

REVISTA BRASILEIRA DE ^{Dupl.} **ciências criminais**

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ano 1 - n. 4 - outubro-dezembro - 1993

4

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 1, número 4, OUTUBRO-DEZEMBRO/1993

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 Thereza de Assis Moura e Rui Stoco.

Secretário Geral: Messias José Lourenço

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 Júnior, 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 Júnior, Roberto Maurício Genofre, Rodrigo Cesar Rebello Pinho, Sergio de Oliveira Medici, Sergio Salomão Shecaira, Sylvia Helena Furtado, Sylvia Helena Steiner, Sonia Rao, Tabajara Novazzi Pinto, Tatiana Viggiani Bicudo.

Diretores convocados: Álvaro Busana; Márcio Orlando Bártoli; Maurício Zanoide de Moraes; Roberto Delmanto Júnior; Sérgio Mazina Martins; Sérgio Salomão Shecaira.

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, Damásio 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, Juares Tavares, Julio Fabbrini Mirabete, Leonardo Isaac Yarochelvsky, Licínio Leal Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luis 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. Romeo Casabona, Edmundo Hender, Elio Morselli, Esther Gimenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Santa Cecilia Garcia, Jorge de Figueiredo Dias, Jose Cerezo Mir, Juan Bustos Ramirez, Luiz Fernando Niño, Manuel de Rivacoba Y Rivacoba, M. Paz Arenas Rodriguez, 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) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Composição e diagramação: ARTELEISER COMPOSITORA LTDA., Rua do Hipódromo, 94 - CEP 03051-000 - São Paulo, SP — **Impressão/Acabamento:** EDITORA PARMA LTDA., Av. Antônio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 070220-20 - Guarulhos, SP

Impresso no Brasil

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

APRESENTAÇÃO

A *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, chega ao quarto volume, completando um ano de vida. Neste período, buscamos tornar concretos nossos objetivos estatutários, comprometidos, em uma postura pluralista, com os princípios, direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição Federal e com a integração da dogmática penal no contexto das diversas áreas da problemática criminal (criminologia, política criminal, antropologia, estatística, psicologia, psiquiatria e sociologia criminal, direito processual penal, medicina legal, etc.).

A ciência jurídico-penal encontra-se em crise, diante das inegáveis discrepâncias existentes entre a realidade e alguns postulados da dogmática. O Direito Penal, por longo período, abandonou a análise dos aspectos empíricos do problema penal, relegando a segundo plano as conclusões da política criminal e das ciências metajurídicas. Tal situação de isolamento e abstracionismo produziu o que Novoa Monreal chamou de verdadeiros ginastas intelectuais, “que se caracterizam pela progressiva complicação de suas elaborações abstratas, pelo aprofundamento de discussões tão inúteis como extravagantes e pela cega e gradual desconexão com a realidade, com deploráveis consequências”.¹

É preciso superar tal estado de coisas, reafirmando cada vez mais o mero caráter fragmentário (sistema descontínuo de ilicitudes)² e subsidiários (remédio sancionador extremo)³ do Direito Penal, questionando-se o demagógico discurso de ser ele o instrumento capaz de, sozinho, solucionar todos os males da sociedade. O Direito Penal, como sustenta Juarez Tavares, “deve estar a serviço da proteção de valores humanos elementares e só adquire dignidade quando se liberta do puro positivismo e passa a se integrar em uma ordem social em que se garanta ao homem a plena realização de sua individualidade e potencialidade”.⁴

A *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, como era de se esperar, tornou-se o instrumento de divulgação dessas novas idéias. Firmou-se no cenário jurídico nacional e, para os operadores do sistema penal, ocupou um claro que já há muito fora deixado pela *Revista de Direito Penal* dirigida pelo inesquecível mestre Heleno Fragoso.

Neste volume, além de contribuições internacionais de Bernardo Del Rosal Blasco “Política Criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el anteproyecto de Código Penal” Espanhol de 1992, Eugenio Raul Zaffaroni, “Dimension política de un poder judicial democrático”, de notável atualidade, tendo em conta as recentes discussões acerca do controle externo do Poder Judiciário) e Marino Barbero Santos, “La represión de la brujería en Alemania en los siglos XVI y XVII, são publicados artigos de doutrina nacional da lavra de Ada Pellegrini Grinover, “Prova Emprestada”, Alberto Zacharias Toron, “A Constituição de 1988 e o conceito de bons antecedentes para apelar em liberdade”, Damásio E. de Jesus “Nova Visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo”, Fauzi Hassan Choukr, “A ordem pública como fundamento da prisão

cautelar — uma visão jurisprudencial”, Júlio Fabbrini Mirabete, “Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção”, Márcio Sotelo Felipe, “Linguagem e tipicidade”, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Cleunice A. Valentin Bastos, “Defesa penal: Direito ou garantia” e Patricia Helena Massa, “A menoridade penal no direito brasileiro”. As seções “Antigüidades de Direito Criminal”, “Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores”, “Jurisprudência — Comentada, Organizada, Recente e Ementário”, “Legislação” e “Noticiário” continuam a fornecer atraente material doutrinário e jurisprudencial. Como novidade, apresenta-se a seção de trabalhos forenses, com duas interessantes sentenças. Retoma-se, também, a seção de resenhas bibliográficas.

Com este último volume de 1993, a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* espera continuar atendendo as expectativas do público leitor, reiterando o convite, formulado no número especial de lançamento, de envio de material para publicação.

1. *La evolución del Derecho Penal en el Presente Siglo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, p. 42.
2. Nilo Batista, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Editora Revan, Rio de Janeiro, 1990, p. 86.
3. Claus Roxin, *Iniciación al derecho penal de hoy*, Ed. Univ. de Sevilla, trad. de F. Muñoz Conde e D.M. Luzón-Peña, Sevilla, 1981, p. 31.
4. *Teorias do Delito* (Variações e Tendências), RT, S. Paulo, 1980, p. 5.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

SUMÁRIO

DOCTRINA INTERNACIONAL

Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el anteproyecto de Código Penal Español de 1992 — BERNARDO DEL ROSAL BLASCO	7
Dimension política de un poder judicial democrático — EUGENIO RAUL ZAFFARONI	19
La represión de la brujería en Alemania en los siglos XVI y XVII — MARINO BARBERO SANTOS	47

DOCTRINA NACIONAL

Prova emprestada — ADA PELLEGRINI GRINOVER	60
A Constituição de 1988 e o conceito de bons antecedentes para apelar em liberdade — ALBERTO ZACHARIAS TORON	70
Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo — DAMÁSIO E. DE JESUS	81
A “ordem pública” como fundamento da prisão cautelar — Uma visão jurisprudencial — FAUZI HASSAN CHOUKR	89
Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção — JULIO FABBRINI MIRABETE ..	94
Linguagem e tipicidade — MARCIO SOTELO FELIPPE	105
Defesa penal: Direito ou garantia — MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA e CLEUNICE A. VALENTIM BASTOS	110
A menoridade penal no direito brasileiro — PATRICIA HELENA MASSA ..	126

ANTIGUIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O processo contra o Jornal Última Hora — RENÉ ARIEL DOTTI	133
---	-----

CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES

Crimes de responsabilidade de prefeitos e a reforma constitucional — RUI STOCO	143
Ementário de Jurisprudência	
1.00 — Art. 1.º, incs. XIV e XV, do DL 201/67	150

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

O sistema progressivo de cumprimento da pena e a ofensa as garantias constitucionais — FLAVIA D'URSO ROCHA SOARES	154
Receptação dolosa — Uso de documento falso — RANULFO DE MELLO FREIRE	158

O recolhimento à prisão como pressuposto de admissibilidade do recurso — Art. 594 do CPP — e sua alegada inconstitucionalidade — LUIZ MANOEL GOMES JÚNIOR	161
Confissão ficta — ADAUTO SUANNES	167
Entorpecente — Uso próprio — Associação — Tipicidade legal e tipicidade penal — TJRJ — Ap. 958 — 4.º C. — j. 12.11.91 — rel. Des. Menna Barreto	167
EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA — ALBERTO ZACHARIAS TORON e ROBERTO DELMANTO JÚNIOR	172
JURISPRUDÊNCIA RECENTE	
Crime contra a vida e crimes conexos — TJSP — RSE 126.577-3/2 — 5.ª C. — j. 11.3.93 — rel. Des. Dante Busana	187
Crime de desobediência — Arts. 340, do CP e 347 do Código Eleitoral — Ordem direta da autoridade — TRE — Rec. 667 — j. 20.5.93 — rela. Ana Maria Scartezzini	189
Confissão espontânea — TACrimRJ — Ap. 44.012-5 — j. 10.3.92 — rel. Juiz Álvaro Mayrink da Costa	191
Apresentação de documento falso por advogado — TARJ — HC 14001 — 2.º C. — j. 9.6.92 — rel. Juiz Joaquim Cyrillo B. Mouzinho	195
JURISPRUDÊNCIA ORGANIZADA	
“Habeas corpus” (Quinta parte) — ALBERTO SILVA FRANCO	197
DECISÕES DE PRIMEIRA INSTÂNCIA	
Vadiagem — Conceito — Proc. 530/92 — SP — 3.ª V. — j. 28.12.92 — rel. Juiz Sérgio Mazina Martins	246
Perigo de desastre ferroviário “surfista” — Proc. 294/93 — 2.ª V. — j. 11.6.93 — rel. Juiz Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior	248
LEGISLAÇÃO	250
NOTICIÁRIO	
“Laudatio” ao doutor “honoris causa” da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Marino Barbero Santos — JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR	253
“Resenhas bibliográficas” — SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA	260

DOCTRINA INTERNACIONAL

POLÍTICA CRIMINAL DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1992*

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Alicante (España)

1. No hace mucho tiempo, un significado representante de nuestra doctrina penal¹ afirmaba que “los delitos contra la vida humana independiente no sólo poseen una función dogmática, sino político criminal fundamental”, pues, “mediante ellos se diseñan los criterios rectores del tratamiento de los tipos integrantes de la parte especial” y “son también adoptadas las decisiones valorativas a que serán referidas las demás figuras de delito”. De esta manera, y en nuestra opinión con sumo acierto, se estaba poniendo de manifiesto la importancia que tiene, a la hora de valorar una propuesta de nuevo texto punitivo — como la que ahora nos ofrece el Gobierno a través de su Anteproyecto de Código Penal de 1992 (en adelante ACP 1992)—, la concreta configuración que en ella se haga de los delitos contra la vida humana independiente. Porque, además, en estos delitos, como en pocos, se proyecta con suma fuerza el trasfondo ideológico que subyace tras todo el Código penal, ya que si se acepta — como nosotros lo hacemos — que “una de las cuestiones en donde más aflora la ideología de un Código penal es la relativa a la eficacia del consentimiento del titular”,² en los delitos contra la vida no se puede obviar una toma postura acerca de tan debatida cuestión. Son estas las razones que nos impulsan a analizar, con cierto detenimiento, los

criterios político criminales sobre los que se estructuran, en el ACP 1992, los delitos que atentan contra el bien esencial de la vida humana independiente. No obstante, y antes de entrar en dicho análisis desearíamos hacer algunas precisiones.

Desde nuestro punto de vista, la configuración de los diferentes tipos penales en la Parte Especial de un Código ha de estar presidida por la idea de que todo el orden jurídico — y, por lo mismo, también el orden jurídico penal — desempeña una función esencialmente protectora de bienes e intereses constituidos. Por tanto, el contenido de injusto de las diversas infracciones penales se ha de determinar, únicamente, por la medida o el grado en que dichas infracciones violan tales bienes o intereses; o lo que es lo mismo, por la medida en que violan el objeto de protección de la norma, pudiendo consistir los ilícitos penales en lesiones efectivas de los bienes jurídicos protegidos o en meras puestas en peligro de tales entidades valorativas.³ Así las

*El presente texto se corresponde con el de la conferencia impartida en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (España), el día 9 de abril de 1992, dentro del curso “Política Criminal y Reforma Penal”, organizado, conjuntamente, por dicho Colegio de Abogados y el Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

cosas, en los delitos que son objeto ahora de nuestra atención, el injusto específico de las diversas infracciones habrá de venir determinado por la lesión del bien jurídico en ellos protegido, que no es otro sino la vida humana del ya nacido⁴⁻⁵, injusto cuyo contenido no admite graduación alguna, pues la vida o se suprime en términos absolutos o no se suprime, pero no se puede matar más o menos, según los casos. Con ello lo que queremos expresar es que las diversas figuras de delito sobre las que se estructura, en nuestro Código penal vigente y en el ACP 1992, la protección penal de la vida humana independiente comparten, necesariamente, un idéntico tipo de injusto, cuyo contenido se concreta en ese "matar a otro" del tipo genérico (homicidio), debiendo buscarse el fundamento de cualquier variación cuantitativa de la respuesta penal sobre presupuestos que nada tienen que ver con el núcleo esencial de tal injusto.

2. Dicho lo anterior, señalaremos que el ACP 1992 ha variado sustancialmente, respecto de lo que es la legislación vigente, la configuración esencial de los delitos contra la vida humana independiente. Las características fundamentales de tal variación se concretan, en primero lugar y de forma más llamativa, en la desaparición, como tipologías delictivas con sustantividad propia respecto del homicidio, de los delitos de parricidio e infanticidio. En segundo lugar, el nuevo texto suprime la premeditación y la inundación, el incendio, el veneno y el explosivo como circunstancias cualificativas del delito de asesinato (art. 143). En tercer lugar, y de acuerdo con lo que ha sido durante años el criterio jurisprudencial más extendido de nuestro Tribunal Supremo, se amplía el concepto de la alevosía como circunstancia cualificativa del asesinato, ampliación que se opera por la nueva redacción que esta circunstancia tiene en el capítulo de las agravantes genéricas

(art. 21, circunstancia primera).⁶ Además, y esto sería en cuarto lugar, el nuevo texto propuesto por el Gobierno introduce una cláusula específica de agravación calificada de la pena para cuando en un asesinato concurren dos o más agravantes genéricas (art. 144). Por otra parte, en quinto lugar, el ACP 1992 viene a regular, de una forma matizadamente diferente a la de ahora, la llamada participación y auxilio ejecutivo al suicidio, rebajando su penalidad relativa (es decir, por comparación a la del homicidio no consentido) y excluyendo de la punición las formas de simple complicidad (art. 147, núms. 1, 2 y 3). Finalmente, y quizás dentro del capítulo de novedades más importantes, el ACP 1992 introduce, por primera vez y de forma expresa, una tipificación penal para de alguna de las formas de la eutanasia consentida (art. 147, núm. 4).

Aparte de ello, la nueva regulación rebaja sustancialmente las penalidades — especialmente en el caso del asesinato —, tipifica expresamente la conspiración, la proposición y la provocación para cometer los delitos de homicidio o asesinato y regula, también de forma expresa, las modalidades de causación imprudente de la muerte. Estas últimas son novedades todas ellas impuestas como consecuencia de los nuevos criterios político criminales que rigen el texto del ACP 1992 y que, entre otras cosas, diseñan un sistema en el que se rebajan, de forma general, las penalidades abstractas de la Parte Especial, se suprime la punición genérica de los actos preparatorios, sustituyéndose ésta por la punición específica en algunos delitos y se deroga, igualmente, la vieja fórmula de la cláusula general o abierta para el castigo de la imprudencia, introduciéndose, en su lugar, una tipificación expresa de las diversas tipologías imprudentes.

3. La desaparición, como figuras delictivas con propia sustantividad, de

los delitos de parricidio e infanticidio es, en cierta medida, un fenómeno legislativo esperado y ansiado por la mayoría de la doctrina penal,⁷ que además -en lo que al parricidio se refiere- tendría su parangón en Códigos penales tales como el alemán, el holandés, el suizo o el austriaco. Ambas figuras, cada una por diversas razones, son objeto de severas críticas, habiéndose cuestionado, su propia constitucionalidad.

Y es que, efectivamente, tratar de justificar o de fundamentar convincentemente la existencia del parricidio como figura autónoma, independiente, con sustantividad y respuesta penal propia y notoriamente agravada, respecto del homicidio no es tarea en absoluto sencilla.⁸ En alguna otra ocasión⁹ hemos podido poner de manifiesto que, desde una concepción predominantemente objetiva del injusto como la que preconizamos, el fundamento agravatorio del parricidio no se puede hallar sino en esa especie de doble conciencia de lo injusto, evocada por Torio Lopez,¹⁰ que supone desatender el mandato de respeto a la vida, desvinculándose además de las exigencias espirituales inmanentes a la relación parental. Porque, el bien jurídico que se lesiona en el delito de parricidio es la vida y el grado en el que ésta se lesiona es el absoluto. Por ello, no es posible afirmar, en sede de injusto, que matar a un pariente comporte una mayor lesión o un mayor ataque al bien jurídico que matar a un extraño,¹¹ o que comporte un más fácil acceso a la lesión del bien jurídico¹² o que comporte un ataque a otros bienes jurídicos añadidos al bien jurídico vida. Ni siquiera por la vía de considerar que, además de un delito contra la vida, el parricidio sea un delito contra la familia.¹³ En tal sentido, el fundamento agravatorio del parricidio frente al homicidio radicaría en una mayor culpabilidad, en el mayor reproche que se le dirige al sujeto que mata al pariente, pero siendo dicho ataque estructuralmente

idéntico a éste; es decir, teniendo un idéntico tipo de injusto.

Ahora bien, si esto es así, y si, por tanto, la relación de parentesco en el parricidio se configura como una característica objetiva de la culpabilidad (o una característica de la culpabilidad formulada de modo objetivo por el legislador),¹⁴ lo que el legislador está de esa manera estableciendo es una presunción *iuris et de iure* de una culpabilidad más grave; basta con comprobar la existencia del vínculo consanguíneo o conyugal, y su conocimiento por parte del sujeto activo, para que se presuma, de forma indestructible, que éste es más culpable que quien, sin más, mata a otro. El legislador se excede así, notoriamente, de sus funciones al elevar a la categoría de presunción, que no admite prueba en contrario, algo (la mayor culpabilidad) que debería de acreditarse en el transcurso del proceso penal; máxime cuando tal presunción parece contradecir las conclusiones de la investigación empírica en el campo del parricidio, conclusiones que más bien apuntan a que el parricidio se presenta "como hipótesis de criminalidad por crisis o por conflicto, con contenido de culpabilidad atenuado, asimilable materialmente a los llamados estados pasionales por la doctrina clásica".¹⁵ En tal sentido, pues, la propuesta legislativa del ACP 1992, de dejar que el parentesco juegue, en todo caso, como circunstancia de agravación general, allí donde tenga sentido que ello así sea, es un acierto que hay que aplaudir.

Otro tanto cabe decir de la desaparición del infanticidio, aunque aquí los argumentos sean de signo un poco diferente. Su existencia como figura delictiva privilegiada respecto del homicidio resulta hoy ya, a todas luces, casi imposible de justificar. Si se pretende fundamentar en la existencia de un *menor injusto*, es decir, una menor gravedad del ataque a la vida en aquellos

casos en que el sujeto activo obra movido por la defensa del horror de la madre, tal fundamentación, desde la perspectiva de las valoraciones que el Derecho penal de un estado social y democrático de Derecho debe de realizar sobre los bienes jurídicos, no puede ser de recibo, pues la salvaguarda del honor, en un conflicto entre éste y la vida, nunca puede justificar una disminución tan notoria de las barreras defensivas del Derecho penal como la que se da en el infanticidio. Si, por el contrario, se pretende fundamentar, como nosotros hemos hecho en alguna otra ocasión,¹⁶ en la general presunción que establece el legislador de que la defensa del honor represente, para determinados agentes (madre y abuelos maternos), una situación mental tal que les haga merecedores de un menor reproche, entonces habría, primero, que poner en cuestión el que tal suposición sea acertada, debiendo exigirse, en todo caso, la expresa prueba de ello en cada caso concreto, sin que sea posible aceptar una apreciación automática del privilegio; y, segundo, habría, igualmente, que objetar el hecho de que tal suposición se ciña únicamente a los supuestos de defensa del honor y no se refiera a otras situaciones anímicas por las que pueda pasar la madre en los momentos posteriores al parto.

Lo más acertado, pues, es lo que hace el texto del ACP 1992, que es suprimir la figura y dejar, en todo caso, que las reglas generales de atenuación de la pena concurren a resolver cada caso en particular.

4. El delito de asesinato, aún cuando sufre notables variaciones en su tipificación, pervive como figura autónoma, con sustantividad propia respecto del homicidio. Las dos principales modificaciones que ha introducido el legislador del ACP 1992 han sido la desaparición de la premeditación como circunstancia cualificativa

del asesinato e, igualmente, la supresión como cualificadoras de tal ilícito penal de las antiguas circunstancias de inundación, incendio, veneno y explosivo. Desde lo que han sido las exigencias doctrinales, en relación con la figura del asesinato, la desaparición de la premeditación como circunstancia cualificadora de la figura que hoy integra el contenido del art. 406 del Código penal vigente ha de ser considerada un verdadero acierto. En primero lugar, y como ha señalado, por ejemplo Bacigalupo,¹⁷ porque las posibilidades de encontrar un criterio de diferenciación clara entre el dolo y la premeditación, una vez se ha abandonado la vieja idea de que la premeditación exige una "frialidad de ánimo",¹⁸ son escasas. Por otra parte, son de sobra conocidas las críticas históricas que notables autores le dirigieron a la premeditación como circunstancia cualificativa del asesinato, bien porque se la tachó de concepto muy inseguro (von Liszt), bien porque se afirmó que es posible realizar un hecho con deliberación previa y no ser, sin embargo, objetable el motivo (Holtzendorff), bien porque se dijo que una noción que, como la premeditación, radica en hechos internos, no susceptibles de prueba objetiva o inmediata por el juez, no es adecuada para trazar la diferencia entre homicidio y asesinato (Stooss).¹⁹ Por lo demás, y como ha señalado entre nosotros Torio Lopez,²⁰ la premeditación puede ser el significante de una base psicopatológica incompatible con su estimación como culpabilidad definitivamente agravada.

Por lo que se refiere a la desaparición de la llamada circunstancia de "medios catastróficos" (la inundación, el incendio, el veneno y el explosivo), igualmente, y como en el caso de la premeditación, ésta ha de ser considerada acertada. Porque si el fundamento de su existencia, en el Código penal, como circunstancia cualificativa de dicho delito estriba en

el peligro que tales medios pueden ocasionar para la generalidad de los individuos,²¹ este peligro puede ser ya suficientemente valorado, a través del uso de los mecanismos concursales, mediante la aplicación al caso de otras figuras delictivas, como las de incendio, daños, estragos, etc., que concurrirán en su aplicación junto con la del delito de homicidio.

El legislador del ACP 1992 ha ampliado, igualmente, el concepto de alevosía en el capítulo de las circunstancias agravantes genéricas, lo que inmediatamente repercute en la definición del asesinato cualificado por dicha circunstancia. En efecto, el nuevo concepto de alevosía que se incluye en el art. 21, circunstancia primera, del texto propuesto por el Gobierno contiene una referencia expresa a los supuestos en los que el hecho se comete sobre persona absolutamente indefensa, referencia que no se contiene, sin embargo, en la vigente definición del art. 10, circunstancia primera. Con ello, el legislador de lo que puede ser nuestro futuro Código penal ha tomado claramente postura en favor del criterio jurisprudencial en el largo debate surgido entre éste y los criterios por el contrario puestos de manifiesto por la doctrina científica.

El Tribunal Supremo, en una reiteradísima jurisprudencia²² ha venido entendiendo tradicionalmente que dentro del delito cualificado por la alevosía es posible distinguir tres hipótesis o modalidades: el asesinato *proditorio*, caracterizado por el acecho, la celada, la trampa o la emboscada; el asesinato *à leve*, de ejecución o perpetración súbita e inesperada, desencadenándose la agresión de modo repentino e instantáneo, imprevisible e imprevisto por el ofendido; y, finalmente, el asesinato *alevoso* en el que el agresor ejecuta el hecho aprovechándose de la especial situación de desvalimiento o de indefensión en el que

se halla la víctima, situación que no ha sido provocada por el sujeto activo. Sobre tales premisas, el Tribunal Supremo no ha tenido inconveniente en considerar como alevosa la muerte de niños, ancianos y enfermos indefensos o personas desvalidas por estar privadas de razón o de sentido. Tal doctrina jurisprudencial es fruto de una consideración de la alevosía como circunstancia mixta, aunque de carácter predominantemente objetivo, consideración que parece ahora haber sido aceptada por el legislador del ACP 1992.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el que el legislador haya utilizado una descripción objetiva para plasmar un determinado *animus* no significa que el sentido de la agravación sea de criterio objetivo.²³ La razón de ser de esta agravación radica en una actitud determinada del sujeto que trasluce un ánimo cobarde, una más firme voluntad de asegurar la lesión, a toda costa, y sin menoscabo para él, del bien jurídico y, por lo mismo, trasluce un mayor menosprecio por el propio bien jurídico.²⁴ Así contemplada —subjetivamente—, la alevosía no concurrirá, por falta del necesario elemento anímico que exige del sujeto la inequívoca voluntad de llevar a cabo la muerte asegurándose de cualquier defensa, en aquellos casos en los que éste no haya buscado expresamente tal situación, cual es el caso de la muerte de niños, ancianos o personas privadas de razón o de sentido.

Con la propuesta legal que se hace en el ACP 1992 entendemos que se desnaturaliza el verdadero sentido de la alevosía agravante o, cuando menos, como circunstancia de cualificación del delito de asesinato —y por ello mismo entendemos que tal propuesta es rechazable—, máxime en un momento de discusión doctrinal en el que más de un autor rechaza que la alevosía, como tal, deba ser una circunstancia de cualificación del asesinato.²⁵

5. El ACP 1992, dentro de lo que es una de sus propuestas más novedosas, por una parte, ha tipificado de forma matizadamente diferente a como lo hace ahora el Código vigente, la participación y el auxilio ejecutivo al suicidio y, por otra, ha introducido, por primera vez, una fórmula legislativa expresa para reprimir penalmente determinadas especies de eutanasia.

El problema de la punición penal de la participación y el auxilio ejecutivo al suicidio, o el de la punición de determinadas formas de eutanasia, pasa ineludiblemente por una previa reflexión acerca de cuáles sean los límites constitucionales a la disponibilidad de la propia vida. De esta forma, si se considera que la vida es un bien indisponible o irrenunciable, y que su protección ha de tener carácter absoluto, al margen de cuál sea el interés o la voluntad del propio titular, entonces habrá que aceptar, sin cuestión, que el consentimiento en este terreno es irrelevante y que se debe castigar cualquier forma de ejecución o de participación en actos tendentes a poner fin a una vida humana, aunque sea con el consentimiento del sujeto pasivo, pudiendo equipararse la penalidad de estos supuestos a la que se impone en los actos de ejecución o de participación en un delito de homicidio no consentido. Sin embargo, si parte de la idea de que la vida es un bien renunciabile o disponible por parte de su titular, habrá que reflexionar acerca de cuál deba ser la naturaleza y eficacia del consentimiento en esta cuestión y de cuáles los límites a la punición de los comportamientos de ejecución o de participación en actos suicidas o eutanásicos, no resultando ya tan fácil justificar la existencia de preceptos como el vigente art. 409 del Código penal, al menos en los términos en los que éste está ahora redactado.

No es esta la primera que tenemos la oportunidad de exponer nuestro pensa-

miento acerca de todas estas cuestiones,²⁶ pero lo vamos a intentar resumir en unas breves líneas. Comenzaremos por decir, que, en nuestra opinión, de la Constitución española de 1978 no se puede deducir ni el carácter absoluto de la protección a la vida ni el de su indisponibilidad. Es cierto, y nada hay que objetar a ello, que el derecho a la vida del art. 15²⁷ tiene el sentido de una garantía frente al Estado, que debe proteger y respetar ésta,²⁸ pero lo que no podemos compartir es que de dicho precepto se pueda deducir, de una parte, que el carácter de dicha protección sea absoluto y, de otra, que el sujeto no tenga la libre disposición sobre su propia vida.²⁹ El derecho a la vida reconocido en el art. 15 de la Constitución se encuentra indisolublemente ligado con el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10³⁰ del mismo texto constitucional. Es más, como ha señalado nuestra doctrina constitucional³¹, la *dignidad de la persona* es “el núcleo desde el que irradian su proyección los valores constitucionalizados”, entrañando dicho concepto —el de dignidad de la persona—, “el reconocimiento de una esfera de la vida de los individuos que debe ser regulada y protegida para que el hombre pueda realizarse”; o si se quiere, expresado en otros términos, “la esencia de los derechos y libertades radica en el libre ejercicio de la personalidad, en el pleno despliegue y perfeccionamiento de la persona humana como racionalidad y como sociabilidad”, de forma que “la regulación de tales derechos y libertades ha de respetando su esenciabilidad en el sentido indicado”.³² Pues bien, dentro de esa esfera de libertad debe entrar, sin ninguna duda, el derecho a la disposición del propio cuerpo y de la propia vida, porque si la vida se tutela no es a causa de su valor social, sino como presupuesto de la participación del individuo en el

sistema social; lo que se están tutelando son "las condiciones mínimas de la propia libertad, las cuales posibilitan al individuo participar o no en el sistema social".³³ Y es que, además, la irrenunciabilidad del derecho a la vida sólo se puede justificar desde concepciones utilitaristas o colectivistas, o desde posiciones morales muy determinadas que, normalmente, a su vez, se apoyan en principios utilitaristas o colectivistas.

En resumen, pues, de nuestra Constitución lo que realmente parece deducirse es el derecho que toda persona tiene a la libre disposición de la vida.³⁴ No obstante, dada la inmensa importancia del bien jurídico al que ahora nos estamos refiriendo —la vida—, así como la gravedad que implica el acto de disposición del mismo, y dada la ineludible obligación que tiene el Estado de proteger la vida, lo que sí debe hacer éste es establecer una regulación de la prestación del consentimiento y unos límites a la eficacia del mismo. De tal forma que el Estado, por una parte, puede exigir que el sujeto para disponer libremente de su vida sea plenamente consciente de la trascendencia y gravedad del acto que realiza y, por otra, puede limitar la eficacia justificante del consentimiento hasta el punto de no ofrecer cobertura a determinadas intervenciones de terceros en el libre acto del suicidio.

Lo primero excluiría la posibilidad de considerar como libre el acto suicida de un menor o de un incapaz, pudiendo en estos casos el Estado proteger la vida, incluso, en contra de la voluntad de su titular. Lo segundo nos podría llevar a la conclusión de que, aunque el Estado no puede ni debe imponer el respeto a la propia vida, manteniéndola indemne aún en contra de la voluntad de su titular, sí que podría, sin embargo, obligar a los individuos a respetar la vida *ajena*, prohibiendo determinados comporta-

mientos que, por parte del tercero no titular de la vida, suponen una efectiva lesión de la vida ajena, aún con el expreso deseo de su titular. Esto convertiría en punibles, directamente, los llamados comportamientos de auxilio ejecutivo al suicidio.

Ahora bien, la imposición del respeto a la vida *ajena* podría, igualmente, convertir en punibles comportamientos que no son de ejecución directa de la muerte, sino de participación, no ejecutiva, en una conducta suicida ajena. Nos referimos, en concreto, a aquellos comportamientos que, de facto, implican una interferencia en la libre formación de la voluntad suicida ajena, bien porque hacen surgir esta voluntad allí donde antes no existía (inducción), bien porque impulsan o determinan *definitivamente* (cooperación necesaria) una voluntad suicida preexistente. Y esto es así porque son estos los únicos supuestos en los que —a nuestro entender— se puede decir que la libertad interna del acto suicida no es total o absoluta, ya que la decisión suicida viene determinada o motivada "desde fuera", contribuyendo, por tanto, el tercero decisivamente a la lesión del bien jurídico.³⁵

Este mismo criterio es el que parece haber aceptado el ACP 1992, porque, a diferencia del texto vigente, excluye de forma expresa la punición de los supuestos de mera complicidad, o complicidad no necesaria, en un suicidio ajeno, castigando, eso sí, la inducción (art. 147.1) y la cooperación necesaria (art. 147.2). Por lo demás, el legislador del texto prelegislativo parece ser consciente del menor reproche que ha de merecer quien coopera en actos de participación o de auxilio ejecutivo en un suicidio ajeno que quien lo hace en un homicidio no consentido, porque la penalidad abstracta de aquéllos actos se rebaja respecto de la prevista para el homicidio.

Lo que, sin embargo, no se justifica suficientemente es el porqué de castigar con una pena más grave la inducción que la cooperación, cuando en la Parte General del ACP 1992 ambas conductas están equiparadas a formas de autoría y se castigan igual, con la pena que les corresponde a los autores.

Ya para concluir nos referiremos a la nueva tipificación que se introduce en el art. 147.4 del ACP 1992, y que pretende abarcar el castigo de determinadas formas de eutanasia consentida, desplazándose, por tanto, en estos supuestos la posible aplicación de la cooperación necesaria o el auxilio ejecutivo al suicidio y rebajándose sustancialmente la pena respecto de estas figuras. Las formas de eutanasia consentida que parecen querer abarcarse expresamente por el novedoso precepto son, sin ninguna duda, las de *eutanasia activa directa*;³⁶ es decir, aquellas en las que se realiza un comportamiento expresamente dirigido a causar la muerte de un enfermo terminal o de una persona con graves e insoportables padecimientos permanentes. Más dudoso es si el ACP 1992 pretende, igualmente, recoger los supuestos de *eutanasia activa indirecta*, es decir, aquellos supuestos en los que la aplicación de determinados medios terapéuticos causarían, con alta probabilidad, la muerte. Con la opinión de otros autores,³⁷ entendemos, que estos son supuestos en los que el comportamiento, por ejemplo, del médico que suministra el calmante, esencialmente para aliviar el dolor, no es típico y deben de quedar excluidos de la punición, pues la conducta no va encaminada a causar activamente la muerte, aunque esta se asuma como consecuencia, más o menos inevitable, del tratamiento. Mas bien parece que en estos casos el médico, cuando esta muerte aparece como inevitable en el horizonte o los dolores

resultan absolutamente insoportables, lo que hace es cumplir con su obligación al suministrar los medicamento que alivian el dolor y su conducta, por ello, ha de entenderse justificada. Finalmente, los supuestos que de forma obvia sí han quedado excluidos de la punición por la fórmula utilizada en el ACP 1992 son los de *eutanasia pasiva*, esto es, aquellos casos en los que no se adoptan medidas tendentes a prolongar la vida o en los que se interrumpe un tratamiento médico que podría calificarse de inútil.

En términos generales, la regulación que de estas formas de eutanasia consentida realiza el ACP 1992 no me parecen, desde un punto de vista político criminal, convincentes. Entiendo que el texto ofrecido por el Gobierno adolece de una gran timoratería que debería de haberse ido a una despenalización expresa de la eutanasia activa, en cualquiera de sus manifestaciones, estableciéndose las prescripciones que se entiendan deben ser oportunas para garantizar la emisión libre y espontánea del consentimiento. Pero con una solución como la que se adopta lo único que se consigue es involucrar al Derecho penal, de forma un tanto estúpida, en la dinámica de una problemática que, en ningún caso, va a ser capaz de solucionar o aminorar, sobre todo si tenemos en cuenta que la eficacia intimidatoria de la sanción penal establecida para la eutanasia consentida es muy baja. Y lo cierto es que no se comprende muy bien qué es lo que se pretende con tal norma, pues la eutanasia, como fenómeno criminal, tiene hoy por hoy una incidencia prácticamente nula. Más parece que lo que se ha pretendido es establecer una posición de principio, con fines más o menos inconfensables, pero que difícil es de predecir si puede, o en qué media puede, contribuir al debate sobre la eutanasia que, de momento, no ha hecho más que comenzar.

ANEXO

Código Penal español vigente

Art. 405. El que matare a sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado, como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor.³⁸

Art. 406. Es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.^a Con alevosía.
- 2.^a Por precio, recompensa o promesa.
- 3.^a Por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo.
- 4.^a Con premeditación conocida.
- 5.^a Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

El reo de asesinato será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo.³⁹

Art. 407. El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor.⁴⁰

Art. 408. (Sin contenido).

Art. 409. El que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide, será castigado con la pena de prisión mayor,⁴¹ si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte será castigado con la pena de reclusión menor.

Art. 410. La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, será castigada con la pena de prisión menor.⁴²

En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito.

Anteproyecto de Código Penal español de 1992

Art. 142. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

Art. 143. Será castigado, como reo de asesinato, con la pena de prisión de quince a veinte años, el que matare a

otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.^a Alevosía.
- 2.^a Por precio, recompensa o promesa.
- 3.^a Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

Art. 144. Cuando en un asesinato concurrieren dos o más agravantes genéricas se impondrá la pena de veinte a veinticinco años.

Art. 145. La conspiración, proposición y provocación para cometer los delitos de homicidio o asesinato serán castigados con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

Art. 146. 1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a tres años.

2. Cuando el homicidio imprudente fuere cometido utilizando un vehículo de motor se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir por término superior a uno y hasta seis años.

Art. 147. 1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que cooperare con actos necesarios al suicidio de una persona.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegare hasta el punto de ejecutar la muerte.

4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios a la muerte de otro, por la petición expresa y seria de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que hubiera conducido necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.

NOTAS

1. Torio Lopez, A., "Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)", en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Algunos problemas específicos*, Bilbao, 1983, p. 79.

2. Porque, no sin razón, se ha dicho que "una de las cuestiones en donde más aflora la ideología de un Código penal es la relativa a la eficacia del consentimiento del titular de los bienes jurídicos" (Lopez Barja de Quiroga, J., "El consentimiento y la esterilización de los incapaces", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 44, 1991, p. 311).

3. Véase el planteamiento metodológico y sistemático de la teoría general del delito ofrecido en Cobo del Rosal, M. y Vives Anton, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Valencia, 1990, y la concepción del injusto que en él se preconiza.

4. Se ha mantenido, en nuestra doctrina, por Bacigalupo que "aunque no sea en primera línea, ni con la misma intensidad que la vida, el delito de homicidio protege también la autodeterminación del sujeto pasivo. Tal afirmación se funda en la impunidad del suicidio establecido por el derecho vigente y presupone un objeto de protección complejo, en el que junto a la vida biológica, la autodeterminación ocupa un lugar secundario pero indudablemente relevante" (*Estudios sobre la Parte Especial del Derecho penal*, Madrid, 1991, p. 14). Esta tesis enlaza, directamente, con el criterio que este mismo autor —junto con otros— mantiene acerca de la naturaleza y eficacia del consentimiento como causa de atipicidad de la conducta. Para Bacigalupo, en el caso de los bienes jurídicos de naturaleza disponible, el auténtico objeto de protección no lo constituye sólo la integridad del sustrato material en el que éste objeto de protección se concreta (vida biológica, patrimonio, salud, etc.) sino que se integra, además, por la capacidad de dominio autónomo del sujeto pasivo sobre dicho objeto material, de modo que la mera lesión del sustrato material es irrelevante y "la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico" (*Principios de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Madrid, 1990, p. 155. Sobre toda la problemática general de la naturaleza y eficacia del

consentimiento, véase el reciente e interesante trabajo de Lopez-Barja de Quiroga, J., "El consentimiento...", cit., nota 2, pp. 311 ss.).

5. Sobre el problema de la delimitación (límites mínimo y máximo) del *objeto material* en los delitos contra la vida humana independiente, véase Cobo Del Rosal, M. y Del Rosal Blasco, B., "Artículo 407", en Alvarez García, J. y otros: *Código Penal Comentado*, Madrid, 1990, pp. 763-764.

6. El art. 10, circunstancia primera, del Código penal vigente establece que "hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido". Por su parte, el art. 21, circunstancia primera, del ACP 1992, que "hay alevosía cuando el sujeto comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, o cuando el hecho se ejecutase sobre persona absolutamente indefensa".

7. En este sentido, el ACP 1992 ha ido mucho más lejos de lo que, en su momento, fueron el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, ya que, el primero, mantuvo el parricidio en términos casi idénticos a lo que es la legislación hoy por hoy vigente (art. 157) y sustituyó la referencia al ánimo de ocultar la deshonra, en el infanticidio, por la referencia al "estado puerperal o de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento (art. 159), mientras que, el segundo, se limitó a suprimir la consideración del delito de parricidio el conyugicidio (art. 141), reproduciendo una fórmula muy similar a la del Proyecto del 1980 para el infanticidio (art. 143).

8. Véase, al respecto, Bacigalupo, E., *Estudios*, cit. nota 4, pp. 49 ss.

9. Véase Cobo Del Rosal, M. y Del Rosal Blasco, B., "Artículo 405", en *Código Penal*, cit. nota 5, pp. 741.

10. *Repercusiones*, cit. nota 1, p. 88.

11. Pues, obviamente, desde el punto de vista constitucional es inaceptable decir que la vida de un pariente "vale más" que la vida de un extraño.

12. Porque tampoco cabe decir que, en el parricidio, se protejan "reales relaciones

parentales de confianza y afecto entre las personas, y no la existencia de simples vínculos jurídicos" (Bacigalupo, E., *Estudios*, cit. nota 4, p. 51), pues la aplicación es automática, una vez se constata la relación parental y el sujeto activo conoce tal relación, al margen de cuál fuera la situación real de afecto o de convivencia entre sujetos activo y pasivo.

13. Pues, incluso, se aplica la figura del parricidio en situaciones de separación de hecho o legal (con matenimiento del vínculo) entre cónyuges, o en situaciones de ruptura absoluta de la idea de familia, como núcleo de relación y desarrollo personal y afectivo, como sucede en los casos de malos tratos conyugales y/o filiales, casos que, a menudo, acaban provocando una reacción parricida de los hijos o del propio cónyuge.

14. Véase, al respecto, Del Rosal, J., "Infanticidio (límite objetivo)", en *Estudios Penales*, Madrid, 1948, p. 205; Torio Lopez, A.: *Repercusiones*, cit. nota 1, pp. 92-93.

15. Torio Lopez, A., *Repercusiones*, cit. nota 1, p. 93.

16. Cobo Del Rosal, M. y Del Rosal Blasco, B., "Artículo 410", en *Código Penal*, cit. nota 5, p. 773; en el mismo sentido, Bacigalupo, E., *Estudios*, cit. nota 4, p. 53.

17. *Estudios*, cit. nota 4, pp. 45 ss.

18. Idea mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante muchos años (véanse, por ejemplo, las sentencias citada por Alvarez Garcia, J.: "Artículo 10, núm. 6", en *Código Penal*, cit. nota 5, p. 86), pero que ha sido rebatida por la doctrina (*Ibidem*) sobre la idea de que "la psicología ha puesto suficientemente de relieve que la existencia de ánimo frío entre la decisión y la ejecución, deriva del temperamento individual del sujeto, por lo que sería excesivo e injusto hacer depender la agravación de la pena de estados que son atributos de la personalidad psico-física, y no manifestaciones del proceso volitivo" (Sainz Cantero, J.: "Aspectos fundamentales de la circunstancia de premeditación", en *Boletín de la Universidad de Granada*, 1957-59, cit. por Alvarez Garcia, J., en *Ibidem*, p. 87).

19. Véase, Torio Lopez, A., *Repercusiones*, cit. nota 1, pp. 109-110.

20. *Ibidem*, p. 110.

21. Bacigalupo, E., *Estudios*, cit. nota 4, p. 44.

22. Véase una muestra de ella en la citada por Cobo Del Rosal, M. y Del Rosal Blasco, B.: "Artículo 406", en *Código Penal*, cit. nota 5, p. 752.

23. En este sentido, Cobo Del Rosal, M. y Vives Anton, T. S.: *Parte General*, cit. nota 3, p. 686.

24. Y es que, además, desde nuestro punto de vista, no se puede decir que el fundamento de la alevosía resida en una mayor protección de la vida de los indefensos (así, Garcia Aran, M.: *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982, p. 150; Alvarez Garcia, J.: "Artículo 10, núm. 6, *Código Penal*, cit. nota 5, pp. 69 ss.), en primero lugar, porque sería tanto como decir que la vida de éstos vale *tanto más* que la de los no indefensos como para justificar, en cualquier situación, y sea quien sea la persona que atente contra dichas vidas, diferencias cuantitativas muy sustanciales en la pena. Por otra parte, tampoco es cierto que el Código considere *más valiosas* las vidas de los indefensos, y ahí está el delito de infanticidio para demostrarlo (con más detalle, Cobo Del Rosal, M. y Del Rosal Blasco, B.: "Artículo 406", *Código Penal*, cit. nota 5, p. 750); aparte de que cómo justificar, desde el punto de vista constitucional, que "valga más" la vida e un indefenso que la vida de quien puede defenderse? Bien es cierto que esto último nos coloca frente a otro de los argumentos esgrimidos para fundamentar el mayor injusto de una muerte llevada a cabo alevosamente: la alevosía, al implicar un más fácil acceso a la lesión del bien jurídico por la utilización de medios o métodos insidiosos o clandestinos, implica un mayor contenido de injusto mayor por la debilidad a la que, en tal circunstancia, se ve sometido el bien jurídico (Alonso Alamo, M.: *El sistema de las circunstancias del delito*, Valladolid, 1982, p. 478; Torio Lopez, A.: *Repercusiones*, cit. nota 1, p. 111). Pero lo cierto es que el Derecho penal no puede desvalorizar *más* unas formas de lesionar o poner en peligro el bien jurídico, que, en última instancia, no consisten sino en lesionar *mejor* o *más certeramente* el bien jurídico o en poner *mejor* en peligro dicho bien jurídico. Si así fuera habría que castigar más la estafa llevada a cabo con el tonto que con el listo o las coacciones llevadas a cabo con el lábil que con el que tiene una fuerte personalidad.

25. Así, con una cierta ironía, Cobo Del Rosal, M. y Carbonell Mateu, J. C., en Cobo del Rosal, M. y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, 3.ª ed., Valencia, 1990, p. 543.

26. Véase, Del Rosal Blasco, B., "La participación y el auxilio ejecutivo al suicidio:

un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, II, 1987, pp. 73 ss.

27. La Constitución española de 1978 establece, en su art. 15, que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

28. Así lo ha puesto de manifiesto, Rodríguez Mourullo, G., "Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte", en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. I, Derecho Penal y Constitución, Madrid, 1982, p. 79.

29. Con más detenimiento, véase, Del Rosal Blasco, B., *ADPCP*, cit. nota 26, p. 85.

30. Este precepto establece: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

31. Sanchez Gonzalez, S., "Derechos y deberes fundamentales", en *Comentarios a la Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, t. II, Madrid, 1984, p. 33.

32. Lucas Verdu, P.: "Los títulos preliminares y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades

fundamentales", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico 2, 1979, p. 25.

33. Berdugo Gomez de la Torre, I., *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. 71.

34. En el mismo sentido, Valle Muñiz, J. M., "Relevancia jurídico-penal de la eutanasia", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 37, 1989, pp. 164 ss.

35. Con más detenimiento, en Del Rosal Blasco, B., *ADPCP*, cit. nota 25, pp. 87 ss.

36. Sobre las especies de eutanasia relevantes para el Derecho penal, conforme al texto hoy vigente, v. Valle Muñiz, J. M., *CPC*, cit. nota 30, pp. 168 ss.

37. Así, Valle Muñiz, J. M.: *CPC*, cit. nota 30, p. 183.

38. La pena de reclusión mayor es una pena privativa de libertad cuyo límite mínimo se fija en veinte años y un día y el máximo en treinta años.

39. La pena de reclusión menor en su grado máximo tiene su límite mínimo en veintiséis años, ocho meses y un día y el máximo en treinta años.

40. La pena de reclusión menor tiene su límite mínimo en 12 años y un día y su límite máximo en veinte años.

41. La pena de prisión mayor oscila entre un límite mínimo de seis años y un día y un límite máximo de doce años.

42. La pena de prisión menor oscila entre los seis meses y un día y los seis años.

DOCTRINA INTERNACIONAL

DIMENSION POLITICA DE UN PODER JUDICIAL DEMOCRATICO

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI*

Primeira Parte: Condiciones mínimas para el ejercicio democrático de la jurisdicción.

1. Poder judicial democrático. 2. La democracia en peligro. 3. Democracia para aniquilar a la democracia? 4. Del Estado de derecho "legal" vamos hacia el "constitucional" o hacia el "decretal" o de "bandos"? 5. Poder judicial? 6. La independencia judicial. 7. La imparcialidad judicial. 8. El entrenamiento profesional de los jueces. Segunda Parte: *Nuestro atraso institucional.* 9. Modelos de magistratura en el derecho comparado. 10. La selección y promoción de magistrados los modelos empírico-primitivos latinoamericanos. 11. Tendencias deteriorantes en las magistraturas empírico-primitivas. 12. La tendencia al deterioro partidizante. 13. La tendencia al deterioro degradante. 14. La tendencia deteriorante del modelo de magistratura tecno-burocrática. 15. Hacia la superación del modelo tecno-burocrático. 16. El marco histórico del surgimiento de los consejos europeos. 17. Los modelos originarios de consejos de la magistratura. Tercera Parte: *Los pasos hacia la magistratura democrática de derecho.* 18. Las enseñanzas de la comparación: el gobierno judicial. 19. Los consejos "engañosos". 20. Los argumentos "folkloristas". 21. La racionalidad del poder republicano.

Primera Parte: Condiciones mínimas para el ejercicio democrático de la jurisdicción

1. Poder judicial democrático

No habría disenso si se afirmase que no es posible una democracia sin un poder judicial democrático, es decir, sin una estructura institucional que permita el *jus dicere* (ejercicio de la jurisdicción o decisión judicial de conflictos) en forma democrática. Pero las coincidencias terminarían en el mero enunciado, pues ante la pregunta acerca de cómo debiera estructurarse un poder judicial democrático o acerca de cuál es la forma democrática de ejercer la jurisdicción, nos hallaríamos con una enorme disparidad de respuestas y, lo más curioso es que, en realidad, la mayoría de ellas no pasaría del mero nivel intuitivo.

Esto tiene su causa en que la *teoría política de la jurisdicción* en América Latina casi brilha por su ausencia, salvo muy contadas y honrosas excepciones.

América Latina presenta un caos de estructuras judiciales con instituciones copiadas a los Estados Unidos y a Europa en muy diferentes momentos históricos y generalmente deformadas por incoherentes y fatales invenciones vernáculas, al ritmo que les marcaron los intereses sectoriales y corporativos que más cerca han estado de los constituyentes y legisladores de turno, cuando no por intervenciones coyunturales y anecdóticas sin sentido especial. El resultado es un panorama poco alentador: nos hallamos con magistraturas análogas a las europeas de

* Conferencia pronunciada en el seminario sobre "Reforma Judicial en el Ecuador: (Guayaquil, 1.º 9.92).

la primera parte del siglo pasado y algunas excepciones que corresponden al nivel de las magistraturas europeas de finales del siglo pasado. La responsabilidad de este atraso institucional, por supuesto que, en primer lugar, incumbe a nuestros políticos, pero es justo reconocer que buena parte de la misma debe cargarse a la cuenta de nuestros doctrinarios.

El tremendo descuido de la teoría política y constitucional del poder judicial nos conduce a una cruel paradoja: la ciencia jurídica latinoamericana profundiza temas de derecho de fondo y procesal a niveles que en ocasiones igualan y superan los de los países centrales, pero se desentiende casi en absoluto de la estructura institucional de poder que tiene por función, precisamente, la aplicación de esos conocimientos. No menos importantes que los estudios jurídicos son las discusiones políticas acerca de las declaraciones de derechos y garantías constitucionales e internacionales y la consagración de los recursos que las protegen (como el *habeas corpus* o el amparo), pero de nada vale todo eso sin un poder judicial que lo realice.

Más aún: las propias constituciones caen en el absurdo al descuidar los capítulos judiciales, pues quiebran la regla de su primacía jurídica — de su carácter de “norma de normas” — cuando en la parte institucional no estructuran adecuadamente un poder judicial independiente, con autoridad y poder para imponerla por sobre cualquier decisión mayoritaria coyuntural parlamentaria o sobre cualquier acto o omisión arbitrarios del poder administrador.

En nuestras universidades es mínimo el tiempo que se dedica a la enseñanza de la normativa del poder judicial y en cuanto a investigación, es muy poco lo que se ha hecho en los aspectos sociológicos y en la teoría política. Investigar sociológicamente a los jueces o analizar su función desde la perspectiva política, con frecuencia se considera poco menos que un desacato.

Además, la función judicial en América Latina no tiene historia. Si bien la historia de nuestros países es rica en períodos y crítica, y hay países que tienen su historia social muy bien estudiada, no se ha investigado la función que ha cumplido la jurisdicción en cada uno de esos momentos. No sabemos cuál ha sido ésta en el “Porfiriato” mexicano, en el período revolucionario de los “generales”, en el de los “licenciados”, etc. Tampoco disponemos de un estudio que nos explique su protagonismo en el Brasil imperial, en la República “Velha”, en el “Estado Novo”, en la dictadura, etc. En el caso de Ecuador no tenemos un análisis de su función bajo García Moreno, con el “Alfarismo”, en el período posterior hasta 1944, bajo el “Velasquismo”, etc. Y es muy difícil tener claridad acerca de la jurisdicción en el momento actual, como acerca de cualquier fenómeno de poder político, si no se conocen los momentos de luz y sombra que lo gestan, porque los fenómenos de poder no “nacen de incubadora”, sino que se gestan históricamente y del mismo modo se explican. La historia no es una colección de hechos pasados, sino una visión de la gestación de los hechos presentes, que nos permite su comprensión.

Creemos que hoy hay bastante acuerdo acerca de que los discursos no deben interpretarse sólo a la luz de lo que dicen, sino también — y a veces fundamentalmente — a la luz de lo que callan, o sea, en su función frente a la realidad, como develación y ocultamiento simultáneos. Desde esta dimensión interpretativa contextual, la escasa referencia latinoamericana a la función jurisdiccional resulta altamente significativa. La teoría latinoamericana teorizó un *deber ser* omitiendo la teorización de la institución que *lo debe hacer*.

En el plano ideológico-político también la reflexión sobre la función jurisdiccional fue omitida. Por lo general, los políticos latinoamericanos del *establishment* (o de los sucesivos

stablishments) han tratado de instrumentar o de utilizar a la función jurisdiccional o, al menos, de lograr que ésta no oponga obstáculos al ejercicio de su poder. Como es lógico, cualquier desarrollo de la teoría política del judicial fue visto por ellos con desconfianza, como una tentativa de limitar su poder, siempre empeñado en cálculos inmediatistas. Pero por el otro lado, los contestatarios, los ideólogos de la izquierda latinoamericana, también han contribuido a ese silencio, porque al agotar su crítica en personas o al afirmar dogmáticamente que la jurisdicción y el derecho en general constituyen una "superestructura ideológica", han despreciado la reflexión sobre el tema.

El caso más demostrativo de la enorme pobreza ideológico-política sobre la jurisdicción lo proporciona el instrumento más importante que se ha producido en los últimos años en la región, como expresión de un fenómeno político altamente positivo y alentador. Nos referimos a los acuerdos de Chapultepec, que pusieron fin a once años de guerra civil en El Salvador. Pues bien: en ese instrumento hay sólo media página referida a la jurisdicción, en términos vagos e imprecisos, que poco o nada proponen.

De este modo, llegamos a la conclusión de que la teoría política de la jurisdicción no se desarrolló, porque nadie tuvo interés en ella: las derechas porque la querían manipular, las izquierdas porque la consideraban inútil y los doctrinarios porque tenían temas que eran más "rentables". Si lo dijésemos en términos económicos, el tema no tuvo mercado en América Latina.

2. La democracia en peligro

No obstante, nadie detiene la historia y, conforme lo afirman los funcionalistas, las cuestiones a decidir pueden pasar de órganos políticos o administrativos a

judiciales y viceversa, según convenga a un sistema en un cierto momento. De este modo, la solución de un conflicto puede transferirse del plano político-administrativo o legislativo, al judicial, pero no creemos que esto suceda siempre porque dentro del "sistema" allí se resuelve mejor — como parecería pretenderlo Luhmann —, sino que con frecuencia se lo transfiere porque se sabe que allí no se lo resuelve.

