ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

49

julho-agosto de 2004

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 12 n. 49 julho–agosto de 2004

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil
Visite o nosso *site:* www.rt.com.br

Diretor Responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

Diagramação eletrônica e revisão
Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento
Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0001-52

Centro de atendimento ao consumidor:
Tel. 0800-702-2433 (ligação gratuita,
de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)
e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2003/2004

Diretoria executiva

Presidente
Marco Antonio Rodrigues Nahum

1º Vice-Presidente
Maurício Zanoide de Moraes

2º Vice-Presidente
Maria Thereza Rocha de Assis Moura

1º Secretário
Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

2º Secretário
Sérgio Mazina Martins

1º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

2º Tesoureiro
Benedito Roberto Garcia Pozzer

Comissões especiais

Convênios
Mariângela Lopes Neistein

Estudos e Debates
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

História
Tadeu Antonio Dix Silva

Monografias
Carmen Silvia de Moraes Barros

Seminário Internacional
Theodomiro Dias Neto

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Franciele Silva Cardoso

Boletim
Carlos Alberto Pires Mendes

Cursos
Juliana Sinhorini Nahum

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Internet
Heloísa Estellita

Relações Internacionais
Tatiana Viggiani Bicudo

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Theodomiro Dias Neto

Iniciação Científica
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Pós-Graduação
Alvino Augusto de Sá

Redes Internacionais
Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas
Alessandra Teixeira

Coordenadores estaduais

Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM), Carmen da Costa Barros (DF), Edmundo Oliveira (PA), Elmir Duclerc (BA), Fabio Roberto D'Avila (RS), Fabio Trad (MS), Fabiola Monteconrado Ghidalevich (AM), Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (PB), Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE), Felipe Cardoso M. de Oliveira (SC), Guilherme Costa Câmara (PB), Heloisa Estellita (DF), João Guilherme Lages Mendes (AP), Lena Rocha (RN), Liliane Cristina de Oliveira (MG), Marcelo Leonardo (MG), Maria Lúcia Karam (RJ), Maurício Kuehne (PR), Nilzardo Carneiro Leão (PE), Oswaldo Trigueiro Filho (PB), Paulo Vinicius Sporleder de Souza (RS), Selma P. de Santana (BA).

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

publicacoes @ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Diretoria da Revista

Diretor
Theodomiro Dias Neto

Diretoras Adjuntas
Juliana Garcia Belloque e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Conselho Diretivo da revista:

Adauto Alonso S. Suanes, Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho, Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alexandre Wunderlich, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Andrei Koerner, Augusto Eduardo de Souza Rossini, Berenice Maria Giannella, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Araujo da Silva, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, Helena Regina Lobo da Costa, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho, Mario Sergio Sobrinho, Maurides de Melo Ribeiro, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Maurício Genofre, Roberto Soares Garcia, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Tatiana Viggiani Bicudo.

Colaboradores permanentes:

NACIONAIS

Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Frederico G. Thompson, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Luisi,

Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS

Adolfo Ceretti, Álvaro P. Pires, Ana Messuti, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Claudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Fernando Niño, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez, Pedro Caeiro, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia e Stella Maris Martinez.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 50 – setembro-outubro – 2004

A execução penal na América Latina e no Caribe:
realidade e desafios
César Barros Leal

Acerca de la teoria de la imputación objetiva
Hans Joachim Hirsch

¿Es la reparación una tercera vía del Derecho Penal?
Julio B. J. Maier

O meio ambiente (natural) como sujeito passivo
dos crimes ambientais
Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Legítima defesa da honra:
legislação e jurisprudência na América Latina
Silvia Pimentel, Juliana Belloque e
Valéria Pandjiarjian

Sumário

1. Direito Penal

Espécies de sanções penais: uma análise comparativa entre os sistemas penais da França e do Brasil 9
Artur de Brito Gueiros Souza

Do necessário estudo do direito penal ante a informática e a telemática 39
Augusto Eduardo de Souza Rossini

Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional 48
Kai Ambos

"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito 89
Luís Greco

La imputación por omisión impropia en el art. 4 de Ley 7.492/1986 148
Raúl Cervini

As penas alternativas na Inglaterra e nos Estados Unidos 164
Roberto Chacon de Albuquerque

2. Processo Penal

La Orden de Detención Europea y su recepción en la República Federal de Alemania 199
Damián Pablo Borean

Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado 251
Fábio Félix Ferreira e Salvador Cutiño Raya

Princípios constitucionais do Ministério Público 291
Francisco Dias Teixeira

3. Crime e Sociedade

Inmigración/xenofobia ante las instituciones culturales y religiosas 317
Antonio Beristain

4. O Direito em Ação

4.1 Jurisprudência Comentada

Identificação e qualificação criminal – Lembrando do mestre Sérgio Marcos de Moraes Pitombo 357
Roberto Soares Garcia

4.2 Parecer

Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? 368
José Afonso da Silva

5. Índice alfabético-remissivo 389

Normas de publicação 395

1. Direito Penal

Espécies de sanções penais: uma análise comparativa entre os sistemas penais da França e do Brasil

Artur de Brito Gueiros Souza

O autor é doutorando em direito penal na Faculdade de Direito da USP, professor de direito penal da Faculdade de Direito da UERJ e Procurador Regional da República.

Sumário: 1. Introdução – 2. Análise histórica do sistema penal francês – 3. O sistema de penas do novo Código Penal de 1992 – 4. A responsabilidade penal da pessoa moral no direito francês – 5. O atual modelo de penas do Brasil – 6. Conclusão: o direito penal brasileiro do século XXI – Bibliografia – Anexo.

Resumo: O texto realiza um exercício de comparação entre os sistemas penais da França e do Brasil, para verificar se, apesar da clássica adoção do sistema bipartido de sanções penais (crimes ou delitos e contravenções), o direito penal brasileiro estaria, do ponto de vista prático, seguindo uma sistemática tripartida de ilícitos (crimes hediondos, crimes não hediondos e infrações de menor potencial ofensivo).

Palavras-chave: direito penal comparado; sistemas penais francês e brasileiro; modelos bipartido e tripartido de ilícitos; reforma da legislação penal.

1. Introdução

Os principais sistemas jurídicos, em especial nas legislações dos países que adotam o modelo romano-germânico, se abstêm de definir o que se entende por ilícito penal, preferindo relacionar o fato criminoso à espécie de pena respectiva. Trata-se, com efeito, de uma conceituação eminentemente prática de delito, chamada, por Hungria, de *distinctio delictorum ex poena*.[1]

Nesse sentido, a nossa legislação, no art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal (Dec.-lei 3.914/1941), define *crime* como sendo a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer de forma isolada, alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; e *contravenção*, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Trata-se de um *sistema bipartido* ou *dicotômico*, tradicionalmente acolhido pelo Brasil e por outros países, como Itália, Portugal e Espanha.[2]

Há países que, diferentemente, adotam um *sistema tripartido* ou *tricotômico*, apartando as infrações penais em três graus distintos da resposta punitiva. É este, por exemplo, o sistema observado pela legislação da França. Neste passo, ao descrever os ilícitos que são objeto de valoração por parte do direito penal, Donnedieu de Vabres assinala que os "mais graves são os crimes, tais como o homicídio; os menos graves são as contravenções de simples polícia. Há, enfim, uma categoria intermediária: a das infrações que chamamos de delitos. Citamos, como exemplo, o roubo, a fraude, o abuso de confiança".[3]

1. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. t. I, vol. I., p. 39.

2. Cf. Heleno Fragoso, *verbis*: "Não há, no direito penal brasileiro, diversamente do que ocorre em outros sistemas legislativos, distinção entre *crime* ou *delito*; tais expressões são empregadas como sinônimas. Fato punível é designação mais ampla, abrangendo crime (ou delito) e contravenção, que constituem distintas espécies de *ilícito penal*" (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 171) (grifos do original).

3. DONNEDIEU DE VABRES, H. *Traité de droit criminel et de legislation penale comparée*. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947. p. 2. Esta e as demais citações dos doutrinadores franceses foram traduzidas livremente pelo autor.

Ocorre, no entanto, que em razão das sucessivas alterações por que passou o nosso sistema legal, com a sobrevinda da Reforma Penal em 1984 (Lei 7.209/1984), além do impressionante fenômeno da "inflação legislativa", havido, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988,[4] surgiu a dúvida de se saber, do ponto de vista prático (vale dizer, no que toca à carga de intensidade da resposta penal), se o Brasil não mais estaria seguindo um modelo bipartido (crime e contravenções), mas, sim, um modelo tripartido, ainda que com outra nomenclatura. Ou seja: "crimes hediondos", "crimes não hediondos" e "infrações de menor potencial ofensivo".

Em sendo verdadeira esta mudança, i.e., em tendo havido tal deslocamento sistêmico, coloca-se, então, uma outra dúvida igualmente relevante: se a tendência, ainda que a princípio involuntária, manifestada em uma série de leis (destacando-se, entre elas, as Leis 8.072/1990, 9.099/1995, 9.605/1998, 9.714/1998 e 10.259/2001), é de adoção de um modelo tricotômico de ilícitos, por que não se reconhecer juridicamente esta mudança, aproveitando-a no processo de reforma do Código Penal, atualmente em tramitação no Congresso Nacional?

O exercício de comparação com outros sistemas jurídicos parece ser a melhor forma de enfrentar estas questões. Isto porque, ao recorrer-se ao método do direito penal comparado, o intérprete pode obter uma melhor visualização do seu próprio direito. Conforme escrito por Marc Ancel, o "direito comparado permite ao cientista um melhor conhecimento e uma melhor compreensão de seu direito, cujos caracteres particulares são visualizados com mais propriedade quando da comparação com o estrangeiro".[5]

No mesmo sentido, Jean Pradel assinala que o "simples fato de o jurista de um país explorar as instituições estrangeiras contém o risco (ou a chance) de des-

4. Em superficial pesquisa efetuada entre a data da promulgação da Constituição de 1988 e a data de maio de 2004, pôde-se contabilizar nada menos do que 75 (setenta e cinco) leis em matéria penal, numa clara tendência de "expansão" de tipos penais.

5. ANCEL, Marc. *Utilité et méthodes du droit comparé*. Meuchatel, 1971. p. 10.

cobrir coisas boas no direito estrangeiro, relativizando o chauvinismo inconsciente que todo jurista traz em si".[6]

Assim, ao se utilizar o direito comparado, pode-se melhor compreender a dinâmica jurídica sob exame, transcendendo, assim, uma apreciação puramente formal. Em outras palavras, ao cotejar o nosso sistema de penas com o de outros países, pode-se conhecer (ou reconhecer) o direito que de fato existe, de forma a possibilitar uma redefinição não só dogmática, como legislativa do mesmo.

Dentro desta perspectiva, a França oferece uma oportunidade ímpar para o exercício da comparação, não apenas porque adota um modelo tripartido de ilícitos, conforme já salientado, mas também porque, em data recente, promulgou um novo Código Penal. Como se sabe, uma alteração jurídica desta envergadura sempre se faz secundada não só por uma ampla discussão nos segmentos político e acadêmico, mas na sociedade como um todo. Ademais, merece destaque a postura inovadora que caracterizou esta mudança, o que se verifica pela adoção, na França, de um sistema particular de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Em síntese, pretende-se realizar um estudo comparativo entre os direitos brasileiro e francês, especificamente no que toca ao sistema penal de ambos,[7] com o objetivo de contribuir no debate sobre a legislação penal do Brasil e dos mecanismos para o seu aperfeiçoamento. Nesse sentido, faz-se necessária uma breve apreciação do sistema penal da França.[8]

6. PRADEL, Jean. *Droit pénal comparé*. Paris: Dalloz, 1995. p. 10.

7. Como já observado com pertinência: "La comparación de diferentes ordenamientos jurídicos implica, por consiguiente, comparar diversas soluciones a un mismo problema. Para que la comparación sea fructífera es preciso, por tanto, que se trate de soluciones a *problema idénticos*" (DEVESA, José María Rodríguez. "El derecho comparado como método de política criminal". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XXXII, fascículo I, p. 6, ene.-abr. 1979) (grifo do original).

8. Em razão das limitações intrínsecas a este tipo de trabalho, não será possível estender a comparação ao campo das medidas de segurança (*mesures de sûreté*), embora se reconheça a relevância desta resposta punitiva do Estado nos dois sistemas sob exame.

2. Análise histórica do sistema penal francês

A história recente deste país registra a promulgação de três Códigos Penais: o Código Revolucionário, de 1791; o Código Napoleônico, de 1810; e o Código atual, aprovado em 1992.[9]

Deve-se observar, no particular, ter sido a França a primeira nação que, aplicando os princípios iluministas, empreendeu, "antes que otros pueblos, la tarea codificadora".[10]

O primeiro Código francês, i.e., o Código de *Brumeire an IV*, 1791, caracterizou-se como "uma reação bem nítida contra o rigor das penas do Antigo Regime; não somente se abole os suplícios de outrora, mas se propõe suprimir a pena de morte; (...) a pena de morte foi mantida, porém não havia mais penas perpétuas. A pena mais grave, depois da pena capital, era a dos grilhões, que substituíram a das galeras".[11]

9. Cf. *verbis*: "O novo Código Penal constitui a terceira codificação criminal da história da França. Podemos afirmar, portanto, que o direito penal contemporâneo se apóia sobre os três Códigos promulgados em 1791, 1810 e 1992" (CHASSAING, Jean-François. "Les trois Codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, p. 445, juill.-sept. 1993). Sobre o direito penal do *Ancien Régime*, Michel Foucault escreveu, *verbis*: "A ordenação de 1670 regeu, até a Revolução, as formas gerais da prática penal. Eis a hierarquia dos castigos por ela prescritos: *a morte, a questão com reserva de provas, as galeras, o açoite, a confissão pública, o banimento.* As penas físicas tinham, portanto, uma parte considerável. Os costumes, a natureza dos crimes, o status dos condenados as faziam variar ainda mais" (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Histórias da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 33).

10. ASÚA, Luis Jiménez. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. actualiz. Buenos Aires: Losada, 1950. t. I. p. 322. Este pioneirismo da França na promulgação de um Código Penal acarretou, segundo Jiménez de Asúa, o efeito reflexo do *empobrecimento de sua doutrina penal até os dias de hoje*, em função do apego ao texto legislado (escola da exegese). Para ele, tal fato "no ocurrió en Alemania, pues cuando escribieron sus libros Klein, Grolman y Feuerbach, no había un Código en los Estados alemanes que, con su estructura orgánica, se impusiera al genio de aquellos hombres. En cambio, aun hoy los penalistas de Francia, afortunados en el comentario, carecen de vuelo doctrinal en las construcciones. El hecho de haber reducido su ambición a una modesta escuela penitenciaria es paladina demostración de este aserto" (idem, p. 348).

11. DONNEDIEU DE VABRES, H. Op. cit., p. 26. Sobre o modo de execução da pena capital, este grande nome do direito penal francês observou que "a guilhotina, instrumento de su-

Este documento foi substituído pelo Código de 1810, de matiz nitidamente utilitarista e de grande alcance punitivo.[12] A pena de morte não só foi conservada, como foram restabelecidos antigos castigos, "como la confiscación general, la marca, la mutilación de la mano antes de ajusticiar al parricida y las penas perpetuas. Además aumentó los casos en que había de aplicarse la pena de muerte que se conmina no sólo para el parricidio y el asesinato, sino también para el incendiario y el falsificador de moneda".[13]

Uma parte do rigor excessivo do Código de 1810 foi abrandada por algumas alterações penais subseqüentes, entre as quais podem ser mencionadas a Lei de abril de 1832 (contemporânea do nosso Código Criminal de 1830) e a Lei de abril de 1863.[14] Outra parte, não obstante, permaneceu, em que pesem as sucessivas mudanças legislativas e regulamentares ocorridas em quase dois séculos de vigência do Código Napoleônico. A pena de morte, por exemplo, só foi abolida por uma lei de outubro de 1981.[15]

plício, toma emprestado seu nome de um deputado da Constituinte que talvez a tenha inventado: o Dr. Guillotin. Em 1.º.12.1789, na Assembléia Nacional, ele elogiou sua máquina nestes termos: 'Eu vos faço saltar a cabeça num piscar de olhos e vós nem sofreis'. Em 20.03.1792, a guilhotina foi adotada, e sabe-se o emprego bem amplo que fizeram dela durante a Revolução Francesa" (idem, p. 294).

12. Cf. a célebre *observation* de Target, um de seus redatores: "É certo que a pena de morte não é uma vingança. Esse triste prazer das almas baixas e cruéis não entra por nada na razão das leis. Após a mais detestável pena, se fosse possível estarmos seguros de que nenhum crime doravante se faria temer, a punição do último culpado seria uma barbaridade sem frutos e deveríamos dizer que ela ultrapassaria o poder da lei. A gravidade dos crimes se mede não tanto pela perversidade que eles anunciam, mas pelos perigos que eles desencadeiam. A eficácia da pena se mede menos pelo seu rigor que pelo temor que ela inspira" (apud DONNEDIEU DE VABRES, H. Op. cit., p. 27).

13. ASÚA, Luis Jiménez. Op. cit., p. 323.

14. Cf.: CHASSAING, Jean-François. Op. cit., p. 445. A citada lei penal de 1832 revogou, entre outros, os suplícios da mutilação das mãos antes da execução do parricida, da marca e da argola, além de introduzir e generalizar um rol de circunstâncias atenuantes (cf.: ASÚA, Luis Jiménez. Op. cit., p. 323).

15. Cf.: VERMELLE, Georges. *Le nouveau droit pénal*. Paris: Dalloz, 1994. p. 118. Este autor assinala, contudo, que uma parte da opinião pública francesa regularmente pede o restabelecimento "de la peine de mort".

A manutenção de sanções pesadas, como, v.g., as *penas aflitivas e infamantes* e as *penas simplesmente infamantes*,[16] próprias para figuras criminosas, ao lado das penas delitivas e das penas contravencionais, ao tempo do Código Penal de 1810 (só revogadas pelo Código atual), retrata bem este viés do direito francês, considerando as diversas turbulências institucionais e períodos de guerra sofridos pela sociedade francesa.

Todavia, se, por bastante tempo, observou-se a cominação de sanções severas, por outro lado, a França vem experimentando, a partir da década de 70 do século passado, uma intensificação das *penas alternativas*, ao lado das tradicionais penas de prisão e de multa. Após computar a existência de vinte e três espécies de *peines nouvelles* no direito comparado, desde 1975, Jean Pradel assinala que "essas novas sanções têm sempre um aspecto contratual, supondo a concordância do delinqüente. Elas têm, em geral, por meta assegurar uma assistência ao delinqüente e permitir o controle de seu comportamento".[17]

Este caráter *eclético* e, ao mesmo tempo, *conservador* do sistema penal francês foi, segundo a maioria da doutrina pesquisada, transposto para o Código de 1992.[18]

3. O sistema de penas do novo Código Penal de 1992

O atual Código Penal da França compreende o conjunto de quatro diplomas legais, promulgados em 22.07.1992, complementado pela Lei de Adapta-

16. A propósito, *verbis*: "Entre as penas criminais, o legislador separa as penas *aflitivas e infamantes*, que atingem o condenado em sua liberdade ou sua vida: pena de morte, pena de trabalhos forçados, reclusão; e as penas *infamantes*, que atingem principalmente sua consideração e sua capacidade jurídica, seus direitos civis e de família: banimento e degradação cívica. Aqui, ainda, a terminologia legal está errada. Entre as penas infamantes, há uma, de fato, que produz efeitos aflitivos certos: é o banimento. De qualquer forma, a distinção entre penas aflitivas e infamantes e penas somente infamantes é desprovida de interesse prático, exceto o caso da interdição legal, que se ligam somente às primeiras" (DONNEDIEU DE VABRES, H. Op. cit., p. 279).

17. PRADEL, Jean. *Droit pénal...*, cit., p. 585.

18. Nesse sentido: DELMAS-MARTY, Mireille. "Nouveau Code Pénal – Comentaires". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, p. 433, juill.-sept. 1993 ; OTTENHOF, Reynald.

ção, de 16 de dezembro do mesmo ano, que previra a entrada em vigor do novo diploma para 1.º.09.1993. Contudo, uma lei editada em 13.07.1993 trouxe um adiamento e o Código só passou a vigorar, efetivamente, a partir de 1.º.03.1994.[19]

Logo em seu primeiro dispositivo, o Código dispõe: "As infrações penais são classificadas, segundo sua gravidade, em crimes, delitos e contravenções" (art. 111-1).

Segundo lecionado por Corinne Mascala, a "distinção se opera em função da gravidade do comportamento proibido. Essa gravidade deve ser apreciada objetivamente para não se reintroduzir o arbitrário na repressão penal. É a *escala das penas* estabelecida pela lei, que permite qualificar a infração. Conseqüentemente, a natureza da infração depende da sanção cominada à mesma pela lei".[20]

Em que pese a manutenção da sistemática ternária crime/delito/contravenção, a sanção penal foi a parte do direito penal francês que mais sofreu modificações em virtude da nova codificação. Ampliaram-se, por exemplo, as modalidades de penas alternativas às infrações delitivas e contravencionais e conferiu-se uma maior margem para que o juiz pudesse escolher, quantificar e substituir a reprimenda penal.[21]

"Les tendances du noveau Code Pénal français". *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXX, p. 308, 1994; VERMELLE, Georges. Op. cit., p. 2; PRADEL, Jean. "Il nuovo Codice Penale francese. Alcune note sulla sua parte generale". *L'indice penale*. Trad. Roberto Guerrini. Padova, primo quadrimestre 1994. p. 5 ; MASCALA, Corinne. *Droit pénal général*. Paris: Montchrestien, 2003. p. 15.

19. PRADEL, Jean. "Il nuovo Codice...", cit., p. 8.

20. MASCALA, Corinne. Op. et loc. cit. Um pouco adiante, esta autora assinala que, a partir "dessa escala das penas, o princípio da classificação tripartida das infrações em crime, delito e contravenção é simples. Basta se reportar às penas cominadas pela lei à infração cometida, para se saber qual é sua natureza. Trata-se das penas previstas pela lei, e não das penas efetivamente aplicadas pela jurisdição da sentença" (idem, p. 15).

21. Cf. *verbis*: "A divisão tripartida, inaugurada em 1810, correspondeu a diferenças importantes. Um esforço de diversificação foi feito para as penas delitivas e contravencionais. Contudo, para as penas criminais, o novo Código só deixa ao juiz a escolha do número de anos, permitindo-lhe ir até 30 anos, se não for perpetuidade; ele também o autoriza a acrescentar uma multa" (PONCELA, Pierrette. "Le nouveau Code Pénal. Dispositions générales". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, p. 462, juill.-sept. 1993).

Espécies de sanções penais

Quanto aos destinatários, as sanções discriminadas no novo Código dividem-se em penas aplicáveis às pessoas físicas e penas aplicáveis às pessoas morais.

No que se refere ao primeiro grupo (pessoas físicas), cumpre registrar que as *penas criminais* são as mais graves. Elas subdividem-se em *reclusão* (crime comum) e *detenção* (crime político).[22] As duas, reclusão e detenção, importam na privação da liberdade sem possibilidade de substituição por pena menos aflitiva.

Nesse sentido, o art. 131-1 daquele texto legal prevê a seguinte escala para *crimes*: 1.º prisão, reclusão ou detenção, até a perpétua; 2.º prisão de trinta anos, no máximo; 3.º prisão de vinte anos, no máximo; e 4.º) prisão de quinze anos, no máximo. Nota-se, portanto, o rigor do legislador francês com relação aos crimes, destinando-lhes pena de prisão de longa duração, vale dizer, tempo superior a dez anos até a perpétua.

