração penal.

Não obstante seja esse o seu preciso significado, o certo é que as legislações procuraram alargar um pouco esse conceito, estendendo-o a outras situações. Daí dizer o art. 302 do CPP que se considera em flagrante delito, *quem*: I) está cometendo a infração penal; II) acaba de cometê-la; III) é perseguindo, *logo após*, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração; IV) é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis, que façam presumir ser ele o autor da infração.

As duas primeiras modalidades são consideradas *flagrante próprio*, a terceira, *flagrante impróprio* ou *quase flagrante* e, finalmente, a última, *flagrante presumido*.

Quanto ao quase flagrante e flagrante presumido, a dificuldade maior está no significado das expressões “logo depois” e “logo após”. Impossível traduzí-las cronometricamente. A lei não fixa limites de tempo. A lei francesa usa da expressão “dans un temps voisin”, a italiana “immediatamente dopo”, ou

“poco prima”, e assim por diante. Aliás, a Corte de Cassação italiana, assim decidiu: “Non si richiede che il presunto reo non sia passato ad altri atti, *ma si esige solo che non sia trascorso tanto tempo da s'intende con l'espressione "immediatamente"*...(Cass., Sez. III, 3.3.50, Buda, *Giur. compl. Cass. pen.*, 1950, I, 2.713).

O art. 301 do CPP cuida do flagrante obrigatório, aquele que é efetuado pela Autoridade Policial ou seus agentes, e do facultativo, a cargo de particulares. Sujeito passivo da prisão em flagrante é, como bem diz o art. 301, “quem quer que seja”. Esta expressão, contudo, não é tão extensa quanto possa parecer. Nela não se incluem os magistrados e membros do Ministério Público, em se tratando de infrações afiançáveis, por força do que dispõem as Leis Orgânicas da Magistratura e do Ministério Público. Assim também, em se tratando de Senadores e Deputados Federais, em face do art. 53, § 1.º da CF, e, inclusive dos Deputados Estaduais, em razão da regra de extensão condida no art. 27, § 1.º da Lei Maior. E, se a pessoa que deve ser presa em flagrante for uma daquelas que gozam de imunidades penais e processuais (Chefes de Estado, Embaixadores, etc), pouco importará se a infração é, ou não, afiançável. Não haverá prisão. Mesmo porque, nos termos do art. 1.º, I, do CPP, o Código de Processo Penal a eles não se aplica.

Tratando-se de crime permanente, enquanto não cessar o estado antijurídico, o agente estará em estado de flagrância, pouco importando o tempo da sua duração. Se *A* seqüestra, *b* e o mantém em cativeiro, por exemplo, durante (três) 3 anos, quando for encontrado junto com vítima, será preso em flagrante. E a prisão é legal, uma vez que o agente estava consumando o crime... E nos crimes habituais? Nestes, há necessidade de uma pluralidade de atos, mas cada um deles, insuladamente, não constitui crime.

O conjunto sim. Daí se dizer que o crime habitual é a reiteração da mesma conduta reprovável. Exemplos: curandeirismo, manutenção de casa de prostituição, etc. Quanto a esses crimes, impossível a Autoridade ou quem quer que seja surpreender o agente cometendo o crime. Poderá surpreendê-lo praticando um ato reprovável. Não a conduta reiterada...

Conduzido o preso à Autoridade Policial, cumprirá a esta presidir à lavratura do auto de prisão de flagrante, ouvindo o condutor, as testemunhas se houver e, por último o conduzido. A inversão dessa ordem torna o auto, como peça coercitiva, absolutamente imprestável. Trata-se de formalidade *ad solenitatem*, mesmo porque a prisão em flagrante é a única que não é, nem pode ser, examinada previamente pelo Juiz.

Quantas testemunhas? O art. 304 do CPP fala em condutor e testemunhas. Logo... no mínimo duas. Sem embargo, o direito pretoriano tem considerado válido o auto de prisão em flagrante em que atuou apenas uma testemunha, sob o fundamento de que condutor é testemunha... Trata-se de correto entendimento. E por uma razão muito simples: se é possível a lavratura da prisão em flagrante na presença de duas testemunhas que tão-somente hajam assistido à apresentação do preso à Autoridade, com melhor razão, se houver uma testemunha ocular...

13. Concluída a lavratura do auto, cumprirá à Autoridade:

1) Conceder a imediata liberdade ao conduzido, se a hipótese subsumir-se na moldura do art. 321 do CPP; 2) Arbitrar o valor da fiança, em se tratando de contravenção punida com prisão simples ou crime apenado com detenção; 3) Fazer recolher o conduzido à cadeia, enquanto não prestar fiança, ou se a infração for inafiançável; 4) Fazer a comunicação incontinenti ao Juiz, sob pena de incidir na reprovação prevista na letra *c* do art. 4.º da Lei 4.898/65; 5) Fazer expedir a nota de culpa.

É possível lavrar-se o auto de prisão em flagrante sem a presença do conduzido? De regra, não. Mas, há situações curiosas. Pense-se na prisão de alguém, completamente embriagado, infringindo, assim, o disposto no art. 62 da Lei das Contravenções Penais. Como poderá ele ser ouvido? Pense-se na prisão de um surdo-mudo analfabeto, e sem ninguém para interpretar-lhe a mímica?

E quando se tratar de infração cometida em presença de Autoridade, ou contra, esta, no exercício de suas funções? Caber-lhe-à dar voz de prisão e presidir à lavratura do auto, nos termos do art. 307 do CPP. Qualquer autoridade? Não. A lei fala “em presença da Autoridade...” e não “de Autoridade”. Logo somente a Autoridade com poderes para presidir à lavratura do auto será a competente: vale dizer, Autoridade Policial ou Juiz. Se este pode mandar prender, pode prender...

Qual o momento para a lavratura do auto? O Código não diz. Mas, se se atentar para a circunstância de que, quando a prisão em flagrante é efetuada no território de outra comarca, deverá o condutor apresentar o conduzido *imediatamente* à autoridade local, nos termos do art. 290 do CPP, e, não havendo autoridade, deverá o condutor apresentar o conduzido à autoridade do lugar mais próximo, consoante a regra do art. 308 do CPP, parece óbvio que o auto deverá ser lavrado tão-logo seja possível, sem maiores delongas.

É possível a prisão em flagrante nas contravenções? A palavra *delito* está empregada na expressão “flagrante delito”, no sentido comum de infração e não no sentido específico de crime. Assim, nada impede o flagrante nas contravenções. Aliás, antes da Constituição de 1988, uma das formas comuns de se iniciar o procedimento contravencional era através do auto de prisão em flagrante, como se constata pela leitura do art. 531 do CPP que, embora revogado, continua no Código...

E se se tratar de crime de ação privada ou de ação pública condicionada à representação? Evidente que nestes casos, a Autoridade Policial somente poderá proceder a inquérito, desde que haja expresso pedido da vítima ou quem de direito, como se constata pelos §§ 4.º e 5.º do art. 5.º do CPP. Logo, parece claro não poder a Autoridade prender alguém se surpreendido cometendo uma dessas infrações, salvo, e é a única hipótese, se a vítima ou quem de direito, der a devida autorização. Nesse caso, deverá o titular do direito de queixa ou de representação ser ouvido no auto de prisão em flagrante.

14. Qual o fundamento da prisão em flagrante? Nos primeiros anos de vigência do CPP, o recolhimento do indiciado à cadeia, no caso de flagrância, salvo raríssimas exceções, previstas do art. 310 *caput* do CPP, era de rigor, por entender tratar-se de uma imediata e justificável reação contra aquele que violou a ordem jurídica. A prisão do infrator era exigência para a exemplaridade. Por outro lado, como na flagrância há evidência probatória quanto ao fato típico e autoria, justificava-se, também, a detenção daquele surpreendido em estado de flagrância, a fim de que a autoridade competente, com presteza, pudesse constatar a realidade fática, colhendo, sem tardança, a prova da materialidade do fato e da autoria. Com o passar dos anos, houve acentuada mitigação. Após a colheita da prova do fato e autoria, o indiciado permanecerá preso, se houver necessidade (art. 310, parágrafo único do CPP). Não havendo, a prisão poderá ser substituída, quase que imediatamente, pela fiança, e isto em determinadas hipóteses. E, em todas as outras, não havendo necessidade, salvo os crimes hediondos, prática de tortura, terrorismo, tráfico de drogas, sonegação fiscal, crime contra a economia popular, e contra o sistema financeiro, a prisão poderá ser substituída pela liberdade provisória vinculada àque- las obrigações de que fala o parágrafo

único do art. 310 do CPP. O procedimento para a obtenção desse benefício exige um pouco mais de tempo, porquanto, normalmente, o Juiz aguarda a conclusão do inquérito e a manifestação do Ministério Público para apreciar o pedido de liberdade.

6. Da liberdade provisória

15. De qualquer sorte, essa prisão processual, pelos intensos sofrimentos morais, físicos e materiais que produz, por sua larga duração e porque fere a um homem não definitivamente condenado, somente poderá ser admitida, nos casos de absoluta necessidade. Do contrário, não. Aliás, sempre houve, em todo o mundo, grandes preocupações em se procurar sucedâneos para a prisão processual, isto é, medidas que atinjam a mesma finalidade da prisão provisória, sem lesionar, tão intensamente, o *status libertatis* e *status dignitatis* do homem.

Daí falar-se em liberdade provisória, em contraposição à prisão provisória. Em determinadas hipóteses, o Estado permite a substituição da prisão provisória por garantias equivalentes, sem os malefícios do cárcere, tais como obrigação de comparecer em Juízo, sempre que necessário, a prestação de caução, etc. Fala-se então, em liberdade provisória. Diz-se provisória porque sujeita a condições resolutórias de natureza e caracteres diversos. Sendo assim, é evidente que a liberdade provisória pressupõe uma prisão provisória ou iminência de prisão provisória. Às vezes, a infração penal é tão insignificante, a pena cominada é tão pequena, que o Estado permite ao indiciado *livrar-se solto*, isto é, defender-se em liberdade. Nesses casos não se pode admitir prisão provisória. Atente-se para o art. 321 do CPP.

Outras vezes, havendo prisão em flagrante, dê-se que se demonstre a não presença de qualquer das condições que autorizam a prisão preventiva (art. 312

do CPP), convola-se a prisão provisória em liberdade provisória, vinculada à obrigação de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação (art. 310, parágrafo único do CPP).

Em algumas hipóteses (a grande maioria, por sinal), admite-se possam as prisões em flagrante, resultante de pronúncia ou de sentença penal condenatória recorrível, ser substituídas por uma caução. É a fiança. Outras vezes, nessas mesmas hipóteses, o indiciado, ou réu, é pessoa pobre e, por isto mesmo não pode prestar fiança. Nessa hipótese o Juiz concede-lhe a liberdade provisória, independentemente de fiança, sob determinadas condições, nos termos do art. 350 do CPP.

7. Da fiança — As hipóteses de infiançabilidade

16. Quando cabe a fiança? Em que hipótese é ela admitida? Qual o seu valor? Qual a sua finalidade?

O CPP não diz quando cabe a fiança. Diz quando ela não é cabível. Assim, sabendo-se quando ela é inadmitida, obviamente se conclui quando será permitida. Repita-se: fiança é um sub-rogado da prisão em flagrante, da prisão resultante da pronúncia ou da prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível. Há, por outro lado, por razão lógica, incompatibilidade absoluta entre ela e a prisão temporária e a prisão preventiva.

O CPP, no art. 323, I, dispõe não ser permitida a fiança, “quando a pena de reclusão cominada ao crime for, no seu grau mínimo, superior a 2 anos”. Praticamente tal disposição estende o instituto da fiança à grande maioria das infrações penais, uma vez que, num ou noutro caso, a pena mínima ultrapassa os (dois) 2 anos. Por outro lado, é bom que se frise, a disposição legal restringe a fiança aos crimes apenados com reclusão. Sendo de detenção a pena cominada, pouco importa o mínimo... Aliás, ao que parece,

não há crime apenado com detenção com a pena mínima superior a (dois) 2 anos.

E se forem duas ou mais infrações apenadas com reclusão, em concurso material? Segundo a Súmula 81 do STJ, “não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão”. *Data venia*, entendemos que as infrações devem ser consideradas individualmente, porquanto o legislador, ao permitir a fiança, teve em vista, apenas e tão-somente, a gravidade da infração. Um crime, cuja pena de reclusão tenha o seu mínimo fixado acima de (dois) 2 anos, é de inafastável gravidade. Não o será, entretanto, se o mínimo não ultrapassar os (dois) 2 anos. Assim, se o legislador teve em mira a gravidade da infração, e não o montante da pena, não se pode admitir a soma. Observe-se que o legislador estabeleceu no art. 119 do CP que “no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”... Estivesse o legislador preocupado com o montante da pena, não teria permitido fosse cada crime considerado individualmente, para efeito de extinção da punibilidade. *Mutatis mutandis* é o que se dá com os crimes em concurso material, para efeito de fiança.

O inc. II do art. 323 do CPP declara inafiançáveis as *contravenções previstas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções*. Assim, as demais contravenções ali previstas são afiançáveis. E a contravenção do jogo do bicho? Há dois entendimentos: a) a Lei 6.416/77, no seu art. 2.º, alterou dispositivos do CPP, inclusive este de que se trata. Anteriormente, o inc. II do art. 323 aludia às contravenções previstas nos arts. 58, 59 e 60 da Lei das Contravenções. Assim, em face do novo diploma, parece que o legislador quis tornar inafiançáveis, apenas as previstas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções. Todas as demais, previstas, ou não, naquelas diploma, comportariam fiança;

b) o art. 323, II, do CPP, realmente, na sua feição original de 1941, incluía, também, no seu rol, a contravenção do jogo do bicho, tipificada no art. 58 da Lei das Contravenções e, por isso, quando da elaboração da Lei 6.416/77, sabendo o legislador que tal contravenção não mais estava prevista na lei das Contravenções Penais, e sim, com o mesmo número (art. 58), no Dec. Lei 6.259, de 10.02.44, limitou-se a corrigir o inc. II do art. 323 do CPP, mantendo inafiançáveis as contravenções ali citadas, com exclusão da pertinente à do jogo do bicho, porquanto não mais estava tratada na Lei das Contravenções, e o inc. II do art. 323 fala das contravenções previstas na Lei das Contravenções Penais.

Parece-nos, não obstante nosso entendimento anterior, ser ela inafiançável, porquanto o inc. II do art. 323 do CPP refere-se às contravenções previstas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções... e a pertinente ao jogo do bicho está tratada no art. 58 do Dec. Lei 6.259, de 1944, cujo, art. 59, proclama-lhe a inafiançabilidade...

É verdade que a Lei das Contravenções, no seu art. 58, até hoje... cuida do jogo do bicho. Pouco importa. Aquela figura típica foi trasladada daquele diploma para o Dec. lei 6.259/44, com o mesmo número (art. 58). É que o nosso legislador tem o mau vício de ir procedendo às alterações dos Códigos, mantendo os textos revogados. Observe-se que até o CPP fala em “Tribunal de Apelação”...

Quanto à contravenção sobre apostas sobre corridas de cavalo feitas fora do hipódromo, prevista no art. 60 do Dec. Lei 6.259, de 10.2.44, é inafiançável, por força do art. 9.º, § 2.º, da Lei 7.291, de 19.12.84. Note-se que esse diploma é posterior à Lei 6.416/77...

O inc. III do art. 323 do CPP cuida da inafiançabilidade dos “crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em

ulgado". Crime doloso, diz a lei. Pouco importa se apenas com reclusão ou detenção. Pouco importa, também, seja a pena aplicada ou cominada. Assim, se *B* foi condenado por infringência do art. 155 do CP, com a convalidação da reclusão em multa, em face do § 2.º do mesmo artigo, e transitada em julgado tal decisão, vier a cometer outro crime doloso, não poderá prestar fiança. E se a primeira condenação ocorreu há mais de oito anos? Há quem entenda persistir a inafiançabilidade. Não nos parece. Se o nosso Código admite a prescrição da reincidência (benefício muito mais amplo), não faz sentido não admitir tal prescrição, também, para a hipótese tratada no inc. III do art. 323 do CPP. Se a lei permitiu o *mais*, não pode deixar de permitir o *menos*.

Outra hipótese de inafiançabilidade vem prevista no inc. IV do art. 323 "em qualquer caso se houver prova de ser o réu vadio".

Finalmente, o inc. V do art. 323 do CPP: "nos crimes punidos com reclusão que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça". A disposição legal cuida de duas hipóteses: a) crimes punidos com reclusão que provoquem clamor público e b) crimes punidos com reclusão cometidos com violência ou grave ameaça. Quanto à segunda hipótese, o texto não oferece maior dificuldade. Assim, uma lesão corporal grave, malgrado tenha a sua pena mínima fixada em um ano, é inafiançável por se tratar de crime punido com reclusão e cometido com violência. Já na primeira hipótese, os exemplos tornam-se difíceis, mesmo porque os crimes que provocam clamor público são aqueles cuja pena mínima nem permite a fiança. Pense-se, numa cidade pequena, um estupro de uma criancinha, um parricídio, etc. Mas, tais crimes são inafiançáveis não pelo clamor público que possam causar, e sim, porque a pena mínima é superior a

dois anos... Note-se que clamor público, aí, está no sentido de indignação, revolta, comoção. A não ser que pense no furto da Madona de Cedro... que comocionou e traumatizou aquela comunidade...

O art. 324 do CPP trata, também, de outras hipóteses de inafiançabilidade: 1) "aos que no mesmo processo tiverem quebrado fiança anteriormente concedida, ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350 do CPP". Quando se presta fiança, a pessoa beneficiada fica obrigada a cumprir certas obrigações previstas nos arts. 327, 328 e 341, última parte, todos do CPP. Se houver descumprimento de qualquer dessas obrigações, a fiança será havida por quebrada, a teor do art. 341 do CPP e, por isso, se o beneficiário, por acaso, pretender prestar nova fiança, no mesmo processo, não o conseguirá. Assim, também, quando o Juiz concede a liberdade provisória sem fiança àquele impossibilitado economicamente de prestá-la, submetê-lo-à a uma série de obrigações. Se vier a descumprir qualquer uma delas, a fiança fica sem efeito e, ainda que o indiciado ou réu pretenda prestar fiança (no mesmo processo, é claro), não poderá fazê-lo; 2) "Em caso de prisão por mandado do Juiz doível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar". Em se tratando de prisão civil (alimentante inadimplente, depositário infiel, etc), decretada precisamente para compelir o cidadão a cumprir determinado ato, seria um não senso a prestação da fiança. Idem em se tratando de prisão disciplinar. Quanto à prisão militar, a prestação da fiança nem faz sentido, porquanto não prevista no CPP Militar. Respeitante à prisão administrativa decretada, também, para compelir a pessoa a praticar determinado ato, ou cautelarmente, no caso de expulsão ou extradição, a prestação da fiança, ou anularia toda a força da autoridade, ou, então, no caso de expulsão ou extradição tornaria difícil de cumprimento a decisão da Justiça.

Há quem entenda que a prisão administrativa não mais existe, em face do que dispõe o art. 5.º, LXI, da CF. Na verdade a Constituição não permite que outra autoridade que não o Juiz possa expedir ordem de prisão. Sob esse aspecto, sim. Contudo nada impede possa a Autoridade Administrativa, nos casos previstos em lei, requerer ao Juiz a decretação da prisão. Sabemos que o Ministro da Justiça, na fase do inquérito administrativo podia determinar a prisão administrativa do extraditando ou expulsando. Hoje não pode mais. Nem por isso tal modalidade de prisão se extinguiu... O Ministro da Justiça encaminha o pedido, devidamente formalizado, ao STF, e caberá, então, ao Ministro Relator sorteado, decretar, ou não a medida odiosa; 3) "Ao que estiver no gozo da suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposos ou contravenção que admita fiança". Assim, se o indiciado estiver no gozo do *sursis* por lesão grave, furto, estelionato ou outro crime que admita o benefício, vindo a cometer nova infração penal, somente poderá prestar fiança se essa nova infração for culposa, ou se se tratar de contravenção que admita fiança; 4) "Quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP)". Pouco importa saber se, em tese, a infração autoriza a fiança. Se presente um dos motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (perturbação da ordem pública, embaraço criado na colheita da prova durante a instrução criminal, ou demonstração de que pretende fugir, a eventual execução da pena), descabe a fiança. Contudo, é preciso muita sensibilidade do Juiz. Assim, por exemplo, se o réu fizer jus ao *"sursis"*, por que impedi-lo de prestar fiança? Se a infração será punida com multa, por que impedi-lo de prestá-la?

Ao lado dessas hipóteses de inafiançabilidade, há outras. A Magna Carta, no art. 5.º, LXII, prevê a inafiançabilidade

dos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Estes estão previstos na Lei 8.072, de 25.7.90. Em seu art. 2.º dispõe esse diploma legal: "os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de fiança".

A denominada Lei do Colarinho Branco (Lei 7.492, de 16.6.86), dispõe no seu art. 31, que os crimes nela previstos e punidos com reclusão, não admitem a prestação de fiança e o apelo em liberdade, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autorize a prisão preventiva. O legislador, nesse dispositivo, disse apenas o óbvio...

Inafiançáveis são, também, os crimes contra a fauna, nos termos do art. 34 da Lei 5.197, de 3.1.67, com a redação dada pela Lei 7.653, de 12.2.88.

Observe-se que a fiança pressupõe um estado coercitivo ou iminência de estado coercitivo, vale dizer: somente poderá ser prestado, se a pessoa estiver presa, ou na iminência de o ser. Assim, se alguém for preso em flagrante, pronunciado ou condenado em sentença recorrível, dê que a hipótese comporte fiança, ela poderá ser prestada. Não assim, se a hipótese não a comportar ou, se se tratar de prisão temporária ou de prisão preventiva. Nesses dois últimos casos, em face da absoluta incompatibilidade existente. Idem, em se tratando de prisão civil, disciplinar ou administrativa.

17. Que é a fiança? É um sucedâneo de determinadas prisões processuais. É um sub-rogado da prisão em flagrante, da prisão resultante de pronúncia e de prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, nas hipóteses previstas em lei. Além de ser um sub-rogado de determinadas prisões provisórias, ela visa a assegurar, na hipótese de condenação, o pagamento das custas do processo, eventual multa, e na medida do possível

serve, também, para a satisfação do dano *ex delicto*.

Ao tempo do Império havia a fiança provisória. Prestada a fiança, e posta a pessoa em liberdade, procurava a Autoridade, após avaliação do bem caucionado (que às vezes demorava), saber se ele correspondia, ou não, ao valor arbitrado. Em caso positivo, a fiança se convolava em definitiva. Em caso negativo, a fiança podia ser revogada... Hoje já não mais existe fiança provisória. Por isso mesmo diz o art. 330 do CPP: "A fiança que será sempre definitiva..." A avaliação, se for o caso, se faz de imediato... Se bem que, em face dos valores da nossa fiança, nunca vi um caso em que alguém houvesse prestado fiança com outro bem que não o papel moeda...

Ela consiste em dinheiro ou valores outros, nos termos do art. 330 do CPP. Prestada a fiança, e uma vez lavrado o respectivo termo em livro próprio, o indiciado ou réu assume uma série de obrigações, como se vê pelo art. 329, parágrafo único do CPP. Trata-se de uma maneira de se substituir a prisão provisória por um determinado bem. Evidente que o indiciado ou réu não vai querer perder o bem dado como garante. Por isso mesmo, procura ele cumprir as obrigações que lhe forem impostas, para que a fiança não seja quebrada, com a conseqüente perda da metade do seu valor e, o que é mais grave, com a obrigação de ser recolhido à prisão.

Trata-se de uma maneira civilizada de se substituir a prisão daquele não definitivamente condenado por um determinado bem. Evidente, por outro lado, que a fiança para poder atuar como sucedâneo da prisão provisória deve ser considerável, a fim de que o indiciado ou réu sinta todo o peso da responsabilidade por eventual descumprimento das obrigações assumidas. Basileu Garcia dizia que o seu valor não devia ser muito alto de molde a se tornar impossível ao réu prestá-la. Discordamos. Deve ser bem

alto, precisamente para que o beneficiário saiba que aquele valor está substituindo sua prisão e, na hipótese de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, implicará perda da metade do valor dado como garante e, ao mesmo tempo, seu recolhimento ao cárcere. Tratando-se de pessoa pobre, cabe ao Juiz conceder-lhe a liberdade provisória sem fiança, exigindo-lhe, tão-somente, obediência àquelas exigências de que trata o art. 350 do CPP.

8. Limites da fiança

18. Qual o valor da fiança? Em face da Lei 7.780, de 22.6.89 e da Lei 7.789, de 3.7.89, substituindo o Salário Mínimo de Referência pelo BTN, esses os valores da fiança: 1) se a pena cominada à infração, no seu grau máximo, não ultrapassar dois anos, a fiança oscila entre 40 a 200 BTN; 2) a fiança será de 200 a 800 BTN, quando se tratar de infração punida, no seu máximo, com (quatro) 4 anos; 3) será de 800 a 4.000 BTN, quando a pena máxima for superior a (quatro) 4 anos.

O Governo aboliu os BTN. Seu último valor, de 30.1.91, era de 126,8621. Note-se que nos termos do art. 5.º da Lei 8.177, de 1.3.91, "a partir de 1.º de março de 1991, o valor nominal... dos BTN será atualizado, no primeiro dia de cada mês, por índice calculado com base na TR referente ao mês anterior". Assim, para facilitar a feitura do cálculo, procura-se o valor do BTN já atualizado pela TR do 1.º dia do mês anterior. Encontrado o valor, multiplica-se pelo número de BTN exigido como caução, e aí estará o seu valor. Os jornais das Capitais dos Estados publicam esses valores, diariamente, na seção de finanças ou economia. Vamos a um exemplo: hoje é 1.º.6.94. O Juiz arbitrou uma fiança em 100 BTN. Procura-se o valor do BTN do mês anterior, no caso, maio de 1994, que era de 731,9741. Multiplicando-se esse

valor por 100 (número de BTN arbitrado), teremos CR\$ 73.197,41 (setenta e três mil, cento e noventa e sete cruzeiros reais e quarenta e um centavos).

Tratando-se de crime de sonegação fiscal ou contra a economia popular a fiança oscila entre 10.000 a 100.000 BTN, nos termos do art. 325, § 2.º, II do CPP.

Conhecida a regra tarifária, restará à Autoridade competente dosar o *quantum* da fiança, individualizando-a. Da mesma forma que o Juiz deve individualizar a pena, cumpre, também, à Autoridade competente particularizar o valor da fiança, jamais se deslembrando que ela deve representar uma garantia equivalente à prisão processual que ela vai substituir.

Para individualizá-la, o art. 326 e os § 1.º e 2.º do art. 325, todos do CPP, ministram as regras necessárias. Deverá a Autoridade atentar para a natureza da infração (pena máxima cominada), as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do indiciado ou réu, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento. Alie-se a isto a circunstância apontada na última parte do art. 326 do CPP: o valor da caução servirá, também, para o pagamento da indenização do dano *ex delicto* e eventual multa, na hipótese de condenação.

Se o valor da fiança não for suficiente para atender a tais exigências, deixará ela de ser um sub-rogado da prisão provisória, nos casos previstos em lei, para adquirir um sabor de burlesco e ridicularia, com indisfarçável desprestígio para a dignidade da Justiça. Na prática, conhecida a pena cominada à infração, limita-se a Autoridade a analisar as condições pessoais de fortuna e a vida pregressa do indiciado ou réu. Observe-se: atenta-se para a situação de quem vai ser beneficiado e não daquele que presta a fiança.

Dependendo da situação econômica do

indiciado ou réu, a fiança poderá ser reduzida até o máximo de dois terços, seja pela Autoridade Policial, nos limites da sua competência, seja pelo Juiz. Pode, também, em razão dessa mesma situação econômica, ser aumentado o valor até o décuplo. Nesse caso, somente o Juiz é que poderá fazê-lo, nos termos do item II do § 1.º do art. 325 do CPP.

Em se tratando de fiança fixada na Lei 6.368, de 21.10.76, será ela atualizada, nos termos e forma estabelecidos no seu art. 30, § 2.º.

Nos crimes contra a economia popular ou sonegação fiscal, o valor da fiança oscila entre 10.000 a 100.000 BTN. Como os BTN se extinguíram em janeiro de 1991, considera-se o último valor do BTN em janeiro de 1991 (126,8621), atualizando-o, conforme esclarecido.

Nesses crimes, por força do item III do § 2.º do art. 325 do CPP, em face da situação econômica do indiciado ou réu, o limite mínimo ou máximo da fiança poderá ser reduzido, pelo Juiz, em até nove décimos ou aumentado até o décuplo.

9. Autoridade competente para arbitrar o valor da fiança

19. A fiança é arbitrada pelo Juiz. Contudo, na hipótese de flagrante, tratando-se de crime apenado com detenção (exceto sonegação fiscal e crime contra a economia popular) ou prisão simples, poderá fazê-lo a Autoridade Policial, nos termos do art. 322 *caput*, c/c o item I do § 2.º do art. 235 todos do CPP.

10. Extinção

20. A fiança se extingue de várias maneiras: pelo quebramento, perdimento, cassação, ou, então, quando fica sem efeito.

Dá-se o quebramento, quando o afiançado descumpre os ônus processuais que lhe foram impostos quando da concessão

da fiança, e aos quais fazem referência os arts. 327, 328, 329 e 341, todos do CPP. O quebramento implica perda da metade do seu valor em benefício do Estado (na hipótese de crime da alçada estadual), ou da União, em se tratando de infração da alçada federal, e a obrigação do indiciado ou réu recolher-se à prisão, nos termos do art. 343 do CPP.

Julgada quebrada a fiança e recolhido o indiciado ou réu à prisão, devolve-se metade a quem a prestou e a outra metade servirá para as despesas processuais e outros encargos a que estiver obrigado o afiançado e, se houver saldo, este será recolhido ao Tesouro Nacional, por meio de depósito na Caixa Econômica Federal ou Banco do Brasil, ou, sendo da alçada estadual o crime, na Caixa Econômica Estadual ou Banco do Estado.

Dá-se o perdimento, quando, condenado, não se apresentar à prisão. Nesse caso, nos termos do art. 345 do CPP, pagas as despesas e outros encargos, o que sobejar será recolhido aos cofres públicos.

A fiança também se extingue pela cassação, nos termos dos arts. 338 e 339 do CPP. São duas hipóteses: a) se a fiança concedida não for cabível, será cassada em qualquer fase do processo. Exemplo: a Autoridade Policial arbitrou fiança num crime de lesão corporal grave. Será ela cassada. Primeiro porque se trata de crime apenado com reclusão e a Autoridade Policial não tinha, como não tem, competência para o arbitramento. Segundo, porque nesse caso, em face do inc. V do art. 323 do CPP, tal infração é inafiançável; b) se houver inovação na classificação do delito. Exemplo: a Autoridade Policial julgou tratar-se de lesão leve e arbitrou a fiança. Na denúncia o Ministério Público entendeu tratar-se de lesão grave e pediu a cassação da fiança. Também se alguém for denunciado por crime afiançável, e, na sentença, houver desclassificação para um crime inafiançável, a fiança será cassada.

Nesse caso, a fiança será restituída a quem a prestou, e o indiciado ou réu recolhido à prisão. Dependendo do caso concreto, nada obsta possa ele ser beneficiado com a regra do parágrafo único do art. 310 do CPP, dès que não esteja presente qualquer dos motivos que autorizam a preventiva, e sua prisão tenha sido em razão de flagrante.

11. Fiança sem efeito

21. Embora a cassação da fiança a torne sem efeito, o certo é que o CPP fala, especificamente, em fiança sem efeito, nos arts. 337 e 340, parágrafo único. Assim, sem efeito ficará a fiança, se cassada, nos termos dos arts. 338 e 339 do CPP; sem efeito, ainda, se, na hipótese do art. 340, I, II e III do CPP, não houver reforço. Observe-se que o art. 581, V, do CPP, não fala em fiança sem efeito, e sim em inidoneidade da fiança. Por outro lado, falando aquele dispositivo em cassação da fiança e na sua inidoneidade, e não cuidando da fiança sem efeito, conclui-se que fiança inidônea é aquela que, não reforçada, tal como exige o parágrafo único do art. 340 do CPP, ficou sem efeito.

12. Reforço

22. Às vezes, a Autoridade, ao arbitrar o *quantum* da fiança, o faz sem maiores exames, tornando-a insuficiente; outras vezes, há uma depreciação ou perecimento dos bens caucionados ou hipotecados; pode, também, a infração ser objeto de inovação. Dá-se este último caso, quando da denúncia ou sentença houver uma qualificação jurídico-penal diversa, sem tirar o caráter de afiançável da infração, mas, de maneira a aumentar o valor do garante, tendo em vista a pena máxima. Assim, se em face da inovação, o delito passa a ser outro, alterando, desse modo, o valor do garante (atente-se para o art.

325 do CPP), a fiança deverá ser reforçada. Em todas essas hipóteses, será o indiciado ou réu, ou quem por ele prestou fiança, notificado a reforçá-la. Não o fazendo, a fiança, em face da sua inidoneidade, fica sem efeito e a consequência será a devolução do bem caucionado e o recolhimento do indiciado ou réu à prisão. Nesses casos, também, nada obsta se valha o interessado da regra contida no parágrafo único do art. 310 do CPP, se a prisão se deu em decorrência de flagrante.

13. Fiança sem objeto

23. Diz-se que a fiança fica sem objeto, quando houver absolvição com trânsito em julgado, ou quando for julgada extinta a punibilidade, nos termos do art. 337 do CPP. Evidente, também, que ela perderá o seu objeto se houver arquivamento do inquérito. Nesses casos, caberá a quem a prestou requerer ao Juiz sua restituição, devidamente atualizada. Quando se presta uma fiança, é dever da Autoridade competente fazê-la recolher em conta sujeita a juros e correção,

mesmo porque, na hipótese de a fiança perder seu objeto, quem a prestou não sofrerá prejuízo, em face da inflação que a todos sufoca. Por outro lado, se o processo se arrastar por algum tempo, e houver condenação, o valor original da fiança nem servirá para pagamento das custas. E, nesse caso, seria de uma insensatez sem nome, exigir-se do réu a complementação daquele valor defasado para pagar custas e cobrir outras eventuais despesas.

14. Condenação

24. E se o réu for condenado? Pagas as custas, se for o caso, eventual multa e satisfação do dano, o que sobejar (!!!) será restituído a quem a prestou.