Nuestros políticos, de todas las ideologías — y allí incluimos a los militares, que por décadas fueron responsables políticos-tratan de manipular, utilizar o despreciar a la jurisdicción, pero al mismo tiempo, con su clásica ductilidad manipuladora, cambian bruscamente el discurso y proclaman su irrestricto respeto a la jurisdicción cuando consideran que es conveniente en esa coyuntura derivarle un problema político o social, que no tiene solución o que la solución que se le podría deparar afectaría a su clientelismo político. Estos problemas derivados son con frecuencia bienvenidos por los mismos jueces, que en su ingenuidad política se consideran protagonistas importantes y creen que de este modo refuerzan su imagen pública. Lo cierto es que, como bien lo percibían los políticos — mucho más hábiles que los jueces en estas lides — los jueces no pueden resolver el problema y, cuando esto se hace manifiesto, los políticos se encargan de denostar a la jurisdicción, destrozar su imagen pública, aprovechar la ocasión para aniquilar cualquier resistencia dentro de ella y someterla aún más a sus designios de momento. El más claro ejemplo de este fenómeno es el reciente caso peruano.

Estos mecanismos no pueden tomarse en consideración como meras escaramuzas anecdóticas o coyunturales, aunque los políticos y aún algunos juristas se queden en semejante superficialidad, sino que es *uno de los caminos más cortos para debilitar y aniquilar a nuestras*

democracias. Ante la falta de una jurisdicción que imponga mínimamente la supremacía constitucional y que opere con cierto grado de eficacia en la decisión y solución de conflictos, cada vez serán menos los obstáculos al ejercicio arbitrario del poder, las mayorías coyunturales y los políticos se burlarán cada día más de los límites constitucionales a su poder, no habrá un acotado espacio de juego democrático, sino una selva de disputas con cualquier medio y a cualquier precio, la demagogia y la irracionalidad triunfarán cada día más sobre la racionalidad y la serenidad, y nuestras débiles democracias serán cada día más dictaduras en envase democrático, hasta acabar despreciando la forma y, lo que es más grave aún, hasta que los mismos pueblos desprecien a las democracias, porque en su experiencia histórica concreta no la perciban más que como una máscara encubridora de la arbitrariedad. Las palabras también se "gastan", y es muy grave cuando por abuso se gasta la palabra "democracia".

Por otra parte, una justicia deteriorada resulta inútil en su aspecto de servicio, porque no sirve para resolver los conflictos. El consiguiente desprestigio afecta seriamente las posibilidades de desarrollo económico, porque sin seguridad no hay inversión, salvo que se compense la inseguridad derivada con un margen de renta mayor, lo que favorece al capital pirata y especulativo en detrimento de la inversión productiva y razonable.

Este problema sólo muy mínimamente puede compensarse con mecanismos de tipo arbitral, alternativos a la jurisdicción. Si bien tales mecanismos son prácticos y útiles, no pueden suplir toda la función jurisdiccional, especialmente frente al Estado y, además, convierten a la jurisdicción en el receptáculo inútil de los conflictos que afectan a las clases medias y que no pueden acceder a los mecanismos alternativos.

Creemos que de este modo hemos subrayado suficientemente que el debate sobre la jurisdicción no es periférico de lo político, sino que es nuclear, que forma parte de la centralidad de la problemática política latinoamericana en este momento, como que es vital para sus democracias.

3. Democracia para aniquilar a la democracia?

El escaso desarrollo teórico y un alto grado de confusión que proviene de la misma situación política de la Revolución Francesa, tienen por efecto extraer de ese contexto ciertos argumentos, convirtiéndolos en proverbios que confunden a muchas personas, incluso muy perspicaces en temas difíciles.

Lo que se diga acerca de la magistratura y la Revolución Francesa no es comprensible si no se conoce cómo era la situación borbónica que se proponían revertir. Usualmente se afirma que la jurisdicción estaba sometida al poder real, lo que no es verdad, porque el poder real estaba muy limitado por el poder de los llamados "parlamentos", que peleaban por su competencia — que era fuente de ingresos — todo lo cual había generado un caos de competencias y jurisdicciones. Se trataba de un ejercicio de poder que competía con el real y lo superaba, dejándolo reducido a las causas de interés político, pero que desorientaba al usuario del servicio. Esta era la situación que la Revolución Francesa quiso revertir, haciendo del juez un funcionario estatal, sometiendo por completo su función al poder del Parlamento y prohibiéndole toda interpretación que no fuese exegética y creando la casación como forma de corregir a los jueces que se apartaban de la letra de la ley. La ficción dominante era que la ley "hablaba" por la boca de los jueces.

Es obvio que con el Imperio, no le fue difícil a Napoleón consolidar una magistratura vertical, piramidal, en la que los jueces debían limitarse a consagrar la voluntad imperial. De este modo, la verdad histórica es que lo que suele atribuirse a los Borbones es napoleónico y, paradójicamente, el modelo bonapartista de poder judicial verticalizado y jerarquizado, burocratizado, es el que cundió en Europa en el siglo XIX.

De este contexto se han extraído frases hechas y proverbios que, fuera de marco, no hacen otra cosa que introducir confusión. Entre éstos, uno de los más ridículos es la famosa bandera de la "dictadura de los jueces". Pocas frases son tan absurdas frente a la realidad latinoamericana, donde los jueces tienen tan poco poder, en razón de su escasísima y paupérrima independencia, que es ridículo que se pretenda teñir cualquier tentativa de reivindicación de la independencia judicial con la amenaza de una dictadura. Históricamente, además, no se conoce ningún caso de "dictadura de los jueces".

Por una vía análoga circula el sonsonete del "origen aristocrático de los jueces", aunque parece provenir del contexto británico, donde la observación es más frecuente y relativamente fundada. La resistencia a reconocer la independencia judicial en función del supuesto origen "no democrático" de la magistratura es tan insustancial, que se responde observando que los jueces pueden o no tener origen "aristocrático" o "no democrático", dependiendo eso claramente de cuál sea el sistema que se instrumente para su selección y promoción.

Como producto de esta confusión y de la reiteración de estos y otros proverbios, cobra cuerpo a veces la observación de que la jurisdicción no podría tener a su cargo el control de

constitucionalidad de las leyes, especialmente cuando se trata de un control centralizado que hace perder fuerza a la ley, pues se trataría de una función netamente política.

Aunque la discusión acerca de la naturaleza del control de constitucionalidad pueda ser atendible — pese a que en ocasiones se torna bastante bizantina — esto no autoriza a sostener la innecesidad o inviabilidad de un mecanismo de control constitucional de las leyes por medio de un cuerpo independiente. Justamente esta posición fue sostenida por Carl Schmitt en los años veinte, afirmando en plena época pre-nazi que el custodio de la constitucionalidad de las leyes no era el *Reichsgericht*, sino que la Constitución de Weimar debía ser custodiada por Hindenburg, el presidente de la República. En este aspecto fue Schmitt el gran contradictor de Kelsen en cuanto a la necesidad de implementar el control constitucional sobre el modelo que hoy es corriente en Europa continental. La posición autoritaria de Schmitt es ampliamente conocida y no requiere demostración. (Últimamente se ha sostenido que después de ser el *Kronjurist* del *Dritte Reich* fue marginado por su falta de ortodoxia, pero esto no pasa de ser el fenómeno usual con cualquier intelectual de cierto nivel de abstracción puesto al servicio de una dictadura, cuyas elaboraciones jamás pueden ser lo necesariamente dúctiles para permitir su constante adecuación a las mutables arbitrariedades del régimen).

La tesis de Schmitt en su versión folklorista latinoamericana se responde, simplemente, observando que a nadie que detente el poder se le puede asignar la función de controlar su propio poder, porque ello implica concederle un poder ilimitado. Una república —y con más razón una república democrática— consiste, en última instancia, en un sistema de controles recíprocos, y la pretensión

de que el control sea "auto-control" es un mesianismo contrario a la condición humana y a la competitividad intrínseca a la naturaleza de la actividad política. Sin control constitucional de las leyes, la constitución alcanza el máximo de flexibilidad, que se identifica con su desaparición material. Esto lo decía en 1803 el famoso Chief Justice Marshall en el no menos famoso y citado "Marbury vs. Madison": "O bien la Constitución es una ley de superior importancia, invariable por medios ordinarios, o bien está al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y es alterable cuando a la legislatura le place hacerlo. Si fuese verdadera la primera parte de la anterior alternativa, un acto legislativo contrario a la Constitución no sería una ley; si la segunda parte fuese verdadera, entonces las Constituciones escritas serían absurdas tentativas del pueblo por limitar un poder ilimitable por naturaleza".

Si desde Marshall el argumento de Schmitt está respondido, no es admisible la invocación de la democracia para aniquilar a la democracia. Una república democrática requiere de instituciones que preserven su constitución de las decisiones de mayorías coyunturales. No vale aquí la invocación de ejemplos extraños a nosotros como el británico, pero nos vemos obligados a mencionarlo, porque suele invocárselo en medio de esta confusión argumental: la verdad es que, si bien en Inglaterra no existe propiamente una constitución escrita, hay una tradición más firmemente arraigada que un texto escrito y, por ende, más rígida que muchas constituciones que hacen alarde de tales. En nuestros sistemas de constitución escrita e inflexible, si no se dispone de un sistema que garantice su hegemonía con un adecuado control de constitucionalidad de las leyes y de cualquier acto u omisión del poder, la constitución es un simple papel sin importancia.

4. Del Estado de derecho "legal" vamos hacia el "constitucional" o hacia el "decretal" o de "bandos"?

Es alarmante comparar el curso institucional de América Latina con el de Europa. En líneas generales, las últimas décadas nos están mostrando que los países europeos culturalmente más próximos a nosotros van marchando del Estado de derecho "legal" al Estado de derecho "constitucional", quedando relegado el anterior a un modelo de pre-guerra. Las cortes constitucionales, partiendo del modelo de Kelsen para Austria, con mayores o menores retoques, dieron vida a una copiosa jurisprudencia constitucional que impulsa y dinamiza la actividad legislativa. Alemania, Italia, España, Portugal, Austria, etc., se han encaminado decididamente en este sentido, para no mencionar sino algunos ejemplos que no son discutibles.

América Latina, lamentablemente, parece encaminarse en dirección opuesta. Por efecto de las leyes delegadas en los estados de excepción y también por el constante avance de los poderes administradores que, incluso fuera de esos estados de emergencia, tienden a legislar por decreto cuestiones de clara competencia parlamentaria, aunado a la endeblez política de la jurisdicción y a su dependencia y pauperismo, puede afirmarse que en América Latina el estado de derecho "legal" tiende a degradarse en estado de derecho "decretal" o de "bandos", con algunas aisladas excepciones, como Costa Rica. Sea esto dicho con la salvedad de que no estamos muy seguros acerca de si un Estado "decretal" o de "bandos" puede ser muy Estado de "derecho".

5. Poder judicial?

Cabe preguntarse si es correcto hablar hoy de "poder judicial", pues se ha puesto seriamente en cuestión esta de-

nominación y, lo que es peor, se confunde la discusión sobre la denominación con su contenido material y político. En la doctrina francesa — Duguit y Hauriou principalmente — sostuvieron que no se trata de un “poder” y hoy se postula la sustitución del “poder judicial” por el “servicio judicial”.

Preferimos no caer en simplismos ni en disputas innecesarias: que el “judicial” sea un “poder” o que no lo sea, depende de qué se entiende o de cómo se define un “poder”. Por otra parte, aunque se sostenga que se trata de un “servicio” o de una “función” — como pretenden otros —, será un servicio o una función que, por sus particularidades, presupone la *imparcialidad*, porque sin ella, es decir, sin un ente “supra partes”, que decide, no hay *judicialidad*, y la imparcialidad sólo puede instrumentarse mediante la *independencia*, que necesariamente importa un ámbito de *poder público*. No se trata, pues, de una cuestión de palabras, sino de una cuestión material.

Lamentablemente, la cuestión formal o de palabras se tornó material en algunos países de la región y comenzó a hablarse de “función” o de “servicio” y de “división de funciones” en lugar de “división de poderes”, con la intención de someter a los jueces a los poderes políticos y principalmente a los ejecutivos. El fenómeno fue propio de los países en que arraigó más la llamada “doctrina de la seguridad nacional”, pero superó a la misma y la sobrevivió. Fuera de ese contexto y de esa ideología y de sus secuelas, hablar de “función” y de “servicio” en lugar de “poder” es una cuestión de definiciones previas, pero en el fondo existe y no puede negarse una cuestión de “poder”.

Lo que creemos que es necesario reafirmar sólidamente es que hablando de “poder”, de “función”, de “servicio” o de cualquier otra cosa, esto no puede ser un pretexto ni una racionalización

para limitar la independencia de los jueces, porque debe existir un ámbito de poder que se deriva de una independencia, en razón de que esa independencia es necesaria para imparcialidad y, sin imparcialidad, no hay jueces y, sin ellos, no se concibe ninguna “función” ni ningún “servicio” que pueda llamarse “judicial”. Si la cadena conceptual “poder, independencia, imparcialidad, jueces” se quiebra, la disyuntiva estará entre un poder, función o servicio “judicial” o una rama burocrática de funcionarios parcializados que realizan sumisamente lo que otros poderes les ordenan.

6. La independencia judicial

Lo lamentable también es que la propia “independencia” judicial suele convertirse en una expresión hueca, casi un *slogan* que se asocia inmediatamente a lo “judicial” sin preocuparse mucho por su contenido. En cuanto se procura profundizar el mismo, suele incurrirse en contradicciones derivadas de la complejidad de la idea misma de “independencia judicial”.

No nos detendremos aquí en las múltiples clasificaciones que se han intentado para clarificar el concepto de “independencia judicial”. No obstante, al menos una de ellas resulta inevitable: la que distingue entre independencia “externa” e “interna”. La independencia *externa* es la que garantiza al magistrado su autonomía respecto de poderes ajenos a la propia estructura institucional judicial; la independencia *interna* es la que le garantiza su autonomía respecto del poder de los propios órganos de la institución judicial.

En líneas generales, puede afirmarse que un juez independiente — o quizá un “juez” a secas — no puede ser un empleado del poder ejecutivo o del poder legislativo, pero tampoco puede ser un empleado de la corte o tribunal supremo.

Un poder judicial no es una rama más de la administración y, por ende, no es admisible que sea una corporación jerarquizada en la forma de un ejército. La independencia jurídica del juez — especialmente en América Latina — presupone la independencia del ejecutivo, pero poco se ha observado respecto de la igualmente necesaria independencia del juez respecto de los órganos colegiados del propio poder judicial. No obstante, ambas formas de independencia son necesarias para posibilitar la independencia moral del juez, es decir, para dotar a éste del espacio necesario para resolver conforme a su entendimiento de la ley y del derecho. La independencia moral no la puede imponer el derecho, porque es personal, pero la debe posibilitar el derecho.

La lesión a la independencia interna suele ser de mayor gravedad que la lesión a la independencia externa, al menos en la práctica. En efecto: el ejecutivo y los políticos suelen tener interés sólo en ciertos conflictos, pero los cuerpos colegiados que imponen una dictadura interna, suelen usar su poder para satisfacer sus rencores personales, sus intereses palaciegos, su egolatría, sus mezquinos intereses y cuestiones que se tornan análogas a las intrigas de cualquier oficina pública.

La independencia interna sólo puede garantizarla una magistratura en la que se reconozca que todos los jueces son en principio iguales y que las únicas diferencias que median entre ellos son las derivadas de sus distintas funciones en razón de las distintas asignaciones de competencia. Esta magistratura "horizontal" se opone frontalmente a las magistraturas verticalizadas, cuyos modelos más perfectos los brindan, originariamente, la magistratura napoleónica y, modernamente, la magistratura fascista.

Creemos que bastan estas consideraciones para demostrar que una magistratura independiente no puede estar

compuesta por personas que dependan del poder ejecutivo (que no merecerían el nombre de jueces, sino de empleados públicos) y tampoco por personas que dependan del órgano supremo del judicial (que tampoco merecerían el nombre de jueces, sino el de amanuenses del órgano supremo).

7. La imparcialidad judicial

El juez requiere independencia — externa e interna — para ser imparcial, es decir, para poder ser un tercero sobre las partes y, por ende, para ser juez. Pero por regla general esta imparcialidad tampoco es bien comprendida, pues suele identificársela con una imagen estereotipada del juez concebido como una persona sin ideas y desvinculada de los problemas de su comunidad, es decir, lo que alguna vez hemos llamado el "juez aséptico" y que algún autor ha satirizado como el "juez eunuco".

Está claro que el juez no puede responder a las órdenes o conveniencias de un partido político, pero esto no significa que el juez no sea un ciudadano, que no tenga un sistema de ideas, una comprensión de la realidad, una concepción del mundo. No sólo no hay juez que no la tenga, sino que no hay hombre que no la tenga, por simple que sea. El "juez eunuco", realmente, es una ficción absurda, una imagen inimaginable, una imposibilidad de hombre, una aberración humana.

Cómo garantizar la imparcialidad por parte de hombres que, como tales, son "parciales"? Es la vieja paradoja de Carnelutti. Y por cierto que en un sistema autoritario esto sería imposible, aunque, como es lógico el sistema autoritario no se preocupa por la imparcialidad de sus jueces; por el contrario, le molesta la imparcialidad y demanda parcialidad. Sin embargo, en una democracia — que es a la que realmente le interesa la imparcialidad — ésta se logra a través del pluralismo

ideológico propio de la misma, es decir, cuando la estructura de la magistratura es tal que permite la disparidad de ideas, el debate interno, las tensiones propias de los diferentes modos de concebir al mundo y al derecho.

En la democracia no hay otra forma de imparcialidad que la que resulta del pluralismo y del control recíproco entre los distintos agrupamientos espontáneos dentro de su estructura. Más aún: diríamos que ésta es la única garantía de imparcialidad, por lo cual, sin democracia, no hay imparcialidad y tampoco judicialidad.

El juez ideológicamente "aséptico" no es más que una construcción artificial, un producto de retorta ideológica, un homúnculo que la realidad no admite. Lo que la triste realidad nos ofrece cuando se promueve este estereotipo, son jueces que pretenden ser imparciales cuando en realidad son altamente subjetivos y arbitrarios, porque partiendo de la tesis de que sus criterios son "objetivos", lo que hacen es pretender imponer a todos sus valores subjetivos, o bien, esta promoción engendra jueces que se entrenan para ocultar su ideología o que se acostumbran a sostener puntos de vista incompatibles, según la marcha y el ritmo de los intereses de turno. No son jueces sin ideología, sino jueces que ocultan su ideología o que asumen públicamente cualquier ideología, lo que no sólo es sumamente peligroso, sino también denigrante para la persona y para su derecho humano a la identidad.

8. El entrenamiento profesional de los jueces

Hasta aquí hemos destacado la necesidad de la independencia judicial como presupuesto para su imparcialidad, lo que equivale a su judicialidad. No obstante, hay un presupuesto elemental e indispensable en una magistratura profesional (que es de la que estamos

hablando aquí): su nivel técnico o entrenamiento profesional. Históricamente, como veremos, es un requisito que se cumplimentó antes de perfeccionar su independencia.

La magistratura debe cumplir una función y prestar un servicio, ambos con una importante función política y social, pero básicamente debe hacerlo en forma técnica. El puro título habilitante profesional no puede ser el requisito que califica para cualquier función judicial. Como toda función que requiere un alto grado de profesionalidad, la función judicial debe estructurar-se en forma tal que las personas con más alta calificación técnica tengan acceso a ella. A nadie se le ocurre que cualquier médico sea jefe de cualquier servicio hospitalario ni que practique intervenciones de alta complejidad. Si esto sucede con la salud, no hay razón para suponer otra cosa en la magistratura, donde se trata de seleccionar a profesionales que tendrán en sus manos la libertad, el honor y el patrimonio de los ciudadanos, e incluso su salud y su vida, que muchas veces dependen de la correcta solución jurídica de sus conflictos.

El concurso público de antecedentes y oposición es el único procedimiento democrático conocido para seleccionar los candidatos técnicamente más calificados para cualquier función que requiere un alto grado de profesionalidad. Es el único método que garantiza el control público y que si bien no garantiza siempre que accedan los mejores, por lo menos excluye con certeza a los peores.

Por otra parte, es el procedimiento que impulsa la superación de los niveles jurídicos del país: impulsa la emulación, la investigación y la producción jurídica, etc. Nadie investigará ni perderá sus horas y sus años en estudios jurídicos, cuando sabe que eso no sirve para litigar (en razón del bajo nivel técnico de la judicatura) y que tampoco sirve para acceder a la función judicial.

El concurso público de antecedentes y oposición, como procedimiento eminentemente democrático, tiene los mismos defectos de la democracia y puede deformarse y defraudarse como a ésta: hay deformaciones fraudulentas de los concursos, como las hay de la democracia, pero lo importante será evitar los fraudes (nadie pretende suprimir las elecciones populares porque las haya habido fraudulentas) y reducir sus defectos, porque tal igual que aquélla, hasta ahora no conocemos un sistema mejor.

El concurso, como cualquier otro procedimiento democrático, ha sido objeto de críticas falaces. Entre las más corrientes, suele afirmarse que el juez, además de conocimientos jurídicos, requiere "dotes de personalidad y honestidad", que el concurso no garantiza. En principio, y además de que esas dotes no las garantiza hasta hoy ninguno de los métodos de selección arbitrarios que se vienen practicando (y a las pruebas me remito en toda la región), cualquier función pública de origen popular requiere dotes de honestidad y personalidad, comenzando por los presidentes y los legisladores, y, sin embargo, esas dotes no las garantiza la elección popular, sin que por ello se le ocurra a nadie — salvo a los críticos de la democracia, es decir, a los totalitarios — proponer que se renuncie a la elección popular para elegir a los presidentes y a los legisladores. Todo esto sea dicho, sin contar con que una persona puede ser sumamente prudente y honesta, pero no puede ser juez si no sabe derecho.

La deshonestidad es una falta en la conducta funcional de los jueces que debe ser corregida mediante los procedimientos de remoción adecuados, pero nada tiene eso que ver con la garantía que requiere el usuario y la propia democracia, de que el juez tenga un elevado nivel técnico-jurídico. Cualquiera protestaría ante la autoridad escolar que calificase como deficientes los cono-

cimientos de su hijo por faltas de disciplina. La misma lógica debe regir en la selección de los magistrados.

La otra forma de entrenamiento profesional de magistrados es la llamada "escuela de la magistratura". En la medida en que la mencionada "escuela" tenga por función perfeccionar a los jueces que acceden por concurso a la magistratura y en materias que no se impartan en los cursos de grado y de posgrado de las universidades, las creemos necesarias y útiles. Pero si esas "escuelas" pretenden reiterar o suplir lo que ya hacen las universidades o lo que éstas pueden hacer, nos parece que a la postre conduce a un "ghetto" judicial que tiende a entrenar a los jueces en una carrera cerrada que ya hoy no se recomienda ni para los sacerdotes ni para los militares.

El entrenamiento de los jueces debe ser básicamente jurídico y, como es obvio, debe ser provisto fundamentalmente por las universidades, siendo los concursos públicos de antecedentes y oposición abiertos a todos los profesionales en cualquier orden de tribunal en que se produzca la vacante que se quiere cubrir, puesto que la magistratura no puede ser un estamento cerrado o elitizado. Todo ello sin perjuicio de que una "escuela judicial" pueda completar el entrenamiento en materias específicas: organización judicial, reglamentos, manejo administrativo, de personal, de presupuesto, etc.

Suele observarse que el requerimiento de nivel técnico para el ingreso a la magistratura tiene el inconveniente de presuponer un largo y costoso proceso de aprendizaje que sólo pueden pagar las personas de estratos sociales acomodados. En una democracia hay becas y otras formas de estímulo a la superación técnico-jurídica que si bien no neutralizan diferencias sociales que son estructurales, son útiles para acortarlas, permitiendo que personas de menores recursos puedan acceder también a ese entrenamiento.

Segunda Parte: *Nuestro atraso institucional*

9. Modelos de magistratura en el derecho comparado

Si dejamos de lado modelos de magistratura que por su tradición son muy extraños a nosotros y que presentan sus problemas especiales (básicamente el modelo británico y el de elección popular de los jueces), podemos decir que entre los países en cuya tradición jurídica se inscriben los nuestros (sistema continental europeo) es dable distinguir *tres modelos básicos* de magistratura que, a su vez, constituyen también *tres estadios de la evolución política* de la magistratura: a) Magistraturas *empírico-primitivas*; b) Magistraturas *tecno-burocráticas*; y c) Magistraturas *democráticas de derecho*.

a) En las *magistraturas empírico-primitivas* la arbitrariedad selectiva no garantiza ningún nivel técnico mínimo, como no sea el que se desprende del mero título profesional habilitante y de algunos requisitos formales. El resultado de este modelo — que corresponde a un primer estadio o momento de organización política de los países —, cuando se prolonga en el tiempo, es la inseguridad jurídica, la total falta de estímulo al progreso jurídico, el empobrecimiento de la cultura jurídica del país, la inadecuación del país para inversiones responsables y con rentas razonables y, en general, el empobrecimiento del Estado de derecho. El marco jurídico general, en efecto, corresponde a un Estado de derecho “legal” (en el mejor de los casos) contendencia deteriorante.

b) En las *magistraturas tecno-burocráticas* el proceso de selección de los jueces tiene ciertos recaudos que garantizan un nivel técnico mínimo. Esta garantía puede ser *debil* o *fuerte*; es *debil* cuando la ley o la tradición imponen un “escalafón” interno (entre-

namiento predominantemente burocrático) y es fuerte cuando por imperio legal se impone un sistema de concurso público de antecedentes y oposición o bien el egreso de una “escuela” (con los inconvenientes que señalamos para esta última forma de selección).

Su efecto general es impulsar la profundización de la investigación jurídica exegética, con escaso nivel de crítica y de abstracción constructiva. Corresponde en general al modelo de Estado “legal” de derecho (que aún no alcanzaron el nivel de los modernos Estados constitucionales de derecho). No obstante, en el caso de la garantía fuerte del mínimo técnico, revela un considerable grado de consolidación institucional en el país.

La garantía debil tiene la desventaja de privilegiar por regla general el aspecto burocrático en detrimento del técnico y, en caso de responder sólo a pautas legales (no constitucionales) y más aún cuando están impuestas por mera tradición, se halla constantemente sometida al riesgo de un retroceso a la etapa empírico-primitiva.

Cabe señalar que si bien el modelo tecno-burocrático es muy superior al empírico-primitivo, tiene el inconveniente de corresponder a una estructura jerarquizada de la magistratura, de tender a una “carrera” muy militarizada y, por ende, de lesionar la independencia interna del juez (generalmente, si bien la promoción dentro de la “carrera” jerarquizada al estilo militar es por concurso, éstos son controlados por los “superiores”).

c) En las *magistraturas democráticas de derecho*, además del aseguramiento del nivel mínimo técnico-jurídico asegurado mediante garantía fuerte (concurso público de antecedentes y oposición), se satisface mucho más ampliamente la independencia (interna y externa) de los jueces mediante la transferencia del gobierno del Poder Judicial a un órgano

diferente del ejecutivo y del supremo judicial, integrado en forma equilibrada por una mayoría de jueces que representan a todos sus colegas y una minoría de juristas independientes designados por la representación popular.

Se trata de un modelo que quiebra la jerarquización militarizada de la magistratura de modelo bonapartista, la horizontaliza, opera un formidable fortalecimiento de la independencia interna y, al mismo tiempo refuerza la independencia externa, evitando la elitización del judicial y admitiendo la intervención de la representación popular.

Este modelo correspondiente a democracias fuertes y desarrolladas, con Estados constitucionales de derecho que promueven el avance del conocimiento y cultura jurídicos, mediante la integración teórica de los principios constitucionales y generales del derecho.

En líneas generales, puede observarse que el modelo empírico-primitivo fue superado en Europa a fines del siglo pasado (los jueces españoles son designados por oposición desde 1870 y los italianos desde 1890, por ejemplo). En América Latina, el único caso de garantía fuerte de profesionalidad lo hallamos en Brasil. Existen otros modelos tecnoburocráticos — con garantía débil —, pero en general, predomina el modelo empírico-primitivo con algunas tendencias a lo tecnoburocrático. En cuanto a los modelos de magistraturas democráticas de derecho, corresponden a la última posguerra europea y no existe ninguna magistratura latinoamericana que haya alcanzado ese estadio.

10. La selección y promoción de magistrados en los modelos empírico-primitivos latinoamericanos

Hemos visto que la independencia (externa e interna), la imparcialidad y la capacidad técnica son los tres pilares en que se asienta el buen funcionamiento de la jurisdicción.

En el modelo empírico-primitivo, por definición, falta el último, pues la selección de los jueces no responde a ningún procedimiento que lo garantice. Las nominaciones, por ende, son arbitrarias y provienen de fuentes de poder que, por sus características, afectan la independencia externa o la independencia interna o ambas.

a) *Nominación política*: En la región hallamos algunos sistemas de designación política pura, en que las nominaciones pueden provenir del poder ejecutivo, del poder legislativo o de facultades convergentes de ambos poderes.

b) *Co-optación*: Otro procedimiento de nominación, minoritario en la región, es la nominación por el órgano supremo del poder judicial, que también llena sus propias vacantes.

c) *Nominación mixta*: El órgano supremo del judicial es nominado políticamente y los jueces de segunda y primera instancia son nominados por co-optación por el órgano supremo, o bien los de segunda instancia por el supremo y los de primera instancia por los de alzada.

Estas formas de nominación dentro del modelo empírico-primitivo, van acompañadas por variables que es menester tomar en cuenta a la hora de diagnosticar las falencias de cualquier magistratura en concreto, puesto que pueden agudizar o morigerar las características propias del modelo empírico-primitivo o lesionar en mayor o menor medida la independencia judicial. En este sentido es necesario tener en cuenta:

a) Si la nominación es vitalicia o por periodos (inamovilidad relativa) y, en este último caso, si los periodos son más o menos prolongados (en caso de periodos muy cortos puede considerarse cancelada la garantía de inamovilidad).

b) Si la remoción por inconducta es política o si radica en el órgano supremo y, en cualquier caso, de qué garantías está rodeada (la primera afecta la independencia externa, la segunda la interna

y la medida de las afectaciones la proporciona el grado de indefesión del juez, que puede llegar a la cancelación de la garantía de inamovilidad).

c) Si los respectivos órganos políticos o supremos son asistidos por algún órgano técnico (generalmente llamados "consejos", pero que nada tienen que ver con los "consejos", del modelo democrático de derecho) o si se prescinde de cualquier intervención técnica. (Esto permitirá saber si se incorporan algunos elementos del modelo tecnoburocrático o si es un modelo empírico-primitivo más puro).

Esta clasificación nos muestra claramente que en los modelos empírico-primitivo no sólo se afecta el nivel técnico-jurídico por no garantizarse ningún procedimiento selectivo racional que lo preserve, sino que, en concreto, es un modelo que lesiona gravemente la independencia interna y externa de los jueces. Las vareables referidas son simples indicadores del grado de lesión a la misma.

En cuanto al sistema de *nominación política*, tarde o temprano desemboca en la designación de personas que son más adictas o simpáticas a los políticos de turno. Provoca los inevitables y consabidos "agradecimientos" a quienes promovieron la nominación o bien la nominación tiene lugar condicionada por acuerdos previos, cuando no con el especial encargo de resolver favorablemente ciertos casos planteados o inminentes.

En el mejor de los casos provoca la nominación de personas incompetentes o que han tenido la habilidad de disimular su ideología o su personalidad gris (pasar desapercibidos por su mediocridad).

La *nominación por co-optación pura* elitiza al poder judicial, desembocando en la "familia judicial", destruye toda independencia interna de la magistratura, el juez queda sometido a los criterios superiores y la función jurisdiccional

queda en definitiva en manos de una corporación jerarquizada que tiende a hacerse hereditaria. Es posible que tenga cierto nivel técnico superior al de mera nominación política (por auto-conservación de la propia elite), pero no produce jueces independientes ni imparciales, sino que tiende a producir jueces elitistas, clasistas, prejuiciosos, alejados de la comunidad y de sus problemas, refractarios a cualquier innovación progresista. La función jurisdiccional termina congelándose y cualquier creatividad se erradica.

La *nominación mixta* (política y por co-optación) tiene la rara virtud de reunir los inconvenientes — o la mayor parte de los inconvenientes — de ambos sistemas combinados. El poder judicial termina desapareciendo, porque los jueces son meros empleados de las cortes o tribunales supremos, es decir que nos hallamos con un órgano supremo designado conforme a las simpatías e intereses de turno y un conjunto de empleados sumisos o despedidos.

11. Tendencias deteriorantes en las magistraturas empírico-primitivas

Hemos visto que existen *tres modelos básicos o estructurales de magistraturas* (empírico-primitivo; tecnoburocrático; y democrático de derecho), que son también tres estadios en la evolución política de las magistraturas dentro de la tradición jurídica europeo continental. Hemos destacado que la mayoría de las magistraturas latinoamericanas corresponden al modelo empírico-primitivo, estadio que fue superado en Europa continental en el siglo pasado, y que la única magistratura tecnoburocrática con selección fuerte es la brasileña. En estas magistraturas empírico-primitivas de América Latina hemos destacado que la selección no democrática (no realizada por la vía del concurso público del oposición y antecedentes) se lleva a

cabo por vía *política*, por vía de *co-optación* o por *combinación* de ambas y que los caracteres empírico, primitivos se marcan más o menos según que la movilidad y la dependencia sean más o menos acentuadas.

Resulta de este modo que, dentro del modelo empírico-primitivo hay magistraturas que responden a distintas realidades que, a su vez, condicionan en las personas que las integran, diferentes *grados* y *formas* de *deterioro personal*, de *deterioro de la imagen pública* y de *deterioro de la auto-percepción o auto-estima*.

Ahora bien: el modelo *tecno-burocrático* también tiende a generar deterioro en los tres sentidos mencionados, que es el *juez burocratizado*. Como los modelos reales rara vez se dan en sus formas puras y dentro del modelo empírico-primitivo existen grados de profundización de sus caracteres propios, hay algunas magistraturas empírico-primitivas que por atenuación de sus características estructurales provocan cierto grado de burocratización: el deterioro en forma de burocratización tiende a aumentar en la medida en que disminuye la acentuación de los caracteres empírico-primitivos. Por el contrario, en la medida en que los caracteres empírico-primitivos se marcan más, predomina el deterioro en la forma de *partidización directa* o bien en la forma de *degradación*. De allí que:

a) En los modelos empírico-primitivos se combinan en cierta medida tres formas de deterioro de la imagen pública, de la auto-percepción y de la personalidad de los jueces: la partidización directa y la degradación, con cierto grado de burocratización, que si bien es un deterioro propio del modelo *tecno-burocrático* penetra en el modelo empírico-primitivo en la medida en que éste debilita sus caracteres.

b) En los modelos *tecno-burocráticos* tiende a predominar el deterioro en forma de burocratización. En estos

modelos, en la medida en que se debilitan sus caracteres propios y se refuerza la selección fuerte, tienden a aparecer algunos caracteres de jueces democráticos de derecho, aunque no predominen. La selección fuerte y la elevación del nivel técnico da lugar a que varios jueces inquietos rechacen las pautas burocráticas y se custionen su función, aspirando a mayores niveles de integración de los principios generales y de perfección del Estado de derecho.

A estas alturas de nuestra exposición debemos formular una aclaración: una institución es una estructura de poder que se reproduce, es decir, que "cra sus pichones", los entrena y modela sus actitudes e imagen. Se trata de estructuras de poder que, como cualquiera, tienden a internalizarse mediante un sistema de "matricería humana" y, por lo tanto, en el caso del judicial, generan "estilos de jueces". Por supuesto que como el hombre es un ente complejísimo por excelencia, no siempre la "matricería" tiene éxito. De este modo surgen las excepciones y los héroes, a veces callados y anónimos y otras conocidos y contestatarios. Pero los héroes no abundan en ningún lado y las instituciones no pueden modelarse sobre su imagen, porque perderían sentido los altares y los monumentos. En el grueso de los casos la "matricería" resulta y los disidentes permanecen como excepción o son directamente marginados o expulsados, según sea el grado de poder vertical o de militarización de la institución.

Es cierto que las instituciones hacen los hombres, pero una vez hechas, son éstas las que hacen a los hombres, los modelan y reproducen. Resulta harto ridículo el espectáculo de políticos que se rasgan las vestiduras criticando a los jueces, cuando son ellos los que permiten o sostienen — con tal de nombrar a sus amigos o parientes — estructuras institucionales que condicionan para la incapacidad técnica, para la dependencia

y para la parcialidad, cuando no para la corrupción y la domesticación. No están haciendo más que criticar la obra de su glotonería de poder inmediato.

Es necesario reflexionar esto, para obviar las críticas puramente personales, que, por justificadas que sean, no conducen a nada y menos a impedir la reproducción del fenómeno. Si se pretende resolver el problema, lo que debe hacerse es impulsar la institución en el sentido de su progreso político mundial. No pretendemos que exista una fatalidad, una "matricería perfecta", porque no sería verdad. Pero no es menos cierto que así como la familia patológica tiende a gestar un niño que será un adulto patológico, así como los padres que imparten continuamente órdenes contradictorias a sus hijos tienden a generar esquizofrénicos, así como las familias autoritarias tienden a generar personalidades autoritarias o desquiciadas, las instituciones o los cuerpos con poder tienden a generar personas con características acordes con las pautas que se derivan del poder o de la forma de ejercerlo o evitarlo. Por ello es ridícula la crítica de los políticos a "los jueces que tenemos", como si los jueces proviniesen de Laponia o llegasen en OVNI, como si no fuesen un producto de la sociedad y de su poder, y si los políticos demagogos lo único que pretenden es dominarlos y controlarlos, tenerlos sometidos y obedientes, son los que menos autoridad tienen para quejarse cuando no responden a sus intereses o protagonizan algún escándalo del que el político, por puro clientelismo, pretende alejarse. Si nuestros políticos, en lugar de sus bajos intereses corporativos e inmediatos o de sus poco claros intereses personales o profesionales, asumiesen su responsabilidad de conductores sociales demostrando que no están incapacitados para algo más que pensar en el poder y le ventaja inmediata, los jueces serían diferentes porque las ins-

tituciones los moldearían de modo diferente.

En una sociedad nadie nace por generación espontánea: ni los jueces, ni los policías, ni — por cierto — que tampoco los políticos. Si cada uno de ellos tiende a ser como es, es porque así tiende a moldearlo la institución en que se enrolan, con las excepciones que toda matricería humana reconoce, para bien o para mal, y que son las que impulsan la dinámica.

12. La tendencia al deterioro partidizante

Se trata, como hemos dicho, de una de las formas del deterioro de la imagen pública, de la persona y de la auto-percepción y autoestima, propias del modelo empírico-primitivo de magistratura, caracterizada por el sometimiento directo a los dictados cambiantes del poder político o de grupos de presión política. Su forma más pura se observa en las dictaduras en que, además del servilismo y de la obsecuencia, se demandan expresiones ideológicas de identificación expresa. Fuera del contexto dictatorial estas expresiones suelen tener menor importancia, cobrando primordial sentido el acatamiento a las instrucciones para resolver los conflictos que interesan al poder o a los grupos profesionales vinculados al poder. En general, fuera del contexto dictatorial la partidización directa tiende a combinarse con la degradación.

Cabe acotar que no siempre una dictadura se maneja con una magistratura de modelo empírico-primitivo. En Europa las dictaduras de entre-guerras se encontraron con magistraturas tecnoburocráticas y se manejaron con ellas. La menor docilidad de estas magistraturas de estadio medio de evolución política determina que las dictaduras traten de reforzar el verticalismo, asegurarse el dominio de las cúpulas y

crear tribunales especiales (orden público, seguridad pública, etc.). Algo parcialmente parecido tuvo lugar en Brasil con la dictadura militar.

13. La tendencia al deterioro degradante

Esta forma de deterioro se caracteriza por una notoria caída de las remuneraciones, que coloca a los jueces en situación de límite de necesidad, genera un amplio espacio para la corrupción y, en definitiva, provoca un proceso de selección inverso, porque van sobreviviendo los más corruptos y los más inhábiles para ganarse la vida fuera de la función. La corrupción — en éste como en cualquier otro ámbito — es un claro factor de sometimiento incondicional al poder, o sea, que es funcional al reforzamiento de la dependencia, dado que el corrupto es siempre más vulnerable al poder. Se trata de una estructura que corresponde al deterioro que generalmente se hace padecer a las policías, a las que se les paga mal, instigándolas de este modo a corromperse y, además, corrompiéndose se hacen más vulnerables y son sometidas más férreamente al poder de turno, denunciando o removiendo a quienes son renuentes en el acatamiento servil y diligente de las instrucciones impartidas.

Sin duda que se trata de un modelo que fomenta actitudes personales tan deterioradas que prácticamente hace a los que las sufren irrecuperables para el ejercicio de la función. No es posible en este caso hablar de ideologías, porque simplemente son actitudes que si no caen en la tipificación penal, deambulan por los bordes de la misma. Las variables son múltiples, porque la degradación no conoce límites. Se proyecta la imagen pública deteriorada del juez corrupto, que pasa a integrar un estereotipo popular y, por ende, a devolverse hacia todo el grupo con el consiguiente

abatimiento de quienes resisten al condicionamiento institucional y la constante agresión a sus reparos morales.

14. La tendencia deteriorante del modelo de magistratura tecno-burocrática

En la medida en que una magistratura es menos empírico-primitiva y más tecno-burocrática, disminuyen las otras tendencias deteriorantes y aumenta la tendencia al deterioro por burocratización. El modelo tecno-burocrático garantiza un nivel tecno-jurídico mínimo, pero no garantiza la independencia judicial. La burocratización es, justamente, una reacción defensiva frente a la subordinación o dependencia, sea interna o externa. En el condicionamiento de esa actitud operan varios y dispares factores, como son la jurisprudencia obligatoria formal, el peligro en la estabilidad funcional o movilidad, la promoción o “carrera”, el ataque político, la injuria y la difamación, las sanciones administrativas, las presiones políticas, los “consejos” policiales, etc.

El mecanismo de defensa que llamamos “burocratización” consiste en la asunción de un ritualismo que lleva a cumplir de modo reiterativo, obsesivo y sumiso con las mismas formas, olvidando por completo los contenidos u objetivos de la función.

Las actitudes que estos marcos de poder generan en los jueces frustan cualquier originalidad, anulan su creatividad, carecen de impulsos para perfeccionarse, terminan perdiendo interés en cualquier cosa que pueda sacarlos de la rutina y en definitiva denostándola, el tema salarial asume la centralidad de sus discursos, etc.

Para ahorrarse conflictos y sobrevivir les es necesario ocultar su ideología o hacer alarde de la que no comparten y, en el fondo, cuando han internalizado completamente las actitudes burocrati-

zantes, terminan por no tener más ideología que un sistema de defensa que les permite subsistir dentro del marco institucional en que se hallan insertos. Con el paso del tiempo y el progreso del deterioro personal que estas actitudes condicionan, pueden llegar a los tribunales cupulares y desde ellos orientar el proceso reproductor de las mismas actitudes condicionantes de rol. La imagen pública que proyectan y reproducen es la del juez "aséptico", a que ya nos hemos referido.

Dentro de este marco o modelo de magistratura es posible hallar jueces en los que aún las pautas burocratizantes no se han internalizado completamente, otros que todavía ofrecen ciertas resistencias a las mismas y, por último, los que ya padecen una asunción del rol difícilmente reversible y altamente peligrosa, incluso en términos de salud mental.

La supervivencia de quienes no internalizan completamente la burocratización depende del grado de arbitrariedad para la remoción y ascenso que permita el sistema, aunque siempre son candidatos a la desertión, salvo que el sistema sea tan abierto que posibilite la evolución hacia un modelo democrático de derecho.

Aunque en las estructuras con tendencia burocratizante interesan más las actitudes que las ideologías, siempre existe la tendencia a ocultar las últimas, aunque esto da lugar a fenómenos que merecen mencionarse. Para la estructura burocratizante, por lo general no se considera una manifestación ideológica toda aparición pública que identifique o refuerce la pertenencia del juez al *establishment*, en tanto que lo es cualquier otra aparición pública considerada como "desubicada": reuniones con opositores, vínculos con el sindicalismo, contactos o participación en grupos progresistas, en manifestaciones artísticas criticables por los sectores mojigatos, etc. En

general, el burócrata, cuando debe exteriorizar su ideología porque no le resta alternativa, tiende siempre a harcelo hacia las posiciones más elitistas y reaccionarias o antidemocráticas, no por ideología, sino por las dudas, aunque sin pecar de exageración peligrosa.

Esta actitud de "fascista moderado por las dudas" que asume el burócrata ha dado lugar a que se extienda el estereotipo y se afirme, como una verdadera fatalidad, que "los jueces son conservadores". Esto es totalmente falso en dos sentidos: a. En principio, no puede identificarse una actitud de resistencia a cualquier cambio con "conservadorismo", que suele ser una posición política respetable como cualquier otra. b. En segundo lugar, la resistencia al cambio y el ocultamiento de lo que se piensa — si es que se piensa — bajo el citado "fascismo moderado por las dudas", no es más que el resultado del condicionamiento de la actitud burocratizante, es decir, que es parte del mecanismo de defensa inconsciente que se le hace introyectar dentro de este modelo de magistratura. Toda burocracia es resistente a cualquier cambio progresivo, porque el comportamiento obsesivo y reiterativo sólo la habilita e incluso condiciona los lideratos a la reiteración de lo mismo, lo que se coloca en peligro con cualquier alteración de sus pautas. Jamás puede confundirse esto con una auténtica ideología conservadora.

Cabe acotar que el juez burocratizado sufre una fuerte agresión a su identidad que, en muchos casos, no puede dejar de observarse en el forma de grave neurosis con serias consecuencias orgánicas. Existe en el caso una grave violación del derecho humano a la identidad. La imagen "aséptica" que alguien, como vimos, la ridiculiza como la imagen del "eunuco judicial", también hemos visto que es imposible, que es una aberración humana, pero lo cierto es que resulta estereotipada y le es

devuelta por los mecanismos de interacción social que hoy son bastante conocidos. En definitiva, el mismo interaccionismo simbólico nos explica la tendencia que todos tenemos a asumir los roles que se nos demandan conforme a los estereotipos y a responder positivamente a esas demandas, lo que es altamente peligroso en este y en otros casos, para la propia salud, pues se termina sin poder acallar totalmente la culpa que genera no ser lo que nadie puede ser.

Si bien es cierto que en los modelos tecno-burocráticos con selección fuerte tienden a darse estos perfiles en forma más pura, también es verdad que la fortaleza de la selección y el parejo fortalecimiento de los vínculos verticales internos genera situaciones conflictivas generadoras de reacciones que impulsan a la asunción de actitudes del modelo democrático de derecho. El propio reforzamiento de la "matricería" burocratizante impulsa a la superación del modelo.

No obstante, puede suceder lo contrario, cuando por razones ajenas a la misma magistratura tecno-burocrática, el modelo tiende a deteriorarse hacia el modelo empírico-primitivo, o bien, cuando en un modelo empírico-primitivo con caracteres debilitados, se refuerzan los caracteres empírico-primitivos. En tales casos, no es raro hallar algunas situaciones simbióticas de deterioro burocratizante y de partidización directa, que suelen ser más peligrosas que los productos separados de ambos deterioros. El juez burocratizado que por presión del poder político se ve obligado a identificarse externamente con una ideología sectaria, pierde la seguridad que le brindaba su "asepsia" burocrática y en algunos casos hay quienes procuran compensar esa inseguridad con una verdadera radicalización ideológica sectarista y con muestras externas de obsecuencia, ser-

vilismo y obediencia que perciben como devolución de la seguridad perdida. El producto es francamente lamentable y, en el plano personal, es la más completa agresión a la salud mental de una persona.

15. Hacia la superación del modelo tecno-burocrático

En la última posguerra se afirmó el movimiento constitucional hacia los modelos de magistraturas democráticas de derecho en Europa continental. Los modelos tecno-burocráticos europeos necesitaban ser superados mediante un sistema que, además de la mínima jerarquía técnico-jurídica de la magistratura, garantizase su independencia. La magistratura europea, desde más de medio siglo antes, había alcanzado y consolidado el nivel tecno-burocrático, que correspondía al positivismo legalista en el saber jurídico. Pero ese modelo no había sido suficiente para contener el desborde de poder de las dictaduras de entre-guerras. Se planteaba entonces la necesidad de pasar de un modelo de magistratura con simple nivel técnico legal, a un modelo con nivel técnico constitucional y con un gobierno independiente que garantizase su independencia externa e interna, es decir, de una magistratura capaz de protagonizar la transición del Estado "legal" de derecho al Estado "constitucional" de derecho.

Como órganos de gobierno de las magistraturas democráticas de derecho, comenzaron a perfilarse los llamados "consejos de la magistratura". Como modelos originarios de consejos de la magistratura, podemos mencionar el francés de la Cuarta República y el italiano de la Constitución republicana de 1948. Como veremos luego, no puede confundirse este organismo, que es de gobierno del poder judicial, con otros de igual nombre pero diversa función, o que no renuncian a la jerarquización

militarizada del poder judicial y que son frecuentes en América Latina. La mera sinonimia no puede movernos a confusión.

Para aclarar el importante fenómeno político que significó la aparición de estos órganos de gobierno independiente del poder judicial en los países de Europa continental, nos referiremos a tres modelos concretos, que son el francés, el italiano y el español. Su análisis nos permitirá comprender los avances y retrocesos en este modelo de magistratura. No obstante, antes de llevar a cabo este somero análisis, creemos necesario detenernos un instante en el contexto histórico y en las causas del fenómeno político del surgimiento de los consejos de la magistratura como órganos de gobierno independientes de los poderes judiciales y su coincidencia con la generalización de los controles centralizados de constitucionalidad.

16. El marco histórico del surgimiento de los consejos europeos

Si bien hay antecedentes de los actuales consejos de la magistratura europeos anteriores a la última guerra mundial, especialmente en Italia y en menor medida en España, lo cierto es que éstos se configuran por vez primera en las constituciones de Francia y de Italia de posguerra. Son resultado de experiencias penosas que enseñaron a los políticos europeos la gravedad de los problemas que genera una magistratura no democrática (tecnoburocrática) a un régimen democrático. Volvemos a recordar que en la mayor parte de América Latina nos enfrentamos con un problema de mayor gravedad, porque ni siquiera hemos alcanzado el nivel tecnoburocrático.

Los políticos europeos no son ni fueron nunca ángeles que regalasen poder. No obstante, el desastre, el holocausto y los millones de muertos,

les alertaron sobre la actitud suicida que es para una democracia la articulación de una magistratura no democrática. Además, justo es reconocer la dimensión humana que les permitió acordar a hombres de ideologías encontradas y hasta absolutamente incompatibles, los principios para su formulación. Esta capacidad de comprensión, por más que la alienten las circunstancias, requiere una considerable visión política y, acertados o descaminados en sus posiciones personales, creemos que, por esta amplitud que les permitió superar los intereses mezquinos y la tentación de repartirse los poderes judiciales como botín político, deben recordarse los líderes que lo posibilitaron, como Alcide De Gasperi y Palmiro Togliatti, como Suárez y González.

En el caso francés, la Tercera República había conservado la jerarquizada magistratura bonapartista, con todos sus defectos y entrenamiento. Cabe recordar aquí el caso de Magnaud. En realidad, creo que pocos han leído las sentencias de Magnaud, limitándose a repetir que éste era partidario del derecho libre e inexactitudes semejantes. En realidad, leyendo a Magnaud con criterio moderno, nos percatamos de que las sentencias del "buen juez" no tienen nada de derecho libre, sino que están fundadas en derecho y lo único que hacía Magnaud era considerar a las normas constitucionales (republicanas) por sobre las leyes y códigos (bonapartistas y monárquicos). En su tiempo y quizá con escasa técnica, no hacía otra cosa que jurisprudencia constitucional. Hoy tenemos sentencias de cortes constitucionales que son mucho más aventuradas que las del pobre Magnaud, pero el enfrentamiento de esta actitud con la generalizada en la corporación judicial francesa imperial le valió un verdadero escándalo y el desprecio de casi todos sus colegas. Esa misma magistratura corporativa bonapartista no tuvo muy lucida actuación en

el caso "Dreyfus" y, décadas después, no fue del todo brillante su actuación durante la ocupación alemana y bajo el régimen de Vichy.

Si observamos lo que ocurrió en Alemania, veremos que la República de Weimar se quedó con la magistratura imperial. El partido socialdemócrata alemán renunció a su programa de elección popular de los jueces y no supo cómo reemplazarlo, terminando por confundir la independencia judicial con la inamovilidad de los jueces del Kaiser. Esa magistratura de burocratas de las clases acomodadas, igualmente entrenados en la aplicación literal de las leyes, fue considerablemente complaciente con los movimientos radicales de derecha e implacable con los agitadores de izquierda. De este modo, el partido nazi gozó de amplia libertad para minar las bases democráticas de Weimar y, finalmente, con una mayoría relativa, adueñarse del poder y desbaratar las instituciones de la República. El grueso de esa magistratura siguió operando burocráticamente bajo el nazismo hasta el final de la catástrofe y cabe recordar aquí las reflexiones de Radbruch, que los consideraba poco menos que inimputables debido a su entrenamiento.

En Italia, al igual que en los dos países anteriormente mencionados, la magistratura había alcanzado cierto grado de tecnicismo en virtud de su sistema de selección fuerte. Incluso se había ido un poco más lejos que en los otros países, por la vía de un incipiente consejo de la magistratura. Con el advenimiento del fascismo se cortó completamente esta relativa autonomía, procediéndose primero a una depuración de todos los elementos no fascistas y reduciéndola luego a un ejército jerarquizado en once categorías y mal pagado, con jefes que dependían directamente del ministro de justicia. El consejo de la magistratura pasó a ser un simple organismo asesor del ministro de

justicia y la magistratura fascista — es decir, el resto de los burócratas sobrevivientes a la depuración — se refugiaron en la exégesis y en el tecnicismo-jurídico.

Después de estas experiencias, ante la necesidad de reorganizar los estados, los políticos europeos se hallaron en situaciones algo semejantes a las de los políticos latinoamericanos, especialmente cuando esa reorganización se impone después de largas dictaduras. No obstante, no debemos perder de vista las diferencias, entre las cuales cabe mencionar las siguientes:

a. las catástrofes europeas fueron resultado de regímenes internos y de guerras internacionales; las latinoamericanas, si bien se enmarcaron en contextos internacionales, no son percibidas como resultado de esos conflictos;

b. los políticos europeos provienen usualmente de partidos con mayor coherencia ideológica; los latinoamericanos frecuentemente muestran una ideología nebulosa o son producto de acuerdos coyunturales sin programas;

c. las magistraturas de los países europeos habían alcanzado mucho antes el nivel del modelo tecno-burocrático; las latinoamericanas, con la excepción de Brasil y alguna otra de selección débil, se mantienen en el nivel empírico-primitivo más o menos marcado.

Habida cuenta de las citadas diferencias y de otras no menos importantes de marco general, lo cierto fue que en el contexto de las catástrofes a que habían contribuido magistraturas no democráticas se pensó en el perfeccionamiento de la independencia judicial mediante los consejos de la magistratura como órganos de gobierno de las mismas. Tal fue lo que sucedió en Francia y en Italia y, treinta años después en España y Portugal. Este movimiento, insistimos, coincide con la adopción generalizada de las cortes constitucionales de control centralizado, a que ya hemos hecho

referencia. Es menester insistir en esto, porque pone de manifiesto que la idea del moderno Estado constitucional de derecho en la Europa continental, nace apoyada en dos instituciones: las cortes constitucionales y el consejo de la magistratura.

17. Los modelos originarios de consejos de la magistratura

a) La Constitución de la Cuarta República Francesa había establecido un consejo de la magistratura que era un verdadero órgano de gobierno de la misma, pese a algunos defectos. La Constitución de 1958, por su parte, retrocedió organizando un Consejo Superior de la Magistratura que se reduce a un órgano de asistencia dentro del gobierno, pero que no ejerce el gobierno del poder judicial. En este sentido, la independencia judicial se mantiene hasta hoy a nivel relativamente bajo.