É certo, entretanto, que, nos termos do art. 131-2, as "penas de reclusão criminal ou de detenção criminal não são excludentes de uma pena de multa e de uma ou de várias penas complementares previstas no art. 131-10".

A *multa*, embora variando no *quantum*, está prevista indistintamente para o crime, o delito e a contravenção, consistindo no pagamento de uma soma de dinheiro em favor do Estado. Ela é, segundo Jean Pradel, "a filha querida dos legisladores, na medida que eles prevêem uma pena clássica".[23]

22. O Livro IV – "Dos crimes e delitos contra a Nação, o Estado e a Paz Pública" – contém diversas descrições típicas de *infrações políticas*, como, v.g., *trahison*, *espionnage* e *sabotage*. Curiosamente, o Código não abriga nenhuma disposição acerca da proteção aos bens, serviços e interesses da *União Européia*. Para Mireille Delmas-Marty, esta foi a grande falha do Código de 1992, *verbis*: "O esquecimento do contexto é, de fato, a reprovação mais grave que se pode endereçar ao novo Código Penal, porque ele atesta uma *verdadeira miopia do legislador*, recusando-se a ver que o ambiente jurídico mudou e que uma codificação para o século XXI não é concebida sobre o modelo do começo do século XIX. *Um Código não pode mais ser erigido como um monumento isolado, mas deve ser concebido como elemento de um conjunto estendido a outras disciplinas sancionadoras além do direito penal e aberto a outras influências além do direito nacional.* Isso é que deveria conduzir o legislador ao ter em mente o desenvolvimento das sanções extrapenais e a construção européia" (DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit., p. 440-441) (grifou-se).

23. PRADEL, Jean. *Droit pénal...*, cit., p. 579.

As multas *criminal* e *delitiva* encontram-se fixadas em valor igual ou superior a 3.750 €, enquanto a multa *contravencional* varia entre 38 e 1.500 €, podendo ser elevada até 3.000 €, em caso de reincidência.

Por outro lado, a multa não se confunde com a reparação do prejuízo sofrido pelo lesado. Conforme anotado por Georges Vermelles, "com suas vantagens e seus inconvenientes, a multa está profundamente enraizada no nosso sistema repressivo. Ela tende, hoje, a tomar formas mais personalizadas".[24]

As denominadas *penas complementares* perpassam, igualmente, as três modalidades de ilícitos do Código, sendo medidas que importam na interdição, na perda, na incapacidade ou retirada de um direito, na imobilização ou confisco de um objeto, no fechamento de um estabelecimento ou na divulgação (*affichage*) da decisão aplicada ou difusão desta, seja por meio da imprensa escrita ou por qualquer outro meio de comunicação audiovisual. São sanções que se aproximam dos *efeitos da condenação*, regulados nos arts. 91 e 92 do nosso CP, que, por sua vez, correspondem às antigas "penas acessórias" do Código de 1940.[25]

No patamar intermediário, adotou-se a terminologia *pena correcional* ao invés da tradicional *pena delitiva* – ao que indagou, em tom de crítica, Pierrette Poncela: "por que não 'delitivas'?" – enumerando-as no art. 131-3, na seguinte ordem: "a prisão, a multa, o dia-multa, o trabalho de interesse geral, as penas privativas ou restritivas de direitos previstas no art. 131-6 e as penas complementares previstas no art. 131-10".[26]

Como se percebe, a pena de prisão não está isoladamente cominada nesta categoria *delito*, diferentemente do que se verifica na hipótese *crime*. Além disto, a prisão delitiva pode ser aplicada, cumulativa ou alternativamente, com estas outras modalidades de penas.

24. VERMELLE, Georges. Op. cit., p. 113.

25. Cf. *verbis*: "As penas são de duas categorias: principais e acessórias. As primeiras são em número de três: reclusão, detenção, multa. *As acessórias consistem na perda de função pública, nas interdições de direitos e na publicação da sentença*" (HUNGRIA, Nélson. Op. cit., p. 245).

26. PONCELA, Pierrette. Op. cit., p. 462.

Conforme dito por Pierrette Poncela, ao analisar as penas alternativas à prisão por delito, o "regime desse tipo de penas, introduzidas pela Lei de 11.07.1975, não foi modificado sensivelmente. Elas fazem o objeto de uma menção dentro do texto enumerativo das penas correcionais incorridas, assim como, doravante, para as contravenções. (...) Nenhuma dessas penas pode ser aplicada cumulativamente, uma vez que ela é alternativa à pena principal incorrida (art. 131-9), sob reserva da exceção mencionada para as penas privativas ou restritivas de direitos".[27]

A escala da pena delitiva de prisão tem, segundo o art. 131-4, oito níveis: 1.º) dez anos, no máximo; 2.º) sete anos, no máximo; 3.º) cinco anos, no máximo; 4.º) três anos, no máximo; 5.º) dois anos, no máximo; 6.º) um ano, no máximo; 7.º) seis meses, no máximo; e 8.º) dois meses, no máximo. Desta forma, a escala da prisão referente aos delitos oscila entre dois meses e dez anos.[28]

A pena de *dias-multa* consiste, para o condenado, em verter ao Tesouro uma soma cujo montante global é fixado pelo juiz como uma contribuição cotidiana durante um certo número de dias. O montante de cada dia-multa é determinado levando-se em conta "recursos e acusações do réu" (art. 131-5). Trata-se, conforme entendimento doutrinário, de modalidade aperfeiçoada da vetusta multa ordinária.[29]

O *trabalho de interesse geral* implica na realização, por um período de quarenta a duzentos e quarenta horas, de um trabalho de interesse geral não remunerado em favor de uma pessoa jurídica de direito público ou de uma associação habilitada para tanto (art. 131-8).

Para Leonardo Sica, a "ampliação do espectro de aplicação da pena de TIG [trabalho de interesse geral], todavia, atende à verificação empírica de que até antes do novo Código era uma pena pouco utilizada, limitada a algo entre 14-15% das

27. Idem, ibidem, p. 464.

28. Cf. a Loi 2003-239, du 18.03.2003, que acrescentou a pena de "dois meses" à escala original.

29. VERMELLE, Georges. Op. cit., p. 114. Como se sabe, o pioneirismo do sistema dias-multa foi do nosso Código Criminal do Império.

condenações passíveis de recebê-la, segundo dados apresentados em relatório do Senador Guy Cabanel e também por Gaillardot".[30]

Segundo aquele autor, os "motivos disso – a exemplo do que ocorre com sua semelhante no Brasil, a prestação de serviços à comunidade – são a carência organizativa, as reticências da sociedade civil em admiti-las e o ranço cultural jurídico de preteri-la em favor do castigo mais severo".[31]

As *alternativas penais* previstas para delitos são diversas, tais como: suspensão, interdição ou anulação da permissão de condução de certos veículos; a imobilização de um ou de vários veículos pertencentes ao condenado; a interdição temporária de possuir ou portar uma arma de uso restrito; o confisco de uma ou várias armas de propriedade do condenado; a retirada da permissão de caçar com interdição temporária de solicitar uma nova; a interdição temporária de emitir cheques; e, salvo em matéria de delitos de imprensa, o confisco da coisa relacionada com a infração e a interdição de exercer uma atividade profissional ou social (art. 131-6).

Por fim, as *penas contravencionais* encontram-se reguladas no art. 131-12. Este dispositivo enumera duas categorias: multa e penas privativas ou restritivas de direitos arroladas no art. 131-14. Constata-se, assim, que a prisão está terminantemente afastada na hipótese de penas de simples polícia, o que se justifica não só pelo padrão tripartido de intensidade de ilícitos, mas, também, porque aquelas não observam, em toda a plenitude, o princípio da legalidade, relegadas que foram à esfera regulamentar.[32]

A sanção pecuniária para as contravenções, conforme acima mencionado, está determinada em função de cinco classes, na seguinte ordem: 38 €, no

30. SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 158.

31. Idem, ibidem.

32. Cf. *verbis*: "Os crimes e delitos são do domínio da lei; as contravenções são do domínio do regulamento sob reserva de limites fixados pela lei em matéria de pena" (PONCELA, Pierrette. Op. cit., p. 456).

máximo, para as contravenções de 1.ª classe; 150 €, no máximo, para a 2.ª classe; 450 €, no máximo, para as de 3.ª classe; 750 €, no máximo, para as de 4.ª classe; e 1.500 €, no máximo, para a 5.ª classe. Este último montante pode ser elevado a 3.000 €, em havendo reincidência.

As penas privativas ou restritivas de direitos previstas no art. 131-14 destinam-se, unicamente, às contravenções de 5.ª classe. Elas repetem, em larga medida, as sanções cominadas no art. 131-6 em matéria delitiva. Como se verifica, esta contravenção de 5.ª classe encontra-se bastante próxima da fronteira do delito. Por outro lado, as penas de simples polícia compreendem, também, uma ou várias das *penas complementares* (art. 131-16 e 131-17), destinadas especialmente àquelas da 5.ª classe.

Por fim, denotando o caráter *eclético* do sistema de penas do Código de 1992 (parte rigoroso e parte brando), merecem destaque as medidas de *dispensa* e de *adiamento da pena*, nos seguintes termos: "em matéria correcional ou, salvo nos casos previstos nos arts. 132-63 a 132-65, em matéria contravencional, a jurisdição pode, após ter declarado o réu culpado e estatuir, se for o caso, sobre a confiscação de objetos perigosos ou nocivos, seja dispensar o réu de qualquer outra pena, seja adiar a aplicação da mesma" (art. 132-58).

Conforme bem ponderado, mais do que "alternativas à prisão, tais medidas representam reais alternativas à pena e à necessidade do castigo, preterida pela recomposição da ordem, pela restauração do contrato social, obtida com a reparação do dano ou com a cessação da inquietação social provocada pelo crime".[33]

4. A responsabilidade penal da pessoa moral no direito francês

A *responsabilidade penal do ente moral* foi uma das marcantes inovações da nova legislação penal francesa. A este respeito, salienta Pierrette Poncela que "a

33. SICA, Leonardo. Op. cit., p. 160.

responsabilidade penal das pessoas morais, já presente no Projeto Matter de 1938, figurava no projeto de 1978 como responsabilidade dos 'grupamentos de objetivo comercial, industrial e financeiro' e só para os delitos. Ela foi sistematizada no Projeto Badinter de 1983, cujo texto atual é bem próximo".[34]

Para Jean Pradel, após "intensa reflexão levada a efeito no campo do direito comparado, da lógica e da prática, o novo Código Penal (...) consagrou magistralmente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas de tal modo que, de pronto, nós nos perguntamos se se tratava de uma evolução ou de uma revolução".[35]

No particular, o art. 121-2 do novo Código dispõe que "as pessoas morais, à exceção do Estado, são responsáveis penalmente, segundo as distinções dos arts. 121-4 a 121-7 e dentro dos casos previstos pela lei ou regulamento, pelas infrações cometidas, por sua conta, pelos seus órgãos ou representantes".

Em suma, as pessoas jurídicas que podem sofrer sanções criminais, delitivas ou correcionais são tanto as de direito privado (sociedades civis e comerciais, associações, grupamentos de interesse econômico, sociedades de fato etc.) como as de direito público (fundações, partidos ou grupamentos políticos e sindicatos profissionais), com exceção do Estado.[36]

Nesse sentido, esclarece Salomão Shecaira, ao se deter sobre o direito francês, que duas "condições são necessárias para que se reconheça a responsabilidade das empresas: que a infração seja cometida por um órgão ou representante da pessoa moral; que seja cometida por 'sua conta', entendida tal expressão como agir em seu interesse. Preenchidos tais requisitos, haverá a responsabilidade penal da pessoa jurídica".[37]

34. PONCELA, Pierrette. Op. cit., p. 457.

35. PRADEL, Jean. "A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês". Trad. Berenice M. Giannella. *RBCCrim*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 53, out.-dez. 1998.

36. Cf. art. 121-2, sobre a imputabilidade dos entes públicos, *verbis*: "O projeto não as previu, mas os debates conduziram a adicioná-las dentro de uma preocupação bastante curiosa de igualdade, embora o Estado esteja excluído" (idem, p. 458).

37. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003. p. 64.

Na forma do art. 131-37, as penas criminais e delitivas previstas para os entes morais são a *multa* e, nos casos expressamente previstos na lei, as *penas enumeradas no art. 131-39*. O *quantum* da multa aplicável à pessoa jurídica é igual ao quíntuplo daquela prevista para pessoas físicas no tipo penal respectivo (art. 131-38). As penas contidas no art. 131-39 têm por objetivo restringir ou paralisar a atividade da sociedade. Elas compreendem "a dissolução; a interdição; sujeição à vigilância judiciária; fechamento definitivo ou temporário do estabelecimento; exclusão definitiva ou temporária do comércio público; interdição temporária de emitir cheque ou de utilizar cartão de crédito; confisco de bens ou coisas, vinculadas ao crime; publicação ou difusão da sentença, pronunciada pelo juiz".[38]

Cumpre registrar, entretanto, que a dissolução e a colocação sob vigilância judiciária *não* se aplicam às pessoas jurídicas de direito público, aos partidos políticos ou aos sindicatos profissionais.

As *penas contravencionais* cominadas às pessoas jurídicas são, igualmente, a multa e as penas privativas ou restritivas de direitos previstas no art. 131-42 (cf. art. 131-40), seguindo aquela a tarifa máxima igual ao quíntuplo do *quantum* cominado para as pessoas físicas pelo regulamento que reprime a infração (art. 131-41), enquanto que estas compreendem a interdição por um ano ou mais do direito de emitir cheque ou de utilizar cartões de crédito e o confisco da coisa que serviu ou estava vinculada ao cometimento da infração ou da coisa que é seu produto (art. 131-42).

Em conclusão, constata-se, da sistemática penal francesa destinada à *pessoa física*, que, primeiro, com relação ao *crime* (reclusão ou detenção), a regra é a prisão, que vai do patamar mínimo de dez anos até o extremo da imposição perpétua, acompanhada ou não da multa; segundo, com relação ao *delito*, a prisão, no patamar máximo de dez anos até o grau mínimo de dois meses, sendo que, na prática, há a substituição por uma ou várias das hipóteses de alternativas penais;

38. OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 62.

e, terceiro, relativamente às *contravenções*, não há previsão de prisão, mas da multa, que vai até o patamar máximo de 3.000€, para aquelas da 5.ª classe, além das penas alternativas igualmente cominadas às infrações delitivas. Para a *pessoa jurídica*, por sua vez, nos três níveis punitivos (crime/delito/contravenção), há previsão de multa e de penas privativas ou restritivas de direitos, que podem chegar, no caso de *crime* ou *delito*, até ao extremo do fechamento do estabelecimento que serviu ao cometimento do ilícito penal. Por fim, todas as modalidades de sanções penais são acompanhadas das penas complementares, como, v.g., o confisco do instrumento ou do produto do ilícito, que, na nossa legislação, recebe a denominação de efeitos da condenação.

5. O atual modelo de penas do Brasil

Da mesma forma que ocorrido na França, o sistema de penas foi a parte do direito penal brasileiro que mais sofreu mudanças nos últimos anos.

Com efeito, a Reforma Penal de 1984, apesar de manter, como acima afirmado, a disjuntiva *crime* ou *delito* e *contravenção*, inovou ao reformular a pena de multa, por intermédio da adoção do sistema dos dias-multa, estipulando, ainda, um rol de três penas restritivas de direitos substitutivas da pena privativa de liberdade, quais sejam: 1. a prestação de serviços à comunidade; 2. a interdição temporária de direitos; e 3. a limitação de fins de semana.[39]

Quanto à pena privativa de liberdade, manteve-se a divisão entre reclusão e detenção, que possuiria significação muito mais jurídica do que prática,[40] esti-

39. Cf. *verbis*: "Adota o projeto as penas restritivas de direitos, substitutivas da pena de prisão, consistentes em *prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitações de fins de semana*, fixando o texto os requisitos e critérios norteadores da substituição" (Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, n. 40).

40. Em sentido contrário, Cezar Bitencourt sustenta que, "no conjunto, permanecem profundas diferenças entre reclusão e detenção. A começar pelo fato de que somente os chamados crimes mais graves são puníveis com pena de reclusão, reservando-se a detenção para os delitos de menor gravidade." (BITENCOURT, Cezar R. *Manual de direito penal*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1, p. 415).

pulando três modalidades de regime prisional: fechado, semi-aberto e aberto. Promulgou-se, no mesmo momento, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), com o detalhamento das formas e objetivos do cumprimento de pena.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988, agasalhando, como nunca d'antes visto, várias disposições de direito penal,[41] trouxe significativas inovações, interessando, para o presente estudo, as seguintes: 1. a determinação de um tratamento severo para o que denominou *crimes hediondos* e assemelhados, i.e., tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo (art. 5.º, XLIII); 2. a prescrição de um tratamento mais brando para as *infrações de menor potencial ofensivo*, prevendo, para elas, a criação de juizados especiais, inicialmente na esfera estadual e, posteriormente, na federal (art. 98, I, par. ún., acrescentado pela EC 22, de março de 1999); e 3. a previsão da *responsabilidade penal da pessoa jurídica*, nos casos de violação da ordem econômica e financeira e do meio ambiente (arts. 173, § 5.º, e 225, § 3.º).[42]

Dentro desta perspectiva, no início da década de 90 do século passado, em função do recrudescimento de crimes graves, como a extorsão mediante seqüestro, o legislador ordinário deu cumprimento àquele primeiro comando constitucional, editando – sem qualquer preocupação técnica ou sistêmica – a Lei 8.072,

41. A adoção pelo Constituinte brasileiro de diversos institutos de direito penal foi sentida, no direito comparado, por Jean Pradel, *verbis*: "Enfim, não se pode omitir a Constituição brasileira de 1988, a mais ampla de todas, ao que parece. Dentro do capítulo sobre 'os direitos e deveres individuais e coletivos', são enumeradas sessenta e quatro prerrogativas, das quais trinta e oito interessam essencialmente ao direito penal: aos direitos já indicados se juntam, por exemplo, a exclusão da graça e da anistia no caso de torturas ou tráfico de entorpecentes, a individualização da pena ou a exclusão das provas obtidas por meios ilícitos" (PRADEL, Jean. *Droit pénal...*, cit., p. 51-52).

42. Cf. exposto pelo professor Salomão Shecaira, a "Constituição Federal de 1988, ao inaugurar uma nova era no direito pátrio, fez com que a própria ordem jurídica exigisse uma discussão sobre o que se deve punir, a quem se deve punir e como aplicar esta punição. A reforma ampla da Parte Especial do Código Penal não foi possível com a celeridade desejada, porém é possível encontrar, na legislação extravagante imediatamente posterior ao texto constitucional de 1988, diversos tipos penais criminalizando condutas em obediência à Constituição, como é o caso dos crimes contra o consumidor, contra a ordem tributária e econômica e contra o meio ambiente" (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena*. Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 67).

de 25.07.1990,[43] onde arrolou os chamados *crimes hediondos*, fixando, para eles e assemelhados (com especial destaque para o *tráfico ilícito de entorpecentes*), um regime penal e processual penal diferenciado dos demais ilícitos.[44]

Basicamente, além de vedar a anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, a *Lei dos Crimes Hediondos* determinou que a pena fosse cumprida integralmente em regime fechado (apesar da tradição brasileira no sistema da progressão de regime), além de majorar diversas figuras delitivas. Conforme assinalado por Alberto Silva Franco, "os tipos que receberam a qualificação jurídica de 'hediondo', embora não tenham sofrido nenhuma mudança na sua composição descritiva, tiveram, em sua maioria, alterações em seu preceito sancionatório".[45]

Em outras palavras, optou-se politicamente por "pinçar" um grupo de ilícitos que já existiam dentro do catálogo sistêmico-penal do País, etiquetá-lo como *hediondo*, conferindo-lhe pena de prisão de longa duração, sem possibilidade, ao menos no plano teórico, de sua substituição por outra espécie ou por regime de cumprimento de pena menos gravoso. Enfim, quebrou-se a sistemática então adotada pela Reforma Penal de 1984.

Entretanto, em sentido diametralmente oposto, foi promulgada em 26.09.1995 a Lei 9.099, que, enfocando outra faceta da Constituição Federal, dispôs sobre juizados especiais cíveis e criminais. O legislador, mais uma vez, não se preocupou com definições substanciais ou sistêmicas, prescrevendo simplesmente como *infração de menor potencial ofensivo* as "contravenções penais e os cri-

43. Nesse sentido, a contundente crítica de Alberto Silva Franco, *verbis*: "Sob o impacto dos meios de comunicação de massa, mobilizados em face de extorsões mediante seqüestro, que tinham vitimizado figuras importantes da elite econômica e social do País (caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina etc.), um medo difuso e irracional, acompanhado de uma desconfiança para com os órgãos oficiais de controle social, tomou conta da população, atuando como um mecanismo de pressão ao qual o legislador não soube resistir" (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. Notas sobre a Lei 8.072/1990. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 37).

44. Em momento posterior, a Lei 8.930/1994 acresceu ao rol da Lei 8.072 o homicídio simples, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, e o homicídio qualificado.

45. Op. cit., p. 40.

mes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuando os casos em que a lei preveja procedimento especial" (art. 61).[46]

A Lei 10.259/2001, ao regulamentar os juizados especiais no âmbito federal, ampliou para dois anos a pena máxima dos ilícitos enquadrados como de *menor potencial ofensivo* (art. 2.º, par. ún.). Muito embora destinada à esfera federal, a maioria da doutrina e da jurisprudência entendeu que a nova categoria também alcançou as infrações da esfera estadual, derrogando, assim, a norma contida na Lei 9.099/1995, com a ampliação das figuras típicas sob seu raio de incidência.[47]

Percebe-se, do exposto, de um lado, uma categoria de ilícitos chamada de *crimes hediondos e assemelhados*; de outro, um grupo denominado *infrações de menor potencial ofensivo*, cada uma operando nas duas extremidades da resposta punitiva do Estado. No campo intermediário, isto é, na faixa de ilícitos que não são nem *hediondos* e nem de *menor potencial ofensivo*, ficaram as infrações que se submeteriam à disciplina geral do nosso Código Penal, vale dizer, as penas indicadas no início deste capítulo.

46. Ao se deter sobre novos paradigmas criminológicos, bem como aos "aplausos" da doutrina penal brasileira à Lei 9.099/1995, Sérgio Salomão Shecaira diz que a boa recepção desta lei deu-se "por vários motivos: primeiro, porque eliminou da esfera penal e punitiva inúmeros crimes (aqueles com penas inferiores a um ano) de um processo criminal, fazendo com que os envolvidos chegassem a um acordo que seria homologado pela Justiça. (...) Também teve boa acolhida por *despenalizar* fatos, isto é, adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam a dificultar a aplicação da pena de prisão ou sua execução. Ademais, adotou posturas *descarcerizadoras* de forma a evitar a decretação ou manutenção da prisão cautelar ou permitir que ela seja executada posteriormente à decisão. (...) Por fim, a lei foi igualmente elogiada, pois atendeu aos reclamos dos *vitimologistas* por dar especial atenção à vítima no processo de realização dos acordos a serem homologados em juízo" (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da penal...*, cit., p. 369).

47. Nesse sentido, *verbis*: "É oportuno assinalar que, com a alteração promovida pela Lei 10.259/2001 (art. 2.º), que disciplina os juizados especiais no âmbito da Justiça Federal, passam a ser considerados infrações de menor potencial ofensivo, ademais das contravenções, todos os delitos cuja pena máxima abstratamente cominada não ultrapasse dois anos (de detenção ou reclusão). Entende-se que o conceito de infração de menor potencial ofensivo aportado por esta lei não se restringe à seara dos delitos julgados pela Justiça Federal, mas estende-se também aos juizados especiais estaduais, instituídos pela Lei 9.099/1995, restando, portanto, parcialmente revogado o conteúdo do art. 61 deste diploma. Entendimento contrário implicaria manifesta lesão ao princípio constitucional da isonomia" (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte especial. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 2, p. 178).