15. Execução

25. Se a fiança consistiu em depósito de pedras, metais ou outros bens de valor, caberá ao Juiz das Execuções Penais determinar sua avaliação e venda, por meio de leilão ou corretor. Se se tratar de hipoteca, ao órgão do Ministério Público para a sua execução cível.

O DIREITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL ALEMÃO

HELIANA MARIA DE AZEVEDO COUTINHO

Jufza Substituta

1. Intervenção mínima do Estado e o Movimento de Descriminalização Penal no Estado Social de Direito — 2. A delimitação e conceituação do bem jurídico penal e social: a tutela dos direitos individuais e sociais — 3. As doutrinas de Goldschmidt, Erik Wolf e de Eberhard Schmidt e a promulgação das Leis de Direito Penal Econômico de 1949 e de Mera Ordenação Social de 1952 e de 1968 — 4. Aspectos fundamentais da Lei de Mera Ordenação Social Alemã (OWIG de 1968); censurabilidade, coimas, procedimento e órgão competente — 5. Conclusões. Bibliografia.

1. Intervenção mínima do Estado e o Movimento de Descriminalização Penal no Estado Social de Direito

O Estado Moderno passou por transformações históricas e sociais desde o surgimento do Estado Absolutista (Séc. XV), descrito pelas doutrinas políticas de Maquiavel e de Thomas Hobbes, até o surgimento no pós-guerra, do Estado do Bem-Estar Social.

A tripartição dos poderes esboçada por Aristóteles (*A Política*) foi delimitada por Montesquieu (*Do Espírito das Leis*) e consagrada em todas as modernas Constituições.

O estudo das formas de governo e a maior ou menor intervenção no âmbito privado e nas relações sociais do homem na sociedade civil é o “ponto inicial para a elaboração da Teoria da Ciência Jurídica e para a Teoria da Justiça, no sentido de que esta é o conjunto de valores, bens e interesses para cuja proteção e merecimento os homens se valem do Direito enquanto técnica de convivência”.¹

Durante o Estado de Polícia Iluminista amplia-se a esfera da Administração Pública com um profuso ordenamento policial sem a correspondente subordinação aos limites da legalidade e às garantias constitucionais de Direito.

O advento da Revolução Francesa e da Declaração de Direitos do Homem e a promulgação das Constituições, garantindo os direitos subjetivos fundamentais do cidadão, marcam a tripartição de poderes e os princípios da Legalidade e da Anterioridade da lei penal são elevados à categoria de normas constitucionais.

A formação do Estado de Direito formal faz com que a administração do aparato policial e a aplicação da justiça fiquem subordinadas a esses princípios constitucionais. A função do direito penal volta-se para a proteção preventiva de ameaças e perigos e repressiva das infrações que atingem os interesses primários tutelados pelo direito penal: direitos subjetivos, positivados em uma Constituição.² A vigência deste período, após

2. Jorge de Figueiredo Dias, “Jornadas de Direito Criminal”, in *Periódicos do Centro de Estudos Judiciários*, p. 319, traz elucidação ao tema ao dispor que “quando foi necessário

1. Norberto Bobbio, *A Teoria das Formas de Governo*, p. 14.

a promulgação da Constituição de Weimar (1914), prolonga-se até a ascensão de Hitler e a formação de um Estado Nacional Socialista, cuja intervenção no setor privado alarga o campo de aplicação do Direito Penal, açambarcando as condutas contrárias às políticas estatais como ilícitas e, portanto, merecedoras de penas criminais.

O aumento descontrolado de normas criminais em consequência da repressão do Estado Hitlerista buscando impedir comportamentos contrários a certos interesses sociais que visava realizar, em vez de utilizar uma adequada e diferenciadora política de prevenção, informação e assistência a condutas eticamente irrelevantes para a ordenação social, amplia o espectro de ação do direito criminal.

Trata-se do fenômeno da “hipercriminalização”, de acordo com os ensinamentos de Jorge Figueiredo Dias, como fruto da inflação incriminatória surge a legislação penal extravagante de caráter administrativo e conteúdo econômico-social cada vez mais abundante, fugindo ao controle dos órgãos de fiscalização e repressão, tanto do ponto de vista político-criminal como do ponto de vista dogmático.³

Neste período, surgem muitas normas penais em branco (*Blankettnormen*) e normas penais incriminadoras contra as práticas econômicas e administrativas (*Wirtschafts-und Verwantungsstrafen*), cujo controle é outorgado aos órgãos de repressão do Poder Estatal, sem respeito às garantias constitucionais e ao devido processo legal perante um Judiciário dependente e submisso às regras do Executivo ditador. Não era possível fa-

procurar um enquadramento jurídico para as ofensas a, exercício da referida atividade policial da Administração, ele foi encontrado no conceito de crime e contravenção e assim dentro do direito penal e das formas de infração”.

3. Jorge F. Dias, *idem*, p. 320.

zer-se uma distinção entre sanção criminal e sanção de mera ordenação social.⁴

Após a derrota do Governo Nacional Socialista, surge a necessidade de uma nova ordem, adaptada à satisfação das garantias do Estado Federal Democrático e Social (*Sozial-Rechtsstaat* consagrado na Lei Fundamental de 1949, art. 20,1), que garanta jurisdicionalmente os direitos subjetivos fundamentais, com uma legislação penal forte, porém, menos abrangente no tocante a comportamentos sociais eticamente indiferentes, que só afetam a política de bem-estar social (*Daseinvorsorge*).⁵

A intervenção mínima do Estado e o movimento de descriminalização penal são instrumentos de políticas públicas criados para a melhor conformação do direito penal, e também do direito administrativo e do direito econômico às exigências das relações sociais de uma sociedade dinâmica e em constante mutação. A desqualificação de uma série de condutas consideradas ilícitas penais e a redução do aparato policial e das investigações criminais, em relação a estes crimes, reduz a custosa movimentação da máquina judiciária, ao mesmo tempo em que redireciona-a para persecução e execução de sanções àqueles ilícitos que efetivamente afetam o bem jurídico tutelado pelas leis penais e constitucionais.⁶

4. Ebhard Schmidt, *Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 416 ss.

5. Manoel da Costa Andrade, *Contributo para o conceito de contra-ordenação*, p. 83: “A intervenção do Estado deixou de apelar para transcendentais “*raisons d’État*”, passando a responder às reivindicações da própria sociedade e a legitimar-se nela. O homem, recorda Fortsthoof, “vive não só no Estado mas também do Estado”. A assunção da *Daseinvorsorge* pelo Estado constitui assim, o fundamento e a legitimação de áreas cada vez maiores da atuação conformadora e, por isso mesmo, potencialmente repressiva do Estado”.

6. A descriminalização vai buscar a sua justificação primária e a razão de sua força em

2. A delimitação e conceituação do bem jurídico penal e social: a tutela dos direitos individuais e sociais

A função do direito penal moderno é a proteção dos bens jurídicos (*Rechtsgüterschutz*), apartando-se das controvérsias sobre a tutela da moral ou de padrões éticos sociais.

De acordo com as pesquisas jurídico-científicas de Amelung, a delimitação e conceituação do bem jurídico tutelado pelo Estado deve acompanhar a evolução histórica das transformações sócio-econômicas e mutação da relevância dos valores e interesses protegidos pelo ordenamento jurídico vigente.

Os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento penal devem estar, pois, individualizados, tendo como respaldo os direitos fundamentais descritos no corpo de uma Constituição. Direitos subjetivos públicos conclamados por uma ordenação axiológica jurídico-constitucional.⁷

uma proposição básica da política criminal. Proposição, segundo a qual, a política criminal própria de um Estado de Direito Material, Social e Democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com seus instrumentos próprios de atuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis às condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem. Por aqui somos conduzidos à problemática do ilícito de mera ordenação social (Jorge de F. Dias, *O Movimento de Descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, p. 232).

7. Jorge F. Dias, ob. cit., n. 2, p. 322. O bem jurídico surge como imanente do sistema ou antes como noção transcendente àquele e, portanto, como um padrão político criminal útil, só este último caminho é possível. Para melhor compreensão do sentido e alcance dos bens jurídicos no sistema penal alemão, principalmente, em relação aos crimes contra a religião e a moral ou o sistema político: Karl Amelung, *Rechtsgüterschutz und schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Athenäum, 1972.

Assim, a conseqüente subsunção do fato social e eticamente relevante à norma incriminadora, positivada no ordenamento jurídico-penal; a função punitiva assumida pelo Estado àqueles que com seu comportamento reprovávelousem contrariá-lo, só devem ocorrer dentro dos parâmetros legais, subordinados aos Princípios da Legalidade estrita e da submissão ao Poder Judiciário de toda lesão ou ameaça a direito.

Segundo Jorge F. Dias, daí derivam conseqüências para a exata compreensão do realinhamento do direito penal moderno e do surgimento do direito de mera ordenação social. "Em primeiro lugar, a de que não devem constituir crimes, nem caber no objeto do direito penal, todas as condutas que não violem bens jurídicos claramente individualizáveis, por mais pecaminosas, anti-sociais ou politicamente nocivas que elas se apresentem.

Em segundo lugar, a de que o mesmo deve suceder à condutas que, violando embora um bem jurídico, possam ser suficientemente contrariadas ou controladas por meios não criminais de política social; com o que a necessidade social se torna em critério decisivo de intervenção do direito penal: este, para além de se limitar à tutela de bens jurídicos, só deve intervir como *ultima ratio* da política social.

Em terceiro lugar, a de que bens jurídicos há que, sendo concretização de valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias, se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, formando o corpo daquilo que com razão se designará por *direito penal clássico* ou *de justiça*. Como outros bens jurídicos há que, sendo concretizações dos valores constitucionais, se relacionam com a atuação da personalidade do homem como fenômeno social, em comunidade e em dependência recíproca dela: ainda estes pertencem ao direito penal, em regra de caráter secundário, especial, extravagante

ou econômico-social. Pelo direito penal de justiça já não deverão ser abrangidas, porém, as condutas que, dada a sua neutralidade ético-social não mais permitam uma referência à ordem axiológica constitucional; mas se se entender que, apesar disso, elas devem ser contrariadas com sanções exclusivamente pecuniárias, de caráter ordenativo, é isso sinal seguro que estamos perante contra-ordenações, constitutivas de um ilícito de mera ordenação social.”⁸

Neste ponto, as constituições modernas consagram os direitos de primeira categoria: direitos fundamentais que dizem respeito ao próprio homem como espécie da raça humana, cuja vida, liberdade, propriedade são diretamente tutelados pelo ordenamento jurídico-penal dos Estados. Logo em seguida, mas com menor intensidade, são tutelados os direitos de segunda e terceira categoria: direitos sociais, coletivos, meta-individuais do homem, enquanto ser vivente em sociedade, inter-relacionando-se no âmbito econômico, trabalhista, educacional, sanitário, administrativo e ambiental com outros da mesma espécie e, portanto, igualmente (no aspecto formal) dignos de proteção por um estado intitulado Social e Democrático de Direito.

Por isso, deparamo-nos, hodiernamente, com esta descriminalização (*Entkriminalisierung*), descrita por Klaus Tiedemann, de condutas da vida social, que fez com que no curto espaço de menos de quinze anos, o direito das mera-ordenações fosse convertido num reservatório de condutas (*Tatensammelbecken*) infracionais de proveniência muito díspar daqueles crimes propriamente ditos. Ao lado de autênticas infrações administrativas (v.g., violações de informação, registro, contabilidade, preenchimento de formulários, contravenções de trânsito etc.), apareceu — por força de numerosas contravenções em

“contra-ordenações” — em especial, a extensa área de pequena criminalidade. Nem faltam no mais recente direito das meras ordenações os delitos de perigo abstrato orientado para a tutela tanto dos bens individuais como também dos supra-individuais.

3. As doutrinas de Goldschmidt, Erik Wolf e de Eberhard Schmidt e a promulgação das Leis de Direito Penal Econômico de 1949 e de Mera Ordenação Social de 1952 e de 1968

Propõem os Autores alemães uma visão histórica, fenomenológica e dogmática da divisão material (qualitativa) e também formal (quantitativa) da crescente independência do direito penal administrativo (*Verwaltungsstrafrecht*) do direito penal de polícia ou clássico (*Justiz-oder Kriminalstrafrecht*).⁹

À medida em que vão se desenvolvendo os debates doutrinários para a caracterização do direito penal secundário (*Nebenstrafrecht*).¹⁰ Aperfeiçoam-se concepções dogmático-normativas, paulatinamente, até a delimitação do sistema do direito de mera ordenação (*Ordnungswidrigkeitenrechts*) e a positivação de seus princípios, regras e procedimento nas Leis de Mera Ordena-

9. H. Mattes, *Untersuchung zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, p. 251 e ss., expõe em trabalho de pesquisa profundo sobre as controvérsias doutrinárias, que se desenvolveram desde a época de Feuerbach e von Liszt com a formulação do direito penal de polícia e a diferença entre este e o direito criminal até a concepção valorativa do direito para a convivência social do homem (*Begründung des Rechts aus der sozialen Wesenheit des Menschen*) os debates de Goldschmidt, Wolf e Eberhard Schmidt em prol da criação do Código Penal Econômico e finalmente do Código de Contra-ordenações Sociais de 1968, com as consequências para a Reforma Penal de 1975.

10. Eberhard Schmidt, *Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, p. 101.

8. Ob. cit. n. 6, p. 323.

ção Social (*Ordnungswidrigkeitengesetz*). A maioria dos países europeus, Itália, Espanha, Suíça, Portugal, Áustria, já aperfeiçoaram seu ordenamento jurídico-penal, adotando o sistema do direito de mera ordenação social.

Com a obra *Verwaltungsstrafrecht* publicada em 1902, James Goldschmidt abre o ciclo dos debates jurídicos sobre o Direito Penal Administrativo e Direito Penal de Polícia.¹¹

A doutrina desenvolvida por esse penalista alemão concentra-se na diferenciação material-qualitativa das infrações penais administrativas das de direito penal de justiça.

Parte Goldschmidt de uma contraposição entre as normas do Direito de Justiça (*Justizstrafrecht*), que considera o homem como ser individual e, conseqüentemente, a tipicidade está voltada para a descrição dos direitos juridicamente relevantes, gerando efeitos na ordem jurídica (*Rechtsfolgen*) das meras normas penais administrativas (*Verwaltungsstrafrecht*), que tutelam os planos sociais do Estado, considerando os indivíduos no seio social, com ordenamentos ou regulamentos administrativos (*Verwaltungsvorschriften*), dando causa a atuação do Estado-Administração.¹²

O critério diferenciador entre ambos os direitos deve ser buscado na maior ou menor ameaça ou lesão aos bens jurídicos tutelados por normas de direito penal ou por decretos penais adminis-

trativos.¹³ Portanto, há que se considerar o direito penal administrativo sob o prisma das infrações de política (*Polizei-strafrecht*) em termos de autonomia material e qualitativa destes direcionados contra o ordenamento do Estado-Administração.

A autonomia do direito penal administrativo é, pois, relativa em relação ao direito penal de justiça, porquanto deste não se aparta totalmente sendo um direito subsidiário ou secundário para as infrações de cunho meramente sociais e para a necessidade da preservação da ordem jurídica estatal, de onde resultam bens tipicamente administrativos ao lado de bens jurídicos primários, ancorados em portadores individuais. Logo, “o direito penal administrativo é um filho bastardo do direito e da administração. Sua fonte origina-se nos decretos policiais, que são, materialmente, apenas regulamentos administrativos no ordenamento jurídico em constante mutação”.¹⁴

A teoria desenvolvida por Goldschmidt, com o apoio de Frank, Belling, Otto Mayer, Dohna, Trops, transforma-se em um anteprojeto para a codificação legal do direito penal administrativo, porém sem lograr êxito naquela época de grande rigidez do ordenamento jurídico-penal.¹⁵

Erik Wolf introduz com sua obra, *O Lugar do Delito Administrativo Penal no Sistema Jurídico Penal* (1930), novos e importantes conceitos para uma mais profunda concepção dogmático-jurídica do direito penal administrativo.¹⁶

11. James Goldschmidt, *Verwaltungsstrafrecht*, Berlin, Carl Heymans, 1902.

12. Goldschmidt, idem, p. 222: O direito penal administrativo constitui-se materialmente de ordenamentos administrativos públicos, reguladores do bem-estar social (*Wohlfahrt*), interesses coletivos e sociais da administração social da existência dos homens (*Daseinsvorsorge*), enquanto do direito penal de justiça está adstrito à antijuridicidade descrita pela norma penal incriminadora, que tutela a liberdade e os interesses juridicamente reconhecidos do indivíduo.

13. Idem, ibidem, p. 225.

14. Goldschmidt, *Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts*, p. 213: “nur historisch zu verstehen, erscheint das Verwaltungsstrafrecht gleichsam als — sit venia verbo — Bastard von Recht und Verwaltung. Seine Hauptquelle, die Polizeiverordnungen, sind materielle Verordnungen in wesentlichen Rechtsgewande”.

15. H. Mattes, ob. cit. n. 10, p. 254 e ss.

16. Erik Wolf, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem Frank — Festgabe*, Band 2, s. 516 ff. Deutschland 1930.

Sua doutrina toma por base a autonomia material do direito penal administrativo, que ainda no aspecto formal estava ligado ao direito penal de justiça, devendo corresponder aos conceitos fundamentais e às categorias formais do direito penal: tipicidade, ilicitude, culpa (imputabilidade e censurabilidade).¹⁷

Afasta-se da teoria de Goldschmidt. Não busca exclusivamente a diferenciação material sobre bens jurídicos penais e administrativos, primários e secundários ou na função da justiça como garantidora única da estabilização da personalidade jurídica do homem; enquanto a função da administração exigia a participação ativa do cidadão, não bastando sua manutenção dentro dos limites do direito.¹⁸

As sanções penais ou administrativas penais diferenciam-se conforme a ilicitude da conduta do agente em relação ao dano individual ou social que produzem no sistema jurídico. "A pena administrativa não reage contra uma personalidade contrária ao direito, porquanto o autor deste delito não se mostra socialmente danoso ou perigoso, mas socialmente descuidado ou omissor, não cauteloso em observar as ordenações impostas pelo Estado para alcançar o bem-estar social".¹⁹ O autor de um crime é um ser anti-social, perigoso, por isso necessita de uma sanção penal, que garanta a retribuição ao mal cometido e que ao mesmo tempo possa resguardar a paz social. O autor de um delito administrativo, de uma lesão, de uma norma penal em branco ou de uma ameaça ou lesão de perigo abstrato, revela uma conduta eticamente indiferente pela falta de zelo social; em rigor não age ilícita mas apenas indiferentemente contra a ordem estatal para a manutenção do bem-estar social. (*Er tut*

nicht eigentlich umrecht, sondern ungut, unwohl).²⁰ Destarte, a diferença da natureza das sanções ou "reações" do Estado, refletem diretamente na repressão à conduta produzida pelo agente, enquanto a ilicitude está no próprio desvalor da conduta frente a um interesse, a um valor (*Sein-Wesen des Rechtsstaates*). Tomando por base a doutrina de Rudolf Smend e Georg Jellinek, dispõe Erik Wolf em três planos os valores tutelados pelo Estado: valores jurídicos, valores da autoridade executiva e valores do bem-estar social.

Desta tricotomia axiológica do poder estatal extraem-se as sanções, que pertencem ao direito penal de justiça ou ao direito penal administrativo, sendo competente para conhecer do primeiro o Poder Judiciário; do segundo, o Poder Executivo, no sentido dos órgãos que compõem a Administração Pública do Estado. O mais alto valor da Administração: o bem-estar (*Wohlfahrt*) constitui-se em fundamento ou princípio do direito penal administrativo, o mais alto valor jurídico: a justiça (*Gerechtigkeit*) constitui-se no fundamento do direito penal de justiça.²¹

O direito penal administrativo assume uma função dinâmica e impulsionadora da atividade do homem em sociedade, não permitindo que este seja omissor ou socialmente descuidado; o direito penal de justiça permanece em sua função garantidora e mantenedora dos direitos individuais do homem, assumindo um papel conservador e estático.²²

Erik Wolf contribuiu para a delimitação dos delitos de mera ordenação social e também para o conceito de delitos de bagatela (*Bagatelldelikten*), pela ilicitude graduada das condutas sociais e potencialidade de danos ínfimos para o cidadão, pelo mero descumprimento de

17. Idem, ibidem, p. 560.

18. H. Mattes, ob. cit. n. 10, pp. 234 ss.

19. Idem, ibidem, p. 262.

20. Erik Wolf, ob. cit. n. 17, p. 525.

21 e 22. Idem, ibidem, pp. 522, 585 e 586.

tarefas impostas a todos pelo Estado Social.

A doutrina de Eberhard Schmidt, tomando por base as lições dos penalistas anteriores, revelou-se profícua em seus objetivos pragmáticos, traduzindo-se na elaboração das Leis de Direito Penal Econômico (*Wirtschaftsstrafgesetz* de 1949) e nas subseqüentes Leis Quadro de Mera Ordenação Social (*Ordnungswidrigkeitengesetz* de 1952, reformulada em 1968).

O direito penal de ordem, ou simplesmente, direito de mera ordenação social (*Ordnungsstrafrecht*) tomava por base a imposição de medidas sancionatórias do Estado, denominadas *Geldbusse* (Coimas).²³

A aplicação de censuras (*Gelbusse*), desprovidas de qualquer mácula ético-social por operadores econômicos ou administrativos, funcionários pertencentes aos quadros da Administração Pública, revela a natureza jurídica deste instrumento de controle estatal, traduzida como uma advertência meramente ordenativa e social, desprovida do sentido de expiação ética ou retribuição da sanção criminal, que visa penalizar e ressocializar o agente perigoso à sociedade.

Assim, ressalta Eberhard Schmidt, “a Administração Pública limita-se a reagir contra a desobediência de certos imperativos, visando, mediante o forte apelo

em que se traduzem, tornar sensíveis as suas intenções”.²⁴

A Comissão composta para a criação do CP Econômico (*Wirtschaftsstrafgesetz* de 1949) fez muitas críticas a definição de um tipo especial de ilícito (*Zu widerhandlung gegen wirtschaftliche Vorschriften*) de caráter ambivalente que podia tanto ser um ilícito penal como uma mera ordenação, deixando uma larga margem de atuação do legislador para a criação de tipos abertos, que seriam preenchidos por agentes públicos. Estes ilícitos foram elencados nos arts. 7 e 22 da *Wirtschaftsstrafgesetz*, sendo denominado de “fórmula mágica” (*Zauberformel*) de onde extraíam-se as diferenças qualitativas para a imposição de penas ou de coimas, de acordo com a natureza do fato (*nach der Natur der Sache entsprechend*).²⁵ Esta conceituação objetiva do ilícito ensejou a criação de tipos mistos de ilícito (*Mischtatbestände*), isto é, infrações abstratamente qualificáveis como crimes ou contravenção em função das circunstâncias concretas e da apreciação pelos órgãos repressores do Estado.

24. Eberhard Schmidt, “Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Erinnerungen an die Arbeiten der Wirtschaftsstrafrechtskommission (1947-1949)” p. 424. H. Mattes ob. cit., pp. 251 e ss. faz um profundo estudo sobre a origem, natureza jurídica e diferenciação entre *Geldbusse* e *Kriminalstraf* no ordenamento jurídico-penal alemão.

25. Eberhard Schmidt, ob. cit., p. 423: “Ob die Wirtschaftsbehörden oder die Staatsanwaltschaften zu bestimmen hatten, ob ein wirtschaftlicher Verstoß im Funktionsbereich der Justiz oder in dem-jenigen der Verwaltung zu erledigen sei, das ist keine rechtsstaatliche Lösung der von der Wirtschaftsstrafrechtskommission zu meisternden Aufgabe gewesen. Von den machtsstaatlichen Perversion de überkommenen Wirtschaftsstrafrechts ist nur zu loszukommen gewesen, wenn es gelang, ein für Justiz und Verwaltung gleichermaßen verbindliches, materielles, Kriterium gesetzliche festzulegen, nach welchen”.

23. O *nomen juris* Coimas, que tomo a liberdade de citar em várias partes deste trabalho, foi mencionado, pela primeira vez, pelo penalista português, Eduardo Correia, para caracterizar o pagamento de certas quantias em dinheiro, com o sentido de censura ou advertência puramente social, diferenciando-as das multas, designativas de sanção penal pecuniária (*Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, p. 273). O Dec.-lei 433 de 27.4.82 — Lei que institui o ilícito de Mera Ordenação Social no Ordenamento jurídico português, dispõe em seus arts. 1.º e 17 sobre a natureza da coima e sua aplicação.

Para tentar solucionar a controvérsia, propõe Eberhard Schmidt um critério objetivo de apreciação da conduta do agente (censurável ou culpável) para a aplicação da sanção penal ou de simples coima e também a utilização de *índices conceituais-formais* para orientar o legislador em sua escolha em relação a zonas limítrofes entre o ilícito penal e o ilícito administrativo penal, nas quais poderia ocorrer a perda de parâmetros para a elaboração do tipo de ilícito. Este critério formal de distinção quantitativa dos ilícitos foi introduzido pelo art. 6 da *Wirtschaftsstrafgesetz* de 1949.²⁶

O desenvolvimento das doutrinas dos penalistas alemães culminou na promulgação em 25.3.52 da primeira Lei Quadro do Direito de Mera Ordenação Social (*Ordnungswidrigkeitengesetz* de 1952).²⁷

Esta primeira lei quadro trouxe importantes inovações para a conceituação da figura da contra ou mera ordenação social dentro do sistema penal, porquanto estabeleceu a autonomia do direito penal econômico-administrativo, introduzido em leis posteriores, ao mesmo tempo em que

estabeleceu a diferenciação do ilícito anti-social do ilícito criminal na análise de cada caso e em relação à conduta contrária à norma conformadora do Estado, quando este intervém no domínio administrativo ou econômico para assegurar o *Daseinsvorsorge* do Estado Social de Direito.²⁸

A segunda Lei Quadro do Direito de Mera Ordenação Social, introduziu algumas reformas na lei anterior, principalmente no que diz respeito à eliminação dos tipos mistos (*Mischtabestände*), que remanesciam da antiga Lei *Wirtschaftsstrafgesetz* de 1949, com o aperfeiçoamento dos procedimentos para a aplicação das coimas, descritas as condutas e a censura correspondente em outras leis extravagantes. Como p. ex., em relação às contravenções de trânsito (*Verkehrsstrafenrecht*) e contravenções sobre práticas restritivas da concorrência (*Kartellgesetz*), que sofreram o processo de descriminalização.²⁹

Com a reforma penal de 1975 (EGStGB) consolidou-se o processo de separação das meras ordenações sociais, antes consideradas contravenções penais (*übertretungen*) juntamente com os cri-

26. Eberhard Schmidt, ob. cit., p. 426. H. Mattes, p. 179, a introdução destes critérios adicionais quantitativos para delimitar as zonas limítrofes ficou consagrado na Doutrina Alemã como *Schmidtsche-Formel*. Muitos autores alemães (H. H. Jescheck, H. J. Hirsch) contestam a existência de qualquer critério material de distinção e fazem assentar esta, em definitivo, tão-só numa diferença quantitativa, descrita pela fórmula de Schmidt. Porém, prefere Jorge F. Dias fundamentar sua distinção em um critério material, antes que qualitativo entre ambos os ilícitos, tomando como critério a valoração legal da conduta, ou seja, ao desvalor da conduta, *indiferente eticamente*, a que não corresponde um mais amplo desvalor moral, cultural ou social, sendo, pois *axiologicamente neutral* (Jorge F. Dias, ob. cit., n. 2, p. 364 e notas).

27. E. Göhler, "Einführung des Ordnungswidrigkeitengesetzes", pp. 9-21.

28. Para aprofundamento sobre as inovações introduzidas pela "Ordnungswidrigkeitengesetz-OWIG" de 1952: H. Mattes, ob. cit., p. 234 ss.; Tiedemann, ob. cit., p. 286; W. Knapp, *Das Recht der Ordnungswidrigkeiten*; J. Bohnert, *Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts*; P. Hünnerfeld, *A Pequena Criminalidade e o Processo Penal*; H. H. Jescheck, *Das Deutsche Wirtschaftsstrafrecht*.

29. H. Mattes, ob. cit., n. 10, p. 53 e ss., elenca uma série de leis administrativas que trazem em seu bojo a descrição de contra-ordenação, culminando como censura uma *Geldbusse*, e outras que descrevem tipos penais *Vergehen*, ou seja, na fronteira entre ambos ilícitos, v.g., *Atomgesetzes*, arts. 45, § 1, alíneas 1-5 e 11, § 1, alínea 1 *Passgesetz sind Vergehen*; 58, § 1, alíneas 2, 6, 8, 12 da *Luftverkehrsgesetz* e 12, § 1, alínea 1 da *Mühlengesetz sind Ordnungswidrigkeiten*.

mes (*Verbrechen und Vergehen*) descritos pelo CP Alemão (StGB). Muitas foram extintas e outras transformaram-se em ilícito de mera ordenação.³⁰

Johannes Wessels, comentando a Reforma Penal de 1975, dispõe que a nova parte geral do *Strafgesetzbuch* não mais reconhece a tripartição das infrações penais, pois as contravenções deixaram de existir e passaram para uma nova categoria: mera ordenação social, censuráveis com uma coima (*Geldbusse*), de competência dos órgãos da Administração Pública. Os tipos penais constituem-se em *Verbrechen*, apenados com no mínimo, pena privativa de liberdade de um ano ou mais (§ 12, I do StGB) e *Vergehen*, apenados com uma pena privativa de liberdade de curta duração ou com pena de multa (§ 12, II do StGB), cuja competência para julgá-los pertence ao Poder Judiciário.³¹

O movimento de descriminalização ganhou contorno definitivo e foi positivado com a introdução das Leis de Mera Ordenação, espraçando-se por todas as áreas do sistema jurídico alemão e, conseqüentemente, refletindo-se na melhor administração da justiça pela movimentação mais rápida da máquina judiciária, que ficou livre das contravenções e delitos de bagatela.³²

É importante ressaltar que sob o aspecto constitucional, a nova sistemática do direito de ordenação social e a imposição de coimas pelos órgãos da Administração Pública competentes para fiscalizarem os decretos ordenativos, foi constitucionalmente corroborada pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão, em perfeita consonância com o art. 92 da Lei Fundamental (*Grundgesetz*), que dispõe sobre a competência do Poder Judiciário.³³

30. Göhler, ob. cit., pp. 11 e 12.

31. Johannes Wessels, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 5.

32. P. Hünerfeld, ob. cit., p. 57.

33. "Bundes Verfassungsgericht in Beschluss von 16.7.69, N. J. W. 1969", p. 169: o ponto

4. Aspectos fundamentais da Lei de Mera Ordenação Social Alemã (OWIG de 1968).

Censurabilidade. O art. 1.º da *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWIG) conceitua a mera ordenação social, como sendo uma conduta ilícita e *censurável*, que preencha o tipo legal descrito em uma lei, cuja reprimenda comine uma *Geldbusse*.³⁴

A conduta é descrita como apenas censurável (*Vorwerfbarkeit*), pois o desvalor da conduta praticada pelo agente representa uma ilicitude anti-social, eticamente indiferente e irrelevante para atingir o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. O agente não se conduz dolosa ou culposamente (*Schuldhaft*), apenas merece uma censura por meio de coima por ter se omitido ou ter contrariado seu dever de cidadão dentro do Estado Social.

A culpabilidade foi atingida diretamente pelo legislador, pois o conceito de culpa *stricto sensu* está ligado ao elemento ético-social relevante da tipicidade penal, que não pode ser sancionado com uma simples *Geldbusse*.³⁵

central da discussão voltou-se para a competência material do Poder Judiciário (GG, art. 92), que diante do princípio da Legalidade deve aplicar sanções criminais, após o devido processo legal, porém a coima foi determinada para o novo ilícito de mera ordenação, irrelevante eticamente para uma apreciação valorativa da máquina judiciária, de interesse tão-só para a Administração Pública aplicar a *Daseinvorsorge*, apartando-se dos limites estritos do princípio da Legalidade e tomando como princípio Informador o da Oportunidade (*Opportunitätsgrundsatz*) para a atuação discricionária (*Ermessenbeschluss*) do agente público, quando previsto pela norma administrativa (Knapp, ob. cit., p. 612).

34. Göhler, OWIG, art. 1.º: "Begriffsbestimmung. (1) Eine Ordnungswidrigkeit ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbusse zulässt".

35. Knapp, ob. cit., p. 612.

Geldbusse (Coimas). O conceito de coima do art. 1.º (2) é fundamental para o direito de mera ordenação. Este caracteriza materialmente a conduta anti-social.

“A coima é uma sanção aplicada a uma conduta anti-social, descrita como tipo de mera ordenação social por uma lei, de acordo com a alínea 1, independentemente do caráter censurável do fato”.³⁶

A coima é o instrumento sancionatório utilizado pelo agente público, que por meio de uma análise discricionária do fato e da conduta do arguido, pode impor-lhe uma censura, uma reprimenda estabelecida por uma quantia em dinheiro prevista pela Lei de Mera Ordenação Social (*Ordnungswidrigkeitengesetz*, art. 17) ou por outras leis, que descrevem a tipicidade e a coima.

Procedimento e órgão competente. O procedimento de aplicação das *Geldbusse* às meras ordenações sociais é bastante simplificado e mais célere, sem a rigidez dos princípios informadores do Direito Processual Penal, bem como não prevê uma fase investigatória e outra acusatória em Juízo.

De acordo com os arts. 35 a 110 da *Ordnungswidrigkeitengesetz*, as medidas são aplicadas pelo agente público competente, de acordo com as leis determinativas de fiscalização e previsão, porém, deve o funcionário verificar se estão presentes os pressupostos subjetivos (censurabilidade) e objetivos ou materiais: tipicidade da conduta despida da expiação ética para aplicação formal da coima. A análise destes pressupostos está adstrita a uma certa discricionariedade (*Ermessen*) do órgão administrativo, tomando como fundamento o Princípio da Oportunidade (*Opportunitätsgrundsatz*,

art. 47 da *Ordnungswidrigkeitengesetz-OWIG*).³⁷

Se, porém, houver concurso de crime e de mera ordenação social ou se o agente tiver de responder por ambos os delitos, intervirá o órgão do MP. O procedimento deve ser judicial (art. 47, II, OWIG).

Há possibilidade de conversão do procedimento administrativo em judicial, pois o Tribunal não está limitado pela decisão administrativa anterior e nem tampouco à análise material dos pressupostos fáticos para a tipicidade da mera ordenação, podendo o órgão do MP requisitar os autos do procedimento e convertê-lo em processo criminal perante o Poder Judiciário. Abrir-se-á ao arguido oportunidade para defesa, após sua citação quando da mudança de instância, ou melhor, de justiças (art. 81 da OWIG).³⁸

5. Conclusões

O estudo do sistema jurídico de Mera Ordenação Social e a análise dos princípios doutrinários introduzidos pelos penalistas alemães, constituem importante fonte para o aprofundamento das nossas pesquisas e para o aperfeiçoamento do nosso sistema jurídico-penal.