El Consejo Superior de la Magistratura francés, creado en 1958, está presidido por el presidente de la República, el ministro de justicia es su vicepresidente y lo integran nueve miembros elegidos por el presidente de la República, entre los cuales seis deben ser magistrados de una lista que propone el órgano supremo judicial — casación — en tanto que los tres restantes son dos extraños a la magistratura y uno entre los consejeros de Estado. Su función es la de expresar su parecer acerca de los candidatos a jueces propuestos por el ministro de justicia, aunque tiene derecho de veto en las candidaturas a magistrados de casación. En una composición especial, en que lo preside el presidente de la casación, impone sanciones administrativas a los magistrados.

Como es dable observar, no se trata de un órgano de gobierno del poder judicial, y, sin duda, inspira a todos los organismos con análoga denominación

que en Latinoamérica se limitan a ser organismos auxiliares. Su composición parece dominada por la corte de casación o tribunal supremo y su función parece ser la de combinar la co-optación con la nominación política, o bien a atenuar la nominación política con elementos co-optativos, pero teniendo en cuenta la previa selección fuerte que de cualquier manera impone un mínimo de tecnicismo jurídico.

b) El Consejo Superior italiano está compuesto por el presidente de la República, el primer presidente y el procurador de la casación y por otros treinta consejeros, diez de ellos electos por el parlamento en sesión común de las cámaras y veinte electos por todos los magistrados, en elección por listas y sistema de cociente electoral. Cabe observar que aquí los magistrados que integran el consejo no son producto de una elección del órgano supremo del poder judicial, puesto que no se reconocen jerarquías internas en la magistratura, sino electos por todos los jueces, cada uno de los cuales, sea del tribunal y de la instancia que fuere, tiene un voto. Esto provoca los agrupamientos de jueces y su identificación ideológica general; nadie puede ser "aséptico" en este sistema.

El consejo italiano tiene claras funciones administrativas y, dado que ejerce el gobierno y la representación de toda la magistratura, ha tendido siempre a ampliar sus poderes, lo que le ha generado frecuentes conflictos con el gobierno y con el presidente. Es sin duda el órgano de gobierno independiente más poderoso conocido en el derecho comparado. Su efecto ha sido un extraordinario impulso a la legislación y a la jurisprudencia.

c) El Consejo General del Poder Judicial español fue creado por la Constitución de 1978 y está presidido por el presidente del Tribunal Supremo

e integrado por veinte consejeros, ocho de los cuales los elige el parlamento entre reconocidos juristas y los restantes doce son magistrados. Según la ley orgánica de 1980, éstos últimos eran elegidos como en Italia, pero conforme a la ley orgánica de 1985 pasaron a ser elegidos también por el parlamento, con lo que el consejo perdió una buena parte de su poder y cesaron los conflictos que, análogamente a Italia, comenzaban a producirse en España. Sus funciones son análogas a las del consejo italiano y, pese a la grave alteración en su composición que importa la ley de 1985, lo cierto es que continúa siendo un órgano de gobierno del poder judicial bastante independiente. Es dable suponer que el retroceso de 1985 será pasajero, según los esfuerzos que en el plano político sea capaz de realizar la magistratura española.

Estos tres ejemplos nos bastan para reflexionar sobre las dificultades que conlleva la instalación de un órgano independiente de gobierno del poder judicial. El ejemplo francés, con el notable retroceso que implica la Constitución de 1958, deja al consejo reducido a un órgano bastante auxiliar que en poco altera la situación anterior, y, en definitiva, no nos sirve como modelo para resolver nuestros problemas. Tengamos en cuenta que, tal como lo hemos observado, en nuestros países, salvo Brasil y algún otro en menor medida, no nos basta superar modelos tecno-burocráticos de magistratura, sino que ni siquiera hemos alcanzado ese nivel, dado que nos movemos en el nivel empírico-primitivo, con jueces elegidos arbitrariamente por los cambiantes gustos del poder de turno o del "superior" en el seno de una corporación mutable o de una "familia" enquistada. El ejemplo francés en América Latina ha contribuido a confundir las ideas y a pretender que se había optado por un "consejo" como sistema, cuando en

realidad no se trata más que de un control corporativo atenuado de las nominaciones que realiza el ministro de justicia.

Por otra parte — y pese al retroceso español de 1985 — podemos hablar de un modelo "italo-español", en el que tenemos verdaderos órganos de gobierno del poder judicial. A juzgar por los resultados que pueden observarse, especialmente en el país con más larga práctica, el modelo ha funcionado con gran efectividad. Podemos señalar los siguientes aspectos que creemos dignos de ser valorados:

a) La magistratura italiana se ha enfrentado al terrorismo y lo ha desbaratado.

b) La magistratura italiana ha denunciado y desbaratado organizaciones que pusieron en peligro la estabilidad democrática del Estado y que estaban enquistadas en los mismos cuerpos de seguridad del Estado.

c) Los políticos italianos tienen grandes y frecuentes conflictos con ella, porque sienten el peso de su poder controlador.

d) La magistratura italiana es pluralista; existen organizaciones de magistrados demócrata-cristianos, socialistas e izquierdistas que disputan en su seno y se controlan y denuncian recíprocamente, lo que posibilita un amplio control público de su actividad.

e) La magistratura italiana se ha enfrentado y continúa haciéndolo, contra la mafia y la criminalidad organizada en general, a costa de la vida de sus propios jueces.

f) El nivel tecno-jurídico de la magistratura italiana es altísimo, sus sentencias son de alta calidad, su control de constitucionalidad es fino y complejo, al menos en comparación con lo que usualmente conocemos en América Latina, a excepción de la jurisprudencia constitucional de los últimos años en Costa Rica, algunas sentencias de los

tribunales supremos del Brasil, de Colombia y unos pocos ejemplos más.

g) En la magistratura italiana, al erradicarse la "asepsia", se ha impulsado la jurisprudencia y la crítica a la jurisprudencia y a la ley, promoviendo un importantísimo movimiento de retroalimentación entre jueces y doctores, con un notable impulso al nivel jurídico general del país.

h) La integración del consejo por mayoría de jueces electos por todos los jueces del país, reduce o anula la dependencia interna y hace realidad el precepto con el que la Constitución de la República Italiana de 1948 reaccionó frente a la jerarquización corporativa de la magistratura fascista: "los magistrados se distinguen entre sí solamente por la diversidad de funciones" (artículo 107, inc. 4.º).

En síntesis:

1. En el siglo pasado Europa abandonó el estadio de la magistratura empírico-primitiva, pasando a la etapa tecnoburocrática, con lo cual superó el nivel paupérrimo de las magistraturas que son resumideros de todos los demandantes de "premios consuelo" en lo político o bien, de la elitista "familia judicial".

2. Europa supo reconocer en la posguerra el peligro que implica la magistratura no democrática y las fallas en el control de constitucionalidad.

3. Conforme a ello produjo dos instituciones: las cortes de constitucionalidad — separadas de las de casación o "supremos" — y los consejos de la magistratura como órganos de gobierno de los poderes judiciales.

4. Entre estos últimos, en tanto que el francés fue casi decapitado por la Constitución de 1958, el español de 1980 fue limitado al modificarse la forma de elección de los magistrados que lo componen y, el que más lejanamente llegó en su autonomía fue el italiano, con gran beneficio para el progreso institucional y jurídico del país.

Tercera Parte: Los pasos hacia la magistratura democrática de derecho

18. Las enseñanzas de la comparación: el gobierno judicial

La comparación que hemos realizado nos muestra que, en general, en la región estamos en la etapa que Europa continental superó hace un siglo o más. No es fácil en medio del aquelarre ideológico que criticamos, de la confusión en que suelen caer los mismos teóricos, de los intereses corporativos y de la miopía y glotonería de nuestros políticos, comenzar a superar la situación, especialmente cuando ni siquiera llegamos a una etapa tecno-burocrática.

En principio, debemos replantar seriamente el problema del gobierno del poder judicial: quién debe gobernar en una magistratura independiente?

La idea bonapartista de la magistratura jerarquizada, militarizada, que se prolonga hasta el fascismo y que sufre el primer revés importante en la reacción antifascista que se concreta en la Constitución de la República Italiana, se nos ha metido muy dentro. Nos cuesta percibir que una magistratura independiente lo es, tanto de los poderes externos como de las dictaduras o autoritarismos internos. Nuestros tribunales o cortes supremos, conforme a la inveterada costumbre de defender espacios de poder como feudos, retienen o pretenden monopolizar el gobierno judicial. Esto redundará en perjuicio de nuestras magistraturas en dos sentidos: a) Por un lado, lesiona frontalmente — como lo hemos reiterado — la independencia interna de los jueces. b) Por otro lado, nuestros tribunales supremos cumplen muy defectuosamente sus funciones propias, como el control de constitucionalidad o la unificación de jurisprudencia, por la vocación llamativa pero entrañable que tienen hacia el ejercicio del poder interno. Tienden a considerar a los jueces como sus subordinados, no

sólo en el plano administrativo, sino en el jurisprudencial, injurian y ridiculizan a los jueces que se apartan de su criterio, usan su poder o su peso político para presionarlos y para obstaculizarlos los "ascensos". En general, subordinan sus funciones judiciales a las administrativas y pierden la mayor parte del tiempo en estas cuestiones, por no decir en estas intrigas, pues frecuentemente derivan en ello.

Un juez constitucional debe ser un juez constitucional, un juez de casación debe ser un juez de casación, y ninguno de ambos debe perder su tiempo en comprar bombillos de luz o en reparar ascensores, en administrar una fábrica de muebles o un depósito o una empresa constructora. El pueblo les paga para que juzguen y quiere un buen servicio de justicia.

Debe quedarnos claro que la confusión entre las funciones de control de constitucionalidad y de casación con las de administración y gobierno judiciales, tiene el doble efecto de lesionar la independencia interna de los jueces y de perjudicar seriamente las funciones de más alta calidad técnica e importancia política a cargo de los poderes judiciales.

Sólo el convencimiento de que los jueces son jueces y no hay entre ellos otra jerarquía que la derivada de la condición de juez, puede aclararnos esta confusión. No puede haber "superior" ni "inferior" entre los que "dicen el derecho". Un juez de alzada no es "superior" del de primera instancia, sino que simplemente cumple una función diferente, tiene una competencia diferente, y nada más. Ordenamientos judiciales incuestionablemente democráticos, como el italiano y el español, nos enseñan hoy esta premisa, que es el modelo exactamente contrario al de una corporación jerarquizada. Dentro de la función jurisdiccional, el juez no puede ser empleado ni dependiente de nadie: desde el juez de paz hasta el juez constitucional, todos son jueces y tienen

la misma jerarquía "judicial", con diferentes competencias.

Nos permitimos observar que es falso desde el punto de vista del servicio, que los tribunales superiores deban tener mayor jerarquía por la "importancia" de sus funciones. El usuario puede verse más perjudicado por las decisiones de un juez de primera instancia que por las de un tribunal colegiado. Si pensamos, por ejemplo, en las facultades de nuestros jueces de instrucción, veremos que una resolución del mismo puede ser corregida por un tribunal de alzada o incluso por uno supremo, pero el daño será irreparable, porque la corrección llegará cuando ya se ha materializado, cuando el delincuente o las pruebas han desaparecido o cuando la persona ha estado indebidamente privada de libertad un tiempo considerable. Esto basta para probar que no se trata de una jerarquización por la "importancia" de las funciones, sino simplemente porque "gobiernan", lo que por otra parte favorece también la dependencia externa, dado que a los poderes políticos les es mucho más sencillo controlar un pequeño grupo constitutivo del órgano supremo que controlar a la totalidad de la magistratura. De este modo, los gobiernos en los supremos no sólo afectan la independencia interna, sino que mediatamente favorecen la dependencia externa.

Para materializar esta idea, la primera premisa es que el gobierno judicial debe estar a cargo de un organismo judicial diferente de los órganos supremos o de últimas o extraordinarias instancias. Este organismo, como es natural, debe estar prioritariamente compuesto por jueces, pero aquí es donde debe imperar el criterio democrático: si la magistratura no es un ejército, cada juez debe tener un voto para elegir su representante al consejo y el sistema más democrático es el de lista completa y cociente electoral y otro que garantice la representación proporcional de los diferentes grupos de

magistrados. De este modo los jueces se asociarán de acuerdo con sus percepciones de la realidad o sus comprensiones del mundo y estarán representados proporcionalmente mediante comicios en los que voten todos los jueces del país.

Y las "camarillas"? No habrá jueces que se enquisten y se dediquen exclusivamente a ser "consejeros"? La solución es simple y está consagrada en los sistemas comparados: se prohíbe la reelección de los consejeros jueces, salvo que haya uno o dos periodos intermedios, lo que fuerza a la rotación.

Y la representación popular? Los diputados, como representantes del pueblo no tienen nada que hacer en el gobierno judicial? La respuesta negativa no sería correcta. Lo correcto sería pensar que el órgano de gobierno judicial debe componerse de jueces en forma mayoritaria, pero en su seno deben oírse las voces de las diferentes corrientes políticas por las que vota el pueblo. De allí que sea importante que una minoría del consejo se integre con juristas extraños a la jurisdicción. Esto es lo que hacen los consejos europeos, donde una minoría (tercera parte) se compone de destacados juristas nombrados por el Parlamento en proporción a las respectivas representaciones parlamentarias. De este modo, los partidos con representación parlamentaria tienen sus representantes en el órgano de gobierno de la magistratura, pero en proporción razonable y por medio de técnicos que comparten su filiación política.

Este órgano de gobierno equilibrado, debería tener a su cargo las siguientes funciones:

a) Las generales de administración y superintendencia que hoy, por lo general, tienen los tribunales o cortes supremos.

b) Las funciones disciplinarias que no impliquen remoción ni suspensión de magistrados.

c) Las necesarias para elaborar y ejecutar su propio presupuesto (autarquía financiera) conforme a un porcentaje

razonable del presupuesto nacional que se le asigne anualmente.

d) Las de convocar a los concursos para proveer las vacantes. Las leyes deberán regular la materia en forma que garantice que los jurados de los concursos públicos de antecedentes y oposición estén integrados por los mejores especialistas y catedráticos del país en la materia de que se trate.

e) La de desestimar "in limine" las denuncias infundadas contra magistrados, como también la de sancionar a los denunciantes irresponsables.

f) La de convocar al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados en caso de denuncias fundadas que puedan dar lugar a remoción o suspensión. El Jurado debería estar cuidadosa y detalladamente reglamentado por ley y su integración consagrada constitucionalmente, garantizando que sea pluralista y amplia (jueces con diferentes competencias, juristas independientes, parlamentarios, jueces y magistrados retirados, etc.), como también con amplia garantía de prueba y defensa.

La *inamovilidad* de los magistrados implica varias condiciones que deben ser garantizadas y preservadas de la autoridad del gobierno judicial:

a) Los jueces no pueden ser trasladados sin su consentimiento.

b) No se deben permitir alteraciones a su competencia ni distribuciones arbitrarias de causas, salvo por reformas legales generales.

c) No se debe permitir la disminución de su remuneración, ni nominalmente ni por privación de aumentos compensatorios en caso de inflación monetaria.

d) Los jueces deben ser vitalicios o nombrados por periodos suficientemente prolongados, con alguna garantía previsional para el supuesto de no ser reconfirmados al término del mismo. De este modo quedaría neutralizada una de las más frecuentes y razonables fuentes de dependencia, provocada por la angustia ante la proximidad del mandato.

19. Los consejos “engañosos”

Es necesario tener en cuenta que, con frecuencia, se disfraza una designación política, una co-optación o un sistema mixto de designación, con el nombre de “consejo de la magistratura”, lo que es bien común en América Latina. Debe quedar claro que los consejos a que nos referimos aquí, como característicos de las magistraturas de modelo democrático de derecho, son:

1. órganos independientes de gobierno del poder judicial;

2. presuponen que el acceso a la función judicial y la promoción se realizan por concurso público de antecedentes y oposición;

3. no están dominados ni integrados en representación de los cuerpos políticos (serían formas encubiertas de nominación política);

4. no están dominados ni integrados en representación de los órganos supremos judiciales (serían formas encubiertas de nominación por co-optación);

5. no se reparten el dominio entre cuerpos políticos y órganos judiciales supremos (serían formas encubiertas de nominación mixta);

6. no admiten representación jerarquizada de órganos judiciales supremos (serían un regreso al modelo tecno-burocrático).

En síntesis: es necesario que quede claro que el bautismo de cualquier cuerpo orgánico como “consejo”, sea para encubrir o para facilitar las formas de gobierno o de nominación propias de los modelos empírico-primitivos o tecno-burocráticos, no es más que la simulación o apariencia de un modelo democrático de derecho.

20. Los argumentos “folkloristas”

No ignoramos que cualquier reforma progresista en las estructuras judiciales de la región implica un cambio de

poder, una democratización del mismo, que generará las resistencias propias de cualquier reforma de este género. Lo importante, a nuestro juicio, no son las resistencias — que las descontamos — sino la confusión que pueden sembrar los argumentos falaces. Nos hemos hecho cargo de algunos y para redondear nuestro pensamiento sintetizamos lo medular de nuestra tesis del siguiente modo:

1. Existen tres modelos estructurales de magistratura que corresponden a tres estadios de su evolución política a escala mundial dentro de los países de tradición jurídica continental europea.

2. La mayoría de las magistraturas latinoamericanas se halla en el estadio empírico-primitivo, que es el más atrasado y que Europa superó en el siglo pasado.

3. Ese estadio no se superará hasta que no se introduzca la selección y promoción por medio de concurso público de antecedentes y oposición (sistema de selección técnica fuerte).

4. La selección técnica fuerte garantizará un modelo tecno-burocrático de magistratura que no debe confundirse con el estadio más avanzado, que es el de la magistratura democrática de derecho de la posguerra europea, que sólo se alcanza cuando la selección técnica fuerte va acompañada por un gobierno independiente mediante un organismo representativo de la magistratura y de la opinión jurídico-política, adecuadamente equilibrado y reglamentado.

Esta perspectiva quizá sea criticable por ser demasiado lineal y requerida de alguna matización, que no tenemos tiempo para desarrollar aquí, pero lo que nos resulta penoso es que se pretenda negarla frontalmente con argumentos “folkloristas”. En tanto que por “folklorico” entendemos algo sumamente respetable, por “folklorista” entendemos una caricatura del folklore y bajo este acápice caricaturesco colocamos ese

género de argumentos con que, en toda ocasión y materia, se pretenden rechazar las reformas que impulsan a la democracia y que, en nuestro caso, serían los siguientes:

- a) que nuestros países “no están preparados”;
- b) que no tenemos juristas;
- c) que se trata de instituciones foráneas que se oponen a nuestras “tradiciones nacionales”.

a) Nunca se define en estas ocasiones al “país preparado” para algo. Se trata de una frase hecha que oculta los mayores autoritarismos. Si de “preparación” se trata, las largas guerras civiles que cundieron por todos nuestros países después de la Independencia, no harían más que probar que no estábamos “preparados” para ella.

En consecuencia, los que sostienen esta posición, si fuesen coherentes, hubiesen sido realistas y combatido a Bolívar, Sucre, San Martín, etc.

Por otra parte, con demasiada frecuencia hemos oído que nuestros países “no están preparados para la democracia”, y omitimos calificar a quienes así se expresaron por obvias razones de estilo académico. Nadie está “preparado” para la democracia ni para las reformas democráticas: la “preparación” resulta de la propia dinámica de la reforma. No lo estaba la Italia de posguerra, saliendo del fascismo y derrotada en una guerra; no lo estaba la Francia que salía de la ocupación y de Vichy; no lo estaba la España que salía del franquismo ni el Portugal que salía del salazarismo. Y ello es lógico, porque no se puede poner el carro delante de los bueyes.

b) Si en alguno de nuestros países el nivel jurídico no es muy elevado, no creemos que pueda lograrse la elevación del mismo con una magistratura empírico-primitiva en que para ingresar y promocionarse o para litigar frente a

ella, sea título suficiente el compadrazgo con el político o el juez supremo de turno.

El nivel técnico y de independencia de una magistratura marcará el paso del nivel jurídico de un país y no puede aspirarse a un nivel jurídico alto con magistraturas deterioradas, empíricas y dependientes. Volvemos a colocar el carro delante de los bueyes.

c) El tercer argumento es en cierto sentido el más curioso, pero, al mismo tiempo, el que nos resulta más irritante — es menester confesarlo — porque mezcla las nacionalidades y nuestras culturas con lo antidemocrático, con lo degradado y en ocasiones con lo corrupto. Cuáles son nuestras tradiciones? Los jueces deteriorados y las magistraturas dependientes? Las designaciones arbitrarias de los amigos? Acaso la corrupción es nuestra tradición? Y en cuanto a que las instituciones del modelo democrático de derecho son foráneas: Acaso nosotros inventamos las repúblicas? No son “foráneas” las instituciones en que se inspiraron todos nuestros constituyentes? Somos los autores de la Carta de Virginia o de la Declaración de 1789? Nuestras constituciones no adoptan acaso instituciones europeas o norte americanas? Hemos inventado el unitarismo y el federalismo?

Creemos que el argumento no resiste el menor análisis racional, pero lo grave es que su falacia ensucia las mejores tradiciones de nuestros pueblos, con la pretensión de que instituciones deterioradas y antidemocráticas enraizan con nuestras culturas. Por ello, no sólo se trata de argumentos autoritarios insostenibles e irracionales, sino que son argumentos altamente ofensivos para nuestras culturas, para los ideales por los que siempre han luchado nuestros pueblos y para los hombres que en todos los tiempos han procurado mejorar nuestros niveles jurídicos.

21. La racionalidad del derecho y del poder republicano

Podemos tomar el mejor código y elegir el más perfecto artículo, el más finamente elaborado por el equipo más técnico formado por los más altos maestros de la respectiva rama jurídica e ilustrados por los más atentos lingüistas. Ese texto será interpretado y discutido en el marco de una dogmática integradora de datos de la realidad y de las normas constitucionales e internacionales y de los principios generales que entroncan con las grandes corrientes del pensamiento, siempre que lo haga una magistratura democrática de derecho; el mismo artículo será interpretado y discutido a nivel meramente exegético o literal, o bien dentro de una dogmática que no supere el nivel puramente legal, si lo hace una magistratura tecno-burocrática; pero exactamente el mismo artículo podrá ser interpretado en cualquier forma, en ninguna o simplemente usado del modo más arbitrario, si le incumbe su aplicación a una magistratura empírico-primitiva. Elegir un modelo de magis-

tratura implica, pues, elegir entre la aribitrariedad, la exégesis o la dogmática, es decir, elegir un modelo de derecho o saber jurídico.

Como vemos, en esto se juega la mayor o menor dosis de racionalidad en la solución o decisión de los conflictos jurídicamente institucionalizados. Con la cuota de racionalidad se juega la cuota de republicanismo. La República es un ideal que procura racionalizar el poder; la democracia es otro ideal que procura agotar en el pueblo la única fuente de poder terreno. Estos ideales se van concretando históricamente en diferentes grados y medidas. La jurisdicción debe avanzar a ese ritmo, acompañado la materialización de esos ideales, pues no habrá progreso republicano y democrático sino a través de una jurisdicción que lo garantice con su estructura funcional. El efectivo control de constitucionalidad y el gobierno autónomo del poder judicial son los pilares en que se han asentado las democracias avanzadas que surgieron en la última posguerra, sobre las ruinas dejadas por los descaminos anteriores.

LA REPRESION DE LA BRUJERIA EN ALEMANIA EN LOS SIGLOS XVI Y XVII*

MARINO BARBERO SANTOS

Catedrático de Derecho Penal en la
Universidad Complutense de Madrid

Toda reflexión sobre los siglos XVI y XVII en Alemania no puede prescindir del análisis de la creencia en brujas y de su persecución. Ninguna superstición estuvo más arraigada sea entre la gente ilustrada sea entre la inculta que la existencia de la brujería en sus diversas manifestaciones. Durante los siglos precedentes se fue enraizando y extendiendo este convencimiento, que culminó desde mediados del siglo XV a la mitad del XVIII. El castigo de la brujería con la máxima pena, tras procedimientos espectaculares, producía en el pueblo la seguridad de la enormidad del delito. Los brujos eran seres abominables a los ojos de Dios y de los hombres, que quizá ante el primero podían obtener gracia, pero los hombres no podían perdonar la gravedad de sus entuertos. Ello hacía irremediable su muerte y — al igual que respecto de otros delitos de lesa majestad divina — su muerte en la hoguera.¹

Los brujos, en su mayoría mujeres, producían pedrisco, tormentas, borrascas, impotencia a hombres² y a animales; destruían las cosechas; sus golpes y ruidos hacían estar las noches en vela; impedían las relaciones sexuales dentro del matrimonio; hacían desaparecer objetos; ofrendaban niños y recién nacidos a Lucifer, los arrojaban al agua; volaban de un lugar a otro: en persona o en imagen; encantaban el espíritu de los jueces; preveían el futuro; trastocaban en

odio el normal amor entre los hombres y los transfiguraban en animales; causaban abortos. Ninguna manifestación de la vida humana estaba exenta de su actuación deletérea, no propia, sino demoníaca. Fuerza que recibían por su alianza o pacto con el diablo, y confirmaban por su relación sexual con él.

El pacto con el diablo es una de las características esenciales de la brujería.³ Como contraprestación del poder que el demonio otorgaba a las brujas estas renunciaban a Cristo, a la Iglesia, a los sacramentos: le entregaban su alma. El pacto podía ser implícito: quien poseía estas fuerzas destructoras era porque se había sometido al espíritu inmundo.

La finalidad principal del pacto era causar daño. El *maleficium* (maleficar) constituyó, pues, la segunda nota caracterizadora de la brujería. A ella se refiere Goethe en varios pasajes del Fausto. Elegimos, de la noche de Walpurgis, la oferta de la bruja vendedora de cachivaches (*Trödelhexe*):

Caballeros, no paseis de largo.

No desaprovecheis la ocasión.

Echad un vistazo a mis mercancías. Tengo de todo. En la tierra no existe nada igual a lo que hay en mi tienda, nada que ocasione mayor daño al hombre y a su entorno.

* Texto del discurso de Investidura como Dr. *honoris causa* de la Universidad "Inca Garcilaso de la Vega", de Lima (Peru), el 20.8.92.

Ni un puñal que no haya hecho
derramar sangre.

Ni una copa que no haya vertido
veneno en un
cuerpo sano y robusto.

Ni un atavio que haya dejado de
seducir a una
mujer galante.

Ni una espada que no haya roto una
alianza

o atravesado a algún adversario por
la espalda.⁴

El pacto solo, no bastaba. A veces se añadían otras exigencias como señal de sometimiento, v. gr., la entrega de una prenda de vestir. A pesar de la importancia de los supuestos pactos pocos se han conservado. Se conoce el presentado como prueba en el famoso proceso contra el Padre Urbain Grandier, noto también por el de las monjas de Loudun.⁵ Consta de dos partes, ambas en latín. La primera es el juramento de fidelidad que Grandier presta al diablo. En la segunda — escrita al revés un grupo de demonios acepta tal voto. Este es el texto de la primera: "Lucifer, mi amo y señor, te reconozco como ni Dios y príncipe y prometo servirte y obedecerte mientras viva. Y renuncio al otro Dios, a Jesucristo, a todos los santos, a la iglesia católica, apostólica y romana, a todos los sacramentos y a todas las oraciones y plegarias con las que los fieles pudieran interceder por mí. Y prometo obrar todo el mal que pueda e incitar a todos al mal. Renuncio al crisma, al bautismo, a todos los méritos de Jesucristo y sus santos. Y si no te sirvo y adoro y si no te rindo homenaje tres veces al día, te ofrezco mi vida como si fuera tuya. Redactado en el presente año y día. Urbain Grandier. Extraído del infierno".

El tenor de la segunda es: "Nos, el todopoderoso Lucifer, secundado por Satanás, Belcebú, Leviatán, Elimi, Astarot, y otros, hemos aceptado en el

día de hoy el contrato de alianza con Urbain Grandier, que está de nuestra parte. Y le prometemos el amor de las mujeres, la flor de las vírgenes, la castidad de las monjas y los honores, placeres y riquezas del mundo. Fornicará cada tres días y conocerá la embriaguez siempre que lo desee. Una vez al año nos ofrecerá un tributo marcado con su sangre,⁶ pisoteará los sacramentos de la iglesia y nos elevará sus plegarias. En virtud de este pacto, vivirá felizmente veinte años en la tierra y entre los hombres, y, por último, vendrá con nosotros para maldecir a Dios. Redactado en el infierno, en el consejo de los demonios. (Firma de los demonios) Satanás, Belcebú, Lucifer, Elimi, Leviatán, Astarot. Certificadas la firma y la marca del demonio supremo y de mis señores los príncipes del infierno. Ratificado por Baalberit, escribano".⁷

En algunos procesos aparece que las brujas sanaban a enfermos o alejaban fuerzas nocivas. Pero como no lo hacían por obra de Dios o de los ángeles buenos, se juzgaba igualmente este actuar obra del espíritu maligno. Sus cualidades sobrenaturales, maléficas o benéficas, se las había otorgado satanás. No es extraño, por ello, que produjesen terror y que a pesar de las previsiones de la Carolina, de la Bambergenese o de la Bradenburgenese terminasen en el quemadero, como más adelante expondremos.

Confirmación del pacto era la relación carnal del diablo con las brujas. Relación sexual con los espíritus, con los dioses, en la que se cree desde la antigüedad: India, Egipto, Grecia, etc. A la objeción de que los espíritus carecen de placer sexual se respondía que se acomodaban a producir tal placer a la seducida. Para ello su ser incorpóreo adquiría la forma de un ser material. Esta relación podía engendrar hijos, si el demonio había conseguido semen actuando como "succubus" frente a un hombre, extrayéndolo de cadáveres o substrayéndolo de

eyaculaciones nocturnas. Los niños monstruosos, deformes, anormales, se consideraban producto de tales relaciones. En no pocos procesos los jueces interrogaban acerca de las modalidades y frecuencia del trato carnal con el diablo.⁸

Confirmación del pacto lo constituía también la participación en un aquelarre: reunión de demonios y brujas de una comarca: se bailaba, se bebía, se comía (carne de niños, sapos, manjares), se honraba a Lucifer, príncipe de los demonios, que aparecía en figura de macho cabrío. Se planeaban nuevas actuaciones dañinas y se proporcionaban medios para cometerlas. Los aquelarres tenían lugar los viernes por la noche, en sitios alejados. El día más importante era el de Santa Walpurgia, la noche del 30 de abril al 1 de mayo (*Walpurgisnacht*), y el lugar más famoso el Brocksberg, en Harz, no lejos de Hildesheim. La importancia del sabbat de la montaña de Brocken era tan considerable que, en las cartas de mitad del siglo XVIII, los geógrafos dibujaban brujas a horcajadas sobre su escoba dirigiéndose al monte sagrado.

En una muy curiosa del ingeniero L.S. Bestehorn, de 1732, un editor de Nuremberg, que en 1749 la reprodujo, manifiesta en nota ciertas reservas sobre la parte de fantasía que incumbía al grabador.⁹

Mefistófeles llevó también a Fausto a un sabbat y en él entrevió a Margarita.

Ves allá abajo — preguntaría a Mefistófeles — una pálida y hermosa joven sola y alejada de los demás? (*Mephisto, siehst du dort, ein blases, schönes Kind allein und ferne stehen?*). Todo es producto de la magia, responde éste, por la cual los enamorados creen ver al objeto de su amor.

Fausto, no convencido, reitera: no puedo separar mi vista de la suya. Qué extraño es que adorne su hermoso cuello una cinta roja estrecha como el filo de un cuchillo!

Absolutamente cierto. Lo mismo veo yo — dice Mefistófeles —. Sostiene la cabeza entre sus manos porque Perseo se la ha cortado, pero por qué ese apasionarse por una ilusión?¹⁰

No era, sin embargo, Brocksberg el único lugar en el que se celebraban reuniones plenarias. Otros fueron también famosos: las planicies de menhires de Carnac, en Bretaña, o la iglesia demoniaca de Blokula en Suecia.¹¹

La creencia en la realidad de sus reuniones produjo la locura, la demencia de la caza de brujas (*Hexenwahn*); al ser muchas las mujeres que se congregaban, y hacerlo con frecuencia, se pensaba que constituían sectas. Una de las posiciones de los jueces era la de quien había participado en estos concíambulos. La simple inculpación de "bruja" o de haber tomado parte en un sabbat o aquelarre, bastaba para la prisión e iniciación del proceso contra la imputada.

Zwetsloot se pregunta cómo siendo tantas las mujeres participantes en el sabbat, en sus casas no se les echaba de menos, y agotadas de tanto bailar, cantar, comer, durante toda la noche al día siguiente tampoco se les notaba cansadas y seguían con apetito.¹²

A las reuniones no iban las brujas a pie, sino sobre una escoba o bastón.

En el Fausto, los dos coros cantan:

Con la escoba
y el bastón
y la horquilla
y el cabrón,
se puede a la cumbre subir.
Quien no puede
hoy trepar
está perdido
para la eternidad.¹³

A la bruja le bastaba impregnarse con un ungüento mágico y pronunciar unos conjuros, para desaparecer por la chimenea o el ojo de la cerradura y, unos instantes después, de improviso, encon-

trarse entre sus compañeras.¹⁴ En ocasiones el propio demonio, en figura de macho cabrío o cabrón, tomaba a la bruja sobre sus espaldas y la conducta al aquelarre, que él mismo presidía.¹⁵ A las objeciones que ya en la época se hacían a esta ficción se respondía que también Cristo, según la Biblia, fué trasladado a diversos lugares por el diablo.

Era tan firme la creencia en el sabbat y en las actividades maléficas de las brujas que Friedrich Spee, en su famosa *Cautio Criminalis*, centró sus críticas en el procedimiento para perseguirlas, y eludió la cuestión de su existencia.

Se ha de distinguir entre magia y brujería, que parcialmente se superponen.

Magia es el arte de producir o provocar fenómenos sensibles extraordinarios, maravillosos, por medios naturalmente desproporcionados, capaces de desarrollar fuerzas misteriosas, sobrehumanas y, normalmente, por ende, fuera del alcance del hombre.

La brujería se ha querido diferenciar de la magia por lo dañino de sus efectos, pero la distinción no siempre fue acogida ni en las leyes ni en la praxis judicial, pues "hay brujas benéficas y magas maléficas". Existe un más general asentimiento en estimar que la magia es el *genus*, del cual la brujería es la especie. La primera es un fenómeno universal desde los albores de la humanidad; la segunda se circunscribe sustancialmente a los países cristianos de Europa occidental — en particular, católicos — y florece desde la mitad del siglo XV a mediados del XVIII, como se ha dicho; el pacto con el demonio, la cópula con él, el abjurar de Cristo y la participación en aquelarres son sus notas esenciales. Su corazón es Alemania.¹⁶

En los pueblos antiguos la magia, más que castigarse, se previene: se emplean medios que la neutralizan.

Enorme importancia, por su influjo en centurias posteriores, tuvieron las

disposiciones del *Corpus iuris* de Justiniano, en particular, la *Lex de Maleficis et Mathematicis* del *Codex*. Se prevé la pena de muerte para los adivinos, para los hechiceros que producen tormentas, causan muertes, inducen a amores nefandos, etc., y para quienes les conceden protección o ayuda. Por ser enemigos del bien común merecen la muerte por el fuego. No se castiga, en cambio, a los magos que desvían el pedrisco y las tormentas.

En Roma, la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* había castigado la magia, no como delito religioso, sino por los daños que podía ocasionar.

La iglesia primitiva enseñó que la brujería era una superstición y luchó contra ella mediante el adoctrinamiento, la penitencia y, en caso de obstinación, con el destierro. La escolástica, con sus representantes más eminentes, Tomás de Aquino, Alberto Magno, Pedro Lombardo, Buenaventura, creyeron en la realidad del *maleficium impotentiae* y en los demás males que las brujas causan. Creencia que coincide con la época de florecimiento de la nigromancia, de la que existen escuelas en Toledo, Salamanca y Cracovia. En Santo Tomás aparece ya (*Summa*, II.II. q. 95, a 5) una doctrina que iba a tener con posterioridad importancia decisiva: la del *pactum implicitum cum daemonibus*, aunque él no la aplicó a las brujas.

Un factor decisivo para el inicio y desarrollo de los procesos de brujería fue la creación — en el siglo XIII — de la Inquisición contra los herejes, que en la segunda mitad de la centuria se extendió a "divinatores et sortilegi".

La práctica supersticiosa, la denominada *vana observantia*, la obtención de efectos sin una causa suficiente es posible — según Santo Tomás — por un pacto con el demonio; explícito o implícito. Este pacto constituye una negación de Dios, un grave pecado, por tanto; formal apostasia: herejía.

Decenios después esta doctrina del pacto implícito llevaría a magos y brujas ante el Tribunal de la Inquisición y a su castigo. También la concepción aquiniana del *incubus* se aplicaría en la persecución de la brujería.

El Tribunal de la Inquisición era peligroso. Ofrecía pocas garantías de evitar que un inocente fuese castigado: la información sobre el reo por testigos que permanecían secretos; la denegación de abogado; la inexistencia de apelación; el empleo de la tortura, podían convertirse, en manos de jueces sin escrúpulos, en armas fáciles para eliminar inocentes.

Desde el comienzo de la Edad Media, la brujería se perseguía por la Justicia civil y por la eclesial. El *Sachsenspiegel*, del siglo XIII, la castigo ya con la hoguera.

En 1.233 el Inquisidor General Konrad von Marburg, inició en Alemania una persecución despiadada, con amplia utilización de la tortura.

La caza de brujas y la locura de la brujería adquirió, empero, su florecimiento máximo a partir del siglo XV.

La base para la creencia en brujas y los procesos de brujería fueron la bula del Papa Inocencio VIII de 5 de diciembre de 1.484 y el *Malleus Maleficarum* (*Hexenhammer*: martillo de brujas) de Henricus Institoris y Jacobus Sprenger, dominicos, de tres años después.

La Bula del Papa, *Summis desiderantes affectibus*, limitada al ámbito germánico, tuvo trascendencia general.

“Con solicitud ardiente deseamos — escribe Inocencio VIII — que especialmente en nuestros tiempos la fé católica se extienda y fortifique y que la adyección herética se expulse de las fronteras de los creyentes. Por esta razón, se apoya por nosotros de nuevo todo lo que puede llevar a realizar nuestro pío deseo”.

“No sin gran dolor acabamos de saber que en algunas partes del Norte de

Alemania, y en las diócesis y provincias de Maguncia, Colonia, Tréveris, Salzburgo y Bremen, numerosas personas de ambos sexos, descuidando la salvación de su alma, abandonan la fé católica, cometen lascivia con el diablo y con sus encantamientos y conjuros y otras recriminables artes brujeriles, también por medio de crímenes y entuertos, matan a los niños y a las crías de animales, destruyen los productos del campo, los viñedos, los frutos de los árboles, ocasionan terribles males en el interior y exterior de hombres y animales, impiden la relación conyugal entre hombres y mujeres e, incluso, la fecundación”.¹⁷

En esta Bula nombrada el Papa inquisidores a Institoris y a Sprenger, que tres años más tarde publicaban el “*Malleus Maleficarum*”.

En la persecución de las brujas parte de responsabilidad corresponde a la Iglesia, parte al Estado, en particular desde finales del siglo XV. En Alemania, Holanda, Francia, Países Nórdicos, la mayoría de los procesos por brujería, tienen lugar ante jueces laicos. Tan sólo en el Norte de Italia, en la primera mitad del siglo XVI, sigue siendo activa la Inquisición eclesial. En España fueron en general benignos los castigos que imponían por brujería sea la Inquisición sea los tribunales seculares.^{17-bis}

En la “*peinliche Halsgerichtsordnung*”, la Carolina, de Carlos V, de 1.532, la hechicería se castiga como ofensa a la divinidad. Su previsión se hace en el art. 109. Este es su tenor:

“Castigo de la hechicería. Si alguien por hechicería causa daños o perjuicios a las gentes debe ser condenado a morir y a morir en la hoguera. Cuando la hechicería no cause daño a nadie se castigará de acuerdo con las circunstancias del caso, según lo determinado en los estatutos. (“*Straff der Zauberey*. Item. So jemand den leuten durch zauberey schadenn oder nachteil zufueget, soll

man ihn straffen vom Lebem zum tode, und soll man sollche straff mit dem feur thun. Wo aber jemandt zauberey gepraucht (gebraucht) und damit nymandt schadenn gethan hete, soll sunst (sonst) gestrafft werden nach gelegenheit der sache; Darjnn die ortheiller Raths geprauchen sollen alls von Rathsuchen hernach geschriebenn steet"). Se castiga con la muerte por medio del fuego, que era el modo de ejecutar a los herejes, pero se distingue según la magia cause o no daño. Según Zwetsloot¹⁸ tal distinción careció de importancia en los procesos por brujería, pues, tras el empleo de la tortura, el reo — la mujer, generalmente — acababa confesando que había ocasionado una tormenta, inficionado la ganadería o matado a un niño.

La equiparación entre hechicería y herejía se había hecho expresamente por el art. CXXXI sea de la *Bambergische Halsgerichts ordnung*, de 1507, como por el mismo artículo de la *Brandenburgische Halsgerichtsordnung*, de 1.516 que como es sabido, coinciden casi literalmente. Este es su tenor: CXXXI: Si alguien causa por hechicería daños o perjuicios deber ser castigado a morir y tal pena, al igual que a los herejes, ejecutada por medio del fuego. Pero si la hechicera no ocasiona daño a nadie debe ser castigada de acuerdo con las circunstancias del caso (Soyemand den lewten durch Zauberey schaden order nachteyl zufüget, sol man straffen vom leben zum tode, und man sol sölche straff gleych der ketzerey mit dem feuer thun, wo aber yemant Zauberey gebraucht, und damit niemant keinen schaden gethan hette, sol sunst gestrafft werden, nach gelegenheit der sach, darinnen die urteyler rats gebrauchen sölle, als von radtsuchen geschriben stet").¹⁹

Los citados preceptos penales, unidos a otras disposiciones sobre indicios, imputación del hecho, modalidades, duración y repetición de la tortura, fundamentaron en Alemania, jurídica-

mente, los procesos de brujería. Surge el terror ante la brujería, que se extiende a ámbitos intelectuales, políticos, morales. Es un terror (*Hexenangst*) irracional. El demonio está en todas partes: detras de un árbol o una casa, en cada esquina. Y actúa por medio de las brujas. Había que perseguir y eliminar, por tanto, a estas ramerías del demonio para salvar a la amenazada humanidad.

No sólo la Iglesia católica piensa así. También Lutero, Calvino y otros reformadores. El diablo era el mismo en los estados protestantes o católicos del Imperio. Lutero lo nombra en su Catecismo sesenta y siete veces y a Cristo tan sólo sesenta y tres. Unos y otros mantenían los mismos principios a la hora de decidir quienes eran los enemigos de Dios. No es extraño, por ello, que en Quedlinburg, Sajonia protestante, en un solo día de 1589 se quemara a ciento treinta y tres brujas de una población de 12.000 personas.²⁰

A lo largo de los años fueron cientos, miles, las mujeres quemadas. Hugo Zwetsloot se pregunta, incluso, si cientos de miles o millones.²¹

Se sabe, por ejemplo, que sólo en Bamberg y en Würzburg la cifra de víctimas de 1.628 a 1.630 pasó de mil.²²

Otros datos son ilustrativos. El juez Baltasar Rob, de Fulda, tras permanecer largo tiempo en prisión fue decapitado en 1.618 por haber enviado a la hoguera, en dos años, a 700 "brujas" con el fin de enriquecerse con las confiscaciones de sus bienes.

Apenas hubo una ciudad, un lugar, exento de los horrores de la quema en los patíbulos. Los procesos se amontonaban, gracias a las imputaciones forzadas de los reos con el resultado de que podía encenderse una nueva pira con los restos aún candentes de la anterior. Se temió por la despoblación de muchos lugares. En las terribles persecuciones de Tréveris, de 1.587 a

1.593, en dos aldeas próximas solo dos mujeres sobrevivieron, 250 brujas habían sido quemadas.

Aún fué más grave la represión desde 1625 a 1630, años en que alcanzó su apogeo.²³

Investigaciones recientes sobre actas de procesos que se conservan iluminan la amplitud de la hecatombe, que se ha podido comparar con la eliminación sistemática de judíos durante la segunda guerra mundial. Su análisis resulta altamente esclarecedor.

Una de estas actas se halla en el Archivo del Barón de Fürstenberg, en Herdringen, y registra la persecución de brujas en el distrito judicial de Oberkirchen, en Westfalia, en 1.630 o, más exactamente, del 16 de marzo al 10 de junio de dicho año. Ha sido estudiada por Alfred Bruns en relación con la amplitud de la persecución y por Rainer Decker en lo que afecta al trasfondo social de la misma.²⁴ Se inicia por la declaración de un agricultor adinerado, de 27 años, que sostuvo que una niña, Christinichen Teipeln, de nueve años, decía que diez mujeres participaban con ella desde hacía año y medio en danzas rituales con el demonio.²⁵ El padre de la niña y otros testigos completaron los datos. El testimonio de la propia niña detallaba todos los elementos que componían la generalizada creencia, incluso el componente sexual diabólico. La reunión tenía lugar la noche del sabbat: "Tras la danza se sentaban entorno de una larga mesa y comían carne, queso, mantequilla, carne de cerdo y de novillo. Cada uno en su silla, La mesa estaba cubierta con un mantel blanco. Se libaba cerveza y vino en copas de oro...". Es evidente que la niña, perteneciente a una de las familias más pobres de la aldea, proyectaba en la descripción sus deseos de una vida de la que nunca gozaría.²⁶

Escépticos los jueces, en principio, las imputaciones de otros testigos, 32,

todos hombres, produjeron en siete oleadas el "procesamiento" de 65 personas y la ejecución de 55; otras dos murieron durante el proceso, presumiblemente a consecuencia de la tortura.

El distrito judicial de Oberkirchen abarcaba cinco aldeas de 12 a 15 casas entre ellas la propia Oberkirchen —, tres más pequeñas, de ocho a diez casas, cuatro caseríos (*Weiter*) de dos a cuatro casas y una granja aislada.

Por los libros-registro de comunión pascual de la parroquia de Oberkirchen se conoce que de las 79 casas *circa* que la integraban comulgaron por Pacua 450 personas, luego la media de habitantes de cada casa de edad superior a 12 años era 5,7 personas.

En 1.630 el número de casas de los 13 núcleos citados que componían el Distrito judicial era de 107. El número total de habitantes, por tanto, no llegaba a 630.

Los siete procesos terminaron:²⁷

El primero, a finales de marzo de 1.630, culminó con la ejecución de los cuatro varones y de las tres hembras procesados.

El segundo, el 25 de abril, llevó a la ejecución de 3 de los cuatro varones procesados y de 5 de las 7 mujeres.

El tercero, el 4 de mayo. El único reo varón fue ejecutado y asimismo las ocho mujeres, dos de ellas niñas.

El cuarto, el 17 de mayo. Los tres hombres fueron ejecutados y cinco de las siete mujeres.

El quinto, el 27 de mayo. Los cinco varones fueron ejecutados; y asimismo 3 de las 5 mujeres inculpadas.

El sexto, el 5 de junio *circa*. Cuatro de los cinco varones inculpados fueron ejecutados y ocho de las diez mujeres.

Y el séptimo, poco después del 5 de junio. El único varón fue ejecutado e, igualmente, las dos mujeres.

Entre los testigos de cargo, todos hombres como se ha dicho, se encontraba Anton König, el labrador más rico del

lugar, que entre otros bienes poseía 350 yugadas de tierras de labranza y prado.²⁸

De las 42 mujeres inculpadas, dos eran niñas menores de 9 años. A 18 se las cita como casadas. Viudas quizá tres. Dos se salvaron de la hoguera por estar embarazadas; una por epiléptica. El número de varones, 25 (el 35,3%), es muy superior al de otros procesos conocidos.

34 reos — 20 mujeres, 14 hombres — pertenecían a familias de grandes y medios propietarios. 20 a pequeños propietarios (*Köffer*). 6 eran criados. 1 mendigo. Lo que corresponde en porcentaje a la estructura de la población. Igual ocurre con los testigos. El *status* social en este caso no jugó un papel relevante. Tampoco el deseo de enriquecerse mediante la confiscación de los bienes del ejecutado.²⁹ Los costes del proceso se determinaron de forma individualizada, teniendo en cuenta su duración y sus circunstancias, no los bienes del muerto. Los herederos de estos estimaron en todo caso que eran demasiado altos. El dato más relevante quizás sea que una parte notable de los condenados ahora eran parientes de los ejecutados en las primeras persecuciones de brujas que tuvieron lugar en Oberkirchen en 1.594/95.³⁰

Contra esa locura generalizada se levantaron voces, ciertamente, en favor de la razón y de la justicia. Algunos pagaron con la vida su oposición. El monje benedictino Guillaume Edelin, ejecutado en 1.453, fue obligado a confesar, durante un terrible proceso, que sus críticas las había hecho por encargo del demonio, con el fin de que las brujas y Satanás tuviesen manos libres al debilitarse su persecución.

El siglo siguiente dos juristas criticaron especialmente aspectos procesales. Aldreas Alciatus, que en 1.515 en su *Parergon iuris* manifestó no creer que las brujas volasen y luchó contra el abuso de exigirles, bajo tor-

mento, que confesasen los nombres de sus cómplices. Y, en particular, Johannes Franciscus de Ponzinibus que en "*De Lamiis et excellentia juris utriusque*", de 1.525, sostuvo que el proceso no ofrece garantía alguna para determinar si las brujas son realmente autoras de los hechos que se les imputan, aunque lo confiesen en el tormento. Aún más: la confesión de algo imposible o increíble es prueba de que mienten o que se trata de puras ilusiones. Un jurista debía intervenir en el proceso.

Bartolomäus Spina, O.P., inquisidor y Magister Sacrii Palatii, en cuatro extensas apologías se arrojó contra el soberbio laico que se atrevía a inmiscuirse en cuestiones teológicas. Sostuvo además que el proceso inquisitorial nada tiene que ver con el ordenamiento civil. Lo que los inquisidores digan acerca del sí y del cómo de lo ocurrido deber ser aceptado como verdad inconcusa.

Trás esta disputa los opositores callaron durante varios decenios. Tan sólo en la segunda mitad del siglo XVI la discusión se avivó de nuevo para no decrecer ya.

Algunas obras merecen cita.

En primer lugar, "*De Praestigiis Daemonum*", de Johann Wier (o Weier) médico de cámara del duque Jülich-Cleve, 1.563. Las llamadas brujas, escribe, son casi todas enajenadas o retrasadas mentales que creen que sanan o causan las enfermedades por medios mágicos. En vez de punirlas, se ha de tener piedad de ellas y procurar su curación. El demonio actúa no por medio de las brujas sino por medio de jueces apasionados que condenan a inocentes sin razón y sin piedad.

Jean Bodin, Thomas Erastus, Binsfeld, Martin Del Rio, atacan al médico. Este no se amilana y cuida sucesivas ediciones y traducciones de su obra. Consigue seguidores: Ewig, Gödelmann, Lercheimer, Praetorius, Loos, sacerdote holandés cuyo libro es secuestrado por la censura

eclesiástica y sólo la retractación le libró de la hoguera.

En 1.631 se publica la principal obra sobre/contra la persecución de las brujas, en Rinteln a.d. Weser, anónima: la *Cautio Criminalis*. Su autor era un jesuita, de familia noble, Friedrich von Spee, según se supo mucho más tarde, aunque la Orden lo conoció enseguida. En julio de 1.631 el General pidió información al Provincial acerca de cómo había llegado el manuscrito a poder del impresor, respondiendo aquél que no existe prueba suficiente de que Spee haya autorizado la publicación. No se le impuso, en consecuencia, sanción alguna por haber violado las prescripciones de la censura, aunque se le instó a abandonar la Orden. Lo que no hizo.

En 1.632 apareció la segunda edición en Frankfurt a.M., también anónima, con algunos complementos. No se trata de una obra contra la creencia en brujas. Como el propio subtítulo exterioriza "Rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse", (consideraciones jurídicas en relación con los procesos de brujería) se trata de una postura crítica — desde el plano jurídico — al desarrollo de los procesos.³¹

En las sucesivas cuestiones o preguntas que integran la obra, desde la primera, responde afirmativamente a las de si existen brujas en la realidad,³² si la brujería y la magia son delitos graves, abominables, terribles,³³ si debe ser un delito especial — es decir, no sometido a las garantías generales del procedimiento,³⁴ etc.

Ahora bien, considera que es injusto que a quien quiere defenderse de la imputación de magia se le niegue asistencia jurídica o que pueda elegir abogado de su elección. Estima que el reo debe conocer los indicios que llevan a la inculpación y los nombres de los testigos, salvo que aquel sea tan poderoso que puedan estos estar en peligro. Ha de poder apelar la decisión de someterle

a tortura. Si el Juez no admite la apelación y le presiona para que confiese, tal confesión carece totalmente de valor para fundamentar una condena.³⁵

Algunas respuestas son realmente admirables. Un proceso en el que al inculpado se le ha negado la defensa conforme a Derecho es nulo (*nichtig und ungültig*) y el juez — y también el príncipe está obligado a resarcimiento. Si el consejero o el confesor del príncipe omiten dar a este información correcta, son igualmente culpables y serán castigados por Dios severamente.³⁶

No podemos seguir a Spee en toda su exposición. No renunciamos, empero, a reproducir una aseveración que aparece en la cuestión 30, XIX:

"Puedo testificar bajo juramento que hasta ahora nunca he acompañado a la hoguera a bruja alguna de quien, teniendo en cuenta todas las circunstancias, pueda estar convencido que era realmente culpable".³⁷

La excepcional agudeza del autor se exterioriza quizá al máximo en el breve prólogo:

He dedicado este libro a los magistrados de Alemania; ante todo a aquellos que no lo leerán, menos a quienes lo leerán. Pues aquel magistrado tan escrupuloso que se siente obligado a leer lo que aquí he escrito sobre los procesos contra las brujas posee ya aquello por cuya causa el libro debe ser leído: escrupulosidad y solicitud en el examen de estos casos. No necesita, por tanto, leerlo para adquirir estas cualidades. El magistrado, sin embargo, que es tan negligente que no quiere leerlo, necesita urgentemente leer la obra para aprender escrupulosidad y cautela. Por ello, deben leerla quienes no quieren. Y los que quieren leerla no necesitan hacerlo.³⁸

Los últimos procesos por brujería tuvieron lugar en Alemania en Würzburg, en 1749, y en Kempten en 1775. El 11 de abril de este año fue torturada (aunque sobre esto se duda), condenada y

ejecutada la última bruja en suelo alemán, Annemarie Schwägelin.³⁹

Termina entonces, se ha dicho, el capítulo más negro de la Historia del Derecho; no sólo del pueblo alemán.⁴⁰

La pregunta terrible a hacer es cómo pudo perdurar durante siglos la locura de la persecución de las brujas (*Hexenwahn*). Cómo hombres "normales" pudieron soportar y colaborar para que valiese como reina de las pruebas una confesión obtenida por medio de horribles tormentos. O que un solo juez iniciase el procedimiento, interpelase a los testigos, dirigiese la práctica de la tortura, dictase la sentencia, vigilase la ejecución de la condena.⁴¹ Las imputaciones de tres testigos llevaban a la tortura: *Aus dreier Zeugen Mund wird die Wahrheit kund*. Y sometido el reo a la "*peinliche Befragung*" se iniciaba una escalada que culminaba con la condena a muerte. Pocas posibilidades había de escapar a ella. La resistencia al primer grado de tortura no era indicio de inculpabilidad. Se juzgaba, por el contrario, prueba de su *Verstocktheit* (obstinación), por lo que para doblegarle era necesario emplear medios más crueles.

Algunos, no obstante, superaron tal prueba. Gloria Eschbauer ha descrito la vida de Maria Holl, propietaria del mesón "*Zurgoldenen Kronen*" en Nordlingen, que inculpada de brujería fue torturada en 1.593/94, despiadadamente en 13 de las 18 audiencias. Soportó 62 veces la tortura: 2, los atornillamientos de los dedos (*Dauenschrauben*); 26 de bota española; 19 el colgamiento y 15 el *Hobelbank* o discoyuntamiento del cuerpo.