Sem embargo, a Lei 9.714, promulgada em 25.11.1998 (batizada de "Lei das Penas Alternativas"), atingiu, basicamente, a parte do Código Penal que se destinava às infrações intermediárias, provocando a alteração quantitativa das hipóteses de substituição da prisão por penas restritivas de direito e criando "novas penas alternativas".[48]

Da forma que ficou prescrita, a intensidade das penas destinadas às pessoas físicas, no Brasil, passou a apresentar a seguinte escala: *pena grave* para os crimes hediondos e assemelhados, ou seja, regime prisional fechado de longa duração; *pena menos grave* para os crimes não hediondos, com possibilidade de substituição da pena de prisão de até quatro anos por uma ou duas alternativas penais; e *pena leve* para as infrações de menor potencial ofensivo, onde, em princípio, não se aplica pena privativa de liberdade, mas alternativas penais.

Por um outro ângulo, isto é, com relação ao destinatário da sanção, a Lei 9605, de 12.02.1998, dispondo sobre as conseqüências penais e extrapenais derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, novamente inovou o nosso direito penal, estabelecendo, ao lado das penas destinadas aos indivíduos, um rol de sanções aplicáveis às pessoas jurídicas em razão da atribuição da responsabilidade pelos ilícitos nela regulados, conforme a norma do seu art. 3.º.[49]

48. No particular, merece destaque a contundente crítica de Cezar Bitencourt, *verbis*: "Para falar em 'novas penas alternativas', deve-se esclarecer, inicialmente, uma pequena curiosidade: em primeiro lugar, não são 'penas novas' e, em segundo lugar, não são *alternativas*, visto que as duas grandes 'novidades' foram a 'prestação pecuniária' e a 'perda de bens e valores'. De um lado, a 'prestação pecuniária' não passa de um 'neologismo jurídico' para definir a '*multa reparatória*', que já era defendida no final do século passado (...); da mesma forma, a 'perda de bens e valores' representa apenas um eufemismo utilizado pelo legislador contemporâneo, para adotar, disfarçadamente, a velha e proscrita '*pena de confisco*'. De outro lado, as referidas penas também não são *alternativas*, mas *substitutivas*, posto que só podem ser aplicadas em *substituição* à pena privativa de liberdade concretizada na decisão condenatória (arts. 44, *caput*, 54 e 55 do CP). Ademais, embora se fale insistentemente em *penas alternativas*, tanto a Reforma Penal de 1984 quanto a atual Lei 9.714/1998 as definem como penas 'restritivas de direitos'" (BITENCOURT, Cezar R. *Novas penas alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 67-68) (grifos do original).

49. Cf. *verbis*: "Após mais de três projetos de lei distintos, apresentados ao Congresso Nacional, tratando da regulamentação de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 9.605/1998. Pela primeira vez no Brasil se instituiu a res-

Nesse sentido, o art. 21 da Lei 9.605/1998 dispôs: "as penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3.º, são: I – multa; II – restritivas de direitos; III – prestação de serviços à comunidade". No tocante às penas restritivas de direito, o art. 22 daquela lei compreende: 1. suspensão parcial ou total de atividade; 2. interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; e 3. proibição de contratar com o Poder Público.

Desta maneira, sem adentrar na relevante questão da violação do princípio da legalidade, ante a ausência de indicação das penas destinadas às pessoas jurídicas nas respectivas figuras típicas da citada lei, tem-se que, do ponto de vista da sistemática de penas do nosso direito, ocorreu uma nova ruptura, que distanciou, ainda mais, a realidade atual em face do modelo que vigia por ocasião da reforma da década de 1980.[50]

Registre-se, por oportuno, que a mutação do paradigma punitivo brasileiro já fora objeto de reflexão por parte de Augusto Thompson, em artigo recentemente publicado. Todavia, para este autor, as diversas legislações que surgiram após a Constituição Federal de 1988 não acarretaram uma mudança do modelo dicotômico para tricotômico, mas, sim, uma redefinição do sistema binário de ilícitos.[51]

ponsabilidade da pessoa jurídica no âmbito de nossa legislação ordinária, tendo como referência o art. 225, § 3.º, da CF de 1988, que já previa a responsabilidade penal e administrativa das empresas por danos ambientais" (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal...*, cit., p. 145).

50. Sobre esta questão, *verbis*: "O primeiro aspecto a se destacar é o de que o legislador ambiental afastou-se da sistemática do Código Penal no que concerne às penas restritivas de direito. É que o art. 44 do estatuto repressivo brasileiro estabelece que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade. Diferentemente, o legislador ambiental menciona a possibilidade de aplicação das penas de multa, das restritivas de direitos e da prestação de serviços à comunidade (art. 21) isolada, cumulativa ou alternativamente (*sic*) às pessoas jurídicas. Assim, a prestação de serviços à comunidade deixa de ser espécie da restrição de direitos (art. 43, IV, do CP) para ser pena autônoma que com ela pode se combinar em aplicação cumulativa" (Op. cit., p. 161-162).

51. THOMPSON, Augusto. "Crimes e infrações penais de menor potencial ofensivo: a nova dicotomia". *Boletim do IBCCrim*, ano 10, n. 122, p. 4, jan. 2003.

Conforme seu raciocínio, editou "o legislador infraconstitucional a Lei 9.099/1995 e, posteriormente, a Lei 10.259/2001. Por óbvio – prossegue ele – nelas abdicou de socorrer-se da fórmula tripartida, uma vez que não registrou particularidades aptas a tornar discerníveis três ordens autônomas de ilícitos. Ao reverso, preferiu marchar pela vereda da bipartição, mantendo lealdade à nossa tradição".[52]

Nesse sentido, segundo Augusto Thompson, "amalgamou os crimes de pena máxima não superior a um ano (Lei 9.099/1995, art. 61) com as *contravenções*, a formar um grupo único, agora denominado de *infrações de menor potencial ofensivo*, ao qual contrapôs, como outro bloco, o dos *crimes*".[53]

Todavia, nos termos colocados na presente exposição, transparece que, diferentemente deste entendimento, teria, no nosso ponto de vista, ocorrido o redirecionamento político-jurídico para uma fórmula tripartite de ilícitos, sendo que este caminho trilhado pelo legislador pátrio – que, de resto, irá determinar o direito penal do futuro – é mais facilmente verificado quando se procede à comparação com a sistemática penal da França, explicitada nos capítulos precedentes.

6. Conclusão: o direito penal brasileiro do século XXI

De acordo com a idéia aqui desenvolvida, é possível visualizar uma interessante proximidade entre o modelo penal da França e o atualmente verificado no Brasil, após sucessivas alterações legislativas do padrão entabulado na Parte Geral do Código Penal.

Nesta medida, a categoria *crime* do Código Penal francês de 1992 se assemelha com a categoria *crimes hediondos* do nosso direito, especialmente no que toca à conseqüência da privação da liberdade de longa duração; a categoria francesa *delito*, por sua vez, se avizinha à nossa categoria *crimes não hediondos*, não só

52. Op. cit., p. 4.

53. Idem, ibidem.

no leque de penas alternativas ao lado da pena privativa de liberdade, como, também, pela ampla possibilidade de substituição desta por aquelas; a categoria *contravenção* da França se aproxima, então, da nossa *infração de menor potencial ofensivo*, em especial pelo fato de que, quanto a estas, encontra-se descartada a pena de prisão. Por fim, há, em ambas as legislações, a previsão da *responsabilidade penal da pessoa jurídica*, inclusive com semelhantes espécies de penas: multa e penas restritivas de direitos (arts. 21 e 22 da Lei 9.605/1998).

Cumpre consignar, entretanto, a dessemelhança parcial entre estes dois sistemas, posto que a previsão de punição da pessoa jurídica, no caso brasileiro, além de restrita às infrações ambientais e à ordem econômico-financeira, esbarra na falta de indicação das penas nos tipos penais incriminadores da Lei 9.605/1998. Já na França, a responsabilidade da pessoa moral é genérica – objetiva proteger bens jurídicos diversos, não apenas o meio ambiente ou o funcionamento da economia – e, conforme a leitura dos dispositivos da Parte Especial do Código Penal, com as respectivas penas discriminadas nos tipos penais.

Dentro deste panorama, acredita-se que as três cargas de intensidade penal, na prática em vigor no Brasil, ainda que sem precisão ou harmonia sistêmica, deveriam ser levadas em conta no processo de reforma do Código Penal, atualmente em tramitação no Congresso Nacional.[54]

54. O Anteprojeto de Código Penal, elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo Prof. Miguel Reale Júnior, foi encaminhado para o Congresso Nacional, em 31.07.2000, transformando-se no Projeto de Lei (PL) 3.473/2000. Atualmente, encontra-se em fase de Plenário na Câmara dos Deputados, "pronto para ordem do dia" (cf. <http://www.mj.gov.br/sal>). Da Exposição de Motivos que acompanha o referido anteprojeto extrai-se a seguinte passagem, posto que pertinente ao presente texto: "(...) 4. O direito penal legislado na década de 90 foi um dos *mais dramáticos* para o direito brasileiro, pois era imprevisível que se produzissem em matéria repressiva tantas soluções normativas ao sabor dos fatos, sob o encanto de premissas falsas e longe de qualquer técnica legislativa. Ao lado dessas reformas, e mesmo em contradição a vários de seus postulados, novos institutos importados sem muito critério do direito americano e italiano promoveram uma completa desorganização do que sobrara do sistema legal, promovendo uma exagerada liberalização de situações, muitas vezes, socialmente graves. (...) Uma completa desarticulação discursiva entre institutos, ausência de correspondência destes a uma política criminal efetiva e paradoxos que se avolumavam em quantidade e qualidade impediam que se pudesse chamar de *sistema penal* o que

Em suma, sem querer "tecer loas" ao direito de outro país, nem tampouco simplificar uma questão tão complexa como a eleição, feita por cada sociedade, das espécies de penas que irão regular o fato criminoso, acredita-se que há necessidade de se compreender quais são as modalidades punitivas que, de fato, estão sendo praticadas no direito brasileiro, com vista à sistematização da matéria no futuro Código Penal, que se encontra em processo de elaboração legislativa. No *Código Penal do século XXI*, enfim.

Não se tenciona, por outro lado, advogar um "congelamento" do *status quo* das categorias *crimes hediondos*, *crimes não hediondos* e *infrações de menor potencial ofensivo*, na medida em que há premente necessidade tanto de adaptar os *crimes hediondos* ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – que, aparentemente, ficou "esquecido" por ocasião da edição da Lei 8.072/1990 –, como de progredir na *despenalização* de diversas contravenções penais, que se tornaram, no máximo, infrações administrativas na sociedade atual, e na *intensificação* de alternativas à pena de prisão.

A propósito, merece ser salientado que, mesmo na França, a sistemática adotada pelo Código Penal de 1992 sofreu profunda crítica por parte de sua doutrina. Mireille Delmas-Marty, por exemplo, posicionou-se duramente contra o fato de o legislador de 1992 não ter aproveitado o processo de grande mudança institucional para retirar do terreno penal as contravenções de simples polícia, relegando-as à esfera do direito disciplinar.[55]

brotava dessas reformas. 5. *Não é o caso de fazer referência a cada uma das leis responsáveis pelo caos punitivo gerado. Cada uma de* per si *e todas em seu conjunto promoveram o mais sinistro desmantelamento de um sistema penal equilibradamente construído há poucos anos*" (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS 318/2000. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sal/codigo_penal_pgeral.htm>. Acesso em: 28.10.2003) (grifou-se).

55. Segundo ela, "é, de qualquer modo, a visão seguida em diversos países europeus (notavelmente a Alemanha, a Itália e Portugal), cuja lógica conduz a uma reorganização conjunta (na Alemanha, as contravenções foram suprimidas em favor de infrações administrativas, porém com garantias paradoxalmente superiores àquelas do regime penal francês de procedimentos simplificados em matéria de contravenção)" (DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit., p. 441).

Nesta mesma perspectiva, o rigoroso regime das *penas criminais* – a herança "maldita" do Código Napoleônico de 1804 – acarretou a "explosão" da população penitenciária, atingindo, em dados de abril de 2003, o patamar de *sessenta mil* presos para uma capacidade penitenciária de *quarenta e oito mil lugares*.[56]

A superpopulação carcerária – fenômeno que, no Brasil, é uma verdadeira *tragédia nacional* – na França dos dias de hoje encontra-se acompanhada de uma tendência judiciária de recrudescimento e alongamento do tempo de prisão, fato que antes não ocorria, e que agora é possibilitado em razão da maior autonomia para os juízes franceses no processo de aplicação de pena (no sistema francês não há previsão de *pena mínima* nos tipos penais, só *máxima*).

Segundo pôde-se apurar, entre "1975 e os dias de hoje, a duração média de detenção praticamente dobrou, passando de 4,3 meses a 8,4 meses. Essa severidade crescente dos tribunais é manifestada por um aumento sensível de penas muito longas (de 20 a 30 anos), sancionando, notavelmente, estupros e agressões sexuais. Esse último tipo de infrações representa, a partir de agora, perto de um quarto das condenações".[57]

56. Cf. *verbis*: "*Bomba-relógio, barril de pólvora* ou *roleta russa*... Os sindicatos de agentes penitenciários e de magistrados não deixaram de lado imagens explosivas, quarta-feira, 9 de abril, para qualificar o recorde de população carcerária registrada no começo de abril. Com 59.155 detentos para uma capacidade teórica de 48.603 lugares, as prisões francesas jamais ficaram tão cheias. Segundo estatísticas do Ministério da Justiça, a densidade populacional ultrapassa, hoje, 200% dentro de 18 estabelecimentos ou retiros penitenciários e 150% dentro de 44 outros, para uma taxa média de ocupação das prisões de 121,7%" (GARCIA, Alexandre. "Les entraves à la vie quotidienne dans les prisions surpeuplées". *Le Monde*, edição de 12.04.2003. Disponível em: <www.lemonde.fr/article>. Acesso em: 18.04.2003) (grifos do original).

57. GARCIA, Alexandre. "Avec près de 60.000 détenus, les prisions dépassent le record atteint en 1996". *Le Monde*, edição de 10.04.2003. Disponível em: <www.lemonde.fr/article>. Acesso em: 18.04.2003. Segundo este articulista, este recorde "se registra dentro do aumento espetacular do número de pessoas detentas a partir do outono de 2001. Àquela época, uma série de manifestações contra o 'laxismo' dos juízes foram organizadas pelos sindicatos de policiais após a liberação de Jean-Claude Bonnal, um vigarista pluri-reincidente implicado em seis mortes desde sua saída da prisão. Essa polêmica coincidiu com o desenvolvimento do debate sobre a segurança, que, em seguida, dominou a campanha da eleição presidencial de maio de 2002. Afetados pela sua repetida implicação no assunto, os juízes parecem ter, a partir de então, feito prova de uma severidade fingida que se traduziu numa explosão sem precedentes do número de detentos: a população pe-

Dessa forma, sem se deixar levar pela falsa ilusão de simplesmente "importar" soluções de outros países, o que se coloca para reflexão de nós brasileiros é se, de fato, há um modelo tricotômico de ilícitos; se ele, caso existente, atende às finalidades da pena na nossa sociedade; e, o que parece mais relevante, se ele irá ser sopesado pelo legislador, no contexto de discussão e aprovação de um novo Código Penal, onde – espera-se – será restabelecida a harmonia do nosso sistema de penas.

Para tanto, isto é, para esta tarefa de redefinição das espécies de ilícitos do nosso direito, é fundamental recorrer-se ao direito penal comparado, uma vez que este método de estudo científico, instrumentalizado por meio da comparação de modelos como o do novo Código Penal da França de 1992, torna possível a compreensão do sistema penal atual e a construção do direito penal do porvir.

Bibliografia

ANCEL, Marc. *Utilité et méthodes du droit comparé*. Meuchatel, 1971.

ASÚA, Luis Jiménez. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. actualiz. Buenos Aires: Losada, 1950. t. I.

BITENCOURT, Cezar R. *Manual de direito penal*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1.

_____. *Novas penas alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CHASSAING, Jean-François. "Les trois Codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, p. 445-452, juill.-sept. 1993.

DELMAS-MARTY, Mireille. "Nouveau Code Pénal – Comentaires". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, p. 433-443, juill.-sept. 1993.

nal, que não cessou de diminuir entre 1996 e 2001, saltou 25% em dezoito meses, passando de 46.698 em outubro de 2001 a mais de 59.000 atualmente, um pico jamais alcançado depois do auge histórico de junho de 1996 (58.856 detentos)" (idem, ibidem, p. 3).

DEVESA, José Maria Rodríguez. "El derecho comparado como método de política criminal". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XXXII, fascículo I, p. 5-13, ene.-abr. 1979.

DONNEDIEU DE VABRES, H. *Traité de droit criminel et de legislation penale comparée*. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS 318/2000. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sal/codigo_penal_pgeral.htm>. Acesso em: 28.10.2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Histórias da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. "O direito penal comparado na América Latina". *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 17-25, jan.-dez. 1977.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. Notas sobre a Lei 8.072/1990. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1992.

GARCIA, Alexandre. "Avec près de 60.000 détenus, les prisions dépassent le record atteint en 1996". *Le Monde*, edição de 10.04.2003. Disponível em: <www.lemonde.fr/article>. Acesso em: 18.04.2003.

_____. "Les entraves à la vie quotidienne dans les prisions surpeuplées". *Le Monde*, edição de 12.04.2003. Disponível em: <www.lemonde.fr/article>. Acesso em: 18.04.2003.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. t. I, vol. I.

_____. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. t. II, vol. I.

MASCALA, Corinne. *Droit pénal général*. Paris: Montchrestien, 2003.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OTTENHOF, Reynald. "Les tendances du noveau Code Pénal français". *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXX, p. 307-349, 1994.

PONCELA, Pierrette. "Le nouveau Code Pénal. Dispositions générales". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, p. 455-468, juill.-sept. 1993.

PRADEL, Jean. "A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês". Trad. Berenice M. Giannella. *RBCCrim*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 51-63, out.-dez. 1998.

_____. *Droit pénal comparé.* Paris: Dalloz, 1995.

_____. "Il nuovo Codice Penale francese. Alcune note sulla sua parte generale". *L'indice penale.* Trad. Roberto Guerrini. Padova, primo quadrimestre 1994. p. 5-26.

_____. "Notas sobre as recentes reformas do processo penal em França". Trad. Cláudia Cruz Santos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, fasc. 1, p. 37-50, jan.-mar. 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro.* Parte especial. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 2.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.

_____. *Teoria da pena.* Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão.* São Paulo: Ed. RT, 2002.

THOMPSON, Augusto. "Crimes e infrações penais de menor potencial ofensivo: a nova dicotomia". *Boletim do IBCCrim*, ano 10, n. 122, p. 4-5, jan. 2003.

VERMELLE, Georges. *Le nouveau droit pénal.* Paris: Dalloz, 1994.

Anexo:

Gráfico – Sistemática das penas no Código Penal da França de 1992

Penas aplicáveis às pessoas físicas	*Penas criminais* (reclusão ou detenção) – art. 131.1	*Prisão* – por tempo superior a 10 anos, podendo chegar até a perpétua. Pode ser cumulada com: *Multa* ou *pena complementar*
	Penas correcionais – art. 131.3	*Prisão* – de dois meses até 10 anos *Multa* – valor igual ou superior a 3.750€ (art. 381, CPP) *Dias-multa* – art. 131-5 *Trabalho de interesse geral* – art. 131-8 *Penas privativas ou restritivas de direitos* – art. 131-6 *Penas complementares* – art. 131-10
	Penas contravencionais – art. 131.12	*Multa* – 38€ (1.ª classe) até 1.500€ (5.ª classe), podendo chegar até 3.000€ (reincidência) – art. 131-13 *Penas privativas ou restritivas de direitos* – art. 131-14
Penas aplicáveis às pessoas jurídicas	*Penas criminais e correcionais* – art. 131-37	*Multa* – valor máximo igual ao quíntuplo previsto para pessoa física – 131-38 *Penas particulares* – dissolução, interdição, colocação sob vigilância judiciária, fechamento etc. – art. 131-39

Penas aplicáveis às pessoas jurídicas	*Penas contravencionais* – art. 131-40	*Multa* – valor máximo igual ao quíntuplo previsto para pessoa física – art. 131-41 *Penas privativas ou restritivas de direitos* (5.ª classe) – interdição de emitir cheques ou utilizar cartão de crédito; confisco da coisa que serviu ou estava destinada ao cometimento da infração ou da coisa que é seu produto.

Do necessário estudo do direito penal ante a informática e a telemática*

Augusto Eduardo de Souza Rossini
Promotor de Justiça em São Paulo, mestre e doutor em direito penal e professor.

Sumário: 1. Prolegômenos – 2. A Internet – 3. Conceito, classificação e bem jurídico – 4. Legislação – 5. Criminologia – 6. Processo – 7. Conclusão.

Resumo: É necessário o estudo do direito penal em face da informática e da telemática, modernas ferramentas tecnológicas que influenciaram as recentes transformações das relações humanas, com o fito de se perquirir se existe um novo ramo da ciência criminal, conforme sugeriam consagrados penalistas há mais de vinte anos, época em que ainda não existia a Internet como hoje a conhecemos. Para tanto, há de se passar pela história do instituto, pelo seu conceito, classificação, lugar e tempo das infrações, bem jurídico, protagonistas – sujeitos ativos e passivos, além dos reflexos na área processual.

Palavras-chave: direito penal; informática; telemática.

1. Prolegômenos

Quando esteve no Brasil, em julho e agosto 1973, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo, Mário Lozano minis-

* Palestra proferida no 9.º Seminário Internacional do IBCCRIM – 2003.

trou algumas palestras que estão compiladas no livro *Lições de informática jurídica*.[1] Tentava o mestre italiano disciplinar o direito informático como matéria autônoma dentro da ciência do direito. Não por outro motivo, porque os computadores já se mostravam como ferramentas importantíssimas ao convívio social e, portanto, mereciam a preocupação desta fundamental ciência, que nos é tão cara.

Naquela época, o que hoje se conhece por Internet (a rede mundial de computadores) ainda engatinhava e mal saíra de seu berço militar – Arpanet – (nasceu durante a Guerra Fria para garantir a integridade das informações militares dos Estados Unidos da América em caso de ataque nuclear), e passava ao contexto universitário, ainda muito longe do mercado, o que efetivamente ocorreu na virada da década de 90 do século passado, tendo sido uma das principais ferramentas da globalização e do já não tão novo neoliberalismo.

Em 1985, ao lançar sua famosa obra *Poder econômico e delito*,[2] Klaus Tiedemann destinou um capítulo inteiro à "criminalidade mediante computadores", tendo traçado preciosas linhas a dar sustentáculo ao novo campo do estudo do direito penal. Em resumida síntese, jogou as sementes na tentativa de definir, classificar, enfim, estabelecer um sistema para o entendimento de aludidas infrações. É desta mesma época o início das pesquisas do também alemão Ulrich Sieber, atualmente um dos principais responsáveis pelo estudo das infrações penais informáticas.

Em nossas plagas, o saudoso João Marcello de Araújo Jr., professor de tantos, enfrentou o tema em seu conhecido livro *Dos crimes contra a ordem econômica*,[3] também destinando capítulo inteiro ao assunto, onde resumiu as prin-

1. LOSANO, Mário G. *Lições de informática jurídica*. São Paulo: Resenha Tributária, 1974. Curso de extensão universitária realizado no Departamento de Direito Econômico Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a responsabilidade do catedrático Ruy Barbosa Nogueira.

2. TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Trad. Amélia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, sept. 1985.

3. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

cipais informações até então produzidas neste campo do conhecimento. Também procurou estabelecer um sistema, evidenciando, contudo, que as condutas típicas praticadas com o uso do computador inseriam-se no contexto maior da criminalidade econômica, que reputava espécie autônoma.

Tais indicações são mera lembrança de que há mais de vinte anos as infrações penais cometidas em ambiente informático já preocupavam importantes estudiosos do direito penal, situação que se tornou mais complexa na medida em que as relações do homem com a informática aumentaram. E tais preocupações aumentaram sensivelmente com o advento da Internet, que permitiu a conexão de computadores à distância – telemática. Lembre-se, outrossim, que tais transformações atingiram da mesma forma outros ramos da ciência do direito, como o direito civil, o consumerista, o tributário etc., cujos estudiosos se esforçam em alcançar soluções para os conflitos que resultam do uso da telemática.

2. A Internet

De fato, após a consolidação e o uso massivo da Internet por importante parcela da sociedade, leia-se a economicamente ativa e, portanto, politicamente respeitável, incluindo-se neste universo as grandes corporações econômicas, destacando-se as instituições bancárias, e em vista destes mesmos atores terem suportado consideráveis prejuízos, provocados fundamentalmente por pessoas tecnicamente habilitadas, percebeu-se que tanto a informática, como gênero, e a telemática, como espécie, vinham e vêm sendo utilizadas como importantes instrumentos criminosos.

Com efeito, já há algum tempo descortina-se a nossos olhos uma nova e importante forma de criminalidade, tendo os estudiosos do direito penal da atualidade – como já faziam os acima citados – pelo menos a obrigação de examinar, mesmo perfunctoriamente, se se trata de um novo sub-ramo da ciência penal, como ocorreu recentemente com o direito penal empresarial, consumerista, ambiental

etc., notadamente por força da reiterada ofensa a bens jurídicos de natureza difusa, e se os pressupostos tradicionais do direito penal aplicam-se em sua totalidade ao direito penal informático/telemático. Em outras palavras, a questão que se coloca é se a estrutura do direito penal é compatível com a nova realidade tecnológica e se tanto os tipos penais já existentes são suficientes a abarcar o sem-número de hipóteses criminosas que as ferramentas informáticas/telemáticas permitem, e ainda se os institutos processuais penais também são aptos a se adaptar a esta nova realidade, v.g., interceptação de *e-mails* etc.

3. Conceito, classificação e bem jurídico

A doutrina mais recente tem se esforçado no sentido de dar um conceito do que seja a infração penal telemática, dar-lhe uma classificação, se existe algum bem jurídico autônomo a proteger, se se pode falar em local de crime a definir o juízo competente e, fundamentalmente, se o corpo legislativo é apto a abarcar todas as condutas praticadas à distância em ambiente de rede.

Em recente trabalho de doutoramento que resultou em livro,[4] procuramos compilar o que de mais recente existe nesta seara, e percebemos que já existe incipiente conceito de infração penal informática;[5] que já se pode falar em infrações telemáticas próprias e impróprias, ou puras e mistas;[6] que a segurança informática é um bem

4. ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *A informática, a telemática e o direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

5. A conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade.

6. "Infrações informáticas puras: aquelas em que o sujeito visa especificamente ao sistema de informática em todas as suas formas, sendo que a informática é composta principalmente por *software*, *hardware* (computador e periféricos), dados e sistemas e meios de armazenamento. A conduta (ou ausência dela) visa exclusivamente ao sistema informático do sujeito passivo (...). São exemplos atos de vandalismo contra a integridade física do sistema em razão do acesso desautorizado – as condutas dos *crackers* – ainda não tipificadas no Brasil, além de algumas já previstas, como as hipóteses preconizadas na Lei 9.609/1998 (Lei de Proteção de Software) (...). E há as infrações

jurídico de natureza difusa, tendo por elementos a integridade, disponibilidade e confidencialidade; que fundamentalmente merece especial proteção do Estado, não sendo mais suficiente a auto-regulamentação que se pregou até há bem pouco tempo ou a intervenção de outros ramos do direito que não o da *ultima ratio*, dada a legitimidade daqueles que não somente produzem a informação, mas principalmente daqueles que dela necessitam, sem máculas e/ou prejuízos, vez que por meio da transferência de dados riquezas são trocadas, merecendo isto tudo, reitere-se, proteção ante aqueles que buscam ilícita satisfação, patrimonial ou de qualquer outra natureza, não mais se circunscrevendo à seara econômica, como entendia Araújo Jr.

4. Legislação

Conclui-se que nosso ordenamento jurídico tem respondido suficientemente bem no sentido de dar tipicidade às principais condutas indesejadas, como o estelionato em sua modalidade simples, que não precisou ser reescrito para permitir a persecução das mais diferentes modalidades de fraudes praticadas na Rede, ou a ameaça ou os crimes contra a honra, infrações penais de forma livre e que são, portanto, praticáveis em qualquer ambiente, inclusive o telemático, como vem ocorrendo com incontável freqüência.

Há, contudo, outras condutas indesejadas ainda não previstas em nossas leis penais, de modo que, por ora, são absolutamente atípicas, como o agir do *cracker*, que, além de invadir sistema informático alheio, lhe produz dano, sem que, com isto, incida nas hipóteses dos arts. 150 e 163 do CP, respectivamente.

Exatamente por isto é que existe no Congresso Nacional, já aprovado na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 84/1999, que, em se transformando em

informáticas mistas, em que o computador é mera ferramenta para a ofensa a outros bens jurídicos que não exclusivamente os do sistema informático. Alguns de seus exemplos são o estelionato, a ameaça e os crimes contra a honra, podendo imaginar-se, inclusive, homicídio por meio da Internet (mudança a distância de rotas de aviões, alterações a distância de medicamentos com o desautorizado uso do sistema informático de um hospital etc.)".

lei, preencherá as poucas lacunas ainda existentes, a permitir inclusive que o Brasil possa, em definitivo, assinar a Convenção de Budapeste, de 23.11.2001, ironicamente concebida quase que imediatamente após os ataques terroristas aos Estados Unidos da América em setembro do mesmo ano, país até então refratário a qualquer uniformização de tratamento penal do tema.

Não se esqueça, outrossim, de que a Lei 10.695, de 1.º.07.2003, que alterou o art. 184 et seq. do CP,[7] e a Lei 10.764, de 12.11.2003, que alterou a Lei 8.069/1990,[8] tendo por bens jurídicos a proteger, respectivamente, a proprieda-

7. "Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1.º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2.º Na mesma pena do § 1.º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3.º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4.º O disposto nos §§ 1.º, 2.º e 3.º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei 9.610, de 19.02.1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto" (grifos meus) (NR).

8. "Art. 241. *Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou Internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente:*

Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1.º Incorre na mesma pena quem:

de intelectual e a criança e o adolescente, trouxeram em seus textos condutas que somente podem ser praticadas em ambiente de rede, conforme notas destacadas.

5. Criminologia

A intervenção da criminologia também deverá ocorrer neste campo do conhecimento,[9] com o fito de auxiliar o estudo de outro importante aspecto ainda não suficientemente enfrentado, que é justamente delinear os sujeitos ativos deste tipo de criminalidade. Em nosso trabalho já referido, sustentamos que há outros fatores, além dos já conhecidos, a proporcionar o surgimento de novos atores no que se refere às infrações penais informáticas/telemáticas: a origem social, os novos paradigmas de acesso ao conhecimento criminoso, a indiferença da idade penal, o oportunismo, a proximidade eletrônica ou a ausência da distância e anonimato. Há de se distinguir o *hacker* do *cracker* e permitir discorrer (e eventualmente concluir) acerca da existência de uma classificação dos infratores informáticos/telemáticos. Por ora, localizamos várias "tribos", cada uma delas

I – agencia, autoriza, facilita ou, de qualquer modo, intermedeia a participação de criança ou adolescente em produção referida neste artigo;

II – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do *caput* deste artigo;

III – *assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou Internet, das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do* caput *deste artigo.*

§ 2.º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos:

I – se o agente comete o crime prevalecendo-se do exercício de cargo ou função;

II – se o agente comete o crime com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial" (grifos meus).

9. Hans Welzel (*Derecho penal alemán*, 3.ed., Santiago: Jurídica de Chile, 1987) lembra que "o direito penal é uma 'ciência prática', não só porque serve à Administração da Justiça, mas também porque, num sentido mais profundo, constitui uma teoria do atuar humano, justo e injusto, de forma que as suas raízes atingem os conceitos fundamentais da filosofia prática. Assim, embora não se trate de uma ciência experimental, o direito penal não deixa, modernamente, de preocupar-se com a gênese do crime, assumindo também uma 'função criadora', preocupando-se não só com o campo puramente normativo, mas também com as causas do fenômeno criminal".

possuindo uma distinta e peculiar maneira de agir no ciberespaço, em sua maioria indesejadas pelo usuário comum da Internet, muitas delas criminosas. São os *anarchy, arackers, carders, cybertalkers, cyberpunks* ou pichadores, *coders, geeks, insider, kiddies, lammers,* larvas, *newbies, preackers, script kiddies, sneakers, virii, wannabe, warchalkers, wares, wizards* etc.

6. Processo

As leis processuais também estão a merecer revisões, especialmente aquelas referentes aos documentos informáticos de há muito conhecidos do mercado, v.g., contratos, pedidos, pagamentos bancários etc., mas ainda muito distantes dos meios jurídicos, como as citações e intimações por *e-mail,* ou até mesmo a oitiva de pessoas a distância, com o uso das mesmas ferramentas tecnológicas que permitem aos homens de negócios realizar reuniões muitas vezes com os protagonistas em continentes diferentes e a celebração de contratos bilionários. Por que não se pensar na substituição da carta precatória pela oitiva *on-line,* pelo próprio juiz da causa de, por exemplo, uma testemunha de defesa presencial ou de álibi, em vez de se socorrer do juízo deprecado, muitas vezes desinteressado no desfecho da ação penal? Se bem usadas, as novas tecnologias assegurarão o constitucional princípio do juiz natural sem exceções, e não haverá a odiosa quebra do importante princípio da identidade física do julgador.

Os próprios atos processuais poderão ser gravados em suportes informáticos confiáveis, com o inteligente uso da criptografia (CDs, DVDs etc.), para análise do próprio juiz que os presidiu, de quem o suceder, ou até mesmo dos magistrados em graus superiores, quando da apreciação de recursos das mais variadas espécies.

7. Conclusão

Enfim, a já não tão nova realidade que a nós se apresenta merece o sério e sistemático estudo, no sentido de permitir o consistente enfrentamento desta ainda

não totalmente conhecida forma de criminalidade, que inquestionavelmente afeta importante parcela da sociedade, sempre se assegurando a aplicação de todas as garantias constitucionais individuais.

Em verdade, o direito penal informático – ou telemático (se é que estas denominações são as melhores) – é um grande e temido território a ser desbravado.

Há de se estabelecer um sistema, passando-se pela história do instituto, pelo seu conceito, classificação, lugar e tempo das infrações, bem jurídico, protagonistas, reflexos na área processual e tantos outros indicativos que nos permitam concluir se realmente se trata de um novo ramo das ciências criminais, como sugeriam há quase vinte anos os penalistas da época, surpreendentemente quando ainda não existia a Internet. Que o façamos com seriedade, inteligência e eficiência.

Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional* **

Kai Ambos

Professor titular (*Dr. iur. habil.*) Universidade de Munique; professor associado (*Privatdozent*) Universidade de Freiburg e Göttingen; encarregado (*wissenschaftlicher Referent*) das seções direito penal internacional e latino-americano no Max-Planck-Institut für internationales und ausländisches Strafrecht (MPI), Freiburg, Br.

Sumário: I – Conceito e formas de manifestação da impunidade: 1. Impunidade material: 2. Impunidade processual; 3. Impunidade como problema estrutural; 4. Alguns exemplos: 4.1 Massacres não punidos da população civil; 4.2 Repressão violenta do protesto social; 4.3 Amnistias para "desaparecimentos" e execuções extra-legais; 4.4 Terrorismo organizado e fomentado pelo Estado e isenção de penas; 4.5 "Compreensão" para excessos arbitrários cometidos pelas forças de segurança – II – Macrocriminalidade e direito penal internacional: 1. Direito penal internacional *versus* macro-criminalidade; 2. Limites do direito penal internacional à impunidade de comportamentos macrocriminais – III – Realidades político-criminais: recordar ou esquecer? – IV – Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O artigo, baseado em uma pesquisa sobre a impunidade na América Latina, explica a relação entre impunidade e o direito penal internacional.

* O artigo baseia-se na investigação sobre "Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen", *Zur "impunidad" in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlichersicht*, Freiburg i. Br., 1997, disponível em: <www.http://iuscrim.mpg.de/de/verlag/online/Band_S60/band60.html> (em versão espanhola: *Impunidad y derecho penal*, 2. ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999), e representa uma versão actualizada de anteriores artigos (v. *Universitas*, n. 52, p. 448 et seq., 1997; Fischer; Krennerich (Eds.), *Poder político na América Latina*, Frankfurt A. M., 2000, p. 231 et seq.).

** Tradução para o português de Alexandra Rosado (Instituto Goethe de Lisboa) e revista pelo autor.

Primeiro analisa o conceito e as formas da impunidade. Depois introduz o conceito da macrocriminalidade, para descrever os crimes mais graves internacionais. O direito penal internacional pretende lutar mais eficazmente contra este tipo de criminalidade grave; efetivamente, trata de limitar a não-punibilidade de comportamentos macrocriminais.

Nesse sentido, o novo Tribunal Penal Internacional tem uma função muito importante. O artigo termina com formas alternativas de superar o passado, passando ao debate sobre recordar ou esquecer.

Palavras-chave: impunidade; crimes internacionais; Tribunal Penal Internacional; macrocriminalidades; comissões de verdade.

Impunidade – todos os dias e no mundo inteiro – significa que bombardeamentos russos contra a população civil da Chechénia não têm consequências penais para os seus autores, nem para o Comandante Geral das Forças Armadas Russas, nem para os autores directos, que muitas vezes apenas cumprem ordens. Ou que o comandante e líder político dos sérvio-bósnios, Radovan Karadzcic, apesar de ter sido emitido um mandado de captura internacional contra ele, ainda não compareceu até hoje perante o Tribunal da Haia para a ex-Iugoslávia. Impunidade significa, também, que as violações dos direitos humanos ou os crimes contra a humanidade encobertos, praticados ou instigados pelo Estado, cometidos na América Latina, África, Ásia ou Europa, ficarão sem castigo.[1] *Por último, a impunidade tem também um lado puramente pessoal: as anteriores vítimas encontram-se com os seus anteriores agressores, em épocas de normalidade democrática, na rua, num restaurante ou em qualquer outro lado, e sentem-se impotentes e enraivecidas. Se alguém pensa que isto é exagerado ou polémico, deveria informar-se sobre as inumeráveis histórias das vítimas de violações dos direitos humanos na América Latina e em outros locais.*

1. Sobre os diferentes níveis da impunidade do ponto de vista do direito penal e da criminologia, v. Ambos, 1995, p. 251 et seq.

Após uma clarificação teórica do conceito de impunidade (sub. I), a que se juntam alguns exemplos representativos da América Latina, apresentamos em síntese o direito penal internacional e a macrocriminalidade (II) e as realidades político-criminais especialmente relevantes na América Latina (III).

I – Conceito e formas de manifestação da impunidade

A impunidade não abrange um tipo jurídico estritamente definido, é antes um fenómeno com dimensões legais, sociais, culturais, psicológicas e até económicas. Deixando estes aspectos de lado, a impunidade pode ser referida como "não aplicação de pena", "não-punição" ou "não-punibilidade" – em contraposição a conceitos jurídicos mencionados neste contexto como "impunibilidade" (*Nichtstrafbarkeit*), "imputabilidade" (*Schuldfähigkeit*) ou "imunidade" (*Immunität*).

A tentativa de classificação sistemática da impunidade é difícil porque a compreensão do fenómeno é condicionada pelas experiências próprias nacionais e quase nenhum autor se esforça por fazer uma sistematização.

Sem grande controvérsia, pode, no entanto, logo *num primeiro plano*, distinguir-se entre impunidade normativa e factual. Por impunidade *normativa* compreende-se a não-punibilidade que resulta directa e imediatamente das normas, especialmente as disposições sobre amnistia e perdão. A impunidade *factual* é, em contrapartida, o resultado de mecanismos fácticos e não compreensíveis em termos normativos, que evitam a acusação penal e a punição.[2] Logo a propósito da ausência de perseguição penal das violações dos direitos humanos, se identificam claramente estas duas formas de impunidade referidas na análise por Estados, no âmbito mundial, do Relatório especial sobre execuções extra-legais das Nações Unidas.

2. V. especificamente para a Colômbia, Peru, Bolívia, Chile e Argentina. Ambos, 1997, p. 23 et seq.

"Os mecanismos da impunidade são muito diversos (...). Estes incluem (...) *impunidade por força da lei*, por meio de legislação isentando os autores de violações dos direitos humanos de acusação penal, ou *impunidade na prática*, apesar da existência de leis prevendo a acusação dos violadores dos direitos humanos; ameaças e intimidação das vítimas e testemunhas de violações dos direitos humanos, prejudicando assim as investigações e problemas relacionados com o funcionamento dos tribunais, particularmente com a sua independência e imparcialidade".[3]

Num *segundo plano*, o conceito de impunidade pode ser definido por meio de dois pontos de referência formais. Por um lado, pode-se referir aos crimes puníveis (diferenciação material), por outro à situação processual (diferenciação *processual*). Este e o referido primeiro plano sobrepõem-se um e outro de tal modo que também numa diferenciação processual e material se encontra a impunidade numa forma factual ou normativa (v. *infra* 1 e 2).

Num *terceiro plano*, impunidade pode ser vista – independentemente das referidas formas e pontos de referência – como expressão dos problemas estruturais das sociedades estudadas (v. *infra* 3).

1. *Impunidade material*

Aqui, podemos distinguir impunidade em sentido lato e em sentido restrito. No sentido *lato*, a impunidade refere-se aos crimes do direito penal comum, enquanto que em sentido *restrito* a impunidade se refere (somente) às violações dos direitos humanos universalmente reconhecidos.

Impunidade em sentido *lato* refere-se à não-punibilidade de comportamentos (acções e omissões) que, fundamentalmente, são abrangidos pelo direito penal material nacional e pertencem à criminalidade comum, mas não são puni-

3. United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights (UN-ECOSOC-CHR), 1994 (grifos do autor, tradução do inglês).

dos – em primeiro lugar, por razões factuais, e menos por razões normativas. Aqui, encontramos a já acima mencionada mistura do primeiro e do segundo plano, mas nesta classificação coloca-se menos a questão das causas – factuais ou normativas – da impunidade e muito mais as relativas aos crimes em si.

O conceito *lato* de impunidade é especialmente usado por *círculos oficiais*. Assim, numa colecção de estudos editada pelo consultor para os direitos humanos do Presidente da Colômbia, a impunidade é entendida pela maioria dos autores pertencentes a instituições governamentais no sentido lato.[4] Muitas vezes, fala-se simplesmente em "não aplicação de pena".[5] Na fundamentação do Projecto de Código Processo Penal peruano, de 1991, aponta-se a impunidade de grande parte dos crimes em ligação com a discussão sobre a abolição da audiência pública.[6] Mas também vozes *não oficiais* usam parcialmente um conceito lato de impunidade. Assim, o Tribunal Permanente dos Povos[7] entende como impunidade "deixar os culpados de um crime ou delito sem castigo".[8]

Impunidade em sentido *restrito* significa, como já foi mencionado, a falta de punição em casos de violação dos direitos humanos; no entanto, a própria noção de direitos humanos pode ser discutida e dar lugar a outras diferenciações.[9] Este conceito está a ser especialmente defendido pelos representantes do

4. *Consejería presidencial para los derechos humanos*, 1991, especialmente os artigos de Giraldo (p.115), Lozano (p. 201) e Mejia E. (p. 253).

5. Assim Gutiérrez T., 1991, p. 220.

6. Proyecto de Código de Procedimiento Penal. "Exposición de motivos", Lima, p. VI, jul. 1990. Existe já um projecto de 1997.

7. O Permanent Peoples Tribunal ou Tribunal Permanente de los Pueblos foi constituído em 1979 seguindo o exemplo do Tribunal Russell – chamado Tribunal de Opinião internacional e independente – que sujeita os Estados, que violam os direitos humanos, a um processo penal orientado pelos critérios do direito penal internacional. Entre 1989 e 1991, onze Estados da América Latina foram investigados e "processados" e finalmente condenados por crimes "contra a humanidade" e pela omissão da sua perseguição penal (v. *Tribunal Permanente de los Pueblos*, 1989, p.18 et seq.; 1991, p. 15 et seq.).

8. *Tribunal Permanente de los Pueblos*, 1989, p. 19.

9. Com mais pormenor, v. Ambos, 1997, p. 17 et seq.

Movimento dos Direitos Humanos. Assim, o Tribunal Permanente dos Povos utiliza mesmo impunidade em conexão com "crimes contra a humanidade".[10] A Federação Latino-Americana das Associações de Familiares de Detidos-Desaparecidos, Fedefam,[11] organizou em 1987 um encontro regional contra a impunidade, em que as chamadas *leyes de impunidad* das ditaduras militares do Paraguai e do Chile, que impedem ou dificultam a perseguição penal das violações dos direitos humanos, estiveram no centro das atenções.[12] Pronunciaram-se no mesmo sentido as organizações nacionais dos direitos humanos.[13] Também os relatórios de comissões sobre direitos humanos instituídas pelos governos democráticos do Chile e da Argentina utilizaram a noção de impunidade referindo-se às violações dos direitos humanos.[14] De quando em vez, encontram-se igualmente declarações oficiais que vão nesta direcção.[15]

No âmbito da ONU, a Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, uma das subcomissões da Comissão dos Direitos Humanos (CDH), decidiu ocupar-se, precisamente em agosto de 1991, com a questão da impunidade. Assim, incumbiu, como peritos independentes, o

10. *Tribunal Permanente de los Pueblos*, 1989, por exemplo p. 9; 1991, por exemplo p. 19.

11. Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos.

12. Fedefam, 1987.

13. Gustavo Gallón, 1991, Director da Comisión Andina de Juristas-Seccional Colombiana (CAJSC), investigou "violações dos direitos humanos pelos agentes estatais" como um "tipo especial" de impunidade. Para a Comissão *Chilena* dos Direitos Humanos, impunidade significa "roubar o último direito do homem às vítimas de homicídios ou desaparecimentos violentos e com isso vincular toda a sociedade às injustiças por eles sofridas (...)" (Comisión Chilena de Derechos Humanos, 1991, p. 56). O Centro de Estudios Legales y Sociales *Argentinos* (CELS) (*Boletim* 5, Buenos Aires, n. 17, ago.-set. 1989) junta o seu "Não à impunidade" com a exigência de "verdade e justiça" que implica "saber-se ou tomar-se conhecimento do que aconteceu com os detidos/desaparecidos" e condenar os "responsáveis do terrorismo de Estado". O Movimento dos Direitos Humanos da *Bolívia* instalou um processo penal contra a impunidade das violações do Direito Humano durante as ditaduras de Garcia Meza (1980-1982) e Banzer (1971-1978) (mais especificamente Ambos, 1997, p. 54 et seq.).