Em primeiro lugar, destaca-se o movimento de descriminalização iniciado no pós-guerra na Alemanha Ocidental, que vem crescendo em importância e se alastrando por todos os países do continente europeu, com o objetivo de delimitar a intervenção do Estado no âmbito privado e com o intuito de agilizar e reprimir crimes hediondos, tráfico de

37. Knapp, ob. cit., p. 616: “Die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten liegt im pflichtmäßigen Ermessen der Verfolgungsbehörde. Solange das Verfahren bei ihr anhängig ist, kann sie es einstellen”.

38. Para aprofundamento sobre o procedimento judicial v. Göhler E. Kapp, ob. cit., pp. 53, e ss., 615 e ss.

36. Göhler, OWIG, art. 1 (2) “Eine mit Geldbusse bedrohte Handlung ist eine rechtswidrige Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes im Sinne des Absatzes 1 verwirklicht, auch wenn sie nicht vorwerfbar begangen ist”.

entorpecentes e outros de alta repercussão social, deixando para órgãos administrativos e tribunais especiais de pequenas causas as contravenções e delitos de menor potencialidade ofensiva à ordem social e ao equilíbrio das relações econômicas e políticas. Dentro desta nova concepção do direito penal, corroborada pela doutrina Social da Ação (*Social-rechtslehre*) seguida por modernos penalistas alemães como Klaus Tiedemann, Hans-Heinrich Jescheck, Johannes Wessels, Arthur Kaufmann, entre outros, atribui-se ao autor de uma infração a culpabilidade ou censurabilidade, à medida em que sua conduta seja relevante ou não para a comunidade onde vive, ou seja, à medida em que aja com consciência e vontade e com desvalor em sua conduta, desprezando os interesses relevantes tutelados pela Constituição e Leis Penais vigentes.

A intervenção do Estado Moderno para reprimir e sancionar os crimes que ofendem bens jurídicos básicos, como a vida, a liberdade e a propriedade dos cidadãos deve ser constantemente aperfeiçoada e adaptada às maiores exigências de uma sociedade complexa e influenciada por meios de comunicação de massa, que controlam as informações e direcionam os costumes e os comportamentos sociais.

A desqualificação penal dos delitos de bagatela e das contravenções penais, ofensivas contra o Estado Social de Direito, mereceu uma análise ético-social profunda pelos juristas alemães, culminando nas Leis Quadros de Mera Ordenação Social, na adaptação dos órgãos da Administração Pública e Tribunais Especiais e na reformulação de procedimentos, mais simplificados e mais céleres tanto quanto mais automatizados para solucionar estes litígios de menor potencialidade lesiva e desafogar os Tribunais e Juízos de 1.ª Instância. Ambos, por sua vez, sem uma sobrecarga de trabalho, podem concentrar-se na eficiência

e aprofundamento dos casos mais graves e na maior celeridade de entrega da prestação jurisdicional.

Em segundo lugar, há que se fazer referência aos princípios básicos de direito processual penal em relação aos princípios norteadores do direito de mera ordenação social. Os princípios da Legalidade, do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa, da Oficialidade, da Individualização da pena, entre outros, que garantem a defesa das liberdades públicas dos cidadãos, são observados. No entanto, como as condutas são consideradas penal e eticamente indiferentes outros princípios são considerados para a devida solução dos pequenos litígios. Entre esses destacam-se o Princípio da Oportunidade de apreciação discricionária pelos agentes públicos diante dos fatos que se lhe apresentam, da Informalidade do Procedimento, das Citações e Intimações por vias postais, da Instrumentalidade das formas processuais e da utilização de critérios previstos em leis esparsas para a imposição das coimas por órgãos administrativos competentes e da apreciação da conduta ilícita perpetrada pelo agente, tomando como pressupostos a censurabilidade e desvalor da conduta frente ao ordenamento social.

As conseqüências positivas da nova estruturação do ordenamento jurídico constitucional-penal têm sido relevantes nos países que adotaram este direito de terceira geração ou de mera ordenação social, principalmente desafogando o intenso trabalho dos juízes e Tribunais, deslocando para órgãos administrativos e tribunais especiais o julgamento e execução das sanções pecuniárias dos ilícitos de menor potencialidade ofensiva.

A CF de 1988 (art. 98, I) prevê a criação de juizados especiais, por meio de lei, para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis e de infrações penais de menor potencialidade ofensiva

por meio de procedimentos simplificados.

A criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas Cíveis tem trazido bons resultados, aproximando o Poder Judiciário da população mais carente e contribuindo para a distribuição da justiça e para o engrandecimento e revalorização de nossa Instituição dentro de um Estado Democrático de Direito.

Não obstante a previsão constitucional para a criação dos Tribunais de Pequenas Causas Penais, pouco de concreto a este respeito tem sido feito até o momento.

Destarte, as idéias esboçadas neste trabalho visam, antes de tudo, à reflexão e ao debate para o aperfeiçoamento de nossas instituições democráticas. E, principalmente, para mitigar as severas críticas feitas à morosidade da máquina Judiciária, porquanto poucos se lembram de que este Poder, como os demais no jogo de balanços e contrapesos, depende da atuação efetiva dos Poderes Legislativo e Executivo para dar equilíbrio a organização estatal e consolidar o primado do Estado Social e Democrático de Direito.

Bibliografia

- ANDRADE, Manoel da Costa: "Contributo para o Conceito de Contra-Ordenação", in *Revista de Direito Econômico* 6/7 (1980/1981), pp. 81-117, Lisboa, Portugal, 1981.
- BOHNERT, Joachim: "Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts", in *Jura* 1984, Heft 1, pp. 11-22, Deutschland.
- CORREIA, Eduardo: "Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social", in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XLIX, pp. 257-281, Portugal, 1973.
- DIAS, Jorge Figueiredo: "O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social", in *Jornadas de Direito Criminal*, Centro de Estudos Judiciários, Fase I, pp. 318 e ss., Portugal, 1983.
- "Para uma dogmática do Direito Penal Secundário", in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Portugal, Coimbra Editora pp. 116, 117, 263; 198, 330, 364 do ano de 1983/84; 7, 46 e 72 do ano de 1984/85.
- FORSTHOFF, Ernest: *Der Staat der Industriegesellschaft*, Muenchen, C. H. Beck, 1971.
- GOEHLER, Erich: "Einführung in der Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts", in OWIG, Beck-Texte Verlag Muenchen, 7.º Auf., 198.
- GOLDSCHMIDT, James: "Was ist Verwaltungsstrafrecht?" in *Deutsche Strafrechtszeitung*, Heft 4/5 pp. 222 e ss., Deutschland, 1914.
- "Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts", in *Deutsch-Juristen-Zeitung VII*, pp. 212 ss., Berlin, 1902.
- HUENERFELD, Peter: "A Pequena Criminalidade e o Processo Penal", in *RDE* 1978, pp. 25 e ss.
- KNAPP, Wolfgang: "Das Recht der Ordnungswidrigkeiten", in *Juristische Schulung*. September 1979, Heft 9, pp. 609-618.
- MATTES, Heinz: *Untersuchung zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Band 2./2 Duncker & Humboldt, Berlin, 1982.
- SCHMIDT, Eberhard: "Probleme des Wirtschaftsstrafrechts", in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Mai, 1948, pp. 225 e ss.
- "Straftaten und Ordnungswidrigkeiten Betrachtung zum Entwurf eines Gesetzes über".
- "Straftaten und Ordnungswidrigkeiten Erinnerung an die Arbeiten der Wirtschaftsstrafrechtskommission (1947-1949), Festschrift für Adolf Arndt", Frankfurt a.M., 1969.
- "Rechtsnot in Wirtschaftsstrafrecht und ihre Ueberwindung", *SJZ*. 1948, p. 564.
- TIEDEMANN, Klaus: "Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat", in *OJZ*, 1872, pp. 285 e ss., Wien 1972.
- Roxim/Arzt: "Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, C. F. Müller Verlag", 1983.
- "Tendences Mondiales d'Introduction de sanctions Nouvelles pour les Crimes en Col Blanc", in *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, pp. 127-153, Ed. Revan, México, 1977.
- WESSELS, Johannes: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 13.º Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1988.
- WOLF Erik: "Die Stellung der Verwaltungsdelikte", in *Strafrechtssystem*, Frank-Festgabe, Band 2. s 516, Deutschland, 1930.

2 — DOCTRINA NACIONAL

LESÕES NO FETO: PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS

Professor na Universidade de Santa Catarina
Advogado da Justiça Militar — SC

1. Observações preliminares — 2. Lesões no feto — 3. Discussão do tema —
4. Algumas hipóteses — 5. Interferência do intérprete — 6. Implicações jurídico-penais — 7. Observações finais.

1. Observações preliminares

Qual a proteção jurídico-penal do feto, no Brasil, no que tange à sua integridade física e mental? Dirigida a pergunta à tutela de sua *vida*, exclusivamente, obtém-se uma resposta mais ou menos fácil. Protege-a o Código Penal em vigor através da cominação de pena para a prática de aborto, somente permitida, em caráter excepcional, em caso de risco de vida para a gestante e de gravidez decorrente de estupro (CP, arts. 124 a 128). É claro que, à luz do Direito e, não, da Lei, outras hipóteses de licitude podem ser aventadas, mas o tema em si escapa do objeto e limites deste artigo.

Igualmente o reverso da questão é aqui abandonado. É que se mostram insuficientes, em termos de justiça quanto à gravidade do fato e, pois, de correspondente advertência ao criminoso, as penas do aborto cometido *sem* consentimento da mãe. O legislador brasileiro continua preocupado, de preferência, com os crimes de natureza patrimonial. A vida e a integridade física do ser humano (aí incluído o feto em sentido amplo) permanecem como bens jurídicos de igual ou menor importância, sob vários aspectos e determinadas condições. O relógio da gestante, por exemplo, subtraído mediante violência ou grave ameaça, está

mais protegido do que o pequeno ser que carrega em seu ventre.

Este, afinal, se ainda não nasceu, não pode ser “subtraído” ou “sequestrado”, isoladamente. E, mesmo depois de nascido, jamais alcança a dignidade de “coisa” de valor econômico. As penas relativas aos delitos que ofendem gravemente o ser humano em sua integridade física, em sua liberdade e dignidade (por exemplo: calúnia, constrangimento ilegal, seqüestro, subtração de incapazes, lesões corporais etc) são relegadas a segundo plano se comparadas com aquelas que se destinam aos delitos de natureza patrimonial. A exceção confirma a regra: o recrudescimento da punição prepondera nas ofensas que tiverem alguma conotação de lucro ou vantagem econômica.

2. Lesões no feto

Voltemos ao feto. E se ele sofrer alguma lesão física ou mental? Procura a legislação penal pátria preservar a integridade de seu corpo, de seus olhos, ouvidos, nariz, garganta, cérebro, ossos, rins, sistema nervoso, pulmões, fígado, braços pernas ou de qualquer outro órgão, função ou sistema?

Nenhuma dúvida, na resposta, se a lesão está associada a uma tentativa de

aborto, ou aborto consumado. Em ambos os casos, todavia, o que se pune é sempre o delito de aborto, o que significa dizer que tão-somente a *vida* do feto seria suscetível de amparo jurídico-penal. Inexistiria crime — tema em discussão neste artigo — se conduta e resultado se limitassem à lesão corporal, por mais grave que ela em si mesma se revelasse.

É o que se deduz, com lógica rigorosa, da indicação da vítima do crime de lesões corporais pela opinião praticamente unânime da doutrina penal brasileira.

Qual o texto-base do Código Penal? Ei-lo: “Art. 129 — Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena — detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano.”

Quem seria esse “outrem” mencionado pelo dispositivo legal? Ele corresponderia à figura do “alguém” do crime de homicídio. Seria a pessoa humana, cuja identificação exige no mínimo, por extensão, ou autonomia da norma penal, o início do parto, já que a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida (CC, art. 4.º). Em consequência, haja vista o princípio da legalidade (CF, art. 5.º, XXXIX; CP, art. 1.º), o dano ao corpo e saúde do nascituro não teria qualquer relevância jurídico-penal, salvo na hipótese de aborto consumado ou tentado.

3. Discussão do tema

Entendo correta a assertiva desde que se admita o crime de lesões corporais no caso de sobrevivência do feto, a partir do nascimento ou início do parto. Falo em nascimento ou início do parto em face da correlação *homicídio/lesão corporal*, com respeito à vítima. Compreende-se que o “alguém” do homicídio dependa, no mínimo, de um início de parto. A razão é de ordem lógico-sistemática. O infanticídio (CP, art. 123) constitui “espécie” do “gênero” homicídio. O legislador, ao assinalar o parto como uma das condições da possibilidade jurídica

(tipicidade) do infanticídio, auxilia o intérprete na conclusão de que essa condição primordial se estende ao homicídio. O parto, explicitado no art. 123, demarcaria implicitamente, por empréstimo e interpretação lógico-sistemática, os limites entre aborto e homicídio. Antes do parto: crime de aborto. Depois do parto: crime de homicídio (ou de infanticídio, se for o caso).

É certo que inexistente entre nós crime de aborto culposos, por força do parágrafo único do art. 18 do CP. Poder-se-ia então argumentar que não sendo possível a *morte* culposa do feto não faria sentido a punição da *lesão corporal* culposa. O argumento, até certo ponto correto, é desnecessário. O que importa é verificar-se com rigor absoluto a ausência de tipicidade na lesão corporal sobre o feto se ausente o dolo de aborto.

Acrescento, porém: contanto que a sobrevivência do feto não atinja o processo de parto. Porque a partir desse momento, ou pelos menos do nascimento com vida, já se está diante de uma pessoa capaz de direitos e obrigações na ordem civil e, é claro, de uma pessoa sob maior tutela e proteção do ordenamento jurídico-penal. Assim, a criança que por dolo ou culpa de outrem nascesse com algum defeito físico (por exemplo, com um braço amputado ou atrofiado; cegueira, surdez etc.) se revelaria, com clareza meridiana, vítima de lesão corporal. Eliminada a hipótese de tentativa de aborto (mesmo nesse caso, o fato da lesão teria de concorrer para o agravamento da pena em concreto) restaria indubitável o dano à saúde ou integridade corporal.

Há quem possa insistir em que o único delito relacionado com o feto, na condição de vítima, previsto pelo Código, é o de aborto. Em consequência, somente por analogia *in malam partem*, incompatível com o Estado de Direito, se condenaria alguém que provocasse lesões no feto sem ter agido com dolo de aborto.

Acontece que concordo plenamente com a assertiva. Independentemente do acerto ou desacerto da legislação há que se respeitar, a qualquer preço, a estabilidade das instituições que protegem o indivíduo diante do poder organizado.

O que advogo, e defendo, é diferente. Sabe-se que o feto pode resistir a agressões externas (diretamente contra o seu corpo ou através do corpo de sua mãe) e no entanto sobreviver, nascer para o mundo, ingressar na adolescência, alcançar a longevidade e, finalmente, morrer. Por que ser tratado de modo discriminatório numa época em que se luta com denodo, apesar dos pesares, contra toda e qualquer forma de preconceito?

Continua respeitado, a meu ver, o princípio da reserva legal. Feto que nasce, e vivo continua, já não é mais feto, é homem, é alguém, é o *outrem* do crime de lesões corporais, na expressão do Código. Tivesse ele morrido, antes de parto, nenhuma dúvida quanto à ausência de crime, por imprevisão do sistema. Ao sobreviver, e ao se dar conta das seqüelas de condutas irresponsáveis (culpa) ou acentuadamente criminosas (dolo), não pode e não deve sentir-se discriminado no âmbito de suas relações de convivência social.

4. Algumas hipóteses

É claro que todas as conquistas do moderno Direito Penal teriam que ser observadas, notadamente no que diz respeito à hipótese de culpa em sentido estrito. A dúvida continua beneficiando o réu.

No plano teórico-penal, todavia, o crime é perfeitamente possível. Basta que se imagine uma gravidez notória e, em contrapartida, a violência de terceiros contra o corpo da mulher. A incerteza quanto ao dolo eventual de aborto não descarta o dolo ou culpa de lesão sobre o feto, mantida e preservada após o nascimento com vida. Já se faz cirurgia

com êxito, em benefício de feto, antes do parto. Como negar-se que se possa, alternativamente, provocar-lhe danos irreversíveis em razão de grave imperícia, ou grave imprudência, ou grave negligência e até mesmo através de ação dolosa, por motivos inconfessáveis?

Examine-se agora a conduta do motorista que, ciente da visível gravidez de sua acompanhante, dirige com excesso de velocidade a ponto de perder o controle do veículo e provocar, com o acidente, o parto prematuro, seguido de graves e irreversíveis lesões na pobre criança. O motorista seria réu de lesões culposas na gestante, diria o desavisado penalista. Nada mais.

Pois bem: admitida a culpa consciente, haveria mesmo delito de lesões corporais culposas na pessoa da gestante, mas delito idêntico (concurso formal) em relação à criança. O art. 129 do CP não constitui nenhuma ilusão de ótica. Ele existe como parte de uma legislação concreta, fonte primordial e projeto de um direito que se entrelaça com outras fontes e projetos igualmente respeitáveis: o grupo social (ideologia social) e o intérprete com poder decisório.

Sem pretensão de originalidade, lembro que não custa estender ao homem, como vítima, a atenção que merecem os animais, os vegetais, o solo, as águas, a atmosfera. Somente um excessivo zelo interpretativo é que descarta a tipicidade criminosa, no exemplo citado. Se válido o raciocínio contrário, terá que ser absolvido da prática de qualquer delito aquele que, habilidosamente, agir sobre a vítima *antes* do parto, vindo a causar-lhe a morte em fase posterior, conforme planejado e programado, sem o acréscimo de qualquer outra conduta. Não haveria aborto, por falta de dolo; nem homicídio, por impropriedade absoluta do objeto.

Ledo engano, todavia. O art. 4.º do CP admite o óbvio: que se possa produzir um resultado criminoso através de ação ou omissão precedente. Por isso mesmo, se

existe dolo de lesões corporais sobre o feto, lesões que persistem após o nascimento com vida, não há como fugir da lógica do sistema e negar a tipicidade, no mínimo, do art. 129, *caput*.

No que concerne à culpa em sentido estrito, inútil o argumento de que se não se pune a morte culposa de feto não se puniria, com maior razão, a lesão corporal igualmente culposa. Trata-se, porém, de argumento falacioso desde que tendente a abranger a lesão que persista após o nascimento. A presença de uma pessoa, de um *alguém*, de um *outrem*, evoca uma nova configuração jurídica. As penas distintas para o aborto e homicídio doloso atestam a diferença de variação ideológica do bem jurídico atingido. Além disso, o art. 128 do CP somente admite o aborto, ou a lesão tendente ao aborto. A lesão em si, dissociada do fim abortivo, não é permitida pelo legislador.

5. Interferência do intérprete

Percebe-se, pelo detalhe, que é menos grave sucumbir a certas lesões enquanto feto do que vir ao mundo e sobreviver mutilado. Há, é claro, exceções maravilhosas, pessoas deficientes que parecem oferecer lições de vida àqueles que não sabem fazer bom uso de sua liberdade e integridade física. Mas espero que essa constatação empírica não sirva de reforço à tese da ilegalidade ou inutilidade do crime de lesões corporais, nas condições até agora enfatizadas.

Não desconheço, aliás, que o intérprete interfere no processo de identificação e sistematização de quaisquer normas jurídicas sob pesquisa. Em matéria de aborto, por sinal, já se fala na falta de tipicidade da morte do ovo ou zigoto, em desenvolvimento, que ainda não se implantou no útero (nidação). Certas pímulas e dispositivos intra-uterinos deixariam assim de ser micro-abortivos, por falta de objeto material.

Essa técnica de redefinição de conceito não deixaria de ser razoável ou compreensível, em face de novas concepções, novos hábitos e necessidades sociais. Incompreensível e absurda, no entanto, me parece a tese de que o feto não constitui *sujeito passivo* do crime de aborto, o que tornaria indiferentes, para efeitos jurídico-penais, a existência ou não de gêmeos e até mesmo sua morte — a morte do feto — como consequência natural da voluntária e dolosa occisão da gestante, por terceiros.

Discordo frontalmente. Conhecida a gravidez múltipla, há concurso de crimes na conduta voltada para o aborto; ou de lesões corporais, ocorrendo a sobrevivência pós-parto. Indubitável também, à luz do Código e de comezinho princípio de justiça, a tipicidade de homicídio e de aborto, na segunda hipótese. A dolosa morte de uma gestante, sabendo-se da gravidez, implica no mínimo dolo eventual de aborto. É o que basta para o reconhecimento de ambas as figuras delituosas.

6. Implicações jurídico-penais

A tese da existência do crime de lesão corporal, dolosa ou culposa, desde que ocorra o nascimento da criança, se prende à teoria do *actio libera in causa*, tão conhecida dos penalistas. É claro, porém, que a figura meramente culposa, a par do vínculo de causa e efeito no plano material, exige a previsibilidade concreta do resultado, em termos de imprudência, negligência ou imperícia (censurabilidade ético-jurídica da conduta).

Por outro lado, assegurada a criminalidade do fato, surgem os inevitáveis desdobramentos da questão, no interior do sistema.

Assim, por exemplo, no que diz respeito às majorantes da forma culposa (CP, art. 129, § 7.º), que se mostram, ao que parece, teoricamente compatíveis com a espécie.

Diga-se o mesmo em relação às formas qualificadas de lesão corporal dolosa, mas com duas exceções, pois é visível a inaplicabilidade do art. 129, § 1.º, IV (aceleração de parto) e § 2.º, IV (aborto), em que se pressupõe uma gestante como sujeito passivo.

Parece-me igualmente cabível a aplicação do § 3.º (lesão corporal seguida morte). O aparente paradoxo da pena menor do crime de aborto, em quaisquer de suas formas, se resolve sem dificuldade com a recordação de que a vítima do aborto é o feto, só pode ser o feto, ao passo que na lesão corporal seguida de morte a vítima já é pessoa humana, só pode ser a pessoa humana. No limiar do terceiro milênio, por sinal, não há como se fazer espanto diante da possibilidade técnica de se ferir um feto, dolosamente, com a esperança ou a certeza de que a lesão permaneça ou se agrave após o nascimento. Pois é o erro de cálculo nas conseqüências de conduta que justifica o pretendido enquadramento jurídico-penal, em face do resultado mais grave. A morte superveniente, não desejada mas previsível, implica por certo maior responsabilidade ético-punitiva.

A questão se complica ao extremo na hipótese de dolo alternativo. A título de comparação, de uma tentativa de homicídio pode resultar lesão corporal grave. Resolve-se o conflito de normas pelo reconhecimento exclusivo da figura de

homicídio tentado, sem prejuízo de apenação mais elevada por força da lesão corporal. Ora, de modo semelhante, o agente pode querer o aborto e admitir a possibilidade de não alcançar êxito, assumindo o risco de que a criança, ao nascer, revele os estigmas de tentativa frustrada.

O Código Penal me parece obscuro. Entendo que deve prevalecer, no caso concreto, o delito mais grave, sem que se deixe de levar em conta o contexto das circunstâncias para uma apenação mais severa.

7. Observações finais

Para terminar, lembro que não examino a questão da licitude do aborto, notoriamente aplicada pela participação efetiva do grupo social, que se nega a endossar a rigidez do estatuto repressivo (art. 128). Mas o fato é que inexistente, paralelamente, amparo cultural para o reconhecimento de direitos absolutos da mãe e muito menos de terceiros sobre o feto.

Encaro, destarte, o outro lado da medalha, de ilicitude explícita. E estou consciente de que faço opções, aqui e ali, diante de eventual falta de clareza ou da ambigüidade do sistema. Sistema que por certo haverá de considerar como bens jurídicos autônomos, num futuro próximo, não só a vida mas também a saúde e a integridade física do nascituro.

A CORRELAÇÃO ENTRE O CRIMINOSO OCASIONAL E A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA*

MARCO ANTONIO R. NAHUM

Advogado. Diretor do Centro de Estudos Sociais Aplicados
da Universidade Braz Cubas. Membro do Conselho
Penitenciário do Estado de São Paulo.

Para que se possa desenvolver o estudo pretendido, há necessidade de se fazer breve recapitulação sobre os dois temas contidos no título. Impõe-se rever algumas noções básicas sobre classificações criminológicas, especialmente no que diz respeito à classificação natural dos criminosos, assim como um breve estudo sobre a teoria do crime, direcionado para o conceito de culpabilidade.

É pacífico entendimento criminológico que a prática de um crime resulta da soma da situação global de um indivíduo, com suas tendências criminais, em contraposição às resistências mentais e emocionais que possui. Vencidas estas resistências por fatores desencadeantes, haverá a prática do delito.

Em verdade, a personalidade do indivíduo é formada por fatores biológicos, psicológicos e sociais (fatores individuais corporais, mentais e gerais sociais). Estes fatores que participam da estruturação da personalidade, ou seja, da sua constituição, são denominados “fatores primários” (de característica estática). De outro lado, quando estes mesmos fatores psicológicos são provocados por fatores externos, desencadeantes, que atuam sobre uma personalidade já formada, fazendo-a agir, dá-se o nome de “fatores secundários” (de característica dinâmica).

Desta forma, segundo a criminologia, o crime decorre da interferência dos “fatores secundários” ou “fatores solicitantes”, sobre os “fatores primários” ou “personalidade” do agente. Note-se que estes fatores determinantes da prática do crime acabam por interferir duas vezes: a primeira na formação da personalidade de indivíduo e a segunda, na solicitação da prática do ato delituoso, num processo de inter-relacionamento psíquico.

Nesta integração intra-psíquica dos “fatores primários” com os “fatores secundários”, têm papel primordial os mecanismos de resistência do indivíduo. Se esses meios contensores forem fortes, ele não praticará o crime. Ao contrário, se os meios contensores forem nulos ou fracos, ele terá grande probabilidade de praticá-lo.

O processo evolutivo do desenvolvimento do caráter da pessoa irá propiciar-lhe os meios contensores. É a introjeção de valores que promove uma formação crítica na personalidade do indivíduo e que está diretamente relacionada com sua capacidade de resistência.

Percebe-se que, em consonância com as modernas teorias do delito, a distinção entre o ato criminoso e o ato socialmente ajustado está na tipificação objetiva do fato, não havendo qualquer diferença no processo subjetivo que os desencadeia.

* Homenagem a Odon Ramos Maranhão.

Evidente que esta afirmativa de natureza jurídica decorre da concordância com as modernas teorias do delito. Tanto a teoria finalista, quanto a social, ou mesmo a jurídico-penal entendem que ação é um comportamento humano dominado ou dominável pela vontade e dirigido para a prática de um crime. Aqui reside a diferença com o fato socialmente ajustado. Naquela ação configuradora de um crime, a vontade é dirigida para um fato típico, nesta, a vontade é dirigida para um fato atípico. Portanto, em ambas as hipóteses, o processo subjetivo que os desencadeia é o mesmo, e é este processo subjetivo, que distingue a ação humana dos acontecimentos puramente causais (a chuva, por exemplo).

Como o conceito de ação humana implica uma congruência entre a vontade e o resultado (exteriorização do caráter do agente), as teorias citadas dividiram a tipicidade em objetiva (fato concreto) e subjetiva (vontade de realizar o fato concreto), fazendo com que a culpa e o dolo integrassem a tipicidade subjetiva, ao invés de comporem a culpabilidade, como pretendem os adeptos da teoria causal da ação. Claro, se o tipo é a definição legal do comportamento proibido, este comportamento deve ser descrito tanto no seu aspecto objetivo, quanto subjetivo.

A ilicitude, ou antijuridicidade continua sendo a relação de antagonismo entre a conduta e todo o ordenamento jurídico.

A culpabilidade, que antes era composta pelo dolo e culpa, passou a se caracterizar por um juízo valorativo, de censura. É a reprovabilidade da conduta ilícita, de quem tem capacidade genérica de entender a ilicitude de seu ato, sendo-lhe exigível comportamento conforme o ordenamento jurídico.

A culpabilidade, como juízo de censura, é composta pelos elementos “imputabilidade”, “consciência potencial da ilicitude” e “poder agir de outro modo”.

“Imputabilidade” é a capacidade de, no plano jurídico, ser responsável pelo fato e sofrer sanção decorrente dessa responsabilidade (arts. 26 a 28 do CP).

“Consciência potencial da ilicitude” consiste na noção básica de se saber, potencialmente, o que é contrário ao ordenamento jurídico. É inescusável o desconhecimento formal da lei (art. 21 do CP).

O “poder agir de outro modo” reside na possibilidade de se exigir do agente que tenha um comportamento de acordo com o que lhe determina o ordenamento jurídico. É a constatação de que, naquelas circunstâncias, o agente poderia e deveria ter agido de outra maneira, de forma a não praticar um fato ilícito.

Note-se que “imputabilidade”, “consciência potencial da ilicitude”, e “poder agir de outro modo”, em virtude de se constituírem componentes de juízo de valor que se faz sobre a conduta do agente, trazem, em seus conceitos, uma íntima relação com fatores pessoais, que envolvem a decisão e perpetração do ato, sejam eles fatores “primários”, “secundários” ou meios contensores, e que desencadeiam a prática do crime. Eles vão desde a exigência de uma normalidade psíquica (“imputabilidade”), passam por um elemento intelectual (“consciência potencial da ilicitude”), para alcançarem a preocupação com os fatores desencadeantes da ação e os meios contensores (“poder agir de outro modo”).

Por isso, torna-se importante, a esta altura, uma rápida análise da classificação natural dos criminosos, no sentido de que se possam identificar as condições da prática de um delito e sua eventual subsunção aos elementos da culpabilidade.

Considerando-se os “fatores primários” como de formação de uma personalidade e os “secundários” como precipitantes da ação, temos: ou a ação é praticada, porque os “fatores secundários” predominam e geram o ato, ou os “fatores

primários”, quase que por si sós, levam o indivíduo à prática do ato já que, neste caso, os “secundários” são de pequena monta. É o que se chama ações de “motivação primária”, ou de “motivação secundária”.

A incidência dos fatores sobre o ato permite que se estabeleçam três grupos naturais de delitos e conseqüentemente de criminosos:

1.º) *Delito ocasional*: O criminoso ocasional tem personalidade bem formada e socialmente ajustada, mas os fatores desencadeantes agem com muita força e rompem seu equilíbrio e meios contenedores, fazendo com que pratique o crime.

Os “fatores primários” tiveram nenhuma, ou pouca influência na prática do ato.

2.º) *Delito secundário ou sintomático*: O criminoso sintomático tem personalidade com perturbação transitória ou permanente e o ato é atribuído a esse estado mórbido.

A ação é sintomatologia da doença.

Os “fatores desencadeantes” tiveram nenhuma ou pouca influência na prática do ato.

3.º) *Delito primário ou essencial*: O criminoso caracterológico tem defeito constitucional ou formativo de caráter. Os fatores desencadeantes tiveram nenhuma, ou pouca influência na prática do ato.

Tem defeito constitucional de caráter a “personalidade psicopática”, pois está prejudicada a capacidade de auto-determinação.

Possui desvio de caráter a “personalidade delinqüente”, já que está comprometida a introjeção de valores ético-morais a partir de carências ambientais.

Nos primeiros, é quase impossível o tratamento, já que a causa é constitucional. Nos segundos, o tratamento é possível, mas problemático, uma vez que a causa reside em seu processo formativo.

Antes de se subsumir as condições da prática de um delito, segundo os grupos naturais especificados, com os elementos

da culpabilidade, cumpre deixar claro que culpabilidade é, acima de tudo, censurabilidade do autor, considerando-se o fato e suas circunstâncias.

Conseqüentemente, deixa-se de lado a já esgotada discussão sobre o “livre arbítrio” e “determinismo”. Também não se pretende configurar o “poder agir de outro modo” como elemento da culpabilidade da personalidade. Buscar-se a culpabilidade, na formação de constituição da personalidade do indivíduo levaria à uma padronização que não é da essência dinâmica do Direito Penal.

Desta forma, entende-se que para se exigir conduta diversa do agente, ou seja, para que haja um juízo de censurabilidade, há que serem analisadas as condições fáticas em relação às condições pessoais de cada um, ou seja, necessitam ser considerados o fato e o autor, como um todo que se completa.

Por isso, ao definirem a situação de inexigibilidade de conduta diversa, dizem os doutrinadores, que ela só existe quando for impossível impor-se o “poder agir de outro modo”, isto é, quando, na situação em que se encontrava o agente, não lhe era exigível comportamento diverso. Note-se que o agente e sua personalidade estão relacionados ao fato e suas circunstâncias, fazendo-se um juízo de valor sobre todos os seus elementos.

A culpabilidade é do fato, mas não se pode desconsiderar o agente, já que a reprovação é pessoal.

Nossos autores citam, basicamente, como casos de inexigibilidade de conduta diversa a “coação moral e irresistível” (art. 22 do CP) certas situações de obediência hierárquica (art. 22, CP *in fine*), além de excesso intensivo de legítima defesa e outros casos que permitam aplicação analógica, ou seja, que permitam a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa por analogia.

As situações que podem ser subsumidas aos tipos penais citados não trazem maiores indagações para o estudo presen-

te, mas isso não acontecerá, certamente, com os casos de inexigibilidade de conduta diversa. Isso não ocorrerá, quando se estiver tratando diretamente do “poder agir de outro modo”, previsto como elemento da culpabilidade.

Aliás, *data venia* dos ilustres doutrinadores que pensam contrariamente, entende-se que a inexigibilidade de conduta diversa é esta vinculada ao “poder agir de outro modo”, ou seja, é a situação que se contrapõe ao “poder agir de outro modo”. As outras constituem situações especiais, que o próprio nome indica: “coação moral irresistível”, “estado de necessidade” etc. Note-se até que algumas constituem excludente de criminalidade, enquanto a “inexigibilidade de conduta diversa” é excludente de culpabilidade.

A situação de “inexigibilidade de conduta diversa”, que se contrapõe ao “poder agir de outro modo”, impõe um rigor maior na análise das circunstâncias que envolvem o fato e o agente, incluindo-se as características de sua personalidade, em virtude da reprovação pessoal. O rigor da análise decorre da excepcionalidade das condições fáticas e pessoais do agente, que justificariam a situação de inexigibilidade de conduta diversa.