Su resistencia hizo nacer en la colectividad serias dudas acerca de la justicia de los procesos y de las condenas.

Y era tal su fortaleza y temple que, muerto su marido en 1.608, Maria Holl, una de las mujeres más ricas entonces de la ciudad, se casó dos veces más. La última a la edad de 78 años. Murió 7 años después, como consecuencia

probablemente de la peste que, tras la batalla de Nordlingen, asolaba la ciudad. Lo que los vivos no conseguieron, es decir, lo que tres teutónicos maridos no lograron, ni obtuvo la más despiadada tortura de los inquisidores lo consiguieron los muertos por la brava infantería española, exitosa sitiadora de la libre e imperial ciudad bávara, en la sangrienta victoria que dió fin al periodo sueco de la Guerra de los Treinta años.⁴²

NOTAS

1. Zwetsloot, *Friedrich Spee und die Hexenprozesse*, Tréveris, 1954, p. 17.

2. De Estrasburgo procede el siguiente suceso transmitido de generación en generación. Un sirviente se enamoró de la bella hija de su amo. Antes de la boda tuvieron relaciones íntimas placenteras. Fieles ambos, un día el criado se dejó arrastrar por sus amigos a una casa de prostitución, donde fue incapaz de yacer con mujer alguna. El infeliz joven atribuyó la impotencia a hechizos de su amada. La denunció por bruja. La muchacha murió en la hoguera (Dross, Annemarie, *Die erste Walpurgisnacht. Hexenverfolgung in Deustschland*, Frankfurt am Main, 1978, p. 31).

3. El pacto más antiguo del que hay noticia fue signado por Teófilo, ecónomo de la iglesia de Adava, en Cilicia, que despojado por su obispo del beneficio vendió su alma al diablo, hacia el año 538, con el fin de recobrarlo (Grillot de Givry, *Le Musée des sorciers, mages et alchimistes*, Paris, 1966, p. 122).

4. Von Goethe, Johan Wolfgang: *Faust, Eine Tragödie*, I, "*Walpurgisnacht*", Munich, 1957, p. 126.

5. El original, autógrafo, se guarda en la Biblioteca Nacional de Paris, Fondos franceses de manuscritos. Según Guillot de Givry con el número 7619.

6. La importancia de la propia sangre en la inscripción de los pactos la subrayó Goethe en el Fausto: *Du unterzeichnest dich mit einen Tröpfchen Blut*, ("firma con una gotita de sangre") le exigirá Mefistófeles, y a la respuesta de Fausto de que si esto le satisface lo hará, aunque le parece intrascendente, Mefistófeles reitera, *Blut ist ein ganz besonderer Saft* ("la sangre es un líquido muy especial").

7. Hope Robbins, Rosell, *Enciclopedia de la brujería y demonología*, Madrid, 1992 (3 edición) (versión castellana de Flora Casas), pags. 439-441. Aubin, *Histoire des diables de Loudun*, Amsterdam, 1693. Legué, Gabriel, *Urbain Grandier et les Possédés de Loudun*, Paris, 1880. Huxley, Aldous, *Los demonios de Loudun*, (versión española de Enrique Antón Cuadrado) Barcelona, 1972.

8. La mezcla de inquisidores lascivos y mujeres históricas producían el fruto de descripciones fantásticas. Padres de la Iglesia, papas y teólogos creían en la posibilidad de la cópula. A veces el demonio adquiría apariencia de animal. Existe práctica unanimidad sobre la frialdad del diablo. A muchas mujeres el coito no les resultaba placentero. A otras sí: *máxima cum voluptate*. Sobre la forma del pene los testimonios difieren. Desde que era sinuoso, afilado, a veces con la mitad de hierro y la otra mitad de carne, otras veces todo de hueso, y dividido como la lengua de una serpiente. Era posible en ocasiones practicar el coito normal y la sodomía al mismo tiempo y, a veces, una tercera extensión llegaba hasta la boca. Alguna mujer se refiere al demonio "cum membro bifurcato". Para unas tiene el miembro "muy pequeño", para otras como "el de un mulo". Todavía en el siglo XVIII, 1731, se escriben tesis doctorales sobre la posibilidad de que una bruja y un demonio tengan hijos v. gr., Johann Klein, *Meditatio Academia exhibens examen juridicum judicialis lamiarum confessionis se ex nefando cum satana coitu prolem suscepisse humanum* (cf. Hope Robbins, Rosell, ob. cit. pp. 520-528).

9. V., De Givry, Guillot, *Le Musée des sorciers, mages et alchimistes*, Claude Tchon, éditeur, s.f., 1966, p. 75.

10. Von Goethe, Faust. Eine Tragödie, I. "Walpurgisnacht", cit., p. 129.

11. De Givry, Guillot, ob. y p. cit.

12. Zwetsloot, ob. cit., p. 28.

13. von Goethe, ob. y lugar citado, p. 124, *Wer heute sich nicht heben kann ist ewig ein verllorener Mann!*.

14. A la bruja se la representa como mujer fea y anciana, acepción que ha pasado al castellano. Ello se debe, quizá, al puritanismo católico y protestante que temía que unir belleza y brujería fomentase la superstición. Se sabe que algunas fueron grandes beldades. En una carta que el canciller del príncipe obispo de Würzburg escribe, en agosto de 1629, a un amigo cuya identidad se desconoce se lee:

"hace una semana quemaron a una muchacha de diecinueve años, de la que todos dicen que era la más hermosa de la ciudad y a la que todos consideraban doncella de modestia y pureza excepcionales". Se llamaba Bárbara Göbel. No se trata de un caso aislado: la envidia, maldad y celos, solían dictar los nombres objeto de denuncia. La riqueza, la cultura, la belleza y la bondad fueron con frecuencia la base de la acusación (Hope Robbins, Rosell, ob. cit., pp. 66 y 504). Las mujeres que aparecen en "Las cuatro hechiceras", de Albrecht Dürero, o en las "Tres brujas excitadas, atribuido a Hans Baldung Grün, son en extremo atractivas.

15. En los pueblos antiguos, el cabrón es símbolo de la antdivinidad. Venus lo utiliza a veces como montura. Se sacrifica a Dionisio que se reviste después con su piel. Entre los judíos, el chivo expiatorio cargaba con todos los pecados de Israel.

16. Hubo manifestaciones fuera de Europa pero, comparadas con estas, insignificantes. Es muy conocida la que culminó con los procesos de Salem de 1692 (19 personas murieron ahorcadas y una — Giles Cory — aplastada. Los juicios por brujería se limitaron prácticamente a las colonias inglesas del norte de Nueva Inglaterra donde, aparte de las víctimas de Salem, se ejecutó a unas doce personas entre 1648 y 1691. En Norteamérica, en los siglos XVI y XVII, las ejecuciones por brujería no excedieron de 36 personas (Rosell Hope Robbins, *Enciclopedia de la Brujería y Demología*, versión castellana de Flora Casas, Madrid, 1992 (3.ª edición, pp. 155, 481 y 496).

No son superiores las cifras de la Inquisición de Méjico. De 1571 a 1700 fueron relajados en persona de 34 a 37 individuos y de 96 a 107 en estatua. Su jurisdicción se extendía a unos 3 millones de kilómetros cuadrados. Abarcaba el Virreinato, buena parte de América Central, Nuevo Méjico y las Islas Filipinas. En las cifras citadas se incluyen, por otra parte, toda suerte de delitos, entre ellos, herejía y prácticas hechicerescas (Alberro Solange: *Inquisition et société au Mexique 1571-1700*, Méjico, 1988, pp. 13 y 14. Mariel de Ibañez, *El Tribunal de la Inquisición en México (siglo XVI)*, Méjico, 1979. Ha de subrayarse que los indígenas quedaron fuera de la jurisdicción inquisitorial a partir de una Real Cédula de Felipe II, de 23 de febrero de 1575.

En el Auto General de 1596 fueron 9 los reos consumidos por las llamas. En el Auto

Grande, de 11 de abril de 1649, trece; en el de 25 de marzo de 1601, tres; en el de 19 de noviembre de 1659, seis; (Medina, Jose Toribio, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de México*, Méjico, 1987, pp. 97, 132-3, 205 y 271).

17. La versión alemana del texto transcrito en Alfred Bruns: *Die Oberkirchener Hexenprotokolle*. Rainer Decker, *Der soziale Hintergrund der Hexenverfolgung im Gericht Oberkirchen 1630*, en "Hexen gerichts barkeit im kurkölnischen Sauerland". Redaktion: Alfred Bruns, Fredeburg, s.f., p. 220.

17 bis) En el famoso auto de fe celebrado en Logrono el 7 y 8 de noviembre de 1610 — quizá el más importante — seis brujas perecieron en la hoguera, mientras cinco fueron quemadas en effigie. Ya antes de su celebración, el inquisidor Alonso de Salazar mostró su oposición al proceso. Acabado este, manifestó sus dudas sobre la existencia de brujas y subrayó las deficiencias del proceso. Puntos ambos en que fue respaldado por Pedro de Valencia en su conocido *Discurso acerca de los cuentos de las brujas y cosas tocantes a magia*. A los dos se debe fundamentalmente la benignidad de la persecución de la brujería en España. Véase entre la amplia bibliografía, Fernandez Nieto, *Proceso a la brujería*. En torno al Auto de Fe de los brujos de Zugarramurdi, Logroño, 1610, Madrid, 1989, Henningsen, *El Abogado de las brujas. Brujería vasca e inquisición española*, versión española de Marisa Rey-Henningsen, Madrid, 1983. Amoros, *Brujas, médicos y el Santo Oficio*, Torre del Puerto, 1990. Blazquez Miguel, Madrid, *Judios, herejes y brujas*. El Tribunal de Corte (1650-1820), Toledo, 1990. Caro Baroja, *Las brujas y su mundo*, Madrid, 1982, (6.ª edición). Blazquez y Tanatos, *Brujería y superstición en España*, Toledo, 1989.

18. Zwetsloot, ob. cit., p. 54.

En el *Schwabenspiegel* la equiparación entre "vngelaubig" y "zaubrei" es también palmaria, puesto que "die sol man alle auf hurden prennen" (art. 182) (*Schwabenspiegel*. Kurzform, herausgegeben von Karl August Eckhart. Manumenta Germaniae Historica. Fontis iuris germanici antiqui nova series, Marburg/Lahn, 1961).

19. Se ha tenido en cuenta la edición de H. Zoepfle (de Leipzig y Heidelberg) de 1883.

20. Hope Robbins, Rossell, ob. cit., p. 117.

21. La cifra más alta, nueve millones *circa*, la ofrece Roskoff. Zwetsloot (ob. cit., p. 56) parece aceptar la de trescientos a quinientos mil. En algún lugar fué quemada una de cada veinte personas. En Balve, por ejemplo, entre 1628 y 1630, fueron ejecutadas 280, *circa*, en 27 procesos. Si el número máximo de habitantes era 6.000, el porcentaje que resulta es el expuesto (Decker, Rainer: *Die Hexenverfolgungen im Herzogtum Westfalen*, en *Hexen Gerichtsbarkeit im kurkölnischen Sauerland*, Redaktion Alfred Bruns, Fredeburg (s.f.) p. 57.

22. Zwetsloot, ob. cit., p. 57.

23. Las causas de este holocausto no están aclaradas. Algún autor las relaciona con las malas cosechas, la peste y el aumento del precio de los cereales que produjeron hambre y un incremento en las cifras de fallecimientos. pero no se estiman satisfactorias. Pocos años despues, 1635/36, una epidemia se extendió por toda Alemania y ocasionó un número mucho mayor de muertes y, sin embargo, los procesos por brujería fueron escasos. Mideldort ha dado otra razón. Los católicos alcanzaron su mayor poder de 1626 a 1630 y los protestantes retrocedieron por el *Restitutedikt* al estado de 1532. El sentimiento de triunfo sobre sus enemigos de religión, los protestantes, impulsó a los príncipes católicos a actuar contra sus "segundos" enemigos, las brujas, causantes de hambres y pestilencias, para eliminarlas (Decker, art. cit., p. 202).

24. Bruns, Alfred, *Die Oberskirchener Hexenprotokolle* y Decker, *Die Hexenverfolgungen im Herzogtum Westfalen* en "Hexen Gerichtsbarkeit im Kurkölnischen Sauerland" Redaktion, Alfred Bruns, Frederburg (s.f.) 1984.

25. En realidad la niña fué, según parece, la primera inculpada y al dar los nombres de 10 participantes en las danzas demoniacas fue puesta en libertad. El simple testimonio de la niña desencadenó la persecución (Bruns, art. cit., pp. 12 y ss).

26. V. Bruns, art. cit., p. 97.

27. Bruns, art. cit., pp. 103 y ss.

28. Bruns, art. cit., pp. 94-95.

29. Con frecuencia la caza de brujas iba unida a la obtención de elevados beneficios económicos. No pocos hombres y mujeres fueron tildados de brujos para conseguir sus caudales. Su reparto entre el denunciante, el

ayuntamiento, el príncipe o emperador y el propio Tribunal inquisitorial no siempre resultaba fácil. En Offenburg, por ejemplo, entre 1627 y 1629 dio lugar a ruidosos pleitos. Algunos obtuvieron notables ganancias. El arzobispo de Bamberg, por ejemplo, en abril de 1631 se había embolsado 500.000 florines de los ejecutados en los años precedentes y 220.000 de los que aún seguían en prisión. Cuando el emperador Fernando II prohibió las confiscaciones por considerarlas *schmutzig* (algo sucio) se desvaneció el celo por la persecución de brujas.

30. Bruns, art. cit., p. 101.

31. Hemos tenido en cuenta la edición de Ritter, impresa en Weimar en 1939.

32. von Spee, Friedrich, *Cautio Criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse* (ed. de Ritter), Weimar, 1939. (ob es wirklich Hexen, Zauberinnen oder Unholde gibt? (cuestión primera), p. 1.

33. von Spee, Friedrich, *Cautio Criminalis*, cit. (was die Hexerei oder Zauberei für ein Verbrechen ist? (cuestión tercera), p. 5.

34. von Spee, Friedrich, *Cautio Criminalis*. (ob die Hexerei zu den Sonderverbrechen gehört? (cuestión cuarta), p. 5.

35. von Spee, Friedrich, *Cautio Criminalis*, cit., p. 65.

36. von Spee, Friedrich, *Cautio Criminalis*, cit., p. 71 (*Ergebnis XVII*).

37. von Spee, Friedrich, *Cautio Criminalis*, cit., p. 153.

38. von Spee, Friedrich, *Cautio Criminalis*, cit. ("Vorrede des Verfassers"), p. XLII.

39. Eschbaumer, Gloria, *Bescheidenliche Tortur. Der ehrbare Rat der Stadt Nördlingen*

im Hexenprozess 1593/94 gegen die Krogenwirtin Maria Holl, Nördlingen, 1983, p. 7.

Presa fácil del cochero que trabajaba en su misma casa quien le prometió casarse si se convertía al luteranismo. Anna María, renunció formalmente al catolicismo. Pero aquél, tras seducirla, la abandonó. Desesperada por haber perdido la fe y la virginidad — tenía 34 años — fue a pedir la absolución a un fraile agustino, el cual — según supo después — se había convertido al protestantismo. Sólo el diablo podía haberle jugado tan malas pasadas. Enloquecida, empezó a vagabundear por el campo. Internada en un manicomio, la matrona — otra desequilibrada — la golpeó hasta obligarla a admitir que mantenía relaciones sexuales con el demonio; lo que reconoció en los interrogatorios. Condenada a muerte el 30 de marzo, los jueces discutieron si debía ser ahorcada, decapitada o quemada. Anna María Schawägelin fue decapitada doce días más tarde: el 11 de abril de 1775. El príncipe abad, Honorio, firmó la sentencia de su puño y letra: "Fiat iustitia" (Hope Robbins, Rosell, *Enciclopedia de la brujería y demonología*, cit., pp. 118, 543-544).

Anna Göldin, ajusticiada en Glarus (Suiza) el 18 de junio de 1782, se estima fue la última mujer condenada por bruja en Europa. Pinkus relató su vida en la bella película *Anna Göldin, Letzte Hexe*.

40. Eschbaumer, Gloria, *Bescheidenliche Tortur*, ob. y p. cit. Otros más luctuosos, empero, aunque no tan dilatados, llegarían después.

41. Eschbaumer, *Bescheidenliche Tortur*, cit. pp. 7 y 8.

42. Eschbaumer, Gloria, *Bescheidenliche Tortur*, cit. p. 20.

DOCTRINA NACIONAL

PROVA EMPRESTADA

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Direito Processual Penal da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SUMARIO: I — *Procedimento probatório e devido processo legal*. 1. As garantias constitucionais na disciplina da prova. 2. A legalidade na disciplina da prova. II — *O contraditório como condição de eficácia das provas*: 3. A exigência do contraditório na produção das provas; 4. Ineficácia da prova produzida sem a presença do juiz. 5 Ineficácia da prova produzida sem a presença das partes. III — *Da infringência às normas constitucionais de garantia e suas consequências*: 6. As normas constitucionais de relevância processual como normas de garantia. 7. A ineficácia do ato processual praticado em violação à norma constitucional. 8. As provas colhidas fora do contraditório como provas ilegítimas. 9. As provas colhidas fora do contraditório como provas juridicamente inexistentes ou absolutamente nulas. 10. A ineficácia das provas produzidas *contra constitutionem*: a proibição de utilização. 11. A insanável nulidade da sentença que se fundamentar em provas colhidas fora do contraditório. IV — *A prova emprestada*. 12. Conceito e natureza. 13. Admissibilidade da prova emprestada. 14. A aplicação dos princípios constitucionais à prova emprestada. V — *O caso concreto*. 15. A sentença condenatória. 16. A prova emprestada como único fundamento para o reconhecimento da qualificadora. 17. Consequências da valoração da prova emprestada pela sentença de primeiro grau.

I — PROCEDIMENTO PROBATÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

1. As garantias constitucionais na disciplina da prova

O moderno processo penal, de índole marcadamente acusatória, é todo banhado pela cláusula do devido processo legal — assegurada expressamente pela Constituição brasileira no n. LIV do art. 5.º, vista não apenas no enfoque individualista de tutela dos direitos subjetivos das partes, mas também e sobretudo como conjunto de garantias objetivas do próprio processo, como fator legitimante do exercício da jurisdição.¹

Entre outras garantias, defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* —

guardando íntima relação entre si — colocam-se à base da regularidade do processo e da justiça da decisão, fechando o círculo dos instrumentos constitucionais-processuais de proteção das partes e da jurisdição, os quais servem, em última análise, à própria imparcialidade do juiz.²

Não pode ficar imune a tais garantias o direito à prova, que nada mais é do que uma resultante do contraditório: o direito de contradizer provando. E assim como o contraditório representa o momento de verificação concreta e de síntese dos valores expressos pelo sistema de garantias constitucionais, o modelo processual informado nos princípios inspiradores da Constituição não pode abrir mão de um procedimento

probatório que se desenvolva no pleno respeito do contraditório. É o que afirma peremptoriamente a mais recente doutrina processual penal italiana, ao focar o procedimento probatório em face do devido processo legal.³

E não é em vão que se salienta o direito à prova no quadro das garantias da ação e da defesa. Já se notou que a atividade probatória representa indubitavelmente o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se, portanto, de fundamental importância para o conteúdo do provimento jurisdicional.⁴

Assim se explica, como foi agudamente observado, a estreita conexão entre o regime da prova e as garantias constitucionais, uma vez que é exatamente no terreno da prova que a interação das garantias encontra efetiva aplicação. E o princípio do contraditório ficaria esvaziado de qualquer sentido, se as partes não fossem colocadas em condições de participar da formação da prova, em plano paritético.⁵

A participação dos sujeitos no processo não permite apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo, própria do procedimento em contraditório e de estrutura cooperatória,⁶ existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.⁷

2. A legalidade no regime da prova

Tudo isso importa numa profunda revalorização da legalidade na disciplina da prova, de que é manifestação expressa o princípio insculpido no art. 5.º, n. LVI da Constituição brasileira ("São

inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos")

Essa opção do processo penal democrático torna indispensável repristinar o princípio de legalidade na disciplina da prova, recuperando-o rigorosamente dentro de um quadro de garantias.⁸

Já tivemos oportunidade de escrever:

"Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes.

Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um *valor* de verdade. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia".⁹

Surge daí o indispensável redimensionamento do princípio da verdade real, necessariamente condicionado àquela série de valores que se traduzem pelo método através do qual se desenvolve sua busca. A liberdade do juiz penal, enquanto instrumento essencial para a realização da pretensão punitiva — porque a descoberta da verdade, obtida a qualquer custo, seria a premissa indispensável para atingir o escopo "defesa social" —, mostrou toda a sua falácia, transmutando a busca da verdade em valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual.

A verdade absoluta, correspondendo a poderes ilimitados do juiz, há de ser desmistificada, tomando-se hoje a expressão “verdade real” em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu procedimento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, obtida por um método processualmente legítimo.¹⁰

E também decorre desse enfoque a conclusão de que o direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado às partes — por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório —, não é absoluto, encontrando limites. Limites colocados, em primeiro lugar, pelo princípio da convivência das liberdades públicas, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. E, em segundo lugar, pela consideração de que o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes.¹¹

II — O CONTRADITÓRIO COMO CONDIÇÃO DE EFICÁCIA DAS PROVAS

3. A exigência do contraditório na produção das provas

De extrema relevância é o problema do contraditório, entendido como participação das partes e do juiz no momento da produção das provas. Trata-se, agora, das atividades dirigidas à constituição do material probatório que vai ser utilizado pelo órgão jurisdicional na formação de seu convencimento. E a relevância de tais atividades, necessariamente banhadas pelo contraditório, tem

sido posta em destaque pela doutrina universal,¹² encontrando ressonância nas legislações mais avançadas.

Essa colocação também põe de realce a íntima conexão que existe entre a participação das partes na produção das provas e o princípio da imediação — exatamente entendido, como destaca Trocker,¹³ no sentido de que a colheita das provas há de ser feita com a participação das partes, perante o juiz.

Isso tudo significa, como já tive oportunidade de escrever,¹⁴ que tanto será viciada a prova que for colhida sem a presença do juiz, como o será a prova que for colhida sem a presença das partes. A concomitante presença de ambos — juiz e partes —, na produção da prova, é essencial à sua eficácia.

Com a única exceção da prova antecipada, de natureza cautelar, em que o contraditório é diferido.

4. Ineficácia da prova produzida sem a presença do juiz

O Código de Processo Civil alemão é expresso na exigência de que a colheita de todas as provas seja feita perante o juiz da causa: “Art. 355, *caput* ZPO: “A produção das provas ocorre perante o órgão chamado a decidir a controvérsia”.

A doutrina salientou a relevância desse princípio, que “seguramente representa um dos elementos estruturais fundantes do vigente ordenamento alemão”.¹⁵

Essa postura conduz à conclusão de ser ineficaz a prova produzida sem a presença do juiz. Ou seja, como já tive oportunidade de escrever,¹⁶ “dessa afirmação básica decorre a inarredável consequência de que não são provas, que o juiz possa utilizar para a formação de seu convencimento, as que forem produzidas em procedimentos administrativos prévios ou mesmo em outros processos jurisdicionais” (sem grifos no texto).

E é irrelevante indagar se esses processos, administrativos ou mesmo jurisdicionais, foram presididos por juízes, porque aqui a regra também se liga ao princípio do juiz natural, como salienta a doutrina.¹⁷

Revela notar, a esse propósito, que o princípio do juiz natural — que caracteriza um requisito prévio para o exercício da jurisdição¹⁸ — é tutelado por uma dúplici garantia: de um lado, a proibição de tribunais extraordinários ou de exceção, *ex post facto*; e, do outro, o asseguração do juiz competente. Esse segundo aspecto, herdado do constitucionalismo norte-americano, vem consagrado em nossas Constituições desde o Império (art. 149, II) e é hoje insculpido no art. 5.º, LIII CF:

Art. 5.º, LIII: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (sem grifos no texto)

O princípio, em nosso direito, garante que ninguém será subtraído ao seu juiz constitucional, cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais.¹⁹ Não será juiz natural, portanto, o juiz constitucionalmente incompetente, e o processo por ele instruído e julgado deverá ser tido como inexistente.²⁰

Assim, paralelamente, os atos processuais praticados em outro processo, perante autoridade judicial que não é o juiz competente para a causa, ficarão desprovidos de qualquer eficácia, não podendo valer em processo distinto.

É essa a interligação entre os princípios do contraditório e do juiz natural, a exigir que o primeiro seja instaurado perante o juiz da causa: tanto assim que, ainda que a prova fosse produzida com a participação das partes, a ausência do juiz natural impossibilitaria a convalidação do vício. Trata-se, segundo a doutrina e jurisprudência italianas, da denominada impossibilidade de integração extrajudicial do contraditório.²¹

5. Ineficácia da prova produzida sem a presença das partes

É expressa nesse ponto a ZPO alemã, ao estatuir, nos §§ 357 e 397, que às partes assiste o direito de assistir à produção das provas. A esse fundamental princípio, doutrina e jurisprudência alemãs dão o nome de Parteioffentlichkeit, reconhecendo-o como uma das garantias basilares do processo em geral e extraíndo de sua inobservância a proibição de utilização das provas produzidas.²²

Na Itália não é diversa a posição da doutrina, que identifica como suporte essencial do método de formação da prova o fato dela ser realizada em contraditório.²³ Nem na França, como se vê em Legeais.²⁴

E é importante salientar que o princípio da ineficácia das provas que não sejam colhidas em contraditório não significa apenas que a parte possa defender-se em relação às provas contra ela apresentadas: exige-se, isso sim, que seja posta em condições de participar, assistindo à produção das mesmas enquanto ela se desenvolve.²⁵

Tudo quanto for utilizado pelo magistrado, sem que tenha havido prévia intervenção e participação das partes, acaba sendo reconduzido e reduzido a conhecimento privado do juiz.²⁶

III — DA INFRINGÊNCIA AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

6. As normas constitucionais de relevância processual como normas de garantia

Os preceitos constitucionais com relevância processual têm natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo.

Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc., constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício dos litigantes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.²⁷

7. A ineficácia do ato processual praticado em violação à norma constitucional

Toda vez que houver infringência a princípio ou norma constitucional-processual que desempenhe função de garantia — caracterizando a denominada atipicidade constitucional²⁸ — a consequência será a ineficácia do ato praticado em violação à Lei Maior. E essa sanção poderá surgir diretamente da Constituição — como ocorre com a obrigação de motivar a decisão judiciária, sob pena de nulidade (art. 93, IX CF) — ou dos princípios gerais do ordenamento.

Não há dúvidas de que a gravidade do vício do ato processual, que resulte da circunstância de ter sido inobservada norma constitucional de garantia, exclui a possibilidade de se configurarem meras irregularidades sem sanção. Tratar-se-á sempre de verificar se o ato deve ser considerado juridicamente inexistente ou nulo: juridicamente inexistente, quando lhe faltarem, de forma absoluta, os elementos necessários para sua constituição, de modo que se trata na verdade de um não-ato, não se cogitando sequer da invalidação, pois a inexistência jurídica constitui problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade;

ou nulo (em sentido processual), privando-o de qualquer aptidão de produzir efeitos.²⁹

Com relação aos atos processuais nulos, por infringência à norma constitucional de garantia, cumpre ainda assinalar que se tratará sempre de nulidade absoluta (mais uma vez em sentido processual). Isso porque a distinção entre nulidade absoluta e relativa reside no tipo de interesse que a norma violada visa a tutelar: tratando-se de interesse público, a nulidade será sempre absoluta; cuidando-se do interesse das partes, a nulidade será relativa.³⁰

Sendo a norma constitucional-processual, por natureza, estabelecida em prol do interesse público, o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo: assim, a nulidade deverá ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada; não haverá que demonstrar o prejuízo, sendo este manifesto; nem se poderá cogitar do princípio do interesse (com a indagação sobre quem deu causa à nulidade: art. 565 CPP), que só se aplica à nulidade relativa.³¹

O vício atinge o próprio interesse público à correta aplicação do direito, não se subordinando o seu reconhecimento às regras aplicáveis às nulidades relativas.³²

8. As provas colhidas fora do contraditório como provas ilegítimas

Releva notar que o tema das provas produzidas fora do contraditório guarda analogia, mas não se confunde, com o das provas obtidas por meios ilícitos. Estas são as colhidas com infringência a normas de natureza material, que tutelam bens da vida como a intimidade, a integridade física, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, etc. A elas se reserva a denominação de provas ilícitas, sendo objeto da garantia

prevista no art. 5.º, LVI CF. Já por provas ilegítimas entendem-se as produzidas contra normas de índole processual, ainda que inseridas na Constituição: é o caso das provas produzidas fora do contraditório.³³

Mas, como bem alerta Júlio Fabbrini Mirabete, “a partir do início da vigência da nova Carta Magna, pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material”.³⁴

9. As provas colhidas fora do contraditório como provas juridicamente inexistentes ou absolutamente nulas

Vejam-se as conseqüências disso tudo para o vício consistente em ter-se a sentença baseado em provas ineficazes, porquanto não produzidas sob o páleo do contraditório instaurado entre as partes, na presença do juiz da causa.

Quando a decisão se apoiar em provas produzidas sem a concomitante presença das partes e do juiz natural, estará na verdade alicerçando-se em elementos que não têm aptidão para surgir para o direito como provas: em não-provas, em algo que só tem a aparência de provas mas que constitui, na verdade, provas juridicamente inexistentes. É o que tivemos oportunidade de escrever, com relação às provas produzidas *contra constitutionem*.³⁵

Até porque, como visto, a ausência do juiz natural constitucionalmente competente, na produção das provas torna os atos praticados por outro juiz inexistentes para efeito de processo diverso, por vício de jurisdição.³⁶

Mas ainda que se prefira a tese da nulidade, tratar-se-á no mínimo de nulidade absoluta, a qual não se sujeita às regras aplicáveis às relativas.³⁷

10. A ineficácia das provas produzidas contra “constitutionem”: a proibição de utilização

As provas produzidas *contra constitutionem* são, por isso, totalmente ineficazes. Não podem ser admitidas no processo e, se chegarem a ser produzidas, devem ser dele desentranhadas. O juiz não poderá utilizá-las na formação de seu convencimento.

É do novo Código de Processo Penal italiano a categoria da proibição de utilização, como se vê do art. 191: Art. 191: “Prove illegittimamente acquisite. 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L’inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento”.

E a doutrina italiana tem construído em torno do novo conceito de “inutilizzabilità della prova”,³⁸ que em nosso ordenamento se traduz em ineficácia e proibição de valoração.

Assim sendo, o sistema do livre convencimento do juiz, que impõe o respeito prévio a um método probatório rigorosamente legal, significa que o juiz deve formar a sua convicção, valorando atentamente as alegações e as provas existentes no processo: mas excluindo os elementos probatórios que ingressaram ilegítimamente no processo.³⁹

11. A insanável nulidade da sentença que se fundamentar em provas colhidas fora do contraditório

Mas se, apesar de tudo isso, o juiz valorar as provas produzidas fora do contraditório (provas inexistentes ou absolutamente nulas, e conseqüentemente ineficazes), nelas fundamentando a formação de seu convencimento, a sentença ficará inquinada de vício insanável (a nulidade absoluta) — que ensejaria sua revisão, uma vez transitada em julgado.

Isso não significa, porém, que em grau de apelação não possa a sentença ser revista pelo tribunal que, na formação de seu convencimento, desconsiderará as provas produzidas contra a Constituição, julgando o caso como se elas não existissem.

A jurisprudência corrobora esse entendimento, em tema paralelo (o das denominadas provas ilícitas),⁴⁰ e nem haverá, no caso, supressão de um grau de jurisdição, porque a lide foi apreciada em sua inteireza em primeiro grau, devolvendo a apelação o conhecimento integral da causa ao tribunal, nos limites da matéria impugnada (art. 515, § 1.º CPC, aplicável ao processo penal).

IV — A PROVA EMPRESTADA

12. Conceito e natureza

Entende-se por prova emprestada aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto.⁴¹

Quanto à forma, a prova emprestada é sempre documental, e assim tem sido considerada em via legislativa pelos ordenamentos que dela expressamente se ocupam (v.g., art. 238 do CPP italiano).⁴²

Pode-se afirmar, no entanto, que seu valor é o da sua essência, e esta será sempre a originária, consoante foi produzida no processo primitivo.⁴³

13. Admissibilidade da prova emprestada

O primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é a de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes.

Não discrepa a doutrina. Ouça-se Camargo Aranha: “O princípio consti-

tucional do contraditório (*audiatur et altera pars*) exige que a prova somente tenha valia se produzida diante de quem suportará seus efeitos, com a possibilidade de contrariá-la por todos os meios admissíveis. Daí porque a prova emprestada somente poderá surtir efeito se originariamente colhida em processo entre as mesmas partes ou no qual figure como parte quem por ela será atingido. Em hipótese alguma, por violar o princípio constitucional do contraditório, gerará efeitos contra quem não tenha figurado como uma das partes no processo originário” (sem grifos no texto).⁴⁴

A esse primeiro, indispensável requisito constitucional de admissibilidade, há que acrescentar outro, em face do princípio constitucional do juiz natural, enquanto juiz competente para processar e julgar (art. 5.º, LIII CF). É preciso, para admitir-se a prova emprestada, que o contraditório no processo originário tenha sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa.

E isso porque, como visto,⁴⁵ somente a presença concomitante do juiz e das partes pode dar validade à prova. Principalmente quando se trate de prova originariamente oral (interrogatório, depoimentos testemunhais), em que o princípio da imediação torna indispensável que o juiz da causa tenha contato direto com as provas, para poder valorá-las devidamente.

São esses dois, a meu ver, os requisitos constitucionais de admissibilidade da prova emprestada.

Outros requisitos existem, no campo da legalidade da prova. São eles: a) a observância dos princípios que regem a prova, vista em sua natureza jurídica original (prova testemunhal, depoimentos pessoais, etc.), tanto no processo primitivo como no segundo processo; b) a observância dos princípios que regem a prova documental, no processo em que a prova foi transportada.⁴⁶

14. A aplicação dos princípios constitucionais à prova emprestada

Tudo que acima se disse⁴⁷ aplica-se à prova emprestada, quando produzida fora do contraditório instituído entre as partes e sem a presença do juiz da causa.

Trata-se de prova ilegítima, por ter sido produzida sem a presença das partes e do juiz da causa, vulnerando, por isso as garantias do contraditório e do juiz natural (art. 5.º, LV e LIII CF) e a própria cláusula do devido processo legal (art. 5.º, LIV CF).

Por isso mesmo, é inadmissível no processo, tanto quanto a prova obtida por meios ilícitos, a teor do inciso LVI do art. 5.º CF.

Se, porém, for introduzida no processo *contra constitutionem*, não poderá ser utilizada pelo juiz, por tratar-se de prova juridicamente inexistente (ou absolutamente nula), e consequentemente desprovida de qualquer eficácia, devendo, como tal, ser desentranhada dos autos. E isso, independentemente de indagar sobre quem a produziu, porquanto a prova, uma vez introduzida no processo, pertence ao juiz: a prova nos autos não é da acusação ou da defesa, mas do juiz (princípio da comunhão da prova, impropriamente chamado de ônus objetivo).⁴⁸

Mas se, apesar disso tudo, vier a essa pseudo-prova a ser valorada pelo Juiz, a sentença que nela se fundamentar será absolutamente nula, podendo ser desconstituída mediante revisão criminal.

Em grau de apelação, porém, o tribunal deverá reconsiderar a prova emprestada, proferindo nova decisão exclusivamente na base da prova legítima e eficaz.

V — O CASO CONCRETO

15. A sentença condenatória

A r. sentença do primeiro grau condenou os réus como incurso no crime de formação de quadrilha ou bando, reconhecendo a qualificadora da quadrilha armada.

E é com relação à majorante especial que o juízo se valeu de prova emprestada.

Afirma a sentença, a fls.: “Secundando todo o arcabouço probatório, que a esta altura já considero, neste aspecto, monolítico, relembro a presença nos autos das peças referentes a alguns dos infundáveis processos que correm ou já correram, independentemente de seus resultados, em Varas Privativas do Júri, por todo o Estado, sempre envolvendo fatos de extrema, infeliz e, para alguns, exemplar violência, onde estão presentes vítimas que, de qualquer forma, mantinham interesses conflitantes ou estranhamente coincidentes com o grupo de indivíduos que vieram a ser chamados neste processo, como réus”.

E, mais incisivamente, a fls.: “Quanto aos crimes afetos ao Tribunal do Júri, desenha-se igualmente significativo e até porque não dizer, imprescindível na própria caracterização da majorante especial da quadrilha armada” (sem grifos no texto).

16. A prova emprestada como único fundamento para o reconhecimento da qualificadora

É certo que a r. sentença, para a condenação, se fundamenta num depoimento testemunhal, reproduzido às fls. Mas este depoimento só serviu para fundamentar a decisão no capítulo da sentença atinente à condenação por formação de quadrilha, que teria tido o intuito de praticar crimes de corrupção de policiais. Nada dele se extrai, quanto à qualificadora da quadrilha armada.

Para esta, o único fundamento da sentença é constituído pela prova emprestada extraída de vários processos do Tribunal do Júri — a que o magistrado alude vagamente, sem referir-se especificamente a depoimentos individualizados: processos de que não foram parte os réus, tendo sido a prova produzida sem sua participação, perante órgãos da jurisdição que não são o juiz natural desta causa.

A prova emprestada, originária de processos em que os réus não foram parte e produzida perante juízo constitucionalmente incompetente para processar e julgar os crimes objeto da presente causa, constitui assim, o único fundamento da sentença de primeiro grau para a caracterização da majorante especial da quadrilha armada.

17. Consequências da valoração da prova emprestada pela sentença de primeiro grau

Consoante se disse,⁴⁹ a prova emprestada utilizada pela r. sentença caracteriza-se como prova ilegítima, por ter sido produzida sem a presença das partes e do juiz da causa, vulnerando, por isso, as garantias do contraditório e do juiz natural (art. 5.º, LV e LIII CF) e a própria cláusula do devido processo legal (art. 5.º, LIV CF).

Por isso mesmo, não podia ser admitida no processo, sendo tão inadmissível quanto o é a prova obtida por meios ilícitos, a teor do in. LVI do art. 5.º CF.

Introduzida que foi no processo, *contra constitutionem*, não podia ser utilizada pelo juiz, por tratar-se de prova juridicamente inexistente (ou absolutamente nula), totalmente desprovida de eficácia, devendo, como tal, ser desentranhada dos autos. E isso, independentemente de indagar sobre quem a produziu, porquanto a prova, uma vez introduzida no processo, pertence ao juiz: a prova nos autos não é da acusação ou da defesa, mas do juiz (princípio da comunhão da prova, impropriamente chamado de ônus objetivo).⁵⁰

Mas a sentença de primeiro grau a valorou, tomando-a como único fundamento para o reconhecimento da qualificadora: por isso, nesta parte, é a decisão absolutamente nula, podendo ser desconstituída mediante revisão criminal.

Em grau de apelação, porém, o tribunal deverá desconsiderar a prova emprestada, originária de processos do Tribunal do Júri, proferindo nova decisão.

E como a única prova da qualificadora é a prova emprestada, excluída esta, o tribunal deverá, por inexistência de provas, reformar a decisão, deixando de aplicar a majorante especial do parágrafo único do art. 288 CP.

Isso, sem embargo de outras considerações quanto à condenação em si, a serem enfrentadas em sede diversa, uma vez que este parecer se cinge à análise da prova emprestada que serviu de supedâneo para o reconhecimento da qualificadora.

NOTAS

1. Cf. Cintra, Grinover & Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, S. Paulo, Ed., 9.ª ed., 1992, pp. 75 ss.

2. Ada Pellegrini Grinover, "Defesa, Contraditório, igualdade e "par condicio" no processo de estrutura cooperatória, in *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio, Forense Universitária, 1990, p. 4.

3. V., por todos, a monografia de Alfredo Bargi, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Nápoles, Yovene, 1990, especialmente pp. 90 e 104 ss.

4. Assim Nicolo Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milão, Giuffrè, 1974, p. 510.

5. Bargi, op. cit., p. 108

6. A expressão estrutura cooperatória do processo penal, amplamente utilizada por Foschini (*Sistema del diritto processuale penale*, Milão, I, 1965, pp. 230 ss), foi retomada por Faranda, *La "par condicio" nel processo penale*, Milão, 1968, pp. 5 ss.

7. Pellegrini Grinover, op. cit., pp. 2-3.

8. É o que observa, para o novo processo penal italiano, Vittorio Grevi, in Giovanni Conso e Vittorio Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Pádua, Cedam, 1990, pp. 140.141.

9. Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades no processo penal*, S. Paulo, 2.ª ed., 1992, pp. 105-6

10. Id., *ibid.*, pp. 106/7

11. Id., *ibid.*, pp. 104-105

12. Franco Cordero, *ideologie del processo penale*, Milão, 1966, pp. 218.220; Luigi Paolo Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Pádua, 1970, pp. 219 e ss.; Oppetit, "Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en droit français", in Cappelletti e Tallon, *Les garanties fondamen-*

tales des parties dans le procès civil, Milão, 1973, p. 502; J. Reichel, "Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme" in *der Zivilprozessordnung*, Giessen, 1971, pp. 25 ss. e 73 ss.

13. Trocker, op. cit., p. 548.

14. Pellegrini Grinover, O conteúdo da garantia do contraditório, in *Novas tendências do direito processual* cit., p. 22. No mesmo sentido, Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., pp. 98-100

15. Trocker, op. cit., p. 548

16. Pellegrini Grinover, O conteúdo da garantia do contraditório cit., p. 22.

17. Dentre os italianos, v. Trocker, op. cit., p. 550 e dentre os alemães, Reichel, *Die Unmittelbarkeit* cit., pp. 73/78, retomando a tese de Bosch, *Grundsatzfragen des Bewiesrechts*, Giesecking, 1963, p. 123

18. V. Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., p. 38

19. V. José Frederico Marques, Juiz natural, verb. in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 46/447

20. Sobre a inexistência jurídica do processo e julgamento por juiz constitucionalmente incompetente, v. Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., pp. 38-42.

21. Comoglio, *La garanzia* cit., p. 218; *Corte Constitucional italiana*, sent. n.70 de 1961, in *Giur. cost.*, 1961, p. 1.282 ss

22. V. doutrina e jurisprudência indicadas por Trocker, op. cit., pp. 553 ss..

23. Vittorio Denti, Perizie, nullità processuali e contraddittorio, in *Riv.Dir.Proc.*, 1967, p.405.

24. Legeais, *Les règles des preuves en droit civil*, Paris, 1955, p.16.

25. Pellegrini Grinover, *O conteúdo da garantia do contraditório* cit., p. 24; Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., pp. 101-102.

26. V. a copiosa doutrina e a firme jurisprudência italianas e alemãs referidas por Trocker, op. cit., pp. 536-537 e 552 ss.

27. Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., pp. 19-20.

28. Ada Pellegrini Grinover, A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição, in *Rev.Proc.Ger.Estado SP*, n.37, jun.-92, pp. 35 ss.

29. Grinover, Scarance & Magalhães, op. cit., pp. 19-21 e 16-18.

30. Cintra, Grinover & Dinamarco, *Teoria geral do processo* cit. pp. 291-292; Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., p. 21.

31. Grinover, Scarance & Magalhães, op. cit., pp. 23-25 e 26-28

32. Id., *ibid.*, pp.22-28.

33. V. sobre o conceito de *provas ilícitas* (ou obtidas por meios ilícitos) e *provas ilegí-*

timas, na terminologia de Nuvolone, que adotamos, Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., pp. 107-110.

34. Mirabete, *Processo penal*, S. Paulo, Atlas, 1991, p. 251

35. Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., p. 116.

36. V. parecer supra, n.4.

37. V. *supra*, n.7 deste parecer

38. V. Novella Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Pádua, Cedam, 1992

39. Grinover, Scarance & Magalhães, *As nulidades* cit., p. 102

40. Id., *ibid.*, p.116

41. Cf. Adalberto José de Camargo Aranha, *Da prova no processo penal*, S. Paulo, Saraiva, 2.ª ed., 1987, p.188

42. Na Itália, o dispositivo — que se justificaria em face da opção do legislador, que diminuiu a *vis atractiva* da conexão — é criticado por desrespeitar os princípios de oralidade e imediação próprios do processo acusatório e, sobretudo, por sacrificar o princípio da participação das partes na formação da prova, comprimindo o contraditório no momento da produção da prova: v. Claudia Squassoni, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. de Mario Chiavario, UTET, vol. II, 1990, pp.657 e 662. A disciplina do Código, modificada pela denominada "Lei anti-máfia" (Dec.-lei 306/92, convertido em lei aos 6/8/1992), foi alvo de novas críticas, sendo considerada inaceitável na parte em que sacrifica drasticamente o direito das partes à formação da prova no próprio processo e, de qualquer maneira, o direito de inquirir as testemunhas e o acusado (Giuseppe Frigo "Le misure antimafia/1", in *Il Sole*, 24 ore documenti, 7.8.92, p.5).

43. Camargo Aranha, op. cit., pp. 188-189

44. Id., *ibid.*, pp. 189-190

45. V. *supra*, ns. 3 e 4 deste parecer.

46. A esses requisitos de índole legal, Camargo Aranha (op. cit., pp. 189-90) acrescenta o de se tratar de fatos semelhantes a serem provados no processo originário e no segundo processo. Mas aqui, a meu ver, a questão é de relevância ou pertinência da prova, e não propriamente de sua admissibilidade.

47. V. *supra*, ns. II e III deste parecer.

48. Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*, S. Paulo, Saraiva, 1991, p.181.

49. V. *supra*, n.14 deste parecer.

50. Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal* cit., p. 181.

DOCTRINA NACIONAL

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O CONCEITO DE BONS ANTECEDENTES PARA APELAR EM LIBERDADE

ALBERTO ZACHARIAS TORON

Advogado criminal em São Paulo. Professor da
Faculdade de Direito da PUC-SP. Diretor do Instituto
Brasileiro de Ciências Criminais

1. Introdução — 2. O conceito de bons antecedentes — 2.1 Ações contemporâneas e posteriores ao crime podem ser consideradas como “antecedentes”? — 2.2 Inquéritos arquivados e ações penais em andamento podem macular os antecedentes penais? — 2.3 Os antecedentes prescrevem? — 3. O que se pode levar em conta em matéria de antecedentes? — 4. Os bons antecedentes dentro da sistemática do processo em face da Constituição de 1988 e da Lei dos Crimes Hediondos.

“Não percebo, disse Alice. É terrivelmente confuso!
“É a consequência de se viver para trás”, disse a Rainha
afavelmente. “Ao princípio fica-se um pouco entontecido”.¹

1. Introdução

No trabalho “O indevido processo legal, a ideologia da *law an order* e a falta de citação do réu preso para o interrogatório”, publicado na RT 685/277, procurei demonstrar, com apoio na valiosa lição da Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, “que a prática judiciária penal é fortemente influenciada pelas condições sociais sob as quais se desenvolve o processo”.² Desse modo, em nome de um maior rigor ou eficiência do sistema punitivo, não raro, desprezam-se caras garantias de natureza processual.

No que concerne ao tema objeto do presente trabalho, em que pese a nova Constituição, não se passa diferente. Exemplo mais eloquente é a edição da Súmula n. 9 do c. Superior Tribunal de Justiça que proclamou, entre outras coisas, plenamente vigente a regra do art. 594 do CPP.

Em face do princípio constitucional da presunção de inocência, não se concebe porque alguém que tenha permanecido em liberdade durante o transcurso da ação penal deva, em razão de decisão recorrível de primeiro grau, recolher-se ao cárcere para recorrer em virtude, unicamente, de não possuir bons antecedentes.

Neste trabalho, com apoio em sentenças monocráticas e julgados de segundo grau, serão apontadas algumas das dificuldades do conceito de *bons antecedentes* e as diferentes maneiras de se encará-lo. Na sequência, será abordado o tratamento que o assunto vem recebendo por parte das Cortes Superiores e, por fim, como a temática deveria ser totalmente repensada do ponto de vista recursal em face da garantia de que se reveste o princípio da presunção de inocência, ou de não-culpabilidade segundo a preferência de alguns.

2. O conceito de bons antecedentes.

Como sensivelmente observa o Prof. Antonio Magalhães Gomes Filho: “enquanto o conceito de primariedade é objetivo, resultando da existência ou não de condenação anterior, a idéia de *bons antecedentes* é extremamente fluida, o que tem possibilitado a adoção de critérios jurisprudenciais extremamente largos, que incluem apreciações subjetivas a respeito da personalidade do agente e de circunstâncias do fato criminoso, estranhos à valoração da situação de perigo exigível para a decretação ou manutenção da custódia cautelar”.³

Para que se tenha idéia das dificuldades, vejamos o trecho de uma sentença lavrada por um ilustre juiz do interior paulista:

“Muitos foram os seus envolvimento anteriores com o crime, ainda que em alguns tenha sido absolvido (*geralmente por falta de provas*).

Um bom cidadão nem sequer é absolvido. Na verdade nem se envolve. É comum ouvir certas pessoas dizerem, como prova de bom cidadão: “nunca entrei e nem sei como é uma delegacia de polícia e no Fórum só fui tirar o título de eleitor”. É o meio de nossa sociedade medir o comportamento de uma pessoa. *Como não dar valor algum a uma série de arquivamentos de inquéritos e absolvições relativamente a uma mesma pessoa?* Não é o Juiz, é a sociedade que diz que tal pessoa não é boa cidadã.

Mas, abstraia-se da vida do réu os inquéritos instaurados contra ele e arquivados bem como todas as absolvições e também os processos em andamento, alguns já com condenação em primeira instância. Ainda assim se encontra a fls. 93 uma certidão dando conta de que foi condenado, com sentença transitada em julgado em 1.6.87, à pena substituta de 10 dias-multa, por infração ao art. 129, *caput*, do CP. (Estranhamente, no pro-

cesso respectivo havia sido denunciado por tentativa de homicídio e por fim foi condenado a meros 10 dias-multa. Não faz muito sentido isso porque, *ao que parece, o caso deve ter sido grave.* Talvez coisas assim tenham estimulado o acusado a continuar com seus desacerços) — os grifos são meus.

O excerto aqui transcrito oferece um quadro bastante ilustrativo das questões que o conceito de *bons antecedentes* pode suscitar. Há nele desde um problema de natureza metodológica quanto aos dados que podem ser levados em consideração para sua aferição (se o senso comum ou os ditames da ciência do direito) até os limites cognitivos do juiz com relação a processos findos.

Fazendo um paralelo das dificuldades, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça caminha num sentido diametralmente oposto ao esboçado na sentença. Para exemplificar, o Min. Celso de Mello conduziu mais de um aresto unânime em cuja ementa ficou dito:

“A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou a perseguições criminais de que não haja ainda derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5.º, LVII).

E inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade do réu, que passa, então — e a partir desse momento —, a ostentar o *status* jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes.

Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não

definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído (HC 68.641.9-DF — 1.^a T. — j. 5.11.91 — RT 690/390)⁴.

O magistrado paulista, para aferir bons antecedentes quando invoca o *saber popular* dizendo “um bom cidadão nem sequer é absolvido. Na verdade nem se envolve” acredita estar captando, no senso comum, uma espécie de fonte definidora “legítima e pura”.

Em primeiro lugar, nessa linha de pensamento, esquece-se, como bem adverte o Min. Marco Aurélio, que “O Direito é ciência e como tal possui institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio”.⁵ Depois, omite-se o fato de que o intérprete dá o colorido, o tom e o conteúdo que bem entende ao que, em verdade, *imagina ser* o pensamento popular o qual, aliás, pode ser muito elitista.

A propósito, o irracionalismo no Direito Penal, que prosperou na Alemanha nazista sob a orientação da escola de Kiel, “pretendendo captar o senso jurídico dos fenômenos em termos intuitivos e emocionais”, representa a sua própria decadência.⁶

O i. Prof. Nilo Batista, no seu fabuloso *Decisões criminais comentadas*, faz uma valiosa resenha sobre o que pensam os mais representativos doutrinadores no que concerne ao entendimento do conceito de *bons antecedentes*. Assim:

“Bento de Faria já recomendava que se devesse examinar “o seu comportamento (do réu), a extensão de suas relações, a consideração e o respeito que lhe são manifestados nesse ambiente, a atenção manifestada ao seu lar, a assistência e carinho dispensado à família”, acrescentando: “como bem observa Nélson Hungria, também devem ser pesquisados os antecedentes judiciais (...)” (*Código Penal Brasileiro*, Rio, 1961, III/7).

Aníbal Bruno igualmente recomenda seja verificada “sua inclinação ou repugnância ao trabalho ou a outras atividades honestas” (*Comentários ao Código Penal*, Rio, 1969, p. 95).

No mesmo sentido é a lição do grande Costa e Silva, para quem a conceituação de bons antecedentes seria extraída não só dos “antecedentes penais e judiciais” mas também “da vida anterior do mesmo réu, do procedimento contemporâneo ou posterior deste, e das condições de vida individual, familiar e social do mesmo” (*Comentários ao Código Penal Brasileiro*, S. Paulo, 1967, p. 188).

Costa e Silva, endossava, na passagem citada, o magistério de Manzini, que da mesma forma, após mencionar os “precedenti penali e giudiziali”, indicava a observação “dalla condotta e dalla vita del reo prima del reato; dalla condotta contemporanea e susseguente al reato; dalle condizioni di vita non solo individuali e famigliare, ma altresì sociale del reo” (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino, 1959, v. III, p. 17).

O que se vê, portanto, é que os bons antecedentes defluirão de uma apreciação globalizante da vida anterior do acusado, não se podendo cingir a um só aspecto (um eventual desajuste familiar, um eventual traço anti-social, um eventual precedente judicial, etc.). Dessa forma, poder-se-á falar em antecedentes péssimos, maus, bons e ótimos.

E foi Hungria quem falou: “Os antecedentes a que se refere o art. 42 são todos os fatos ou episódios da vida anteacla do réu, próximos ou remotos (...). Tanto os maus e os péssimos antecedentes, como os bons e os ótimos” (*Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio, 1945, p. 155).

Hungria, após anotar que “embora sem antecedentes judiciais, um indivíduo pode ter uma vida pontilhada de deslizes, de pequeninas infâmias ou faltas morais”, mencionava que “pode acontecer igualmente que um indivíduo com antecedentes judiciais já tenha praticado

atos de benemerência ou de especial valor social" (loc. cit.). E concluía, cunhando sua fórmula famosa: "Ao juiz compete extrair-lhe a conta-corrente, para ver se há saldo credor ou devedor" (loc. cit.).

E conclui: "Da lição de Hungria, conjugada ao ensinamento comum dos autores, se extraem duas conclusões importantes. Em primeiro lugar, a de que a idéia de bons antecedentes não corresponde à de pureza absoluta, apanágio dos santos e de uns poucos cidadãos virtuosos, mas sim a uma valoração positiva, numa escala que vai da apreciação de péssimos antecedentes à de ótimos antecedentes: havendo "saldo credor", há bons antecedentes, por modesto que seja o saldo. Em segundo lugar, a da relatividade dos antecedentes judiciários, que verdadeiramente (até pelo princípio da presunção de inocência) só podem fornecer uma fração das informações necessárias à composição de um quadro geral da conduta do acusado, a partir do qual se procuraria definir e avaliar seus antecedentes".⁷

No caso brasileiro, embora a doutrina e a jurisprudência apontem para a necessidade da pesquisa da vida familiar e social do acusado, a prática dos juízes, salvo raras e honrosas exceções, é a de verificar somente as ocorrências policiais e judiciais. De resto, não é ocioso destacar que as assim chamadas testemunhas de antecedentes recebem da parte de não poucos juízes e promotores o jocoso e depreciativo qualificativo de *testemunhas de canonização*. Isto dá bem uma idéia da preocupação que se tem com os antecedentes.