14. V. *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Informe) – Edição extra, p. 22; *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (Conadep), 1985, p. 16, 391.

15. V. sobre isso o discurso do (antigo) Defensor del Pueblo, *Cordoba Triviño*, 1994.

senegalês Guissé e o francês Joinet de apresentarem um relatório. Inúmeros relatórios das Nações Unidas, que abordaram o tema indirectamente, precederam esta resolução.[16] Além disso, especialmente organizações não governamentais dos direitos humanos promoveram o esforço para desenvolver instrumentos de direito internacional contra a impunidade.[17] Num primeiro "Working paper", Guissé e Joinet referiram a impunidade – em relação com "graves violações dos direitos humanos" – como "assunto da maior preocupação para os responsáveis políticos".[18] No seu primeiro "Preliminary report",[19] Guissé e Joinet delimitaram a sua pesquisa com base em três critérios. Foram analisadas – primeiro – apenas violações cometidas pelos Estados, de – segundo – direitos humanos no sentido do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP),[20] que – terceiro – apresentam um carácter grave e sistemático. O primeiro "Progress report"[21] sintetiza simplesmente

16. V. também UN-ECOSOC-CHR, Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (Subcomission), 1992a, bem como os relatórios sobre as leis da amnistia (UN-Doc E/CN.4/Sub.2/1985/16), *habeas corpus* e *fair trial* (E/CN.4/Sub.2/1992/24). Além disso, devem referir-se os relatórios de diversos grupos de trabalho, especialmente o do "Working group on enforced or involuntary disappearances" (também UN-ECOSOC-CHR, 1991, p. 86: "impunidade (...) o factor específico mais importante contribuindo para (...) os desaparecimentos" (tradução do inglês).

17. V. a *soft law* referenciada em Ambos, 1997, p. 391 et seq., bem como a "Declaration on the protection of all persons from enforced disappearances" aprovada na Assembléia Geral em 18.12.1992 (General Assembly, UNO (GA), Official Records, 47th Session, *Supplement* n. 49, A/47/49, p. 207 et seq.). Como *soft law* são consideradas as declarações não jurídicas ou os acordos, que não se incluem nas fontes do direito internacional clássicas, no sentido do art. 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), e que, por isso, não fundamentam nenhuma obrigação vinculativa do ponto de vista do direito internacional, mas podem ter importância (política) ou efeitos para sanções (internas) (v. Verdross e Simma, 1984, §§ 540 et seq., 654 et seq. com notas e numerosos exemplos).

18. UN-ECOSOC-CHR, Subcommission..., cit., 1992, p. 2 (tradução do inglês).

19. UN-ECOSOC-CHR, Subcommission..., cit., 1993, especialmente p. 5 et seq. (erradamente designado "Progress Report"). Em relação a este relatório, veja-se a tomada de posição crítica do Human Rights Advocates (E/CN.4/Sub.2/1994/NGO/37).

20. Numa segunda fase, foram também investigadas as violações dos direitos económicos e sociais (v. UN-ECOSOC-CHR, Subcommission..., cit., 1994, 1995a, 1996a e 1997a; v. também a discussão na Comissão dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Summary Record of the 47th meeting, E/C. 12/1993/SR. 47, p. 5-8, assim como também a tomada de posição da American Association of Jurists, E/CN.4/Sub.2/1994/NGO/4).

21. UN-ECOSOC-CHR, Subcommission..., cit., 1995.

as questões que surgiram durante as discussões com as organizações não-governamentais e os governos. No "Final report"[22] foi proposto um "conjunto de princípios para a protecção e promoção dos direitos humanos por meio de acções para combater a impunidade" na forma de uma resolução da Assembléia Geral da ONU; no segundo "Revised final report" a proposta foi expressamente fundamentada.[23]

O problema da impunidade (em sentido estrito) tornou-se com base nestes desenvolvimentos uma parte fundamental da discussão internacional e política dos direitos humanos. A Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena recomendou aos Estados "a revogação da legislação permitindo a impunidade dos responsáveis por violações graves dos direitos humanos (...) e a perseguição penal dessas violações".[24] Em numerosos trabalhos do relator especial e dos *working groups* da ONU, o conceito é regularmente utilizado.[25]

2. *Impunidade processual*

Uma diferenciação processual assenta na fase do processo em que se verifica a impunidade.

O Relatório Guissé/Joinet já mencionado distingue no quadro da justiça comum entre o procedimento de investigação, o processo principal e o da execução de penas.[26] Gutiérrez diferencia cinco formas diferentes de impunidade em sentido lato:[27]

– Impunidade factual resultante da ausência de denúncia dos crimes (*impunidade de facto*).

22. UN-ECOSOC-CHR, Subcommission... , cit., 1996.

23. UN-ECOSOC-CHR, Subcommission... , cit., 1997 (tradução do inglês).

24. UN, 1993, p. 60 (tradução do inglês).

25. V. – além da nota 16 et seq. – também UN-ECOSOC-CHR, Subcommission... , cit., 1995, § 926, ou UN-ECOSOC-CHR, Subcommission... , cit., § 398 et seq.

26. UN-ECOSOC-CHR, Subcommission... , cit., 1993 (nota 19), p. 10 et seq.

27. Gutiérrez T., 1991, p. 234 et seq.

– Impunidade resultante da insuficiente investigação (*impunidade investigativa*).

– Impunidade resultante da sobrecarga da justiça penal (*impunidade por sobrecarga*).

– Impunidade resultante da regulamentação processual ou em legislação especial (*impunidade legal*).

– Impunidade resultante de actos criminosos contra participantes no processo (*impunidade delituosa*).

Cada uma destas formas implica um grau diferente de responsabilidade estatal pela impunidade. A *impunidade de facto* representa um pré-arquivamento, porque nestes casos não se chega sequer ao procedimento de investigação. A responsabilidade recai sobre os próprios cidadãos, pois estes não denunciam determinados crimes; a este propósito, o Ministério da Justiça da Colômbia refere com razão uma "responsabilidade da sociedade".[28] Nos outros casos, o Estado provoca directa ou indirectamente a impunidade: aqui conjugam-se causas normativas e factuais. Na *impunidade investigativa*, as autoridades estatais de investigação falham; na *impunidade por sobrecarga*, falha o poder judicial estatal. A *impunidade legal* corresponde à já referida impunidade normativa, uma vez que se trata de normas legais que têm como resultado a impunidade. Em contrapartida, a *impunidade delituosa* revela-se uma forma da impunidade factual, pois resultados processuais justos são evitados por meio de medidas de coacção contra participantes no processo.

Podemos falar de uma espécie de *pós-arquivamento do processo* que Gutiérrez não evocou, quando falamos de impunidade em conexão com a falta de indemnização e reabilitação das vítimas de graves violações dos direitos humanos. Para as organizações estatais e não-estatais dos direitos humanos, existe, de acordo com o respectivo relatório da ONU, "uma ligação clara entre a impunidade dos autores das violações graves dos direitos humanos e a falha em conceder reparação justa e ade-

28. V. República de Colombia – Ministerio de Justicia, 1988, p. 1.

quada às vítimas (...)".[29] A razão é que as investigações e condenações penais constituem, em regra, uma condição prévia, legal ou factual do direito à indemnização (de direito civil):

"De facto, uma vez que as autoridades estatais falham na investigação dos factos e na determinação da responsabilidade criminal, torna-se muito difícil para as vítimas ou para os seus familiares a propositura de acções judiciais com o objectivo da obtenção de uma reparação justa e adequada".[30]

Assim, a reparação pressupõe o dever de perseguir e punir os autores. A impunidade viola também directamente o princípio de uma reparação adequada no caso de violações dos direitos humanos.[31]

A análise do ponto de vista processual torna assim claro que existe uma interdependência entre a prevenção e a punição de violações dos direitos humanos e a reparação devida às vítimas.[32] Se se quer combater a impunidade de forma abrangente, devem-se promover melhorias em todos estes campos.

3. *Impunidade como problema estrutural*

"Desde as origens da humanidade até ao presente, a história da impunidade é uma história de perpétuo conflito e estranho paradoxo: conflito entre os oprimidos e os opressores, a sociedade civil e o Estado, a consciência humana e a barbárie; o paradoxo dos oprimidos que, libertos das suas algemas, por seu turno, assumem a responsabilidade do Estado e encontram-se eles próprios apanhados no mecanismo da reconciliação nacional que modera a sua inicial militância contra a impunidade."[33]

29. UN-ECOSOC-CHR, Subcommission..., cit., 1992a, p. 18 (tradução do inglês).

30. Idem, ibidem.

31. V. os *proposed basic principles and guidelines* para indemnização em UN-ECOSOC-CHR, Subcommission..., cit., 1993.

32. V. Roht-Arriaza (Ed.), 1995, p. 46.

33. UN-ECOSOC-CHR, Subcommission..., cit., 1996, p. 26 (tradução do inglês).

Existe um amplo consenso de que a impunidade, quer interpretada de forma restrita ou lata, está ligada a problemas estruturais profundamente radicados no sistema jurídico dos Estados em causa. Peña D. afirma:

"A *impunidade* é simplesmente a ponta do *iceberg*; no seu interior carrega uma massa heterogénea de violência e de desigualdade social (...) e permite pensar que, por detrás da insuficiente resposta estatal em relação ao fenómeno criminal, se encontra uma injustiça estrutural (...)".[34]

Garcia-Sayán chama a atenção para a desconfiança das pessoas, no que concerne à justiça e à insuficiente capacidade operativa das instituições estatais; duas causas e factores da impunidade que se "alimentam mutuamente".[35] A Amnistia Internacional reconduz a impunidade na América Latina a erros que se verificaram na evolução histórica:

"A prática da impunidade (...) tem raízes no autoritarismo e nas grandes desigualdades que fazem parte da história da região; no uso historicamente selectivo dos padrões dos direitos humanos como instrumento da política da guerra-fria e de segurança nacional; no legado do poder militar e na ausência de reformas políticas e judiciais após o regresso à democracia. Nas Américas, o facto dos violadores dos direitos humanos escaparem à justiça resulta da persistência de factores estruturais (...)".[36]

O criminólogo colombiano Muñoz procede a uma análise muito mais complexa. Defende a tese de que a impunidade é apenas um problema de segunda ordem em face da questão decisiva do conteúdo normativo do direito penal:

"(...) o núcleo do problema são os conteúdos do direito penal, os conflitos que este deve incluir e os que este deve excluir, e não a impunidade; não se trata de

34. Peña D., 1991, p. 10.

35. Garcia-Sayán, 1989, p. 45 et seq.

36. Amnesty International (AI), 1992, p. 8 (tradução do inglês).

mudar o conteúdo do direito penal, mas sim de reduzir a discrepância entre as definições do legislador e o que os juízes delas fazem".[37]

Esta visão da chamada "criminologia crítica" assenta na ideia de que os conflitos sociais dominantes na América Latina devem ser excluídos de uma tentativa de solução por meio do direito penal. O direito penal mostra-se "como o mecanismo menos adequado para *curar* os grandes conflitos sociais";[38] em primeiro lugar, porque ele é efectivamente mais usado contra os socialmente desprotegidos do que contra as classes possidentes e esquece o *white-collar crime*. A (mais efectiva) actuação da lei penal, isto é, uma redução da impunidade, seria neste caso contraproducente porque se viraria apenas contra os socialmente desprotegidos e os crimes patrimoniais por eles cometidos. Estes crimes ajudá-los-iam a sobreviver e a prática da não-punição destes crimes evitaria grandes explosões sociais. Do ponto de vista da conhecida estrutura da criminalidade e da sua perseguição na Colômbia, mas também em outros sistemas do mesmo modo desiguais do ponto de vista sócio-económico,[39] "uma redução indiferenciada da impunidade provocaria consequências (sociais) graves, (...) e traria consigo problemas sociais mais graves do que (...) soluções".[40] Deve-se, no entanto, constatar que a impunidade no que se refere aos crimes de homicídio, em especial aqueles com carácter político, conduz a tratamentos diferentes com base em "ponderações sociais fortemente desiguais", e por isso, pelo menos a curto prazo, deve-se lutar por uma diminuição desta espécie de impunidade.[41] Mesmo uma opinião crítica relativamente à eficácia do direito penal e à redução da impunidade concorda que a impunidade que está em causa no caso dos "direitos humanos" é inaceitável e deve, por isso, ser combatida.

37. Muñoz, 1988, p. 213 et seq.

38. Idem, ibidem, p. 222.

39. V., sobre a criminalidade ligada à droga na Colômbia, Peru e Bolívia, Ambos, 1993, p. 366 et seq.

40. Muñoz, 1988, p. 221 e 216.

41. Idem, ibidem, p. 216.

O ponto de vista estrutural aqui resumido mostra claramente que a impunidade contém uma problemática sócio-política, constituindo um retrato das condições sócio-económicas e políticas das sociedades "subdesenvolvidas". A impunidade compreendida nesse sentido implica, de qualquer forma, falta de protecção, em especial das camadas desfavorecidas, exactamente porque estas não podem garantir a si próprias nenhuma protecção privada. Ela conduz, além disso, a uma perda de credibilidade da justiça cuja outra face é uma crescente desconfiança das pessoas nas instituições estatais.

4. Alguns exemplos[42]

4.1 Massacres não punidos da população civil

Trujillo (Colômbia) – Entre 1988 e 1990, a localidade de Trujillo (Departamento do Vale de Cauca) tornou-se conhecida em todo o mundo devido ao assassinato, "desaparecimento" e tortura de mais de cem pessoas. A jurisdição especial, denominada de "ordem pública", absolveu diversos militares e paramilitares envolvidos nos factos. A pressão nacional e internacional fez com que, a 26.09.1994, se instalasse uma comissão para investigação supervisionada pela Comissão Inter-Americana dos Direitos Humanos (CIDH). Em janeiro de 1995, esta publicou um relatório, no qual atribuía a responsabilidade directa pelo massacre ao Estado colombiano às suas forças de segurança, especialmente às Forças Armadas. Num acto sem precedentes, o então Presidente em exercício, Samper, dirigiu-se à nação proferindo um discurso em que assumiu a responsabilidade total e absoluta pelos actos, prometendo uma indemnização para as vítimas e consequências penais. Contudo, até hoje, somente um dos principais responsáveis, o Coronel Alirio Ureña, foi suspenso das funções – após ter recebido uma promoção pouco antes, e a seguir ao assassinato de uma das principais

42. V. Ambos, 1997, p. 23 et seq.

testemunhas de acusação. Mas mesmo esta actuação tão moderada deu lugar a fortes protestos nas esferas militares.

Santa Bárbara (Peru) – A 04.07.1991, uma patrulha do Exército prendeu quinze camponeses, entre os quais sete crianças, da localidade de Santa Bárbara (Departamento Huancavelica). Levaram-nos para a Mina de Farallón, perto do povoado de Rodeopampa, executaram-nos e depois destruíram os corpos com granadas de mão. Antes disso, as mulheres foram violadas. Alguns familiares das vítimas informaram, a 12.07, um juiz sobre os acontecimentos. Quando, a 18.07, o juiz chegou a essa mina, somente encontrou restos de corpos espalhados, cabelos e pedaços de roupa, de forma que não podia realizar a identificação dos cadáveres. A 31.10.1991, soube-se que seis soldados iam comparecer perante o Conselho de Guerra Permanente, acusados de homicídio qualificado, abuso de autoridade, violação e furto. No decurso das investigações, ameaçou-se por mais de uma vez levar a tribunal o representante do Ministério Público em Huancavelica, mas na realidade nunca foi intentada qualquer acção judicial contra ele. O surpreendente (e até agora único neste caso de reenvio para a justiça militar, mas quanto ao resto típico) foi que aos acusados eram imputados crimes graves, os quais – com excepção do abuso de autoridade – apenas estavam previstos no Código Penal comum; até aí, os militares acusados de violações dos direitos humanos eram apenas acusados de "abuso de autoridade", entre outras razões, com fundamento na competência da justiça militar. Em consequência disso, em novembro de 1991, a justiça comum empreendeu também as suas averiguações, mas os militares criaram-lhe obstáculos desde o início, ameaçando os investigadores e prendendo testemunhas, entre outras coisas. O Tribunal Militar competente absolveu os seis militares das acusações de homicídio e violação. Contudo, no recurso perante o Conselho Supremo de Justiça Militar (CSJM), a 10.02.1993, três deles foram condenados: o Tenente Bendezú Vargas, a dez anos de prisão e a 2.300 dólares de multa, por abuso de autoridade e falsificação; o soldado Eusébio Huaytalla, a dez meses de prisão e a 115 dólares de multa, por desobediência agravada; o soldado

Chipana Tarqui, a oito meses de prisão e a 57 dólares, por "infracções ao dever e à honra". Num comunicado de imprensa, o tribunal declarou o seguinte: "O CSJM teve de actuar com *sentido de justiça* neste delicado caso, no qual se provaram excessos que justificam estas punições *exemplares* (...) estamos preocupados em corrigir e reprimir os casos de violações dos direitos humanos perpetrados contra a população civil".[43] O insólito é que, tanto no caso de Accomarca como noutros casos, os crimes provados, que constituíam violações graves dos direitos humanos, foram classificados entre os actos puníveis contemplados no *Código de Justiça Militar* (CJM) como crimes mais leves, embora, nos autos de acusação, se invocassem originalmente os actos puníveis mais adequados, previstos no *Código Penal* (CP).

4.2 Repressão violenta do protesto social

Urabá (Colômbia) – A 04.03.1988, foram assassinados vinte trabalhadores dos bananais das herdades Honduras e La Negra da região de Urabá (Departamento de Antioquia). As investigações realizadas por diversas organizações, entre elas, o Serviço Secreto do Estado DAS, demonstraram que no acto haviam participado membros do Exército e de temidos grupos paramilitares. No decorrer das averiguações e sob uma grande pressão nacional e internacional, foram acusados e, em alguns casos, julgados numerosos civis que mantinham ligações com os grupos paramilitares intervenientes no caso (entre outros, com Pablo Escobar). Inicialmente, o caso foi investigado pelo Tribunal de Ordem Pública e inclusive foram emitidos mandados de captura contra alguns militares, mas a justiça militar reclamou a sua competência. O Tribunal Disciplinar competente para decidir o conflito de competências decidiu, em maio de 1991, considerar os actos militares como "violação do dever militar" (*derelición del deber*), já que era seu dever evitar o massacre. Em consequência, considerou a justiça militar competente. As inves-

43. Grifos do autor. Citado do *Informativo Andino*, Lima, n. 75, p. 5, fev. 1993 (traduzido do espanhol).

tigações empreendidas pela justiça comum e as medidas de coacção já decididas contra os militares envolvidos foram ignoradas. Por exemplo, um dos principais suspeitos, o Major Luís Felipe Becerra, foi mesmo promovido e enviado para os Estados Unidos para tirar um curso, embora tivesse sido emitido um mandado de captura contra ele. Outros militares foram também promovidos.

Apesar de tudo, em junho de 1992, o Tribunal Militar competente condenou um capitão e dois oficiais a dezesseis anos de prisão. O Tribunal Superior de Ordem Pública condenou outros paramilitares e um membro do Exército, assim como o famoso paramilitar Fidel Castaño, a penas de prisão (Castaño, a trinta anos); no entanto, nenhuma das sentenças foi executada, já que não foi possível capturar os condenados. A 06.10.1993, teve lugar outro massacre. Desta vez, assassinaram treze civis da povoação de Riofrío e o massacre foi chefiado pelo já mencionado Becerra. Como consequência, a 10.11.1993, Becerra foi finalmente suspenso do serviço militar activo. A 1.º.02.1994, a CIADH fez constar numa resolução que a Colômbia tinha violado os arts. 4.º, 8.º, 25.º em conjugação com o art. 1.º.1 da Convenção Inter-Americana dos Direitos Humanos. Em setembro de 1994, um Tribunal Militar emitiu um mandado de captura contra Becerra, mas este continua ainda em liberdade.

4.3 Amnistias para "desaparecimentos" e execuções extra-legais

La Cantuta (Peru) – Em maio de 1991, as Forças Armadas peruanas instalaram uma base militar no campo da Universidade Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta), em Lima, e desde então exerceram o controlo nesse local. A 18.07.1992, nove estudantes e um professor foram sequestrados por homens encapuçados e vestidos como militares. A 27.08, foi julgado infundado um pedido de *habeas corpus*, apesar de o juiz do caso ter considerado que as declarações dos militares interrogados eram contraditórias. Em outubro de 1992, foram se-

questrados mais três estudantes. Entre eles, uma estudante, Nancy Pimentel Cuéllar, que esteve presa desde o dia 10.10 até ao dia 02.11, tendo sido torturada. Em abril de 1993, o Comandante Geral das Forças Armadas, General Nicolás de Bari Hermoza, compareceu perante uma comissão parlamentar de investigação; seguidamente, os tanques tomaram Lima, e num comunicado de imprensa do dia 21.04, o Comando-Geral das Forças Armadas afirmou que existiam membros da oposição parlamentar "aliados dos terroristas", tendo como objectivo desprestigiar as Forças Armadas e humilhar o seu Comandante-Chefe por meio da investigação do caso. Poucas semanas após, um militar de alta patente, o General Rodolfo Robles, pediu asilo na embaixada da Argentina, em Lima, após ter denunciado num comunicado distribuído à imprensa a existência de um esquadrão da morte no seio das Forças Armadas. Segundo o documento, o próprio General Hermoza e o assessor do Presidente, Montesinos, eram os dirigentes do mencionado esquadrão, o qual seria responsável por inúmeras violações dos direitos humanos, entre elas, o desaparecimento e as violências contra os estudantes e o professor de La Cantuta. Em julho de 1993, foram encontrados os restos mortais dos nove estudantes e do seu professor enterrados em quatro valas comuns. Nove oficiais foram detidos. A seguir, começaram as discussões sobre se a justiça militar podia retirar aos tribunais comuns a jurisdição sobre o caso. Esta questão ficou resolvida a favor da justiça militar mediante uma lei especial (a chamada "Lei Cantuta"). A 12.02.1994, o Supremo Tribunal Militar abriu um processo e logo a 21.02 foi proferida a sentença, apesar das 2.000 páginas de autos. É verdade que nove membros das Forças Armadas foram condenados a penas entre um e vinte anos de prisão, mas não só as penas foram atenuadas, pois para os acusados de patente mais elevada foi admitida conduta negligente, e para os de patente inferior, "actuação sob ordens", mas também nunca se iniciou uma acção penal contra os superiores que deram as ordens. A execução da pena, desde logo muito "liberal", também não durou muito, já que o Presidente Fujimori promulgou uma ampla lei de amnistia a 15.06.1995.

Tablada (Argentina) – A 23.01.1989, membros do Movimiento Todos por la Patria tentaram tomar de assalto o quartel situado a Este de Buenos Aires, La Tablada. Nas trinta horas de combate que se seguiram, vinte e oito dos atacantes morreram. Segundo uma declaração espontânea, dois deles foram executados, três "desapareceram". Outros teriam sido capturados e torturados. Segundo a Amnistia Internacional, as averiguações iniciadas em 1989, e até agora infrutíferas, indicam "uma falta de determinação do governo de fazer comparecer perante a justiça membros das Forças Armadas responsáveis por violações dos direitos humanos".[44] Contudo, não se tratava simplesmente de uma falta de determinação do governo; a acção militar, com todas as suas consequências, contou com o apoio incondicional do Executivo e do Legislativo: imediatamente após a operação, o Parlamento realizou uma homenagem ao Exército.