Por isso, tem-se que o criminoso ocasional pode estar protegido pela inexigibilidade de conduta diversa, mas isso jamais ocorrerá com os criminosos sintomáticos, ou caracterológicos, se o delito ocorrer por consequência da perturbação ou defeito de caráter. Tanto o crime sintomático, como o crime primário, não permitem a situação de excepcionalidade, necessária para a tese da inexigibilidade de conduta diversa.

Conforme se estudou anteriormente, o “delito secundário ou sintomático” é atribuído a um estado mórbido. Ele é resultado, isto é, sintoma desse estado mórbido e, assim, guarda íntima relação com a perturbação que o agente possui.

Da mesma forma, o “delito primário ou essencial” é atribuído a um defeito constitucional ou formativo do caráter do agente e resulta desse defeito.

Por outro lado, a inexigibilidade de conduta diversa exige um agente normal (comum), diante de circunstâncias ou motivos excepcionais. São estas circunstâncias, ou motivos excepcionais, que desencadeiam o ato, rompendo com os meios contensores, repete-se, de um agente normal (comum). Dir-se-ia que qualquer cidadão normal (comum), naquelas circunstâncias, teria os meios contensores rompidos. Por isso, não se poderia exigir dele outro comportamento. Por isso, isto é, pela excepcionalidade das circunstâncias, esse agente estaria protegido pela tese da “inexigibilidade de conduta diversa”, excluindo-se sua culpabilidade.

No plano jurídico, não se pode exigir comportamento anormal de ninguém.

O delito sintomático ou o delito essencial não é praticado por uma personalidade normal (comum). O primeiro tem perturbação e o crime é seu sintoma. O segundo tem defeito de caráter e a natureza do delito está ligada ao caráter defeituoso. Não se pode dizer que “naquelas circunstâncias qualquer cidadão normal (comum) faria o mesmo”. O cidadão normal (comum) não teria os meios contensores rompidos, já que não seria possuidor de perturbação ou defeito de caráter. Por isso é normal (comum).

É importante insistir-se que, no caso, o delito é sintoma da perturbação, ou consequência do defeito do caráter. É a perturbação ou o defeito de caráter, como fator desencadeante da ação, que torna impossível a tese da inexigibilidade de conduta diversa.

Também não se pretende afirmar, que basta ser psicopata ou ter personalidade delinqüente, para não poder estar protegido pela excludente de culpabilidade.

É óbvio que tanto o agente de “personalidade psicopática”, como aquele de

“personalidade delinqüente”, podem agir protegidos pela inexigibilidade de conduta diversa. Não pode o criminoso sintomático, ou seja, aquele que praticou um delito sintomático, ou o criminoso caracterológico, que praticou um delito essencial.

A inexigibilidade de conduta diversa contrapõe-se ao “poder agir de outro modo” e exige uma personalidade normal (comum), que teve rompido transitoriamente seu equilíbrio, em virtude de poderoso fator desencadeante, divorciado de qualquer anomalia psíquica. O criminoso sintomático e o criminoso caracterológico não têm personalidade normal.

A situação de inexigibilidade de conduta diversa é tão especial, ou excepcional, que o juízo valorativo da culpabilidade, ou seja, o juízo de censura, embora reconhecendo que a conduta foi típica e ilícita, acaba absolvendo o agente. Nasquelas circunstâncias, ou seja, diante da força com que o fator desencadeante rompeu o meio contensor, o juízo de censura não lhe poderia exigir um comportamento diverso.

Por isso, alguns doutrinadores entendem que a “motivação normal” é pressuposto do princípio da não exigibilidade de outra conduta.

Considerando-se este pressuposto, e fazendo-se o raciocínio em sentido contrário, se o motivo determinante da prática do crime, ou seja, o motivo que rompeu o equilíbrio e meios contensores

do agente, é anormal, excepcional, não se poderá exigir conduta diferente daquela que tomou.

Como apenas o criminoso ocasional possui os meios contensores fortes, somente ele é passivo de ter esses meios rompidos por uma motivação excepcional. Portanto, em confronto com os criminosos sintomáticos e os criminosos caracterológicos, o juízo de culpabilidade cede apenas para o criminoso ocasional, por força dos fatores excepcionais que determinaram a prática da ação tipificada.

Assim, adotando-se a divisão de grupos naturais de delitos, somente o delito ocasional pode ter seu autor protegido pela tese da inexigibilidade de conduta diversa.

Em sentido oposto e em comparação com os delitos sintomático e essencial, apenas do criminoso ocasional pode ser exigido o comportamento conforme o direito.

Os criminosos sintomáticos, os psicopatas ou aqueles de personalidade delinqüente, que praticarem o crime em razão da perturbação mental ou do defeito caracterológico, podem ver diminuída a exigência de agirem conforme o direito. Suas ações delituosas, eventualmente, podem chegar até ao limite máximo da inimputabilidade (art. 26 CP), o que não ocorrerá, em hipótese alguma, com o criminoso ocasional, que possui normal integração intrapsíquica dos fatores “primários”, “secundários” e meios contensores.

2 — DOCTRINA NACIONAL

É CONVENIENTE PRIVALIZAR OS PRESÍDIOS?

PEDRO ARMANDO EGYDIO DE CARVALHO

A) Argumentos a favor; B) Argumento contrário; C) Solução da questão; D) Resposta aos argumentos favoráveis a privatização.

A) Argumentos a favor

A.1) Há notória insuficiência de vagas nas prisões brasileiras, cujo funcionamento precário conduz à sublevação da ordem e às temidas rebeliões dos convictos. Um sistema assim falido pode vir a ser recuperado pela iniciativa particular, com um custo menor aos cofres públicos e com uma eficácia maior no cumprimento da pena corporal infligida à pessoa condenada na esfera criminal. Caberia ao particular construir e gerir, com recursos próprios, novos estabelecimentos penais, contanto que, por seu turno, o Estado lhe pagasse, por presidiário acolhido e vigiado, uma quantia fixa. Em suma, a privatização resolveria eficazmente o problema da superlotação dos presídios, com um custo bem menor ao Estado e, por via de consequência, à sociedade.

A.2) Na privatização, é viável transformar a maioria das prisões — exceto as de segurança máxima, geridas pelo setor público em virtude de elevado custo operacional com os presos de grande periculosidade — em fábricas modeladores ou escolas de civismo e consciência religiosa. A massa carcerária, integralmente, trabalhando e sendo educada, se converteria, ao término da pena, em massa obreira e educada, útil à comunidade e absorvida pelo mercado de trabalho, resultados, entretanto, inobserváveis na gestão pública dos estabelecimentos penais.

A.3) O sistema penitenciário brasileiro aponta para questões cíclicas e insolúveis. Periodicamente, os mesmos problemas, as mesmas tragédias, os mesmos lenitivos superficiais ressurgem, com grande desgaste à máquina estatal, aos contribuintes e à população carcerária. Este círculo infernal está a demonstrar, segundo a linha mais recente do neoliberalismo, que o Estado, incapaz de quebrar de vez semelhante recorrência, deveria preocupar-se e gastar seus recursos com situações mais importantes do bem comum (educação e saúde do povo, moradia popular, construção de estradas etc.), relegando o problema penitenciário à conta da iniciativa privada. Esta última, através de empresas particulares de vigilância e segurança, estimuladas pelo lucro, teria condições de equacionar a situação carcerária nacional e dar-lhe razoável solução.

A.4) Em algumas Comarcas, sob a vigilância dos respectivos Juízes, a sociedade civil denominada APAC, com propósitos religiosos, promove a execução da pena de inúmeros condenados, estabelecendo normas internas para disciplinar a conduta deles. Ora, substituindo-se ao Estado, essa entidade confessional realiza verdadeira privatização dos presídios em que atua. Logo, seu exemplo, elogiado por muitos, deve ser proposto como modelo para instaurar e estimular a administração de outros institutos penais a cargo de particulares.

A.5) No tema presentemente debatido, a preocupação maior deve inclinar-se para o lado da Sociedade e das vítimas, e não para os chamados "direitos humanos dos criminosos". Com efeito, a Sociedade, os ofendidos e suas famílias representam a parte prejudicada, ao passo que os condenados infringiram a lei penal do País, ferindo algum bem jurídico do grupo. Seria iníquo, nessa linha de raciocínio, oferecer o Estado aos presos, com grande ônus fiscal e moral para os trabalhadores honestos, cama, comida e roupa lavada, sem que esses mesmos encarcerados tivessem feito ou façam algo por merecê-lo. Todavia, a filosofia da privatização, além de converter o preso, pela educação, ao respeito perante os direitos de outrem, obriga-o ao trabalho sistemático. Por conseguinte, a privatização dos presídios é medida necessária e benéfica à Sociedade.

B) Argumento contrário

A Segurança e a Justiça são funções próprias do setor público, conforme determina a Constituição do Brasil em seus arts. 2 e 144. Mas, a execução de uma pena restritiva de liberdade é assunto judicial que interessa à segurança da comunidade. Portanto, os estabelecimentos penais, onde se dá tal execução, não podem ser privatizados.

C) Solução da questão

Por várias razões, não é conveniente privatizar os presídios. Para mostrá-lo, é preciso, inicialmente, distinguir a "privatização em amplo sentido" da "privatização estrita". Na primeira, o particular aparece nos estabelecimentos penitenciários a título acidental, fornecendo-lhes o mais das vezes, sob a vigilância pública, os bens materiais para o regular funcionamento das prisões (alimentação, vestuário etc.). Na segunda, o particular torna sobre si, essencial-

mente, a administração desses institutos penais, não só no que diz respeito à parte material, mas também no que concerne ao pessoal que executa a pena fixada na sentença e aos presos que a cumprem. Os defensores da privatização aludem a esse último tipo, em que o Estado comete a uma empresa particular, sob dadas condições, a tarefa de fazer cumprir o castigo legal imposto a alguém pelo Poder Judiciário, em processo-crime. Não convém, entretanto, permitir semelhante privatização.

Em primeiro lugar, desde o aparecimento do Estado liberal, as funções de segurança e da justiça estão na lista dos atributos indeclináveis do Poder Público. Se o Estado fracassar no exercício de tais funções indelegáveis, isto não poderá coonestar a pretensão de apropriarem-se as empresas particulares de vigilância e segurança dos serviços prisionais. A privatização legítima sempre e só se refere àqueles serviços que o Estado ainda executa, mas de que pode liberar-se, entregando-os ao particular, sem prejuízo de sua feição de Pessoa Jurídica, encarregada de definir, unificar e regular as relações de poder entre os membros da comunidade. Ora, com a privatização dos presídios, além de ficar bipartido o exercício legítimo da violência física (dualidade entre o Poder Público e o poder das empresas particulares), gerando intranquilidade no grupo social, os direitos e deveres dos presidiários, ao invés de ficarem sob o controle e discussão de toda a sociedade organizada, cairiam sob o arbítrio de empresas particulares de vigilância e segurança, incapazes por seu facciosismo e seu hermetismo de respeitar e rediscutir indefinidamente a delicada tensão entre o império da lei penal e a pessoa que deve cumprir um certo gravame determinado pelo juiz.

Em segundo, importa esclarecer a finalidade que orienta a privatização dos presídios, pois é o fim visado em qual-

quer obra a causa que prepondera sobre as demais. É consabido que a meta principal, senão única, de qualquer empresa particular, em sistema social fundado no predomínio do dinheiro, é o lucro. Disso não foge e não pode fugir o caso das empresas particulares de vigilância e segurança, que, por mais que enalteçam o homem, sempre o consideram e tornam instrumento para a obtenção de lucros. No entanto, o fim da execução da pena não é sequer acidentalmente o lucro, e, sim, a ressocialização do apenado, da mesma forma como o fim da educação pública não é sequer acidentalmente o enriquecimento patrimonial do Estado, mas a formação integral do cidadão. Logo, as penitenciárias particulares transtornariam o objetivo da execução penal, subordinando a reinserção social do preso ao lucro que ele representa, não só pela taxa paga pelo Estado, como também por ser, no interior do presídio, mão-de-obra barata, dócil e manipulável. Não se contra-argumente com o caso da escola particular, que, seguindo nosso raciocínio, também visando o lucro, nem por isso, como o atestam vários exemplos, deixa de formar excelentes pessoas em seus bancos e currículos. Aceita-se que a escola particular busca o lucro; mas, diferentemente do que ocorre no presídio privatizado, ela é dia a dia vigiada e exigida pelos pais, que, em contrapartida ao gasto dispendioso com a educação dos filhos, querem para estes uma formação sólida. Infelizmente, o presidiário não é o foco de atenção de muitos, de modo que a penitenciária particular nunca seria cobrada quanto à ressocialização do preso, permanecendo obcecada pelo lucro.

Enfim, em terceiro lugar, para repor a paz no grupo, afetado pelo crime, o Estado, apurada a respectiva autoria do delito, necessita tomar medidas severas para coibir a violência desencadeada pela irracionalidade do ato criminoso. Em caso contrário, o próprio pacto social

estaria ameaçado, uma vez que as paixões suscitadas pelo clamor das vítimas levariam, em progressão contínua, a uma guerra entre todos os membros da comunidade, divididos em bandos favoráveis a uma ou à outra parte do processo penal (ofendido e réu). Assim, o poder que executa a pena infligida pelo Magistrado deve ser neutro e imparcial, a fim de sustar na origem o desencadeamento daquelas violentas emoções, que põem em risco a sobrevivência da comunidade. Ora, a privatização dos presídios não atende a tal cuidado, e bem poderia acontecer que a pressão irrefletida das pessoas afetadas pelo delito influenciasse a administração do instituto, forçando-a a um procedimento irregular contra o presidiário responsável pelo crime. Em síntese, a vingança privada, de que a evolução da consciência jurídica da humanidade logrou com grande e árduo esforço se libertar, ressurgiria ardidamente com a privatização dos presídios.

D) Resposta aos argumentos favoráveis a privatização

Ao primeiro (A.1), responde-se que o eventual menor custo da manutenção de um preso, em presídios privatizados, não pode sobrepor-se aos pontos éticos referidos na solução da questão. A pessoa humana, qualquer que seja, está acima, por sua dignidade, da ordem de seus atos e da ordem do mundo, e não se presta, pois, a ser instrumento de lucro para as empresas de vigilância. Além disso, é discutível o menor custo, já que em penitenciárias privatizadas, na América do Norte, houve necessidade de novas suplementações orçamentárias para cobrir o prejuízo das empresas particulares em seu ofício de execução da pena criminal.

Ao segundo (A.2), pondera-se que a eficácia aí alardeada não se verificou na prática de exemplos norte-americanos. Nem o mercado de trabalho absorveu os

egressos nem o índice de reincidência diminuiu.* Paralelamente, nesse país, verificou-se que as prisões públicas conseguiram um sucesso maior na reeducação do preso, bem como na política de estimulá-lo à sindicalização no mundo obreiro.

Ao terceiro (A.3), argúi-se que a circularidade do problema penitenciário deve-se ao desinteresse da Sociedade em debatê-lo e acompanhá-lo nas possíveis soluções. No caso brasileiro, pouco se faz para tornar efetiva a Lei da Execução Penal, tardando o aparecimento e a instalação do Conselho da Comunidade (art. 80). Portanto, a privatização agravaria esse desinteresse, circunscrevendo o problema a um restrito segmento da sociedade.

Ao quarto (A.4), argumenta-se principalmente que não há dados bastantes para aquilatar o sucesso da APAC na reeducação do preso, manifestada no comportamento do egresso. Depois, há críticas severas de inúmeros religiosos e penitenciaristas a propósito do método *apaqueano*, o qual, se não viola a liberdade de crença do recluso, ao menos o induz a conformar-se exteriormente, sem convicção pessoal, às rígidas normas de conduta, para daí tirar algum inconfessado proveito.

Ao quinto (A.5), exhibe-se a distinção imprescindível entre “criminoso” e “presidiário”. Este encontra-se sob o duro jugo da lei — nem sempre justa em sua

formulação, aplicação e alcance — pagando com a perda de sua liberdade física o preço do ato anti-social. Por isso, o preso, ainda que de fato marginalizado pela Sociedade, *nela* está com direitos e deveres, e *a ela* aspira para retornar ao convívio familiar e comunitário. O criminoso ou bandido, entretanto, está *contra* a lei e *contra* a Sociedade, a qual pode legitimamente prevenir-se da conduta delituosa e a repelir quando ocorrer. Nesse sentido, quem está a cometer um crime, se bem possa ser visto *no* interior do grupo, não lhe pertence por causa da quebra do vínculo de amizade para com seus semelhantes. Por conseguinte, a reclamação das vítimas contra a assistência aos presos não procede, por dois motivos: a) a prisão de alguém transmuta o suposto criminoso em presidiário, a quem a própria Constituição assegura um tratamento humano para recuperá-lo de sua falta;

b) Nenhum presídio é uma colônia de férias; ao contrário, na história penitenciária brasileira, é voz assente que o cumprimento da pena se dá com profundo desprezo à dignidade física e moral do encarcerado. Por seu turno, pelas razões já indicadas, a privatização tornaria mais grave e fora do controle do Estado esse quadro aterrador.

Bibliografia

FARIA, José Eduardo — “Políticas Públicas e Privatização — O caso do sistema prisional”, in *Boletim da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, Centro de Estudos, vol. 17, n. 8, ago./1993, verbete “Doutrina”, pp. 39-42.

* Charles H. Logan, “Proprietary Prisons”, in *The American prison: issues in research and policy*, Lynne Goodstein e Doris Layton Mackenzie orgs., Plenum Press, 1989.

2 — DOCTRINA NACIONAL

OS ATENTADOS AO MEIO AMBIENTE: RESPONSABILIDADE E SANÇÕES PENAIS*

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor de Direito Penal e Processo Penal
da Universidade Federal do Paraná — PR

Introdução: I — Questionário — II — Droit Criminel: Questions d'ordre général.

Introdução

O XV Congresso Internacional de Direito Penal que se realizará no Rio de Janeiro, de 4 a 10.9.94, contém quatro seções envolvendo grandes temas da atualidade penal e processual penal. O primeiro deles trata dos *Problemas da responsabilidade e das sanções penais em matéria de atentados ao meio ambiente*; o segundo se refere aos *Delitos relacionados ao uso de computadores e à informação tecnológica*; o terceiro envolve os *Movimentos de reforma do processo penal e a proteção dos direitos humanos* e o último cuida da *Regionalização do Direito Penal Internacional e a proteção dos direitos humanos, nos procedimentos de cooperação internacional*.

O Colóquio Preparatório da primeira seção ocorrerá em Ottawa (Canadá), de 2 a 6 de novembro, tendo como Presidente o Prof. Eugênio Raúl Zaffaroni e Relator-Geral o Prof. Patrick Fitzgerald. Os trabalhos de organização têm a responsabilidade de John Frecker.

O texto que segue constitui o Relatório do Grupo Brasileiro referente à temática

da Seção I e foi preparado com base na legislação e na doutrina nacionais. O seu Autor seguiu fielmente todos os itens propostos pelo Relator-Geral e procura responder aos quesitos na forma como foram apresentados e divulgados pela *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 62, de 1991, ns. 3/4 e a *Carta Informativa da AIDP*, n. 1, de 1992. O trabalho é completado por um Anexo contendo os dispositivos da Constituição Federal de 1988 sobre a matéria e indica a legislação federal de proteção ao meio ambiente a partir do ano de 1934.

O Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal é assim constituído: Presidente, Min. Evandro Lins e Silva; Vice-Presidente, Prof. René Ariel Dotti; Secretário-Geral, Prof. João Marcello de Araújo Júnior e Tesoureira, Dra. Édila Davies de Moura.

I — Questionário

1. Votre droit contient-il des dispositions qui protègent l'environnement?

O quesito se desdobra em itens e indaga se, em caso positivo, as disposições se relacionam a determinados aspectos (ar, água, etc.) ou ao meio ambiente em geral. E nesta última hipótese, como ele é definido: Como meio ambiente natural, biológico, humano ou outro?

* Relatório sobre os temas da Seção I do XV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (Rio de Janeiro, 4-10.9.94).

Outro subquesto pergunta quais são as espécies de interesses protegidos: a segurança do homem, os interesses econômicos, as necessidades das gerações futuras ou o meio ambiente considerado em si mesmo? E quais são os tipos de agressão reprimidos pelas disposições: as agressões reais ou potenciais?

1.1 Estabelece a Constituição brasileira, de 5.10.88: "Art. 225 — Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1.º — Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: *I* — preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; *II* — preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; *III* — definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; *IV* — exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; *V* — controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; *VI* — promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; *VII* — proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de

espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2.º — Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3.º — As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4.º — A Floresta Amazônica Brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma de lei, dentro das condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5.º — São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6.º — As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas".

1.2 Os presentes dispositivos constitui em todo o Cap. VI, intitulado "Do Meio Ambiente" e subordinado ao Tít. VIII da Constituição que trata "Da Ordem Social". Ao lado do meio ambiente, estão tutelados os seguintes bens jurídicos: seguridade social (saúde, previdência social, assistência social), educação, cultura, desporto, ciência, tecnologia, comunicação social, família, criança, adolescente, terceira idade e índios (arts. 193 a 232).

1.3 Como se poderá verificar pelos demais artigos da Constituição e da legislação federal transcritos no Anexo, o sistema positivo brasileiro protege os mais variados interesses dentro do cenário do meio ambiente. São amparadas a vida, a saúde, a segurança e a felicidade do ser humano, como determinados interesses materiais conexos. A ordem jurídica brasileira, de modo enfático, se

preocupa com o “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, como um dos bens comuns do povo e fundamental para a sadia qualidade de vida. A defesa e a preservação desde bem constitui um dever imposto aos poderes públicos e à própria comunidade, visando não apenas as gerações do presente como também as do futuro (Constituição, art. 225).

A propósito, o documento de trabalho elaborado por Licínio Leal Barbosa para o XX Congresso Internacional de Defesa Social (Paris, 1991).¹

1.4 As agressões reprimidas pela legislação brasileira são reais e potenciais. Não apenas as efetivas lesões à água, ao subsolo e ao ar, como também aquelas condutas que criam a situação de perigo.

2. *Les dispositions existantes r  levant-elles du droit p  nal ou du droit administratif?*

O quesito pergunta se: a) havendo disposi  es penais, são elas de natureza criminal propriamente dita ou constituem normas de Direito Administrativo Penal, vale dizer, de natureza regulamentar, b) se o sistema jurídico brasileiro acolhe tal distinção; c) em caso positivo, se esta última categoria de norma é submetida aos princípios gerais do Direito Penal.

Outras indaga  es: d) se existem normas penais, estão elas contidas no Código Penal ou em leis especiais? e) se as disposi  es são de natureza administrativa e, em conseqüência, se são aplicadas pelos tribunais, pelos órgãos administrativos ou pelo inspetores ou outras autoridades.

2.1. A proteção e a preservação do meio ambiente são efetivadas por várias espécies de normas jurídicas: constitucionais, civis, administrativas, tributárias e penais.

1. “Elaboration des normes et protection de l’environnement au Brésil”, in *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, n. 4.

As normas constitucionais são as referidas no Anexo, além do já mencionado Cap. VI (*Do Meio Ambiente*), do Tit. VIII (*Da Ordem Social*), conforme o art. 225 seus parágrafos e incisos.

As normas civis, dizem respeito    indenização por ato ilícito, conforme prevê o Código Civil (arts. 159, 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553) e a legislação especial que trata da reparação dos danos causados ao meio ambiente.

As normas administrativas estão reunidas em várias leis e decretos federais os quais cont  m, também, algumas regras sobre a indenização.

As normas tributárias são constituídas pelos incentivos fiscais concedidos a determinados empreendimentos, como o reflorestamento.

E as normas penais estão previstas na Constituição, no Código Penal, na Lei das Contravenções Penais e em leis especiais.

2.2 Para se ter uma visão global do sistema positivo brasileiro quanto aos variados ângulos de proteção ao meio ambiente, são indicados no Anexo os dispositivos constitucionais e a grande variedade de diplomas federais.²

Como se poderá verificar, os textos tratam de múltiplos aspectos teóricos e práticos, estabelecem conceitos e programas de a  o e, em sua grande maioria, revelam a preocupação de preservar os elementos ambientais. Pode-se afirmar que na atualidade e em nosso País, o problema da proteção do equilíbrio eco-

2. Fontes da legislação federal: *Coletânea de Legislação Ambiental*, ed. do Instituto de Terras, Cartografia e Florestas (ITCF), Curitiba, 1986; *Legislação de Conservação da Natureza*, ed. da Fundação Brasileira para Conservação da Natureza, Cia Energética de São Paulo (CESP), S. Paulo, 1986; *Revista de Direito Agrário e Meio Ambiente*, ed. do ITCF, Curitiba, 1987; *Meio Ambiente: Legislação*, ed. do Senado Federal (Subsecretaria de Edições Técnicas), Br  silia, 1991; e *Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência*, Lex Editora S. Paulo, 1990-91-92.

lógico é muito mais um problema de *educação* que de *legislação*.

2.3 Quanto às normas penais, o sistema positivo brasileiro reúne uma variedade de textos de proteção ao meio ambiente, e por extensão aos diversos outros bens jurídicos, como a vida, a saúde, a integridade emocional, a qualidade de vida e a felicidade.

No âmbito do Código Penal podem ser indicados o art. 163, que de modo implícito incrimina a destruição de animais e árvores e os arts. 270 e 271 que se referem ao envenenamento e à corrupção ou poluição de água potável como delitos contra a saúde pública. Também os crimes de incêndio, explosão, uso de gás tóxico ou asfixiante, inundação, desabamento ou desmoronamento e a difusão de doença ou praga (CP, arts. 250, 251, 252, 254, 256, e 259) podem ofender o meio ambiente quando causarem poluição da água, do ar, do solo ou subsolo ou quando agredirem a flora ou a fauna.

Deve-se destacar que a epidemia e o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, quando qualificados pelo resultado morte, são considerados como *crimes hediondos* nos termos da Lei 8.072, de 25.7.90, e como tais, insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, além de outras graves restrições penais e processuais (arts. 1.º, 2.º e 5.º e Constituição, art. 5.º, XLIII).

A tutela penal especial sobre florestas, caça e pesca é tratada, respectivamente, pela Lei 4.771, de 15.9.65,³ Lei 5.197, de 3.1.67⁴ e Dec. lei 221, de 28.2.67.⁵

3. Código Florestal, com as alterações determinadas pelas Leis 6.535, de 15.6.78; 7.754, de 14.4.89; 7.803, de 18.7.89 e 7.875, de 13.11.89.

4. Código de Caça, com as alterações determinadas pelas Leis 7.653, de 12.2.88, e 7.679, de 23.11.88.

5. Código de Pesca, com as alterações determinadas pelas Leis 6.276, de 1.º.12.75, e 7.653, de 12.2.88, e o Dec.-lei 2.467, de

As modalidades de poluição do ar e de poluição sonora podem caracterizar contravenções penais, segundo os arts. 38 e 42 do Dec. lei 3.688, de 3.10.41.

2.4 Nos anos 80 importantes diplomas foram editados para a defesa do meio ambiente: Lei 7.643, de 18.12.87, que proíbe a pesca de cetáceo em águas jurisdicionais brasileiras; Lei 7.679, de 23.11.88, que proíbe a pesca de espécies em períodos de reprodução; Lei 7.802, de 11.7.89, que prevê os delitos referentes ao uso de agrotóxicos e a Lei 7.804, de 18.7.89, que trata dos delitos de poluição.

2.5 Também na década passada, uma Comissão de Juristas instituída no Ministério da Justiça,⁶ elaborou um Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, dedicando um Título autônomo para os delitos contra o meio ambiente (arts. 401 a 416). E desdobrou as espécies típicas conforme objetos específicos: *Da degradação ambiental* (poluição da água, do ar, do solo e do subsolo, e atentados contra a flora, a fauna e a paisagem) e *Do favorecimento aos crimes contra o meio ambiente*. Estes se caracterizariam de duas maneiras: a) pela omissão do funcionário em promover medidas determinadas pela autoridade competente e necessárias para impedir a prática de

1.º.9.88. Deve-se observar, ainda, as Leis 7.730, de 31.1.89; 7.777, de 19.6.89 e 7.784, de 29.6.89. Sobre a pesca de cetáceo e a proibição da pesca de espécies em período de reprodução, ver, respectivamente, as Leis 7.643, de 18.12.87 e 7.679, de 23.11.88.

6. A matéria relativa ao meio ambiente foi redigida pelos penalistas Luiz Vicente Cernichiaro, Manoel Pedro Pimentel, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. O Anteprojeto original foi divulgado pelo *Diário Oficial* de 17.7.84 (Port. 304). O texto revisto foi publicado em 27.10.87, graças à iniciativa do Dr. Eduardo Augusto Muylaert Antunes, Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (cf., Port. 790, da mesma data, do Ministro da Justiça Paulo Brossard de Souza Pinto).

crimes contra o meio ambiente; b) pela omissão de providência a que o servidor está obrigado por dever legal, a fim de evitar ou fazer evitar o cometimento dos delitos ambientais.

Na Exposição de Motivos ao Anteprojeto, o coordenador Luiz Vicente Cernicchiaro destacou que “a descriminalização e a despenalização, no sentido material dos termos, orientaram a análise dos tipos e das sanções. Não se desprezou a literatura estrangeira, e códigos de outros países foram consultados. A preocupação maior, no entanto, ficou concentrada na realidade brasileira.”

2.6 Quanto à chamada *legislação local*, existe um notável volume de leis e decretos de amparo ao ambiente. Com o advento da Carta Política de 1988, tanto a União como os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre: a) florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, defesa do meio ambiente e controle da poluição; b) proteção ao patrimônio turístico e paisagístico; e c) responsabilidade por dano ao meio ambiente e a bens e direitos de valor turístico e paisagístico (art. 24, VI, VII e VIII).

Sob outro aspecto, a Constituição estabelece que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: a) proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; b) preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, VI e VII).

3. *Quelles sont les autorités législatives responsables de l'adoption de ces dispositions criminelles?*

O quesito indaga se as autoridades competentes para aplicar as disposições referidas no item anterior são federais, estaduais ou municipais e se existe autono-

mia do Poder Legislativo para prover os interesses nacionais, regionais e locais.

3.1 Segundo a Constituição, o Poder Judiciário é o único dos poderes do Estado competente para aplicar a pena criminal aos chamados *delitos comuns*⁸ entre os quais se incluem os delitos contra o meio ambiente.

Quando a infração penal for praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, o julgamento compete a um juiz federal, com *recurso ordinário* para um dos Tribunais Regionais Federais. Desta decisão, poderá caber *recurso especial* para o Superior Tribunal de Justiça ou *recurso extraordinário* para o Supremo Tribunal Federal (Constituição, arts. 109, IV; 108, II; 105, III e 102, III, respectivamente).

Quando o delito for praticado contra bens, serviços ou interesses do Estado ou do Município, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas ou contra a comunidade, a competência é dos juízes e tribunais estaduais (Constituição, art. 125) segundo estabelecem as suas respectivas Constituições.

As contravenções, como as previstas no Código Florestal (Lei 4.771, de 15.9.65, art. 26, b,⁹ são julgadas pela

8. A Constituição consagra a classificação dos delitos em *comuns*, ou sejam, aquelas infrações que podem ser cometidas por qualquer pessoa, e de *responsabilidade*, os quais são praticados por determinados agentes do Poder Público, com abuso ou desvio de mandato eletivo ou de nomeação. Os primeiros são sempre julgados pelo Poder Judiciário e os segundos pelo Poder Legislativo (Congresso Nacional, Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores).

9. “Constituem contravenções penais, puníveis com 3 (três) meses a 1 (um) ano de prisão simples ou multa de uma a cem vezes o salário mínimo mensal, do lugar e da data da infração ou ambas as penas cumulativamente: (...) b) cortar árvores em florestas de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente”.

7. *Anteprojeto do Código Penal*, ed., do Ministério da Justiça, Brasília, 1984.

Justiça dos Estados, nos termos da Súmula 38, do Superior Tribunal de Justiça.

Não existe o Poder Judiciário municipal. Em consequência, as normas criminais são aplicadas pela Justiça Federal ou pela Justiça dos Estados.

3.2 Os atentados contra o meio ambiente ofendem bens jurídicos diversos (vida, saúde, qualidade de vida, etc.) podendo então falar-se de um *concurso de bens jurídicos ofendidos* para cuja proteção devem concorrer os mais variados ramos do Direito.

Esta natureza complexa das infrações é uma das características dos chamados *interesses difusos* que devem ser considerados como distintos dos *interesses coletivos*. A propósito, a doutrina salienta que os interesses quanto à ordem pública, à defesa comum ou à segurança pública, por exemplo, embora se identificando como *supra-individuais*, não podem ser considerados *difusos* como o são, ao contrário, os interesses da defesa do ambiente, do consumidor, dos monumentos e paisagens históricas, etc. A diferença reside no fato de que a ordem pública (ou a segurança pública ou a defesa comum) constitui interesse de que todos compartilham. O único problema que tais interesses podem suscitar se localiza na perspectiva clássica do conflito autoridade *versus* indivíduo. Já é diversa a situação quanto aos interesses difusos. Nestes, além do antigo confronto, existe um conflito de interesses meta-individuais. Assim, ao interesse da preservação de áreas verdes se sobrepõem os interesses do mercado imobiliário e da construção de novas moradias; ao interesse da qualidade da água se sobrepõe o interesse da indústria poluente; com o interesse de preservação da pureza do ar se choca o interesse pela utilização do carro a motor; ao interesse da preservação da História, conservando-se as linhas arquitetônicas de determinados prédios, se manifestam os interesses comerciais de venda dos imóveis e sua destruição para edificar modernos centros de habitação vertical.

Neste último exemplo se destaca o *direito de propriedade*, expressamente consagrado entre os direitos e as garantias fundamentais (Constituição, art. 5.º, *caput* e §§ XXII a XXVII).

O presente tema já foi tratado em abordagem específica quando tivemos oportunidade de salientar que “as concepções em torno dos fenômenos dos *interesses coletivos* e *interesses difusos* não são excludentes nem antagônicas. Com efeito, existem sempre no território de qualquer um dos interesses coletivos (preservação da vida, da integridade, da saúde, do ambiente, a tutela do consumidor, etc.) maiores ou menores núcleos de confrontos e divergências.”¹⁰

3.3 Diante da multiplicidade dos bens jurídicos ofendidos e das variadas instâncias de poder responsáveis pela sua proteção, as normas administrativas são aplicadas pelas autoridades federais, estaduais e municipais, nos limites de suas respectivas competências.