A verdade, para não se cometer nenhuma injustiça, é que em matéria de pesquisa de antecedentes não se pode dizer que uma estrutura altamente burocratizada e saturada como a do judiciário, onde não raro os prazos de formação da culpa de réus presos são excedidos, permitisse por mais ingentes que sejam os esforços do juiz, coisa qualitativamente diferente da que se tem.

2.1 Ações contemporâneas e posteriores ao crime podem ser consideradas como "antecedentes"?

Considerados apenas os antecedentes como registros policiais e judiciais, podem as ações atuais e posteriores ao crime ser objeto de consideração?

A resposta a se oferecer é no sentido negativo. Como realça antiga jurisprudência referindo-se ao direito de recorrer em liberdade: "Se a lei condicionasse o direito ao: "bom comportamento" admitiria que o Juiz confundisse o comportamento pretérito com o comportamento presente, inerente ao fato criminoso. Mas ela fala em "antecedentes" pelo que briga com a semântica considerar como antecedente circunstância presente e atual" (RTJ, 70/353); *apud*, RJTJESP 103/503.⁸

2.2 Inquéritos arquivados e ações penais em andamento podem macular os antecedentes penais?

Por outro lado, inquéritos arquivados, ações penais em andamento ou que redundaram em absolvição, podem ser levados em consideração para se impedir o recurso em liberdade a pretexto de maus antecedentes? Aqui, em que pese a opinião do Prof. Paulo José da Costa Júnior manifestada no seu "*Comentários ao Código Penal*"⁹ a resposta, igualmente, até pelos julgados antes destacados do STF e do STJ, é negativa.

Sobre o tema, com sólida argumentação, o i. Prof. Weber Martins Batista arremata:

"A simples notícia, não apoiada em qualquer outra prova idônea contra o réu, de inquéritos ou processos em andamento, bem como a de arquivamentos ou absolvições por falta de provas não induzem maus antecedentes.

No caso de inquéritos, porque, a não ser assim, estaríamos considerando o agente culpado sem processo. No dos processos em andamento, porque isso

seria antecipar a decisão do juiz competente e fazê-lo sem o exame da prova colhida contra o réu. Na hipótese de absolvição por falta de provas — por último — porque isso implicaria em verdadeira revisão criminal contra o réu, feita por autoridade incompetente, sem o devido processo legal, sem o exame da prova e em desconformidade com o mandamento consagrado no inciso LVII, do art. 5.º da CF¹⁰.

2.3 Os antecedentes prescrevem?

Outra questão importante está em saber se o fato de alguém um dia ter sido condenado há mais de cinco anos e, portanto, tecnicamente primário, deverá ser eternamente considerado portador de maus antecedentes?

Recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça indica que não. Com efeito, o Min. Vicente Cernicchiaro, em acórdão não unânime da 6.ª T., deixou assentado o seguinte:

“Direito penal. Reincidência. Antecedentes. O art. 61, I do CP determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos. O dispositivo se harmoniza como o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é pere-ne. Limita-se no tempo.

Transcorrido o tempo referido, evidencia-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. A conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada” (RHC 2.227-2 MG; j. 18.12.92, DJ 29.3.93, p. 5.268; apud: *Boletim de Jurisprudência do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, abril de 1993, n. 3).

3. O que se pode levar em conta em matéria de antecedentes?

Na linha do que se expôs, não se pode dizer, como, genericamente, pretende o Prof. Paulo José da Costa Júnior no seu *Comentários ao Código Penal*, que “antecedentes são *todos* (grifei) os fatos ou episódios da *vita anteacta* do réu, próximos ou remotos, que possam interessar de qualquer modo à avaliação subjetiva do crime (JTACrim, 39/167)”¹¹. Mesmo porque, afora as questões suscitadas pela nova Constituição, não se pode olvidar que as ações privadas do indivíduo, aquelas que de nenhum modo afetam a terceiros, inserindo-se nos domínios da vida privada, também não podem ser levadas em conta para macular os antecedentes de um acusado. Como expressivamente destaca o art. 19 da carta Política argentina: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”¹².

Nessa conformidade, vê-se que em face da nova Carta Política os antecedentes do acusado, do ponto de vista de registros policiais e judiciais, só se considerarão maculados quando houver decisão transitada em julgado. Dessa forma, não se poderá computar o mero registro de inquéritos e ações penais em folha de antecedentes para se impedir o recurso ou o aguardo do julgamento pelo júri em liberdade.

De idêntico modo, para se considerar maus os antecedentes do imputado quando se quiser levar em consideração fatos da vida social como dívidas ou desavenças, há que existir nos autos do processo informes em quantidade e qualidade sérios e idôneos. Assim, não é qualquer desavença com vizinhos ou dívida que pode repercutir no processo penal de modo, por exemplo, a impedir o recurso

em liberdade. Admitir o contrário, seria prestigiar um tipo de puritanismo incompatível com a vida de nossos tempos e absolutamente fora da realidade ou aquilo que é, na afortunada síntese do Prof. Nilo Batista, Apanágio dos Santos e de uns poucos cidadãos virtuosos.¹³

Sem embargo, por mais que se queira depurar o conceito de “bons antecedentes”, este é, como leciona o Prof. Warat, citado pelo Prof. Antonio Magalhães ao se referir ao conceito de ordem pública, “uma expressão estereotipada, portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos”.¹⁴

4. Os bons antecedentes dentro da sistemática do processo em face da Constituição de 1988 e da Lei dos Crimes Hediondos.

Lembrando o valioso escólio de Claria Olmedo, o e. então Juiz substituto no Tribunal de Justiça de São Paulo, hoje Juiz do TACRIM, Péricles Piza, assinou ser evidente: “... que sendo o réu presumidamente inocente, enquanto não transitar em julgado sentença condenatória, “las medidas de coerción personal que contra aquél se dicten sólo deben tener carácter cautelar y provisional y estar limitadas a lo estrictamente necesario” (Base para Orientar en Latinoamérica La Unificación Legislativa en Materia Procesal Penal, p. 45). Assim, tendo sido o princípio já consagrado, de presunção de inocência, convertido em dogma constitucional, não se pode deixar de reconhecer, como garantia do cidadão contra prisões prematuras, agora só admissíveis em casos excepcionais, casos não ocorrentes. Como se percebe, enquanto não definitivamente condenado presume-se sua inocência, sem prejuízo é lógico da apuração de sua responsabilidade penal, “sua prisão antes do trânsito em julgado sentença condenatória, somente se justifica e se admite a título de

cautela, desde que reinante o *periculum in mora*, pedra de toque das prisões *ad processum*” (RJTJESP, Lex, 129/540; obs: ementa na p. 539).

Sobre o assunto os renomados Profs. M. Cobo Del Rosal e T. S. Vives Anton advertem: “Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia comporta la prohibición de que las medidas cautelares y, en especial, la prisión preventiva, sean utilizadas como castigos, esto es, que más allá de su finalidad de aseguramiento del juicio, se utilicen para infligir al imputado, anticipadamente, la pena.

Las exigencias de la presunción de inocencia como regla de tratamiento pueden ser vulneradas por el legislador, cuando éste establece una regulación que permite u obliga a utilizar las medidas cautelares personales como penas anticipadas, “con fines de prevención general o especial, ajenos al aseguramiento del juicio...” (in. *Derecho Penal*, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 1987, parte general, p. 65).

Nossa doutrina, pela voz eloqüente e qualificada dos e. Profs. Ada Pellegrini Grinover, Fernando da Costa Tourinho Filho e Rogério Lauria Tucci,¹⁵ reiteradamente, nos mais diferentes encontros, têm alertado para a circunstância de que em face da nova Constituição a prisão antecipada só pode ter lugar diante de exigências cautelares.

Por todos, vale citar novamente o Prof. Antonio Gomes Magalhães Filho, que brindou a todos com magnífico trabalho doutoral, onde, com profundidade, demonstra a necessidade de se repensar preceitos como o do art. 594 em conformidade com a Constituição de 1988. Até porque, o sistema consagrado pelo Código de Processo é de 1941 foi “... engendrado sob a lógica autoritária e repressiva do Estado Novo e confessadamente inspirado no modelo fascista italiano”.¹⁶

Pois bem. Se são verdadeiras todas essas lições, que de resto encontram

forte eco no E. TACRIMSP (cf. RT 645/296, rel. Juiz Oliveira Ribeiro; 652/293, rel. Juiz Walter Theodósio; 658/297, rel. o hoje Des. P. Costa Manso e JUTACRIM Lex, 100/82, rel. Juiz Souza Rego), é forçoso indagar da natureza jurídica da prisão que se impõe com base no art. 594 do CPP.

Natureza cautelar não tem porque não se arrola nenhum dos motivos previstos no art. 312 do Código adjetivo penal.

Não sendo cautelar a prisão que se impõe como decorrência da sentença condenatória recorrível, porque, remarque-se, não se funda no *periculum in mora*, esta custódia, como bem disserta o notável Prof. Afrânio da Silva Jardim, uma das grandes expressões do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, “tem indisfarçável natureza de tutela satisfativa, ainda que submetida a condição resolutiva”.¹⁷

O e. Prof. Frederico Marques, hoje saudoso, com propriedade sublinha que a “prisão processual” imposta como decorrência do disposto no art. 594 do CPP, “produz, desde logo, efeitos executórios, consoante a própria linguagem da lei, no citado art. 669, I, do CPP”.¹⁸

Ora, “... a deflagração do processo de execução da pena imposta, sobretudo se privativa de liberdade, ganhará licitude e legitimidade somente a partir do momento em que se puder considerar culpado o acusado, ou seja, se e quando tornar-se definitiva a sua condenação.

Isto, seja ou não primário o sentenciado, possua ele ou não bons antecedentes, simplesmente porque circunstâncias tais não integram o conteúdo axiológico do postulado em destaque, cujo critério norteador, pode-se dizer, o único reside e, portanto se esgota no fenômeno processual denominado trânsito em julgado”.¹⁹

Daí porque, até para caso de reincidência, a C. 3.ª Crim. do E. TARS proclamou: “Direito de apelar em liber-

dade. Princípio do estado de inocência. “Revogação do art. 594 do CPP. O princípio do estado de inocência” erigido à categoria de dogma constitucional pelo art. 5.º, LVII, da Carta Magna, “revogou”, por ser incompatível com ela, “a norma inscrita no art. 594 do CPP”, a qual estabelece que somente pode apelar sem antes se recolher à prisão o réu que é primário e de bons antecedentes. Decorre de tal princípio a proibição da aplicação da pena ou da medida de segurança.” (HC 290136886; ementa oficial na RT 668/325).

No interior deste v. aresto seu i. Relator deixou assentado:

“Este C. Tribunal, acolhendo lição de Tourinho Filho e outros, em vários precedentes, tem julgado revogado, “por incompatibilidade constitucional”, o art. 594 do CPP (Ap. crim. 289093692 e HC 289111916, 289082380, 289085557), que autoriza a antecipação da execução da condenação criminal.

Vale, aqui, transcrever lição do eminente Ministro do STJ e Professor da Universidade de Brasília Luiz Vicente Cernicchiaro, conforme a qual “decisão condenatória sujeita a recurso, uma vez interposto e enquanto não confirmada definitivamente, tem efeito suspensivo” (in *Direito Penal na Constituição*, p. 93, Ed. RT, 1990).

O paciente respondeu ao processo em liberdade. Poderia ter sido preso provisoriamente, posto que o princípio constitucional do estado de inocência não é incompatível com a prisão cautelar, instituto de Direito Processual Penal expressamente resguardado e preservado na própria Constituição Federal. Poderia ter sido preso provisoriamente, desde que reputada necessária à ordem pública, à conveniência para a instrução criminal ou para assegurar a aplicação da pena ou da medida de segurança”.

Assim “a primeira consequência concreta decorrente da aplicação do princípio do estado de inocência é a proibi-

ção da antecipação da aplicação da pena ou da medida de segurança" (RT 668/326, obs.: ementa na p. 325).

Por seu turno, em decisões pioneiras, o E. TRF da 1.^a Reg., em v. acórdão conduzido pela preclara Juíza Eliana Calmon, destacou:

"1. Réu primário, com antecedente penal, condenado por crime a que respondeu em liberdade.

2. Desnecessidade de recolher-se à prisão, antes da condenação definitiva. Exceção contida na regra do art. 594 do CPP, "mesmo ostentando maus antecedentes", se inexistirem motivos que ensejassem a prisão provisória." (Ementa oficial do ac. do HC 91.01.00592-8-MT; DJ 18.3.91, sec. II, p. 4.970).

No corpo do aresto está dito: "... tem-se como pacífica a posição da jurisprudência, como bem demonstrou o representante do Ministério Público Federal, no sentido de ser mantido o réu condenado por sentença recorrível, se respondeu ao processo em liberdade, e inexistiram circunstâncias que recomendem a decretação da prisão preventiva, "embora seja portador de antecedentes criminais".

Julgando o HC 90.01.00565-9-MG a C. 4.^a T. do TRF da 1.^a Região (cf. no DJ de 21.5.90, sec. II, p. 10.292),²⁰ em v. acórdão relatado pelo e. Juiz Tourinho Neto, após longa discussão com seus eminentes pares, decidiu: "1. Em face do teor do inciso LVII, do art. 5.^o, da CF/88, o réu condenado por crime inafiançável, mesmo de maus antecedentes e reincidente, não necessitará de recolher-se à prisão para apelar, a menos que o juiz, na sentença, demonstre o *periculum in mora*, o receio de fuga, e, conseqüentemente, a razão da prisão. Precedente desta Turma (HC 89.01.14112-4-MG).

No seu primoroso voto, o i. juiz Tourinho Neto, reportando-se a julgado anterior de sua relatoria, sobre o art. 594 do CPP, destacou:

"Nos tempos atuais, tal dispositivo é inaceitável, pois ominoso, inominável.

Se a sentença ainda não transitou em julgado, não se pode afirmar que o réu seja culpado. A sentença poderá ser reformada. Quando da prisão preventiva obrigatória a grita era enorme, veemente. Frederico Marques dizia: "Trata-se de medida bem adequada ao autoritarismo penal de Estados totalitários..." (cf. *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, 1.^a ed. Rio, 1965, IV/57).

(...)

Hoje com a nova Constituição, é princípio constitucional de que: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" (art. 5.^o LVII). "Deste modo, a prisão do réu apelante, "mesmo de maus antecedentes e reincidente", terá de ser fundamentada. O juiz, na sentença, dirá as razões por que se torna imperiosa, necessária a prisão. "Terá de demonstrar o *periculum in mora*, o porque do perigo da insatisfação da pena". O magistrado apresentará, pois, as reais circunstâncias que levam a presumir-se que o acusado procurará evitar a prisão, na hipótese de ser a sentença confirmada. Prisão preventiva prevista em lei. CPP art. 312. Este, a meu ver, o único caminho a ser seguido, e é a tendência do nosso direito, (...).

At last, mas não menos importante, vale lembrar que a C. 3.^a T. do E. TRF da 1.^a Reg., em v. acórdão relatado pelo e. Juiz Fernando Gonçalves proferiu julgado cuja ementa é a seguinte: "1. A decisão que impõe ao sentenciado o recolhimento à prisão, para apelar, com base na letra do art. 594 do CPP, face ao princípio constitucional do "estado de inocência" (CF, art. 5.^o, LVII) deve ser necessariamente fundamentada".

No douto voto condutor do acórdão, com propriedade, foi salientado aspecto do maior relevo:

"A Súmula 9 do STJ, ao compatibilizar a exigência da prisão provisória para apelar com a garantia constitucional em apreço, "não excluiu a necessidade de fundamentação e demonstração", em

sendo o caso, como na espécie, “dos maus antecedentes”. Se o impetrante é tecnicamente primário por força da norma prevista no art. 64, do CP, inclusive com reconhecimento pela própria sentença, a anterior condenação não pode servir de suporte para demonstração de antecedentes maus. Outros fatos ou mesmo a imperiosa necessidade da custódia deverão estar patenteados para que ela tenha justificativa.

A letra do art. 594, do CPP, exige concomitância da reincidência e dos maus antecedentes para impor o dever do recolhimento à prisão para fins de recurso. Uma vez ausente uma destas condições, mesmo que por força de presunção legal, a outra deve ser suficientemente demonstrada através de sólida fundamentação para embasar por si só, isoladamente, a prisão, com quebra do princípio constitucional já aludido do “estado de inocência”. Por estas razões e “com apoio no precedente invocado” (HC 89.01.14112-4-MG), concedo a ordem” (HC 90.01.15236-8-MG; DJ 3.12.90, sec. II, p. 29.115).

Mais recentemente, o próprio Superior Tribunal de Justiça, apesar da Súmula 9, tem decidido: “O art. 594 do CPP tem de ser repensado diante da nova Constituição Federal, que consagra em seu art. 5.º, dentre outros, os princípios da “presunção da inocência” (inciso LVII) e da “liberdade provisória” (inciso LXVI). A regra geral é “apelar solto”; a excepcional, “apelar preso”. O que o juiz nunca pode deixar de fazer é demonstrar a necessidade da prisão. No caso concreto, ficou muito bem demonstrada a necessidade de o réu ficar preso” (RHC 2.642-3-RN, rel. Min. Adhemar Maciel, 6.ª T., vu., DJ 10.5.93, p. 8.650).

E, nessa conformidade, começa surgir a idéia de que: “A análise da primariedade e dos bons antecedentes, referidos no art. 594 (CPP), deve aliar-se ao interesse público. Caso contrário, retroceder-se-ia ao período superado da pri-

são obrigatória, pela natureza do delito ou a cominação da pena” (RHC 2.430-MA, rel. Min. Adhemar Maciel, 6.ª T., v.u., DJ 15.3.93, p. 3.841).

Embora sem exprimir tal pensamento, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo no HC 142.828-3 em que funcionou o i. Prof. Antonio Scarance pelo Ministério Público com o oferecimento de um magnífico Parecer, *apesar dos inúmeros antecedentes do paciente*, concedeu-se a ordem para que ele apelasse em liberdade, pois o crime em si não era de gravidade e nem revelava que em liberdade o agente colocaria em perigo a ordem pública.

A exegese que se vai construindo, além de ser consentânea com a Constituição vigente, expressa maior equidade em face da superveniência da Lei dos Crimes Hediondos. É que de acordo com o art. 2.º, § 2.º, deste diploma, em caso de sentença condenatória, o Juiz deverá decidir fundamentalmente se o réu poderá apelar em liberdade.

Interpretando o dispositivo em foco, as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça já decidiram que esta decisão deve ser fundamentada tanto para permitir o apelo em liberdade quanto para se impor a prisão se o réu estava em liberdade.²¹

Tal entendimento vem reafirmado em expressivo julgado da C. 6.ª T. do STJ cuja ementa merece transcrição: “Não se pode “interpretar a Constituição conforme a lei ordinária” (*gesetzeskonformen Verfassungsinterpretation*). O contrário é que se faz. A Lei de Crimes Hediondos (art. 9.º) é que tem de se amoldar à Constituição. Nossa Constituição, por inspiração constitucional lusa (art. 32:2), consagrou o “princípio da presunção da inocência” e, por influência norte-americana (Emenda n. XIV), o “princípio do devido processo legal”. Ambos os princípios têm conexão com o “princípio da liberdade provisória” (art. 5.º, LXVI). Assim, todo indiciado ou acusado ou condenado se presume inocente até que

seja irrecorrivelmente apenado. “Desse modo, cabe ao juiz, em qualquer circunstância, fundamentar, mesmo em se tratando de crime hediondo, a razão de o condenado ter de ficar preso para poder apelar. A regra geral é “recorrer em liberdade” (CF, art. 5.º, LXVI); a excepcional, “recorrer preso” *RHC* 2472-4-SP; rel. Min. Adhemar Maciel, vu., *DJ* 10.5.93, p. 8.648.

Tecendo considerações sobre a Lei 8.072/90, o já citado Prof. Antônio Scarance Fernandes escreve: “O referido art. 12.º, § 2.º, fala que o “juiz decidirá fundamentalmente”, mas não diz quais são os requisitos que permitirão a apelação em liberdade. São dois os possíveis parâmetros: pressupostos da prisão preventiva (arts. 311 e 312 do CPP); ou primariedade e bons antecedentes (art. 594 do CPP). A falta da remissão ao art. 594 do CPP sugere interpretação mais benéfica, só sendo então permitida a custódia provisória quando presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva”.²²

Pois bem. Se em relação aos crimes mais graves previstos na hedionda Lei 8.072/90 exige-se que haja fundamentação de natureza cautelar para se impor a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, como sustentar-se em casos de crimes menos graves, isto é, os regidos pela sistemática do Código de Processo Penal, a possibilidade de se prender provisoriamente só pelo fato de o agente não possuir “bons antecedentes”?

Admiti-lo, representaria uma tal monstruosidade interpretativa porque implica em se tratar mais brandamente o delito de maior gravidade e com maior rigor o menos grave. Iniquidade maior não há!

Como conclusão, além da necessidade de se operar com o conceito de *bons antecedentes* respeitando os limites constitucionais antes destacados, é imperioso repensar a incidência deste como critério para se permitir ou não o recurso

em liberdade. E repensar aqui tem o sentido de que deve ser completamente afastada a noção de *bons antecedentes* para se admitir o apelo ou mesmo para se aguardar a decisão do júri em liberdade.

A pedra angular da admissibilidade da permanência do imputado ou sentenciado não definitivo em liberdade deve ser a presença ou não de pressupostos cautelares, tal, aliás, como ocorre nos crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos.

Em definitivo, isto é, a não prevalecer este entendimento, teríamos o *absurdo* reinando. Como no conto de Carroll citado na epígrafe:

“Que espécie de coisas se lembra melhor?”, arriscou-se Alice a perguntar.

Oh, das coisas que aconteceram na semana que vem”, respondeu a Rainha num tom descuidado. “Por exemplo, agora”, continuou, pondo um grande adesivo no dedo enquanto falava, “estou a lembrar-me do Mensageiro do Rei. Está agora na prisão a ser castigado; e o julgamento não começa senão na próxima quarta-feira; e é evidente que o crime só virá no fim”.²³

Bibliografia

- ASSIS TOLEDO, Francisco, “Crimes hediondos (alguns aspectos importantes)”, no *Livro de Estudos Jurídicos* n. 3; RJ; Ed. Instituto de institutos Jurídicos; 1991.
- BATISTA, Nilo, *Decisões criminais comentadas*, Rio, ed. Liber juris, 2.ª ed., 1984.
- BATISTA, Weber Martins, “O princípio constitucional de inocência: recurso em liberdade, antecedentes do réu” na *Revista de Jurisprudência e Doutrina do TACRIM* 6/23.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da, “Comentários ao Código Penal”, S. Paulo, Saraiva, 1986.
- FERNANDES, Antônio Scarance, “Considerações sobre a lei 8.072, de 25 de julho de 1990 — Crimes Hediondos, na *RT* 660/261.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Presunção de inocência e presunção cautelar*, S. Paulo, Saraiva, 1991.

- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Processo constitucional em marcha*, S. Paulo, Max Limonad, 1985.
- JARDIM, Afrânio da Silva, *Direito processual penal — Estudos e pareceres*, Rio, Forense, 3.^a ed., 1990.
- MARQUES, José Frederico, *Elementos de direito processual penal*, Rio - S. Paulo, Forense, 2.^a ed., 1970.
- PADOVANI, Tullio, *Diritto Penale*, Milão, Giuffrè ed., 1990.
- SCHOLZ, Leônidas Ribeiro, "A sentença penal condenatória e a prisão do acusado", na *RT* 668/384.
- SILVA FRANCO, Alberto, "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", S. Paulo, Ed. RT, 4.^a ed., 1992.
- TORON, Alberto Zacharias, "A proteção constitucional da intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos" inserto nos *Fascículos de ciências penais* (Porto Alegre, Fabris, 1991, 4/43, 3).
- "O indevido processo legal, a ideologia da *law and order* e a falta de citação do réu preso para interrogatório", pub. na *RT* 685/277.
- TUCCI, Rogério Lauria, "Presunção de inocência" e prisão provisória", (Porto Alegre; ed. Fabris, 1992, 54/133, n. 2).
- 6 Tullio Padovani em *Diritto Penale*, Milão, Giuffrè ed., 1990, p. 119.
7. *Decisões criminais comentadas*; Rio; ed. Liber Juris, 2.^a ed.; 1984; pp. 122-123.
8. No mesmo sentido, embora enfocando a questão pelo ângulo da impossibilidade de majoração da pena, colocam-se inúmeros e antigos julgados compendiados por Alberto Silva Franco no seu *Código Penal e sua Interpretação jurisprudencial* S. Paulo; Ed. RT, 4.^a ed.; 1992; pp. 349-350 cf. *JUTACRIM* 30/414; 45/221 e *Bol. Mensal de Jurisprudência do TACRIM* 79/9.
9. *Comentários ao Código Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1986, I/312.
10. "O princípio constitucional de inocência: recurso em liberdade, antecedentes do réu", na *Revista de Jurisprudência e Doutrina do TACRIM* 6/23.
11. *Comentários ao Código Penal*, ob. cit., I/312.
12. Sobre o tema, em homenagem ao saudoso prof. Manoel Pedro Pimentel, escrevi um trabalho "A proteção constitucional da intimidade e o artigo 16 da Lei de Tóxicos", inserto nos *Fascículos de ciências penais* (Porto Alegre; Ed. Fabris, 1991, 4/43, n. 3).
13. V, nota supra n. 7.
14. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, ob. cit., p. 66.
15. Sobre o tema, este ilustre professor escreveu nos *Fascículos de ciências penais* (ob. cit.; 1992; 5/133) um elucidativo trabalho intitulado "Presunção de inocência e prisão provisória", onde procede a uma análise crítica da Súmula n. 9 do STJ.
16. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. ob. cit., p. 61.
17. *Direito processual penal — Estudos e pareceres*, RJ, Forense, 3.^a ed., 1990, p. 408.
18. *Elementos de direito processual penal*, Rio - S. Paulo, Forense, 2.^a ed., 1970, III/67, n. 627.
19. Leônidas Ribeiro Scholz: "A sentença penal condenatória e a prisão do acusado", na *RT* 668/384.
20. Este acórdão também está publicado no *Bol. da AASP* 1.762 de 30.9.92.
21. *RHC* 1.688-RJ, 6.^a T., rel. Min. Costa Leite, *DJ* 17.8.92 e *HC* 1.585-9-MG, 5.^a T., rel. Min. Assis Toledo *DJ* 17.12.92.
22. *RT*, 660/265.
23. Lewis Carroll, ob. cit., p. 43.

NOTAS

1. Lewis Carroll, *Alice do outro lado do espelho*, Lisboa, Editorial Estampa, 1971, apud: "Sobre o modo capitalista de pensar", S. Paulo, ed. Hucitec, 1978, p. IX.
2. *RT* 685/279 e, da Prof.^a Ada, o *Processo constitucional em marcha*; S. Paulo; cf. Max Limonad; 1985. V. especialmente, a "Explicação necessária" e a "Introdução".
3. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, S. Paulo; Saraiva, 1991, p. 63.
4. No mesmo sentido decidiu a primeira Turma do STF, em acórdão relatado pelo Min. Celso de Mello no *HC* 68.465 publicado na *RTJ* 136/627. No STJ, no *RHC* 1.772, ac. u. da 6.^a T. lavrado pelo Min. Vicente Cernichiaro, reafirmou-se este posicionamento. A íntegra do aresto está publicada no número de lançamento da *RBCCrim* (S. Paulo, Ed. RT, 1992, p. 242).
5. Ementa do *HC* 69.479-9 (STF; 2.^a T.; v.u.; *DJ* 18.12.92) publicada na *RBCCrim*, 1/225, item 2.03.

DOCTRINA NACIONAL

NOVA VISÃO DA NATUREZA DOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO*

DAMÁSIO E. DE JESUS

1. O objeto jurídico e material do crime — 2. Sujeito passivo do delito — 3. A dogmática penal em face de novos objetos jurídicos do crime — 4. Traços característicos das relações de consumo — 4.1 Sujeito passivo — 4.2 Objeto jurídico — 4.3 Conduta típica — 4.4 Objeto material — 4.5 Conclusão — 5. A realidade das relações de consumo — 6. Objetividade jurídica principal e secundária — 7. A verdadeira natureza dos crimes contra as relações de consumo.

1. O Objetivo jurídico e material do crime

O legislador, quando define um fato como criminoso, impõe um dever de comportamento. A cominação da pena confere aos cidadãos a obrigação de agir ou deixar de agir conforme ao direito. A prática do delito ofende o direito penal público subjetivo do Estado em face da inobservância de seu comando. Surge o objeto jurídico sob o aspecto formal. A norma penal incriminadora visa a proteger interesse jurídicos, como a vida, a incolumidade física, o patrimônio, a fé pública, etc. Daí a noção de objeto jurídico substancial.

A moderna doutrina penal entende que o objeto jurídico do crime é o bem-interesse tutelado pela norma. Bem é tudo aquilo que satisfaz as necessidades humanas, seja de conteúdo material ou imaterial, como a vida, a honra, o patrimônio, etc. Interesse é a relação entre o sujeito e o bem. Como dizia Antolisei, bem é tudo aquilo que nos pode servir, consistindo em qualquer coisa apta a satisfazer a necessidade humana, podendo configurar um objeto do mundo exterior (ex.: uma coisa que

se possua), uma qualidade do sujeito (ex.: a integridade física) ou algo de natureza imaterial (exs.: a honra, o pudor, etc.) (*Manual de Derecho Penal*, Uthea, Buenos Aires, trad. de Juan Del Rosal e Ángel Torio, 1960, p. 134). No fundo, observava Antolisei, o interesse não é mais do que o reflexo subjetivo do bem e expressa a tendência ou aspiração do sujeito em sua conservação (idem).

De observar-se, contudo, que muitos doutrinadores empregam distintamente as expressões bem e interesse para indicar a objetividade jurídica do delito.

Objeto material é aquilo contra o qual a conduta delituosa se dirige (pessoa ou coisa). Assim, a pessoa humana é o objeto material do crime de homicídio. No furto, é a coisa. Em alguns delitos, pode ocorrer a hipótese de dois sujeitos passivos diversos. É o caso do roubo, em que a pessoa humana aparece como sujeito passivo e objeto material, sendo esta última também a qualificação da coisa. Em algumas hipóteses confun-

*Trabalho apresentado no IV Congresso Internacional de Proteção ao Consumidor, Buenos Aires, 26-29.5.93.

dem-se bem e objeto material. Ex.: crime de furto, em que a coisa configura objeto material e o bem protegido pela norma. Em outros casos, o bem é diverso do objeto material. Ex.: estupro, em que a mulher aparece como objeto material e a liberdade sexual com bem tutelado. E há delitos sem objeto material. Ex.: crime de ato obsceno.

2. Sujeito passivo do delito

É o titular do interesse lesado pelo crime.

Se o delito é, sob o aspecto material, a violação de um interesse protegido pelo Estado, em toda infração penal sempre há um sujeito passivo, titular desse interesse. É o Estado, chamado sujeito passivo constante ou formal. Sob outro aspecto, o crime atinge ou coloca em risco um interesse pertencente a alguém, que recebe o nome de sujeito passivo material ou eventual. Em alguns casos, como ficou assinalado, o sujeito passivo e o objeto material se confundem na mesma pessoa. É o que ocorre no homicídio.

Nos delitos contra o corpo social, como os que ofendem a fê ou a saúde pública, a lesão atinge interesses que pertencem a todos os membros do grupo, razão pela qual a coletividade aparece como sujeito passivo. São os chamados "crimes vagos". Nesses casos, observava Heleno Cláudio Fragoso, "há ofensa a interesse que pertence a todos os cidadãos, considerados *uti singuli*, motivo pelo qual é sujeito passivo necessariamente a coletividade ou o corpo social, e não o Estado como pessoa jurídica" (*Lições de Direito Penal, A nova Parte Geral*, Rio, Forense, 8.^a ed., 1985, p. 285, n. 260).

Sujeito passivo material, em regra, é a pessoa humana, como no homicídio, na lesão corporal, nos crimes contra a honra, etc. O delito, entretanto, pode atingir a pessoa jurídica, o Estado e a coletividade.

3. A dogmática penal em face de novos objetos jurídicos do crime

Após o término da segunda guerra mundial observou-se o surgimento de um estado social denominado *Welfare State* (Estado Providente). Como diz Forsthoff, citado por Raúl Cervini, a moderna realidade social, determinada pela técnica, a economia de mercado e, — em consequência delas, — pela massificação, impuseram ao Estado o dever de planificar e dirigir, em amplas dimensões, "de reprimir aqui e fomentar ali", de unir em ordens duradouras os elementos poderosos e débeis, de criar e de manter possibilidades mínimas de existência para milhões de seres, de repartir, controlar ou exercer funções sociais básicas. Em uma palavra, de atuar como uma força conformadora, estabilizadora, no meio de um mundo de crescente vulnerabilidade" (Forsthoff, *O Estado Moderno*, Editorial Minerva, Barcelona, 1987, p. 23; Raúl Cervini, *Los procesos de descriminalización*, Montevideo, Editorial Universidad, 1993, pp. 18-19).

Em face disso, com o aparecimento de novos interesses jurídicos ligados à economia de mercado, o Direito Penal ficou perplexo. A dogmática penal tradicional estava acostumada a tratar de interesses jurídicos tangíveis, como a vida, a incolumidade física, a liberdade pessoal, o patrimônio, etc., normalmente relacionados a um indivíduo e cujas lesões são facilmente perceptíveis. Com o progresso da sociedade, entretanto, principalmente na economia, surgiram novos interesses jurídicos de difícil apreciação e determinação. Assim, as relações de consumo, hoje previstas nas Constituições Federais da maioria dos países (art. 170, V, da Constituição Federal brasileira), que traduzem o interesse estatal no normal funcionamento do sistema no que diz respeito à observância dos direitos dos consumidores e

das obrigações dos fornecedores. Como diz J. Marques Borges, eventuais condutas ilícitas de produtores podem violar, além de bens jurídicos individuais, interesses gerais da sociedade que se consubstanciam em normas reguladoras da produção, circulação e distribuição de bens (*Direito Penal Econômico e Defesa do Consumidor*, Lisboa, Rei dos Livros, 1987, p. 52). São interesses que não estão vinculados diretamente à pessoa humana e sim à ordem econômica. Em face disso, devem ser considerados coletivos ou difusos (cf. a 5.^a conclusão do Colóquio Internacional sobre o Conceito e Princípios do Direito Penal Econômico e Proteção do Consumidor, Friburgo, Alemanha, 20-23.9.82, in *Revue Internationale de Droit Penal*, 1983, p. 77).

Assim, tomando por base a qualidade de um produto, suponha-se que todos os veículos de uma linha de montagem sejam fabricados com determinado defeito. Identificando-se os compradores é possível estabelecer com precisão um grupo de pessoas lesadas. Fala-se em interesses coletivos. No caso, por exemplo, de uma propaganda enganosa publicada pela imprensa, é impossível determinar-se com precisão o número de pessoas eventualmente prejudicadas. Trata-se de hipótese de interesses difusos (Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, S. Paulo, Ed. RT, 1991, p. 19; no mesmo sentido, tratando de crimes contra a saúde pública: Maria Paz Arenas Rodríguez, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Madri, Edersa, 1992, p. 143). Nos dois casos, como diz Marco Antônio Zanellato, os fatos atingem “a própria integridade das relações de consumo” (“Apontamentos sobre os crimes contra as relações de consumo, in *Cadernos de Doutrina e Jurisprudência*, S. Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 1990, n.º 5, p. 7).

4. Traços característicos das relações de consumo

As relações de consumo, como objeto jurídico de determinados crimes que ofendem a ordem econômica, apresentam traços nítidos e distintos em relação à objetividade jurídica dos delitos em geral. Essa observação já havia sido feita por ocasião do Colóquio Internacional sobre o Conceito e Princípios do Direito Penal Econômico e Proteção do Consumidor, realizado em Friburgo, Alemanha, em 1982 (cf. a 5.^a conclusão in *Revue Internationale de Droit Penal*, 1983, p. 77). Vejamos alguns temas em que a distinção se mostra clara e significativa.

4.1 Sujeito passivo

Nos crimes contra as relações de consumo a coletividade aparece como sujeito passivo principal. No Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei 8.078/90), esses delitos se encontram no Capítulo II, cujo art. 61 reza: “Constituem crimes contra as relações de consumo...” (grifo nosso). Da mesma forma a Lei 8.037/90, inclui essas infrações no Capítulo II, que trata dos “crimes contra...as relações de consumo” (grifos nossos). Como se nota, as condutas típicas dirigem-se contra as relações de consumo, cujo titular é a coletividade.

Enquanto na maioria dos crimes comuns, como o homicídio, a lesão corporal, o peculato, a falsidade, o estupro, o estelionato, etc., há um sujeito passivo determinado, preciso, qual seja, o homem, a pessoa jurídica ou o Estado, em quase todos os casos de crimes contra as relações de consumo, ao contrário, não existe um sujeito passivo certo, determinado, preciso, individualizado, uma vez que, seja o interesse coletivo ou difuso, surge a coletividade como principal sujeito pas-

sivo do fato criminoso. Dilui-se a lesão entre um número indeterminado de cidadãos, que compõem o corpo social.

É certo que, em alguns casos, o consumidor também surge como sujeito passivo do delito. Isso ocorre naquelas hipóteses em que a conduta do autor atinge diretamente o consumidor. Ex.: venda de mercadoria imprópria ao consumo (art. 7.º, IX, da Lei 8.037/90). Quando isso ocorre, o consumidor aparece como sujeito passivo secundário. Acontece que a norma penal incriminadora, protegendo o interesse coletivo ou difuso, tutela por via reflexa os interesses individuais, como a vida, a saúde, o patrimônio, etc.

Pode-se afirmar, pois, que o sujeito passivo de todos os crimes contra as relações de consumo é a coletividade e, conforme o tipo penal, pode aparecer o consumidor como sujeito passivo secundário.

Assim, há nesses delitos: a) um sujeito passivo principal e constante: a coletividade; e b) eventualmente, um sujeito passivo secundário: o consumidor.

Podemos também falar em: a) sujeito passivo imediato: a coletividade; b) sujeito passivo mediato: o consumidor.

Isso também ocorre em alguns crimes contra a saúde pública, como os descritos nos arts. 280 e 282 do CP brasileiro (respectivamente, medicamento em desacordo com receita médica e exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica). Nos dois casos a coletividade é o sujeito passivo principal, titular do objeto jurídico primário saúde pública. No primeiro, surge também como sujeito passivo secundário a pessoa a quem é fornecida a substância medicinal em desacordo com a receita médica, titular do bem jurídico saúde individual. No segundo, é também sujeito passivo secundário a pessoa em relação à qual tiver sido ilegalmente exercida a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, titular da objetividade

jurídica secundária (Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1993, III/367; no mesmo sentido: Celso Delmanto, *Código Penal comentado*, Rio, Renovar, 1988, pp. 475-476).

4.2 Objeto jurídico

O objeto jurídico, na maior parte dos delitos tradicionais, pertence ao homem, à pessoa jurídica ou ao Estado. Nos delitos de consumo, a objetividade jurídica principal pertence à coletividade, sendo esse o seu traço marcante. Nada impede que se reconheça nesses delitos uma objetividade jurídica secundária, uma vez que a norma penal, tutelando o interesse coletivo das relações de consumo, protege por via indireta interesses individuais, como a saúde, o patrimônio, etc.

4.3 Conduta típica

O comportamento típico, nas infrações tradicionais, na maior parte das vezes exige um contato físico ou pessoal entre sujeito ativo e passivo. É o que acontece no homicídio, no estelionato, no roubo, no constrangimento ilegal, etc.. Nos delitos contra as relações de consumo, ao contrário, poucos são os tipos que exigem esse contato pessoal. Assim, p. ex., na publicidade enganosa veiculada pela televisão inexistente qualquer contato físico entre os protagonistas penais, uma vez que o sujeito passivo do delito é a coletividade.

4.4 Objeto material

O objeto material, nos delitos clássicos, geralmente pertence ao sujeito passivo. Exs.: furto, roubo, peculato, estelionato, subtração de documento, etc. Nas relações de consumo, em muitos casos o objeto material pertence ao produtor, i.e., ao próprio sujeito ativo do delito. Ex.: venda de mercadoria

falsificada, exposição à venda de produto impróprio ao consumo, execução imprópria de serviço, etc.

4.5 Conclusão

Essas distinções conduzem à observação de que estamos em face de objetos jurídicos que escapam à classificação tradicional, merecendo atenção especial do intérprete. Isto significa que nem todos os princípios do Direito Penal clássico se prestam aos delitos contra as relações de consumo. Assim, os conceitos tradicionais de classificação doutrinária dos delitos, resultado, relação de causalidade, consumação, tentativa, dano, perigo, etc. não podem simplesmente ser aplicados aos crimes contra as relações de consumo como sempre foram apresentados em relação aos delitos comuns. Não estamos pretendendo dizer que o Direito Penal tradicional se encontra superado. Longe disso. Afirmamos apenas que os seus conceitos, quando aplicados aos crimes contra as relações de consumo, exigem uma atenção cuidadosa, dada a natureza especial do interesse jurídico. Os temas fundamentais do Direito Penal precisam ser repensados. Na expressão de Tupinambá Azevedo, é necessário encontrar uma “nova maneira de ver as coisas” (citado por Herman Benjamim, op. e loc. cit., p. 112).

5. A realidade das relações de consumo

O objeto da tutela penal, seja considerado bem ou interesse, não é, como dizia Heleno Cláudio Fragoso, “um esquema conceitual, visando a proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade depende, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em

qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito” (op. e loc. cit., p. 278, n.º 257).

Realmente, esses interesses jurídicos, quais sejam, as relações de consumo, mostrem-se coletivos ou difusos, não são fictícios, não constituem meramente referências abstratas criadas pelo legislador (Juan Bustos Ramírez, “Perspectivas atuais do Direito Penal Econômico”, in *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, v. 4/4, n. 2, 1991; Odone Sanguiné, Introdução aos crimes contra o consumidor. Perspectiva criminológica e penal, in *Fascículos cit.*, p. 33). São bem palpáveis, uma vez que se encontram relacionados com um grupo determinado de pessoas ou, na maioria dos casos, ligados a todos os membros da coletividade. Esses interesses, dizia Heleno Cláudio Fragoso, não deixam “de referir-se à concreta realidade social” (op. e loc. cit., p. 278). De modo que, quando lesionados, interferem na vida real de todos os membros da sociedade ou de parte dela antes de haver dano ou perigo de lesão individual.

O custo desses delitos é muito elevado. A colocação no mercado de um produto impróprio ao consumo atinge um número indeterminado de destinatários de maneira real e contínua. Antes de haver lesão a um bem particular, como a saúde em caso de ingestão do alimento danoso, o fato atinge a coletividade, seu sujeito passivo primário, ofendendo princípios que norteiam o normal funcionamento do sistema. E, protegendo as regras legais da ordem econômica, o Estado tutela os bens jurídicos particulares dos cidadãos (vida, saúde, etc.). Que adianta resguardar a vida pela descrição do homicídio como crime se não se protege o mesmo bem jurídico pela observância da qualidade dos produtos de consumo? Tutelando-se os interesses sociais ficam protegidos os bens individuais, de superior importância.

6. Objetividade jurídica principal e secundária

Esses delitos têm as relações de consumo como objeto jurídico principal (imediato). O direito à vida, à saúde, ao patrimônio, etc., compõem a sua objetividade jurídica secundária (mediata), i.e., são tutelados por eles de forma indireta ou reflexa. Há uma superposição de interesses jurídicos. A saúde, por exemplo, é protegida como objeto jurídico principal no Código Penal, no Capítulo próprio (arts. 267 e ss.). Nos crimes contra as relações de consumo, contudo, aparece como interesse jurídico secundário. Assim, se em consequência de um crime contra as relações de consumo há morte de um consumidor, ou surge uma qualificadora ou concurso de crimes (no sentido do texto e do concurso de crimes, tratando de infrações penais contra a saúde pública: Maria Paz Arenas Rodríguez, op. e loc. cit., p. 130). Esse resultado (morte), contudo, não altera a natureza do crime, que continua lesionando seu objeto jurídico principal, ligado a toda a coletividade.

Isso não significa que se dá maior relevância às relações de consumo, situando o direito à vida ou à saúde em plano secundário. Esses bens individuais se sobrepõem àquelas. Ocorre que, protegendo-se o interesse coletivo automaticamente está sendo conferida tutela aos bens particulares.

7. A verdadeira natureza dos crimes contra as relações de consumo

Os delitos contra as relações de consumo, atingindo a coletividade em seu primeiro impacto, apresentam dificuldades quanto à indicação de sua natureza. São crimes de lesão ou de perigo? Se são de perigo, devem ser catalogados como de perigo abstrato ou concreto?

No XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Cairo em 1984, a Recomendação de n.º 9 aconselhou “o emprego de tipos delitivos de perigo abstrato como meio válido para a luta contra a delinquência econômica”. Antes disso, essa indicação já havia sido feita por ocasião do Colóquio Internacional sobre o Conceito e Princípios do Direito Penal Econômico e Proteção do Consumidor (cf. a 8.ª conclusão in *Revue Internationale de Droit Penal*, 1983, p. 78).

A recomendação, entretanto, não está livre de objeções. Como se sabe, nos delitos de perigo abstrato este não precisa ser comprovado, sendo suficiente a realização da conduta. A situação de perigo é presumida pelo legislador, não permitindo prova contrária. Isso não está de acordo com o moderno Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade. No Brasil, a reforma penal de 1984 consagrou a culpabilidade como base da responsabilidade penal, princípio incompatível com presunções legais. Além disso, a Constituição Federal de 1988 instituiu o princípio do estado de inocência, que também não se harmoniza com a presunção legal da abstração do perigo (Zaffaroni e Muñoz Conde). Por último, a formulação típica dos delitos como infrações de perigo abstrato “constitui uma considerável restrição da liberdade da ação empresarial” (Tiedmann, *Poder econômico y delito*, Barcelona, Editorial Ariel, 1985, p. 33).

Essas infrações não podem também ser conceituadas como crimes de perigo concreto, aqueles que exigem, caso a caso, a demonstração da real ocorrência de probabilidade de dano ao objeto material, uma vez que a punição se torna muito difícil ante a exigência da prova da real situação de perigo, como a prática tem demonstrado.

Na verdade, os crimes contra as relações de consumo são delitos de lesão.

Como diz Tiedmann, nessas infrações os bens jurídicos são lesionados e não

simplesmente postos em perigo (op. cit., p. 36). Não são crimes de perigo abstrato (Bustos Ramírez e Hassemer) ou concreto. No mesmo sentido, tratando de crimes contra a saúde pública, que guardam similitude com os delitos contra as relações de consumo, diz Maria Paz Arenas Rodríguez que são crimes de lesão e não de perigo (op. cit., p. 148).

Não afirmamos a qualificação dos crimes contra as relações de consumo como delitos de dano ou de lesão no sentido tradicional de infrações em que “o tipo pressupõe que se lese o objeto da ação”, i.e., o objeto material (Jescheck, “*Tratado de Derecho Penal*”, trad. espanhola de Santiago Mir Pig e Muñoz Conde, Barcelona, Bosch Casa Editrice, 1981, I/358). A lesão ou dano, em nossa posição, refere-se ao interesse jurídico e não ao objeto material do delito.

Note-se que o dano (lesão) pode recair sobre o interesse, sobre o bem ou sobre ambos. Como observava Antolisei, no furto de um automóvel não há alteração do objeto material (bem), recaindo a lesão sobre o interesse (relação entre o proprietário ou possuidor e a coisa). Se, entretanto, alguém destrói o veículo, a lesão incide diretamente sobre o bem. Observe-se que, no último caso, lesionando o objeto material (bem) o sujeito ofende também o interesse, uma vez que, destruindo o automóvel, o autor causa a perda, por parte do *dominus*, da disponibilidade sobre ele. Como disse Antolisei, a lesão do bem pode ou não verificar-se; a lesão do interesse, porém, sempre ocorre (*La acción y el resultado en el delito*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959, trad. de José Luis Pérez Hernández, p. 120, n. 40).

Conclui-se que o crime pode atingir o objeto jurídico (interesse) sem afetar o objeto material (bem). Em certos casos, ofende não só o interesse, lesionando também o objeto material. Em todas as hipóteses, porém, há dano

ao interesse. É o que ocorre nos delitos contra as relações de consumo. Neles, sempre há lesão ao bem jurídico primário, as relações de consumo. Eventualmente, pode acontecer de o delito atingir um objeto material cujo titular seja um consumidor. Isso, entretanto, não é necessário à existência do crime.

Do que foi exposto, verifica-se que a essência dos delitos contra as relações de consumo está na lesão ao interesse jurídico da coletividade, que se consubstancia nas próprias relações de consumo, não pertencendo necessariamente ao tipo incriminador a lesão ou perigo de dano a eventual objeto material individual dos consumidores. Isso pode ocorrer, quando então se falará em objeto jurídico, sujeito passivo e objeto material secundários.

Nada impede, como diz Maria Paz Arenas Rodríguez, que se adote a denominação de delitos de lesão para o objeto jurídico coletivo e se reserve com exclusividade a qualificação de perigosas para as condutas que atentem contra o bem jurídico particular (op. cit., pp. 148-149). A lesão ou perigo de lesão aos interesses particulares, entretanto, — repita-se — não é essencial ao tipo incriminador. Daí porque a questão da natureza de crimes de perigo abstrato ou concreto se torna irrelevante, como se verá a seguir.

De observar-se que o perigo pode ser considerado abstrato ou concreto somente se pusermos em consideração o fato típico em face dos bens jurídicos da pessoa humana, como a vida e a saúde. Se, entretanto, colocarmos o fato constitutivo do crime contra as relações de consumo em confronto com os bens jurídicos sociais, coletivos ou difusos, estes são na verdade lesionados e não somente submetidos a perigo de dano (Tiedmann, *idem*; Maria Paz Arenas Rodríguez, op. cit., p. 148). Como ensina Tupinambá de Azevedo, “o que é abstrato à vista dos bens jurídicos pes-

soais é concreto em relação a bens jurídicos coletivos. No direito penal econômico, o que, dirigido ao patrimônio individual é perigo abstrato, pode atingir, efetivamente, o funcionamento do sistema social. Essa nova maneira de ver as coisas, ampliando o consumo próprio, ainda quando o sujeito tenha conhecimento das infrações normativas (Rodríguez Devesa, *Derecho Penal* español, Parte Especial, Madri, 9.^a ed., 1983, p. 1.008). Isso ocorre porque a conduta do particular, não sendo produtor, não lesiona os interesses da coletividade.

Prova de que os interesses concernentes à vida, saúde, patrimônio, etc. são de natureza secundária. Se fossem interesses primários, se o sujeito passivo principal fosse o consumidor em todos os casos, haveria delito mesmo nas hipóteses de condutas entre particulares. Como foi assinalado, isso não quer dizer que o legislador penal não dê importância ao direito à vida, à saúde, etc. Para esses comportamentos o Código Penal guarda Capítulos próprios, como os dos "Crimes contra a vida", "crimes de periclitación da vida e da saúde", etc.

DOUTRINA NACIONAL

A “ORDEM PÚBLICA” COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR — UMA VISÃO JURISPRUDENCIAL

FAUZI HASSAN CHOUKR

Promotor de Justiça em Jundiaí (SP)

1. Introdução e objetivos — 2. Conceito de jurisprudência — 3. Evolução do problema — 4. Confiabilidade na Justiça — 5. Repetição da fórmula legal — 6. Ordem pública e Lei Penal — 7. Ordem pública e periculosidade — 8. Ordem pública e clamor — 9. Ordem pública e segurança do acusado — 10. Conceito negativo — 11. Conclusões.

1. Introdução e objetivos

A proposta do presente trabalho é procurar, dentro do exercício jurisprudencial, um conceito para a expressão “ordem pública” contida no art. 312 do CPP, como fundamentação do decreto de prisão preventiva ou denegação do pedido de liberdade provisória.

Não é, portanto, o debate da permanência de tal dispositivo dentro do ordenamento jurídico o objeto do estudo que se segue, alertando-se, porém, que a fórmula de “garantia de ordem pública” dificilmente se coaduna com o texto constitucional em curso, sobretudo no cotejo com o princípio da presunção de inocência.¹

Feita a advertência preliminar, tenta-se explicar o método da pesquisa elaborada.

A “ordem pública” será visualizada a partir da ótica jurisprudencial, buscando-se identificar a existência de um conceito dentro da atividade dos magistrados. É intenção, também, estratificar tal definição (se existente) no plano espacial e temporal. Mais precisamente, deseja-se saber se, dentro de uma determinada região mais ou menos uniforme geopoliticamente existe um determi-

nado parâmetro, e se o conceito teria sofrido, ao longo dos anos de vigência do estatuto processual, alguma alteração em virtude de fatores políticos ou alterações legislativas, já que como observa Salas, o processo penal nada mais é que um espelho das relações de dominação política num determinado momento histórico.²

Justifica-se tal preocupação ante o fato de o Código de Processo Penal ter sido editado na década de quarenta, e de lá até esta data, o país ter vivenciado quatro textos constitucionais.³

E certo, igualmente, que tais alterações são o exemplo máximo do processo de reajustamento político por que passou (e passa) a sociedade brasileira, sendo oportuno salientar que, tendo sido concebido dentro da realidade de um estado autoritário, passou pelo influxo democrático da Constituição de 1946 e pelo contra-fluxo autoritário do período 67/69, para atingir, uma vez mais, um texto de alterações democráticas como é o atual.

No fundo, busca-se conhecer até que ponto a magistratura é permeável a tais transformações sociais e traz, para sua atividade, o reflexo de tal interpenetração.

A busca de uma identificação regional do conceito também é justificável, tendo em conta o fato de sermos um país com pluralidade de realidades. Certo é que os valores culturais de uma cidade de interior de um Estado no extremo sul diferem profundamente daqueles existentes em cidades de um mesmo porte no norte ou nordeste. Mais uma vez deseja-se compreender como os julgadores dessas distintas regiões respondem à existência de um eventual conceito de ordem pública dentro de suas comunidades.

Dentro do plano de trabalho, foi ainda tema de pauta buscar a função do Supremo Tribunal Federal no quadro apontado. Como decorrência lógica do sistema organizacional da justiça brasileira, só poderia ser uma a sua missão: catalisar os eventuais conceitos plurânicos, dando-lhe uma visão de conjunto e, por que não, uma certa orientação jurisprudencial.

Por fim, dentro do tema de reajustamento legislativo, a intenção foi descobrir se a alteração infraconstitucional sofrida em fins da década de sessenta causou algum abalo no entendimento pretoriano.

A importância do tema, parece-nos, carece de demoradas justificativas. Trata-se de atividade judiciária que influi drasticamente no bem mais caro do ser humano, sua liberdade. Tolhê-la de forma injusta é como ceifar-lhe a vida, ante a proximidade de tais valores. E, como fator complicador, o tema insere-se dentro de um dos pontos mais sensíveis da atividade jurisdicional, o processo cautelar.

Antes de passarmos à tarefa de enfrentar os casos julgados, é necessário, ainda que breve, um comentário a respeito do próprio método empregado, mais exatamente para se saber o que se quer dizer ao empregar o termo "jurisprudência".

2. O Conceito de Jurisprudência

O que significa exatamente o conteúdo da expressão "existe jurisprudência a respeito?"⁴

Pode ser ela empregada (como de fato o é, na prática) para a existência de um único julgado a respeito de um determinado caso. Pode ser ainda entendida como um determinado corpo de decisões num determinado sentido acerca de uma certa matéria. Ou ainda, pode ser empregada em face de um único julgado num determinado sentido em oposição a uma coleção na direção diametralmente oposta. Em todas essas hipóteses o utilizador do aparato jurídico dirá, com argumento de autoridade, que a jurisprudência existe e lhe é favorável. Mas todas estas situações definem o mesmo objeto?

Ao se entender jurisprudência como "dizer o direito" (correlato, portanto, ao termo jurisdição), efetivamente sim. Em cada caso a jurisdição foi realizada e o direito foi "dito".

Contudo, ao se buscar um conceito de jurisprudência que seja algo mais que "dizer o direito", no sentido de identificar uma determinada tendência social, haverá uma profunda diferença entre as formas de compreensão do problema.