Ainda em forma selectiva: Letelier/Moffitt (Chile)[45] – Em setembro de 1976, o Ministro dos Negócios Estrangeiros chileno, Letelier, e o seu homólogo americano, Moffitt, morreram aquando da explosão de um carro bomba em Washington D.C. No decurso dos anos, o caso tornou-se um tema crucial para as relações diplomáticas entre os Estados Unidos e o Chile, razão pela qual recebeu um tratamento judicial de excepção. Em primeiro lugar, a instâncias dos Estados Unidos, a Junta Militar chilena teve de excluir expressamente este caso do âmbito da amnistia decretada em 1978. E nesse ano, o tribunal americano acusou quatro agentes da Dina, entre eles o seu Director-Geral, General Manuel Contreras, e o chefe da área operacional, General de Brigada Pedro Espinoza. Após a justiça militar ter provisoriamente suspenso o julgamento e o ter remetido à jurisdição dos tribunais comuns por pressão dos Estados Unidos, no quadro da chamada Ley Cumplido, ambos os mili-

44. Amnesty International, 1992, p. 59 (tradução do inglês).

45. Sobre isto, também Huhle, 1996.

tares foram finalmente acusados e detidos por ordem do juiz da CSJ (Supremo Tribunal de Justiça), Adolfo Banãdos, recentemente nomeado pelo Presidente Aylwyn. O veredicto contra os acusados foi proferido no dia 12.11.1993. O juiz considerou adequadas as penas de prisão de quinze anos (Contreras) e doze anos (Espinoza), mas reduziu-as a sete e seis anos porque o crime tinha ocorrido há mais de dezassete anos. Os advogados dos acusados recorreram dessa sentença. Durante o reexame – em parte público – pelo CSJ, os dois acusados saíram em liberdade sob fiança. Em 30.05.1995, o CSJ confirmou a sentença do tribunal *a quo*, mas ambos os acusados negaram-se a cumprir as penas. Espinoza entrincheirou-se num quartel do Exército dois dias antes de ser proferida a sentença, e Contreras refugiou-se primeiro na sua quinta e mais tarde no Hospital da Marinha. Apesar de declarações anteriores em sentido contrário, solidarizou-se também com os condenados o ex-ditador, General Pinochet, e falou de "processo incorrecto e com motivações políticas". Espinoza foi finalmente capturado no dia 20.06 e Contreras, no dia 20.10.1995, sendo ambos levados para a Prisão Especial Punta de Peuco. Diversos factos levam a pensar que as Forças Armadas permitiram finalmente a sua captura para preparar o fim da perseguição penal dos crimes da ditadura militar. No campo do direito civil, primeiro o tribunal americano e depois uma comissão internacional arbitral reconheceram o direito de indemnização aos familiares das vítimas.[46]

46. O Tribunal Federal Distrital de Washington deu provimento ao pedido com base no Foreign Sovereign Immunities Act, no valor de 1.560.000 USD (familiares de Letelier) e 1.400.000 USD (familiares de Moffitt). Dada a impossibilidade de execução de bens da República do Chile nos Estados Unidos, os requerentes foram remetidos para a possibilidade de protecção jurídica do direito internacional. Após a cessão do direito à indemnização ao State Department, os Estados Unidos puderam fazer valer as pretensões contra o Chile por meio da protecção diplomática. Uma comissão de arbitragem de cinco membros nomeada pelas partes, com base no acordo entre os Estados Unidos e o Chile existente desde 1914, concedeu aos familiares de Letelier em janeiro de 1992 – *ex gratia* (sem reconhecimento de um fundamento jurídico) – como perda do direito a alimentos a quantia de 1.200.000 USD, por *moral damages* 480.000 USD, e para os seus próprios tratamentos médicos 16.400 USD. Os familiares de Moffitt obtiveram no total 515.000 USD (v. Hess, 1993, p. 111 et seq.).

4.4 Terrorismo organizado e fomentado pelo Estado e isenção de penas

Esma/Massera (Argentina) – Na Esma funcionou um dos mais infames campos secretos de prisioneiros da ditadura argentina, dirigido por uma unidade especial das Forças Armadas sob o comando do Almirante Massera. Até finais de 1976, o Conselho Supremo das Forças Armadas Argentinas (CSFA) conseguiu bloquear um processo judicial por "desaparecimento de pessoas", torturas, execuções e outros abusos ocorridos na Esma. Contudo, nesse ano, a Cámara de Apelaciones – neste caso competente em primeira instância – tomou conta do caso. A câmara ordenou a comparência de dezanove oficiais de Marinha que não compareceram, apoiados pelo facto de o Alto Comando da Armada ter ameaçado sublevar-se. O tribunal ordenou então a sua demissão do serviço e a sua detenção. Com tudo isto, o processo foi-se arrastando até meados de 1987, tempo suficiente para que a maioria dos acusados, que não desempenhavam funções de comando, pudessem usufruir da Lei sobre Obediência e Cumprimento do Dever, promulgada em junho de 1987. Finalmente, somente o Almirante Massera foi condenado a prisão perpétua e o Almirante Lambruschini, a oito anos de prisão, mas o Presidente Menem indultou-os em dezembro de 1990. Em novembro de 1994, um juiz civil condenou cada um dos militares ao pagamento de um milhão de dólares de indemnização a favor dos familiares das vítimas.

4.5 "Compreensão" para excessos arbitrários cometidos pelas forças de segurança

Quintana/Rojas (Chile) – Em julho de 1987, uma patrulha do Exército prendeu Cármen Gloria Quintana juntamente com Rodrigo Rojas, lançando-lhes fogo e abandonando-os, em seguida, nos arredores de Santiago. Quintana sobreviveu e Rojas faleceu devido às queimaduras. Em janeiro de 1990, o Tribunal Militar competente decidiu que as queimaduras eram acidentais e provocadas

pela própria Quintana, por isso o comandante da patrulha foi somente condenado por omissão de auxílio, no caso de Rojas. Em recurso, o Tribunal Militar Superior (Corte Marcial) diminuiu a pena a 300 dias de prisão e permitiu que o acusado permanecesse em liberdade sob caução. Em dezembro de 1994, o Supremo Tribunal fixou a pena em 600 dias de prisão, mas, de resto, confirmou os fundamentos das instâncias anteriores, deixando de lado a questão da responsabilidade pelas lesões das vítimas e condenando os acusados unicamente por negligência e omissão de auxílio. A Comissão Inter-Americana de Direitos Humanos recomendou que "aos executantes (...) fosse aplicada uma pena exemplar para evitar a repetição de crimes tão abjectos". O caso provocou no Chile uma onda de discussão. O Presidente em funções, Pinochet, expressou-se da seguinte forma na televisão chilena:

"Não se sabe nada sobre o caso. Mas uma coisa é estranha: a parka que o jovem morto vestia não se queimou por fora. As chamas vieram de dentro. Seria deselegante pensar mal de um morto, mas tenho a impressão de que ele transportava algo escondido sob a sua parka, que explodiu, e lhe causou as feridas internas. Uma tremenda campanha no estrangeiro gerou inúmeros absurdos, meus senhores. Vocês não podem nem sequer imaginar. Espero que o juiz descubra a verdade, no entanto não esqueço que, quando os comunistas fazem algo, fazem-no bem feito".

II – Macrocriminalidade e direito penal internacional

Os casos apresentados demonstram que as causas da impunidade são de tipo normativo e factual. De um modo geral, não se perseguem judicialmente os casos de violações dos direitos humanos porque não existem nem vontade nem interesse de os punir por parte dos representantes dos regimes dos Estados envolvidos. Nos países sul-americanos – Colômbia, Peru, Bolívia, Chile e Argentina – as forças de segurança do Estado impedem as investigações dos organismos civis competentes, intimidando as testemunhas, destruindo provas etc., ou dificultam as investigações

actuando de forma anónima (usando veículos sem matrícula, vestindo-se à civil etc.). Mas, para além dessas causas *de facto* da impunidade, existem também causas normativas: ou se concedem amnistias gerais, ou se promulgam leis semelhantes a amnistias (como no Peru, Chile e Argentina), ou se remetem os processos por violações dos direitos humanos – quando a este ponto se chega – aos Tribunais Militares que actuam como factor central da impunidade. Algumas disposições particulares de direito penal, por exemplo, as que reconhecem a "actuação em cumprimento de ordens" como causa da isenção de pena, completam o quadro.

1. *Direito penal internacional* versus *macro-criminalidade*

A noção de direito penal internacional só recentemente se encontra nos manuais de direito internacional público.[47] De acordo com o entendimento tradicional do direito internacional, pertencem a este ramo do direito principalmente as relações entre os Estados ou outros sujeitos de direito internacional público tradicionais (como as organizações). Só há poucas décadas, o homem começou a ser visto como sujeito (limitado) do direito internacional público. A sua conduta criminal não se encontrava, portanto, sujeita ao direito internacional, mas unicamente ao *direito penal de cada Estado.* Este fixa as regras e as consequências da responsabilidade individual pelos comportamentos que o legislador de cada Estado codificou como puníveis. Deste ponto de vista, o direito internacional e o direito penal nacional não têm nada a ver um com o outro, tratando-se de ordenamentos jurídicos paralelos. Contudo, existem sem dúvida bens jurídicos e interesses que transcendem os limites do direito penal nacional. Assim, por exemplo, é indiscutível que a comunidade internacional tem a obrigação de proteger os direitos fundamentais e os direitos humanos reconhecidos no art. 55.º, *c*, da Carta da ONU. A violação desses direitos pode ser considerada como delito in-

47. V. por exemplo Ipsen, 1999, p. 575 et seq.; Schröder, 2001, p. 565 et seq.; Doehring, 1999, p. 489 et seq.

ternacional. Deste modo, os tipos criminais clássicos de Nuremberga[48] devem ser perseguidos no mundo inteiro como crimes puníveis segundo o direito internacional. Esta responsabilidade penal internacional do indivíduo resulta do direito penal internacional (alguns falam também de um direito penal internacional substantivo). Devido a esse facto, na literatura científica entende-se por *direito penal internacional* o conjunto de todas as normas do direito internacional público que estabelecem as consequências jurídico-penais dos actos.[49] Por isso, o direito penal internacional liga os conceitos de aplicabilidade *universal* das normas com o pensamento jurídico-penal da responsabilidade *individual*, de modo a que o comportamento em causa esteja sujeito a uma punibilidade internacional *autónoma* (princípio da responsabilidade penal directa do indivíduo segundo o direito internacional público). O direito penal internacional é, assim, o sistema jurídico-penal da comunidade internacional.[50] Naturalmente, não existia um Tratado de Direito Internacional que regulamentasse de forma sistemática o direito penal internacional, até entrar em vigor o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, v. *infra* 2.

Quando se fala de *direito penal internacional vigente*, estamo-nos a referir, na sua essência, ao direito consuetudinário não escrito e a princípios jurídicos gerais – a parte do direito humanitário internacional ou do direito da guerra codificado nas Convenções de Genebra e nos seus protocolos adicionais. No entanto, segundo a teoria geral das fontes do direito internacional, também estas regras constituem uma *hard law* (v. o art. 38.º do Estatuto do Tribunal Interna-

48. Crimes contra a paz, crimes de guerra, crimes contra a humanidade (art. 6.º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional).

49. V. com mais pormenor Triffterer, 1996, p. 34: "Em sentido formal, o direito penal internacional é o conjunto de todas as normas do direito internacional público de natureza penal que a um determinado comportamento – o crime internacional – ligam determinadas consequências tipicamente reservadas ao direito penal e que como tal são directamente aplicáveis". V., por todos, Ipsen, 1999, p. 576.

50. V. Triffterer, 1995, p. 38.

cional de Justiça). Estas regras são complementadas pela chamada *soft law*, isto é, em especial pelas resoluções dos órgãos das Nações Unidas ou tomadas de posição dos representantes dos governos. Esta obrigatoriedade da *soft law* pode alcançar um grau tal, que se torne em *hard law* na forma de direito consuetudinário ou de princípios gerais de direito.

"Macrocriminalidade" (Jäger, 1989) compreende fundamentalmente "comportamentos de acordo com o sistema e adaptados à situação, dentro da estrutura de uma organização, de um aparelho de poder ou de outro contexto de acção colectivo",[51] "macro-acontecimentos relevantes sob o ponto de vista do direito da guerra e do direito internacional público";[52] diferencia-se assim, qualitativamente, das formas de criminalidade "normais" conhecidas e também das formas especiais conhecidas (terrorismo, tráfico de droga, criminalidade económica etc.), e, para além disso, distingue-se pelas condições políticas de excepção e pelo papel activo que o Estado desempenha na macrocriminalidade. A "macrocriminalidade" frequentemente discutida em criminologia é mais restrita que a "criminalidade dos poderosos",[53] porque esta se relaciona geralmente com os delitos cometidos pelos "poderosos" para defesa das suas posições de "poder", e esses "poderosos" ou o "poder" (económico) por eles defendido não são necessariamente o mesmo que o Estado ou o poder de Estado. A participação do Estado ou a sua tolerância, omissão ou, inclusive, o incentivo a comportamentos macrocriminais são determinantes e levam, além disso, o adjectivo "político". *Macrocriminalidade política* significa, portanto, "criminalidade reforçada pelo Estado"[54] ou – com menor precisão – crimes do Estado,[55] terrorismo

51. Jäger, 1995, p. 327.

52. Schüller-Springorum, 1991, p. 236.

53. V. Scheerer, in: Kaiser; Kerner; Sack; Schellhoss (Eds.). *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*. 3. ed. Heidelberg, 1993. p. 246 et seq., do mesmo modo a noção utilizada por Merkel, 1993, de "Herrschaftskriminalität" ("criminalidade da autoridade").

54. Naucke, 1996, especialmente p. 19.

55. Utilizada especialmente por Friedrich (v. a referência em Rüter, 1987).

de Estado ou criminalidade governamental.[56] Para além disso,[57] trata-se, na maior parte das vezes, de uma criminalidade para dentro, dirigida contra os próprios cidadãos, criminalidade vinda do "seio do próprio Estado", uma criminalidade que, como demonstram os exemplos dados, também constitui um ponto importante deste trabalho. O direito penal internacional existente impõe limites relativamente fixos à impunidade desses macrodelitos; é importante que tais limites sejam respeitados.

2. *Limites do direito penal internacional à impunidade de comportamentos macrocriminais*

As práticas de impunidade descritas nos exemplos anteriores, assim como a impunidade geral de tais actos – seja na América Latina ou em qualquer parte do mundo –, têm limites, mais ou menos fixos, impostos pelo direito penal internacional vigente. É certo que não existem *obrigações convencionais internacionais de aplicação de penas*[58] a crimes como os referidos crimes contra a humanidade. Uma análise do direito consuetudinário internacional e dos princípios gerais do direito permite, contudo, concluir que determinadas violações graves dos direitos humanos (em especial a tortura, as execuções extra-legais e o chamado desaparecimento de pessoas) estão sujeitas às obrigações de perseguição e de punição dos culpados.[59]

56. Sobre este ponto Triffterer, 1994, p. 155 et seq.

57. Aos crimes do direito penal internacional pertencem também os crimes de guerra que, eventualmente, em caso de conflito internacional, possam ser cometidos contra estrangeiros; v. Ambos, 2001b.

58. Obrigações convencionais de perseguir penalmente ou de extraditar para um Estado que os deseje perseguir (*aut dedere aut iudicare*), existem (indiscutivelmente), até agora, apenas no direito dos conflitos internacionais (v. por exemplo art. 146.º da IV Convenção de Genebra; Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (12.08.1949), U.N. Treaty Series, vol. 75, 31 et seq.), e em poucos outros casos, como no da tortura (v. art. 5.º (2) da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura; Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (10.12.1985, U.N. -Doc. A/RES39/46)).

59. V. sobre isto e sobre o ponto seguinte mais especificamente Ambos, 1997, p. 161 et seq., com numerosas referências; e ainda Ambos, 1999c.

Estas obrigações não resultam, somente, de um número considerável de fontes do direito internacional (especialmente da chamada *soft law* e das tomadas de posição das organizações da ONU e de representantes dos Estados), mas, também, de uma extensa prática judicial do direito penal internacional. Muito antes dos julgamentos de Nuremberga, já tinha havido acusações penais contra Chefes de Estado, como no caso da execução de Carlos I de Inglaterra (1649) e de Luís XVI de França (1792/93), assim como a tentativa de processar o Kaiser Guilherme II por crimes de guerra (com base no art. 227.º et seq. do Tratado de Paz de Versalhes de 1919).[60]

No *Acordo Quadripartido* de Londres, de 08.08.1945,[61] e no correspondente *Estatuto de um Tribunal Militar Internacional* (TMI), de 08.08.1945,[62] foi estabelecida a punição dos "principais criminosos de guerra do eixo europeu". O Tribunal de Nuremberga, com base neste Estatuto, pronunciou no processo contra Göring e outros uma frase que ficaria famosa: "crimes contra o direito internacional público (...) são perpetrados por pessoas, não por entes abstractos, e só mediante a punição dos indivíduos que cometam tais crimes (...) se podem fazer respeitar as disposições do direito internacional público".[63] As acções judiciais que as potências ocupantes iniciaram imediatamente após a guerra (com base na Lei 10 do Conselho de Controlo Aliado)[64] e o processo contra os cri-

60. V. Wende, 1990, especialmente p. 176 et seq. (sobre Carlos I); Mieck, 1990, especialmente p. 201 et seq. (sobre Luís XVI). Este era o princípio do fim da imunidade dos reis ou dos soberanos que se exprimia nos princípios jurídicos *princeps legibus solutus* e *par in parem no habet imperium*, bem como na época moderna, na "doutrina do *Act of State*" (sobre tudo isto, Naucke, 1996, p. 12 et seq.).

61. London Agreement (Acordo de Londres), de 08.08.1945, assinado pelos representantes dos governos da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Estados Unidos, França e União Soviética (versão inglesa: UN-General Assembly-International Law Commission (UN-GA-ILC), apêndice II, p. 89, 1949; *39 American Journal of International Law* (AJIL), p. 257, 1945; versão alemã: Internationaler Militärgerichtshof (IMG), 1947, p. 7).

62. Charter of the International Military Tribunal (IMT), de 08.08.1945, assinada pelos representantes dos governos da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Estados Unidos, França e União Soviética (versão inglesa: 82 U.N. Treaty Series 280; UN-GA-ILC, p. 91, 1949; *39 AJIL*, p. 258, 1945; versão alemã: IMG, p. 10, 1947).

63. TMI, p. 249, 1947.

64. Allied Control Council Law n. 10, de 20.12.1945, em quatro línguas: Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland n. 3, de 31.01.1946, p. 22 et seq., em especial art. II.

minosos de guerra japoneses no Tribunal Militar Internacional para o Extremo-Oriente[65] assentam neste precedente.

Refira-se, de passagem, que também a jurisprudência dos Tribunais Superiores alemães, no quadro do tratamento penal da criminalidade do governo da RDA, utilizou o direito internacional, especialmente os direitos humanos, e esforçou-se com o seu recurso aos argumentos de justiça de direito natural, apreciou positivamente – quase postumamente[66] – os processos de Nuremberga, (que na história alemã a seguir à guerra foram violentamente criticados). Afinal, os processos dos criminosos de guerra de Nuremberga revelaram-se, até hoje, como o ponto de partida histórico-jurídico do esforço da comunidade mundial para fundamentar a responsabilidade penal individual por crimes internacionais.[67]

Esses esforços levaram à instalação de tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia[68] e o Ruanda,[69] cuja extensa jurisprudência contribuiu de forma decisiva para o direito penal internacional moderno.[70] O desenvolvimento mais importante foi a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto do TPI) em

65. Sobre este ponto: Röling e Rüter, 1977. O correspondente Estatuto do Tribunal de Tokyo, de 19.01.1946, é na sua essência uma cópia do estatuto do TMI.

66. V. por exemplo a decisão BVerfG (Tribunal Federal Constitucional), de 26.10.1996 (AZ2 BvR 1851/94, 1853/94, 1875/94, 1852/94 – *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, p. 538 et seq., 1996). Trata-se aqui da jurisprudência alemã para contornar a disposição do § 27 da Lei das Fronteiras da RDA *(Grenzgesetz)* que, em princípio, justificava os disparos causando a morte no muro, a qual, no entanto, por causa da proibição do efeito retroactivo, art. 103.º II GG, em princípio devia ser tida em consideração (v. crítica em Ambos, 1997a, com diversas notas). V. por último TEDH, acórdão de 22.03.2001, Recursos 34044/96, 35532/97 e 44801/99 (Streletz, Kessler e Krenz, Alemanha), ver crítica em Ambos, 2003.

67. V. sobre estes esforços Ambos, 1996a e 1996c, com diversas notas.

68. Resolução do Conselho de Segurança 827, de 25.05.1993 (texto em: U.N. Doc. S/25704, 03.05.1993, § 32 et seq.). Disponível em: <www.icty.org>.

69. Resolução do Conselho de Segurança 955 (1994), U.N. Doc. S/Res/955, de 08.11.1994. Disponível em: <www.icty.org>.

70. V. sobre as mais importantes decisões Ambos e Ruegenberg, 1998, 1999 e 2000; Ambos, 2001c; Ambos e Wenning, 2002.

Roma, no ano de 1998.[71] O Estatuto entrou em vigor no dia 1.º.07.2002 e em fevereiro de 2003 abrangia oitenta e nove Estados. No mesmo mês foram eleitos os dezoito juízes.[72]

De acordo com o seu Estatuto, será competente para julgar o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra[73] (art. 5.º (1) e arts. 6.º a 8.º).[74] Em relação com a jurisdição nacional, o Tribunal Penal Internacional tem apenas uma função complementar. De acordo com o art. 17.º, deve este tribunal, em princípio, dar precedência aos tribunais nacionais, quando estes o quiserem e estiverem em situação de dar seguimento aos processos. Assim, os Estados nacionais devem ser motivados para perseguir o conjunto de crimes abrangidos pelo direito penal internacional, perante os seus próprios tribunais.[75] Um outro passo importante no caminho da tramitação das graves violações dos direitos humanos foi finalmente dado, por meio do processo contra Pinochet, na House of Lords, no Reino Unido, em 1999. Ali ficou decidido que, pelo menos, para crimes de tortura, a imunidade estatal jamais poderá ser invocada.[76]

71. O Estatuto de Roma (U. N. Doc. A/CONF. 183/9) encontra-se disponível em: <http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm>; a versão alemã em 716/99, 9; sobre isto Ambos, 1999a.

72. V. <www.un.org/law/icc> e <www.iccnow.org>.

73. A estes crimes acrescentam-se os chamados *elements of crimes* ("Finalized draft text of the elements of crimes", U.N. Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.2, disponível em: <http://www.un.org/law/icc/statute/elements/elemfra.htm>). Sobre isto: Ambos, 2001.

74. A competência para o crime de agressão está prevista no art. 5.º (1) (d) e (2), mas só pode ser exercida sete anos depois da entrada em vigor do Estatuto quando da primeira Conferência de Revisão (arts. 121.º e 123.º).

75. Estes não têm de ser sempre os Tribunais do Estado do autor ou do lugar do crime. Sobre o caso concreto da perseguição dos crimes de desaparecimento (cometidos na Argentina), por tribunais alemães, v. Ambos (com a colaboração de Ruegenberg e Woischnik), 1998b.

76. V. a este propósito Ambos, 1999 e 1999b; sobre os mais recentes desenvolvimentos neste caso, agora correndo seus termos nos tribunais chilenos, v. Corte Suprema de Justicia (CSJ) (Tribunal Supremo do Chile), Santiago do Chile, Causa Rol. 2.189 de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile/acórdão do Pleno, de 08.08.2000, tradução alemã do autor com a colaboração de Verena Kox, publicada em *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (EuGRZ), n. 28, p. 41-47, 2001.