Além desse *combate oficial*, desenvolvido através de disposições de Direito Civil, Administrativo, Tributário e Penal, a própria comunidade tem o *dever* de proteger e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando as gerações do presente e do futuro, assim como estabelece o art. 225, *caput*, da Constituição. É plena a liberdade de associação para fins lícitos (Constituição, art. 5.º, XVII) existindo em nosso País diversas entidades militantes na defesa do meio ambiente e às quais se defere legitimidade para promover a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente (Lei 7.347, de 24.7.85, arts. 1.º e 5.º, I).

3.4 O Poder Legislativo brasileiro é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; nos Estados, pelas Assembléias Legislativas e nos Municípios

10. René Ariel Dotti, “A tutela penal dos interesses coletivos”, in *A Tutela dos Interesses Difusos*, Max Limonad, S. Paulo, 1984, p. 69.

prios, pelas Câmaras de Vereadores (Constituição, arts. 45 e s.; 25 e s. e 29 e s.). Aos Estados são reservadas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição enquanto que ao Município compete: a) legislar sobre assuntos de interesse local; b) suplementar a legislação federal e estadual no que couber (Constituição, arts. 25, § 1.º e 30, I e II).

4. *De quelle façon ces dispositions sont-elles reliées au droit constitutionnel supérieur?*

O quesito indaga se a Constituição reconhece de forma explícita ou implícita o direito a um ambiente adequado e se consagra outros direitos, como o da propriedade, cujo exercício pode limitar a proteção jurídica referente ao aludido interesse.

4.1 As questões relativas a este item estão indicadas pelos seguintes aspectos: a) o reconhecimento expresso, pela Constituição, do direito a um meio ambiente adequado; b) o reconhecimento implícito, dos direitos à vida, à saúde e à segurança; c) o reconhecimento de outros direitos como a propriedade, por exemplo, que funciona como limitador da proteção jurídica ambiental.

4.2 Todos estes ângulos do problema estão tratados nos itens anteriores através dos quais se indicam as linhas constitucionais e legais de amparo ao meio ambiente, merecendo destaque a circunstância de que a lei fundamental do Brasil protege, como nenhuma outra o faz, a qualidade de vida dos cidadãos e o universo dos direitos, dos bens e dos interesses ligados ao meio ambiente.

5. *Votre droit de l'environnement fait-il actuellement l'objet d'un réexamen?*

A pergunta se desdobra nos seguintes aspectos: a) se já existem textos penais de proteção ambiental e se são satisfatórios; b) se, não os existindo, há previ-

são em criá-los; c) se as disposições são consideradas convenientes no plano internacional; d) como a doutrina considera o Direito do Meio Ambiente ou Direito Ambiental?

5.1 A autonomia do meio ambiente como um bem jurídico valioso em si mesmo corresponde às exigências da comunidade brasileira do final dos anos setenta. Dois fatos muito importantes contribuíram para a formação de uma *consciência ecológica*: o esforço para o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito e o levantamento da censura prévia aos meios de comunicação social.

Com efeito, a existência dos chamados *Atos Institucionais* (baixados a partir de 9.4.64 e revogados pela Emenda Constitucional 11, de 13.10.78), além de outras restrições das liberdades públicas, dos direitos e das garantias individuais, impedia o exercício normal e pleno da cidadania. Foi a partir de 1979, com um novo Governo empossado mediante o compromisso de restaurar as práticas da democracia, que floresceram em nosso País as manifestações de apoio aos interesses difusos, especialmente quanto ao meio ambiente e ao consumidor.

Em setembro de 1978, realizou-se em Curitiba (PR) o I Simpósio Nacional de Ecologia, com notável participação de estudiosos do assunto e um grande prestígio popular. Naquele evento, foram aprovadas conclusões no sentido da consagração autônoma, em nível constitucional, do meio ambiente ecológicamente equilibrado e a imposição de penas criminais de maior rigor.¹¹

5.2 Pode-se afirmar que atualmente existe uma relativa *estabilidade legiferante* pois com o advento da Constituição de 1988, fixaram-se as coordenadas norma-

11. René Ariel Dotti, "Ecologia (Proteção penal do meio ambiente)", in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Saraiva, S. Paulo, v. 29, p. 517.

tivas básicas bem como foi instituído um programa de ação nacional em defesa do ambiente e da qualidade de vida. Em consequência, as revisões legislativas ocorrem em menor intensidade que as operadas anteriormente a 5.10.88.

5.3 A doutrina dos últimos anos vem dando especial destaque ao tema da proteção ambiental. O primeiro aspecto a ser considerado é o da denominação da disciplina.

Direito Ecológico, foi a designação utilizada por Sérgio Ferraz (1972) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1975). *Direito Ambiental*, é a expressão utilizada por Tycho Brahe Fernandes Neto, com a qual concorda Paulo Affonso Leme Machado em sua monografia *Direito Ambiental Brasileiro* (Ed. RT, 1982). A partir da Constituição de 1988, que consagrou a expressão *meio ambiente*, o título mais adequado para este ramo jurídico é *Direito do Meio Ambiente*, como prefere a grande maioria dos escritores.

II — Droit Criminel: Questions d'ordre général

A) La responsabilité pénale

6. *Em vertu de votre droit, à qui la responsabilité pénale est elle imputable?*

Este quesito aborta o tema da capacidade penal, com destaque para a polêmica questão sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. E no caso positivo, se no campo do Direito Penal é admissível que os atentados contra o meio ambiente, quando praticados em nome das pessoas coletivas, possam ser debitados aos seus dirigentes. Indaga, também, acerca dos princípios e das regras sobre a responsabilidade penal e se os existem em caráter especial para regular as infrações ambientais.

6.1 No sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuí-

da, exclusivamente, às pessoas naturais (físicas). Os crimes (ou delitos) e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas (morais).

No Capítulo relativo ao meio ambiente a Constituição declara que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano" (art. 225, § 3.º). Tal disposição, em sua interpretação literal, poderia ensejar o entendimento de que é admissível a responsabilidade penal dos entes coletivos. Porém, a melhor compreensão da norma nos leva à conclusão de que tanto a pessoa física como a pessoa jurídica podem responder nas ordens civil, administrativa e tributária pelos seus atos; mas a responsabilidade penal continua sendo de natureza e caráter estritamente humanos.

A Constituição adota (entre outras) as seguintes espécies de pena: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e e) suspensão ou interdição de direitos (art. 5.º, XLVI).

A presente relação não exclui a possibilidade, *in these*, da pessoa coletiva ser objeto de algumas das mencionadas sanções. Salvo a primeira delas, de natureza eminentemente física, as demais poderiam se coadunar às pessoas jurídicas. Com efeito, penas patrimoniais como a perda de bens, a multa e a prestação social alternativa (de que é exemplo o trabalho em favor de comunidade) e penas restritivas de atividade, como a suspensão e a interdição de direitos, podem ser aplicáveis, em linha de princípio, contra a pessoa humana ou contra a pessoa moral. Mas, apesar dessa compatibilidade formal, a Constituição veda a hipótese de se levar a pessoa jurídica para o banco dos réus criminais. O raciocínio oposto implica em subverter toda a teoria da aplicação da lei, bem como as teorias sobre o delito e as

reações penais (penas e medidas de segurança).

A ação (conduta), como primeiro elemento estrutural do crime, é produto do *homem*. Os penalistas brasileiros, de modo geral, quando tratam deste assunto qualificam a ação como atributo do ser humano. A propósito, Francisco de Assis Toledo: "Poder-se-á, pois, dizer, parodiando o poeta, que, no mundo social, só os seres humanos são capazes de ouvir e de entender as normas, portanto só eles podem cometer crimes".¹² Em outras palavras: somente através da ação é que as tendências e deliberações criminosas do sujeito podem tornar-se juridicamente relevantes e colocar em funcionamento a justiça penal.¹³

O conceito de ação como "atividade humana conscientemente dirigida a um fim",¹⁴ vem sendo tranqüilamente aceito pela doutrina nacional,¹⁵ o que implica no *poder de decisão pessoal* entre fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, num atributo inerente às pessoas naturais. Vale referir Álvaro Mayrink da Costa: "Em cada situação decisória o homem pode optar por uma destas duas formas de comportamento: a) Fazer algo; b) Deixar de fazer algo".¹⁶

6.2 O Código Penal Brasileiro, com a reforma introduzida pela Lei 7.209, de 11.7.84, é infenso à capacidade penal das pessoas jurídicas. Ver, a propósito, Heleno Cláudio Fragoso, salientando que a res-

ponsabilidade criminal é pessoal (depende de atuação do sujeito) e subjetiva (depende de culpa).¹⁷

Quanto às leis especiais, vigora o mesmo princípio *societas delinquere non potest*. É certo que alguns diplomas contendo vícios de técnica estariam, aparentemente, se opondo ao princípio da responsabilidade em função da culpa. Em tal rumo, podem ser indicadas: a) Lei 4.511, de 1.º.12.64 (dispõe sobre o meio circulante) ao afirmar que, quando a infração ao art. 13,¹⁸ for atribuída à autoridade pública, "o Ministro da Fazenda instaurará inquérito competente, sendo o fato considerado crime de responsabilidade"; b) Lei 4.728, de 14.7.65 (disciplina o mercado de capitais), dispondo no § 2.º do art. 73 que "a violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção, recaiando a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores"; c) Lei 4.595, de 31.12.64 (dispõe sobre política e instituições monetárias, bancárias e creditícias), ao declarar: "Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central da República do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, ficando a estas sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores" (art. 44, § 7.º); d) Lei 4.729, de 14.7.65 (crime de sonegação fiscal), que embora ressalvando ser a responsabilidade penal debitada às pes-

12. *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, S. Paulo, 1986, p. 85.

13. Aníbal Bruno, *Direito Penal — Parte Geral*, Forense, Rio de Janeiro, 1967, t. 1.º, p. 296.

14. Cf., Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*, Forense, Rio de Janeiro, 1985, p. 152.

15. Damásio de Jesus, "Conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade" (*Direito Penal — Parte Geral*, Saraiva, S. Paulo, 1985, v. 1.º, p. 197).

16. *Direito Penal — Parte Geral*, Forense, Rio de Janeiro, 1988, v. 1.º, p. 361.

17. *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1978, v. I, t. II, p. 628.

18. Lei 4.511/64, Art. 13: "É proibido o uso, para qualquer fim, de cheques, vales, bilhetes, bônus, brindes ou qualquer outra forma de impresso, seja qual for a sua procedência ou origem, de natureza particular ou pública, que, de algum modo, se assemelhem às cédulas de papel moeda ou às moedas metálicas."

soas físicas ligadas à empresa sonegado-ra, admite que a infração penal seja atribuída ao ente coletivo, como se poderá ver pelo início de redação do art. 6.º: "Quando se tratar de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta lei será de todos os que (...)"; e) Lei 6.435, de 15.7.77, ao também insinuar que a pessoa jurídica pode cometer o delito de atuar como entidade de previdência privada sem a devida autorização, ressaltando que em tal caso "seus diretores e administradores incorrerão na mesma pena" (art. 80).

6.3 Não se admite a capacidade penal das pessoas jurídicas em face da exigência da culpabilidade que atua como fundamento e limite da pena. O primado *nulla poena sine culpa* é expressamente declarado pelo Código Penal: "Art. 19.º — (Agravação pelo resultado). Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente."

A culpabilidade é indicada como o primeiro elemento de referência para escolher e quantificar a pena, "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" (CP, art. 59). É é novamente mencionada quando o Código trata do concurso de pessoas, ao declarar: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade" (CP, art. 29).

Pode-se afirmar que no sistema proposto pela Lei 7.209, de 11.7.84, a culpa é o fundamento e a medida da pena enquanto a periculosidade é a base para a imposição da medida de segurança.

Nos costumes jurídicos brasileiros, a "culpabilidade da pessoa jurídica" é uma hipótese manifestamente incompatível não somente com a realidade ontológica das pessoas morais como também com o refinado conceito de culpa, vista como "reprovabilidade de conduta ilícita (antijurídica) de quem tem capacidade

genérica de entender e de querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato foi praticado, conhecer a sua ilicitude e comportar-se segundo as exigências do direito". A pretensão de se incriminar as pessoas coletivas esbarra na impossibilidade de se conceber que uma empresa comercial, por exemplo, tenha possibilidade de formar a "consciência de ilicitude" posto que a sua atividade é desenvolvida pelos seus prepostos e servidores.

Somente as pessoas físicas são as depositárias dos elementos necessários à formação da culpabilidade, como leciona Pena Cabrera.¹⁹ Em muitas oportunidades e especialmente quanto à incriminação dos atentados ao meio ambiente, o caráter pessoal e subjetivo da responsabilidade penal tem sido afirmado pelos nossos penalistas. Merece invocação, entre outros, o trabalho de Nilo Batista e Aurélio Wander Bastos, apresentado na VII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Manaus, no ano de 1980.²⁰

Para fechar o circuito de objeções à tentativa de se incriminar a pessoa jurídica (embora sem esgotar o tema) convém insistir num ponto: é inconcebível falar-se em execução da pena criminal — que pressupõe aflição e reinserção social — sobre a pessoa jurídica. Com efeito, tanto a pena como a medida de segurança se destinam ao *homem de carne e osso*, que é o destinatário das reações contra o delito. A pena deve ser necessária e suficiente para a preservação e a reprovação do crime (CP, art. 59) e tem caráter nitidamente aflitivo como se verifica em disposição muito clara do Código Penal: "Art. 121 — Matar al-

19. Raul Peña Cabrera, *Derecho Penal Peruano — Parte General*, Epasa, Lima, 1981, p. 161.

20. "Liberdade e proteção do meio ambiente", in *Anais*, OAB, Rio de Janeiro, 1980, p. 222 e s.

guém: (...) § 5.º — Na hipótese de homicídio culposo, o Juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária". Através desta *hipótese legal de tragédia*, verifica-se que a pena é sofrimento, é dor, enfim, uma *procissão de amargura*. E é possível conceber-se a pessoa jurídica como figura central desse cortejo?

O art. 1.º da Lei 7.210, de 11.7.84 (Lei de Execução Penal), embora não tenha assumido nenhum compromisso programático com a recuperação social ou reeducação do infrator, declara que "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". Poderia a pessoa jurídica ser a destinatária de tal preceito? A resposta é negativa.

A melhor interpretação dos textos da Constituição de 1988 não admite a capacidade penal das pessoas morais. A propósito, a clara posição de Luiz Vicente Cernicchiaro, no sentido de que a sanção penal "está vinculada à responsabilidade pessoal (art. 5.º, XLV). Hoje, dela é inseparável. A Constituição Brasileira, portanto, não afirmou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, na esteira das congêneres contemporâneas".²¹

Em nosso entendimento e conforme o espírito da lei fundamental, somente o homem pode cumprir os vários estágios da *provação processual*: desde o momento em que aparece como suspeito ou indiciado até a derradeira saída do palco onde a história do delito é montada. O *preso* de que fala a Constituição é o homem e assim o é também o *acusado* a quem se assegura a presunção de inocência. O *condenado* que poderá ser credor

da indenização pelo erro judiciário é somente o ser humano, nascido de mulher e capaz de operar o milagre da transformação das coisas e a metamorfose dos sentimentos.

6.4 O sistema positivo brasileiro trata igualmente os delitos contra o meio ambiente e os delitos em geral. Dispõe o art. 12 do CP que as suas regras gerais aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. Assim, tanto os ilícitos ambientais, já previstos no Código Penal, como os constantes da legislação extravagante são punidos em função do mesmo sistema geral da responsabilidade em função da culpa.

7. *En vertu de votre droit, la responsabilité pénale peut-elle être imputée à une personne autre que l'auteur principal?*

O quesito envolve as questões da personalidade da pena e da participação, com destaque para a cumplicidade, a instigação, a tentativa e a conspiração.

7.1 A Constituição dispõe que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5.º, XLV) consagrando o princípio da *personalidade da pena*.

Repugna à consciência de todos os homens de bem a imposição de um mal contra as pessoas inocentes do delito. O infeliz paradigma da sentença do grande líder Tiradentes ("... declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os...") mantém-se como lembrança do terror e do martírio sofridos pelas vítimas da intolerância política, sacrificadas por ordem e no interesse do Reino de Portugal.

Corolário lógico do princípio da personalidade da pena é o princípio, também de fundo constitucional, da *individualização da pena* (art. 5.º, XLVI). Ele se reflete nas regras do Código Penal (arts. 59 e 60) que dispõe sobre a escolha, a quantidade, a forma inicial de execução da pena e a substituição da pena privativa

21. *Direito Penal na Constituição*, Ed. RT, S. Paulo, 1990, p. 144.

de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

7.2 No sistema positivo brasileiro, o princípio da individualização da pena envolve os três momentos do dinamismo penal: a *cominação*, quando para determinados tipos de autores se estabelecem tipos fundamentais próprios (como no infanticídio — CP, art. 123), e causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena; a *aplicação*, quando o Magistrado fixa concretamente a sanção e a modalidade inicial de seu cumprimento, levando em consideração os dados pessoais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e situação econômica do réu); a *execução*, quando após a classificação do condenado, as medidas de assistência, a regulação do trabalho, a exigência dos deveres, o atendimento dos direitos, a imposição da disciplina, a movimentação dos regimes (progressão ou regressão), as autorizações da saída, o livramento condicional, a suspensão condicional da pena, a conversão da pena, etc. se movimentam em função das condições pessoais e do mérito do sentenciado (cf., Lei 7.210/84). Também nos quadros das penas restritivas de direitos e de multa (CP, arts. 43 a 52), o princípio da individualização se concretiza amplamente.

7.3 Relativamente ao tema do *concurso de pessoas* o Código Penal adota o sistema monista com exceções bem definidas. Declara o art. 29: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

A ressalva ao final deste dispositivo constitui, ao mesmo tempo, uma limitação aos excessos a que poderia conduzir a relação de causalidade²² e também a

reafirmação do dogma *nulla poena sine culpa* indicado pelos arts. 19, 20 e 21 do CP.²³

A Exposição de Motivos do projeto que se converteu na Lei 7.209/84, alterando a Parte Geral do Código Penal, acentua que a nova orientação procura corrigir os abusos a que conduzia a aplicação radical da teoria unitária, assim como dispunha o art. 25 do Código em sua redação original (Dec.-lei 2.848, de 7.12.40). Em consequência, estabeleceram os §§ 1.º e 2.º do art. 29: "Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese ter sido previsível o resultado mais grave."

Com tais regras se reafirma o primado *nulla poena sine culpa*, impedindo-se a punição em consequência da responsabilidade meramente objetiva.

7.4 O Código Penal acolhe implicitamente as distinções entre autoria, instigação e cumplicidade. *Autor* é quem comete o fato pessoalmente (autoria imediata) ou valendo-se de terceiro que atua como instrumento não culpável (autoria mediata). Se vários agentes realizam o fato típico em comum, cada um deles será punido como autor (co-autoria). *Instigador* é o agente que, dolosamente,

23. "Art. 19 — (Agravação pelo resultado). Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente"; "Art. 20 — (Erro sobre elementos do tipo). O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei"; "Art. 21 — (Erro sobre a ilicitude do fato). O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço."

22. Código Penal, Art. 13: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido."

determina outrem ao cometimento do fato. É o fenômeno que a doutrina e a crônica de crime chamam de "autoria intelectual ou psíquica". *Cúmplice* é a pessoa que, dolosamente, presta ajuda e assistência à ação dolosa e antijurídica de outrem.

De tal classificação resulta a conclusão de que o concurso eventual²⁴ de pessoas se identifica através da *co-autoria* e da *participação*. Esta última ocorre pela *instigação* (comando, mandato, conselho, ameaça) ou pela *cumplicidade*.

Relativamente a certas hipóteses de delitos, as modalidades de concurso e a necessidade da punição vêm expressamente indicadas na norma incriminadora. Assim ocorre, por exemplo, com a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos, quando a própria Constituição declara que por eles responderão os "mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem" (art. 5.º, XLIII). O diploma que define os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492, de 16.6.86) estabelece que são penalmente responsáveis pelos mencionados ilícitos o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores e gerentes. Equiparam-se aos administradores, o interventor, o liquidante e o síndico (art. 25 e parágrafo único). E o Código Florestal (Lei 4.771, de 15.9.65) dispõe que "as penalidades incidirão sobre os autores, sejam, eles:

a) diretos; b) arrendatários, parceiros, posseiros, gerentes, administradores, diretores, promitentes compradores ou proprietários das áreas florestais, desde que praticados por prepostos ou subordinados e no interesse dos proponentes ou dos superiores hierárquicos; c) autoridades que se omitirem ou facilitarem, por consentimento legal, na prática do ato" (art. 29).

7.5 Em face do direito positivo brasileiro, a responsabilidade criminal pelos atentados ao meio ambiente — e aos demais bens e interesses jurídicos penalmente tutelados — poderá recair tanto sobre o autor como sobre o partícipe, ou seja o instigador ou o cúmplice, sejam os crimes consumados ou simplesmente tentados.

Neste aspecto o sistema acolhe, sem quaisquer exceções, o *princípio de abrangência* constante do art. 12 do Código Penal, ou seja, de que as regras gerais do Código se aplicam aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo contrário.

E quanto aos crimes ambientais não existem disposições nos diplomas extravagantes que se coloquem em oposição aos princípios e às regras do art. 29 e parágrafos do CP.

7.6 Relativamente ao *conspirador* reza o Código Penal: "Art. 31 — (*Casos de impunibilidade*). O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado." Entre as exceções podem ser referidos o crime previsto no art. 291 do CP²⁵ e algumas hipóteses típicas da Lei 7.170, de 14.12.83.

25. *Petrechos para falsificação de moeda* "Art. 291 — Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda".

24. A concorrência poderá ser *eventual* ou *necessária*. No primeiro caso, o ilícito poderá ser praticado individualmente (homicídio, lesões corporais, furto, etc.), mas o interesse no melhor êxito, a impunidade ou qualquer outro objetivo poderá recomendar a ação conjunta. No segundo, o próprio tipo requer mais de um sujeito ativo. São os crimes *plurissubjetivos* em oposição aos *monosubjetivos*. Exemplos de crimes de concorrência necessária: quadrilha ou bando, rixa, bigamia, adultério.

B) L'élément matériel

8. *Que requiert votre droit comme élément matériel (actus reus) d'un crime?*

O elemento material da infração é o objeto deste quesito. Ingressam como fontes de indagação os fenômenos da ação e da omissão, bem como a sua respectiva compreensão. Também os aspectos do resultado (dano ou perigo) da infração interessam à visão geral do assunto e, em particular, quanto aos ilícitos ambientais.

8.1 As infrações penais se classificam em crimes (ou delitos) e contravenções. O sistema penal brasileiro adotou o critério bipartido em oposição ao critério tripartido que estabelece as categorias de crimes, delitos e contravenções. Acolhida pela França, através do Código Penal de 1810, tal orientação foi irradiada para vários países que receberam a sua influência, como ocorreu com os diplomas belga, de 1867 e alemão, de 1870.

O vigente Código Penal Brasileiro (Dec.-lei 2.848, de 7.12.40, com a reforma da Parte Geral introduzida pela Lei 7.209, de 11.7.84), consagrou a divisão bipartida das infrações penais, como se poderá ver pelos arts. 1.º, 81, § 2.º e 87. As contravenções penais estão previstas em diploma próprio, isto é, o Dec.-lei 3.688, de 3.10.41, chamado, impropriamente, de *Lei das Contravenções Penais*.

Segundo a doutrina clássica, inexistente distinção de fundo entre *crime* e *contravenção*, salvo pelo aspecto da natureza e quantidade das respectivas sanções. Em tal sentido, dispõe o art. 1.º do Dec.-lei 3.914, de 9.12.41, denominado *Lei de Introdução do Código Penal*: "Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, cumulativamente."

8.2 Quanto à conduta, as infrações penais podem ser classificadas em quatro grandes grupos: a) comissivos; b) omissivos puros ou próprios; c) comissivos por omissão (omissivos impuros ou impróprios); d) omissivos por comissão (comissivos impuros ou impróprios).

Os *crimes comissivos* constituem a grande maioria das espécies típicas, a começar pelo homicídio (CP, art. 121), que geralmente é praticado por ação. Os *crimes omissivos puros* são aqueles nos quais o tipo legal indica uma abstenção, um *non facere*, de que é exemplo clássico a omissão de socorro (CP, art. 135). Os *crimes comissivos por omissão* são aqueles que, embora normalmente resultem de uma conduta positiva, podem ser também praticados por omissão, como a hipótese do policial que deixa de proteger a vítima de uma violência física, querendo ou assumindo o risco do resultado lesão corporal ou morte. Os *crimes omissivos por comissão* seriam aqueles decorrentes de um não fazer imposto pela ação de outrem.

Acolhendo esta última categoria, Paulo José da Costa Júnior formula o exemplo do médico que pretendia intervir para salvar a paciente em perigo de vida, quando é impedido pelo marido que desejava a morte da mulher.²⁶ Damásio de Jesus propõe, ainda, a espécie dos *crimes de conduta mista*, em relação aos quais haveria um comportamento positivo num estágio inicial e outro, omissivo, na etapa final. E indica como exemplo o tipo do art. 169, parágrafo único, III do CP: "Na mesma pena incorre quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor, ou de entregá-la à autoridade competente, dentro do prazo de (quinze) 15 dias."²⁷

26. *Do Nexo Causal*, S. Paulo, 1964, pp. 16. 17.

27. *Direito Penal — Parte Geral*, S. Paulo, 1991, 1.º/17C.

8.3 O Código Penal trata da *ação* e da *omissão* através das disposições sobre a *relação de causalidade*. Declara a segunda parte do art. 13: "Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido". E relativamente aos delitos impróprios de omissão, o § 2.º do mesmo artigo estabelece: "A omissão é penalmente relevante quando o emitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado".

8.4 Sob outra perspectiva, é possível a classificação dos crimes em crimes de dano e crimes de perigo. São *crimes de dano* (ou de *lesão*) aqueles que produzem um resultado efetivo quanto ao objeto atacado e ao bem jurídico protegido, como ocorre no homicídio, nas lesões corporais e no incêndio (CP, art. 121, 129 e 251). São *crimes de perigo* aquelas modalidades de infração penal que geram a probabilidade de um dano (ou lesão). O conceito clássico de perigo é enunciado como a "probabilidade de um evento temido".

Os crimes de perigo podem ser classificados em: a) *crimes de perigo presumido*; b) *crimes de perigo concreto*; c) *crimes de perigo individual*; d) *crimes de perigo comum (ou coletivo)*; e) *crimes de perigo atual*; f) *crimes de perigo iminente*; g) *crimes de perigo futuro*.²⁸

O delito é de *perigo presumido* quando a norma incriminadora não condiciona a sua caracterização à demonstração, caso por caso, da probabilidade de dano (lesão). Como exemplos podem ser mencionados os tipos de epidemia e omissão de notificação de doença (CP, arts. 267 e 269). Em tais hipóteses, a situação perigosa é presumida, *iuris et de iure*,

não se permitindo ao réu excluir a imputação no pressuposto de que poderia provar a inexistência real do perigo de dano (lesão). Tais ilícitos são imprópriamente chamados de *crimes de perigo abstrato*.

É de *perigo concreto* o delito quando o tipo refere, expressamente, a probabilidade de dano (lesão). Como exemplo, pode-se mencionar o incêndio, a explosão e o uso de gás tóxico ou asfixiante (CP, arts. 250 a 252). Deve-se demonstrar, caso a caso, que tais fatos expuseram a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio alheio.

O *perigo individual* é aquele fenômeno que repercute na esfera de ação da pessoa, isoladamente considerada. Assim ocorre com o perigo de contágio venéreo e a ameaça (CP, arts. 130 a 147).

O *perigo comum ou coletivo* se caracteriza pela repercussão do evento a um número indeterminado de pessoas. São exemplos os ilícitos descritos no Cap. I, do Tít. VIII da Parte Especial do Código Penal (art. 250 a 259).

Por *perigo atual* se entende o que está sucedendo (CP, art. 24), enquanto que o *perigo iminente* é o que está prestes a ocorrer. O *perigo futuro* é a probabilidade de um dano no porvir (CP, art. 130).

8.5 O sistema positivo brasileiro pune os crimes contra o meio ambiente em todas modalidades de perigo acima referidas. Tanto no Código Penal como nas leis especiais existem ilícitos contra a flora, a fauna, a água, o ar e o solo que efetivamente produzem um dano ou lesão ou que provocam as situações de perigo (presumido, concreto, individual, comum, atual, iminente ou futuro). Eles podem ser praticados por *ação* ou por *omissão*.

9. *Comment votre droit traite-t-il de la causalité?*

O primeiro ponto desta indagação versa sobre a existência, no Direito Brasileiro, de regra específica sobre a relação de

28. Damásio de Jesus, ob. cit., p. 167.

causalidade. E, em caso afirmativo, se a regra tem caráter genérico ou específico ao Direito Penal e qual a sua colocação topográfica: se na Parte Geral do Código ou nas disposições especiais. E quanto às infrações ao meio ambiente, indaga-se se existem dificuldades específicas no plano da prova para se estabelecer a relação de causa e efeito.

9.1 A relação de causalidade tem previsão expressa na Parte Geral do Código Penal com as seguintes regras: “Art. 13 — (*Relação de causalidade*). O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. § 1.º — (*Superveniência de causa independente*). A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. § 2.º — (*Relevância da omissão*). A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

9.2 As infrações contra o meio ambiente estão submetidas ao regime geral estabelecido pelo Código Penal quanto à relação de causalidade.

O Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal,²⁹ além da previsão dos delitos de degradação ambiental (poluição da água, do ar, do solo), dos atentados contra a flora, a fauna e a paisagem, (arts. 401 a 414) ainda criou um capítulo relativo ao favorecimento aos crimes contra o meio ambiente. O art. 415, sob o *nomen iuris* de “*Omissão de*

medidas necessárias”, comina a pena de detenção de três meses a um ano a quem, deixar de promover as medidas determinadas pela autoridade competente, necessárias a impedir a prática dos delitos ambientais. E o art. 416, sob a rubrica lateral de “*Omissão de dever funcional*”, sanciona com três meses a dois anos de detenção todo aquele que, fora do caso do concurso de pessoas, omite providência a que está obrigado por dever legal, para evitar ou fazer evitar a prática dos já referidos ilícitos.

9.3 Existem, porém, dificuldades específicas para estabelecer o vínculo de causalidade em relação a determinados delitos ambientais. Um dos exemplos frequentes é o da corrupção ou poluição de água potável (CP, art. 271): “Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde”. Tanto na sua forma dolosa (*caput*) como na hipótese culposa (parágrafo único), esta norma incriminadora exige a comprovação da relação causal entre a conduta de corromper ou poluir e o resultado de perigo a que é exposta a saúde pública pela degradação da qualidade da água potável. O mesmo se poderá dizer quanto ao tipo do art. 272 (corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal).

Um dos problemas práticos é o da investigação sobre o estado da água ou da substância alimentícia ou medicinal, posto que se já havia a precedente corrupção, poluição ou adulteração, não se caracteriza o delito pela impropriedade do objeto material (CP, art. 17). Neste rumo existem vários precedentes de Jurisprudência, valendo como paradigma o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que declara: “A lei pune quem corrompe ou polui água potável, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde. Não se configura, porém, o delito se, por receber do rio, em outras localidades, resíduos de esgotos, não

29. Mandado publicar pela Portaria 790, de 27.10.87.

podem suas águas ser consideradas potáveis, quer na acepção técnica de água bioquimicamente potável, quer no sentido de potabilidade consistente em servir para beber e cozinhar.”³⁰

Com a finalidade de tornar mais rigorosa a incriminação da poluição, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3.019/80, dando nova redação ao art. 271 do CP: “Poluir as águas de superfície, as subterrâneas, a atmosfera ou o solo, infringindo prescrições legais ou regulamentos federais ou estaduais. Pena — reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de CR\$ 1.000,00 a CR\$ 10.000,00. § 1.º — A pena é duplicada se o resultado ocorre em lugar habitado; § 2.º — Se o crime é culposo: pena — detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.” Esta proposta resultou de tese do *Grupo de Estudos Campos Salles*, aprovada no VII Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo.³¹ Também com a finalidade de restringir a impunidade em tais situações de difícil comprovação da materialidade do fato, o Anteprojeto (revisto) da Parte Especial do Código Penal (1984), estabeleceu as hipóteses de *agravação da situação de perigo já existente*. Assim, os crimes de poluição de águas, poluição de estuário ou águas litorâneas e de poluição do ar, se caracterizariam pelo fato de *causar* (indevidamente) a poluição “expondo a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou tornando mais grave situação de perigo existente” (arts. 401 a 403).

9.4 Interessante aspecto da responsabilidade por omissão é o contemplado pelo art. 16 da Lei 7.802, de 11.7.89.³²

30. Acórdão relatado pelo Des. Olavo Guimarães, RT 263/59.

31. Cf. Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, Ed. RT, S. Paulo, 1982, p. 153.

32. Lei 7.802, de 11.7.89: “Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazena-

Trata-se da punição do empregador, do profissional e do prestador de serviço “que deixar de promover as medidas necessárias de proteção à saúde e ao meio ambiente”. Em caso de dolo, a pena será de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, além da multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) maiores valores de referência (MVR). Se houver culpa, a pena continua sendo a reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, além da multa de 50 (cinquenta) a 500 (quinhentos) maiores valores da referência (MVR).

9.5 A relação de causalidade física dos delitos ambientais é demonstrável através da perícia, em face de se tratar de infrações que deixam vestígio, sendo indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado (CPP, art. 158). A ausência do exame de corpo de delito é causa de nulidade como determina o art. 564, III, b, do CPP. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta (CPP, art. 167).

Sobre os demais aspectos processuais das infrações contra o meio ambiente e, em especial, os meios de prova, veja-se Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas.³³

C) L'élément moral

10. *Que requiert votre droit comme élément moral (mens rea) d'une infraction?*

A existência e o conceito de um “elemento moral” da infração, bem como

mento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências.”

33. *Crimes Contra a Natureza*, Ed. RT, S. Paulo, 1990, p. 152 e s.

as modalidades da culpa *stricto sensu* interessam ao presente tema. Ao fundo reside a questão da responsabilidade penal em função da culpa.

10.1 A Lei 7.209, de 11.7.84, que reformou a Parte Geral do Código Penal brasileiro, harmoniza-se com o primado *nulla poena sine culpa*, expressamente consagrado em vários dispositivos (arts. 19, 20, 21 e 29, p. ex.). A culpabilidade é indicada como o primeiro dado de consulta para a fixação judicial da pena, para se estabelecer o regime inicial de execução e para operar a substituição da pena privativa de liberdade por outra cabível (art. 59).