A forma mais consentânea com a função do juiz no mundo contemporâneo parece-nos, sem dúvida, a última. A jurisprudência deve ser entendida como um conjunto de julgados dentro de uma linha axiológica, diferenciando-se, portanto, da existência de uma decisão isolada.⁵

Digamos que uma determinada matéria (como o conceito de ordem pública, para nos fixarmos no tema) pode ser alvo de "jurisprudência" na medida em que exista um conjunto de julgados tratando o tema de forma valorativamente coesa (certamente podendo coexistir, simultaneamente, vários valores con-

sagrados, sendo perfeitamente possível falar-se em “jurisprudências”). Na medida em que não se encontrem rumos norteadores sobre o tema, mais correto será falar-se em decisões sobre a matéria, propondo-se desta forma uma determinada “escala” de atuação na atividade jurisdicional.

A partir destas premissas inúmeras questões podem surgir, nem todas compatíveis com a dimensão de propósitos do presente trabalho, tais como a validade da uniformização de jurisprudência, a quem ela eventualmente serviria, como atuaria na prática, como se comporta a garantia do “duplo grau de jurisdição” nessa ótica, etc.

Conclue-se, então, para o presente trabalho que só será considerada “jurisprudência” o conjunto de valores consagrados de forma perceptível em um determinado conjunto de decisões. As posturas isoladas serão referidas como “julgados” ou “decisões” ou “acórdãos”.

3. Evolução do problema

A pesquisa elaborada, que teve como campo de extensão a postura dos tribunais desde a evolução do Código levamos a uma constatação preocupante. Em cinquenta anos de vigência do tema não existe na atividade jurisdicional “jurisprudência” efetiva a respeito do conceito de “ordem pública”.

Há, de fato, algumas decisões em que se busca uma conceituação do tema, sem, contudo, firmar-se um juízo de valor coeso a respeito.

A procura de uma identificação espacial e cronológica como inicialmente proposto revelou-se frustrante. A única tímida manifestação de unidade (mesmo assim não podendo ser considerada como posição jurisprudencial dada sua diluição) foi a da aproximação do conceito de “ordem pública” com o de “periculosidade” a partir da revogação da prisão obrigatória em fins da década de sessenta.

Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal mostrou-se capaz de fornecer linhas de atuação, deixando ao sabor arbitrário do julgador (vez que inexistem parâmetros) para o caso concreto entender o que é ou não ordem pública. A ausência de parâmetros faz com que aflore o uso da fórmula em seu aspecto puramente retórico, nela podendo ser inserida ou retirada a hipótese desejada sem que trauma formal algum seja sentido.

Vejamos a seguir algumas decisões acerca do tema e a tênue inclinação dos tribunais há pouco referida.

4. Confiabilidade na Justiça

No julgamento do *habeas corpus* 60.973 oriundo do Paraná, o STF em voto proferido pelo Min. Francisco Rezek aproximou o conceito de ordem pública com a “preservação da credibilidade do Estado na Justiça” (RTJ 106/573) havendo, ainda, a inclusão de alguns outros elementos como a potencialidade lesiva do crime (a ser observado posteriormente) e garantia da própria segurança do acusado.

Tal idéia mostra-se claramente insuficiente. Todo processo, no limite, tenta reproduzir a confiabilidade da justiça do Estado, que um dia substituiu a justiça de “mão própria”. Veja-se que o espectro de tal posição, extremamente largo, permite que o réu seja detido cautelarmente em qualquer feito, pois em todos processos a justiça deve ser “confiável”.

Outra decisão seguiu a mesma linha. Acórdão proferido pelo TJSP (122.685, HC, j. 21.5.74, Des. Adriano Marrey) o entendimento de ordem pública está próximo da credibilidade na justiça vez que segundo o julgado, “a ordem pública ...sofreria evidente prejuízo, eis que a liberdade do paciente implicaria abalar confiança na justiça, que somente atuaria em relação aos pobres, deixando impunes os ricos, como é o acusado”.

5. Repetição da Fórmula Legal

A repetição da fórmula legal é presente em várias decisões, sendo uma das linhas mais perceptíveis, mesmo porque não se dá ao trabalho de tentar definir o que seja ordem pública, limitando-se a decretar a prisão cautelar (ou mantê-la apenas proferindo a letra da lei).

Interessante acórdão contido na *RT* 531/296 aponta para a insuficiência da repetição da fórmula legal. No caso concreto o julgador apontou que não basta a simples repetição da fórmula “garantia de ordem pública” para embasar o encarceramento preventivo.

O acórdão é instigante na medida em que aponta a necessidade de definir um conceito, repudiando a acomodação judicial, que na impossibilidade da construção de bases para a matéria assentam suas manifestações apenas na repetição das palavras sacras, quase num retorno à fase anterior da racionalidade weberiana.

6. Ordem Pública e Lei Penal

O acórdão do *RHC* 60.642, j. em 18.3.83 (*RT* 575/455) procura uma definição do conceito, asseverando que “a garantia da ordem social, que é a mesma da ordem pública, não se efetiva com ao simples término da tomada da prova. Integra-a a aplicação da lei penal”.

Como apontado em tópico anterior, a atividade processual em si constitui expressão de racionalidade do Estado. Não se esgota, como diz o texto em outras palavras, no processo de conhecimento, mas integra-a o processo de execução.

Assim, essa decisão guarda muita semelhança com aquela citada no item 4, onde a ordem pública significava credibilidade na Justiça, apenas que com outra roupagem.

7. Ordem Pública e Periculosidade

E na aproximação das duas idéias citadas no cabeçalho deste tópico que a jurisprudência (ou mais exatamente, as decisões) vão encontrando um estreitamento axiológico.

Dentro do método de trabalho inicialmente proposto, pode-se visualizar que, a partir do momento em que saiu do mundo jurídico a necessidade da prisão em virtude da presunção legal de periculosidade ou gravidade do delito, a utilização da disposição ordem pública passou, no mais das vezes, a tomar-lhe o lugar.

Assim, não foi com surpresa que se encontrou, no início da década de setenta uma enxurrada de decisões utilizando a idéia nos casos em que o agente se mostrava perigoso, como observado nos julgados contidos nas *RT* 477/401, 504/436, 534/366, 549/398, 538/458 e 489/344.

A partir da eliminação da custódia necessária, ao lado do emprego do termo periculosidade, as decisões passaram a utilizar a noção de gravidade do delito, esta embutida na presunção legal então existente. Não se evoluiu, entretanto, na discussão daquilo que vem a ser “periculosidade” ou na extensão de um conceito de gravidade típica, pelo menos até a edição da chamada “Lei dos crimes hediondos”.

8. Ordem Pública e Clamor

Também foi a partir desse momento que se empregou com alguma frequência a expressão “clamor público”, como no acórdão contido na *RT* 593/399. No julgado apontado, a revolta da população surge como fonte autorizadora da custódia cautelar, assimilando sua ocorrência à idéia de desordem, que deve ser eliminada pela constrição da liberdade do acusado.

9. Ordem Pública e Segurança do Acusado.

Ordem pública é um argumento que já foi utilizado até em favor do acusado (!) para sustentar a decretação de prisão preventiva. Raciocinou-se na decisão contida na RT 593/339 que era mais seguro deixar o réu encarcerado que solto, ante a notoriedade do crime praticado. Portanto, o Estado já concluiu que a fim de garantir a incolumidade do acusado, este deveria ter sua liberdade privada...

10. Conceito Negativo

Se alguma definição para ordem pública os Tribunais constituíram, não foi ela de caráter positivo, mas sim negativo.

Analisando um caso em que, além do delito cometido, o agente possuía uma vida econômica arruinada, com inúmeras ações de execução na esfera civil, o TACrimSP decidiu em 23.6.77 que a existência de tais ações não significavam um risco a ordem pública para os fins de medida cautelar penal.

Ainda que pela linha de exclusão, o julgado serve de parâmetro para um início de delimitação da expressão, não se admitindo a existência de "dívidas civis" para sustentar a prisão preventiva. Trata-se de postura amplamente correta, notadamente num país com a nossa estrutura econômica. Se levada a sério, pode significar a impossibilidade da prisão cautelar em face da situação econômica do acusado, tendo reflexos até na noção de domicílio certo, cuja ausência em várias oportunidades sustenta a prisão cautelar.

11. Conclusões

Ao fim pesquisa constata-se que, após cinquenta anos de vigência do CPP os Tribunais ainda não conseguiram cons-

truir linhas valorativas para delimitar a idéia de ordem pública, ficando assim o tema ao sabor do arbítrio e não da discricionariedade.

Ainda que a presente análise caia em desuso com a não recepção do tema, em estrita obediência ao texto constitucional, a tarefa poderá manter algum valor, e servir como alerta ao legislador e intérpretes da legislação instrumental penal no tocante a adoção, em futuros textos, de expressões em si vazias, mormente em pontos críticos como as medidas de cautela.

NOTAS

1. A crítica à constitucionalidade da idéia de "ordem pública" como fundamento da prisão cautelar foi elaborada com propriedade por Gomes Filho (Antonio Magalhães, in *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, Saraiva, SP, 1981, especialmente p. 66 e ss.), concluindo que as prisões cautelares amparadas nesta baliza nada mais é que uma antecipação da pena, "ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento de culpabilidade".

2. V. Salas, Denis., in *Du Procès Penal*, PUF, Paris, 1992, especialmente p. 19, onde o autor sustenta que o processo penal "doit nous conduire à suivre le développement des relations de dépendance et de indépendance qu'il entretient ... avec le pouvoir politique".

3. Observe-se que o CPP entrou em vigor durante a vigência da Constituição de 1937, tendo sido recepcionado pela Constituição de 1946 e, posteriormente, pelos textos políticos de 1967 e EC 1/69 e chegando ao texto atual, de 5.10.88.

4. V. para uma definição do conceito de jurisprudência, Limongi França, Rubens, *O Direito, a Lei e a Jurisprudência*, SP, RT, 1974.

5. A respeito desse compromisso social da magistratura, para visão crítica veja-se, entre outros, Faria, José Eduardo Campos de Oliveira, in *Justiça e Conflito* Os juízes em face dos novos movimentos sociais. SP, RT, 1991, especialmente pp. 106 e ss.

DOS SUJEITOS ATIVOS NOS DELITOS DE CORRUPÇÃO

JULIO FABBRINI MIRABETE

Advogado

1. A consulta — 2. Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção — 2.1 Crimes de conteúdo variado ou de ação múltipla — 2.2 O crime de corrupção passiva — 2.3 As modalidades típicas do crime de corrupção — 2.4 Resposta à 1.ª questão — 3. O “ato de ofício” no crime de corrupção passiva — 3.1 Objetividade jurídica na corrupção passiva — 3.2 Espécies de corrupção passiva — 3.3 Elemento histórico — 3.4 Corrupção própria e corrupção imprópria — 3.5 Crime praticado fora do exercício das funções — 3.6 A distinção em face da lei italiana — 3.7 Doutrina e jurisprudência — 3.8 Resposta à 2.ª questão — 4. Da denúncia pelo crime de corrupção passiva — 4.1 O agente corruptor e o ato de ofício na corrupção — 4.2 Requisitos da denúncia — 4.3 A inépcia da denúncia e o aditamento — 4.4 Resposta a 3.ª questão.

1. A consulta

1.ª questão:

Para a caracterização do crime de corrupção passiva, previsto no art. 317, *caput*, do CP, exige-se também a ocorrência do crime de corrupção ativa, previsto no art. 333 do mesmo Estatuto quando houver recebimento da vantagem indevida pelo funcionário?

2.ª questão:

É elemento indispensável do crime de corrupção passiva a relação entre as condutas típicas, de solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem ilícita e um ato de ofício do sujeito ativo do ilícito?

3.ª questão:

É de ser recebida a denúncia em que se imputa o crime previsto no art. 317 do CP quando o requisitório público não se refere ao “agente corruptor”, autor de corrupção ativa, e ao “ato funcional” relacionado com a solicitação ou recebimento da vantagem indevida?

2. Dos sujeitos ativos nos delitos de corrupção

2.1 Crimes de conteúdo variado ou de ação múltipla

Entre as várias classificações doutrinárias das infrações penais quanto à ação típica é necessário ressaltar para a exposição que se segue a que distingue os crimes de “ação única”, aqueles em que a descrição legal contém apenas uma modalidade de conduta, que é o núcleo do tipo penal, e os crimes de “ação múltipla”, ou de “conteúdo variado”, em que, de acordo com a previsão legal, o mesmo delito pode ser praticado em decorrência de comportamentos típicos diversos. Nos termos legais, qualquer destas condutas caracteriza a mesma infração penal, com a mesma sanção, como, p. ex., o crime definido no art. 211, do CP, em que se inscrevem as ações de “destruir”, “subtrair” e “ocultar” cadáver ou parte dele.

Nessa categoria de crimes, na maior parte das vezes, as várias modalidades de condutas descritas no tipo são fases de um mesmo crime, como na hipótese do art. 122 do referido Estatuto, que prevê as ações de “induzir”, “instigar” alguém a suicidar-se ou “prestar-lhe auxílio” para que o faça. Assim, se o agente “instiga” alguém ao suicídio, prestando-lhe em seguida auxílio material para a sua concretização, responderá ele por apenas um crime. Referindo-se a essa espécie de crime, afirma, p. ex., Damasio Evangelista de Jesus:

“São crimes em que o tipo faz referência a várias modalidades da ação. Ex.: art. 122, em que os verbos são “induzir”, “instigar” ou “prestar” auxílio ao suicídio. Neste caso, mesmo que sejam praticadas as três formas de ação, elas são consideradas fases de um só crime”. (*Comentários ao Código Penal*, 1.º/214, 2.ª ed., 1986).

Outra particularidade com relação aos crimes de conteúdo variado é a de que, sendo diversas as condutas, diversificada é também a estrutura típica do delito, conforme seja ele cometido de acordo com uma ou outra das modalidades inscritas no tipo penal. Dessa forma, em um mesmo tipo legal, o delito pode ser formal, material ou de mera conduta; instantâneo, permanente ou de efeitos permanentes; de dano ou de perigo; unilateral ou bilateral: etc. Assim, tratando-se da prática de várias condutas do mesmo tipo, fases do mesmo tipo, o crime material absorve o formal, o ilícito de dano absorve o de perigo etc.

Por essas razões em delitos que tais, é de se examinar cada uma das condutas inscritas no mesmo tipo penal a fim de verificar-se adequadamente, além do comportamento, o sujeito ativo, o sujeito passivo, o objeto material, a consumação etc.

2.2 O crime de corrupção passiva

Entre os ilícitos penais de conteúdo variado encontra-se o crime de corrup-

ção passiva, previsto no art. 317 do CP, em cujo tipo estão inscritas as condutas de “solicitar” ou “receber” vantagem indevida, ou “aceitar promessa” de tal vantagem.

Por isso, ao classificá-lo, deve-se atender a cada uma das modalidades inscritas no tipo. Assim, exemplificando, na forma de “solicitar” ou “aceitar promessa”, o crime é formal, enquanto que na modalidade de “receber” é material. Em outra classificação, as duas primeiras modalidades são de ilícitos de perigo, a última, de dano.

Quanto aos sujeitos ativos do crime, nas infrações de conteúdo variado também faz a lei distinção entre as modalidades de conduta inscritas no mesmo tipo penal. Exemplifique-se com o crime de aborto. No art. 124 do CP, incrimina-se a gestante que “praticar aborto em si mesma” ou que “consentir que outrem lho provoque”. Na primeira conduta o crime é unilateral, ou monossujeetivo, e, na segunda, bilateral, ou plurissujeetivo. Nota-se então, nessa hipótese, que um fato único (aborto), em se tratando da segunda figura, envolve não só a gestante, mas outra pessoa, que, entretanto, vai responder de acordo com outra figura típica, a de “provocar aborto com o consentimento da gestante”, prevista no art. 126 do Estatuto Repressivo. São hipóteses em que excepcionando o art. 29 do mesmo Código, referente ao concurso de pessoas, os sujeitos não respondem pelo mesmo delito quando colaboram para o fato, mas sim por crimes diversos. Em lugar de se atender à regra do último dispositivo, ou de se conceituar o fato como um crime plurissujeetivo ou de concurso necessário, o legislador faz uma exceção pluralística do princípio unitário ao concurso de agentes separando as condutas da gestante e do terceiro provocador do aborto.

É o que ocorre também quanto à corrupção do funcionário público. Cer-

tamente pela diversidade de comportamentos possíveis do funcionário e do *extraneus*, a lei excepciona mais uma vez a regra do art. 29 do CP, fazendo com que um dos participantes responda por delito diverso daquele pelo qual o outro é responsabilizado. Enquanto o *intraneus* responde pelo crime de corrupção passiva (art. 317), o *extraneus* deve ser responsabilizado por corrupção ativa (art. 333).

Em decorrência dessa opção do legislador, é necessário examinar-se as várias modalidades das condutas inscritas nos tipos dos arts. 317 e 333 do CP, a fim de determinar-se em que hipóteses o crime de corrupção passiva é bilateral ou unilateral, ou seja, em que hipóteses é possível a ocorrência desse ilícito sem a figura do agente corruptor.

2.3 As modalidades típicas do crime de corrupção

Decompondo-se os tipos penais dos arts. 317 e 333 do CP, as hipóteses possíveis são as seguintes:

a) Há solicitação de vantagem indevida pelo funcionário a que não acede o *extraneus*. Nessa hipótese ocorre apenas o crime do *intraneus*, de “solicitar” vantagem indevida. Trata-se, portanto, de crime unilateral.

b) Há oferta de vantagem indevida ao funcionário público e este a recusa. Nessa hipótese ocorre apenas o crime do *extraneus*, previsto no art. 333. Trata-se, portanto, de crime unilateral.

c) Há promessa de vantagem indevida ao funcionário público e este não a aceita. Ocorre apenas o crime do *extraneus*, previsto no art. 333. Trata-se, portanto, de crime unilateral.

d) Há solicitação pelo funcionário e o *extraneus* com ela concorda, ofertando ou entregando a vantagem indevida. Pratica o funcionário o crime do art.

317, de “receber” (o crime material e de dano absorve o crime formal e de perigo) vantagem indevida (o crime material — receber — e de dano absorve o crime formal e de perigo — solicitar) e o particular o do art. 333, de ofertá-la ou entregá-la. Trata-se de crime bilateral. Nesse sentido é a doutrina (Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, 3/518; Heleno Claudio Fragozo, *Lições de Direito Penal*, v. 3/423 e 479; 3.^a ed., 1981, Celso Delmanto, *Código Penal anotado*, 1986, pp. 486-487) e a jurisprudência, que considera não se distinguir na lei se a oferta ou promessa se faz por sugestão ou solicitação do funcionário (RT 641/316, 684/316; RJTJSP 15/474).

e) Há oferta de vantagem do *extraneus* e recebimento do funcionário. Há crime de corrupção ativa do primeiro e de corrupção passiva do segundo. É crime bilateral.

f) Há promessa de vantagem do *extraneus* e aceitação por parte do funcionário. Há crime de corrupção ativa do primeiro e de corrupção passiva do segundo. É crime bilateral.

Em resumo, no que tange ao crime de corrupção passiva, ele só é unilateral quando há solicitação por parte do funcionário e recusa de entrega do *extraneus* da vantagem indevida (alínea a).

2.4 Resposta à 1.^a questão

Para a caracterização do crime de corrupção passiva, previsto no art. 317, *caput*, do CP exige-se também a ocorrência do crime de corrupção ativa quando houver recebimento da vantagem indevida pelo funcionário. Nessas hipóteses o crime é bilateral, ou de encontro e o recebimento, crime material e de dano, absorve a solicitação, formal e de perigo.

3. O “Ato de Ofício” no crime de corrupção passiva

3.1 Objetividade jurídica na corrupção passiva

Segundo tradicional conceito doutrinário, o crime é um fato que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico tutelado pela lei penal. Nos termos do art. 13 do CP, não há crime sem resultado, ou seja, não há ilícito penal sem que haja uma lesão ou um perigo de lesão para o interesse protegido pela lei penal. Assim, objeto jurídico do crime, como diz Pietro Nuvolone, é “o bem ou interesse que o legislador tutela, em linha abstrata de tipicidade, mediante uma incriminação legal” (“Il principio di oggettività e il principio di suggestività nel nuovo codice penale brasiliano”, in *Iustitia* 86/68-69).

No crime de corrupção passiva, o objeto da tutela jurídica é o funcionamento normal da administração pública, no que diz respeito à preservação dos princípios de probidade e moralidade no *exercício* da função. Observa Heleno Fragoso que o “objeto da tutela jurídica é a administração pública, no sentido amplo em que esta expressão é empregada pela lei penal, visando-se preservar a probidade no *exercício* da função” (*Lições de Direito Penal*, 3/422, Forense, Rio, 1981, os grifos são do signatário). E como afirma Magalhães Noronha: “o bem jurídico tutelado é ainda aqui o funcionamento *normal* da administração pública, de acordo com os princípios de probidade e moralidade” (*Direito Penal*, v. 4, 340-1, Saraiva, S. Paulo, 1962, o grifo é também do signatário). Assim, segundo a doutrina, visa-se preservar a regularidade da Administração Pública no que diz respeito ao “exercício funcional” do sujeito ativo.

Por essa razão, aliás, afirma Bento de Faria, ao se referir ao crime em tela, que se trata de “tráfico da função pela qual se estabelece uma relação ilícita entre

o funcionário indigno e o terceiro que, valendo-se de sua venalidade, sujeita-o às *iniciativas* da sua vontade (*Código Penal Brasileiro*, Rio, Record, 1959, 7/101 — Ainda grifo do signatário). Mais explicitamente, Heleno Claudio Fragoso afirma que “constitui corrupção passiva, essencialmente, um tráfico de autoridade, no qual o funcionário vende ou procura vender *um ato de ofício* (ob. cit., p. 422). E. Magalhães Noronha diz que se trata de “comércio ignobil da função” (ob. cit., p. 340). Damásio E. de Jesus afirma que a corrupção passiva “pode ser considerada uma forma de “mercancia” de atos de ofício que devem ser realizados pelo funcionário” (*Direito Penal*, 4/133, Saraiva, 1988).

Assim, diante da objetividade jurídica do delito previsto no art. 317 do CP, pode-se afirmar que o crime exige não apenas que o sujeito ativo seja funcionário, para os efeitos penais (art. 327), nem que a ação se relacione meramente com função pública, mas que o fato tenha relação com um ato de ofício em particular. Visa-se preservar a Administração Pública não num sentido genérico, por estar o agente apto a exercer uma função pública, mas porque trafica, mercadeja, vende, especula, um determinado ato de ofício. Só nessa hipótese é que se pode dizer há uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, ou seja, a regularidade da Administração Pública no que tange aos atos funcionais de seus agentes. Não há ofensa ao bem jurídico tutelado no art. 317 do CP quando o comportamento do agente deriva apenas de exercer uma função pública, não se relacionando com qualquer ato de ofício.

3.2 Espécies de corrupção passiva

A falta de menção expressa ao “ato de ofício” no *caput* do art. 317, do CP, que a ele só se refere nos §§ 1.º e 2.º, não exclui a imprescindibilidade da relação entre a conduta do agente e o

ato funcional. É o que se conclui ao examinar-se, no conjunto, o crime de corrupção passiva tal como tipificado no Estatuto. O objetivo do legislador, ao elaborar tipos diversos no art. 317, foi o de diferenciar condutas diversas mais ou menos graves, com sanções penais proporcionais à relevância penal de cada fato. Assim, estabeleceu, no § 1.º, um tipo em que a sanção penal é a mais severa porque o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo o dever funcional. Tal crime, de corrupção passiva qualificada, é conhecido como “corrupção própria”, como assinalam Heleno Fragoso (ob. cit., p. 428); E. Magalhães Noronha (ob. cit.; Celso Delmanto (*Código Penal anotado*, Freitas Bastos, 1986, p. 487); e Damásio E. de Jesus (*Código Penal anotado*, 1989, Saraiva, p. 761). O dano causado pelo agente é mais relevante penalmente pois ou o ato que deveria ser praticado não o foi, ou foi retardado, ou foi praticado em desacordo com as determinações legais.

Também previu a lei uma figura menos grave, no § 2.º, em que o agente retarda ou deixa de praticar ato de ofício, com infração do dever funcional, não motivado por vantagem indevida, mas simplesmente por atender a pedido de *extraneus*. Trata-se, nesse caso, como é pacífico, de corrupção passiva privilegiada (Heleno C. Fragoso, ob. cit., p. 429; E. Magalhães Noronha, ob. cit., p. 350; etc.).

No *caput* do dispositivo a lei estabelece a figura básica, fundamental, da corrupção passiva, menos relevante que a forma qualificada e mais grave do que a forma privilegiada.

Ora, afronta a lógica que a lei preveja no fato mais grave e no fato menos grave a necessidade de relação da conduta com um ato de ofício e dispense o mesmo quando trata da espécie intermediária, ou seja, da corrupção passiva simples, ou em outros termos, que seja ele indispensável no crime qualificado

e no ilícito privilegiado e não no tipo básico. É sabido que as formas qualificadas e privilegiadas de um delito devem ser interpretadas em função da forma simples do ilícito. Nas primeiras há circunstâncias qualificadoras, que revelam um fato mais grave que a forma básica, sendo necessária a cominação de pena mais severa; nas segundas, há causas de diminuição de pena, para um fato menos relevante que a forma simples. Os elementos básicos das infrações, simples, qualificada ou privilegiada são os mesmos e, no caso, o ato de ofício está contido implicitamente na descrição do art. 317, *caput*, do CP, que tipifica a forma básica, como nas formas qualificada e privilegiada, em que a menção ao ato funcional é expressa.

3.3 Elemento histórico

Numa interpretação do art. 317 considerando-se o elemento histórico de nossa legislação penal comum, a conclusão é a mesma. Afirmou o pranteado Nelson Hungria, membro da Comissão Revisora do projeto que se transformou no Código Penal de 1940, que o legislador pátrio, quanto a tal delito, “inspirou-se no Código suíço, a que vieram também aderir a lei francesa de 8.2.45, e o Código espanhol de 1944” (*Comentários ao Código Penal*, 2.ª ed., Rio, Forense, 1959, 9/367). E o Código suíço prevê exatamente as formas simples e qualificada da corrupção passiva, em tipos diversos, atendendo nesta última a maior gravidade do fato por ter o agente, omitido ou retardado o fato ou tê-lo praticado infringindo o dever funcional. Assim, no art. 316 prevê a corrupção do funcionário que, para realizar um ato não contrário a seus deveres e de acordo com suas funções (“pour procéder à un acte non contraire à leurs devoirs et rentrant dans leurs fonctions”) solicita ou aceita a vantagem indevida (corrupção *imprópria*, da qual se originou o art. 317, *caput*, do CP brasileiro). No art.

315 prevê a conduta daquele que para praticar um ato que implique uma *violação dos deveres de seu cargo* ("pour faire un acte impliquant une violation des devoirs de leur charge") solicita ou aceita a vantagem indevida (corrupção própria, da qual se originou o art. 317, § 1.º, do CP brasileiro). No referido código, portanto, é de rigor a relação do fato com o ato de ofício em ambas as hipóteses.

Diante do testemunho do emérito doutrinador, a conclusão só pode ser uma: se o Código suíço foi o modelo em que se inspirou o legislador brasileiro para a definição do crime de corrupção passiva em suas modalidades, não há dúvida de que, na lei pátria, exige-se a relação do fato com ato de ofício do servidor para a caracterização de tal ilícito, mesmo na ação descrita no *caput* do art. 317 do CP brasileiro.

3.4 *Corrupção própria e corrupção imprópria*

Como já foi visto, o legislador cuidou de diferenciar, para efeito de apenação, as espécies de corrupção passiva. Assim, a pena é mais grave quando o ato de ofício é omitido ou retardado ou praticado com infringência do dever funcional, conforme art. 317, § 1.º (corrupção própria). Ora, é evidente, por isso, que a solicitação ou recebimento de vantagem indevida pelo funcionário para a prática *regular* de ato de ofício, por não estar contida no § 1.º, está prevista no tipo básico, ou seja, no art. 317, *caput*, do CP. A pena não é agravada, portanto, quando o agente pratica regularmente o ato de ofício, após solicitar ou receber a vantagem indevida. Em outros termos, o funcionário é punido de acordo com o previsto no *caput* do dispositivo, na forma básica do delito de corrupção passiva.

A distinção a ser efetuada, portanto, para se saber se houve a prática do crime qualificado ou simples, é a de

verificar-se se o agente retardou ou omitiu o ato, ou o praticou infringindo dever funcional, respondendo de acordo com o § 1.º do art. 317, ou praticou regularmente o ato de ofício, quando será responsabilizado apenas nos termos do *caput* do citado artigo. É equivocada, pois, a nosso ver, a opinião de que, diante do *caput* e § 1.º do art. 317 do CP, se o funcionário apenas solicita a vantagem indevida, em razão da função, mas não pratica ato nenhum terá ocorrido a infração penal prevista no *caput* do art. 317 do CP e, ao contrário, se o servidor público solicita a vantagem e pratica qualquer ato de ofício, então o delito cometido seria o do § 1.º do mesmo dispositivo legal.

Considerando que o agente é apenado como autor de corrupção imprópria quando pratica regularmente ato de ofício, havendo solicitado, recebido ou aceito vantagem indevida, é consequência lógica que se exige a relação de sua conduta com o ato funcional no tipo penal. Seria ilógico que a lei incriminasse no mesmo tipo, com as mesmas sanções, essa conduta e o comportamento do servidor público que solicitasse ou recebesse vantagem indevida apenas em razão de suas funções, sem qualquer liame com um ato funcional. São fatos totalmente distintos, de gravidade diversa, que não poderiam estar incluídos na mesma figura penal.

3.5 *Crime praticado fora do exercício das funções*

Na redação do tipo previsto no art. 317, *caput*, do CP incrimina-se a conduta não só do servidor que esteja no exercício da função pública, mas daquele que se encontra fora da função ou que não a tenha ainda assumido. Ressalte-se, porém, que o dispositivo exige, também nessas hipóteses, que a solicitação, recebimento ou aceitação de promessa se refira a ato de ofício a ser praticado quando o sujeito assumir ou reassumir

suas funções, não bastando à caracterização do delito tais condutas porque o agente exercerá futuramente uma função pública. Indispensável é que a solicitação, recebimento ou aceitação esteja relacionada com um ato de ofício determinado, como, aliás, nas demais hipóteses.

3.6 A distinção em face da lei italiana

Argumenta-se que os comentários à respeito da lei italiana no que concerne ao crime de corrupção passiva, que se refere expressamente no tipo penal ao ato de ofício, não se adaptam à lei brasileira diante da omissão desta a tal elemento. Parece-nos que tal argumento não procede. Nesse aspecto, da necessidade do ato de ofício em qualquer espécie de corrupção ativa, servem aqueles comentários à aplicação do art. 317 do CP brasileiro.

Explica-se a divergência do tipo penal. Inovando no assunto, a lei pátria faz referência, como sujeito ativo do crime, àquele que está fora de suas funções ou ainda não as assumiu. O legislador nacional, ao incluir tal agente, fez menção expressa à conduta praticada em “razão” da função pública, entendendo desnecessário que se fizesse referência, com redundância, ao “ato de ofício”. Na lei italiana a referência ao ato de ofício era de rigor já que a figura penal da corrupção passiva naquela legislação não contempla como sujeito ativo ao *intraneus* que está fora da função ou ainda não a está exercendo. Já na lei brasileira, a expressão “ato de ofício” era desnecessária diante da redação do dispositivo no que se refere ao servidor que não se encontrava no exercício de suas funções.

3.7 Doutrina e jurisprudência

Não discrepam a doutrina e a jurisprudência da conclusão de que é indispensável a relação do fato praticado

pelo agente com o ato de ofício. É opinião pacífica dos estudiosos ser indispensável para a caracterização do ilícito em estudo que a prática do ato tenha relação com o ato funcional. Nesse sentido se pronunciam E. Magalhães Noronha (ob. cit., p. 342); Celso Delmanto (ob. cit., p. 486); Heleno C. Fragoso (ob. cit., p. 424); Paulo José da Costa Júnior, *Curso de Direito Penal*, 3/192, Saraiva, Damásio E. de Jesus (ob. cit., p. 761).

Não é outra a conclusão da jurisprudência, também pacífica: *RF* 201/297; *RT* 374/164, 388/200, 403/104, 390/100, 526/356, 538/324.

Mais do que isso, exige a jurisprudência que a solicitação, recebimento ou aceitação se refira a ato que esteja na competência do servidor, isto é, que deva estar compreendido nas suas especificações funcionais, porque somente nesse caso se pode deparar com o dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração. Nesse sentido: *RT* 374/164, 390/100, 538/324; *RF* 201/297. É o que também se afirma na doutrina, com Nelson Hungria (ob. cit., p. 369); E. Magalhães Noronha, (ob. cit., p. 343); Heleno C. Fragoso (ob. cit., p. 425); Damásio E. de Jesus (*Comentários*, v. 4/135) etc.

Ora, parece-nos evidente que, não se caracterizando o crime quando a solicitação ou recebimento se refere a ato de ofício que não está nas atribuições do funcionário, que muito menos se realiza o tipo penal quando não há relação alguma do fato com um ato funcional determinado.

3.8 Resposta à 2.^a questão

Diante da objetividade jurídica do delito previsto no art. 317, *caput*, do CP, da existência de formas qualificada e privilegiada de corrupção passiva, do elemento histórico, da legislação comparada, da doutrina e da jurisprudência

pátria, concluímos que é indispensável a relação do fato, ou seja, da conduta do *intraeus* com um ato de ofício de atribuição desse servidor.

4. Da denúncia pelo crime de corrupção passiva

4.1 O agente corruptor e o ato de ofício na corrupção

Como visto anteriormente nesta exposição, o crime de corrupção passiva quando há recebimento de vantagem indevida por parte do servidor é crime bilateral, envolvendo o ilícito de corrupção ativa por parte do *extraneus*. Já se observou também que é indispensável a relação do fato com um ato funcional por parte do *intraeus* para que se caracterize a referida infração. São portanto elementos do fato típico a ocorrência de corrupção ativa do *extraneus* e o ato funcional que deva ser praticado, omitido ou retardado pelo servidor corrompido. Assim sendo, na denúncia por um fato em que terceiro entrega ao funcionário vantagem indevida, por solicitação deste ou não, é indispensável que se relate tais elementos essenciais da infração, sob pena do reconhecimento de sua inépcia.

4.2 Requisitos da denúncia

É requisito da peça exordial do processo penal, conforme o art. 41 do CPP, "a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias". O fato descrito deve ser subsumível a uma descrição abstrata da lei, incluindo-se todos os elementos componentes da infração, não podendo a denúncia ser recebida na ausência de qualquer deles. Diz bem Fernando da Costa Tourinho Filho:

"Da mesma forma, não pode ser recebida a denúncia ou a queixa em que não haja a descrição do fato tido como

criminoso. A parte acusadora deve investir o Juiz "della cognizione di un fatto", descrevendo-o, como diz Beling, "al fine di facilitare il compito del giudice e di permettere all'imputato di preparare le proprie difese" (Beling, *apud* Bettiol, *La correlazione*, cit., p. 19). ... Necessário pois, que, na peça acusatória, seja denúncia ou queixa, se faça uma exposição do fato criminoso, que é a *causa petendi*, a razão do pedido de condenação". (*Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 11.^a ed., 1989, 1.º/463).

Não é outra a lição de Vicente Greco Filho, que, em recente obra, é mais específico com relação às circunstâncias elementares:

"A denúncia tem a forma de petição. Além da indicação do juiz a que é dirigida, contém duas partes. A primeira, considerada essencial, deve conter a qualificação do denunciado ou esclarecimentos sobre sua identidade física e a descrição do fato criminoso em todas as suas circunstâncias. Há dois tipos de circunstâncias que devem ser referidas: as elementares e as identificadoras. As elementares são as circunstâncias do fato que correspondem aos elementos do tipo penal. A descrição dessas circunstâncias deve ser feita com dados fáticos da realidade, não bastando a repetição da descrição típica. Esta serve de modelo, que deve ser preenchido com os elementos do fato concreto.

.....

A falta da descrição de uma elementar provoca a inépcia da denúncia, porque a defesa não pode se defender de fato que não foi imputado. Denúncia inepta deve ser rejeitada e, se não o for, pode haver truncamento da ação penal por *habeas corpus*. (*Manual de Processo Penal*), S. Paulo, Saraiva, 1991, p. 114).

É certo que o art. 569 do CPP admite que as omissões da denúncia ou da queixa sejam supridas até a sentença final. Mas, como bem afirma o citado autor:

“Essas omissões, todavia, não podem se referir aos dados fáticos essenciais da denúncia. Podem referir-se a aspectos acidentais, como por exemplo a complementação de dados de qualificação do acusado, a retificação das especificações do objeto do crime, ou seja, sempre aspectos acidentais” (ob. cit., p. 115).

Essa, outrossim, é a opinião generalizada em doutrina processual penal, em que pontificam, entre nós, José Frederico Marques (*Elementos de Processo Penal*, Rio, Forense, 1.ª ed., 1961, 2/146-147) e Eduardo Espinola Filho (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Rio, 1955, 3.ª ed., 1/417-418, n. 106), traduzindo o pensamento universal, e v.g. Vincenzo Manzini (*Trattato di Diritto Processuale Penale*, 6.ª ed., at. por G. Conso e G. D. Pisapia, 14/10, Turim, 1972, n. 362) e Manuel Lopes Maia Gonçalves (*Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, Coimbra, 1978, 2.ª ed., p. 469, n. 2).

E ainda observação de Rogério Lauria Tucci:

“É da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a tal propósito, asserção precisa de que: “Os requisitos do art. 41 do CPP são indeclináveis não só em nome do princípio de lealdade processual, como também por força do princípio do contraditório, que é preceito constitucional. Se a denúncia acusatória não for clara, precisa e concludente, não se poderá estabelecer o contraditório em termos positivos, com evidente prejuízo para a defesa, sujeita a vagas acusações” (cf. RT 172/300, 467/360, 448/297 etc.)”.

Em suma, devendo a imputação ao acusado ou querelado, em processo penal, “ser certa, precisa, inequívoca, contendo todos os elementos configuradores do tipo cuja prática se atribui ao acusado”, a ausência de exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, nos termos do art. 41 da legislação

processual penal codificada em vigor, gera a inépcia da denúncia (cf. ainda, RT 449/464). (“Inépcia e nulidade do processo”, RT 555/306).

Na hipótese figurada, a omissão quanto ao crime de corrupção ativa por parte de *extraneus* e a ausência de menção, ao menos, a ato de ofício relacionado com o fato, por serem estas circunstâncias elementares no crime, e não circunstâncias acidentais, acarretam a inépcia da inicial.

No Pretório Excelso é essa a posição, ou seja, de que a denúncia, para ser obediente ao comando do art. 41 do CPP, deve descrever o fato criminoso, “com todas as suas circunstâncias” (RTJ 56/770).

4.3 A inépcia da denúncia e o aditamento

E certo, como já se mencionou, que, de acordo com art. 569 do CPP, as omissões da denúncia podem ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final. Mas, a que omissões se reporta o art. 569 e quais as que poderão ser supridas a todo tempo? As do art. 41 do mesmo Código? Paulo Claudio Tovo responde:

“Sim, salvo a parte onde diz: “conterá a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias...”, pois que a denúncia ou a queixa são atos essencialmente acusatórios. Sem acusação não há denúncia nem queixa. A narrativa é o cerne da denúncia ou da queixa; é o que vincula o juiz pelo princípio de congruência da condenação com a acusação. O mestre José Frederico Marques ensina, aliás, que os atos essenciais do processo (aqueles sem os quais ele não existe) são os contemplados no art. 564 (excluídos aqueles para os quais haja alguma sanatória, é claro) e, ainda mais, que a falta de formalidade do elemento essencial equivale à falta do próprio ato

essencial — nulidade insanável (*Elementos de direito processual penal*, 2/420-421). Logo, se a narrativa não traduzir um fato típico, pelo menos, o procedimento é insanavelmente nulo pela raiz.

As omissões supríveis (ou sanáveis) a todo tempo, antes da sentença final, no tocante ao tópico, seriam as circunstâncias ou elementos integrativos não essenciais do fato, como a hora, o dia, o instrumento com que se produziu a ofensa, etc., isto é, as que podem faltar sem que o fato deixe de configurar uma conduta típica” (*Nulidades no Processo Penal Brasileiro*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 33).

Em recentíssima obra, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho proferem uma lição exemplar sobre as omissões da denúncia ou queixa:

“A narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais.

.....
A sentença que vier a ser prolatada em processo iniciado por denúncia ou queixa inepta será afetada porque assentada em procedimento viciado desde a sua origem.

Firmou-se a orientação na jurisprudência de que a alegação de inépcia da denúncia só é possível até a sentença, sendo que depois desta deve ser atacado o provimento jurisdicional, que será inválido porque emitido em processo contaminado pelo vício da peça acusatória (*RTJ* 84/425 e *RT* 451/340). O raciocínio, contudo, não parece correto. Inválido continua sendo o próprio ato acusatório marcado pela inépcia. Todos os atos posteriores, inclusive a sentença, serão atingidos pela imperfeição da denúncia, e em caso de declaração de nulidade, é necessário que outra acusação seja feita, reiniciando-se

todo o caminho procedimental”. (*As nulidades do processo penal*, S. Paulo, 1992, pp. 78-79).

Além disso, embora o art. 569 do CPP afirme que a denúncia pode se aditada para corrigir-se a omissão, diante da nova ordem constitucional, que inclui os princípios da presunção de inocência ou estado de inocência (art. 5.º, § 1, LVII, da CF), do devido processo legal (art. 5.º, LIV) e a legalidade estrita (art. 5.º, XXXIX), uma denúncia inepta constitui constrangimento ilegal contra o denunciado. É o que conclui Adauto Alonso S. Suannes:

“Tem-se, portanto, como não recepcionado pela Constituição Federal o contido no art. 569 do CPP, por ser incompatível com os princípios nela albergados, tanto no que diz com a denúncia, como, com maior razão, em se tratando de queixa, instrumento anormal de dar-se início à ação penal.

11. É de concluir-se, portanto, com a melhor doutrina e com a nossa jurisprudência, que:

11.1 Deve a denúncia indicar precisamente a conduta que atribui ao denunciado, sob pena de estar caracterizado abuso do poder de denunciar.

11.2 Tal conduta deve afeiçoar-se a um *typus poenalis*, sem o que será ela inepta.

11.3 A possibilidade de correção da classificação dos fatos em momento ulterior ao recebimento da peça acusatória é constitucionalmente inadmissível, porque, muito embora o réu se defenda dos fatos que lhe são imputados, é inaceitável que não se tenha desde logo a segurança de que esses fatos correspondem, efetivamente, a um tipo penal, visto como o juiz criminal é, eminentemente, o *custos libertatis*, não podendo aceitar-se que lhe caiba emendar peças acusatórias anáfegas” (“A necessária rejeição da denúncia inepta”, *RT* 667/245-7).

Em recente acórdão relatado pelo Min. Vicente Cernicchiaro, o Eg. Superior Tribunal de Justiça afirmou: "A denúncia deve descrever os elementos constitutivos do crime e suas circunstâncias. Importante é a narração do fato. A capitulação normativa é inócua. ... Decorrencia da imprescindibilidade dos princípios do contraditório e plena defesa. O aditamento à denúncia não supre, no Estado de Direito Democrático, a deficiência da acusação" (*Julgados do Superior Tribunal de Justiça* 30/293).

Nem mesmo, pois, a possibilidade de eventual aditamento da denúncia por parte da acusação justifica o recebimento da denúncia em que não se descreve todos os elementos do crime imputado ao acusado.

4.4 Resposta à 3.^a questão

Não deve ser recebida a denúncia em que se imputa o crime previsto no art. 317 do CP quando na peça preambular não consta referência ao crime de corrupção ativa por parte do agente corruptor, nem ao ato de ofício relacionado com a solicitação ou recebimento da vantagem indevida, ambos elementos indispensáveis à ocorrência do citado delito. Nem mesmo o art. 569 do CPP, que se refere à possibilidade do aditamento da denúncia, justifica o recebimento da inicial pois, na melhor das hipóteses, refere-se o dispositivo processual apenas ao acréscimo de dados circunstanciais do fato criminoso e não às circunstâncias elementares da infração penal.

É o parecer.

DOCTRINA NACIONAL

LINGUAGEM E TIPICIDADE

MARCIO SOTELO FELIPPE

Procurador do Estado — SP

“Que jamais se acredite nesses demônios enganadores que zombam de nós com oráculos de duplo sentido, murmurando palavras prometedoras aos nossos ouvidos e destruindo nossas esperanças!...” (do *Macbeth*).

O conceito de tipicidade, como em geral é tratado pelos autores, é compreendido como a identidade lógica, $A = A$, entre um enunciado abstrato e um fato concreto. Essa identidade estabelecida pelo juiz determina se a conduta concreta e específica em exame será trasladada de forma tal que coincida com a expressão linguística da lei ao definir o tipo. Ele, portanto, traduz para o plano da linguagem comum um dado da realidade, e verifica se a expressão linguística que surge dessa operação é idêntica à geral.

Em uma aleatória revista do tratamento doutrinário da questão da tipicidade podem ser encontradas as seguintes conceituações: “Ao mesmo tempo em que o legislador, definindo o delito, cria o tipo, exige o interesse individual, em todo regime de liberdade, que a ação humana se lhe ajuste. É o que se denomina tipicidade. Conseqüentemente, não existe crime sem tipicidade, isto é, sem que o fato se enquadre em um tipo, o que vale dizer que não há crime sem lei anterior que o defina (*Nullum crimen sine lege*)” E. Magalhães Noronha, 1987:97.

“Se a Parte Geral decorre do princípio da legalidade, fixando diretrizes comuns de eficácia das normas incriminadoras, é evidente que, também, as estruturas

normativas que a compõem devem estar revestidas de caráter típico, sendo um enunciado de dados elementares, cuja presença é de se verificar na realidade, constatando-se a congruência do abstrato e do concreto”, Miguel Reale Júnior, 1988:25.

“A relação de adequação entre o fato humano, concretamente praticado e historicamente captado, e a descrição do tipo, recebe a denominação de tipicidade”, Everardo da Cunha Luna, 1985:74.

“Na maior parte dos casos, o preceito de conduta articula-se em um fato descrito na própria norma penal; em outros, faz-se referência explícita ou implícita a comandos que estão enunciados em outros ramos do ordenamento jurídico”, Pietro Nuvolone, 1981:56.

“Tipo é o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto das características objetivas e subjetivas do fato punível”, Heleno Cláudio Fragoso, 1986:156.

“O fato penalmente relevante é, portanto, o correspondente a um dos modelos abstratos contemplados por este ou aquele artigo do Código Penal, ou por uma lei especial”, Giulio Battaglini, 1973:178-179.

A conceituação da tipicidade nesses parâmetros oculta a importante questão da indeterminação da linguagem, fazem-

do com que, metodologicamente, somente possa ser aceita como uma drástica simplificação, que, de resto, cumpre uma função ideológica.

Genaro Carrió (1965), valendo-se de uma reflexão de Hart (1986:137-149), fornece relevantes subsídios sobre a questão da linguagem. A linguagem do direito é natural, e não formal, como, por exemplo, a do geômetra, que é dotada de característica de precisão certa. Por isso, é ambígua, posto que uma palavra pode ter distintos significados. É vaga, porque determinados fatos ou objetos muitas vezes não tem uma acepção precisa, situando-se em uma zona de penumbra, como ocorre com “jovem”, “velho”, “calvo”, “maduro”, “alto”, “baixo”. Tem uma textura aberta, na medida em que os significados podem sofrer crises mesmo quando em geral se apresentam como precisos.¹

Evidente que, como esclarece Carrió, existem zonas de penumbra porque existem focos de luz. Hart (id.:139) observa que “haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis (“Se existir algo qualificado como um veículo, um automóvel é-o certamente”) mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não (“A expressão *veículo* usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?”). Quando o Código Penal diz “cheque”, o significado somente pode ser procurado na lei comercial. Moeda falsa é a que não foi emitida pelo Estado.

Mas não é assim quando a lei penal, por exemplo, se vale da expressão “mulher honesta”, presente nos crimes contra a liberdade sexual. A parte a conotação discriminatória da expressão (“homem honesto” não é a contrapartida masculina para uma vida sexual dissoluta), a duvidosa constitucionalidade (por que as mulheres ditas “desonestas” têm

a sua liberdade sexual diversamente tutelada pela lei penal?) e a superação da relação “honestidade — sexualidade” até mesmo para a moral mais conservadora, trata-se de um conceito que não pode deixar de causar perplexidade. Podemos supor que um modelo de “mulher honesta” possa ser Madre Tereza de Calcutá, e que a respeito de alguém com um comportamento à altura de Messalina não reste dúvida sobre a condição de “desonestidade”. Mas entre um e outro extremo de comportamento sexual existe um número infinito de nuances na zona de penumbra.

Igual coisa se pode dizer da palavra violência. Utilizá-la como equivalente ao uso de força física já traz alguns problemas para diferenciar roubo de furto na subtração operada através do que se convencionou denominar de “trombada”. Mas violência e força física podem não ser equivalentes. Hannah Arendt (1973:124), com apoio em Engels, que afirmava que a violência sempre necessita de implementos, isto é, de petrechos, esclarece que “violência (...) é diferenciada pelo seu caráter instrumental. Fenomenologicamente está próxima da fortaleza, uma vez que os implementos da violência, como qualquer outra ferramenta, são projetados e usados para multiplicar a fortaleza natural até que no último estágio de seu desenvolvimento possam substituí-la”.

Optando por um sentido, o intérprete realiza algo que não pode, epistemologicamente, ser descrito apenas como sendo uma operação consistente em verificar a correspondência entre a conduta concreta e a norma abstrata. Ele movimenta-se dentro de um campo de possibilidades aberto pelo modelo abstrato, com mais ou menos liberdade em função da precisão e certeza que possa ter a linguagem da lei. Giulio Battaglini (idem:51,52) não deixa de notá-lo: “No direito, como nas ciências morais em

geral, não há como extirpar-se o uso de expressões susceptíveis de sentidos múltiplos e, por isso mesmo, *equivocas ou obscuras*" (grifo do autor). Diante disso, conclui remetendo-nos "à primeira qualidade do juiz, máxime em matéria penal, em virtude do peculiar conteúdo ético da disciplina, que é o temperamento moral". (Idem:54).

Mas, se não há como fugir à indeterminação da linguagem, se não se pode evitar o uso de expressões que podem ter sentidos múltiplos, *equivocas ou obscuras*, nada mais nos restando senão confiar no temperamento moral do juiz, isto significa, já num primeiro momento, o reconhecimento dos limites dos princípios da legalidade e tipicidade como garantias individuais. Mas não se trata de uma questão de temperamento moral. Diante de uma expressão linguística que abre mais de um sentido, um complexo de fatores vai condicionar a decisão do caso concreto, em representações que podem ser fortemente ideologizadas. Não estará o intérprete alheio à sua condição de classe, às circunstâncias sociais conjunturais, à expressão ideológica hegemônica, de permeio com o papel que ele representa, enquanto sujeito, no processo histórico.

Nessa ordem de considerações, a distância entre analogia e tipicidade mostra-se mais aparente que real. Um exemplo claro de legislação penal que utiliza linguagem vaga de forma tal que analogia e tipicidade deixam de ser evidentemente categorias específicas é a da Segurança Nacional. A lei de 1978, já mais abrangida, usava expressões como "doutrinas ou idéias incompatíveis com a Constituição", "finalidades atentatórias à Segurança Nacional", "inconformismo político-social", e outras da mesma estirpe. A de 1983 não difere substancialmente, encontrando-se coisas como "subversão da ordem político-social" e "animosidade entre as Forças

Armadas e as classes sociais", entre outras.² O legislador, na verdade, acolheu implicitamente a analogia, ainda que o registro doutrinário continuasse a ser feito somente para os casos clássicos de permissão da analogia dos códigos soviéticos e alemão das décadas de 20 e 30.

Nota Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1988:258),³ que no Direito Penal é difusa a distinção entre interpretação extensiva e analogia. Ilustra essa afirmação com o seguinte exemplo: "Será crime de lenocínio manter motéis para casais? Estritamente, lenocínio se refere a casas de prostituição. Estendê-lo a motéis é analogia ou interpretação extensiva?"

Por esta senda poderia ser considerada uma questão como a do aborto, hoje, quando seres humanos são concebidos fora do organismo materno. É também um bom exemplo de crise da linguagem, porque concepção não é agora uma palavra unívoca. Pode-se, assim, perguntar se a interrupção do processo de fecundação artificial, já fecundado o óvulo, mas não implantada a célula, seria uma conduta típica. "Qualquer que seja a resposta, importa tornar evidente que haveria anterioridade apenas da expressão linguística da norma, porque o sentido seria adotado posteriormente à conduta".

Reivindicar do legislador penal uma tipificação rigorosa é, claramente, uma saudável exigência para um Direito Penal civilizado, mas a linguagem terá sempre asperezas e incômodos,⁴ devendo ser ressaltado que a garantia de anterioridade da norma tem "as naturais limitações das garantias formais e que o controle da linguagem é um modo específico de exercer poder".

A cristalização de determinados significados — os "focos de luz" — dão aos enunciados abstratos a aparência de coisas, a respeito das quais sempre se

poderia dizer que têm um modo de apreensão específico e passíveis, então, de alcançar um conhecimento universal. Mas relações sociais não são coisas,⁵ e a linguagem nada mais expressa que uma relação entre sujeitos. Outra coisa não foi o que pôs a perder Macbeth, posto que uma floresta pode, de alguma forma, mover-se, e quem não foi gestado nove meses em um certo sentido não nasceu de mulher.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Napoleão Mendes, *Gramática Metódica da Língua Portuguesa*, S. Paulo, Saraiva, 1983, 32.^a ed..
- ALVES, Alaôr Caffé, *Estado e Ideologia*, S. Paulo, Brasiliense, 1987.
- ARENDT, Hannah, "Da Violência", in *Crises da República*, S. Paulo, Perspectiva, 1973.
- BATTAGLINI, Giulio — *Direito Penal*, Saraiva, Editora da Universidade de S. Paulo, 1973.
- CARRIÓ, Genaro R. — *Algunas Palabras Sobre Las Palabras De La Ley* — Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio — *Introdução ao Estudo do Direito*, S. Paulo, Atlas, 1988.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal*, Rio, Forense, 1986, 10.^a ed..
- FRANCO, Alberto Silva, "O Princípio da Legalidade" in *Temas de Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1986.
- HART, Herbert L. A., *O Conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- LUKÁCS, Georg — *Existencialismo ou Marxismo?*, S. Paulo, Livraria Editora Ciências Humanas, 1979.
- LUNA, Everardo da Cunha — *Capítulos de Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1985.
- NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1987, 25.^a ed..
- NUVOLONE, Pietro, *O Sistema do Direito Penal*, S. Paulo, Ed. RT, 1981.
- REALE JR., Miguel, *Parte Geral do Código Penal*, S. Paulo, Ed. RT, 1988.

NOTAS

1. É elucidativo o seguinte exemplo de Carrió (1971:22-23): "Supongamos que en un rincón inexplorado del planeta habita una comunidad de individuos que, subitamente, toman contacto por vez primera con um grupo de hombres. Esos individuos tienen forma humana; hablan un lenguaje traducible sin gran esfuerzo al idioma de los hombres que los han descubierto; imprimen y leen libros; aman, odian, sufren y se alegran como nosotros y por motivos semejantes a los nuestros; han desarrollado ciencias y artes; poseen una tecnología avanzada y viven bajo instituciones políticas semejantes a las nuestras. Estaríamos dispuestos a llamarlos "hombres" — en el sentido corriente o vulgar de esta palabra — si, además de esas características, tuvieran una estatura promedio de quince centímetros y durmieran durante todo el invierno? Y si su estatura y hábitos de descanso fueran como los nuestros pero vivieran trescientos años? Y si vivieran lo que vivimos nosotros pero su existencia fuera discontinua, esto es, salpicada de eclipses totales de variada duración? Es evidente que nuestro lenguaje no está equipado para hacerse cargo de hechos o situaciones que divergen considerablemente de las usuales o que se dan en una coyuntura o se proyectan en un trasfondo totalmente inesperado".