Tudo isto não significa que *amnistias* ou *disposições legais semelhantes à amnistia*[77] (as chamadas "leis da impunidade") sejam de excluir em todas as circunstâncias: por um lado, elas são legalmente permitidas, por meio do art. 6.º, 5, do Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra,[78] uma vez terminadas as hostilidades e com o objectivo da reconciliação nacional; além disso, elas pertencem de *facto* à prática corrente – importante no direito internacional e confirmada pela ONU – dos Estados, no quadro da pacificação nacional (muitas vezes no sentido de uma troca da *impunidade* pela *verdade*, v. *infra*), seja na África do Sul, em El Salvador ou na Guatemala. Contudo, e de qualquer forma, podemos inferir que essas leis se encontram submetidas a *limites* relativamente claros impostos pelo direito penal internacional. Uma amnistia geral, no caso de graves violações dos direitos humanos (a violação do direito à vida e à integridade física), e que, além disso, favoreça as forças de segurança do Estado só pode ser qualificada como contrária ao direito internacional.[79] Da mesma forma, o direito penal internacional vigente exige uma reforma da *jurisdição militar*. Assim, a justiça militar somente poderia conhecer os delitos típicos da função militar, enquanto que os crimes comuns, em geral, entre os quais se contam as violações dos direitos humanos, caberiam à justiça penal ordinária.

Olhando para os exemplos já mencionados, não podemos deixar de chamar a atenção para que, no actual direito penal internacional, o ter *actuado em cumprimento de ordens*[80] não se pode reconhecer como causa de exclusão de punibilidade. Em todo o caso, pode ser levado em conta para atenuação da pena, quando se trate de circunstâncias nas quais o subordinado não tinha qualquer outra opção, senão a de acatar as ordens, ou se, com base na ordem, podia acreditar que

77. V. sobre isto Hasse.

78. BGBL. 1990 II p. 1.637. O segundo Protocolo Adicional já ratificado por mais de 140 Estados.

79. Sobre este ponto, Ambos, 1997, p. 209 et seq., assim como 1996d.

80. Sobre este ponto, Ambos, 1998.

a sua actuação era legal[81] (assim, também agora no art. 31.º, 1, *d*, e 33.º do Estatuto do TPI). Também os que dão as ordens não podem continuar a ser privilegiados (v. art. 28.º do Estatuto do TPI). Por exemplo, o General Blaskic foi condenado a quarenta e cinco anos de prisão, com base no princípio da responsabilidade do superior hierárquico; até agora, a mais longa pena de prisão pronunciada pelo tribunal para a ex-Iugoslávia.[82]

III – Realidades político-criminais: recordar ou esquecer?

Poucos anos antes da sua detenção no Reino Unido, o antigo dirigente militar chileno, Augusto Pinochet, proferiu num discurso no Club de la Unión, o seguinte:

"Isto é, guardar silêncio e esquecer. Depois do tempo que passou, a única coisa a fazer nestas circunstâncias é esquecer!"[83]

Em contrapartida, o antigo Presidente democrata-cristão do país, Patrício Aylwyn, defendeu, em agosto de 1995, aquando duma entrevista à imprensa, o seguinte:

"Não é bom quando o povo se esquece destas tragédias! Muito pelo contrário, não se deve esquecer. É aconselhável que permaneçam na memória da nação, para que nunca mais se repitam. É necessário saber-se o que se passou".[84]

Opiniões igualmente antagónicas podem ser encontradas, não só em países da América Latina, como também em qualquer país da Europa, África e Ásia, que se encontre num processo de transição da ditadura (socialista ou fascista) para

81. Segundo o art. 33.º (2) do Estatuto do TPI, um soldado pode invocar um erro de direito apenas no caso de crimes de guerra; no caso de genocídio ou de crimes contra a humanidade, esta causa de isenção de pena não pode ser invocada. V. Ambos, 2002a, p. 805 et seq.

82. ICTY Trial Chamber, Prosecutor *v.* Blaskic, Judgement Case IT-95-14-T, de 03.03.2000. Disponível em: <www.icty.org>. Sob este e outros casos v. Ambos, 2002b, p. 825 et seq.

83. Citado segundo Nolte, 1996, p. 21.

84. Idem, ibidem, p. 22.

a democracia estilo ocidental. Contudo, há de se acrescentar que o tipo e a envergadura das violações dos direitos podem ser tão diferentes como a forma por meio da qual o novo regime trata de reparar as atrocidades passadas. Enquanto os defensores alemães dos direitos civis reclamavam por "justiça" e somente obtiveram o "Estado de Direito",[85] as vítimas no denominado Terceiro Mundo e, também, nos novos focos de conflito na Europa de Leste já evocados poderiam considerar-se afortunadas, se pelo menos viessem a obter o Estado de Direito que, demasiadas vezes, nos damos como adquirido. Isso mostra claramente a relatividade e dependência sócio-cultural de noções como "justiça" e "Estado de Direito", mas mostra igualmente que ainda existe uma considerável necessidade de estudar a forma de superar penal e politicamente o passado, após a mudança de sistema, para poder recomendar modelos de solução adequados às circunstâncias particulares políticas e sociais.[86]

O caso chileno é instrutivo na medida em que permite ver claramente o *conflito de interesses* entre os *antigos detentores do poder* (civis ou militares) governantes (sublinhado do autor), que são responsáveis judicial ou pelo menos politicamente pelos actos cometidos, e as *vítimas* desses crimes, que hoje têm responsabilidades governamentais, ou por cujos interesses velam ou deveriam velar os actuais governos. Dito de forma mais simples, trata-se do "antagonismo" – habitual também no direito penal "normal" – entre os autores dos crimes e as suas vítimas. Advogam os primeiros, insistentemente, que se "esqueça" – de acordo com Pinochet – e se ponha fim a todas as investigações; os últimos insistem na "verdade e na justiça" – de acordo com Aylwyn – nos casos ainda pendentes de violações dos direitos humanos. Aqui, a *Realpolitik*, de um modo geral, advoga, normalmente, um compromisso entre os pólos extremos de "perseguição penal total" e de "impunidade total", mas esse compromisso dificilmente pode satisfa-

85. Segundo as palavras famosas de Bärbel Bohleys (citadas segundo Brunner, 1995, p. 7).

86. V. Brunner (Ed.), 1995; Nolte (Ed.), 1996; Roht-Arriaza (Ed.), 1995.

zer todos os envolvidos. Se os culpados argumentam a função de pacificação e de ponto final de uma impunidade ditada por decreto, as vítimas, pelo contrário, consideram que não pode haver pacificação se se prescinde da justiça e da verdade. Se os primeiros exigem (finalmente) que as vítimas cedam e perdoem, estas insistem que não pode haver reconciliação sem que os culpados se arrependam e peçam desculpa. Se uns apontam para um futuro onde o mais importante seria a estabilidade económica e o bem-estar, os outros olham para um passado que lhes trouxe sofrimento e dor indescritíveis e cujas repercussões traumáticas somente poderiam ser "superadas" se toda a verdade fosse revelada.[87]

Entretanto, a saída mais comum para este *impasse* consiste em instituir as chamadas *comissões da verdade*[88] cuja actividade não pode ser o castigo dos culpados, já que não têm poder para aplicar sanções, mas que, ao menos, cumpram o objectivo mínimo, politicamente exequível, de estabelecer as condições para que se reconheçam os danos provocados às vítimas e a conduta errada dos culpados, construindo, assim, a base para uma verdadeira reconciliação. Está perfeitamente assente que a busca da verdade, em concreto, sobre as pessoas "desaparecidas", deve ser sempre possível, em qualquer sociedade civilizada.[89] Se as vítimas não têm nenhuma satisfação de tipo jurídico-penal, pelo menos deveriam ser respeitados os seus sentimentos, fora do processo penal, com uma medida adequada, contra os culpados. Há de se "indemnizá-los" ou "conciliá-los" *fora do direito penal* (sublinhado do autor). Por um lado, até onde seja possível, há de procurar-se trazer a vítima à sua situação anterior, portanto, esforçar-se para que tenha uma

87. Sobre esta dimensão sócio-psicológica v. Lira, 1996, e Becker, 1996.

88. V. em geral Leitenberger: para América Latina, Cuya, 1996; e para a África do Sul, Wehrle, 1996, bem como Rakate, 2001. V. também Ambos e Steiner, 2001, p. 13, com diversas notas.

89. V. o "Report of the working group on enforced or involuntary disappearances", U.N. Doc. of E/CN.4/1996/38, de 15.01.1996, § 471: "os casos de desaparecimento não podem considerar-se resolvidos, enquanto não se saiba onde se encontram as vítimas". Ou também as justificações que se encontram num projecto-lei apresentado no Chile pela oposição conservadora apoiante de Pinochet (v. Ambos, 1996b, p. 147 et seq.).

espécie de restituição natural. Estão aqui em causa compensações financeiras, o direito ao retorno, à readmissão no emprego perdido e outras medidas similares.[90] Por outro lado, com vista a uma verdadeira reconciliação e à pacificação social, parece igualmente importante, e deve ser levado muito a sério, aliviar os sofrimentos e a situação psicológica das vítimas e dos seus familiares, portanto, tomar medidas que tenham por objecto o lado imaterial das violações dos direitos humanos e a impossibilidade de restabelecimento da sua situação anterior. Referimo-nos a formas simbólicas e públicas de reparação, por exemplo, a construção de um monumento em memória das vítimas ou desculpas públicas, como as que foram apresentadas pelos generais argentinos, após as revelações sobre as violações dos direitos humanos, durante a ditadura.[91]

No entanto, existe, desde há pouco tempo, a esperança fundada de que não se ficará por uma solução de compromisso, no sentido de uma comissão da verdade. Os tribunais *ad hoc* da ONU, especialmente o TPI, apontam para um futuro em que a comunidade mundial aceita cada vez menos a impunidade das violações graves dos direitos humanos.

IV – Conclusão

Por si só, o direito penal internacional não evitará os quadros de crianças ensanguentadas e de civis mutilados. Existem, contudo, actualmente, regras segundo as quais os responsáveis por essas imagens podem ser punidos como criminosos internacionais. Estas regras, com pretensão de universalidade, foram incluídas, pela primeira vez, no Estatuto do TPI. A actual preocupação deve, por isso, ser a de que o TPI possa começar o seu trabalho o mais rapidamente possível e na base do maior número possível de ratificações. Tal devia reforçar a tendência

90. V. por todos Roht-Arriaza, 1995, p. 290 et seq.; sobre as possibilidades no direito civil v. Walther, 1995.

91. V. o discurso de Balzas em alemão em Nolte (Ed.), 1996, p. 96 et seq., assim como as revelações do ex-Capitão de Corveta Scilingo na p. 77 et seq.

pública mundial, para não mais aceitar as graves violações dos direitos humanos e perseguir os seus autores sobretudo nos próprios tribunais nacionais.

Bibliografia

AMBOS, Kai. "Art. 7 EMRK, *common law* und die Mauerschützen". *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, n. 88, p. 31, 2003.

_____. Corte Suprema de Justicia (CSJ)/Oberster Gerichtshof Von Chile, Santiago de Chile. Causa Rol 2.189 de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile/Urteil des Plenums vom 8 august 2000 (Aufhebung der Immunität von Augusto Pinochet). *Europäische Gründrechte-Zeitschrift* (EuGRZ), n. 28, p. 41-47, 2001a. Adaptação e tradução (com a colaboração de Verena Kox).

_____. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*. Ansätze einer Dogmatisierung. Berlin, 2002a.

_____. "Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht". *Juristenzeitung*, n. 54, p. 16-24, 1999. Em versão espanhola aumentada e actualizada: "El caso Pinochet y el derecho applicable". *Revista Penal*, n. 4, p. 3-20, España, 1999; *Nuevo Foro Penal*, n. 62, p. 159-185, Medellín, Kolumbien, sept.-dic. 1999.

_____. "Die Rechtsprechung zum internationalen Straf- und Strafverfahrensrecht". *Neue Zeitschrift für Strafrecht* – Rechtsprechungs-Report (NStZ-RR), n. 6, p. 225-237, 2001c.

_____. *Drogenkontrolle in Kolumbien, Peru und Bolivien*, Freiburg im Breisgau (Alemanha), 1993.

_____. "Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code: observations from an international criminal law viewpoint". *7 European Journal of International Law*, p. 519-544, 1996c.

_____. *Nuremberg revisited*. Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot. Strafverteidiger, 1997a. p. 39-43.

_____. "Pinochet – 2. akt.". *Juristenzeitung*, n. 54, p. 564-566, 1999b.

_____. "Superior responsibility". In: CASSESE; GAETA; JONES (Eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court.* A commentary. Oxford, 2002b. 3 vol., vol. I, p. 823-872.

_____. "Straflosigkeit in Argentinien für während der Militärdiktatur (1976-1983) begangene Taten des 'Verschwindenlassens'?". Gutachten für Opfer mit deutscher oder anderer Staatsangehörigkeit. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (EuGRZ), n. 25, p. 468-479, 1998b (com a colaboração de Guido Ruegenberg e Jan Woischnik). Em versão espanhola: dictamen producido por el Instituto Max-Planck para el derecho penal extranjero e internacional en Friburgo de Brisgovia, Alemania, acerca del siguiente problema jurídico: "A pesar de las disposiciones nacionales de exclusión de pena ('normas de impunidad'): ¿es legalmente posible que la República Federal de Alemania persiga penalmente a miembros de organismos estatales de Argentina por delitos que involucran la 'desaparición de personas' cometidos en ese país durante el período de la dictadura militar (1976-1983)?". In: Plataforma Argentina Contra La Impunidad (Ed.). *Contra la impunidad* (Simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos). Barcelona, 1998. p. 266-290; *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Argentinien 8 C, p. 441-481, 1999 etc.

_____. "Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen". *Zur "impunidad" in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht.* Freiburg i. Br., 1997. Edition iuscrim (Beiträge und Materialien aus dem MPI).

_____. "Straftlosigkeit von schweren Menschenrechtsverletzungen (impunity) und die Rolle des Völkerstrafrechts". In: ARNOLD; BURKHARDT; GROPP; KOCH. *Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60.* Freiburg: Geburtstag von Albin Eser, 1995. p. 249-277.

_____. "'Verbrechenselemente' sowie Verfahrens und Beweisregeln des Internationalen Strafgerichtshofs". *NJW*, n. 54, p. 405-410, 2001. Em ver-

são espanhola: "'Elementos del crimen' así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional". *La Ley* – Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, n. 21, p. 1-4, 26.12.2000.

_____. "Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen". *Archiv des Völkerrechts*, n. 37, p. 318-356, 1999c.

_____. "Zum Stand der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof und ein Internationales Strafgesetzbuch". *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 7, p. 263-271, 1996a.

_____."Zur Amnestierung von Menschenrechtsverletzungen in Lateinamerika aus völkerstrafrechtlicher Sicht". *Verfassung und Recht in Übersee*, p. 465-485, 1996d.

_____. "Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt". In: HASSE, Jana; MÜLLER, Erwin; SCHNEIDER, Patrícia (Hrsg.). *Humanitäres Völkerrecht*. Baden-Baden, 2001b. p. 325-353.

_____. "Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statut". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 111, p. 175-211, 1999a. Em versão francesa reduzida: "Les fondements juridiques de la Cour Pénale Internationale". *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 10, p. 739-772, 1999. Em versão espanhola aumentada: "Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional". *Revista de Derecho Procesal*, Spanien, n. 3, p. 553-594, 1999; *Revista de Derecho Penal y Criminologia*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2. epoca, n. 5, p. 127-169, ene. 2000 etc.

_____. *Zur strafbefreienden Wirkung des "Handelns auf Befehl" aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht*. Juristische Rundschau, 1998. p. 221-226.

_____. "Zur 'Verrechtlichung' der Repression und strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung in Chile". In: NOLTE, Detlef (Ed.). *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*. Frankfurt, 1996b. p. 139-151.

_____; RUEGENBERG. "Internationale Rechtsprechung zum Straf- und Strafverfahrensrecht". *Neue Zeitschrift für Strafrecht* – Rechtsprechungs-Report, n. 3, p. 161-170, 1998; n. 4, p. 193-207, 1999; n. 5, p. 208, 2000.

_____; WENNING. "Rechtsprechung zum internationalen Straf- und Strafverfahrensrecht". *NStZ-RR*, n. 7, p. 289-296, 2002.

_____; STEINER. "Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene". *Juristische Schulung* (JuS), n. 41, p. 9-13, 2001.

AMNESTY INTERNATIONAL. *Report 1992*. London, 1992.

ARGENTINA. *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (Conadep), 1985. p. 16, 391.

BECKER, David. "Soziale und psychische Probleme der (Nicht-) Aufarbeitung der Vergangenheit in Chile". In: NOLTE, Detlef (Hrsg.). *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*. Frankfurt, 1996. p. 167-181.

BRUNNER, Georg (Hrsg.). *Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland*. Berlin, 1995.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES ARGENTINOS (CELS). *Boletim 5*, Buenos Aires, n. 17, ago.-set. 1989.

CHILE. *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Informe) – Edição extra, p. 22.

CUYA, Esteban. "Wahrheitskommissionen in Lateinamerika". In: NOLTE, Detlef (Hrsg.). *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*. Frankfurt, 1996. p. 33-66.

DOEHRING, Karl. *Völkerrecht*. Heidelberg, 1999.

GUTIÉRREZ T., Gabriel. "Reflexiones sobre la impunidad". *Consejería Presidencial de los Derechos Humanos:* justicia, derechos humanos e impunidad. 2. ed. Bogotá, 1991. p. 219-251.

HASSE, Jana. "Bestrafung oder Amnestie?". In: HASSE, Jana; MÜLLER, Erwin; SCHNEIDER, Patricia (Hrsg.). *Humanitäres Völkerrecht*. Baden-Baden, 2001. p. 55 et seq.

HESS, Burkhard. "Staatenimmunität und völkerrechtlicher Rechtsschutz bei politischem Mord – Die Beilegung der Letelier-Affäre vor einer US-chilenischen Schiedskommission im Januar 1992". *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts* (IPRax), p. 110-114, 1993.

HUHLE, Rainer. "Ein Schritt vorwärts und zwei zurück? Der 'Fall Letelier' im Prozess der Rückgewinnung von Demokratie und Rechtstaatlichkeit in Chile". In: NOLTE, Detlef (Hrsg.). *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*. Frankfurt, 1996. p. 182-203.

INTERNATIONALER MILITÄRGERICHTSHOF (IMG). Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem IMG, Nürnberg. 14 November 1945 – 1 Oktober 1946. Band I, Nürnberg, 1947.

IPSEN, Knut. "Völkerrechtliche Verantwortlichkeit und Völkerstrafrecht". In: IPSEN, Knut (Hrsg.). *Völkerrecht, 4 Aufl.* München, 1999.

JÄGER, Herbert. *Makrokriminalität*. Studien zur Kriminologie kollektiver. Gewalt, 1989.

_____. "Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts". In: HANKEL; STUBY (Hrsg.). *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen:* Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozesse. Hamburg, 1995. p. 325-354.

KAISER; KERNER; SACK; SCHELLHOSS (Eds.). *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*. 3. ed. Heidelberg, 1993.

LEITENBERGER, Kathryn. "Frieden durch Wahrheit". In: HASSE, Jana; MÜLLER, Erwin; SCHNEIDER, Patricia (Hrsg.). *Humanitäres Völkerrecht*. Baden-Baden, 2001. p. 514 et seq.

LIRA, Elizabeth. "Sich errinern heisst, die Vergangenheit noch einmal mit dem Herzen durchleben". In: NOLTE, Detlef (Hrsg.). *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*. Frankfurt, 1996. p. 152-166.

MERKEL, Reinhard. "Politik und Kriminalität. Über einige vernachlässigte Probleme der deutsch-deutschen Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht". In: UNSELD, Sigfried (Hrsg.). *Politik ohne Projekt?* Frankfurt/M., 1993. p. 298-332.

MIECK, Ilja. "Die Revolution und das Königturm: Der Prozess gegen Ludwig XVI (1792/3)". In: DEMANDT, Alexander (Hrsg.). *Macht und Recht*. Grosse Prozesse in der Geschichte. München, 1990. p. 187-212.

NAUCKE, Wolfgang. *Strafjuristische Privilegierung staatsverstärker Kriminalität*. Frankfurt/Main, 1996.

NOLTE, Detlef (Hrsg.). *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*. Frankfurt, 1996.

_____. "Wahrheit und Gerechtigkeit oder Vergessen?". In: NOLTE, Detlef (Hrsg.). *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*. Frankfurt, 1996. p. 7-28.

PERU. Proyecto de Código de Procedimiento Penal. "Exposición de motivos". Lima, p. VI, jul. 1990.

RAKATE, Pheyno Keiseng. "Towards a restorative model of justice – The South African experience". In: HASSE, Jana; MÜLLER, Erwin; SCHNEIDER, Patricia (Hrsg.). *Humanitäres Völkerrecht*. Baden-Baden, 2001. p. 542 et seq.

ROHT-ARRIAZA, Naomi (Hrsg.). *Impunity and human rights in international law and practice*. New York/Oxford, 1995.

RÖLING, B.V.A.; RÜTER, C.F. (Hrsg.). *The Tokyo Judgement*. The International Military Tribunal for the Far East. Amsterdam, 1977. vol. I und II.

RÜTER, Christiaan Frederik. "Die strafrechtliche Ahndung von Staatsverbrechen, begangen durch Militär und Polizei". In: FRIEDRICH; WOLLENBERG (Hrsg.). *Licht in den Schatten der Vergangenheit*. Frankfurt, 1987. p. 67-82.

SCHRÖDER, Meinhard. "Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen". In: VITZTHUM, Graf (Hrsg.). *Völkerrecht, 2 Aufl.* Berlin/ New York, 2001.

SCHÜLLER-SPRINGORUM, Horst. *Kriminalpolitik für Menschen*. Frankfurt, 1991.

TRIFFTERER, Otto. *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*. Trad. para o português de Alexandra Rosado (Instituto Goethe de Lisboa) e revista pelo autor. Freiburg, 1966.

_____. "Regierungskriminalität durch Machtmissbrauch". In: KAISER; JEHLE (Hrsg.). *Kriminologische Opferforschung, Teilband I*. Heidelberg, 1994. p. 137-169.

_____. "Universeller Menschenrechtsschutz auch durch das Völkerstrafrecht? Von Nürnberg zum internationalen 'Jugoslawien-Tribunal' in Den Haag". *Politische Studien*, Sonderheft, n. 1, p. 32-55, 1995.

UN-GENERAL ASSEMBLY-INTERNATIONAL LAW COMMISSION (UN-GA-ILC). *The charter and judgement of the Nürnberg Tribunal*. New York, 1949.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Commission on Human Rights (UN-ECOSOC-CHR). "Relatório especial sobre execuções extra-legais das Nações Unidas", 1994.

_____. Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (Subcomission), 1992; 1993; 1994; 1995; 1996; 1997.

WALTHER, Susanne. "'Private' Ahndung schwerer Menschenrechtsverletzungen: Grenzüberschreitende Denkanstösse zum internationalen Strafrecht". In: ARNOLD; BURKHARDT; GROPP; KOCH (Hrsg.). *Grenzüberschreitungen.* Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser. Freiburg, 1995. p. 229-247.

WENDE, Peter. "Der Prozess gegen Karl I (1649) und die Englische Revolution". In: DEMANDT, Alexander (Hrsg.). *Macht und Recht.* Grosse Prozesse in der Geschichte. München, 1990. p. 171-186.

WEHRLE, Gerhard. "Without truth, no reconciliation. The South African Rechtsstaat and the Apartheid past". *Verfassung und Recht in Übersee*, n. 1, p. 58-72, 1996.