Nos termos da Constituição, o princípio da culpa é extraído de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ou seja, da “dignidade da pessoa humana” (art. 1.º, III). Esta compreensão do generoso princípio em função do Texto Constitucional também se verifica em Portugal. Na correta afirmação de Souza e Brito, “a culpa pressupõe a consciência ética e a liberdade do agente, sem admissão das quais não se respeita a pessoa nem se entende o seu direito à liberdade. Implica que não há pena sem culpa, excluindo-se a responsabilidade penal objectiva, nem medida de pena que exceda a da culpa.”³⁴

10.2 “Sem culpabilidade não existe pena”. Este é um dogma de segurança individual garantido pelo sistema penal brasileiro que não admite a responsabilidade objectiva ou sem culpa.

A doutrina clássica de Direito Penal considera a culpabilidade como um dos elementos estruturais do delito para se evitar a adoção da responsabilidade objectiva em matéria penal. 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.”³⁵ 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”.³⁶

A culpabilidade jurídico-penal tem como elementos: a imputabilidade, a consciência (real ou potencial) da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

O princípio da culpabilidade se extrai do direito positivo, como se poderá ver pelos arts. 19 e 121, § 5.º do CP 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, §§ 1.º e 2.º, 29 e parágrafos).

10.3 Quanto ao aspecto subjetivo dos tipos legais de crime, o sistema positivo brasileiro não conhece outras formas que não o dolo e a culpa *stricto sensu*. Nos termos do art. 18, do CP, diz-se o crime *doloso*, “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” e *culposo*, “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

Conforme autorizada doutrina, o *dolo* “é a consciência e vontade na realização da conduta típica. Compreende um *elemento cognitivo* (conhecimento do fato que constitui a ação típica) e um *elemento volitivo* (vontade de realizá-la).”³⁷ A

34. José de Souza e Brito, “A lei penal na Constituição”, trabalho publicado in *Estudos sobre a Constituição*, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, 2.º/197.

35. Hans Welzel, *Derecho Penal Alemã*, trad. de Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yanez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 196.

36. Ob. cit., 1991, p. 398.

37. Heleno Cláudio Fragoso, ob cit., p. 175.

culpa consiste na violação de um dever de cuidado objetivo, resultante tal violação de um comportamento imprudente, negligente ou imperito. A propósito, o Anteprojeto de Código Penal elaborado por Nélson Hungria (1963) definia o crime culposo como a conduta do agente que, deixando de empregar a atenção ou a diligência ordinária ou especial a que estava obrigado em face das circunstâncias, não previu o resultado ou, prevenindo-o, supunha levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo (art. 16, II). Na primeira hipótese, diz-se que a culpa é *inconsciente*; na segunda, que é *consciente*. O crime culposo constitui modalidade dos *tipos penais abertos*. Compreendem-se com tal designação os dispositivos nos quais não aparece, expressamente, a norma violada com a ação ou a omissão.

Relativamente às contravenções, o elemento subjetivo é a simples *voluntariedade* conforme declara o art. 3.º, do Dec.-lei 3.688, de 3.10.41: "Para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outro, qualquer efeito jurídico".

10.4 Os crimes contra o meio ambiente somente poderão ser cometidos por dolo ou por culpa *stricto sensu*. Como exemplos das modalidades dolosas podem ser mencionados os tipos previstos nos arts. 163, 250, 251, 252, 256, 259, 271, 272 e 273, do CP. E das modalidades dolosas, os tipos previstos em parágrafos dos mencionados dispositivos, a partir do art. 250.

Nas leis especiais, haverá crime doloso contra a fauna se for praticada a caça profissional; se houver o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem a sua caça, perseguição, destruição ou apanha ou outros ilícitos previstos pela Lei 5.197, de 3.1.67, art. 27, com a redação determinada pela Lei 7.653, de 12.2.88.

Também haverá delito doloso se a pesca for praticada com a utilização de explosivos ou substâncias que, em contato com a água produzam efeito semelhante, ou através de substâncias tóxicas (Lei 7.679, de 23.11.88). Os atos de produzir, comercializar, transportar, aplicar ou prestar serviço na aplicação de agrotóxicos, seus componentes e afins, descumprindo as exigências estabelecidas nas leis e nos regulamentos, serão reconhecidos como criminosos. Se a conduta for *dolosa* a pena será de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, além da multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) maiores valores de referência. Em caso de *culpa*, a reclusão é de 1 (um) a 3 (três) anos, além da multa de 50 (cinquenta) maiores valores de referência (Lei 7.802, de 11.7.89, art. 15). Igualmente prevendo as modalidades de crime doloso e crime culposo é o art. 16 desta mesma lei (infração praticada pelo empregador, profissional responsável ou prestador de serviço que deixar de promover as medidas necessárias de proteção à saúde e ao meio ambiente).

Mas existem *contravenções*, como a prevista no art. 38 da lei respectiva (Dec.-lei 3.688, de 3.10.41), ou seja, a provocação abusiva de fumaça, vapor ou gás, que possa ofender ou molestar alguém. O Código Florestal (Lei 4.771, de 15.9.65), trata igualmente como contravenções as diversas hipóteses típicas referidas pelo art. 26. Em todos esses casos, bastará a simples *voluntariedade* para que os ilícitos estejam caracterizados.

A propósito deste aspecto, vale transcrever a doutrina de Basileu Garcia, *in verbis*: "Subordinando-se a existência do fato contravencional a uma ação ou omissão voluntária, não se pode, é claro, dizer que o elemento subjetivo é dispensado. Este necessariamente existe. E, sendo manifestação da vontade, também o é da inteligência. Ocorre, pois, na contravenção, um processo intelectual-volitivo, em relação ao qual, porém, não

se indaga se tendeu ou não para um evento de dano ou de perigo (dolo), nem se a ação ou omissão oriunda de tal processo foi realizada com imprudência, negligência ou imperícia (culpa)".³⁸

D) Moyens de défense

11. *Votre droit permet-il comme moyens de défense:*

O presente quesito indaga se no sistema jurídico brasileiro são admitidos, como meios de defesa: a) a impossibilidade física; b) o erro ou a ignorância quanto ao fato (erro de proibição e erro de tipo); c) o estado de necessidade; d) o exercício da legítima defesa; e) a ordem de superior hierárquico. Além disso, pergunta se tais meios são admissíveis no que se relaciona aos delitos ambientais e se existem outras causas que podem ser invocadas para excluir a criminalidade dos mencionados ilícitos.

11.1 Quando alguém comete determinado fato típico sob o domínio de coação (física ou moral) irresistível, só é punível o autor da coação (CP, art. 22). Tal fenômeno impede que se estabeleça a relação de causalidade entre o coator e o coato que agiria como mero *instrumento* nas mãos daquele e, portanto, sem ação que pressupõe consciência e vontade. A relação causal, nesta hipótese, é atribuída apenas ao responsável pela coação.

Se o fato é praticado em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, a punição recairá exclusivamente sobre o autor da ordem (CP, art. 22).

11.2 As causas de exclusão de ilicitude e, portanto, do crime, estão reunidas no art. 23 do CP: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

Considera-se em *estado de necessidade* quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo (policia, bombeiro). Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços (CP, art. 24, §§ 1.º e 2.º).

O sistema positivo adotou a fórmula unitária para reconhecer o estado de necessidade, rejeitando a *teoria diferenciadora* que distingue as situações: se o bem jurídico sacrificado é consideravelmente inferior ao mal evitado, a excludente se caracterizará; se for de valor igual ou superior, haverá exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa). Esta era a orientação do revogado Código Penal de 1969 (Dec.-lei 1.004, de 21.10.69, com a reforma da Lei 6.016, de 31.12.73), conforme o art. 25: "Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa".

Entende-se em *legítima defesa* quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (CP, art. 25).

O *estrito cumprimento do dever legal*, constitui causa excludente da ilicitude porque não comete crime quem se limita a cumprir um dever legal, como o policial ao prender um delinqüente em flagrante ou cumprindo ordem judicial. Conforme esclarece a doutrina, deve tratar-se de "dever legal, não apenas social, moral ou religioso; legal em sen-

38. *Instituições de Direito Penal*, Max Limonad, v. I, t. I/282, 283.

tido amplo, imposto, por qualquer regra de Direito positivo, lei, decreto, regulamentação ou disposição de caráter geral formulada por autoridade pública no domínio da sua competência".³⁹

O exercício regular de direito, é outra causa explícita de exclusão de ilicitude. A propósito, Anibal Bruno pondera que "não se pode falar de ilícito na prática do que a lei permite. Não pode haver no exercício regular de um direito hipótese de crime, desde que na maneira de exercitá-lo o agente não ultrapasse os limites do que, explícita ou implicitamente, a lei consente, devendo-se observar que, em princípio, a ninguém é permitido fazer justiça por si mesmo, exercendo violência sobre pessoa ou coisa".⁴⁰ O fundamento para tal orientação encontra-se na conhecida fórmula de Graf zu Dohna: "uma ação juridicamente permitida não pode ser, ao mesmo tempo, proibida pelo direito. Ou, em outras palavras, o exercício de um direito nunca é antijurídico".⁴¹

Além das causas explícitas ou expressas já referidas, o sistema reconhece a existência de causas supraleais de exclusão de ilicitude, como o *consentimento do ofendido*.⁴²

11.3 As causas de exclusão da culpabilidade previstas pelo sistema positivo brasileiro, são as seguintes: a) erro de tipo (CP, art. 20); b) erro de proibição (CP, art. 21, *caput*); c) coação moral irresistível (CP, art. 22, 1.ª parte); d) obediência hierárquica (CP, art. 22, 2.ª parte); e) inimizabilidade por doença

mental (CP, art. 26, *caput*); f) inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto ou retardado (CP, art. 26, *caput*); g) inimputabilidade pela menoridade (CP, art. 27); h) inimputabilidade por embriaguez (completa) decorrente de caso fortuito (CP, art. 28, § 1.º) e i) inimputabilidade por embriaguez (completa) decorrente de força maior (CP, art. 28, § 1.º).

Considerando-se que os elementos da culpabilidade são a *imputabilidade*, a *consciência (potencial ou real) de ilicitude* e a *exigibilidade de conduta diversa*, tem-se que as causas acima referidas se relacionam a um ou mais dos aludidos elementos.

Em linha de princípio, toda e qualquer causa de exclusão da culpabilidade ou de isenção de pena — assim como as causas de exclusão da ilicitude — são aplicáveis, conforme as circunstâncias, às infrações ambientais. Esta conclusão decorre do *princípio de abrangência* estabelecido pelo art. 12 do CP.

11.4 Porém, os meios de defesa mais comuns nos processos por infração penal, civil, ou administrativa relativamente ao ambiente são a falta de comprovação da tipicidade e a negativa de autoria.

E) Peines

12. *Quelles peines sont prévues en cas d'infractions contre l'environnement?*

Este quesito pergunta se as penas infligidas aos crimes contra o meio ambiente são as penas do sistema geral e, em caso negativo, se existem penas genéricas, como a prisão. Indaga, ainda, se existem sanções específicas como a de interdição, para os aludidos ilícitos.

12.1 A Constituição adota, entre outras, as seguintes penas: a) privação da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa e e) suspensão ou interdição de direitos (art. 5.º, XLVI). A pena de morte somente é

39. Anibal Bruno, ob. cit., t. 2.º, p. 8.

40. Ob. cit., t. 2.º, p. 8.

41. Francisco de Assis Toledo, ob. cit., p. 213.

42. A propósito, José Henrique Pierangeli, *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*, Ed. RT, S. Paulo, 1989 e Juarez Tavares, "O consentimento do ofendido no Direito Penal", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná*, n. 12, 1969.

admissível em caso de crime previsto no Código Penal Militar, para o tempo de guerra declarada (art. 5.º, XLVII, a). Conforme o mesmo texto fundamental não haverá pena de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e qualquer outra que tenha caráter cruel.

O Código Penal prevê as seguintes penas: a) privativas de liberdade; b) restritivas de direitos; c) multa (art. 32).

A penas *privativas de liberdade* são: reclusão e detenção (CP, art. 33). As penas *restritivas de direitos* são: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana (CP, art. 43). E a pena de *multa* consiste no pagamento, ao fundo penitenciário, da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (CP, art. 49 e parágrafos).

A Lei das Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688, de 3.10.41) prevê somente dois tipos de penas: prisão simples e multa (art. 5.º).

A pena de *prisão simples* deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto (LCP, art. 6.º).

A pena de *multa* é imposta de acordo com o art. 49 e parágrafos do CP, segundo o entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência.

12.2 Este regime de penas se aplica aos crimes e às contravenções contra o meio ambiente, com ressalva para a pena pecuniária dos diplomas especiais, se estes estabelecerem de modo diverso (CP, art. 12).

Como exemplos de leis especiais, prevendo multas de natureza diversa do critério adotado pelo Código Penal, podem ser referidas: a) Lei 4.771, de 15.9.65 (prevê a multa de 1 (uma) a 100 (cem) vezes o salário mínimo mensal, do lugar e da data da infração); b) Lei 7.802, de 11.7.89 (prevê a multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) Maiores Valores de Referência (MVR), em caso de dolo e de 50 (cinquenta) a 500 (quinhentos) Maiores Valores Referência (MVR), em caso de culpa).

13. *Quelles sont les limites de la compétence pénale de vos tribunaux?*

O quesito trata dos limites da competência penal dos tribunais brasileiros e pergunta: a) se a competência é limitada às infrações praticadas dentro do território nacional; b) se a lei penal alcança as infrações praticadas em parte no território nacional e em parte no exterior; c) se a lei alcança os fatos praticados nas "zonas especiais adjacentes"; d) se a lei alcança os fatos praticados fora de seu território (não importando onde tenham ocorrido), tendo como base o *princípio de proteção*; e) se a lei alcança os nacionais por fatos praticados no exterior; f) se a lei alcança os fatos praticados em alto-mar ou além-mar, quando se trate de crimes internacionais; e g) se, de acordo com o direito brasileiro, as infrações contra o meio-ambiente se inserem numa das categorias acima indicadas.

13.1 O sistema penal brasileiro estabelece muito claramente os princípios e as regras sobre a aplicação da *lei penal no espaço*.

Considerando-se que o *território* é todo o espaço onde se exerce a soberania do Estado, a competência da Justiça Penal Brasileira compreende: a) o espaço territorial delimitado pelas fronteiras do País, sem solução de continuidade; b) os rios, lagos e mares interiores, bem como

as ilhas e outras partes de terra separadas do solo principal; c) o *mar territorial*, o *espaço aéreo* e a *porção* atribuída pelo Direito Internacional a cada Estado, de rios e lagos fronteiriços; d) os navios e as aeronaves comerciais em águas nacionais ou em alto-mar, bem como os navios e aeronaves do Estado, onde quer que se encontrem.⁴³

A matéria da aplicação espacial do Direito Penal é governada por cinco princípios: a) o da territorialidade; b) o da nacionalidade; c) o da defesa; d) o da justiça penal universal; e e) o da representação.⁴⁴

O Código Penal adota como regra o princípio da territorialidade e como ex-

ceção os demais. Assim, é possível estabelecer as seguintes indicações: a) territorialidade (art. 5.º); b) real ou de proteção (art. 7.º, I e § 3.º); c) justiça universal (art. 7.º, II, a); d) nacionalidade ativa (art. 7.º, II, b); e) representação (art. 7.º, II, c).

13.2 A Lei Penal Brasileira alcança o seu nacional que comete um crime no exterior, em face do princípio da *nacionalidade*, também chamado da *personalidade*.

Também é aplicável a Lei Penal Brasileira em relação aos crimes praticados em alto-mar ou além-mar.

Em relação aos crimes ambientais, prevalecem os mesmos princípios. Assim, porém, não ocorre com as contravenções penais, posto que a lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional (Dec.-lei 3.688, de 3.10.41, art. 2.º).

43. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, cit., p. 114.

44. Anibal Bruno e Nilo Batista, *Teoria da Lei Penal*, Ed. RT, S. Paulo, 1974, p. 12.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

ROGÉRIO FELIPETO

I — Introdução: 1. Justificativa da pena — 2. Penas restritivas de direitos; 2.1 Interdição temporária de direitos; 2.2 Limitação de fim de semana — 3. Requisitos para aplicação — 4. Prestação de Serviços à Comunidade; 4.1 Noções; 4.2 Notícia histórica; 4.3 Direito Comparado; 4.4 Natureza jurídica — 5. Conclusão. Bibliografia.

I — Introdução

O presente estudo não ousa dissecar o tema, tenta-se, no entanto, abordá-lo de forma objetiva e sucinta, visando a proporcionar uma noção a respeito da pena de prestação de serviços à comunidade, provocando reflexões acerca de sua utilização e composição.

Despiciendo ressaltar a importância do instituto, que como pena autônoma é novidade no Direito Penal Brasileiro, já que foi inserido pela Nova Parte Geral em 1984. Novidade também no direito alienígena, onde consagrou-se oficialmente em 1926, mas não com a mesma pujança do ordenamento pátrio, o que faz ser a Lei Brasileira pioneira e moderna, servindo de modelo aos demais países.

Sua importância também pode ser aqilatada por constituir uma das medidas alternativas à pena de prisão, condenada por uns à extinção, devido à evolução do homem, e por outros, devido à sua ineficiência, seja por razões intrínsecas, seja por inserir-se em um sistema carcerário considerado falido.

1. Justificativa da pena

A pena, segundo Soler é “a sanção aflictiva imposta pelo Estado, mediante

ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.¹

Do conceito podemos deduzir que a pena alcança bens jurídicos do criminoso para suprimi-los ou restringir o exercício dos mesmos, colocando em evidência o fim a que se propõe a pena, que constitui, no nosso sentir, a sua própria razão de existir, qual seja, o de impedir a realização de crimes.

Teorias foram desenvolvidas para explicar o fim e o fundamento da pena, umas revestidas de intuito expiatório, outras de intuito utilitário, com vistas à prevenção de delitos, outras, ainda, de contorno híbrido.

Fixou-se, hoje, que a pena é expiação, sem o que perde sua identidade como tal, porém é atenuada pelo fim mor de viabilizar a convivência social, incidindo sobre o indivíduo, mas refletindo na comunidade como um todo.

Se a um tempo está arraigado na consciência de cada um que aquele que pratica um mal deve também um mal

1. Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1970, 2/342, *apud* Jesus, Damásio E. de, *Direito penal*, S. Paulo, Saraiva, 1992, v. 1/457, 16.^a ed.

sofrer,² há que se levar em conta que o Estado tem como escopo o bem coletivo, que só se realiza na sociedade que se mantém coesa, através da preservação dos direitos de seus componentes, o que ocorre controlando-se, reprimindo-se e evitando-se atos anti-sociais, isto é, os crimes.

Daí dizer-se que a pena representa para o crime um fator de prevenção geral e especial.

A prevenção geral destina-se à comunidade, possuindo a intimidação como sua grande arma. A intimidação aparece sob a forma de ameaça da pena, ou de execução desta. Mas para os autores modernos sua contribuição para a redução criminal tem decrescido.³

Com efeito, a influência psicológica que deveria possuir, somente ocorre de fato nos indivíduos que estatisticamente teriam poucos estímulos para delinquir, são os popularmente chamados “homens de bem” que teme a norma e a aplicação da sanção penal.

Raras as vezes em que vem à mente do criminoso, no momento da execução do ilícito, a pena ou a potencialidade de seu cumprimento. Ademais, não é novidade o estado precário dos órgãos responsáveis pela coibição do crime.

Outra causa da certeza de impunidade é a morosidade judicial, que não raro obriga o Magistrado a decretar a extinção da punibilidade pelo implemento da prescrição.

Embora esta não seja a única razão, é de considerar-se que o Brasil tem um número ínfimo de pretores se comparado a outros países. P. ex., o Brasil possui sete mil juízes para cento e cinquenta milhões de habitantes, enquanto a Alemanha tem cento e vinte mil pretores

para os seus oitenta milhões de cidadãos.⁴

À época das luzes, Beccaria já observara que a “perspectiva de um castigo brando, porém, inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o impreciso medo de um suplício horrendo, em relação ao qual aparece alguma esperança de não punição”.⁵ Ou seja, a certeza da punição sobrepõe-se ao rigor da lei, na prevenção do crime.

Da intuição do conhecimento *a priori* de outrora à confirmação *a posteriori* hoje. De nada adiantou o recrudescimento penal expresso na Lei 8.072 de 25.7.90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, motivado de forma determinante pelo alarmante número de seqüestros, que não diminuiu, mas aumentou, eis que a ameaça psicológica da lei desarmonizada com sua execução não impingiu, àquele que é profissional do crime, o devido temor.

A segunda arma da prevenção geral é a sua ação educativa, difundindo a idéia do Direito no seio da sociedade. Esta educação é a que tem a função principal de prevenção criminal. A cominação de pena para a realização de determinada ação mostra a valorização que a ordem jurídica faz recair sobre determinados bens jurídicos contribuindo para a formação ético-social da sociedade.⁶

A Norma, através de um comportamento incriminado, deseja justamente que este comportamento não seja implementado. Assim, educa sob o silogismo: “Se agires assim, receberás pena de ...”. Ou seja, quando diz: “Matar alguém: Pena — reclusão, de 6 a 20 anos”, deseja evitar que uma pessoa mate outra, oferecendo uma reprimenda e não um prê-

4. Revista *Veja* de 24.3.93, ed. 1280, ano 26, n. 12, Ed. Abril, 1993, p. 18.

5. Beccaria, Cesare, trad. de Torrieri Guimarães, *Dos delitos e das penas*, S. Paulo, Hemus Editora Ltda., 1983, pp. 56-57.

6. Bruno, Aníbal, op. cit., pp. 47-48.

2. Noronha, E. Magalhães, *Direito penal*, S. Paulo, Saraiva, 1982, 21.ª ed., p. 227.

3. Bruno, Aníbal, *Direito penal*, Rio, Forense, 1984, t. III, 4.ª ed., p. 46.

mio àquele que a esta previsão se subsuma. É a norma considerada sob o prisma de sua estrutura, estabelecendo, sob esta forma um sistema de comunicação simbólica.⁷

Já a prevenção especial incide sobre o indivíduo, com a preocupação de que ele não reincida na atividade delituosa.

Embora não tenha sucumbido à ameaça legal, há ainda o efeito intimidativo exercido, desta vez, pela execução da pena, que ao segregar o indivíduo do meio em que vive, impede que torne a delinquir, impondo-lhe o martírio da solidão. Também ela proporciona que se trabalhe com o preso no sentido de ressocializá-lo, tônica que se tem dado à execução da pena, como meio pelo qual a pena pode atender ao seu fim de prevenção. Assim, a segregação tem como fim imediato a segurança da sociedade, e, como fim mediato, a ressocialização do criminoso, dando ênfase à pena como fator de emenda, o que vem sendo adotado pelos CPs modernos.⁸

A pena não é a solução para o problema criminal, trata dos efeitos e não das causas dos delitos, que muitas vezes podem ser reputadas à questão econômica. Porém, desenvolve um papel de notável importância, eis que outro remédio para substituí-la ainda não existe.

Seu caráter retributivo não pode ser tomado na intensidade prevista nas teorias absolutas, mas também não pode ser olvidado, sem o que não haveria uma resposta do Estado ao ofendido, ou à sua família, tampouco pode ser extremada a reeducação do preso, pois dela poderia concluir-se que este não deve deixar o cárcere enquanto não se constatar sua efetiva recuperação, deixando sem término o cumprimento da pena e delegando

ao Estado enorme condão arbitrário, que não se coaduna com o princípio da legalidade: *nulla poena sine praevia lege*.

A relevância social da pena através da prevenção deve ser exaltada, já que a função do Direito é propiciar a vida em sociedade.

Não obstante as críticas, a prevenção geral produz efeitos, ainda que restrita a pequenos grupos, situados entre os que vêm na norma legal uma regra moral e aqueles que não se impressionam com o mandamento legal. Aos grupos desta zona intermediária só o temor da punição impede de delinquir.⁹

Não obstante outrossim o hiato existente entre a função de emenda da prevenção especial e a realidade da reincidência, desde que resguardada a relação existente entre o delito e sua retribuição penal, a segregação proporciona segurança, ainda que momentânea, à sociedade.

Por isso, em que pesem os pontos negativos da pena, esta se impõe como idéia prevista nos textos legais que reclama efetivação prática, que pode mudar sua realidade enquanto uma alternativa à sua existência não surge.

2. Penas restritivas de direitos

Como se percebe, a pena, na sua modalidade de privação da liberdade, não vem atendendo ao seu fim de prevenção satisfatoriamente. Muito mais pela dissociação entre o que a lei prevê e a realidade, do que pela eficácia ou não de suas proposições.

Contudo, a pena já percorreu um longo caminho através dos tempos, desde o início quando era vingança privada até os dias modernos, revestindo-se das mais diversas formas, desde o açoite à crucificação, ressaltando sempre o aspecto corporal da reprimenda. Nem sempre, no entanto, atingiu seu objetivo, antes pelo

7. Ramires, Juan Bastos, trad. de Cândida Silveira Saibert e Odone Sanguiné, *Fascículos de Ciências Penais*, 5/90 n. 3, jul./ago./set./92.

8. Santos, José Maria dos, *Revista Jus*, v. 5, 2.º sem. de 1985, p. 97.

9. Bruno, op. cit., p. 47.

contrário. Por isso, vem se afirmando o entendimento de que o cárcere, inicialmente destinado à recuperação, tem se transformado em “centro de educação criminal”, constituindo notável fator criminógeno, perdendo, inclusive, sua inicial preocupação ressocializante para adquirir a da segurança.

A pena privativa da liberdade ainda é constitucional, sendo a sanção adequada a ser utilizada em casos de reincidência reiterada e em crimes graves. Porém, já se profetiza a sua supressão do ordenamento jurídico, assim que outra medida assuma seu poder intimidativo, ocorrendo fenômeno semelhante ao que outrora já aconteceu com a tortura e a pena de morte. Acontece que a pena de prisão não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, pois ela preconiza a perda da liberdade e da igualdade, derivadas da dignidade humana, e que são fundamentos deste.¹⁰

Neste contexto de crise da pena privativa de liberdade é que torna vultoso a busca por medidas alternativas, notadamente para penas de curta duração, surgindo o que aqui nos interessa em especial, as chamadas penas restritivas de direitos.

São espécies do gênero pena restritiva de direitos, as modalidades elencadas no art. 43, CP, quais sejam: a prestação de serviços à comunidade; a interdição temporária de direitos; e a limitação de fim de semana.

2.1 Interdição temporária de direitos

A interdição temporária de direitos (art. 47, CP) importa o não exercício de cargo, função ou atividade pública, incluindo-se a resultante de mandato eletivo. Veda o exercício profissional que careça de habilitação especial ou de controle por

parte do Poder Público e suspende a autorização para guiar veículo.

2.2 Limitação de fim de semana

A limitação de fim de semana (art. 48, CP) impõe que se permaneça em casa de albergado, ou na ausência desta, em estabelecimento adequado, durante 5 horas diárias nos sábados e domingos, quando poderá haver atividades de cunho educativo, como cursos e palestras.

3. Requisitos para aplicação

O art. 44 do CP trata da aplicação das penas restritivas de direitos. Através dele adota-se no Direito pátrio a autonomia de referidas penas.

Elas não podem existir simultaneamente com as penas privativas de liberdade, mandamento explicitado pelo art. 54, CP, ou seja, não são penas acessórias. Neste erro já incidiram alguns julgadores ao cumularem-na com a pena privativa de liberdade, por confundirem as penas restritivas de direitos com as “penas acessórias” da antiga parte geral do CP (art. 67).¹¹

São substitutivas das penas privativas de liberdade. Como corolário de sua autonomia e embora não figurem como penas cominadas na parte especial, podem ser aplicadas em substituição às penas privativas de liberdade lá estabelecidas (art. 54, CP). Para tanto, é mister que o juiz percorra os caminhos da aplicação da pena (art. 59, CP), fixando o *quantum* correspondente à privação da liberdade, para só então convertê-la em restritiva de direitos.

Tal operação, além de mandamento legal, constitui verdadeira *conditio sine qua non* para a aplicação das penas restritivas de direitos, uma vez que somente após apurar-se o *quantum* da pena,

10. Albergaria, Jason, *Das penas e da execução penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992, p. 37.

11. Shecaira, Sérgio Salomão, op. cit., p. 54.

poder-se-á averiguar a possibilidade da conversão pela satisfação às condições objetivas, analisadas a seguir. De outra forma, a substituição configuraria exercício arbitrário e não discricionário do poder judicante, por realizar-se ao arpejo da lei.

Crítica que se faz à autonomia como característica das penas restritivas de direitos, é que pela falta de acoplamento entre a nova parte geral e a parte especial, que não foi reformulada, a autonomia não seria plena. Isto porque o CP em nenhuma de suas partes fixa o mínimo e o máximo da duração das novas penas, sujeitando-as ao que estabelece a parte especial,¹² quando determina que sua duração seja pelo tempo da pena corporal aplicada, nos termos do art. 55 do CP.

A observação é pertinente, mas não inviabiliza a aplicação do instituto. E o implemento da N.P.G., taxada por uns de açodada, por não esperar também a reforma da parte especial, gerando, assim, uma disparidade no Código, culpada pela provável frustração da autonomia das penas restritivas, não nos parece de toda censurável. Foi a forma encontrada à época para trazer modernidade à legislação penal, já que impossível, contudo ideal, trazer-se à lume um Código com sua parte geral e especial modificadas e unísonas.

Do ponto de vista empírico também, óbices não tem gerado o aspecto levantado para a aplicação das penas restritivas, satisfatoriamente atenuado pelo art. 55, CP.

As condições objetivas às quais deve satisfazer o acusado são: a) que, sendo doloso o crime, seja inferior a um ano a condenação; b) que o crime seja culposo; c) que não haja ocorrido a reincidência.

A teor do disposto no parágrafo único do art. 44, no caso de ser o crime culposo e a pena superior a 1 ano, a conversão

far-se-á em duas penas restritivas de direitos exequíveis simultaneamente, ou em uma pena restritiva e multa.

Já as condições subjetivas, a que deve satisfazer, dizem respeito à suficiência da substituição, ou seja, a que a substituição da pena privativa pela pena restritiva de direitos atenda ao fim da expiação e da prevenção criminal, considerados os seguintes elementos: a) culpabilidade; b) conduta social; c) personalidade do acusado; d) motivos e circunstâncias.

Não sendo impossíveis, devem estas condições existir conjuntamente.¹³

A substituição é encarada como direito público subjetivo, tornando-se obrigatória, se forem satisfeitos os requisitos legais.

A obrigatoriedade permanece não obstante a existência do vocábulo "pode", no parágrafo único do art. 44 e a exigência de acentuado conteúdo subjetivo para a conversão, cuja não utilização reclama devida fundamentação do pretor.¹⁴

A reincidência que a princípio é óbice à conversão da pena corporal em restritiva de direitos, não o é de forma plena. Acontece que o dispositivo não vale para o caso de existir condenação a pena de multa ou por crime culposos, evitando-se, aqui, o obstáculo imposto pelo implemento da reincidência, malgrado a interpretação literal a isso se oponha.

Não seria crível que o Código ao tratar da suspensão condicional da pena, também chamada de *sursis*, que é utilizada em casos de apenação mais grave do que a substituição aqui versada, fizesse-o de forma mais benevolente.

Com efeito, para suspensão condicional da pena, só é empecilho a reincidência em crime doloso (art. 77, I e § 1.º do CP). E, como é vedada a restrição na interpretação com o objetivo de agravar

13. Jesus, Damásio E. de, op. cit., p. 465.

12. Neto, Francolino, *Bahia Forense* n. 25/1985, p. 58.

14. Delmanto, Celso, *Código Penal Comentado*, 2.ª ed., RJ, Renovar, 1988, p. 77; e Jesus, Damásio E. de, op. cit., p. 465.

a situação do réu, é de se intuir que a regra se estende às penas restritivas de liberdade.¹⁵

A este ponto de vista poder-se-ia opor a regra de interpretação que diz que onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo (*ubi lex distinguit nec nos distinguere debemus*). Todavia, seria privilegiar a interpretação literal, notadamente reconhecida como a mais pobre. Ademais, a ela outra regra se oporia, a que prescreve que quem o mais pode, também pode o menos (*a majori, ad minus*). Como Direito há de ser o império do bom senso, a reincidência, aqui, deve ser interpretada de forma extensiva.

O legislador, para evitar algaravia, deveria ter inserido no art. 44, II, CP, disposições semelhantes às do art. 77, I e § 1.º, CP, sugestão que ora fazemos consignar.

As penas restritivas além de serem previstas na sentença poderão ser implementadas no decorrer da execução, nos termos do art. 180 da LEP. Citado dispositivo exige o cumprimento de 1/4 da pena aplicada, cujo limite máximo não ultrapasse a 2 anos; o regime aberto de cumprimento (art. 36, CP); devendo ser recomendável a conversão segundo os antecedentes e a personalidade do condenado.

4. Prestação de Serviços à Comunidade

4.1 Noções

Insere no CP, em seu Cap. I, que trata das espécies de pena, esta modalidade de restrição de direitos está assim consignada:

“Art. 46. A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos con-

gêneres, em programas comunitários ou estatais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas, durante 8 horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho”.

Constitui, portanto, na imposição ao condenado de trabalho gratuito em favor de entidades assistenciais, que a lei enumerou exemplificativamente, permitindo a inclusão de outras, desde que a atividade a ser exercida volte-se para a promoção do bem-estar social.

A sua gratuidade poderia implicar a pecha de trabalho forçado, que é inaceitável. Porém, a gratuidade constitui ônus para o condenado, assumindo aí o seu caráter retributivo ou expiatório, dando à pena um conteúdo aflitivo, sem o qual a prestação de serviços à comunidade não seria uma pena propriamente dita.

O serviço atribuído ao condenado deve também relacionar-se com suas atividades habituais, levando em conta sua aptidão. Deve ser executado de sorte a não atrapalhar sua ocupação laboral. Assim, não segrega o indivíduo do convívio social e aproveita suas potencialidades.

Pode ser aplicada através de seu caráter autônomo (art. 44, CP), quando substitui a pena de prisão, ou ainda como condição da suspensão condicional da pena (art. 78, § 1.º, CP), do livramento condicional (art. 132, LEP), ou da concessão do regime aberto (art. 115, LEP).¹⁶

É importante que se cumpra a carga horária semanal, de modo que a fixação dos horários deve atender ao princípio da individualização da pena, sendo, por isso, modificável para adequar-se às necessidades do condenado ou do estabelecimento (arts. 148 e 149, III da LEP).