2. Um comentário crítico sobre essa legislação, relacionada com uma reivindicação de tipicidade mais precisa, encontra-se em Alberto da Silva Franco (1986:1-10): "É mister que a lei *defina* o fato criminoso, ou melhor, enuncie com clareza os atributos essenciais e específicos da conduta humana de forma a torná-la inconfundível com outra" — grifo do autor.

3. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, admitindo a multiplicidade de sentidos, expõe na obra citada uma teoria da hermenêutica que contempla a idéia de interpretação verdadeira, com raízes em um "fator normativo de poder, o poder de violência simbólica (...) capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força" (idem:251).

4. Considere-se o que existe de discricionário nas regras gramaticais. Um interessante exemplo é colhido em um manual de gramática (Napoleão Mendes de Almeida, 1983:544): Em 1803, o gramático Soares Barbosa estabeleceu

duas regras para o tormentoso problema da flexão do infinitivo pessoal, uma delas determinando a flexão quando o verbo no infinitivo tinha sujeito próprio, distinto do sujeito do verbo regente. Todavia, constatou-se que essa regra colidia com Camões, que escrevera “folgarás de veres”. Se por um acidente histórico — um erro de impressão, por exemplo — tivesse se perdido a frase do poeta, a regra daquele gramático permaneceria.

5. Sobre o pensamento fetichizado, v. Georg Lukács (1979:27/30). Para uma crítica à concepção positivista das relações sociais, v. Alaôr Caffé Alves (1987:55/88): “O conhecimento da sociedade política não a põe como um objeto indiferente; isso significa que, distintamente dos objetos naturais, *as idéias a respeito das questões estatais de algum modo contribuem para manter ou transformar a própria realidade dessas questões*” (grifo do autor).

DEFESA PENAL: DIREITO OU GARANTIA

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

Advogada em São Paulo, Mestre e Doutoranda em
Direito Processual Penal da USP

CLEUNICE A. VALENTIM BASTOS

Advogada em São Paulo, Mestranda em
Direito Processual Penal da USP

1. Considerações preliminares. 2. Direitos fundamentais e garantias. 3. A defesa como direito. 3.1 Conceito de defesa. 3.1.1 Conceito comum. 3.1.2 Conceito jurídico. 3.2 Natureza jurídica. 3.3 Classificação. 3.4 Conteúdo da defesa. 4. A defesa como garantia. 5. Limites ao direito de defesa. 6. Defesa ilícita. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. Considerações preliminares

Em todos os tempos, a defesa tem sido objeto de estudos, especialmente, a defesa penal, visto como, aqui, se contrapõem dois relevantes direitos: *ius libertatis* e *ius puniendi*. Tanto que, Nicola Carulli¹ afirmou: “a história do processo penal é a história da defesa”. Diga-se do processo de conhecimento e de execução penal.

Surge, portanto, a necessidade de limitar e harmonizar interesses contrapostos: individual e social. João Mendes de Almeida Júnior², com pontualidade, ensina-nos, que: “O primeiro interesse individual é a segurança da ordem social, porque o indivíduo não pode conservar-se e aperfeiçoar-se fora da sociedade: o primeiro interesse da sociedade é a segurança individual, porque a sociedade nada mais é do que a coexistência dos indivíduos. Esses dois interesses igualmente sagrados, igualmente poderosos, exigem garantias formais: o interesse da sociedade, que quer a justa e pronta repressão dos delitos; o interesse do acusado, que é também um

interesse social e que exige a plenitude de defesa”.

Ora, o Estado é o único detentor do poder-dever de punir — *ius puniendi* — com eventual restrição da liberdade dos indivíduos. É inerente, de outra sorte, aos indivíduos o direito de liberdade — *ius libertatis*. Surge, assim, o processo como instrumento público capaz de ajustar os interesses contrapostos: *ius puniendi* e *ius libertatis*.

O poder-dever de punir relaciona-se com o bem comum, a harmonia da vida em comunidade e a paz pública. O respeito à liberdade do indivíduo, também, integra e se insere no conceito do poder-dever de punir, pois, o Estado é responsável pela segurança de todos os direitos individuais.³ (arts. 1.º, 3.º e 4.º, da CR).

A necessidade de integração proporcional entre a função estatal de resguardar a *liberdade* e o *interesse de punir*, em prol da segurança, se resolve por meio do processo penal. Daí porque Alfredo Buzaid afirmou: “de nada valeria a projeção do ideal de definir os direitos do homem” se “a respectiva

declaração se viesse desprovida de meios hábeis à sua realização por um dos poderes do Estado autônomo e independente dos demais".⁴ O binômio *ius libertatis e ius puniendi* é inseparável do processo criminal. A jurisdição,⁵ pois, como função específica do Poder Judiciário, é exercida através do processo.⁶

A nossa legislação cuidou, de modo expresso, de assegurar meios e modos para o exercício da defesa. Assim, a Lei Maior garante o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5.º, LV da CR). O Código de Processo Penal, de outra sorte, estabelece a indispensabilidade da defesa, como forma de contrariedade necessária no processo (art. 261).

O direito de defesa nada vale, se e quando, os meios assecuratórios do seu efetivo exercício são inexistentes, suprimidos ou cerceados. Daí porque o dualismo entre direitos e garantias.

Observe-se, ainda, que o direito de defesa contra a acusação infundada e, até, temerária, ou caluniosa coloca-se, hoje, ao lado do direito de resistência pacífica, ao poder ilegítimo ou abusado. Ambos possuem base política, além de jurídica.

2. Direitos fundamentais e garantias

Direitos, na lição de José Afonso da Silva,⁷ são bens e vantagens, conferidos pela norma, caracterizando-se por sua índole declaratória.

Ainda para o aludido autor, a expressão *direitos fundamentais do homem* exprime situações jurídicas (objetivas e subjetivas), definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.⁸

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais, na medida em que se inserem no texto de uma constituição, mas também são normas de valor supraconstitucional, haja vista que insertos nas mais diversas Declarações

de Direito, e, em especial, na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU.

É de se convir, porém, que de nada importaria a definição dos direitos do ser humano, se a respectiva declaração não contivesse os meios aptos à sua realização por uma das atividades do Estado, autônoma e independente das demais.

As garantias emergem, no sentido amplo da palavra, nos meios destinados a fazer valer o direito. São instrumentais (ou assecuratórias), em relação aos direitos, ou, em outras palavras, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo dos direitos.⁹

Daí o indispensável e aludido dualismo, ressaltado por Rogério Lauria Tucci¹⁰ — *direitos e garantias* —, na certeza de que a outorga destas, mediante preceituações constitucionais, importa tutelar os direitos, que amparam por via de instrumentos correspondentes, que à sua grandeza, quer à sua dignidade e importância.

Estatuidos os direitos fundamentais do indivíduo, na Constituição, devem ser estabelecidas, igualmente, as garantias que lhes correspondem, a fim de preservá-los e tutelá-los, por meio de atuações judiciais tanto quanto possível rápidas, prontas e eficazes. E estas, por sua vez, efetivam-se por meio do *processo*, instrumento técnico e público de realização do direito.

Não surgem muito nítidas, todavia, as linhas divisórias entre direitos e garantias, havendo quem afirme que, entre ambos, não há diferenças básicas.

A dificuldade, a nosso ver, existe porque, como ensina Ada Pellegrini Grinover,¹¹ "por vezes, um direito é ao mesmo tempo garantia de proteção de outros direitos. Assim é para o direito de defesa, em si mesmo declaratório, mas concomitantemente garantia para a efetivação de outros direitos. Realmente, o direito de defesa pode viabilizar o direito ao processo, pode garantir o

direito ao contraditório, pode tutelar até o direito de ir e vir, ou seja a liberdade pessoal. Por sua vez, o direito de defesa tem suas garantias". O direito, portanto, as vezes assume posição de garantidor de outros direitos.

Ressalta José Afonso da Silva que a lição de Ruy Barbosa, a respeito de direitos e garantias, é o que de melhor se produziu no constitucionalismo brasileiro sobre o tema. Separou ele "as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito".¹²

E assevera o constitucionalista¹³ que a doutrina não auxilia muito, no aclarar o sentido das expressões "direitos" e "garantias", já que emprega a expressão *garantias constitucionais* em três sentidos: a) reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais — Parte-se da idéia de que os direitos preexistem à Constituição, que não os cria nem outorga, reconhece-os apenas e os garante; é uma idéia vinculada à concepção do direito natural ou da supraestatalidade dos direitos fundamentais; b) formalidades, prescritas pelas Constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos, os direitos constitutivos da personalidade individual; e c) recursos jurídicos, destinados a fazer efetivos os direitos, que assegura.

Para o autor, as garantias constitucionais consistem nas intuições, determinações e procedimentos, mediante os quais a própria Constituição tutela a observância, ou, no caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais. E as classifica em garantias constitucionais gerais¹⁴ e especiais.¹⁵

As garantias constitucionais especiais, tendo em vista a natureza do direito garantido, podem se classificar em individuais, coletivas, sociais e políticas.

As garantias constitucionais individuais consubstanciam os meios, instrumentos, procedimentos e instituições, destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais, as quais se encontram ligadas a estes entre os incisos do art. 5.º da Constituição em vigor.

Compreendem elas o princípio da legalidade; o "princípio" da proteção judiciária; a estabilidade dos direitos subjetivos adquiridos, perfeitos e julgados; o direito à segurança e os remédios constitucionais.

É no "princípio" da proteção judiciária, também chamado "princípio" da inafastabilidade do controle jurisdicional, que o autor insere as garantias da independência e imparcialidade do juiz, do juiz natural ou constitucional, do direito de ação e de defesa.¹⁶

3. A defesa como direito

A busca da tutela jurídica do direito à liberdade é assegurada pelo direito de defesa, inerente a todos os sistemas processuais acusatórios. Antes de qualquer posicionamento jurídico doutrinário, a decisão implica em: *tese* — *antítese* — *síntese*.

3.1 Conceito de defesa

3.1.1 Conceito comum

A etimologia da palavra defesa vem do latim *defensa*, que significa "ato ou forma de repelir um ataque, resistência, impugnação".¹⁷ Em sentido comum, portanto, defesa é repulsa a um ataque; amparo e proteção.

A defesa, no sentido naturalista ou prejurídico, vincula-se ao instinto de conservação, e se relaciona com o binômio agressão-reação. A idéia soci-

ológica de defesa, conforme Faustino Gutiérrez-Alvis y Conradi¹⁸ consiste na exigência insuperável e co-natural de reação do homem de defender-se: reação adequada e justa a uma agressão. Esta agressão comporta, por essência, a vulneração de um direito fundamental e natural à pessoa humana — o *direito à liberdade*.

3.1.2 Conceito jurídico

A defesa, sob o enfoque jurídico, e em rigor técnico “é o exercício da pretensão à tutela jurídica por parte do acusado”.¹⁹ Diga-se contrapretensão, ressaltando-se eventual ambigüidade que a palavra “pretensão” venha a ter, no processo penal. Sempre, sem esquecer a execução penal, que comporta defesa limitada.

A defesa, no processo penal, tem como escopo preservar os direitos do acusado — ou do condenado —, de tratamento injusto e inadequado. Consiste em momento infalível no processo, representando instrumento indispensável à realização da justiça.²⁰

Segundo Pereira e Souza, a defesa “É a alegação das causas da inocência contra qualquer prejuízo. Tem lugar a defesa em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado da causa”.²¹

A defesa é, pois, a expressão da liberdade jurídica²², inerente ao *status libertatis* e mais, especificamente, ao *ius libertatis*.

O direito de defesa pode ser considerado como direito do acusado, ou sancionado, à tutela jurídica de sua liberdade, ou, também, como o direito de querer a observância das normas, que lhe evitam a lesão do direito à liberdade.

3.2 Natureza jurídica

O direito de defesa desponta como contrariedade à acusação, sua repulsa ou antítese. O direito de defesa é, pois, se-

gundo Arturo Santoro,²³ “paralelo e contraposto ao direito de ação”. Afirmar-se o mesmo, no processo de execução penal.

A natureza jurídica da defesa, segundo Fernando de Almeida Pedrosa,²⁴ é de direito público, subjetivo, autônomo e abstrato.

A defesa tem caráter *público*, seja como contrariedade à acusação, seja como direito à prestação jurisdicional, assegurado, inclusive, na Constituição, além de ser *supra jus*.

Possui natureza de direito subjetivo, posto que exercê-lo não constitui um dever imposto ao acusado, mas faculdade,²⁵ sob a ótica da autodefesa.

A sua *autonomia* é incontestável. Basta a existência da possibilidade de violação real da liberdade. É direito autônomo, com relação necessária ao direito de liberdade, e que se configura, justamente, no momento em que o direito de liberdade se vê ameaçado por uma acusação, ou imputação.²⁶

Mostra-se, ainda, *abstrato*, pois, independe da existência de direito, em prol do acusado, para sua exerciência. Não se assegura a defesa, apenas aos inocentes, mas se busca, em verdade, a tutela jurídica do direito de liberdade.

Assim, a defesa e a ação em tudo se assemelham; diferem, apenas, na posição dos sujeitos. A *ação* é a tese, a *defesa* a antítese, a *decisão* a síntese.

3.3 Classificação

A defesa penal, hoje, guarda existência indiscutível. Ganhou categoria constitucional, na maioria dos ordenamentos jurídicos, declarações e convenções internacionais sobre direitos e liberdade humanas. Assim, “nenhum direito é mais natural, nenhum é mais sagrado do que a defesa”.²⁷

Alguns autores classificam a defesa em sentido amplo e restrito.²⁸

A defesa em sentido amplo é toda atividade processual dos opostos ou

contrários, no sentido de fazer valer, perante o órgão jurisdicional, seus direitos subjetivos e interesses jurídicos protegidos, não só quanto à atuação do intento punitivo, como também para impedi-lo. A defesa é, pois, a expressão da liberdade jurídica.

Em sentido estrito, defesa exprime o direito de alguém opor-se ao intento, a fim de garantir um direito, que afirma existir e de que entende ser o titular. No processo penal, a defesa contrapõe-se a acusação penal, exercitada pelo Ministério Público ou particular ofendido, mediante atos do próprio acusado e/ou do defensor, constituído ou dativo.

Para outros autores, a defesa pode ser classificada em sentido subjetivo e objetivo.²⁹

A defesa, no sentido subjetivo, consiste em direito individual. É o ato pelo qual o acusado, pessoalmente, ou por defensor, contraria, ou repele a acusação, que lhe é feita.

Em sentido objetivo, a defesa é inafastável cânone geral da ordenação jurídica, do qual a lei faz, constantemente, sua invocação. É o conjunto de matérias, provas e argumentos, que o inculcado aduz a seu favor.

Percebe-se, portanto, que embora os autores dêem nomes diferentes, em verdade, defesa em sentido amplo e subjetivo; e defesa em sentido estrito e objetivo, possuem o mesmo conteúdo.

A defesa pode, ainda, ser considerada em duas vertentes: defesa privada e pública.

A distinção, segundo Carulli,³⁰ “prende-se àquela formulada na Alemanha entre *defesa substancial* (material) e *defesa forma*; na primeira estaria incluída a defesa exercida pelo próprio imputado, bem como a defesa pelo juiz imparcial e pelo Promotor Público, uma vez que, também este, tem dever de ser objetivo em sua atuação; a segunda seria a defesa exercida por pessoa *para esse fim designada*”.

Anota, ainda, que, na Itália, a distinção entre defesa material (ou defesa pessoal) e defesa formal (ou defesa técnica) assumiu significado diverso, identificando-se a primeira com o autoprocínio da parte, resultando a segunda do patrocínio do defensor.

Segundo o autor, Foschini adotou a diferenciação entre defesa pública e privada, para dar à primeira o significado de autodefesa da parte, no seu próprio interesse; e à segunda a atividade do defensor, o qual defende a parte, não como indivíduo, mas como membro de uma coletividade juridicamente organizada.

Luciano Marques Leite³¹ combate a tese da defesa pública, porque “o conceito de defesa, assim ampliado, apresentar-se-ia vazio de qualquer utilidade, vindo a confundir-se no âmbito de um conceito mais genérico, qual seja, o da tutela do direito subjetivo”.

Vittorio Denti³² distingue, no direito de defesa, dois aspectos relevantes: sob primeiro aspecto, a defesa constitui direito do acusado, que se especifica no exercício dos poderes processuais, necessários para agir, ou defender-se, em juízo e para influir, positivamente, sobre a formação do convencimento do juiz. Já, sob um segundo aspecto, a defesa não constitui direito, mas garantia, como exigência de correto desenvolvimento do processo, por um interesse público geral, que transcende ao do acusado e é satisfeito, apenas, quando o contraditório é efetivo, e a igualdade das partes real. Trata-se, aqui, de assegurar o devido processo legal.³³ Surge, assim, o referido dualismo entre direitos e garantias.

O direito de defesa resulta satisfeito e salvaguardado sempre que o acusado puder operar todas as faculdades processuais, que constituem a manifestação concreta de sua defesa.

Com efeito, o direito de defesa se instrumentaliza, ou corporifica, em uma série de direitos, que a legislação re-

conhece ao acusado, e proclamados na constituição, nos direitos fundamentais da pessoa. Daí, porque a necessidade de se distinguir as duas faces da defesa: defesa técnica e autodefesa.

A defesa técnica é desenvolvida por técnico habilitado, com capacidade postulatória. Apresenta-se como pressuposto indeclinável do processo penal, assegurando-se, assim, sua validade e eficácia. Com a defesa técnica o contraditório efetiva-se e se estabelece a paridade de armas.³⁴

A Constituição da República, ao assegurar a ampla defesa aos acusados em geral, e os recursos a ela inerentes, insere a indispensabilidade do defensor técnico (art. 5.º LV e art. 133). Garante, contudo, ao inculcado o direito ao silêncio (art. 5.º LXIII).

O Código de Processo Penal, por igual, dispõe, expressamente, que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (art. 261).

Não guarda mais cabimento admitir-se defensor leigo³⁵, no processo penal, mesmo em face da norma legal, que o tempo superou (art. 75, da Lei 4.215/63) e, hoje, a Lei Maior recusa (art. 133, da CR).

Já, a autodefesa denominada, também, de defesa genérica, quando exercida pelo próprio acusado, mediante atos constitutivos de ação ou omissão, no sentido de fazer prosperar ou impedir que prospere a atuação do intento punitivo no processo penal brasileiro, mostra-se renunciável.

O acusado pode, querendo, exercitá-la ou não. A autodefesa, em verdade, completa a defesa técnica e se compõe em dois aspectos: no interrogatório, quando o acusado poderá influir na formação do convencimento do juiz; e, em todos os demais atos processuais, no direito de assistir e intervir, quando se lhe dá oportunidade de manifestação.

A autodefesa ostenta-se, por igual, no *habeas corpus*, aforado pelo acusado e pelo condenado e, ainda, na revisão criminal, intentada pelo último (art. 623 e 654, *caput*, do CPP).

A defesa, no processo penal, compreende, pois, conjunto de atividades, exercidas e desenvolvidas pelo acusado, com o fim de fazer valer direitos e interesses.

O exercício da defesa, pelo acusado, não exclui a atuação inquisitiva do juiz na busca da verdade atingível. A inquisitividade, ínsita ao nosso processo penal, mostra-se, como ensina Sérgio Marcos de Moraes Pitombo,³⁶ “em atuação oficial, ou de ofício, do magistrado — posto independentemente de provocação — e supletiva da inércia das partes, ou do requerente, em favor da verdade material. Consiste, então, em poder-dever inquisitivo do Juiz”.

3.4 Conteúdo da defesa

Primeiro, antes e fora do processo, existe o direito à liberdade, porquanto resguardado na esfera das liberdades individuais. Assim, a defesa é um direito, atribuído a qualquer indivíduo, que age ou reage, em juízo, exercitando-o, para a tutela de seus próprios interesses.

A defesa desenvolve-se, assim, em todo o curso do processo de conhecimento, de natureza condenatória. O acusado, para a validade e eficácia do processo, tem o direito de exercitá-la. A defesa, portanto, abarca toda temática processual. Podendo ser dividida em: defesa processual e defesa de mérito.³⁷

A defesa processual dirige-se contra a forma processual do ataque. O acusado, aqui, exige que os órgãos estatais ajam em conformidade com o princípio constitucional e a legislação ordinária.³⁸ Refere-se, portanto, ao procedimento e sua regularidade: forma de citação, rito proces-

sual, competência, eventuais nulidades absolutas ou relativas, entre outras.

A defesa processual, quando lançada, pode pôr termo ao processo por via de ato decisório terminativo.

Já, a defesa de mérito é dirigida contra o conteúdo da acusação, e seu acolhimento enseja a finalização do processo, em virtude de sentença definitiva.

No processo de execução, o sancionado com pena, ou com medida de segurança, defende-se, quando referta,³⁹ em face do interesse deficiente do Estado, alegando, por exemplo, erro de pessoa, ou invalidade do título. Sem esquecer causa extintiva do poder-dever de punir. Defende-se, ainda, quando reclama do excesso ou do desvio de execução. Busca a tutela jurisdicional de sua liberdade, ao querer unificar reprimendas privativas de liberdade, formando um só título novo, ou série de títulos.

4. A defesa como garantia

A defesa, como garantia individual, vem consagrada no art. 5.º, LV, da CR, que assegura, também, a sua plenitude, com os meios e recursos que lhe sejam inerentes. Já, a presença do advogado vem estabelecida nos arts. 5.º, LXIII, 133, 134 e 227, § 3.º do diploma.

A Lei Maior, portanto, ao conceder a garantia da defesa ao acusado, não se limita a assegurá-la, mas exige, também, que ela se torne efetiva e ampla.

E o seu exercício, dentro do âmbito traçado pela Constituição, é regulamentado pela lei ordinária, de maneira a assegurar, não só a assistência por defensor, mas a utilização, pela defesa, de todos os meios e recurso, para opor-se ao órgão da acusação.

A ampla defesa consiste, conforme ensinamento de Vicente Greco Filho,⁴⁰ na oportunidade do acusado contraditar a acusação, por via de previsão legal dos termos processuais, que possibilitem a eficiência da defesa.

Daí, decorre, a nosso ver:

1. A *inviolabilidade* do direito de defesa, na medida em que, ao legislador ordinário, não será lícito “modificar ou reduzir as formas e os procedimentos de modo a privar as partes ou o acusado da possibilidade de uma eficaz e válida tutela processual, usando, para isso, dos meios previstos no ordenamento jurídico em geral”;⁴¹

2. A *indispensabilidade* da defesa técnica.⁴² Assim, ainda que o acusado recuse a defesa, levada a cabo por quem tenha habilitação técnica, não pode o juiz atendê-lo. A defesa, porque exculpa protege e ampara o acusado, realiza-se com, sem e contra sua vontade, no direito nacional.⁴³

Aliás, conforme lição de Fernando da Costa Tourinho Filho,⁴⁴ invocando Rui Barbosa, qualquer que seja o crime, que se lhe impute, o acusado tem o sagrado direito de defesa, e o advogado não pode recusar-se e nem a lei impedir.

Por outro lado, é indeclinável que o acusado esteja assistido por defensor técnico, em todo o curso do processo, pois, caso contrário, ficaria em posição de inferioridade, em face da acusação: a própria dialética do processo exige duelo com armas iguais (*parité d'armes*), razão pela qual, “junto ao acusado, como *sombra* obrigatória, projeta-se o seu defensor, como seu ‘eu formal’, como ‘sua orelha e boca’, na imagem de Vargha”.⁴⁵

Enquanto a defesa técnica é tida como indisponível, a autodefesa é renunciável, posto que faculdade processual. Mas, isto não significa que o juiz possa simplesmente dispensá-la, já que, como uma das vertentes da própria garantia da ampla defesa, a autodefesa constitui um dos meios de seu exercício, e seu cerceamento — mediante o desrespeito ao direito de audiência e ao direito de presença — redundaria no sacrifício da defesa toda.⁴⁶ Razão de falar-se em certa unidade defensoria.

A defesa, para o legislador ordinário, é tida como *injunção legal*, como elemento lógico indispensável ao processo, conforme proclamado pela Exposição de Motivos, item II, do vigente Código de Processo Penal: "Se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado, na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados. Ao invés de uma simples faculdade outorgada a este, e sob a condição de sua presença em juízo, a defesa passa a ser, em qualquer caso, uma indeclinável *injunção legal*, antes, durante e depois da instrução criminal. Nenhum réu, ainda que ausente de distrito da culpa, foragido ou oculto, poderá ser processado sem a intervenção e assistência de um defensor... Ao contrário das leis processuais em vigor, o projeto não pactua, em caso algum, com a insídia de uma acusação sem o correlativo da defesa".

Autodefesa e defesa técnica, a primeira manifestando-se mediante o direito de presença (direito de assistir e intervir em quase todos os atos processuais) e direito de audiência (ser ouvido sobre os fatos imputados); e a segunda por meio da defesa, produzida por advogado, constituem, pois, dois aspectos de uma mesma garantia: a da mais ampla defesa.

A defesa técnica não torna prescindível a autodefesa. A defesa do réu exige uma composição dualística: pode haver tanto a autodefesa da parte, como deve existir a defesa técnica do profissional do direito.

3. Com a plena defesa são incompatíveis e, portanto, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, o juramento do acusado, o interrogatório sob coação de qualquer natureza e, em geral, todo procedimento que de qualquer maneira embarace a defesa. Daí, dizer-se que o sistema acusatório e as regras da publicidade e do contraditório

estão, indissolivelmente, ligados à ampla defesa.⁴⁷

Defesa e contraditório estão, inseparavelmente, ligados, porque assim como não ocorre direito amplo de defesa sem procedimento contraditório, também não se compreende este sem a defesa plena. Em outras palavras, é do contraditório que brota o exercício da defesa, mas é esta que o garante. A defesa afirma o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida.⁴⁸

Advirta-se, porém, que ampla defesa não se confunde com contraditório. O contraditório, asseveram Celso Bastos e Ives Gandra Martins,⁴⁹ "é a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica daquela feita pela autor".

Assinala Luciano Marques Leite⁵⁰ que a defesa está no contraditório, mas não o esgota: a contraditoriedade pressupõe a tese (acusação) e a antítese (defesa). Ampla defesa, por seu turno, é a forma ou meio garantido, constitucionalmente, para a realização de um processo justo.

Para que se possa falar em defesa ampla e real faz-se necessário, como ensina Joaquim Canuto Mendes de Almeida:⁵¹ a) a fixação dos termos da imputação e a determinação das provas incriminatórias, que constituem a acusação; b) que o acusado tenha conhecimento de toda a postulação e de todas as provas incriminatórias, a tempo de rebatê-las, contrariá-las em seus efeitos; c) que o juiz fique limitado pelas questões, resultantes da contrariedade entre a acusação e a defesa.

Os chamados "meios inerentes à ampla defesa" não são enfocados de maneira uniforme pela doutrina, embora não divirjam os autores, quanto à sua substância, até mesmo porque há enorme gama de meios, dentro do processo, os quais, na verdade, tornam concreta a garantia.

Assim é que, para Rogério Lauria Tucci,⁵² a concepção moderna da garantia da ampla defesa, compreende o direito de ser informado, a bilateralidade da audiência (contraditoriedade) e o direito à prova, legitimamente, obtida ou produzida.

O direito de ser informado do aforamento da ação, de maneira a conhecer o acusado a postulação e poder preparar sua defesa concretiza-se pela *citação válida*, sendo certo que o contraditório se revela real e indisponível no processo penal, com a efetivação da defesa técnica, a cargo de profissional habilitado, com capacidade postulatória.

Ademais, os sujeitos parciais do processo devem ser cientificados de todos os atos praticados, no desenrolar do procedimento, com a probabilidade de manifestar-se, sempre, e no prazo legal, fixado pelo juiz, ou pela lei, sobre a atuação do antagonista, ou a respeito do andamento da causa, como decorrência da exigência de tratamento paritário das partes.

Neste contexto, mesmo nos procedimentos que comportam decisões *inaudita altera pars* a audiência bilateral é garantida, vez que ostentam elas o caráter de provisoriedade, abrindo-se ao outro sujeito parcial do processo, antes que se tornem definitivas, a possibilidade de defesa (contraditório diferido).

O direito à prova, legitimamente, obtida ou produzida, por seu turno, não implica que só às partes incumbe a iniciativa probatória: além do direito das partes de “defender-se provando”, há a possibilidade do juiz determinar, de ofício, a produção de provas, em face da regra da verdade material.

Ressalta Tucci que, desde que reputada relevante, toda espécie de prova, nominada ou não na legislação em vigor, deve ser considerada pelo juiz, bastando, para isso, que diga respeito a fatos pertinentes, e que se efetive, lícitamente, até porque o n. LVI do art. 5.º da CR estatui serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Já, para Vicente Greco Filho,⁵³ a ampla defesa possui os seguintes requisitos essenciais:

1. A adoção do sistema acusatório, vez que o sistema inquisitivo é marcado pelo comprometimento do magistrado com a acusação, que ele mesmo formulou;⁵⁴

2. A apresentação clara e completa da acusação, que deve ser formulada de modo que possa o acusado contrapor-se a seus termos, daí decorrendo ser essencial a descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias;

3. A citação regular, que deve ser feita, em princípio, na pessoa do acusado, e, somente quando não puder este ser encontrado, far-se-á a citação ficta;

4. A instrução contraditória, vale dizer, deve ser permitido contrariar a acusação, requerer a produção de provas e recorrer quando houver inconformismo;

5. O exercício da defesa técnica, além do que o próprio acusado possa trazer a seu favor. Assim, ainda que não queira, deve o acusado ser acompanhado de advogado, o qual deve ser intimado de todos os atos processuais, para que a defesa seja eficiente;

6. O “princípio” da verdade real, permitindo, o poder inquisitivo do juiz, na produção das provas, determinar, de ofício, aquelas que tendam à verificação do que ocorreu, efetivamente.

Em suma, qualquer que seja a ótica que se dê aos elementos integrantes da ampla defesa, certo é que é ela a garantia de correto desenvolvimento do processo.⁵⁵

5. Limites ao direito de defesa

A amplitude de defesa, assegurada pela Lei Maior, não se traduz em oportunidades ou prazos ilimitados, vale dizer, em defesa irrestrita e ilimitada. Deve, pois, ser compreendida dentro das fronteiras legais, destacando-se:

1. O estabelecido pelo art. 410 do CPP, que impede que a defesa arrole testemunhas já, anteriormente, ouvidas,

por ocasião da reabertura do prazo em virtude da desclassificação do delito, da competência do Júri para a do Juiz singular;

2. A preclusão, ou seja, a perda do direito de realizar um ato, decorrente do decurso do interregno legal para a sua prática, sem que seja realizado;

3. A impossibilidade da defesa técnica no ato do interrogatório do acusado, salvo, acreditamos nós, na hipótese de pluralidade de acusados, e quando surge confissão delatante do co-imputado, casos em que o exercício da defesa técnica desponta necessário, inobstante a falta de previsão legal;⁵⁶

4. Inidoneidade, *em princípio*, do *habeas corpus* para o trancamento de investigações policiais.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Min. Aldir Passarinho, ao analisar a questão, à luz do disposto na vigente Constituição, proclamou que o princípio da ampla defesa não significa que a lei não possa estabelecer limitações à utilização de recursos processuais. "O que seria inadmissível é que fossem fixadas limitações que impossibilitassem a qualquer das partes em litígio defender-se amplamente, no processo, sempre — é bom dizer-se, sob o controle do juiz — posto que não atingirá, igualmente, o princípio da ampla defesa, se o magistrado ao qual cabe a orientação do processo, inadmitir provas que considere apenas procrastinatórias ou absolutamente desnecessárias para o julgamento..."⁵⁷

A mesma Turma do Supremo Tribunal Federal rejeitou a alegação de ofensa à garantia constitucional da ampla defesa, pelo fato do juiz ter indeferido pedido de realização de uma prova, se ele a teve por desnecessária, ante os demais elementos probatórios existentes nos autos, e que, "aliás, o princípio da ampla defesa deve ser assegurado, como resulta do art. 5.º, LV, da CF, pela legislação processual ordinária"⁵⁸

6. Defesa ilícita

Além da existência de balizas traçadas pela lei, ao exercício do direito, é necessário aquilatar se a defesa, concretizada com exagero e desmedida amplitude, é lícita ou ilícita. Importa dizer, se ela se ateve aos cânones constitucionais, ou se infringiu e arranhou postulados penais.

Cogita-se, aqui, tanto do acusado que mente para defender-se, quer, por exemplo, ao alegar ser menor inimputável, quer ao trocar o seu nome, como aquele acusado que, para beneficiar-se do prazo prescricional pela metade, falsifica certidão de nascimento, que ateste sua menoridade relativa; ou que falsifica a certidão de nascimento, a fim de que ela estampe sua inimputabilidade, em razão de idade inferior aos 18 anos.

A resposta, ensina Fernando de Almeida Pedroso,⁵⁹ está nos efeitos que venha a produzir o fato típico em defesa perpetrado.

Se os fatos típicos, cometidos pelo acusado em sua defesa, acarretarem ofensa a bens jurídicos, penalmente tutelados, de outras pessoas, o ilícito tomará corpo e, como ato criminoso, merecerá punição. Contudo, se tais atos, abstratamente definidos em lei penal como delitos, não obtiverem efeitos outros que não dentro do processo, ao acusado socorrerá a discriminante do exercício regular de um direito.

Dessa maneira, se o fato não extrapolar ou extravasar da órbita processual, para atingir a outros direitos, não haverá a prática de crime. No entanto, se o efeito processual é o intentado, mas a ofensa a outros bens jurídicos, penalmente tutelados, se produz, sem dúvida que o fato ilícito será típico e culpável.

Haverá, pois, conduta ilícita do acusado que, respondendo a processo por lesões corporais culposas, decorrentes de acidente de trânsito, arranca, com o fito de obstaculizar a prova de sua

imprudência, — a placa de sinalização “Pare” existente no cruzamento das ruas, porque seu ato emitiu efeitos lesivos fora do processo, isto é, inutilizou bem pertencente ao patrimônio público.

Por outro lado, não pratica o ilícito penal de fraude processual aquele que, sendo acusado em processo criminal, ferir posteriormente a si próprio e, almejando se prevalecer de eventual reconhecimento de legítima defesa, imputar à vítima a lesão corporal, que ele próprio produziu. É que, em razão dos efeitos produzidos inserirem-se, apenas, no bojo do processo, não haverá crime.

O tema é polêmico, cabendo à jurisprudência importante papel na diferenciação entre amplitude de defesa e sua ilicitude, mesmo porque “o direito de defesa é um direito subjetivamente ilimitado, porém limitado como expressão de poder objetivo.”⁶⁰

7. Conclusão

A defesa penal pode ser considerada como direito ou garantia, conforme o interesse que se privilegie:

Sob a ótica que privilegia o interesse privado (do acusado) sobre o geral, a defesa é entendida como direito do acusado, que possui disponibilidade quanto às formas e os modos de exercício daquele direito.

Sob o enfoque publicístico, que transcede o interesse da parte, a defesa é entendida como garantia, não só do acusado mas também de um justo processo. Nesse sentido, a garantia é satisfeita somente se o contraditório for efetivo, e a igualdade das armas real, assegurado o *due process of law*.⁶¹

A defesa, vista como garantia, responde a objetiva exigência do processo, em razão de interesse geral da justiça.

Sob esse enfoque, que não se limita ao perfil subjetivo da defesa, como direito, mas acentua também seu perfil objetivo, na ótica do interesse público, a defesa deve ser vista como garantia

da parte e do próprio processo: defesa, portanto, como condição de regularidade do procedimento; defesa, em última análise, como fator legitimante da própria jurisdição.⁶²

Victor Moreno Catena⁶³ nega à garantia da defesa técnica — vista como mecanismo de autoproteção do sistema para que funcione a contradição e as partes estejam em igualdade de condições —, o caráter de uma das regras fundamentais do processo penal. E isto porque, para o mencionado autor, se desaparecesse a necessidade legal da defesa técnica, nem por isso se veria ameaçado o atual processo penal, nem se produziria, nele, uma subversão de valores, como ocorreria, sem dúvida, se fosse suprimida a garantia da imparcialidade do juiz ou do processo público. A garantia da defesa é uma simples opção do legislador, com uma transcendência só relativa, não passando de um instrumento de que se serve o processo. Assim, é o interesse público a que se satisfaçam *todas* as garantias o que faz que a defesa seja necessária, e não o interesse do defendido.

Não vemos assim a questão. A garantia da defesa, entendida a palavra em seu sentido lato,⁶⁴ é a mais importante para o desenvolvimento e estrutura do processo penal.⁶⁵

A defesa penal neste contexto, exige uma composição dualística: autodefesa da parte e defesa técnica do profissional, com capacidade postulatória conjugando-se, para a tutela do direito de liberdade do acusado e para garantia do processo devido.

8. Bibliografia

ALMEIDA, João Mendes de, *Processo Criminal Brasileiro*. Rio, Lamert, 1901.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes, *A Contrariedade na Instrução Criminal*, S. Paulo, Gráfica Cruzeiro do Sul, 1937.

— *Processo Penal, Ação e Jurisdição*, S. Paulo, Ed. RT, 1975.

- “A “*Liberdade Jurídica*” no Direito e no Processo”, (exerto do livro *Estudos Jurídicos em Homenagem a Vicente Ráo*), S. Paulo, Resenha Universitária, 1976.
- ARAUJO, Justino Magno, “Direito de Defesa no Processo Civil e no Processo Penal”, *AJURIS*, Porto Alegre, 26/55-71, 1982.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito — Introdução e Teoria Geral (uma perspectiva Luso-Brasileira)*, Coimbra, Almedina, 1991.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, S. Paulo, Saraiva, 1989.
- BLASI, Ferdinando Umberto Di — “Difesa (in generale)”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Torinese, V/615-618, 1975.
- BRANCO, Elcir Castello, “Defesa”, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, S. Paulo, Saraiva, 23/46-50, 1979.
- BUENO, Francisco da Silveira, *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa*. 7.º v., S. Paulo, 1967.
- BUSTAMANTE, Juan Jose Gonzalez, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1971.
- BUZAID, Alfredo, “Juízo de Amparo”, *Revista da Faculdade da Universidade de São Paulo*, S. Paulo, 1961, ano LVI, fasc. I.
- CANNATA, Carlo Augusto, “Difesa (diritto romano)”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Torinese, V/613-614, 1975.
- CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni sul Processo Penale*. v. I, Roma, Ateneo, 1946.
- CARULLI, Nicola, *Il Diritto di Difesa Dell'Imputato*, Napoli, Eugenio Jovene, 1967.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, *O Processo Penal em Face da Constituição*, Rio, Forense, 1992.
- CATENA, Víctor Moreno, *La Defensa en el Proceso Penal*, Madri, Civitas, 1982.
- CONRADI, Faustino Gutiérrez Alvis y, “Aspectos del Derecho de Defensa en el Proceso Penal”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 4/757-800, 1973.
- CRISTIANI, Antonio — *Difensore* (“Diritto Processuale Penale”), *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Torinese, V/609-612, 1975.
- DENTI, Vittorio, “La Difesa come Diritto e come Garanzia”, *Il Problema dell'Autodifesa nel Processo Penale*, Bologna, Zanichelli, 1977.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, “O princípio do contraditório”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, S. Paulo, 19/21-38, dez./81-dez./82.
- ESPINOLA FILHO, Eduardo, “Defesa no Processo Criminal”, *Repertório Enciclopédico Brasileiro*, Rio, Borsoi, XV/91-111, s.d..
- *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 5.ª ed. at, v. III, Rio, 1961-62.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, S. Paulo, Saraiva, v. 1, 1990.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves et alii, *Liberdades Públicas (Parte Geral)*, S. Paulo, Saraiva, 1978.
- GRECO FILHO, Vicente, *Manual de Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1991.
- *Tutela Constitucional das Liberdades*, S. Paulo, Saraiva, 1989.
- GREVI, Vittorio, “Rifiuto del Difensore e inviolabilità della difesa”, *Il Problema dell'autodifesa nel Processo Penale*, Bologna, Zanichelli, 1977.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, S. Paulo, Ed. RT, 1973.
- *O Processo em sua Unidade*, S. Paulo, Saraiva, 1978.
- “O Princípio da Ampla Defesa”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, S. Paulo, 19/9-20, dez./81-dez./82, 1982.
- “As Garantias Constitucionais do Processo”, *Novas Tendências do Direito Processual* (de acordo com a Constituição de 1988), Rio, Forense Universitária, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, et alii, *Liberdades Públicas (Parte Geral)*, São Paulo, Saraiva, 1978.
- *Nulidades no Processo Penal*, S. Paulo, 1992.
- *Teoria Geral do Processo*, 9.ª ed. rev. e at., S. Paulo, 1992.
- HOLANDA, Aurélio Buarque, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1.ª ed., 15.ª impressão. Rio, nova Fronteira, s/d.
- LEITE, Luciano Marques, *O Princípio “Audiatur et Altera Pars” e o Processo Penal*, Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, s/d.

- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. II. Buenos Aires, Ejea, 1951.
- MÉNDEZ, Francisco Ramos, *El Proceso Penal* (Lectura Constitucional), Barcelona, Bosch, 1988.
- MARQUES, José Frederico — *Tratado de Direito Processual Penal*, vs. I e II. S. Paulo, Saraiva, 1980.
- *Elementos de Direito Processual Penal*, v.I. Rio, Forense, 1961.
- MASCAREÑAS, Carlos, "Defensa Procesal", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VI, Barcelona, Francisco Seix, 1954.
- MELENDO, Santiago Sentis & REDÍN, Marino Ayerra — *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. II, Buenos Aires, EJEa. s/d.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, S. Paulo, Atlas, 1991.
- MIRANDA, F. C. Pontes de, *Comentários à Constituição de 1967* (com a Emenda n. 1, de 1969). 2.^a ed., t. 5, S. Paulo, Ed. RT, 1973.
- NOGUEIRA, Paulo Lucio, *Curso Completo de Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1991.
- NORONHA, E. Magalhães, *Curso de Direito Processual Penal*, 17.^a ed., S. Paulo, Saraiva, 1986.
- PEDROSO, Fernando de Almeida, *Processo Penal — O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites*, Rio, Forense, 1986.
- PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, Lisboa, Impressão Regia, 1831.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, "Execução Penal", *RT*, S. Paulo, 623/258-263, 1987.
- "O Juiz Penal e a Pesquisa da Verdade Material". *Processo Penal e Constituição Federal*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1993.
- PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*. Coimbra, Almedina, 1989.
- ROSA, Inocêncio Borges da, *Processo Penal Brasileiro*, v. II, Porto Alegre, Globo, 1942.
- RICCIO, Giuseppe, *Processo Penale e Modelli di Partecipazione*, Napoli, Jovene, 1977.
- SANTORO, Arturo, *Manuale di Diritto Processuale Penale*, Torino, UTET, 1954.
- SILVA, Antonio de Moraes, *Diccionario da Lingua Portuguesa*. t. 2.^o, Lisboa, Typographia Lacérdua, 1813.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7.^a ed. rev. e ampl., S. Paulo, Ed. RT, 1991.
- SLAIBI FILHO, Nagib, *Anotações à Constituição de 1988* (Aspectos Fundamentais). 3.^a ed. Rio, Forense, 1992.
- SUANNES, Adaauto — "O Interrogatório Judicial e o art. 153 §§ 15 e 16, da Constituição Federal", *RT*, S. Paulo, 572/283/-290, 1983.
- TORNAGHI, Hélio, *Curso de Processo Penal*, v. I, S. Paulo, Saraiva, 5.^a ed. rev., 1988.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, v. 2., 5.^a ed., S. Paulo, Jalovi, 1979 e 9.^a ed., S. Paulo, Saraiva, 1986.
- TOVO, Paulo Claudio e Tovo, João Batista, *Primeiras linhas sobre o Processo Penal em Face da Nova Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1989.
- TUCCI, Rogério Lauria, "Defensor", *Enciclopédia Saraiva do Direito*, S. Paulo, Saraiva, 23/32-38, 1979.
- TUCCI, Rogério Lauria *et alii*, *Princípios e Regras Orientadoras do Processo Penal Brasileiro*, Rio, Forense, 1986.
- TUCCI, Rogério Lauria e Tucci, José Rogério Cruz e, *Constituição de 1988 e Processo*, S. Paulo, Saraiva, 1989.
- *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdiccional*, S. Paulo, Ed. RT, 1993.

NOTAS

1. Em seu trabalho *Il Diritto di Difesa dell'Imputato*, Napoli, Eugenio Jovene, 1967, p. 3.
2. Almeida Júnior, João Mendes, *Processo Criminal Brasileiro*, Rio, Laemmert, 1901, p. 3.
3. Cf. Tucci, Rogério Lauria *et alii*, *Princípio e Regras Orientadoras do Processo Penal Brasileiro*, S. Paulo, Forense, 1986, p. 36.
4. Cf. Buzaid, Alfredo, "Juízo de Amparo", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 1961, ano LVI, fasc. I, pp. 185 e ss.
5. "Jurisdição — função específica do Poder judiciário — é, potencialmente, o poder-dever de realizar justiça estatal e, efetivamente, a atividade concernente ao exercício pelos agentes denominados juízes e tribunais". Cf. Almeida, Joaquim Canuto Mendes de, *Processo penal, Ação e Jurisdição*, S. Paulo, 1975, p. 7.

6. "processo é o instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução", cf. Grinover, Ada, *Teoria Geral do Processo*, 9.^a ed. rev. at., S. Paulo, 1992, p. 27.

7. Silva, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7.^a ed., rev. e ampl., S. Paulo, Ed. RT, 1991, p. 354.

8. Id., *ibid.*, p. 160.

9. Ferreira Filho, Manoel *et alii* — *Liberdades Públicas* (Parte Geral). S. Paulo, Saraiva, 1978, p. 119, definem garantias, em sentido amplo, como os meios que protegem os direitos e, portanto, sua existência efetiva; e, em sentido estrito, como prescrições que vedam determinadas ações ao poder público; No mesmo sentido, Grinover, Ada Pellegrini, "O Princípio da Ampla Defesa", *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, S. Paulo, dez.-81/dez.-82, (19):9.

10. Tucci, Rogério Lauria e Tucci, José Rogério Cruz e — *Constituição de 1988 e Processo*. S. Paulo, Saraiva, 1989, p. 7.

11. Em seu artigo "O Princípio..." cit., *Revista da Procuradoria...* cit., p. 9.

12. Barbosa, Ruy, *República: Teoria e Prática* (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República). Seleção e coordenação de Hilton Rocha. Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978, p. 124, *apud* Silva, José Afonso, *Curso...* cit, p. 355.

13. Silva, José Afonso — *Curso...* op. cit., p. 167.

14. Garantias constitucionais gerais são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes, impedindo o arbítrio, e constituindo, ao mesmo tempo, técnicas de garantias e respeito aos direitos fundamentais; são garantias gerais, precisamente, porque consubstanciavam salvaguarda de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão;

15. Garantias constitucionais especiais são prescrições constitucionais, que estatuem técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial; são técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos, considerados em sua manifestação isolada ou em grupo. Tais normas constitucionais de

garantia são, também, direitos — direitos conexos com os direitos fundamentais — porque são *permissões* concedidas pelo direito constitucional objetivo ao homem e substanciais.

16. Silva, José Afonso, *Curso...* op. cit., p. 372. No mesmo sentido é o pensamento dos Profs. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, in *Nulidades no Processo Penal*, S. Paulo, 1992, p. 63, asseverando que ao estabelecer o "princípio" da proteção judiciária, "a Constituição eleva a nível constitucional os direitos de ação e de defesa, face e verso da mesma medalha. E mais: dá conteúdo a esses direitos, pois não se limita a permitir o acesso aos Tribunais, mas assegura também, ao longo de todo o *iter* procedimental, aquele conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, tutelam as partes quanto ao exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição: trata-se das garantias do "devido processo legal".

17. Cf. Holanda, Aurélio Buarque, *Nova Dicionário da Língua Portuguesa*. 1.^a ed., 15.^a imp. Rio, Nova Fronteira.

18. Cf. Conradi, Faustino Gutiérrez-Alviz y., "Aspectos del Derecho de Defensa en el Proceso Penal", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 4/760.

19. Grinover, Ada Pellegrini *et alii*, *Liberdades Públicas* (Parte Geral), S. Paulo, Saraiva, 1978, p. 234.

20. Cf. Carruli, Nicola, *Il Diritto...* op. cit., p. 9.

21. Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, Lisboa, Impressão Régia, 1831, p. 165.

22. Almeida, Joaquim Canuto Mendes, *A Liberdade Jurídica no Direito e no Processo*, S. Paulo, Resenha Universitária, 1976, p. 12, anota que: "Chama-se *liberdade jurídica* a prerrogativa do ser humano, enquanto racional e livre, não só poupada pela lei, se e enquanto esta não a restringe, mas também, enquanto tutelada, especificamente, pelo processo judiciário (jurisdição em ação), isto é, pelo processo de verificação, declaração e fixação dos termos da incidência concreta da lei, e seus efeitos. O julgado filtra, por assim dizer, mediante juízo de legalidade, ou Justiça (em direito positivo), o qual ele encerra, a pleiteada (no cível) ou assentada (no crime) coação estatal".

23. Em seu *Manuale di Diritto Processuale Penale*, Torino, UTET, 1954, p. 20.

24. Cf. Pedroso, Fernando de Almeida, *Processo Penal — O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites*, Rio, Forense, 1986, pp. 19-20.

25. Para Fernando Almeida Pedroso, op. cit., p. 20, o que se deve entender pela "facultatividade que encerra o direito em pauta — e pelas consequências que de seu não exercício pelo réu pode advir — é que a defesa não se fará tão robusta quanto o seria se o próprio acusado nela se empenhasse".

26. Cf. Conradi, Faustino Gutiérrez-Alvis y, op. cit., p. 763.

27. Cf. Gomes de La Serna, apud Catena, Vitor Moreno, *La Defensa en el Proceso Penal*, Madri, Civitas, 1982, p. 22.

28. Na direção, apontada, destacam-se, entre outros: Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. II, Buenos Aires, Ejea, 1951; Marques, José Frederico, *Tratado de Direito Processual Penal*, v. II, S. Paulo, Saraiva, 1980; Tourinho Filho, Fernando da Costa, *Processo Penal*, v. 2, 9.ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1986; Mirabete, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, S. Paulo, Atlas, 1991; e outros.

29. Nesse sentido: Rosa, Inocêncio Borges da, *Processo Penal Brasileiro*, v. II, Porto Alegre, Globo, 1942; Pedroso, Fernando de Almeida, *Processo...* op. cit., dentre outros.

30. Cf. Carulli, Nicola., op. cit., pp. 11-2.

31. Em sua dissertação *Principio Auter et Altera Pars* e o *Processo Penal*, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, s/d. p. 57.

32. Cf. Denti, Vittorio, "La Difesa come diritto e come Garanzia", *Il Problema dell'autodifesa nel Processo Penale*, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 48.

33. Rogério Lauria Tucci explica que, em sede penal, a expressão apropriada, dotada de maior rigor técnico, é devido processo penal, em sua obra: *Devido Processo Penal e alguns de seus mais importantes corolários, Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, S. Paulo, Ed. RT, 1993, p. 19.

34. Ressalva-se, aqui, que a indispensabilidade de defensor técnico, não existe em todas as legislações alienígenas. Na Itália, por exemplo, o defensor é excluído em alguns casos. O próprio imputado defende-se.

35. V. a propósito Lobo, Eugênio R. Haddock e outro, *Comentários ao Estatuto da OAB e às Regras da Profissão do Advogado*, Rio, 1978, p. 163.

36. In O Juiz Penal e a Pesquisa da Verdade Material. *Processo Penal e Constituição Federal*, S. Paulo, Ed. Acadêmica, 1993, p. 75.

37. Partilham desta divisão: Nicola Carrulli, *Il diritto...* op. cit. p. 11, Arturo Santoro, *Manuale...* op. cit., p. 22. Já, Júlio Fabbrini Mirabete, *Processo...* op. cit., p. 328, as denomina como defesa direta (quanto ao mérito) e defesa indireta (processual). José Frederico Marques — *Elementos de Direito Processual Penal*. v. II, Rio, Forense, 1961, p. 200 e Fernando de Almeida Pedroso, *Processo...*, op. cit., p. 22, de outra sorte, as classificam como *dilatatória* (defesa de mérito) ou *peremptória* (defesa processual).

38. Cf. Carulli, Nicola. op. cit., 10

39. A palavra é empregada para significar: "contender, controverter, resistir com razões: (Silva, Antonio de Moraes *Dicionário da Língua Portuguesa*, Lisboa, Typographia Lacédina, 1813, p. 577) e, ainda, "discutir, impugnar, contradizer, contestar, contender" (Bueno, Francisco da Silveira — *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa*. 7.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1967, p. 3.421). A expressão é utilizada por Pitombo, Sérgio Marcos, "Execução Penal", Ed. RT, S. Paulo, 1987, 625/257-263.

40. Greco Filho, Vicente, *Manual de Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1991, p. 63.

41. Cf. Marques, José Frederico, *Tratado...* op. cit. p. 103.

42. V., a respeito do significado de defesa técnica e sua distinção da autodefesa, item 3.3.

43. Já, na Itália, nos crimes de menor potencial ofensivo, a atuação do defensor técnico é dispensada, em prol da autodefesa. A questão foi suscitada no famoso caso das "Brigadas Vermelhas", em maio de 1976, em que os acusados por crime gravíssimo pretenderam, sem sucesso, ver excluída a defesa técnica. Mas, na verdade, a intenção era impedir o normal desenvolvimento do processo e ridicularizar a administração da justiça. V., a propósito, Grevi, Vittorio, "Rifiuto del difensore e inviolabilità della difesa", *Il Problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 6. No direito penal americano a *self-representation* mostra-se reduzida. A possibilidade de atuação concreta da autodefesa está a critério da discricionariedade do magistrado. Cf. Jacinta Paroni Rumi — "Il problema dell'autodifesa nel processo penale

anglo-americano", *Il problema...*, op. cit., pp. 98-123.

44. Tourinho Filho, Fernando da Costa, *Processo...* op. cit. p. 385. No mesmo sentido: Tucci, Rogério Lauria, "Defensor", *Enciclopédia Saraiva do Direito*, S. Paulo, 1979, 23/32-33; Slaibi Filho, Nagib, *Anotações à Constituição de 1988*, 3.ª ed., Rio, Forense, 1992, p. 190.

45. Leite, Luciano Marques, *O Princípio...* op. cit. p. 58. No sentido de que a defesa técnica é indisponível, na medida em que é garantia da paridade de armas, manifesta-se a unanimidade da doutrina.

46. Cf. Grinover, Ada Pellegrini, "As Garantias Constitucionais do Processo", *Novas Tendências do Direito Processual* (De acordo com a Constituição de 1988). Rio, Forense Universitária, 1990, p. 9.

47. Cf. Miranda, Pontes de, *Comentários...* op. cit. p. 234, cit. João Barbalho; Marques, José Frederico — *Tratado...* op. cit., 1/104 e 2/150.

48. Cf. Marques, José Frederico, *Tratado...* op. cit., 2/150; Grinover, Ada Pellegrini et alii — *Nulidades...* op. cit., p. 63, dentre inúmeros outros autores.

49. Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra — *Comentários à Constituição do Brasil*, 2/267, S. Paulo, Saraiva, 1989.

50. Leite, Luciano Marques, *O Princípio...* op. cit., p. 101.

51. Almeida, Joaquim Canuto Mendes de, *A Contrariedade na Instrução Criminal*, S. Paulo, Cruzeiro do Sul, 1937, p. 30. Ainda, *Princípios Fundamentais do Processo Penal*, S. Paulo, Ed. RT, 1973, pp. 93-109.