15. Ferreira, Gilberto, RT 647/261.

16. Ferreira, Gilberto, op. cit., p. 257.

O Juiz da condenação determina a substituição da sentença (art. 59, IV, CP) e ao juiz da execução cabem a designação do programa ou entidade, bem como a determinação do horário e as futuras alterações no cumprimento da pena. Poderá também o juiz da execução operar a conversão, se esta não tiver sido levada a efeito, nos termos do art. 180, LEP.

Se porventura algum dano for ocasionado no exercício de sua tarefa-pena, cabe ao Estado indenizar o prejudicado.¹⁷

A execução da pena inicia-se com o primeiro comparecimento à entidade ou programa designado pelo Juiz da execução. O estabelecimento carece de prévio credenciamento e será o responsável pela fiscalização do cumprimento da pena, enviando ao juízo das execuções relatório mensal (art. 150, LEP). A inexistência de estabelecimentos conveniados tem levado à substituição da pena de prestação de serviços à comunidade pelo *sursis*.

4.2 Notícia histórica

Pode-se traçar um remoto parentesco entre a pena de prestação de serviços à comunidade e as penas de trabalhos forçados da antiguidade. Embora hoje esta seja vista com ojeriza e aquela como sanção das mais modernas.

Na antiguidade, o Egito foi o primeiro país a valer-se dos trabalhos forçados em penas, como medida de conteúdo penal.

Em Roma, enquanto reservava-se aos homens as atividades mais árduas, os teares imperiais destinavam-se às mulheres, em maior semelhança com a pena de prestação de serviços como se conhece hoje.

Entre nós, os trabalhos forçados existiram desde o descobrimento, sob a forma de penas de galés, sendo abolidas apenas pelo CP/1890.¹⁸

Como imperativo para preservação da dignidade humana, não há como aceitar mais as penas de trabalhos forçados. O que já se reconheceu em tratados internacionais (Convenção de Genebra, 1930; Tratado de Roma, 1950; Convenção de Genebra, 1957; Convenção de Nova York, 1966).

O Código Italiano de 1889 instituiu como modalidade de pena, a prestação de obra e serviço do estado. A medida era de natureza voluntária e a cada 2 dias trabalhados, abatia-se 1 dia da pena de prisão.¹⁹ Medida semelhante ao que adota a LEP, art. 126, ressaltando-se pela proporção da remição: desconta-se um dia para três de trabalho; e também porque destina-se aos que estão em regime fechado ou semi-aberto.

E o Egito, em 1912, adotou o trabalho penal como substitutivo de penas de curta duração, sendo utilizado em lugar das penas inferiores a 3 meses, porém, ainda sem o seu caráter autônomo, pois foi aplicado como medida subsidiária, em caso de não pagamento de multa.

Embora existam traços anteriores, ficou como marco da pena de prestação de serviços, pois foi quando se configurou de forma plena, a experiência do Código Penal Soviético de 1926. A partir de então, o instituto alastrou-se para os demais países socialistas, como Polônia, Hungria e Romênia.

Não obstante pareça ser medida fruto da Revolução de Outubro de 1917 e comum a países socialistas, que dão ênfase ao trabalho vinculado ao Estado, o instituto é fruto de uma tendência mundial iniciada a partir do final do Século XIX, manifestando-se através de trabalhos doutrinários, resoluções de entidades internacionais e dos primeiros diplomas legais.²⁰

17. Delmanto, Celso, op. cit., p. 80.

18. Shecaira, Sérgio Salomão, op. cit., pp. 27 a 29.

19. Shecaira, Sérgio Salomão, op. cit., p. 30.

20. Albergaria, Jason, *Revista de Julgados do TAMG*, v. 31, 1988, p. 72.

Assim é que a Inglaterra, berço do capitalismo, adotou a medida em 1972, através do *Criminal Justice Act*, introduzindo também no País de Gales e Irlanda a *Community Service Order*, que bons resultados trouxe.²¹

No Brasil, uma movimentação em favor da medida iniciou-se no I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários, em 1971. Tal movimentação foi originada pelo fato de que o CP/69, que não vingou, não consagrou o instituto em nosso Direito, o que somente foi levado a efeito na Reforma Penal de 1984.²²

4.3 Direito Comparado

O trabalho em benefício à comunidade foi implantado na Inglaterra através da lei denominada *Community Service Order* (CSO, que por sua vez, originou-se de recomendação do relatório Wootton, de 13.5.70, referente às *non-custodial and semi-custodial penalties* (penas sem prisão e de semiprisão).

O relatório foi fruto do trabalho de uma comissão constituída para apresentar substitutivos à pena de prisão, tendo em vista o aumento da população carcerária.²³

As *Community Service Orders* entram para o sistema penal britânico através do *Criminal Justice Act*, de 1972 e exigem para sua imposição que o acusado tenha ao menos 17 anos; que a infração cometida seja passível de prisão; que o acusado aceite a substituição pela *Community Service Order*; que haja um relatório do agente de *probation* sobre a personalidade e antecedentes do

acusado, além de seu parecer favorável à medida.

Satisfeitas as condições, o Tribunal fixa o período de trabalho, que varia entre 40 e 240 horas, sempre nos momentos de folga e pelo tempo de um ano. Se o condenado tiver 16 anos, seu período de trabalho não pode exceder a 120 horas.²⁴ Sendo plúrimas as condenações, haverá *Community Service Orders* distintas, podendo ou não serem aplicadas simultaneamente.

O serviço de *probation* organiza e fiscaliza a aplicação da medida, recorrendo ao tribunal (*Magistrates Court*) em caso de inexecução. Este Tribunal pode impor uma multa de, no mínimo, 50 libras ou a revogação do CSO restabelecendo a pena de prisão referente à infração, se dele emanou a substituição. Se esta tiver sido imposta por Tribunal Superior (*Crown Court*), a este será enviado o caso para nova decisão.²⁵ Interessante que não basta a representação do serviço de *probation*, mas é mister a comprovação da inexecução em Juízo. Há, ainda, a possibilidade do tribunal revisar o caso para diminuir ou prolongar o cumprimento da medida, mediante provocação do próprio acusado ou do *probation officer* (agente de *probation*).

Na França, a partir de 11.7.75 surgiram diversas medidas imbuídas de conteúdo substitutivo da pena de prisão. Entre elas encontramos a multa, o adiamento da decisão, a dispensa de pena, etc., mas a prestação de trabalho à comunidade só apareceu em 10.6.83. A demora é resultado de uma conjugação de causas, todas de ordem prática, e não legislativa, tais como a falta de pessoal para trabalhar no serviço de *probation* e a incerteza da

21. Albergaria, Jason *Das Penas e da Execução Penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992, p. 70.

22. Shecaira, Sérgio Salomão, op. cit., p. 32.

23. Cant, Paul de, "O Trabalho em benefício da comunidade: uma pena de substituição?", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, n. 1, jan./82, p. 3/35, in Ajuris, Porto Alegre, 1985.

24. Shecaira, Sérgio Salomão, op. cit., p. 33.

25. Vérin, Jaques, "O êxito do *Community Service* inglês", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1979, n. 3, jul./set., pp. 636-647, in Ajuris, Porto Alegre, 1985.

existência de entidades de cunho benéfico em número suficiente.²⁶

O instituto aparece de forma dupla: ora como pena substitutiva, destinada a réus primários e àqueles que têm antecedentes criminais de pequena monta; ora como obrigação especial referente à suspensão da execução da pena.

Como pena principal, a prestação de trabalho será cumprida durante um período que varia entre 40 e 240 horas, durante 18 meses, sendo que para os menores entre 16 e 18 anos, o trabalho durará entre 20 e 120 horas semanais.

Na Alemanha, o instituto, está inserto no CP/75. Mas mantém aquele país a multa como principal medida alternativa de pena. Há, inclusive, discussões sobre a constitucionalidade de trabalho não voluntário.

A medida não possui autonomia, como a pena do CSO inglês, constituindo uma das condições da suspensão da pena (§ 56, b, 2.3, do CP Alemão).

O *lavoro sostitutivo* italiano existe desde 1981. Foi a solução encontrada ante o reconhecimento da inconstitucionalidade da conversão da pena de multa em prisão, no caso do réu não poder pagar a sanção pecuniária. Precisa da aquiescência do réu, que trabalhará de 60 a 480 horas. Cada dia trabalhado equivale a 8 horas e a aplicação e fiscalização da medida é de responsabilidade do juiz da execução.

Nas repúblicas que compunham a extinta União Soviética, a lei penal prevê que o trabalho dure de um mês a um ano, sendo executado no próprio local de trabalho, ou em local determinado pela autoridade, mas sempre perto do domicílio do condenado. Há um desconto de 5 a 20% do salário, numa espécie de confisco. Na impossibilidade de seu cumprimento pode-se substituí-la por multa, censura pública ou reparação do dano. E no seu descumprimento cabe a

substituição pela pena privativa de liberdade.²⁷

Na Polônia, a medida é prevista no Código de 1969 e pode ser aplicada por um período que varia de 3 meses a 2 anos. Durante este tempo, deve-se trabalhar de 20 a 50 horas por mês, sob vigilância, e em um estabelecimento socializado ou com fins públicos. Se o estabelecimento em que se trabalhar for socializado, haverá um desconto no salário de 10 a 20%, não podendo o condenado demitir-se, nem ter promoções.

Além da prestação laboral, há outras restrições de direitos que se implementam simultaneamente: não pode o condenado mudar sua residência, deve informar sobre o cumprimento da pena e não pode exercer funções em organizações sociais, pode, ainda, ser compelido pelo tribunal a ressarcir o dano e a pedir perdão à vítima.

Em caso de descumprimento pode ser fixada uma pena subsidiária de multa ou a conversão em pena de prisão à razão de 15 dias por mês de limitação de liberdade.

Mas devido às transformações sofridas pela Polónia, principalmente de ordem política e econômica, mudanças vêm sendo pleiteadas. Há, inclusive, um Anteprojeto de Código Penal propondo que o trabalho imposto tenha conteúdo social, não seja remunerado, dure de 20 a 40 horas semanais durante um período que varia entre um mês e um ano, além de cumulare-se as prescrições relacionadas à suspensão condicional da pena, bem como a utilização de um sistema de assistência, como o do *probation officer* inglês.²⁸

27. Shecaira, Sérgio Salomão, op. cit., pp. 35-39.

28. Kunicka-Michalska, Barbara, "Medidas no privativas de libertad en el derecho penal polaco", *Fascículos de Ciências Penais*, ano 5, 5/172-173, n. 3, jul./ago./set., 1992.

26. Vérin, Jacques, op. cit., p. 40.

Percebe-se do exposto que o instituto apresenta semelhanças nos países em que é adotado, ligando-se, por vezes, ao serviço de *probation*, ou seja, a medidas relativas à suspensão e ao livramento condicional, sendo adotada também como sanção autônoma.

Por ser recente alternativa à pena de prisão de curta duração, se comparada à vetustez da pena privativa de liberdade, desperta a cautela inerente a tudo que é novo, talvez por isso o número reduzido de países que a adotam. Isto faz com que a legislação brasileira seja das mais avançadas e modernas, servindo de paradigma às demais.

4.4 Natureza jurídica

As penas restritivas de direitos e, em especial, a pena de prestação de serviços à comunidade foram introduzidas no Direito pátrio como medidas alternativas à pena privativa de liberdade, principalmente às de curta duração.

A pena de prisão mostra-se falha, com baixo índice de êxito na recuperação de criminosos.

A prestação de serviços à comunidade, ao não afastar o indivíduo do convívio social, adicionando a laborterapia, visa a alcançar a recuperação que a pena de prisão não conseguiu.

Sob o prisma criminológico, ela é uma modalidade de tratamento em meio livre, que auxilia o condenado na compreensão de seus problemas e na aceitação de sua responsabilidade social e pessoal.

Implementa-se através do trabalho desenvolvido no meio natural do condenado, junto à família e ao emprego, visando à reeducação e readaptação social do delinqüente, além de evitar a superlotação prisional e a contaminação carcerária,²⁹ que se opera através do

fenômeno da “contaminação subcultural”.

Esse fenômeno se dá pelas pressões que os outros detentos exercem a fim de cooptar quem ainda não se agregou ao mundo do crime, corrompendo as virtudes do homem, tentando-o para que transponha aquele muro psicológico que o transformará em verdadeiro criminoso.

“Por outro lado, constranger a sociedade a conviver com o criminoso é exigir dela a sua justa e necessária parcela de contribuição, colocando-a como co-responsável, juntamente com o Estado, no que tange à execução penal e à prevenção do crime.

Sua co-responsabilidade origina-se do fato de contribuir decisivamente para o crime, ou seja, de uma verdadeira culpa, pois é a sociedade que gera as condições sociais criminógenas, fazendo eclodir a violência estrutural e as novas formas da criminalidade não convencional”.³⁰

Sob a ótica jurídica, a pecha de trabalho forçado vez por outra é invocada para macular o instituto. E tal ponto de vista foi abraçado por magistrados paulistas em estudo anterior à Reforma Penal de 1984.³¹

Em tal trabalho, um grupo de pretores de São Paulo se colocou contra a inserção do instituto no ordenamento pátrio. Utilizando-se, dentre outros, do argumento de que a prestação de serviços à comunidade atenta contra a dignidade do preso, diferenciando-se do trabalho forçado apenas pelo artifício de se valer de um eufemismo. A medida estaria, então, irremediavelmente inquinada de inconstitucionalidade.

1992, p. 72; “Penas restritivas de direitos”, *RJTAMG* 31/73.

30. Albergaria, Jason, *Das penas e da execução penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992, pp. 68-69.

31. “Considerações de Magistrados Paulistas sobre o Anteprojeto de Reforma da Parte Geral”, *JTACrim* 68/23.

29. Albergaria, Jason, *Das penas e da execução penal*, Belo Horizonte, Del Rey,

Outra crítica que se faz é a de que, por consistir em prestação de serviços, a relação preso-Estado, teria como elo o vínculo empregatício, consistindo em privilégio para aquele que atentou contra a ordem social. Teria de haver retribuição pecuniária: o salário, sob pena de locupletamento do Estado, existindo verdadeiro trabalho escravo.

A princípio, é mister caracterizar que a prestação de serviços à comunidade é pena, como estatuiu o art. 5.º, XLVI, CP, que a coloca no mesmo patamar da pena de prisão.

Ademais, o trabalho por ela imposto é gratuito, o que descaracteriza qualquer relação laboral, além de imprimir a ela o caráter expiatório componente da retribuição na execução penal.

A prestação de serviço comunitário e o trabalho forçado diferenciam-se pelo fato de que a pena de prestação de serviços é aplicada por tempo limitado, considerando a proporcionalidade entre a pena e o delito, bem como a aptidão do condenado, de sorte que o serviço a ser prestado como pena, não se afasta da atividade exercida habitualmente, e também não prejudica seu exercício. Enquanto que as penas de trabalhos forçados caracterizam-se, em geral, por serem perpétuas, submetendo os condenados a atividades penosas.

Em reforço ainda, o argumento de que se o *jus puniendi* pode embasar a pena privativa de liberdade, que é a pena máxima permitida, pode também justificar a imposição do trabalho comunitário, que é um *minus* ante aquela.³²

E a Carta Magna que num inc. consagra a medida, e no seguinte proíbe o trabalho forçado (art. 5.º, XLVII, CF), não iria consagrar disposições explicitamente antitéticas, o que permite inferir

que não considera o trabalho comunitário como sendo trabalho forçado.

Há quem diga ainda,³³ que a medida não priva de modo algum a liberdade, tão-somente restringe-a e que o trabalho comunitário é facultativo, podendo o condenado dele desistir, para cumprir sua pena de forma mais gravosa. A propósito, na Polônia há condenados que preferem o recolhimento ao estabelecimento prisional a se submeterem à medida, por entenderem-na mais gravosa, pois coloca-os à vista de parentes e amigos expondo-os ao vexame público.

Também na Inglaterra é vista como pena, principalmente por ser utilizada em tarefas beneficentes, que não se subsumem à categoria de trabalho assalariado.³⁴

Na Holanda é um contrato, pois o condenado deve fazer um relatório de suas atividades à autoridade. Mas, ressalte-se, o aspecto contratual não retira da medida o caráter de pena.³⁵

Minuciando, ainda mais sua natureza jurídica, já fixada como pena, convém lembrar que não há unanimidade em classificá-la como espécie do gênero pena restritiva de direitos. Isto por causa de sua configuração intrínseca de impor um comportamento positivo, enquanto as demais penas restritivas importam em um comportamento negativo, isto é, de abstenção, de *non facere*, arranhando o exercício do direito à liberdade.

Por outro lado, a prestação de serviços à comunidade possui exatamente a característica indelével do trabalho, do *facere*, e por isso sua classificação juntamente com as demais medidas restritivas de direitos seria imprópria.

Por isso talvez, a diferente nomenclatura utilizada pelo constituinte que se vale dos termos “prestação social alternativa” e “suspensão ou interdição de direitos”, enquanto o Código generaliza

32. Reale Júnior, Miguel, *Novos rumos do sistema criminal*, RJ, Forense, 1983, p. 53, 1.ª ed.

33. Ferreira, op. cit., p. 258.

34. Vérin, Jacques, op. cit., p. 34.

35. Cant, Paul de, op. cit., p. 61.

na expressão: “penas restritivas de direitos”. Note-se que o constituinte, no art. 5.º, XLVI da Constituição de 1988, destacou em inc. a parte a prestação de serviços à comunidade.

“XLVI — a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos”.

De outro lado estão os que advogam a retidão da classificação, fulcrados em que o dever de trabalhar para o Estado é, a rigor, uma diminuição de direito.³⁶

Não obstante a classificação como pena restritiva de direitos se imponha *ex vi legis*, cremos dela poder dissentar em sede doutrinária, pelas razões já levantadas. Destarte, sua classificação como pena restritiva de direitos encontra baldrame no art. 43, CP, que expressamente a coloca como pena restritiva de direitos.

Assim, é majoritária a opinião de que a prestação de serviços à comunidade tem a natureza jurídica de pena restritiva de direitos.

Mas há quem lhe dê a natureza patrimonial, à semelhança do que ocorre com a pena de multa.³⁷ Para nós, embora todo trabalho possa ser economicamente avaliado, no caso da prestação de serviços à comunidade, em que o trabalho é gratuito e tem conteúdo eminentemente pedagógico, não pode ela assumir a natureza jurídica patrimonial, que é exclusiva da pena de multa.

36. Shecaira, Sérgio Salomão, “Prestação de Serviços à Comunidade: alternativa à pena privativa de liberdade”, S. Paulo, Saraiva, 1993, p. 46.

37. Sznick, Valdir, “A pena de trabalho e suas características”, RF 295/443.

Destarte, consignamos sugestão para que o Código Penal dê tratamento especial à pena de prestação de serviços à comunidade, o que reconheceria sua importância e relevo ante às demais penas restritivas, fazendo inserir novo inc. no art. 32 do CP, que diz quais são as espécies de pena. A redação modificada ficaria assim:

“Art. 32. As penas são:

I — privativas de liberdade;

II — prestação social alternativa;

III — restritivas de direitos;

IV — de multa”.

Aqui adota-se a denominação constitucional (art. 5.º, XLVI, *d*), mas nada impede que a denominação continue sendo de pena de prestação de serviços à comunidade.

A Carta Política deu tratamento diferenciado à prestação de serviços comunitários e às penas restritivas, elencou-as em incisos distintos, equiparou-as à pena privativa de liberdade, como espécies de um mesmo gênero, qual seja: a pena, *lato sensu*. Por isso acreditamos poder a pena de prestação de serviços à comunidade assumir a sua própria natureza jurídica.

5. Conclusão

Do que se viu, pode-se inferir que com o fracasso da pena privativa de liberdade se tem buscado outras medidas punitivas, mais eficientes que aquela e mais consentâneas com a dignidade do sentenciado, como homem e como membro de um estado Democrático de Direito.

Neste contexto surgem as penas restritivas de direitos, notadamente a pena de prestação de serviços à comunidade, que evita a segregação, estimula a recuperação, e previne o crime de forma especial e geral.

Novidade no Direito Nacional, também o é no cenário mundial, colocando a legislação brasileira em posição de

vanguarda. Mas, mais do que razão para vaidade deve tomar-se motivo de discussões em virtude de sua realização prática, o que reclama não só o esforço judicial, mas também o engajamento da sociedade, assumindo a responsabilidade que advém dos fatores criminógenos que proporcione.

Assim, não obstante a continuidade dos estudos para o aperfeiçoamento do instituto, sua implementação se impõe como o início do que pode ser uma reestruturação do sistema punitivo, resolvendo ou amenizando imediatamente os problemas do cárcere e imediatamente a própria criminalidade.

Bibliografia

- ALBERGARIA, Jason, *Das penas e da execução penal*, Belo Horizonte, Del Rey 1992.
- . "Penas restritivas de direitos", *Revista de Julgados do TAMG*, 31/67-78, 1988.
- AMARAL, Beatriz Helena Ramos, "Penas restritivas de direitos: a prestação de serviços à comunidade. Destinação social e aspectos constitucionais", *RT* 686/280-283.
- BARBOSA, Licínio Leal, "Das penas restritivas de direitos", *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 10, n. 1-2/173-190.
- BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, trad. de Torrieri Guimarães, S. Paulo, Hemus Editora Ltda., 1983.
- BRUNO, Aníbal, *Direito penal*, RJ, Forense, 1984, t. III, 4.ª ed.
- DELMANTO, Celso, *Código Penal Comentado*, 2.ª ed., RJ, Renovar, 1988.
- FERREIRA, Gilberto, "A prestação de serviços à comunidade como pena alternativa", *RT* 647/255-268.
- JESUS, Damásio E. de, *Direito penal*, S. Paulo, Saraiva, 1992, v. 1, 16.ª ed.
- KUNICKA-MICHALSKA, Barbara, "Medidas no privativas de libertad en el derecho penal polaco", *Fascículos de Ciências Penais*, ano 5, v. 5, n. 3/168-180, jul./ago./set./1992.
- . "Considerações de Magistrados Paulistas sobre o Anteprojeto de Reforma da Parte Geral", *JTACrim* v. 68/23.
- MARQUES, Luiz Guilherme, "A pena de prestação de serviços à comunidade e o futuro da penologia", *Revista Jus* 6/90-95, 1986.
- MÜLLER, Vera Regina e PADILHA Carmen Maria, *Prestação de Serviços à Comunidade*, Ajuris, Porto Alegre, 1985.
- . "Prestação de Serviços à Comunidade como pena restritiva de direitos", *Rev. Ajuris* 36/68-81, 1986.
- NETO, Francolino, "Penas restritivas de direitos na reforma penal", *Bahia Forense*, 25/54-65, 1985.
- NORONHA, E. Magalhães, *Direito penal*, S. Paulo, Saraiva, 1982, 21.ª ed.
- REALE JÚNIOR, Miguel, *Novos rumos do sistema criminal*, RJ, Forense, 1.ª ed., 1983.
- SZNICK, Valdir, "A pena de trabalho e suas características", *RF* 295/445-447.
- RAMIRES, Juan Bastos, "A pena e suas teorias", trad. de Cândida Silveira Saibert e Odone Sanguiné, *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre/RS, ano 5, v. 5, n. 3/90-113, jul./ago./set./1992.
- SANTOS, José Maria dos, "Considerações em torno da pena de prisão e das penas alternativas na nova parte geral do Código Penal", *Revista Jus* 5/86-120, 2.º sem. de 1985.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Prestação de serviços à comunidade: alternativa à pena privativa de liberdade*, S. Paulo, Saraiva, 1993.

3 — PARECERES

APROPRIAÇÃO INDÉBITA

ANTÔNIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA

ADVOGADO

CONSULTA

1. Segundo consta dos autos do processo crime instaurado contra D.G.P. e J.A.P.C. foram ambos denunciados pela prática do delito previsto pelo art. 168, § 1.º, II, última figura (apropriação indébita — depositário judicial). A imputação consiste em terem os acusados, uma vez nomeados depositários de 11 milhões de litros de álcool anídrico carburante, vendido oito milhões seiscentos e noventa e seis mil, cento e setenta e quatro litros, daquele total. O álcool fora penhorado em ação de execução promovida pelo Banco do Estado de São Paulo S/A, contra a Destilaria A.L. S/A, da qual os denunciados são diretores, ocupando os cargos de Presidente e de Vice-Presidente.

O Ilustre Advogado João Daniel de Caires indaga se o fato narrado na denúncia constitui o crime descrito pelo art. 168, do CP.

PARECER

Apropriação indébita

2. Atualmente, a doutrina e a lei dão ao crime de apropriação indébita uma configuração nítida, com a exata descrição de seus elementos constitutivos. A perfeita identificação do tipo o distingue de outras figuras penais contra o patrimônio.

3. No entanto, nem sempre foi assim. Os Códigos Penais de 1830 e de 1890, seguindo, de certa forma, a tradição

romana, definiram a apropriação como uma modalidade do furto (arts. 258 e 331, respectivamente). O ora vigente reservou-lhe norma autônoma (art. 168) “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção”.

4. O traço distintivo da apropriação reside na espontaneidade da entrega da coisa ao agente, o que torna legítima a posse ou a detenção. Vale dizer, o proprietário ou possuidor do bem, de forma livre e consciente o entrega, para que outrem dela possa dispor e usufruir. Claro que não pode fazê-lo *uti dominus*, pois o direito dominial permanece com quem fez a tradição. No furto ou no roubo está a retirada, a subtração contra a vontade do dono. No estelionato a característica é o engodo, a fraude, o artifício, que adulteram a vontade da vítima, para efetuar a tradição.

5. Sobre o prisma subjetivo, o dolo na apropriação indébita é posterior à posse ou à detenção. Ocorre no momento em que compelido a devolver, o agente retém o bem ou transfere a terceiro. Há pois uma inversão na qualidade do agente em relação ao bem: de possuidor ou detentor passa a proprietário de fato.

“O que ele possuía *causa mandati, depositi, pignores, commodati, locationis*, etc., ou detinha como simples fâmulos da posse ou instrumental *longa manus* de outrem, passa a possuir *causa dominis*” (Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1.ª ed., vol. VII, p. 125).

O dolo, pois, é posterior à entrega, enquanto nos outros citados crimes ele se

apresenta como antecedente da apreensão da coisa.

6. O arquétipo penal visa proteger o patrimônio, bem como, em certas circunstâncias a posse (Mirabete, *Manual*, 7.^a ed., p. 261). Eles constituem, pois, a objetividade jurídica da apropriação indébita. O sujeito ativo é o possuidor ou detentor de coisa alheia que a recebeu voluntariamente, portanto a possui licitamente. O sujeito passivo é o proprietário, podendo ser o possuidor, como o credor pignoratício, ou o usufrutuário, que apenas não tendo a propriedade, transferem a posse a terceiro (Mirabete, p. 262).

7. O núcleo da figura penal em estudo é “apropriar-se”, que significa tomar para si, ter como sua coisa alheia. O tipo objetivo material é pois coisa móvel que é transferida ao agente pelo proprietário ou possuidor. Aquele passa a exercer a posse ou a detenção, sendo esta definida pelos arts. 487 e 497, do CC, e que corporifica materialmente o fato de alguém ter algo em seu poder. Já na posse encontra-se a intenção de ter o bem como próprio ou de utilizá-lo *alieno nomine*.

8. O núcleo desse tipo está intimamente relacionado com o seu elemento subjetivo e com o modo de sua consumação. O dolo consiste exatamente no *animus* de apropriar-se da coisa, passando a tê-la como se sua fosse. A legitimidade da posse ou da detenção até então existente desaparece, pela inversão ocorrida. O agente deixa de possuí-la em nome alheio, para exercer uma propriedade de fato. Sua intenção é não restituir o bem, dando-lhe destinação diversa daquela que motivou a entrega (Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, Renovar, 3.^a ed., p. 296).

9. O entrelaçamento do elemento subjetivo com o momento consumativo, dificulta a exata caracterização deste. Fora das hipóteses em que o possuidor ou detentor instado a devolver a coisa não o faz, seria necessário, no dizer de Hungria, uma *exploratio mentis*, para

indagar-se quando ocorreu a apropriação. Restam alguns fatos concretos denotadores da inversão do título da posse, que devem ser analisados caso a caso.

Penhora

10. A questão em análise se afasta da apropriação indébita de forma indubitosa. O elemento normativo do tipo “coisa alheia” não está presente, pois o álcool penhorado era de propriedade de Destilaria A.L. S/A.

11. Torna-se questão nuclear a natureza da penhora, bem como suas finalidades.

Uma das funções do Estado é pôr fim aos conflitos de interesses, por meio da aplicação da Lei. Diante de um interesse insatisfeito ou resistido o titular do mesmo exerce o direito de agir, para movimentar a jurisdição, inicialmente inerte. Esta, por sua vez, utilizando do processo diz o direito no caso concreto, acolhendo ou não a pretensão deduzida em Juízo.

12. A satisfação do interesse, no entanto, não se exaure com a declaração do direito e com a condenação do titular da resistência à pretensão do autor. Se assim fosse teríamos frustrado o objetivo da função jurisdicional, que é o da satisfação concreta do interesse, pondo fim ao conflito. Embora declarado o direito, o conflito persistiria, pois aquele não estaria sendo realizado.

Assim sendo, tal como ensina Liebman, em sua obra *Processo de Execução*: “A função jurisdicional consta fundamentalmente de duas espécies de atividades, muito diferentes entre si: de um lado, o exame da lide proposta em Juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso; de outro lado, as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade, de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos” (pp. 79 e 80).

Desta forma ao Estado são outorgados poderes de coação, objetivando a efetivação real da pretensão. Por meio de atos concretos o Poder Jurisdicional completa sua missão, compelindo o particular a cumprir a obrigação imposta pela sentença ou constante de títulos aos quais a lei outorga presunção da existência do crédito. Essa atuação estatal se realiza nos chamados processos executivos, em sentido lato, instaurados pela ação executória, nas hipóteses de execução de sentença ou pela ação executiva, em sentido estrito, que tem por base os títulos extrajudiciais.

13. Para a realização concreta do comando emanado da sentença, ou seja, para o cumprimento da obrigação satisfativa à pretensão do autor, deve ser criado um vínculo entre aquela e o patrimônio do autor. Cumpre à penhora essa função. Uma vez efetivada, com a especificação dos bens do executado, que garantirão a execução, fica delimitada a responsabilidade executória.

14. A penhora, pois, constitui um instrumento de segurança da execução. Seu caráter é eminentemente instrumental. Objetiva a real satisfação do bem de vida outorgado ao autor da ação condenatória. A esse importa o concreto atendimento de sua pretensão, tendo na penhora um meio para alcançar tal finalidade. Do magistério do pranteado José Frederico Marques infere-se a natureza e o objeto da penhora, para quem ela é: “o ato coercitivo com que se dá início à expropriação de bens do devedor, na execução por quantia certa. Desde que este desatenda ao mandado executório e não pague, assim, a quantia reclamada, pelo credor com base no título executório, necessário se faz dar começo ao procedimento expropriatório, com a sujeição de bens do executado ao processo de execução forçada” (*Instituições de Direito Processual Civil*, Forense, 3.^a ed., v. V, p. 98).

15. A vinculação dos bens penhorados à execução tem, pois, por escopo fixar

a responsabilidade executória e garantir o êxito da execução. Pelo caráter instrumental da penhora, o executado não perde a propriedade do bem, ficando apenas sujeito à execução, em razão do vínculo processual.

16. Para o Jurista italiano Francesco Carnelutti o efeito da penhora consiste em um: “enfraquecimento do direito do devedor sobre os bens penhorados, que se manifesta na limitação imposta à sua faculdade de dispor, e, *a penhora não impede a venda do bem penhorado, mas a alienação não livra o bem de responder pela execução, ainda que estando no patrimônio de um terceiro*” (José Moura Rocha, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 58, p. 3 — grifamos).

Liebman vai mais adiante, conforme nos mostra o mesmo eminente José Moura Rocha, reproduzindo escólio de Costa e Silva:

“Liebman, de seu turno, repudiou não só as conclusões tradicionais como a que elaborou Carnelutti, *dado entender que a penhora não afeta, de modo algum, o direito de propriedade, produzindo sua perda ou o enfraquecimento da faculdade de disposição*. Para ele, dela resulta, como efeito jurídico, consequência de natureza meramente processual, que consiste em imprimir a responsabilidade executória na coisa apreendida ao devedor, de forma tal que ela continua sujeita à execução, quaisquer que sejam os atos praticados pelo seu proprietário” (*Enciclopédia*, v. 58, p. 3).

17. Fundamental, pois, para a presente Consulta é fixar os efeitos da penhora que são meramente processuais. A nível de direito material o executado não perde a propriedade do bem, embora para a execução ele possa ser alcançado em mãos de terceiros, caso tenha sido alienado. Tanto isso é exato que o devedor pode oferecer outros em substituição àquele. E, mais do que isso, mesmo que o haja transferido, caso venha a saldar seu débito, o bem não é atingido, pois

a execução não foi frustrada, tendo em vista que o interesse do credor encontra-se satisfeito. O festejado Prof. Celso Neves, com clareza, nos mostra que o vínculo do bem com a penhora é de natureza processual, ao afirmar que quem adquire bem penhorado “obtem a propriedade respectiva, mas não libera o bem do vínculo processual a que continua sujeito” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. VII, p. 42). Anteriormente já havia exposto que:

“Em verdade, guardados os planos do material e do processual, a penhora subordina os bens apreendidos à realização da responsabilidade executória do devedor, sem afetar, fora do processo, a disponibilidade executória do devedor, sem afetar, fora do processo, a *disponibilidade que conserva, não obstante a penhora*. Tanto que a venda de bens penhorados é válida, extraprocessualmente, mas ineficaz, processualmente. Por isso, não obstante a alienação no plano do direito material, a execução se perfaz, no plano do processo, esteja o bem em poder de quem estiver” (ob. cit., p. 41).

18. A lei processual civil reflete em algumas de suas normas os ensinamentos da doutrina. Assim, o art. 591, do CPC, reza que o devedor para honrar suas obrigações responde com todos dos seus bens, presentes e futuros. *Portanto, o dispositivo não restringe a garantia apenas ao bem penhorado*. A penhora fixa a responsabilidade no curso da execução, enquanto recair sobre determinado bem, podendo vir a atingir qualquer outro, em substituição àquele.

Como corolário do dispositivo citado, após a avaliação, poderá haver a redução da penhora aos bens suficientes, ou a transferência para outros que satisfaçam à execução, se o valor daqueles penhorados exceder ao crédito. Ou, no caso de insuficiência dos que foram gravados, a penhora poderá ser ampliada, ou transferida para outros bens (art. 685, CPC).

Inexistência de apropriação indébita

19. Da exposição acima, conclui-se com nitidez, na hipótese em estudo, a *ausência do elemento normativo do tipo: “coisa alheia”*. Não há apropriação de coisa própria. A penhora não atinge o domínio, produzindo apenas efeitos processuais atinentes à execução. Portanto, a inexistência de uma das elementares do tipo impede sua configuração.

Os acusados são diretores da empresa executada, com plenos poderes para gerir, mormente quanto à comercialização de seus produtos. Portanto, possuidores da plena disposição do álcool produzido como agentes da destilaria.

Camaño Rosa ensina que: “El bien jurídico protegido es la inviolabilidad de la propiedad, en sentido específico, de las cosas muebles, contra los abusos cometidos por el tenedor fiduciário, que queira disponer de ellas como si fuera dueño” (*Tratado de los Delitos*, 1967, p. 664).

20. Ora os acusados não dispuseram dos bens como se fossem donos. Eles efetivamente o eram. A coisa, pois, não era alheia. Poderia, em razão da penhora, ser alcançada em mãos de terceiros, pelos efeitos processuais de garantia da dívida.

Em razão da circunstância acima a imputação constante da denúncia não possui sujeito passivo. Ou melhor, o sujeito ativo é o próprio sujeito passivo, pois o bem não é alheio e sim pertence a quem dele teria se apropriado: “O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa penalmente imputável, com exclusão, é óbvio, do próprio dono da coisa, dês que esta há de ser alheia” (Bento de Faria, *Código Penal Comentado*, v. V, 2.^a ed., 1959, p. 94).

21. Uma outra elementar do delito não se apresenta na espécie, qual seja o elemento subjetivo: “Il dolo genérico nella volontà cosciente e libera e nell'intenzione di appropriarsi il denaro o la cosa mobile altrui posseduta per un titolo qualsiasi, non traslativo della

proprietà, sapendo di agire senza diritto" (Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 4.^a ed., v. 9.^o, p. 865).

Evidente que a íntima ligação do núcleo "apropriar-se", e do elemento normativo "coisa alheia", inexistente no caso da penhora, com o elemento subjetivo, conduz à certeza também da ausência dessa outra elementar do tipo. A doutrina pátria, igualmente, aponta o dolo como na vontade livre e consciente de inverter o título da posse, ou da detenção, passando o agente a considerar o bem como se fosse de sua propriedade: de possuidor *alieno domine* em possuidor *animus domine* (Magalhães, v. 2.^o, p. 331, Damásio, v. 2.^o, p. 433).

22. Realça notar, para a inquestionável atipicidade do fato imputado, que a execução não chegara a termo quando houve a constatação da inexistência do álcool dado em garantia da dívida para com o Banco do Estado. A própria denúncia afirma que a venda se deu "durante o correr do processo" (de execução). Por outro lado, há notícia nos autos do pagamento do débito por parte da destilaria (depoimento de S.Z.J., fls.). Note-se, que às fls. existe referência à homologação de um acordo celebrado na ação executória, em decorrência do qual foi revogada a prisão administrativa de J.A.P.C. e de D.G.P.

23. Abstraindo-se a carência dos elementos normativo e subjetivos do ilícito, uma outra consideração é pertinente para patentear a inocorrência do crime em tela, referente à consumação e a natureza fungível do bem penhorado.

A apropriação se consuma no próprio ato da ação material "la acción consiste en negarse a restituir o no restituir a su debido tiempo" (Fontan Balestra, *Derecho Penal*, Parte Especial, 7.^a ed., p. 665).

24. A Destilaria A.L. S/A, após a penhora procedeu a uma operação necessária à conservação dos tanques de armazenamento do álcool denominada "teste de estanqueidade". Seu objetivo é veri-

ficar a existência de vazamentos, colocando-se água nos mesmos (fls. dos autos). Esclarecido também restou que há necessidade de renovação do álcool para que o mesmo não sofra processo de evaporação, perdendo os 99,8 graus indicados. Ademais, o Departamento Nacional de Combustíveis determina que as destilarias entreguem uma cota mensal às Distribuidoras. Por derradeiro, consta que a produção anual da Destilaria A.L. é de 40 milhões de litros e que os dois milhões e trezentos mil litros encontrados quando da vistoria eram suficientes para garantir o pagamento da dívida (fls.). Aliás, não há nos autos nenhum elemento que afirme o contrário.

25. Tais considerações corroboram a carência do elemento subjetivo, da ação material de apropriar-se e, conseqüentemente, da consumação do delito. Em nenhum momento desejaram os acusados tornar-se proprietários do álcool, quer porque lhes pertencia, pois como diretores da destilaria tinham a livre disposição do mesmo — a coisa, pois, não era alheia — quer porque estavam compelidos a dele se desfazer pelas razões técnicas expostas. A consumação do crime igualmente não ocorreu, pois não houve recusa na entrega da coisa.

Preciosa a lição do mestre Nelson Hungria: "Se a coisa continua em poder do agente, e tendo-se em vista que, antes do pedido de restituição, o uso que lhe faça da coisa, ainda que *contra jus*, mas sem o *animus rem sibi habendi*, constitui mero ilícito civil (abuso da posse), não se pode determinar, na ausência de prova de qualquer fato inequívoco (como, por exemplo, o escondimento da coisa), o momento em que teria sido realmente transformado em posse *uti dominus* a posse ou detenção exercida em nome alheio" (ob. cit., p. 139).

26. Nem se alegue que a venda de parte do álcool penhorado representa a consumação do delito. Repita-se, o produto era da destilaria e seus diretores

tenham poderes para aliená-lo, *a coisa, pois, não era alheia*. Mas, abstraindo-se esse aspecto, o que importa realçar quanto à consumação na hipótese vertente, além dos argumentos já expendidos, *é que o bem era fungível*. Se a devolução pode ocorrer na mesma espécie, qualidade ou quantidade o arquétipo penal não se configura: “Todavia tratando-se de coisa fungível, confiada em empréstimo ou depósito e para restituição na mesma espécie, quantidade e qualidade, não pode, normalmente, ser objeto de apropriação” (Celso Delmanto, ob. cit., p. 296).

No mesmo sentido, dentre outros, Damásio (ob. cit., p. 432) e Noronha (ob. cit., p. 326).

Caso a execução não tivesse sido encerrada pelo acordo, no momento da efetiva entrega do bem, em não ocorrendo o pagamento do débito, a necessária quantidade de álcool seria arrematada, pois a produção da empresa e mesmo os dois milhões de litros encontrados, seriam suficientes para o ressarcimento do exequente.

27. Recorrendo-se a um novo exercício de abstração de toda a argumentação posta, a satisfação do interesse do credor, como ocorreu, descaracterizou a figura penal. Com efeito, a penhora era o instrumento de garantia da consecução desse interesse. Mesmo em face da ausência do bem penhorado não adveio prejuízo para o Banco do Estado. A ação material — apropriar-se — foi inócua, não coincidindo com o sentido que o tipo lhe empresta.

28. Ao contrário do Código Argentino, o nosso não faz menção ao prejuízo. Mas, está ele implícito, mormente em se tratando de coisa fungível depositada para pagamento de dívida. Comentando a lei de seu país, o penalista argentino Soler elucidou: “Para la existencia de este delito se requiere na concurrencia efectiva de un perjuicio, la ley dice: el que con perjuicio de otro” (ob. cit., p. 379).

E, mais adiante, arremata: “No existe retención indebida sino cuando media obligación de entregar o devolver. Estas obligaciones deben se distinguidas de la obligación de pagar” (p. 385).

CONCLUSÃO

A conduta descrita na denúncia é atípica. Despicienda qualquer consideração sobre os delitos de fraude processual, fraude à execução ou defraudação de penhor, que foram cogitados no curso do inquérito. A bem lançada manifestação do Ilustre Promotor afastou-os de forma irreprochável. Incogitável vislumbrar-se apropriação indébita na espécie, conforme pretende a denúncia.

A seguir resume-se as razões de tal conclusão.

1.º) O delito de apropriação indébita tem como núcleo o verbo apropriar-se, como elemento normativo “coisa alheia” e o elemento subjetivo consiste no *animus* de ter a coisa como sua, operando uma inversão no título da posse.

2.º) A penhora como ato de coação do processo executório tem por escopo fixar a responsabilidade da execução, sendo um instrumento de sua segurança, que cria um vínculo entre os bens do executado e a pretensão do exequente.

3.º) Sua natureza e seus efeitos são processuais, razão pela qual o executado não perde a propriedade da coisa penhorada. Poderá ela ser alienada, embora possa ser alcançada em mãos de terceiros.

4.º) A questão apresentada à Consulta não guarda qualquer identidade com o arquétipo penal. Os acusados, com poderes para administrar a empresa, agiram em nome da mesma. Aliás, como ficção jurídica que é, a empresa só pode agir por intermédio de seus representantes legais e estatutários. Portanto, a coisa não era alheia. Ausente, pois, o elemento normativo do tipo.

5.º) Agiram desprovidos do *animus* de se tornar proprietários. Não efetuaram a

inversão do título, pois a propriedade não lhes foi retirada. Sempre desejaram honrar o compromisso assumido, tanto que o Banco exequente teve seu crédito satisfeito.

6.º) Como não existe apropriação de bem fungível, o credor não teria, como não teve prejuízo. Caso a execução chegasse a seu termo, a Destilaria A.L. S/A, poderia substituir o bem penhorado, pela quantidade necessária de álcool à satisfação do seu débito.

7.º) Em resumo, não houve apropriação de "coisa alheia"; o elemento subjetivo não esteve presente, inexistiu prejuízo e sequer, mesmo que presentes tais elementares, não ficou demarcado o momento consumativo do delito, pois o bem era fungível, além de não ter havido fato concreto caracterizador daquele momento.

Nosso entendimento é esse, salvo melhor juízo.

São Paulo, fevereiro/1994.

VOLTAIRE, O ADVOGADO DE CALAS

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal;
Membro da Academia Paranaense de Letras.

1. Em 10 de março de 1762 foi morto por *suplício na roda* o chefe de família Juan Calas, com todos os requintes bárbaros daquele tipo de pena capital. A execução ocorreu em Toulouse (França), onde o condenado exercia honradamente a profissão de comerciante.

As características do fato gerador daquele processo e a publicidade obtida com o sacrifício do indigitado delinquente assumiram dimensão histórica principalmente pela célebre intervenção de François-Marie Arouet, dito Voltaire (1694 — 1778).

2. Juan Calas e sua mulher, em solteira, Ana-Rosa Cabibel moravam com os seus filhos¹ há trinta anos ou mais ou menos na casa número 16, da Rua dos Filatiers, em Toulouse. Ele era vendedor de tecidos, especialmente chitas da Índia e fazendas estampadas de algodão e era considerado como pessoa riquíssima. Um aspecto supostamente irrelevante teria, no entanto, influência decisiva na *provação bíblica* a que foram condenados os Calas: eles eram adeptos da religião luterana. Protestantes, portanto.

A rotina da vida familiar seria tragicamente interrompida pelo acontecimento de 13 do outubro de 1761 quando o crime, o processo e a infâmia entraram pelas portas e janelas da casa.² Naquela

noite, dois filhos do casal estavam presentes: Marco Antonio e Pedro Calas. O terceiro, Luiz, deixara a família há cinco anos; o quarto encontrava-se em outra cidade e as moças estavam em casa de amigos, nos arredores de Toulouse. Mas, em compensação, a família recebera a visita de um amigo, o jovem Lavoisier, filho de um advogado e que estava de passagem pela cidade.

Aproximadamente às nove e meia da noite, os vizinhos escutaram gemidos, gritos e pedidos de socorro que vinham da casa habitada pela família Calas. A velha criada, abriu a porta da rua, exclamando: “Ah! Meu Deus, mataram-no!”. Logo em seguida formou-se um agrupamento de curiosos em frente da porta, indagando o que sucedera. E souberam que o filho mais velho dos Calas, Marco Antonio, fora encontrado morto, alguns momentos antes, no armazém situado no andar térreo, atrás da loja. O corpo foi visto primeiramente por Pedro Calas ao descer com uma tocha para iluminar o caminho até a porta da rua, conduzindo Lavoisier que viera para jantar. Os dois jovens, passando diante da porta aberta da loja, teriam visto Marco Antonio estendido no chão, a cabeça descoberta e em mangas de camisa. Além dos

1. Marco Antonio (29 anos); Pedro (28); Luiz (25); Donat (22) e duas moças com 19 e 18 anos de idade.

2. Os elementos de informação sobre o crime e o processo foram colhidos em Henri Robert,

“Voltaire defensor de Calas”, *Os grandes processos da História*, trad. de J.L. Costa Neves, Edição da Livraria do Globo, Porto Alegre, 1943, p. 143 e ss. e Julio Dassen, *Voltaire defensor de Juan Calas*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

sapatos, tinha somente calção e meia. O casaco e colete estavam dobrados e postos na beira da mesa. Estranhavelmente, ao redor do pescoço, havia uma gravata. Mas ele não usava habitualmente tal peça de roupa. Em seguida o casal Calas desceu as escadas em companhia da criada. Supondo que Marco Antonio estava apenas desacordado, tentaram reanimá-lo com *água de cheiro*. Pedro e seu amigo correram à procura de um médico. Encontraram um assistente de cirurgião, o jovem Gorse e o trouxeram até a casa. Constatando que Marco Antonio estava morto, Gorse examinou rapidamente o corpo e retirou a gravata preta. Descobriu, em volta do pescoço, dois vincos sangrando em círculo que terminavam atrás das orelhas sugerindo a existência de uma corda dupla utilizada para o estrangulamento. Diante do grupo de vizinhos e curiosos que se aproximaram, Juan Calas pergunta: "Quem pode ter feito isso?". Ninguém vira pessoa alguma entrar na casa. Não havia vestígio de subtração de objetos ou dano no local. Surge o murmúrio de que o criminoso poderia não ter vindo de fora...

Chegou-se a admitir a hipótese de que Marco Antonio fora assassinado por alguém da família diante de seu propósito de se converter ao catolicismo. Segundo uma lei da religião protestante, um pai de família deveria preferir a morte de um filho que abjurasse. Aquela versão foi considerada absurda por Julio Dassen, pois a suposta lei não existia e os conhecidos, invariavelmente, atestaram a paciência e a ternura de Juan Calas com os filhos. Um deles, Luis, convertera-se pouco tempo antes ao catolicismo por influência de uma empregada. O pai o perdoou e manteve a serviçal. Além do mais, como poderia um homem de mais de sessenta anos, ter a força suficiente para enforcar um jovem forte como o era a vítima? E para que a aludida versão tivesse credibilidade seria preciso admitir que os demais membros da família e o

convidado se acumpliciassem para a execução do crime.

3. Um dos vizinhos tomou a iniciativa de ir buscar o *capitoul*, magistrado municipal de serviço, David de Beaudriguez.³ Tal servidor público acumulava as funções de investigação policial e de juiz de instrução. Após inquirir os membros da família Calas e demais pessoas ali presentes e requisitar o levantamento do corpo de delito por três médicos legistas, David de Beaudriguez intima todos a comparecerem ao Paço Municipal. Começaria ali a instrução do caso com os interrogatórios reduzidos a termo pelo secretário do *capitoul*. Em seus depoimentos, alguns vizinhos informaram ter ouvido rumor de vozes e gritos típicos de uma pessoa agonizante: "Ah! meu Deus! meu pai". Seguiram-se movimentos de pessoas, idas e vindas precipitadas e a voz da criada: "Ah! Meu Deus, mataram-no!". Esta, no entanto, negou ter feito tal exclamação.

A investigação estava nas mãos de um juiz instrutor apaixonado. Tal circunstância multiplicou as forças do preconceito e da presunção ao mesmo tempo em que ressoavam as imagens do funeral solene de Marco Antonio em uma igreja adornada de branco no meio da qual havia um esqueleto pendurado, cedido por um médico, tendo em uma das mãos uma folha com as palavras "abjuração contra a heresia" e, na outra, uma palma que é o emblema do martírio. O cadáver foi levado em procissão pelas ruas da cidade, seguido por uma multidão fanática que pedia justiça.

4. Poucos dias após os legistas encaminham o resultado da perícia e levantaram uma grande dúvida: a vítima poderia ter sido enforcada por outrem ou por si mesma. Homicídio ou suicídio? Novos

3. Sobre este fato, revelado por Henri Robert (ob. cit. p. 152), existe controvérsia. Segundo o *memorial* produzido por Voltaire, os próprios Calas teriam tomado tal iniciativa.

interrogatórios e surge uma outra versão: os Calas teriam mentido ao sustentar a hipótese de um homicídio para salvar a honra da família e impedir o tratamento infame reservado aos suicidas, cujos corpos eram transportados em uma rede. Daí a afirmação de que o infeliz e taciturno Marco Antonio, por não ter conseguido triunfar na vida, pensava em morrer e se enforcara. “Achamo-lo enforcado”, era a síntese dos interrogatórios dos Calas. Haviām encontrado o filho pendurado a uma corda cuja extremidade estava presa ao meio de um varapau⁴ que repousava nos dois batentes de porta, comunicando o armazém com a loja.

A versão foi rejeitada por David de Beaudriguez em face de alguns indícios comprometedores: a) não dispor Marco Antonio de nenhuma cadeira ou banco ao seu alcance, sendo, assim, impossível ter colocado o varapau no alto da porta; b) a corda permanecer intacta enquanto Juan Calas afirmara que a tinha cortado; c) a escuridão da noite não permitiria que o suicida tivesse o cuidado de tirar a roupa, dobrá-la e colocá-la sobre a mesa; d) o aparecimento de uma gravata não usada de ordinário; e) a colocação da corda e do varapau sobre os batentes da porta aberta para o corredor, por onde circulavam pessoas que iriam surpreender os fúnebres preparativos.

Após minuciosa análise dos elementos de reconstituição da cena do enforcamento e de suas circunstâncias, o inquérito concluiu pela impossibilidade material do suicídio. As versões do assassinato causado por pessoa estranha à família e o suicídio foram, portanto, desprezadas.

Em 18 de novembro de 1761, o Tribunal do Júri municipal determinou que Juan Calas, sua mulher, o filho, o amigo e a empregada se submetessem aos in-

terrogatórios ordinários e extraordinários. Contra tal decisão houve recurso, sendo os Calas defendidos pelo advogado Monsieur de Sudre.

O caso foi encaminhado ao Parlamento de Toulouse e designado relator o Conselheiro Cassan-Clairac. A sua escrupulosa imparcialidade era reconhecida por todos e para melhor estudar a causa e meditar sobre a decisão a ser tomada recolheu-se por alguns dias a um Convento. A iniciativa visava também livrá-lo de influências estranhas à justiça na elaboração de seu relatório.

5. Em 28 de fevereiro de 1762, reunido o Parlamento de Toulouse, por oito votos a cinco, Juan Calas foi declarado culpado e condenado a morrer pelo suplício da roda. Quanto aos demais réus, o julgamento foi suspenso até que se executasse a pena imposta contra o réu principal. Com aquela estratégia processual, o Parlamento esperava que Juan Calas confessasse o crime.⁵ No entanto, ele expirou sempre jurando inocência, com uma coragem e firmeza de alma que impressionaram os acusadores mais obstinados. E quando perguntado sobre os

5. A prática da *chantagem de confissão* constitui um dos procedimentos clássicos e renovados sempre que o poder político procura neutralizar a publicidade negativa provocada pela sentença de morte. Assim também ocorreu no célebre *affaire* do casal Ethel e Julius Rosenberg, condenados à morte em decisão de 5 de abril de 1951 por suposta espionagem em favor da Rússia e contra os Estados Unidos. O jornal *Le Monde* chamou de “a barganha com a morte”, os adiamentos de data para a execução e a expectativa de que os Rosenberg “cooperassem com o governo” assumindo a culpa de um fato que sempre foi negado. Sobre o rumoroso processo, ver François Mauriac, “O suplício da esperança” e outros em *O canto interrompido*, trad. de Yvonne Jean, Editora Lux Ltda, RJ, s/d, p. 131 e s. Os condenados não confessaram o suposto crime e foram mortos na cadeira elétrica, na Penitenciária de Sing-Sing, na noite de 20 de junho de 1953.

4. Uma espécie de grosso cajado que se utilizava para sustentar sobre os ombros os fardos de fazenda.

supostos cúmplices, respondia: "Mas como havê-los onde não há crime?".

A execução da pena capital foi marcada com lances de extraordinária violência. O carrasco quebrou os membros e o peito do condenado com golpes de uma barra de ferro para, em seguida, amarrá-lo na roda. A morte veio após lenta agonia. Completando o sinistro ritual, o corpo foi queimado.⁶

6. Novamente reunido para julgar a causa, o Parlamento de Toulouse em sessão de 18 de março de 1762, absolveu os demais réus, apesar do clamor popular que não se atenuara com a execução do chefe da família. No entanto, o filho Calas foi condenado ao desterro. Tal paradoxo não escapou à crítica de Voltaire: "Por quê bani-lo se é inocente? E por quê se restringir ao desterro se é culpado?".

As duas irmãs — que não se encontravam na casa quando ocorreu o fato — foram internadas em um Convento por determinação do Parlamento.

Segundo a preconceituosa narrativa do *Battonier* Henri Robert⁷ o episódio judicial e a execução não tiveram repercussão para além dos limites territoriais de Toulouse. O caso ficaria sepultado como tantos outros na cova do esquecimento não fosse a existência de componentes religiosos e a intervenção de Voltaire.

Quanto ao primeiro aspecto, o fanatismo do Parlamento de Toulouse justificaria a qualificação cunhada pelo próprio autor de *Candide* de ser "o Parlamento mais sanguinário da França". E relativamente ao segundo, o movimento do Iluminismo com as vertentes de liberdade e de reconhecimento dos direitos do homem e do cidadão iria ser a bandeira de luta empunhada por Voltaire na denúncia daquele cruento erro judiciário.

6. André Maurois, *Voltaire*, ed. Juventud Argentina, Buenos Aires, p. 87 e s.

7. Ob. cit. p. 159.

7. Um comerciante de formação e militância protestante, Dominique Audibert, vindo de Toulouse a caminho de Genebra, ao passar por Ferney visitou a casa de Voltaire. Narrou-lhe todo o processo de Calas, a sua notável resistência e lhe transmitiu a profunda convicção de inocência. Disse-lhe, também, que a condenação da família somente se explicaria pela secreta influência dos Penitentes Brancos e o fanatismo religioso do Parlamento de Toulouse.

A índole humanista e libertária de Voltaire e o seu extraordinário vigor de crítico da religião católica e das instituições de um modo geral, seriam os polos de atração para que o processo contra o huguenote de Toulouse ganhasse um destaque muito especial na generosa história do publicista e escritor. Educado pelos jesuítas no colégio de Clermont, envolvendo-se após com jovens aristocratas libertinos e escrevendo versos irreverentes contra o regente, Voltaire iria sentir na carne e na alma os rigores da Bastilha por duas vezes (1717-1718). Na prisão começou a escrever a tragédia *Édipo* (1718). Posteriormente, em represália a uma altercação com o príncipe Rohan foi espancado e solto mediante o compromisso de se exilar na Inglaterra. Ali completou o poema épico *Henriade* (1723-1728) e ampliou o seu horizonte literário pelo conhecimento, entre outras, das obras de Shakespeare. Aderiu ao deísmo anticlerical e demais idéias liberais. Voltou para a França em 1729, retomando a triunfante caminhada para o prestígio intelectual e literário. Em seus romances satíricos, de que são exemplos *L'ingénu* (1767) e *L'homme aux quarante écus* (1767), atacou a hipocrisia moral e religiosa e o feudalismo aristocrático. E aproveitou o seu poder de influência para salvar ou reabilitar vítimas do fanatismo clerical. Além do caso Juan Calas (1762), entusiasmou-se também com os casos de Sirven (1764) e do cavaleiro de La Barre (1766). Suas idéias principais foram

defendidas no famoso *Traité sur la tolérance* (1763) e resumiu os pensamentos filosóficos e religiosos no *Dictionnaire philosophique* (1764).

Nada melhor, portanto, para aquele estilo de personalidade e linhagem de atitudes que o engajamento em uma das mais notáveis páginas judiciárias da civilização ocidental: a revisão do processo de Juan Calas. Em sua injusta verrina, Henri Robert acentuou que Voltaire “tinha assegurado para si dois refúgios que uma fronteira oportunamente franqueada tornava alternativamente invioláveis. De um lado, desafiava a polícia francesa, e do outro, tranquilamente ouvia latir Genebra quando faltava com o respeito a Calvino!”⁸.

8. Escrevendo para várias pessoas a fim de reunir detalhes sobre o processo, o julgamento e a execução, Voltaire teve ampliadas as possibilidades de interferir junto a um público qualificado e transmitir as suas idéias em torno do fanatismo religioso e da injustiça da condenação. Teve a oportunidade de se entrevistar com Donat Calas, irmão do infeliz enforcado e que se refugiara na Suíça, aterrado com a tragédia que se abatera sobre a família.

Segundo Julio Dassen, começaria ali a ação admirável de Voltaire, ante a qual, nós, advogados ou juristas, devemos nos inclinar com respeito e admiração. Textualmente, assim escreve esse ilustre professor de Direito Civil: “La obra de Voltaire constituye un paradigma para todos los que estén vinculados a la administración de justicia y un ejemplo formativo insustituible en una facultad de derecho que no se asiente en dogmas extra-científicos. Cual nuevo Don Quijote — pero, paradójicamente, de extraordinaria lucidez — Voltaire deja de lado sus tareas y arremete contra toda suerte de obstáculos; escribe innumerables cartas que envía en todas direcciones y al

propio tiempo va reuniendo las pruebas de descargo para lograr de la Francia católica la revisión de la sentencia. Fueran — dice um autor — tres años de esfuerzos incesantes; sacrificó sus ocios, sus trabajos e incluso sus disputas. Según frase propia, vivió todos esos años avergonzándose cuando una sonrisa se dibujava en sus labios.”⁹

A histórica intervenção do autor de *Essai sur les mœurs*, não se limitou aos argumentos utilizados com ironia e lógica incomparáveis nos campos da prova e do Direito, transmitidos pelo verbo fluente de seus escritos. Ampliou-se para atender às necessidades humanas e materiais da família Calas, dedicando-lhe recursos financeiros e o apoio de sua valiosa convicção. A viúva era merecedora de solícitas atenções. Tornou-se afetuoso amigo de um pequeno e intímatro grupo de protestantes com o qual partilhava algumas tarefas de investigação. Dispendeu tempo e dinheiro também nos procedimentos legais exigíveis para a difícil e custosa revisão. Os informes para os advogados e os panfletos para o público eram algumas das expressões de luta através da qual Voltaire demonstrava o erro judiciário e a intolerância religiosa. A sua formação de crítico implacável da *comédia dos erros* em que se convertem muitos processos forenses, certamente lhe foi de grande valia, principalmente por ter enfrentado em sua vida o delírio do otimismo e a idiotia de certo tipo de lógica, feita de palavras complicadas e frases rebarbativas. E nada melhor para ilustrar estas duas formas de ignorância que o romance satírico escrito três anos antes do processo Calas, inspirado pelo terremoto em Lisboa e dirigido contra o otimismo reinante na época: *Candide* ou *L'optimisme*, sua obra prima. Pangloss era o oráculo da casa e como preceptor do pequeno Cândido, induzia-o a ouvir suas lições com toda a boa-fé de sua

8. Ob. cit. p. 161.

9. Julio Dassen, ob. cit., p. 27/28.

idade e a natureza de seu caráter. "Pangloss ensinava metafísico-teólogo-cosmolonigologia. Provava admiravelmente que não há efeito sem causa e que, neste que é o melhor possível dos mundos, o castelo do senhor barão era o mais belo possível dos castelos e a senhora a melhor das baronesas possíveis". (...) "Queiram notar que os narizes foram feitos para usar óculos, e por isso nós temos óculos. As pernas foram visivelmente instituídas para as calças, e por isso temos calças. As pedras foram feitas para serem talhadas e edificar castelos, e por isso, monsenhor, tem um lindo castelo."¹⁰

9. Pouco depois do apaixonante aliciamiento à causa da revisão e de receber importantes manifestações de apoio, Voltaire ampliou a divulgação dos lances do processo para a Inglaterra e toda a Europa. Obteve a solidariedade das grandes damas da Corte, entre elas, a Madame de Pompadour. Induziu os filósofos a escreverem sobre o tema da injustiça e os salões a debaterem o problema do erro judiciário. Sendo um grande estrategista não permitia manifestações euforizantes e nem qualquer argumento em favor da tolerância, salvo quando fundado em provas. E chegou a retirar do mercado um livro escrito por um pastor protestante cujos exageros na defesa poderiam levar a causa a uma derrota.

Em 7 de março de 1764 a revisão do processo é determinada. E no dia 4 de março de 1765, um ano após, a sentença condenatória contra Calas é anulada. Cinco dias depois, a 9 de março de 1765, por decisão unânime dos quarenta conselheiros reais, Juan Calas é reabilitado pelo Parlamento de Paris. Na época, Voltaire tinha 71 anos. Apesar da idade provecta havia dirigido com singular

energia a defesa do processo de revisão, orientando os advogados Elías de Beaumont e Alexandre-Jerôme Loyseau de Mauleón.

10. Mas o triunfo da causa da revisão e o prestígio de luta humanitária e racional que a impulsionaram, não ficaram imunes aos golpes e às retaliações manifestadas por alguns que pretendiam desconsiderar a reabilitação. O fervor do mal empregado catolicismo, a suposta humilhação da magistratura e a aversão à figura e à obra de Voltaire foram as causas fundamentais daquele tipo de resistência tão bem representada pelo texto de Henri Robert. A propósito, este autor procura não apenas sustentar a validade formal e a justiça da condenação de Juan Calas como também investe grosseiramente contra a pessoa e o trabalho de Voltaire. Ele chega ao extremo de prantejar a sorte do magistrado municipal David de Beaudriguez que teria caído em desgraça pelas retaliações funcionais sofridas em consequência do seu apaixonado inquérito e, não suportando tal humilhação, se suicidara. E afirma que a Revolução Francesa, em 1793, decapitou o neto daquele magistrado "unicamente por que era o último descendente daquele que a lenda tornava responsável pela morte de Calas".¹¹

Insurgiu-se contra os intoleráveis excessos o gênio e o humanismo do inescutível Luis Jimenez de Asúa. Em seu prefácio ao livro de Julio Dassen ele se referiu ao caso Calas como a chave de toda revolução que iluminou o Direito e o Processo Penal e também como um dos processos que incentivou a obra de Beccaria e influenciou Marat para compor o seu plano de legislação criminal. Vale a pena transcrever alguns dos expressivos trechos do referido texto de introdução: "Voltaire no hace más que recolectar lo que él, con Rousseau y Montesquieu, habían sembrado. El

10. Voltaire, *Cândido ou o Otimismo*, trad. de Mário Quintana, ed. Abril Cultural, 1972, p. 156 (Sem indicação do local de impressão).

11. Ob. cit. p. 171.

Derecho penal antiguo arde por todas partes y el Derecho revolucionario — aunque con crueldades evidentes — anuncia su llegada con el enorme progreso de la ley PREVIAMENTE escrita. El caso de Calas como luego el de Dreyfus, fue y sigue siendo, la piedra de toque para medir la opinión reaccionaria o progresiva de quienes atacan aun la memoria del hugonote ajusticiado o defienden su inocencia". E, mais especificamente, arremata o mestre Asúa: "En nuestros días, un retrógrado como Henri Robert aprovecha las cenizas de Calas para atacar al filósofo de Ferney, y nuestro Julio Dassen defiende al 'defensor' del supliciado. Y lo hace con una profundidad y elegancia insuperables. Ha hurgado en los archivos, ha consultado opiniones, ha leído libros y artículos. Nos transcribe los documentos judiciales de la época, con su monótono 'ritornello', con su pesada insistencia con la que parece querer anegar al acusado. Revivimos las horas de la lúgubre injusticia y la sombra de Voltaire se agiganta, como la del hombre sobre la tierra cuando el sol llega al ocaso."¹²

11. Em 1793, a Convenção francesa decretou que se levantasse em Toulouse, no lugar onde Calas foi supliciado, uma coluna expiatória.

A *panteonização* de Voltaire, isto é, o traslado de seus restos mortais ao Panteão dos Heróis, em Paris (11.07.1791), foi cercada por grandes manifestações de admiração popular. Tratava-se de uma segunda coroação, alguns dias após o regresso do rei de Varennes. Ela foi concebida por Charles Villette, seu artesão mais ativo como forma de reparação das afrontas que sofreu Voltaire. A propósito daquela cerimônia, merecem leitura as palavras de Mona Ozouf: "O último ato da horrível e macabra história de um Voltaire enfermo, obcecado pelo

destino ignominioso que se havia reservado aos restos mortais de Mile. Lecouvreur, e que negociava, de antemão, com as autoridades — também elas não desejavam o escândalo de uma recusa de sepultura — um enterro em Ferney, precedido, se necessário fosse, de um embalsamamento clandestino no caminho. Um destino irônico desfizera esse belo arranjo: a família recuperara o corpo e obtivera, graças ao zelo de um sobrinho padre, uma sepultura incongruente na abadia de Sellières. Os organizadores da cerimônia prevêem, portanto, uma vez arrancado Voltaire aos padres, uma marcha lenta até Paris, seguida de uma pausa no local da Bastilha, onde se coloca o ataúde sobre uma montanha artificial. Depois a marcha através de cidade do carro puxado por quatro cavalos brancos, com as suas estações emblemáticas: no Pavilhão de Flore, onde o encontro do rei humilhado da Constituição com o rei triunfante da opinião pública impressiona, a acreditar-se nas brochuras, todos os espíritos; diante da casa de Charles Villette, cais dos Teatinos, tornado 'Voltaire', onde, num anfiteatro, pode-se ver bem colocadas as senhoritas Calas; no teatro da *Nation*, para uma homenagem ao autor de *Brutus*. Enfim, a ascensão sublime ao Panteão, tão bem de acordo com a religião da exemplaridade humana com que sonhara Voltaire, teórico da supremacia dos grandes homens sobre os reis e os heróis".¹³

Uma das maiores e mais sensíveis homenagens prestadas à memória e à obra do gênio imortal da irreverência e patrono da liberdade, se continha na singela porém eloquente frase inscrita no sarcófago que atravessou as ruas de Paris:

"Ele defendeu Calas, Sirven, La Barre, Montbaili".

13. "Voltaire", em *Dicionário Crítico da Revolução Francesa*, trad. de Henrique de Araújo Mesquita, Editora Nova Fronteira, RJ, 1989, p. 907/908.

12. Em Julio Dassen, ob. cit. p. 11/12. Versais do original.