52. Tucci, Rogério Lauria, *Constituição...* op. cit., pp. 61 e ss.

53. Greco Filho, Vicente, *Manual...* op. cit., pp. 63 e ss.

54. Aliás, atualmente, a exclusividade da titularidade do Ministério Público para a ação

de iniciativa pública decorre da Constituição, em vigor, sendo importante realçar que o sistema acusatório, adotado por nosso legislador, não retira do juiz os poderes inquisitivos, referentes à prova e perquirição da verdade material, porque ela não se faz, predeterminadamente, nem a favor da acusação, nem da defesa, nem compromete a imparcialidade. Até porque, em países em que maior parcela de acusados surge miserável, ou pobre, o poder-dever inquisitivo do juiz emerge como subsidiária garantia de defesa.

55. Cf. Denti, Vittorio, *La Difesa...*, op. cit. p. 48.

56. V. a respeito Suannes, Adauro, "O Interrogatório Judicial e o art. 153 §§ 15 e 16, da Constituição Federal", RT, S. Paulo, 1983, 572/284-290.

57. Cf. AI 133.330-RJ — 2.ª T., in RTJ 133/938-939.

58. AI 135.181-SC, in RTJ 133/951-954.

59. Pedroso, Fernando de Almeida, *Processo...*, op. cit., p. 361.

60. Cf. Marques, José Frederico, *Elementos...* op. cit. 1/374.

61. Cf. Denti, Vittorio, "La difesa come diritto e come garanzia", *Il Problema dell'autodefesa*, cit., pp. 48-49. V. tb., nota 37.

62. Cf. Grinover, Ada Pellegrini, "As Garantias..." cit. *Novas Tendências...* op. cit., pp. 2 e 8.

63. Catena, Víctor Moreno, *La Defensa...* op. cit., p. 114.

64. Que abrange, como ensina Grinover, Ada Pellegrini, "As Garantias..." cit., *Novas Tendências...* op. cit., p. 2, não somente o poder de iniciativa e o direito às exceções, mas para compreender todas as posições de vantagens — direitos, poderes, faculdade, ônus — que as partes podem desenvolver ao longo do *iter processual*.

65. Cf. Greco Filho, Vicente, *Manual...* op. cit., p. 63.

A MENORIDADE PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

PATRICIA HELENA MASSA

Procuradora do Estado — Mestranda em Direito
pela Universidade de São Paulo

1. A realidade infracional da criança e do adolescente. 2. A evolução da legislação penal brasileira. 3. A Constituição Federal.

A sociedade vem vivendo situações de insegurança provocadas pela ocorrência endêmica de crimes contra o patrimônio, especialmente roubos e furtos, não raro praticados por menores de dezoito anos.

Este quadro produz respostas sociais que geralmente imputam ao tratamento jurídico diferenciado ao menor de dezoito anos a razão para a criminalidade acentuada verificada nas ruas, sob a alegação de “estímulo” à delinquência juvenil. Assim, vivemos um momento de ressurgimento de demandas, partindo de vários segmentos sociais, no sentido de se ver reduzido o limite legal de imputabilidade penal para 14 ou 16 anos, pleiteando, bem assim, a criação de estabelecimentos correccionais específicos para o cumprimento de pena dos condenados na faixa etária de 14 a 18 anos ou, se a partir dos 16 anos, sua simples inserção nos estabelecimentos prisionais existentes.

Dentre as considerações trazidas, elenca-se uma série de fatores prontos a justificar o pedido, como a crescente participação de menores entre 14 e 18 anos nos crimes praticados no país; o dinamismo dos serviços de informação e o acesso aos veículos de comunicação como bastantes para afastar o “benefício da irresponsabilidade penal”; e a “desa-

gregação social que inicia em elevado índice menores entre 8 a 14 anos nos descaminhos do crime e do vício”.

Menciona-se, também, a “inadequação da legislação vigente para a reeducação de menores delinquentes e abandonados e seu encaminhamento no campo do trabalho produtivo, social e familiar”; “o despreparo dos funcionários que prestam serviços destinados à reeducação do menor”; “a inexistência de separação em estabelecimentos apropriados entre menores infratores e abandonados pela família ou sem família” e, ainda, o “descumprimento das normas estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, estimulando a perversão e maior agressividade dos menores”.

Na análise dessas considerações, devemos ponderar — conquanto legítima tal preocupação que reflete o que vai no sentimento da sociedade já tão oprimida por um sem número de males e misérias — que o trato da realidade social no âmbito do Direito deve operar-se sem paixões e sem resvalar nos redemoinhos do senso comum, sempre imediatista e individualista. Cumpre aos que se incumbem a abordagem jurídica do tema separar minuciosamente as verdades das crenças e verificar as conseqüências da implantação das sugestões ora analisadas no universo das crianças e dos

adolescentes, na sociedade como um todo e na estrutura do Estado, em face dos deveres constitucionais e das possibilidades efetivas. Este procedimento preliminar torna-se necessário na medida em que o impacto desejado da norma penal na sociedade deve ter correspondência com a efetividade material e eficácia alcançadas.

As informações que chegam à população transmitidas pelos meios de comunicação dão conta de que a grande massa de menores abandonados que circulam nas grandes capitais do país se introduzem no consumo de drogas muito precocemente e passam, não raro, a constituir alvos de adultos inescrupulosos, que deles se utilizam para a prática de crimes variados. E todos concordam que a presença de uma família e a escolarização destes menores solucionaria boa parte do problema da delinquência juvenil.

1. A realidade infracional da criança e do adolescente

No entanto, uma pesquisa realizada pela Socióloga Célia Melhem,¹ do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas da UNICAMP, com apoio do Centro Brasileiro da Infância e da Adolescência (antiga FEBEM), com base nos processos abertos no período de um mês em duas das três varas especiais da Infância e da Adolescência da Capital, concluiu que o referencial utilizado pela sociedade e pelo Estado para administrar o problema do menor, segundo o qual os menores infratores são em sua maioria nordestinos, negros, sem família e nunca frequentaram escola é estereotipado e distante da realidade. Segundo a pesquisa efetuada, os menores infratores da Capital são majoritariamente paulistas, brancos, moram com a mãe ou a família e frequentaram a escola mais de quatro anos.

Evidenciou-se, ainda, que os infratores são minoria entre os menores que

vão parar na Justiça e que menos de um quarto deles (23%) tinham cometido algum ato tipificado como crime. Dos 140 casos acompanhados pela pesquisa, somente 17% voltaram a cometer crimes no período de dois anos, o que revela o alto índice de eficácia da estrutura implantada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente se confrontarmos com a reincidência verificada junto aos maiores de 18 anos que cumpriram pena em estabelecimento do sistema prisional nacional, que atinge a média assustadora de 80%,² mais do que suficiente para evidenciar a impropriedade de inserção de pessoas de 14 ou 16 anos nesse universo de alimentação no crime.

No que respeita à presença familiar, a surpresa é ainda maior, pois os resultados da pesquisa revelam que 84% moram com a família — 44% moram com a mãe e 41% moram com a mãe e o pai ou padrasto. Ainda, os cruzamentos efetuados demonstram que os que moram com o pai e principalmente com o padrasto são mais violentos do que os que moram somente com a mãe, apesar de conviverem com renda familiar mais elevada.

Os dados coletados nesta pesquisa, efetuada com a maior seriedade, nos possibilita perceber um pouco da realidade do adolescente infrator da cidade mais populosa da América do Sul, do seu perfil, de sua reincidência na prática de crimes. Ainda que necessitando ser mais extensa para permitir a melhor abordagem criminológica, já basta para esclarecer a satisfatória efetividade material da legislação em vigor.

Se a legislação se mostra adequada, o mesmo não podemos dizer do aparato que cuida de seu fiel cumprimento. Este aspecto, entretanto, não pode servir, sob a perspectiva da lógica, para embasar a alteração e o recrudescimento da legislação.

Ademais, profissionais que lidam com a realidade psicossocial da criança e do

adolescente reconhecem que, ao contrário do adulto, a transgressão de uma norma severamente apenada ou o desacato a todo tipo de autoridade lhes serve de instrumento de auto-afirmação perante seu grupo, o que vem a exigir do Estado uma forma diferente de abordagem para a delinquência juvenil, como a já adotada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. A evolução da Legislação Penal Brasileira

Inspirado no Código Penal Francês de 1810, nosso Código Criminal do Império de 1830 adotou o sistema do discernimento. O menor de *quatorze anos* não era de se considerar criminoso, salvo se tivesse obrado com discernimento, devendo, então, ser recolhido às casas de correção, pelo tempo determinado pelo juiz, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de dezessete anos. Por este critério, o “discernimento” poderia ser descoberto até mesmo em uma criança de oito anos e um adolescente de quinze anos poderia ser condenado à prisão perpétua, o que se dava, efetivamente, conforme criticava Tobias Barreto.³

O Código Penal Republicano de 1890 estabelecia não ser criminoso o menor de *nove anos* completos. Admitia, ainda uma causa de inimputabilidade condicionada, dispondo que o maior de nove anos e menor de quatorze anos que tivesse obrado sem discernimento não se consideraria criminoso. O critério do discernimento sempre trouxe problemas para o aplicador da lei, já tendo sido chamado por Evaristo de Moraes como o “critério da adivinhação psicológica”. A verificação da aptidão para distinguir o bem do mal, o reconhecimento de possuir o menor relativa lucidez para orientar-se segundo as alternativas do lícito e do ilícito era das mais difíceis para o juiz, que quase invariavelmente

decidia em favor do menor, proclamando-lhe a ausência de discernimento, conforme ensina Basileu Garcia.⁴ Desde o Código de 1890, a matéria vem passando por uma constante evolução, tendente a mitigar o sistema da responsabilidade, pois, segundo informa Aníbal Bruno,⁵ “nos fins do século XIX outra ordem de motivos veio influir na matéria — motivos de natureza criminológica e de política criminal, segundo os novos conhecimentos sobre a gênese da criminalidade e a idéia da defesa social, que impunha deter os menores na carreira do crime. Daí nasceu o impulso que iria transformar radicalmente a maneira de considerar e tratar a criminalidade infantil e juvenil, conduzindo-a a um ponto de vista educativo e reformador”.

De fato, o dispositivo do CP de 1890 foi expressamente revogado no orçamento de 1921 — Lei 4.242, de 5.1.21, art. 3.º, que autorizou o Governo da República a organizar o serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinqüente, construindo abrigos, fundando casas de preservação, etc., para, finalmente, estabelecer no § 20: “o menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, não será submetido a processo de espécie alguma e que o menor de 14 a 18 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, será submetido a processo especial”.

Rompendo definitivamente com o sistema anterior, o Código Penal de 1940, “inspirado principalmente por um critério de política criminal, colocou os menores de 18 anos inteira e irrestritamente à margem do direito penal, deixando-os apenas sujeitos às medidas de pedagogia corretiva do Código de Menores. Não cuidou da maior ou menor precocidade psíquica desses menores, declarando-os por presunção absoluta, desprovidos das condições da responsa-

bilidade penal, isto é o entendimento ético-jurídico e a faculdade de autogoverno⁶. Nelson Hungria prossegue afirmando que ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo sua recaída no malefício. E externa, em longo e fundamentado trecho, sua preocupação com a causa da delinquência juvenil, o *abandono moral*, muito mais do que o abandono material.

Com efeito, nada indica que a idade de dezoito anos seja um marco preciso no advento da capacidade de compreensão do injusto e de autodeterminação.⁷ E, entretanto, um limite razoável de tolerância recomendado pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, de 1949, em Paris, tanto que podemos afirmar ser o limite de 18 anos praticamente regra internacional, sendo adotado pela maioria dos países, ou com pequenas variações para mais ou para menos. Dentre outros países, esse mesmo limite mínimo de idade para a imputabilidade penal é adotado na Áustria, França, Colômbia, México, Peru, Dinamarca, Finlândia, Noruega, Holanda, Tailândia, Argentina, Cuba, Venezuela, Irã, Turquia, Equador, Luxemburgo e República Dominicana. E, se por um lado, o Haiti adota o limite de 14 anos e a Índia, o Paquistão e o Iraque, 15 anos, por outro lado, o Chile, a Suécia, Ilhas Salomão e alguns estados norteamericanos adotam o limite para imputabilidade penal a idade de 21 anos, conforme apontam Júlio Mirabete e Jorge Mucillo.⁸

Por este novo critério incorporado ao Código Penal o método biopsicológico (doença mental, desenvolvimento mental retardado e desenvolvimento mental incompleto em relação aos silvícolas inadaptados), encontra aqui uma exce-

ção à regra: o "método biológico", desenvolvido especialmente para o menor de dezoito anos, tornando-o irresponsável e inimputável, por absoluta presunção legal, afastadas quaisquer indagações sobre o nexo que o delito possa ter com o seu efetivo desenvolvimento espiritual.⁹

O mais interessante é que o art. 33 do CP de 1969, que não chegou a entrar em vigência, voltou a adotar o critério biopsicológico, possibilitando a imposição de pena ao menor entre 16 e 18 anos, se revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento. Em outras palavras, o legislador tentou ressuscitar o discernimento.

No entanto, ante o movimento surgido entre juízes de menores, suas ponderações e as de significativa parcela de estudiosos, o Código de Menores de 1973 novamente elevou o limite para dezoito anos.

Mantido no art. 27 da *Nova Parte Geral do Código Penal* o limite de dezoito anos, foi assim justificado o suporte fático na Exposição de Motivos:

Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de dezoito anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.

3. A Constituição Federal

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 estatui em seu art. 228: "São inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial". O dispositivo inova o Direito brasileiro ao elevar a nível de garantia constitucional à criança e ao adolescente o limite de idade para fins de imputabilidade penal, consagrando as exigências da melhor Doutrina e da produção jurisprudencial. É de se mencionar, inclusive, que o dispositivo mencionado revogou o Código Penal Militar quanto a idade penal para fins de imputabilidade. O CPM, decretado no mesmo dia que o CP de 1969, mas, ao contrário do diploma comum, vigente em seguida, adotava o sobredito sistema do discernimento para menores entre dezesseis e dezoito anos.

Sob a dimensão da Constituição Federal, encontramos efetivamente diante de uma garantia constitucional, ainda que topograficamente situada em *locus* diverso do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais. Não podemos, a propósito, olvidar do § 2.º do art. 5.º, que refere a todos os direitos e garantias expressos na Constituição e, muito menos, que a Constituição não se interpreta em tiras, aos pedaços, ou seja, não se apresenta como mero agregado de normas, como sempre lembra Eros Roberto Grau. Efetivamente, o art. 228 encontra-se inserido em capítulo da Constituição especialmente desenhado para assegurar — nos termos do *caput* do art. 227, "com absoluta prioridade" — os direitos da criança e do adolescente e, neste conjunto, esse artigo se destaca no que toca à estatuição de direito e de garantia individual, qual seja, a de se ver o ato infracional eventualmente cometido tratado na conformidade com o desenvolvimento físico, moral e psicológico do agente, propiciado, aliás, pela sociedade, família e Estado brasileiros.

Na medida em que o limite constitucional da menoridade penal se revela como uma garantia individual, revela-se também sua característica de *cláusula pétrea*, ou seja, não se a pode alterar por emenda, como também por revisão constitucional. De fato, dispõe o § 4.º do art. 60 da Carta Magna:

Art. 60. ...

§ 2.º: A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 4.º: Não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir:

IV — os direitos e garantias individuais.

Pelo texto constitucional que acabamos de apresentar, evidencia-se a impossibilidade de alteração do dispositivo que consagra a garantia do limite de 18 anos para fins de menoridade penal pela via da emenda à Constituição.

Em contraponto à possibilidade de emenda constitucional, coloca-se a hipótese da revisão constitucional. Segundo o art. 3.º do ADCT, sua aprovação dar-se-á com o voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Ora, se três quintos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, não pode alterar por emenda a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes ou os direitos e garantias individuais, então a maioria simples do Congresso Nacional em sessão unicameral reunida para rever a Constituição também não o poderá.

Este simples exercício de lógica dedutiva demonstra, desde logo, a absoluta impossibilidade de alteração de todos os dispositivos constitucionais que disciplinam direitos e garantias individuais pela via da revisão constitucional e, inclusive, do dispositivo do art. 228 de que vimos tratando.

A legislação editada para regulamentar a Constituição no que refere à proteção da criança e do adolescente obedece não somente à Constituição em si, mas também à "Convenção Sobre os Direitos da Criança", adotada pela Res. L. 44 da Assembléia-Geral das Nações Unidas, de 20.II.89.

O Estatuto da Criança e do Adolescente assim editado em julho de 1990, coloca a questão da criança e do adolescente infrator dentro dos parâmetros determinados na Constituição e em conformidade com a Convenção Internacional, de forma a considerar sua peculiaridade de pessoa em desenvolvimento. A simples leitura do Tít. III do Estatuto é esclarecedora quanto à sua propriedade e adequação na disciplina da prática de ato infracional, afastando qualquer crítica que se lhe imponha.

Ainda, apesar de recentíssimo demais para ser sepultado e considerando que a reorganização da estrutura outrora existente para o correto tratamento dos problemas que envolvem o menor encontra-se em fase de implantação em todo o país, os resultados já alcançados com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente indicam seu sucesso, não merecendo, em absoluto, substituição por qualquer diploma draconiano que pretenda conferir abordagem de delinqüente convicto a pessoas que naturalmente são anti-sociais e encontram-se em fase de afirmação da personalidade.

Conferir ao menor de dezoito anos tratamento específico, mantendo-o fora do sistema penal e carcerário é opinião defendida pelos mais afamados nomes da doutrina brasileira. Basileu Garcia, Nelson Hungria, Délio Magalhães, Heleno Fragoso, Júlio Fabbrini Mirabete, Francisco de Assis Toledo, e muitos outros, de um modo ou de outro, glorificam a evolução do direito penal no tocante à menoridade penal, mas sempre

e por isso mesmo conscientes, cada uma à sua época, "da crescente criminalidade juvenil".

A propósito, Francisco de Assis Toledo observa que, na verdade, os seres humanos, sem exceção, socializam-se após o nascimento, cumprindo um processo de aprendizado relativamente longo, se comparado com o tempo de duração da vida. E não é estranhável que, no curso desse processo, cometam, com certa naturalidade, atos anti-sociais e até mesmo criminosos. O não infringir o Código Penal, nesse período é, conforme já se disse, uma questão de pura sorte. Prossegue o eminente jurista afirmando veementemente, que isso justifica o limite de idade consagrado, visto como salta aos olhos que o menor deve realmente ter um tratamento especial, mediante legislação especial.¹⁰

Se essa legislação estiver desatualizada ou apresentar deficiências, a questão é aprimorá-la e não, como por vezes se proclama, reduzir-se os limites para uma simplista extensão do reconhecidamente falho sistema penitenciário que aí está aos que ainda se encontram na puberdade, a respeito dos quais, por princípio, recusamos admitir um juízo de prognose cético, definitivo. E, como arremata Júlio Mirabete, a redução do limite de idade no direito penal representaria um retrocesso na política penal e penitenciária brasileira e criaria a promiscuidade dos jovens com delinqüentes contumazes.¹¹

Considerando que o direito penal é a *ultima ratio* do Direito, que a alteração do limite de idade não gera efeitos significativos quer de *prevenção geral* quer de *prevenção especial* e, ainda, que política criminal não pode ser reduzida a simples política penal, e, finalmente, diante das ponderações desenvolvidas no presente excursus, não se pode admitir racionalmente o retrocesso do limite de idade para fins de menoridade penal.

NOTAS

1. *Jornal da Tarde*, ed. de 6.1.93, p. 7.
2. Percival de Souza, *Jornal da Tarde*, ed. de 30.10.92, p. 12.
3. *Menores e loucos em direito penal*, pp. 46-8.
4. *Instituições de Direito Penal*, 1/335, t. 1.
5. *Direito Penal — Parte Geral*, t. 2, p. 543.
6. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 1/359 e ss., t. II.
7. Francisco de Assis Toledo, *Princípios Fundamentais de Direito Penal*, p. 308.
8. *Manual de Direito Penal*, 1/217 e *O Menor e o Direito*, 1961, pp. 76-8, respectivamente.
9. Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, 1/341, t. 1.
10. *Princípios Fundamentais de Direito Penal*, p. 309.
11. *Manual de Direito Penal*, p. 218.

ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O PROCESSO CONTRA O JORNAL ÚLTIMA HORA

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal

A Denúncia — 1. Os “crimes” contra a segurança nacional — 2. O conceito de *antigüidade* do episódio criminal — 3. A linha editorial e o maniqueísmo ideológico — 4. O contexto da chamada *Revolução de 1964* — 5. Os crimes atribuídos aos réus — 6. A gravidade das imputações — 7. A impetração de *habeas corpus* — 8. A solução do processo — 9. A história legiferante dos crimes políticos — 10. A Constituição vigente.

A DENÚNCIA

1. Os “crimes” contra a segurança nacional

“Exmo. Sr. Dr. Auditor da Auditoria da 5.^a RM.

“O representante do Ministério Público no exercício de suas atribuições e com fundamento nos inclusos autos vem apresentar denúncia contra: Milton Cavalcanti, com 39 anos, filho de José Rodrigues Cavalcanti e de Maria Ferreira Cavalcanti, casado, brasileiro, jornalista, residente a rua 7 de Setembro, 5873, fls. 379, Agliberto Vieira de Azevedo, com 55 anos, brasileiro filho de José Paez de Azevedo Sá e Cecília Vieira de Sá, solteiro, jornalista, residente a rua José Loureiro, 133;¹

(...)

“Conforme se vê do relatório de fls. 168 a 174, decorrente da intervenção no Sindicato dos Jornalistas assinado por Carlos Danilo Costa Cortes, Venícius Coelho Santos; Enock de Lima Pereira, do ofício 14 — Reservado, de 23 de abril de 1964, encaminhando ofício de 21.4.64 e docs. de fls. 5 a 7, fls. 9 a 15, fls. 17 a 19; ofício 16-64, do Exmo.

Sr. Gen. Gaspar Peixoto Costa, de 23.4.64, fls. 22 a 23 e ofício de 23.4.64, do Deputado Rubens Requião, ao Cel. Chefe do Estado Maior, fls. 24 a 26, doc. de fls. 29 a 38 entre outros, pedindo providências ao Exmo. Sr. Gen. Comt. da 5.^a RM, foi aberto o IPM contra os jornalistas subversivos e o jornal *Última Hora* — edição do Paraná, a fim de apurar a responsabilidade criminal por atos contrários à segurança nacional e capitulados na LSN, fls. 4, Portaria 13-Aj2-Secreto, de 19 de maio de 1964. Procedidas as intervenções e exames apurou-se a responsabilidade de diretores e redatores por atividades subversivas comunistas e até contra-revolucionárias, inclusive em co-autoria coletiva, com a identidade de objetivos de mudança do regime vigente para o comunismo, com auxílio e ajuda ou subsídio de nações comunistas e da organização internacional comunista, cujo partido florescia e atuava no Paraná, em todos os setores, inclusive intimamente ligado a *Última Hora*, na mesma direção da Sucursal dos *Novos Rumos*, que funcionava à rua José Loureiro, 133, sala 311, Sede do Partido Comunista, que era frequentado pelos jornalistas da *UH*,

pelo presidente do "Sindicato Milton Cavalcanti e Ivar Feijó, entre outros que fizeram a agitada greve dos jornalistas, denunciada pelo *Diário do Paraná*, como comunista; e, ainda, esses jornalistas e outros, tiveram reuniões particulares com Luiz Carlos Prestes, quando de sua última visita ostensiva a Curitiba. O IPM comprovou ainda que o Sindicato dos Jornalistas, subversivo, que sofreu intervenção, ligado ao dos Gráficos (representado pelo denunciado Orlando Cecon), estava intimamente ligado ao CGT nacional, e, portanto, na mesma linha do comunismo internacional que o dirigia. Neste sentido foi fundado o pacto de unidade inter-sindical, que comandou a greve que agitou o Paraná, noticiada em jornais anexos aos autos, fls. 155, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 182, 183, 301, 302, etc. Consta dos autos o convite do professor Francisco Genaro Cardoso para fundação do PUA (Pacto de Unidade e Ação, inter-sindical) órgão subversivo, em cuja reunião representou o Sindicato o jornalista denunciado Adherbal Fortes de Sá Júnior, que conseguiu a aprovação unânime para a submissão das entidades ao CGT Nacional. O Relatório do Cel. Encarregado do Inquérito, fls. 539 a 558, que fica fazendo parte integrante desta denúncia, salvo ligeiras alterações de ordem técnica, dá uma idéia nítida do preparo da Guerra Revolucionária preparada pela *Última Hora* e jornalistas inclusive os membros do Sindicato, na mesma linha subversiva do PC, de Leonel Brizola, do ESB, digo ISEB, da Frente de Mobilização Popular, da Frente Nacionalista, do Instituto Cultural Brasil-Cuba, a cuja diretoria pertencia Agliberto Vieira de Azevedo, Milton Cavalcanti, José Augusto Ribeiro, este intimamente ligado ao ex-Ministro Amaury Silva, entre outros. O denunciado Agliberto esteve em Cuba, a convite de Fidel Castro, que costumava pagar tais viagens a dirigentes comunistas o

denunciado Nilton Stadler de Souza, ex-presidente do Sindicato, foi eleito pelo esquema dos comunistas, presidente da Federação Nacional dos Jornalistas, quando viajou por vários países da Cortina de Ferro e tinha estreitas ligações com o líder comunista da classe Carlos Alberto da Costa Pinto, que depois da Revolução se asilou. Foi este denunciado que deu uma carta comprometedoramente apresentada a pessoas suspeitas no Uruguai, o denunciado João Emilio Serrate Cordeiro, preso quando fugia para Montevidéu, após a Revolução, possivelmente até como pombo-correio, na linha do esquema comunista Brizolista. E todos os denunciados estavam interligados, inclusive com o Centro Popular de Cultura, a UNE, a UPE, ao Sindicato dos Bancários, ninho comunista muito atuante e intimamente ligado as sedes dos "Novos Rumos" funcionando no mesmo prédio, eram ligados ao Fórum Sindical de Debates, enfim, a todos os órgãos subversivos a Mari, digo, a Mairinck Veiga, ao ex-Ministro Amaury Silva, ao ex-presidente João Goulart, ao agitador Leonel Brizola, aos demais comunistas já denunciados em outros processos, todos defendendo as "Reformas de Bases", no slogan marxista, como muito bem esclareceu o Relatório, no preparo da Guerra Revolucionária. As fls. 534 à 537 encontra-se uma publicação sobre a República Sindicalista do Brasil, esclarecendo os objetivos do CGT, no qual estava intimamente atuando o Sindicato dos Jornalistas, com os denunciados. Na primeira página o camarada Benedito Cerqueira em reunião do CGT, Rio, 9-1-63, com sua palavra oficial na FSN, dá como objetivo principal a conquista da classe operária e subordinação disciplinada de todos os Sindicatos e Federações a um comando central, tal como se fez no Paraná, quando da fundação da PUA. Somente nestas condições é possível atingir o nosso obje-

tivo principal que é a implantação no Brasil da República Popular Sindicalista... “E no programa fls. 535, está expresso: “O Comunismo internacional trabalha no meio do sindical através de sua maior organização auxiliar, que é a Federação Sindical Mundial (FSM). Com sede em Praga, e cuja filial latino-americana chama-se STAL — Confederação dos Trabalhadores da América Latina, com sede em México”. E, para esta manobra no Brasil, foram destacados os dirigentes Benedito Cerqueira e Armando Ziller, que participaram de todas as reuniões internacionais e latino-americanas para orientar o trabalho subversivo de conquista do sindicalismo brasileiro: Assim em 1959 em Montevideo, Uruguay, Congresso organizador da Central Unica dos Trabalhadores; em 1960, em Pequim, China, Congresso Internacional da FSM, em Agosto de 1960, no Rio de Janeiro, no III Congresso Sindical Nacional, os vermelhos tentaram formar a “Central Unica Brasileira”; em fevereiro de 1961, novamente em Santiago do Chile, reunião comemorativa da CUT Chilena; em 1961, ainda, em Berlim Ocidental, reunião da FSM; e, em Montevideo reunião da fundação da CUT Uruguaya; em Agosto de 1961, em Havana, Cuba, encontro de operários latino-americanos; em dezembro de 1961, em Moscou o V Congresso da Federação Sindical Mundial, idem em 1962, no Chile a Conferência Sindical Latino-Americana e em agosto de 1962 o IV encontro Nacional Sindical, quando se formou o CGT, com apoio do ex-Ministro do Trabalho, começando a dirigir agitações e movimentos grevistas, inclusive a greve de jornalistas do Paraná. A propósito foi escolhido presidente o dirigente comunista Milton Cavalcanti, cuja ficha expressiva da DOPS, fls. 208 a 209 Verso, dispensa comentários: idem as fichas do denunciado Luiz Geraldo Mazza, fls. 205, que 24 (20-4-61) no comício comunista da

Praça Tiradentes teceu elogios ao regime de Fidel Castro; idem ficha de Valmor Marcelino, fls. 206, idem ficha de Peri Tibiriçá de Oliveira, fls. 207, a de Adherbal Fortes de Sá Junior, fls. 211 e a de Clovis Stadler de Souza, fls. 210, o qual está fichado como líder dos Grupos de Onze, fls. 456, por informação da Segunda Secção do Estado maior do Exército. 4 — A direção da Última Hora e seus redatores tinham ligações com Sargentos do Exército, notadamente o Sargento Valmor Weiss, inclusive Milton Cavalcanti que atuaram no sentido da aliciação, do indiciamento a indisciplina e na formação do Comando conjuntamente com o CGT, conforme ficou provado, inclusive no IPM feito pelo Major Dalmo Bozzon, cujo relatório consta por cópia destes autos — Bem como consta o relatório do Tenente Coronel Willy Neimann, fls. 189 a 194 e extrato do Banco Nacional de Minas comprovando as quantias pagas ao Sargento Valmor Weiss ao qual foram creditadas importâncias pela Última Hora, maliciosamente com nome suposto de José Cândido. A co-autoria do crime militar é indiscutível. Por essa razão é que os denunciados Cicero do Amaral Catani, Carlos Eduardo de Oliveira Fleury, Milton Cavalcanti, Peri Tibiriçá Pereira de Oliveira, estão enquadrados também nos arts. 133, 134, c/c o art. 33 do CPM que também enquadrrou na co-autoria o Sargento Valmor Weiss, talvez menos responsável do que os dirigentes intelectuais mais politizados que o militar. Esses podem, ainda, ser enquadrados no art. 255 do CPM, por terem faltado a verdade quando inquiridos como testemunhas, inicialmente; a competência da JM é evidente, inclusive por estarem incursos, também no art. 2.º, inciso III que, segundo a opinião de Nélson Hungria — delito mais grave, absorve o delito meio classificado no Relatório. Não se trata é claro, de crime de

imprensa, sujeita a Lei de Imprensa, conforme a orientação do Supremo Pretório, merecedora de todo o acatamento, entretanto inaplicável a espécie; ao contrário trata-se de atividades subversivas-comunistas praticadas por jornalistas, tentando mudar o regime e suprimir a sagrada liberdade de imprensa, como aconteceu nos Países Socialistas e, portanto, sem direito ao Fórum privilegiado, sujeito à Lei de Segurança Nacional, ao CPM, art. 6.º, III, por disposição da Carta Magna, art. 108, § 1.º. O MP, antigo colaborador da Imprensa, sempre teve o máximo respeito pela sua liberdade e denuncia os infratores da Lei em defesa da própria liberdade de Imprensa como o fizeram os jornalistas democratas que acusaram seus próprios confrades. E o delito é da competência da JM, inclusive em relação ao acusado Agliberto Vieira de Azevedo, Secretário do PC do Paraná, elemento atuante no Sindicato dos Jornalistas, onde estava inscrito em função dos "Novos Rumos" ligado a Última Hora e ao sistema comuno peleguista revolucionário. Em face da denegação unânime do *habeas corpus* que impetrou ao Egrégio STM, que importou em aceitar indiscutivelmente, a competência da JM para processá-lo pelo art. 2.º III da LSN, conforme já o demonstrou o MP em artigo na Gazeta do Povo, não resta dúvida que a competência da JM se estende aos demais civis e jornalista denunciados. Tanto assim que o respeitável voto vencido de V. Excia., comunicado ao eminente Relator, se julgando incompetente para o processo e julgamento de Agliberto Vieira de Azevedo, ficou superado, inclusive em face da confirmação da respeitável decisão dos Juízes Militares, que decretaram a prisão desse denunciado. Assim agindo, os denunciados violaram a Lei Penal Militar, arts. 173, 134 c/c os arts. 33, 66, VI, III, do CPM; e art. 24 da LSN e

art. 2.º III, 40 e 41 da LSN, quanto a Clóvis Stadler de Souza, o Sgt. Valmor Weiss, face a co-autora incorreu nos arts. 133 e 134 do CPM. Entretanto, abstraído do delito meio todos incorreram no art. 2.º, III, 40 e 41 da LSN e para que sejam processados e afinal julgados, espera esta Promotoria ver recebida e autuada a presente denúncia, para dar lugar a instrução criminal em dia e hora previamente designados, sendo citados os denunciados sob pena de revelia, intimadas as testemunhas arroladas, pena de desobediência e cumpridas as formalidades legais".

A denúncia foi publicada no Diário da Justiça do Estado do Paraná, de 11.10.65, p. 7 e s.

COMENTÁRIOS

2. O conceito de *antigüidade* do episódio criminal

A causa penal em referência não poderia ser catalogada entre as *Antigüidades de Direito Criminal* se o elemento cronológico fosse o único adotado como critério orientador. Realmente, uma denúncia criminal envolvendo fatos ocorridos há somente 30 anos poderia não refletir um *tempo remoto* que informa a memória e caracteriza os seres e as coisas sob o timbre de *antigo*.

No entanto, a velocidade das transformações sociais, econômicas, políticas e culturais e os reflexos operados nos campos do Direito e da Justiça, permitem que se considerem antigas aquelas situações factuais e jurídicas então reguladas por modelos de comportamento que hoje estão em desuso. Em outras palavras, entende-se por *antigo* o episódio submetido a leis que não mais estão em vigor. Trata-se de uma concepção que parte do conceito de História como progresso, referenciado pela clássica polêmica entre *antigos* e *modernos* e

pelo *Diálogo dos mortos*, de Fontenelle (Bernard Le Bovier de, 1657-1757).

Esta foi a perspectiva adotada com a seleção do exemplo de antigüidade agora em observação.

3. A linha editorial e o maniqueísmo ideológico

Os réus eram, em sua quase totalidade, redatores e articulistas do jornal *Última Hora* que havia instalado sucursais em Curitiba, Ponta Grossa, Paranaguá e Londrina, a partir de 1958. Além da cobertura rotineira sobre assuntos locais e nacionais, destacava-se a linha arrojada dos textos críticos e da investigação em pautas sociais, políticas e artísticas até então tratadas com amenidades paroquiais e as complicitades interessadas da província. A radiografia e a exposição das novas imagens da cidade e seus personagens, aliadas ao emprego de uma linguagem mais agressiva, provocaram uma revolução nos quadros da informação e nos cenários das idéias. Viviam-se, ainda, as maléficas influências do preconceito ideológico ditado pelo Macarthismo que representou o auge da *guerra fria* na política interna dos Estados Unidos, coincidindo com os anos 1950-1954 em que finda a trajetória do Senador republicano Joseph McCarthy (1907-1957). A história do Macarthismo vem a identificar-se com o período imediatamente posterior à vitória da Revolução Chinesa e à explosão da primeira bomba atômica soviética (1949), o período da guerra da Coreia. Segundo Tiziano Bonazzi, aquele foi o momento mais acirrado do anticomunismo do segundo pós-guerra. Ele deu lugar a uma série de *expurgos* políticos em todos os níveis e em todos os campos, com destaque para a perseguição aos intelectuais, dentro de um clima de *caça às bruxas* bem mais intenso do que a luta interna, mesmo duríssima, que em outros períodos se travou contra o comunismo.²

4. O contexto da chamada Revolução de 1964

Era compreensível que, na ausência da transmissão das notícias por satélites e de outras invenções da tecnologia da informação, a sociedade pensante brasileira continuasse interpretando episódios relevantes dos anos 50 envolvendo os Estados Unidos e a União Soviética como pólos radicalizantes de toda a discussão científica e cultural. A execução na cadeira elétrica do casal Ethel e Julius Rosenberg, condenados por um Júri americano sob a acusação de espionagem em favor dos russos (1956) e a viagem espacial do *Sputnik* em torno da lua (1957) foram alguns dos importantes fenômenos agitadores da *guerra fria*.

Dentro daquele contexto histórico e ideológico, era perfeitamente natural que a chamada *Revolução de 1964*, deflagrada por grupos militares e elites políticas contra o Governo João Goulart, encarnasse o maniqueísmo da década anterior. Dois outros fenômenos foram relevantes para o *golpe de estado*: as sucessivas crises políticas, econômicas e sociais que transformaram o País num vasto universo de contradição em torno de seus rumos e a deterioração das relações com os Estados Unidos. Sobre este aspecto existe uma discussão muito acesa entre os historiadores³ tomando como referência, entre outras, a mudança da política norte-americana em relação aos problemas da América Latina a partir do discutido programa da *Aliança para o progresso*, implantado em 1961.

5. Os crimes atribuídos aos réus

Os réus foram denunciados porque teriam cometido crimes previstos na lei de segurança nacional (Lei 1.802, de 5.1.53, arts. 2.º, III e 24 c/c os arts. 40 e 41) e no Código Penal Militar (Dec.-lei 6.227, de 24.1.44, arts. 133 e 134, c/c os arts. 33, 66 e 6.º, além do art. 258, em relação a alguns deles). O

processo e o julgamento se realizariam perante a Auditoria Militar da 5.^a Região que exercia jurisdição sobre os Estados do Paraná e Santa Catarina. A denúncia foi recebida ao tempo em que estava em vigor a Constituição liberal de 1946, desfigurada, porém, em face das alterações introduzidas pelo Ato Institucional 1, de 9.4.64 e pelas Emendas Constitucionais 7 a 15.

O art. 108 e § 1.^o daquela Carta Política declaravam: “À justiça militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas. Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão dos crimes contra a segurança externa do país ou as instituições militares”. Sob o regime jurídico da aludida Constituição surgiu a Lei 1.802/53, prevendo as infrações penais contra a ordem política e social. A chamada *Lei de Segurança Nacional* estabelecia a classificação dos tipos de ilicitude sob dupla face: externa e interna. As condutas ofensivas da segurança externa ou que atentassem contra autoridade militar eram submetidas ao foro castrense; as demais seriam objeto da justiça comum.

Dispunham os artigos da LSN indicados pela denúncia: “Art. 2.^o. Tentar: (...) III, *mudar a ordem política ou social estabelecida na Constituição, mediante ajuda ou subsídio de Estado estrangeiro ou de organização estrangeira ou de caráter internacional. Pena: no caso dos itens I a III, reclusão de 15 a 30 anos aos cabeças e de 10 a 20 anos aos demais agentes*”; “Art. 24. Constituírem os partidos ou associações em geral ou mesmo, o particular, milícias ou organizações de tipo de qualquer natureza ou forma, armadas ou não, com ou sem fardamento, caracterizadas pela finalidade combativa e pela subordinação hierárquica. Pena: reclusão de um a três anos aos cabeças e da metade para os

demais agentes além da perda, em favor da União, do material usado”; “Art. 40. Para os efeitos desta lei, são considerados cabeças os que tiverem excitado ou animado a prática do crime, ou promovido ou organizado a cooperação na sua execução, ou dirigido ou controlado as atividades dos demais agentes”; “Art. 41. Nos crimes definidos nesta lei, aplica-se, subsidiariamente, o disposto na legislação penal comum ou na militar, quando o crime for da competência da justiça militar. Parágrafo único. Em qualquer caso, porém, não caberá fiança, nem haverá suspensão condicional da pena, salvo na hipótese do art. 36 e quando o condenado for menor de 21 anos ou maior de 70 e a condenação não for por tempo superior a dois anos”.

O art. 36 referido, estabelecia: “A critério do juiz conforme as circunstâncias do caso, o agente que houver, voluntariamente, desistido da consumação do crime, ou, espontaneamente, anulado ou diminuído suas conseqüências, terá relevada ou reduzida a pena correspondente aos atos já praticados”.

Relativamente ao Código Penal Militar então vigente, os acusados teriam cometido os ilícitos de aliciamento e incitamento, assim descritos: “Art. 133. *Aliciar militar ou assemelhado para a prática de qualquer dos crimes previstos no capítulo anterior*”; “Art. 134. *Incitar à desobediência, à indisciplina, ou à prática de crime militar*”. Ambas as hipóteses típicas eram sancionadas com a reclusão de dois a quatro anos. Os arts. 33 e 66 tratavam, respectivamente, da co-autoria e do concurso material enquanto o art. 6.^o fornecia a noção de crime militar em tempo de paz. O art. 258 definia o delito de falso testemunho cominando a pena de reclusão, de um a três anos.

Poucos dias após o recebimento da denúncia, isto é, em 27 de outubro de 1965, foi baixado o Ato Institucional n.^o 2, pelo Presidente H. Castello Branco

que, autoritariamente, agia em nome de um *Poder Constituinte da Revolução*. O art. 8.º daquele édito declarava: "O § 1.º do art. 108 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação: "§ 1.º. *Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares*". E a militarização dos processos relativos aos delitos políticos se completava com os textos dos parágrafos daquele art. 8.º: "§ 1.º. *Competem à Justiça Militar, na forma da legislação processual, o processo e o julgamento dos crimes previstos na Lei 1.802, de 5 de janeiro de 1953. § 2.º. A competência da justiça militar nos crimes referidos no parágrafo anterior com as penas aos mesmos atribuídas, prevalecerá sobre qualquer outra estabelecida em leis ordinárias, ainda que tais crimes tenham igual definição nestas leis*".⁵

6. A gravidade das imputações

Entre os jornalistas denunciados encontravam-se jovens idealistas que hoje desfrutam de prestígio nacional como profissionais da imprensa a exemplo de José Augusto Ribeiro e Jairo Araujo Régis. Outros se destacaram em área diversa como Silvio Back, cineasta e Edésio Franco Passos, Deputado Federal do Partido dos Trabalhadores, representando o Paraná. A grande maioria atuava nos meios de comunicação da cidade de Curitiba, como Adherbal Fortes de Sá Junior, Carlos Augusto Cavalcanti de Albuquerque, Carlos Eduardo de Oliveira Fleury, Cícero do Amaral Catani, Clovis Stadler de Souza, Ivar Feijó, Luiz Geraldo Mazza, Milton Cavalcanti, Milton Ivan Heller, Newton Stadler de Souza, Oscar Milton Volpini, Peri Tibiriçá Pereira de Oliveira e Walmor Marcelino.

Se fosse acolhida a pretensão do Promotor, os acusados estariam sujeitos, individualmente, à pena de reclusão que iria variar de 19 anos de reclusão em seu grau mínimo a 41 no máximo, sendo que em relação a alguns deles, o mínimo seria de 20 anos e o máximo de 44 anos. No conjunto, pesava sobre a cabeça de todos os imputados a ameaça de um total de penas que iria de 400 até 880 anos de reclusão!

Preocupados com o seu destino pessoal, os réus sem crime comunicaram o episódio judiciário à Associação Brasileira de Imprensa, a qual, através da Comissão de Liberdade de Imprensa e do Livro, os assistiu moralmente, o mesmo ocorrendo em relação à Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais.

7. A impetração de *habeas corpus*

Perante o Supremo Tribunal Federal foi impetrado um *habeas corpus* sustentando os seguintes temas: a) nulidade da denúncia, por inépcia; b) incompetência da justiça militar; c) falta de justa causa.

A denúncia havia sido inicialmente rejeitada pelo Juiz-Auditor por sua inépcia, pois o Promotor havia feito um retrospecto histórico sem individualizar a conduta dos diversos réus. Porém, em grau de recurso, o Superior Tribunal Militar determinara o seu recebimento.

No *habeas corpus* alegou-se que a denúncia não atendera o disposto no art. 188, letras a, c e e do Código da Justiça Militar vigente (Dec.-lei 925, de 2.12.38), posto não conter "a narração do fato criminoso com todas as suas circunstâncias", não fornecer "as razões de convicção ou presunção da delinquência" e não mencionar "o tempo e o lugar em que foi praticado o crime".

Quanto à incompetência da justiça militar, o *writ* salientava que se algum delito tivessem cometido, os réus estariam sujeitos à lei de imprensa. E relativa-

mente à falta de justa causa, argumentava-se com a manifesta inexistência de fato típico, antijurídico e culpável.

Na petição de *habeas corpus* os impetrantes dirigiram-se ao Tribunal e ao relator, em termos muito incisivos para aqueles *ásperos tempos*. Alguns parágrafos merecem transcrição: “Egrégio Senhor Ministro: Os pacientes, jornalistas profissionais, estão sendo vítimas de iníqua perseguição processual, condicionada a motivações políticas, ainda que os mesmos jamais se tivessem afastado de sua condição profissional. Porque alguns deles eram redatores do jornal *Última Hora* e outros reivindicavam, legitimamente e através do órgão de classe, melhores condições de remuneração, não escaparam da mistificação odiosa praticada pelo Promotor Público da 5.^a Região Militar, o qual aparece como autêntico fanático na procura de comunistas, se considerarmos que o mesmo acompanhava e participava dos IPMs instaurados. A liberdade ao exercício profissional e de associação para fins lícitos, garantias democráticas asseguradas pela Constituição, se converteram, de momento para outro, em fatos caracterizadores de infrações penais, graças à doentia elaboração mental da acusação. A dignidade do Direito Penal reside na adoção da responsabilidade pela culpabilidade (Max Ernest Mayer) e os tempos modernos não admitem o *regressus ad infinitum* em matéria penal para se forjar a culpabilidade pelo caráter ou pela conduta de vida (*lebensführungsschuld*) (Mezger). Somente o fato típico é indício de antijuridicidade. O primado de reserva legal instalado no art. 1.^o do Código Penal Militar (e correspondentemente, no Código Penal comum) impermite a violação aberta do princípio da culpabilidade pelo fato, não podendo o atual estádio científico acolher a orientação adotada pelo Direito Penal russo de 1926 e pelo regime jurídico do III Reich da Alemanha nazista, fundado na concepção que tinha

por fonte o “*são sentimento do povo*”, interpretado pelo *Führer*”.⁶

Não obstante a evidência do abuso de poder e da ilegalidade, a ordem não foi concedida.

8. A solução do processo

Muitos meses mais tarde, o Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* de ofício aos réus e trancou a ação penal ao conhecer de um incidente processual envolvendo um Ministro de Estado do Governo militar. Pesava contra ele a prova, colhida na instrução, de ter feito publicidade institucional, como Governador do Paraná, no jornal *Última Hora* com verbas depositadas em favor de uma campanha promovida para atender às vítimas de queimadas ocorridas em fins de 1963, no sudoeste do Estado.

O jornal “subversivo” era, paradoxalmente, um dos veículos de publicidade oficial.

9. A história legislante dos crimes políticos

A história legislante dos delitos políticos em nosso País revela que eram eles previstos na abertura da Parte Especial do Código Criminal do Império (Lei de 16.12.1830, arts. 68 a 116⁷) e do Código Penal da primeira República (Dec. 847, de 11.10.1890, arts. 87 a 123⁸). Com o advento do Decreto 4.269, de 17.1.21, tratando da repressão ao anarquismo, a matéria passou a constar de leis especiais, assim editadas: Lei 38, de 4.4.35 (Lei de Segurança), modificada pela Lei 136, de 14.12.35; Decreto-lei 431, de 18.5.38; Decreto-lei 474, de 8.6.38⁹; Decreto-lei 4.766, de 1.^o 10.42¹⁰; Lei 1.802, de 5.1.53; Decreto-lei 314, de 13.3.67¹¹; Decreto-lei 898, de 29.9.69¹²; Decreto-lei 975, de 20.10.69 (definia os crimes de “contrabando e transporte de terroristas e subversivos, praticados por meio de aeronaves”); Lei 5.786, de 27.6.72 (definia como crime contra a

segurança nacional o apoderamento e o controle de aeronave); Lei 6.620, de 17.12.78 (que revogou o terrífico Dec.-lei 898/69) e, por fim, a Lei 7.170, de 14.12.83, que tem alguns artigos revogados pela Constituição de 1988.

Verifica-se que, na tradição de nosso direito positivo, os delitos políticos são regulados pelas leis extravagantes, com exceção dos Códigos de 1830 e 1890. Procurando restabelecer aquele critério, o Anteprojeto Alcantara Machado iniciava a Parte Especial com os crimes contra a personalidade do Estado, sob as modalidades de crimes contra a Nação brasileira (arts. 132 a 145); crimes contra os Estados estrangeiros (arts. 146 e 147) e crime contra os direitos políticos do cidadão (art. 148).

Ao comentar a exclusão de tais ilícitos do Código Penal, o principal redator do Código Penal de 1940, Nélson Hungria, foi eloquente: "Cortamos cerne, relegando-o para as versáteis leis de Segurança Nacional, o capítulo dos crimes políticos, que, na atualidade, são irredutíveis a um sistema estável e duradouro, confirmando, cada vez mais, o famoso conceito de Carrara: *"Quando a política entra as portas do templo da justiça, esta foge pela janela para livrar-se ao céu"*.¹³

Tal orientação prevaleceu com o Anteprojeto Fernando Lyra,¹⁴ em face do interesse manifestado por aquele Ministro de revogar o chamado *entulho autoritário* representado pelas leis elaboradas no tempo da ditadura militar, com destaque para a lei de segurança nacional e a lei de imprensa.

A tentativa de incluir as infrações contra a segurança do Estado no corpo do Código Penal foi retomada em duas oportunidades. Primeiramente em 1987, através de anteprojeto elaborado no âmbito do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob a presidência de Eduardo Mulyaert Antunes e atualmente, com a Comissão de Juristas instituída pelo Ministro Mauricio Corrêa

para redigir um anteprojeto da Parte Especial do Código Penal.¹⁵ A 3.^a subcomissão, encarregada da matéria, está propondo a criação de mais um Título na Parte Especial do Código Penal para agrupar os crimes contra o Estado Democrático de Direito.¹⁶ A tendência manifestada pelos trabalhos da reforma é a de superar a insuportável *inflação legislativa* determinada pelo grande número de leis especiais a fim de reduzi-las a tão somente quatro diplomas que tratem das seguintes categorias de ilícitos: crimes de responsabilidade, crimes eleitorais, crimes relacionados a tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e crimes de imprensa.

10. A Constituição vigente

A Constituição de 1988, revogando partes da Lei 7.170, de 14.12.83, revolucionou o sistema de extremado rigor para com as infrações políticas. Assim, a competência para julgar os delitos políticos é da Justiça Federal, em primeiro grau de jurisdição (art. 109, IV), com recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, *a*), ressalvadas as hipóteses de competência por prerrogativa de função. Em qualquer caso, porém, os civis não serão mais submetidos ao foro militar, quando acusados de crime político ou político social, definido por Nélson Hungria como aquele que agride a própria segurança interna ou externa do Estado ou é dirigido contra a própria *personalidade* deste.¹⁷ A revogação da norma que previa a incomunicabilidade do indiciado também foi outra conquista de nossa mais recente lei fundamental que consagra, como nenhuma outra o fez antes, as liberdades de comunicação social, bem como os direitos e as garantias referentes às expressões do pensamento e das idéias.

A Constituição dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem, entre seus fundamentos, a cidadania e a

dignidade da pessoa humana (art. 1.º, II e III). Trata-se de uma *proclamação de fé* que, aliada aos direitos e garantias fundamentais, proclama a liberdade ideológica e as franquias para o exercício dos direitos políticos. Um novo tempo de segurança individual e coletiva que parece deixar em um passado distante as violências praticadas em nome e em favor de uma *doutrina da segurança nacional* que tantas vítimas produziu, mas que também proporcionou notáveis lições de resistência¹⁸ que o tempo não apagará na memória de quem viveu e sentiu aquelas manifestações de terror punitivo.

NOTAS

1. Segue-se a indicação de mais outros 23 denunciandos e respectivas qualificações.

2. "Macarthismo", verbete em *Dicionário de Política*, de Norberto Bobbio e outros, Editora Universidade de Brasília, 1992, 2/725.

3. Ver, sobre o papel dos EUA na queda de João Goulart, os textos de Edmar Morel, *O golpe começou em Washington*, RJ, 1965 e Thomas Skidmore, *Brasil: de Getúlio Vargas a Castello Branco, 1930-1964*, ed. Paz e Terra, SP, 1985, p. 389 e s. Para uma leitura sobre os fatos políticos e institucionais daquele período, ver Hélio Silva, 1964 — *Golpe ou contragolpe?*, ed. Civilização Brasileira, RJ, 1975.

4. Cap. I — Motim e revolta (arts. 130/132). Tal capítulo era subordinado ao Tit. II do CPM que tratava dos crimes contra a autoridade e a subordinação militar.

5. O casuismo do legislador constitucional teve o claro objetivo de impedir que os jornalistas invocassem a benignidade da Lei 2.083, de 12.11.53 que, na época, previa dos crimes de imprensa.

6. HC 42.905, relator Ministro Gonçalves de Oliveira, advogados René Dotti e José Carlos Alvim.

7. *Crimes contra a existência Política do Império*, quando atentassem contra a independência, integridade e dignidade da Nação (arts. 68 a 84); contra a Constituição do Império e forma de seu governo (arts. 85 e 86); ou contra o chefe do Governo (arts. 87 a 90). *Crimes contra o livre exercício dos poderes políticos*, quando ofendessem o livre exercício dos poderes políticos (arts. 91 a 99); o livre gozo e

exercício dos poderes políticos dos cidadãos (arts. 100 a 106). *Contra a segurança interna do Império*, sob as modalidades de conspiração (arts. 107 a 109); rebelião (art. 110); sedição (arts. 111 e 112) e insurreição (arts. 113 a 115).

8. *Dos crimes contra a existência política da República*, quando atentassem contra a independência e integridade da Pátria (arts. 87 a 106); contra a Constituição da República e forma de seu governo (arts. 107 e 108) e contra o livre exercício dos poderes políticos (arts. 109 a 114). *Dos crimes contra a segurança interna da República*, sob as formas de conspiração (arts. 115 a 117); sedição e ajuntamento ilícito (arts. 118 a 123).

9. O Dec.-lei 474/38 dispunha sobre a competência do famigerado Tribunal de Segurança Nacional, criado no *Estado Novo*. Sobre o tema: Reynaldo Pompeu de Campos, *Repressão judicial no Estado Novo*, Edições Achiamé, RJ, 1982.

10. Tal diploma tinha eficácia retroativa *in malam partem* visando alcançar os autores de crimes contra a segurança externa, à data da ruptura das relações diplomáticas com a Alemanha, a Itália e o Japão (art. 67).

11. Conforme Célio Lobão Ferreira, a partir do Dec.-lei n.º 314/67, a legislação deixou de distinguir crimes de segurança externa e crimes de segurança interna, adotando o modelo *Ordennance* francesa, de 4 de junho de 1960 (*Crimes contra a segurança do Estado*, ed. Liber Juris Ltda., RJ, 1982, p. 42).

12. Prevía as penas de morte e de prisão perpétua (arts. 8.º a 10).

13. *Comentários ao Código Penal*, ed. Forense, RJ, 1958, t. I, 1/210.

14. Em 21.1.86, o Ministro da Justiça, Fernando Lyra, entregou ao Presidente José Sarney, o *Anteprojeto de Lei de Defesa do Estado Democrático*, redigido por Evandro Lins e Silva, Nilo Batista, René Ariel Dotti e Evaristo de Moraes Filho (*DOU*, de 29.1.86).

15. Portaria 581, de 10.12.92 (*DOU*, de 14.12.92).

16. A 3.º Subcomissão é composta por René Ariel Dotti, Juarez Tavares, João Marcello de Araujo Júnior e Wandenkolk Moreira.

17. *Comentários*, cit., t. II, 1/57.

18. Por todos, Heleno Cláudio Fragoso, *Lei de Segurança Nacional — uma experiência antidemocrática*, Sérgio Antonio Fabris Editor, PA, 1980 e Antonio Evaristo de Moraes Filho, *Um atentado à liberdade: Lei de segurança nacional*, Zahar Editores, RJ, 1982.