"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito

Luís Greco

Mestre pela Universidade Ludwig Maximilian, de Munique, e doutorando na mesma instituição.

Sumário: I – Considerações introdutórias – II – O primeiro grupo de dúvidas: o conceito de bem jurídico: 1. Conceito dogmático e conceito político-criminal de bem jurídico; 2. O primeiro problema: é possível um conceito político-criminal de bem jurídico?; 3. O segundo problema: esse conceito político-criminal de bem jurídico pode ser condição necessária para a incriminação?; 4. O terceiro problema: como distinguir bens jurídicos coletivos autênticos de falsos bens jurídicos coletivos?; 5. Síntese das considerações sobre o bem jurídico – III – O segundo grupo de dúvidas: a estrutura do delito: 1. Introdução; 2. A primeira dúvida: o que se deve entender por perigo concreto?; 3. A segunda dúvida: crimes de perigo abstrato e falsos bens jurídicos coletivos; 4. O caminho promissor: abandono de soluções globais em favor de um detalhado desenvolvimento das diversas estruturas do delito; 5. Síntese das considerações sobre o bem jurídico; 6. Síntese das considerações sobre a estrutura do delito – IV – Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O autor toma a cada vez difundida tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato como ponto de partida para uma análise da teoria do bem jurídico e das estruturas do delito (isto é, dos problemas relativos aos crimes de perigo concreto e abstrato). Suas conclusões caminham no sentido da

impossibilidade de critérios simples e globais, fazendo-se necessária uma abordagem tão diferenciada quanto os problemas que ela se propõe a resolver.

Palavras-chave: Princípio da lesividade; bem jurídico; crimes de perigo; perigo abstrato; fins do direito penal.

I – Considerações introdutórias

Adoramos estar na moda. Isso vale para o que o vestimos, comemos, para os lugares que freqüentamos – por que não valeria para as teorias que defendemos? Pois bem, não existe nada mais *in*, nada mais *fashion* atualmente do que dizer que os crimes de perigo abstrato seriam *in totum* inconstitucionais, por violarem um certo princípio da lesividade ou ofensividade.[1] Afinal, segundo esse princípio, não haveria crimes sem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico.[2] E como os crimes de perigo abstrato são justamente aqueles cujo tipo se conside-

1. O primeiro a defender esta tese entre nós, segundo vejo, foi Luiz Flávio Gomes, "A contravenção do art. 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto? (A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido)", *RBCCrim* 8/69 et seq. Depois, seguiram-se Paulo Queiroz, *Do caráter subsidiário do direito penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 112 e 150; Damásio de Jesus, *Crimes de trânsito*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 2 et seq.; *Lei antitóxicos*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15 et seq.; Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 30; Mariângela Magalhães Gomes, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 120 et seq.; Alice Bianchini, *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 67 et seq. Mais contido, Ângelo Roberto Ilha da Silva, *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 95 et seq., que admite a legitimidade destes crimes, desde que respeitados certos princípios.

A doutrina italiana, que é a mais importante fonte de inspiração dos críticos nacionais do perigo abstrato, parece já há muito ter abandonado a atitude meramente negativa em favor de uma análise mais diferenciada (cf. Fiandaca e Musco, *Diritto penale*. Parte generale, 3. ed., Bologna: Zanichelli, 1995, p. 176 et seq.; Fiore, *Diritto penale*. Parte generale, Torino: Utet, 1999, vol. I., p. 183 et seq.; Mantovani, *Diritto penale*, 3. ed., Padova: Cedam, 1999, p. 232, n. 70a; Marinucci e Dolcini, *Corso di diritto penale*, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1999, p. 416 et seq.; Padovani, *Diritto penale*, 3. ed., Milano: Giuffrè, 1995, p. 172; Pagliaro, *Principi di diritto penale*, 8. ed., Milano: Giuffrè, 2003, p. 246 et seq.). Radical, ainda, Ferrajoli, *Diritto e ragione*, 5. ed., Roma/Bari: Laterza, 1996, p. 482 e 739.

2. Por exemplo, Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade no direito penal*, São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 14.

ra preenchido sem que o bem jurídico seja sequer exposto a um perigo concreto, neles o dito princípio da lesividade estaria violado. Uma vez que este princípio teria hierarquia constitucional,[3] os crimes de perigo abstrato seriam simplesmente contrários à Constituição. Estariam já fulminados de inconstitucionalidade, não podendo mais ser aplicados, apenas se passíveis de reinterpretação em termos condizentes com o princípio. Não raro se complementa essa argumentação com algumas fórmulas também da moda: os crimes de perigo abstrato não seriam condizentes com um direito penal garantista, com um direito penal mínimo.[4] Violariam a presunção de inocência, por presumirem um perigo, e o princípio da culpabilidade. Não examinaremos essa segunda bateria de argumentos. Objeto das seguintes reflexões será unicamente a primeira linha argumentativa, a saber, a da medida em que o princípio da lesividade pode levar a que se reconheça a inconstitucionalidade de todos os crimes de perigo abstrato.

O que mais impressiona em toda essa argumentação é, ao lado de sua evidente coesão lógica, o grau de convicção daqueles que a desenvolvem. Por trás dessa atitude está o justificado descontentamento com um legislador que não pára de criar novos crimes – para citar um exemplo recente, a nova Lei sobre Armas de Fogo define como crime inafiançável a conduta de "disparo de arma de fogo", cominando-lhe pena superior à das lesões corporais (art. 15, Lei 10.826/2003).[5] O que me pergunto é se este tipo de postura não é quase tão descuidada e apressada quanto as normas que a motivam, porque tal juízo global de condenação dos crimes de perigo abstrato repousa sobre uma série de

3. Cf. idem, ibidem, p. 58 et seq.; Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 30, quer extraí-lo do art. 98, I, da CF, que fala em infrações de menor potencial "ofensivo".

4. Cf., quanto ao impreciso conceito de "direito penal mínimo", Greco, "Princípio da subsidiariedade no direito penal", *Dicionário de princípios jurídicos*, no prelo.

5. O dispositivo reza: "Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime. Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável". Esta conduta era, até então, mera contravenção penal.

premissas que não são de maneira alguma tão seguras como parecem supor os defensores deste posicionamento.

II – O primeiro grupo de dúvidas: o conceito de bem jurídico

1. Conceito dogmático e conceito político-criminal de bem jurídico

Se o princípio da lesividade ou ofensividade (usaremos as duas expressões indistintamente) significa a exigência de lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico, o conceito de bem jurídico torna-se uma das questões centrais. E aqui, justamente, se apontarão as primeiras dúvidas. Antes de prosseguirmos, é necessário fazer uma distinção entre dois conceitos de bem jurídico. Quando afirmamos que toda incriminação visa a defender um bem jurídico, o conceito de bem jurídico pode ser entendido, aqui, tanto de uma perspectiva dogmática, quanto de uma perspectiva político-criminal, ou, para usar a famosa terminologia de Hassemer, tanto de uma perspectiva imanente ao sistema, quanto transcendente ao sistema.[6]

De uma *perspectiva dogmática*, toda norma terá seu bem jurídico. O crime de casa de prostituição, por exemplo, (CP, art. 229) terá por bem jurídico a "moralidade pública sexual",[7] a bigamia (CP art. 235) o "interesse do Estado em proteger a organização jurídica matrimonial, consistente no princípio monogâmico".[8] Alguns autores consideravam que a revogada incriminação do homossexualismo, na legislação alemã, protegia o bem jurídico "interesse so-

6. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Vebrechens*, Frankfurt a. M.: Europäische Verlagsanstalt, 1980, p. 19. Na doutrina italiana, fala Ferrando Mantovani, op. cit., p. 213, em concepção "juspositivista" e "metapositivista" de bem jurídico.

7. Cf. Cézar Bitencourt, *Código Penal comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 912.

8. Idem, ibidem, p. 926.

cial na normalidade da vida sexual".[9] Quanto a este conceito, não há qualquer dúvida ou problema. Ele nada mais é que o interesse protegido por determinada norma, e onde houver uma norma, haverá um tal interesse.

Mas quando discutimos os limites do poder legal de incriminar, não é esse o conceito de bem jurídico que nos interessa. Afinal, este conceito está à completa disposição do legislador. Com base neste conceito, só se poderá dizer se algo é um bem jurídico se o legislador assim houver decidido. O que precisamos saber é se é possível trabalhar com um conceito não mais dogmático, e sim *político-criminal* de bem jurídico; noutras palavras, se se pode esperar do conceito de bem jurídico alguma eficácia no sentido de limitar o poder de punir do Estado.

Neste trabalho, não trataremos do conceito dogmático de bem jurídico, mas unicamente do político-criminal. Tal não implica separar dogmática de política-criminal,[10] nem desconhecer em que medida o conceito dogmático dependerá do conceito político-criminal. A rigor, penso que o conceito dogmático deverá ser construído nos moldes que lhe sejam fornecidos pelo conceito político-criminal, e alguns apontamentos nesse sentido serão feitos no correr do estudo. Ocorre que, por razões de espaço, concentrarei as atenções no exame do conceito político-criminal de bem jurídico, fazendo só observações pontuais a respeito da relevância dogmática dessa categoria político-criminal.

2. *O primeiro problema: é possível um conceito político-criminal de bem jurídico?*

a) O panorama: entre defensores e céticos

Primeiramente, um curto panorama sobre a discussão no Brasil e na Alemanha. No *Brasil*, a doutrina tradicional, a rigor, nem sempre utilizar as palavras

9. Maurach, *Deutsches Strafrecht* – Besonderer Teil, 4. ed., Karlsruhe: C. F. Müller, 1964, p. 411.

10. O que não se mostra mais possível desde o fundamental estudo de Roxin, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, 2. ed., trad. Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002 (1.ª edição publicada originalmente em 1970). Mais detalhes sobre essa abordagem, chamada "funcional", em Greco, "Introdução à dogmática funcionalista do delito", *RBCCrim* 32/120 et seq., 2000.

"bem jurídico", preferindo por vezes o termo objeto ou objetividade jurídica. Como esta diferença é apenas terminológica, pode-se dizer que ela já conhecia o conceito de bem jurídico, mas em sua dimensão exclusivamente dogmática. Ou seja, a nossa doutrina majoritária, acostumada exclusivamente com o conceito dogmático de bem jurídico, não costuma reconhecer qualquer função crítica ou político-criminal à idéia.[11] Em geral, só a partir de investigações mais recentes se começou a propor um conceito de bem jurídico como diretriz para o legislador.[12] Segundo vejo, pioneiro aqui foi Juarez Tavares.[13]

Na *Alemanha*, ao contrário do que talvez se pense, a situação não é tão diversa. Ao lado de alguns defensores do conceito político-criminal de bem jurídico,[14] há uma vasta doutrina majoritária que ou a rejeita de modo expres-

11. Cf. Hungria, in: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. II, vol. I, p. 10 et seq.; Bruno, *Direito penal*. Parte geral, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 212; Magalhães Noronha, *Direito penal*, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, vol. I, p. 115; Fragoso, *Lições de direito penal*. Parte geral, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 268 et seq.

12. Uma pequena amostra, ordenada alfabeticamente, sem qualquer pretensão de ser completa: Nilo Batista, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 94 et seq.; Fernando Capez, *Consentimento do ofendido e violência desportiva*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114; Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, passim; Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico...*, cit.; Ilha da Silva, op. cit., p. 29 et seq.; Magalhães Gomes, op. cit., p. 90 et seq.; Luís Régis Prado, *Bem jurídico-penal e Constituição*, 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2003, passim; Juarez Tavares, *Teoria do injusto penal*, 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 197 et seq.

13. Com o estudo "Critérios de selação de crimes e cominação de penas", *RBCCrim*, São Paulo, número especial de lançamento, p. 78 et seq., 1992.

14. Por exemplo, Freund, in: HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von (Ed.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. München: Beck, 2003. vor §§ 13 ff./42 et seq.; Hassemer, "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", in: PHILIPS; SCHOLLER (Ed.). *Jenseits des Funktionalismus*. Heidelberg: Decker u. Müller, 1989. p. 91-92); "Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?", in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 64, para o qual proibições penais sem bem jurídico seriam "terrorismo estatal"; Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln: Heymanns etc., 2002, p. 18 et seq.; "Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm", in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 119 et seq.; "Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsbefürworters", in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die*

so,[15] ou se mantém numa cética reserva.[16] E a Corte Constitucional alemã, que teve em 1994 a oportunidade de aplicar a teoria do bem jurídico ao exa-

Rechtsgutstheorie. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 386 et seq.; Otto, *Grundkurs Strafrecht*, 6. ed., Berlin/New York: DeGruyter, 2000, § 1/40; Roxin, "Wandlung der Strafrechtswissenschaft", *JA*, p. 223, 1980; "Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen", *JA*, p. 546, 1980; Rudolphi, "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", *Festschrift für Honig*, Göttingen: Otto Schwarz & Co., 1970, p. 163 et seq.; *Systematischer Kommentar*, 6. ed., Neuwied: Luchterhand etc., 1997, vor § 1/8; Schünemann, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", in: SCHÜNEMANN et al. (Eds.). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: DeGruyter, 2001. p. 26 et seq.; "Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation", in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 133 et seq.; Stächelin, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 80 et seq.

15. Amelung, "Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz", in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 154 et seq. (a tradução deste estudo para o português, feita por mim, encontra-se no prelo); Appel, *Verfassung und Strafe*, Berlin: Duncker & Humbloy, 1998, p. 206; "Rechtgüterschutz durch Strafrecht?", *KritV*, p. 278 et seq., 1999; Bockelmann e Volk, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, 4. ed., München: Beck, 1987, p. 11; Frisch, "An den Grenzen des Strafrechts", in: KÜPER; WELP (Eds.). *Festschrift für Stree und Wessels*. Heidelberg: C. F. Müller, p. 71 et seq.; "Wesentliche Voraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung", in: ESER (Ed.). *Vom totalitären zum rechtstaatlichen Strafrecht*. Freiburg: Max Planck Institut, 1993. p. 203 et seq.; "Straftat und Straftatsystem", in: WOLTER; FREUND (Eds.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996. p. 136 et seq.; "Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens", in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 216 et seq.; Jakobs, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *ZStW* 97/752, 1985; *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, 2. ed., Berlin: DeGruyter, 1991, § 2/1 et seq.; Michael Köhler, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, Berlin: Springer etc., 1997, p. 24 et seq.; Kuhlen, "Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?", in: WOLTER; FREUND (Eds.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996. p. 89 e 96; Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 1996, p. 144; Naucke, "Die Reichweite des Vergeltunsstrafrechts bei Kant", *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafens*, Baden Baden: Nomos, 2000, p. 81; Stratenwerth, "Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts", *ZStW* 105/692, 1993; *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 17; "Zum Begriff des 'Rechtsgutes'", in: ESER et al. (Eds.). *Festschrift für Theodor Lenckner*. München: Beck, 1998. p. 391; "Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter", in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 255 et seq.; Vogel, "Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *StV*, p. 112, 1996; Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts* – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, Berlin: Duncker & Humblot, 1999, p. 279.

16. Cf. principalmente os manuais e comentários: Lenckner, em Schönke e Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. ed., München: Beck, 2001, vor §§ 13 et seq./10; Gropp, *Strafrecht* – Allgemeiner

minar a problemática da proibição do porte de haxixe para uso pessoal, fez questão de não o fazer.[17] Desde essa decisão pode-se afirmar que os defensores do conceito político-criminal de bem jurídico se encontram na defensiva, havendo mesmo quem brinque com a metáfora de estar o conceito de bem jurídico moribundo, no leito de morte, ou declarado morto por seus opositores.[18]

Ainda assim, o conceito político-criminal de bem jurídico teve, ao menos historicamente, uma *grande conquista*: orientou amplas descriminalizações no *direito penal sexual alemão*. Para lembrar unicamente o exemplo mais significativo: na Alemanha, o homossexualismo masculino era uma conduta punível até a década de 70. Alguns autores valeram-se de um conceito crítico, político-criminal de bem jurídico para dizer que tais incriminações de condutas meramente imorais não tutelavam bem jurídico algum, sendo, portanto, ilegítimas.[19] Essa argumentação acabou por convencer o legislador, que aboliu o referido dispositivo, ao lado de muitos outros. Mas mesmo essa conquista é atualmente questionada por muitos. Para Frisch[20] e Stratenwerth,[21] por exemplo, o conceito de bem jurídico aqui pouco fez; a descriminalização do homossexualismo masculino decorreria de mudanças culturais, elas sim decisivas.

Mais: alguns autores não vêem no bem jurídico qualquer conteúdo liberalizante, no sentido que lhe é atribuído por muitos, e sim um mecanismo que

Teil, Berlin: Springer etc., 1998, § 3/27 et seq.; Jescheck e Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts* – Allgemeiner Teil, 5. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 7 et seq.; Wessels e Beulke, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, 33. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2003, n. 9.

17. BVerfG em NJW 1994, p. 1.577 et seq.

18. Cf. os dois defensores do conceito político-criminal de bem jurídico Hefendehl, "Das Rechtsgut als materialer...", cit., p. 119; e Schünemann, "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", cit., p. 133.

19. Em especial Herbert Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1957, p. 6 et seq.; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg: Cram de Gruyter, 1963, p. 413 et seq.; Hanack, "Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?", *Gutachten A für den 47*, München: Deutschen Juristentag, Beck, 1968, n. 29 et seq.

20. Frisch, "Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur...", cit., p. 218.

21. Stratenwerth, "Zum Begriff...", cit., p. 389 et seq.

mais e mais serve de base para legitimar a expansão do direito penal.[22] Podemos mencionar aqui Jakobs, para o qual a idéia de bem jurídico pode no máximo chegar a um direito penal de inimigo, oposto ao direito penal cidadão, sendo a finalidade deste não a proteção de bens jurídicos, e sim a maximização de esferas de liberdade,[23] e Volk, que verifica que o conceito de bem jurídico mudou completamente de função, abandonando a função crítica para passar a fundamentar as novas incriminações do direito penal econômico e ambiental.[24]

Enfim, o conceito de bem jurídico pode ser tudo, menos amplamente aceito. Pelo contrário, tanto no Brasil, como na Alemanha, ele é defendido por uma doutrina minoritária. A única diferença entre nós e os alemães parece ser que aqui está na moda falar de bem jurídico, enquanto lá a moda agora é recusá-lo. Tais observações não significam, porém, que essa doutrina minoritária não possa ter razão; elas valem, ainda assim, como primeiro sinal de cuidado, no sentido de que é melhor parar e refletir a respeito de nossas certezas. É o que faremos a seguir.

b) A problemática do conceito político-criminal de bem jurídico: onde fundamentá-lo?

Queremos um conceito de bem jurídico capaz de restringir o poder de incriminar do legislador.[25] O problema é, assim, de onde extraí-lo. Na Alema-

22. Este perigo, em especial no que se refere a bens jurídicos coletivos, é apontado mesmo por defensores do conceito político-criminal de bem jurídico, como repetidamente faz Hassemer, "Grundlinien einer personalen...", cit., p. 89; "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterchutz", *NStZ*, p. 557, 1989; *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. ed., München: Beck, 1990, p. 275; "Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland", in: SIMON (Ed.). *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994. p. 299 e 307; "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", *StV*, p. 484, 1995.

23. Jakobs, "Kriminalisierung im Vorfeld...", cit., p. 756.

24. Volk, "Strafrecht und Wirtschaftskriminalität", *JZ*, p. 88, 1982.

25. Estamos abstraindo da pergunta, também relevante, quanto a se esta limitação ao poder do legislador tem necessariamente de ser prestada pelo conceito de bem jurídico, e não por alternativas. Uma alternativa que vem ganhando cada vez mais adeptos é a teoria da lesão a direitos, que remonta a Feuerbach (cf. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt: Henningsche Buchhandlung, 1799, reimp. Aalen, 1966, vol. I, p. 65; *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Tasche: Chemnitz, 1800, reimp. Aalen, 1966, vol.

nha, as propostas são as mais variadas. Existem autores que buscam inspiração na filosofia de Kant e Fichte,[26] como outros que a procuram na filosofia da linguagem anglo-saxônica.[27] Pode-se observar, contudo, que a maior parte destas propostas ficou sem continuidade. Uma única delas parece de algum modo prosperar: a de definir o bem jurídico com *arrimo na Constituição*.[28] Estar-se-ia, assim, diante de um conceito político-criminal de bem jurídico vinculante para o legislador, porque ele seria extraído diretamente da Constituição, sendo portanto dotado de hierarquia constitucional. Esse parece ser igualmente o caminho preferido pelos defensores brasileiros do conceito político-criminal de bem jurídico.[29]

c) A problemática do conceito constitucional de bem jurídico (I): o caráter aberto e impreciso das Constituições

O problema que tal *conceito constitucional de bem jurídico* coloca salta aos olhos já à primeira vista. Se a Constituição é necessariamente aberta, se inúmeros valores, mesmo conflitantes, encontram acolhida em seu seio, como se pode falar numa limitação ao poder do legislador? Tais dúvidas, que são colocadas mesmo

II, p. 12 et seq.; *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. ed., Giessen: Heyer, 1847, § 21); entre os autores atuais, defende posicionamento bastante similar à teoria da lesão a direito Naucke, "Zu Feuerbachs Straftatbegriff", *Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts*, Baden Baden: Nomos, 2000, p. 191 et seq.; mais decididos, Klaus Günther, "Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts", in: JUNG et al. (Eds.). *Recht und Moral*. Baden Baden: Nomos, 1991. p. 210; "Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein 'Paradigmawechsel' im Strafrecht?", in: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT a. M. (Ed.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt a. M.: Peter Lang etc., 1995. p. 445 et seq.; Kargl, "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz", in: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT a. M. (Ed.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt a. M. usw.: Peter Lang, 1995. p. 62.

26. Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 128 et seq.

27. Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a. M.: Klostermann, 1989, p. 137 et seq.

28. Cf., entre outros, Roxin, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, 3. ed., München: Beck, 1997, vol. I, § 2/9; Merkel, *Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus*, Baden Baden: Nomos, 1994, p. 297 et seq.; Rudolphi, "Die verschiedenen Aspekte...", cit., p. 158; *Systematischer Kommentar*, cit., vor § 1/5; Stächelin, op. cit., p. 80 et seq.

29. Batista, op. cit., p. 96; Carneiro Coelho, op. cit., p. 130; Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico...*, cit., p. 86 et seq.; Ilha da Silva, op. cit., p. 83 et seq.; Magalhães Gomes, op. cit., p. 90 et seq.; Régis Prado, op. cit., p. 90 et seq.

em face da Lei Fundamental alemã,[30] aplicam-se com muito mais razão diante de uma Constituição analítica como a do Brasil. Exemplificando: nem mesmo a incriminação do homossexualismo poderia ser deslegitimada com base exclusiva na Constituição, porque esta tem dispositivos tutelando a família (art. 226 et seq.) e a moralidade (art. 221, IV). Foi similar, aliás, a argumentação da Corte Constitucional alemã, quando, em 1957, se viu obrigada a examinar a constitucionalidade da proibição, que foi decidida em sentido afirmativo.[31] A *pergunta* é, portanto, *se a Constituição, aberta como ela reconhecidamente é, pode excluir algum interesse, algum valor, para considerá-lo impassível de tutela por meio do direito penal.*

Parece-me que, apesar das considerações acima tecidas, a resposta deve recair em *sentido positivo*, porque, por exemplo, uma norma como a Lei de Proteção do Sangue Alemão e da Honra Alemã, de 15.09.1935, que, em seus §§ 1.º e 2.º, proibia a "maculação da raça" (*Rassenschande*) pelo casamento ou pelo coito entre alemães e judeus,[32] seria manifestamente ilegítima em face da ordem constitucional tanto alemã, como brasileira, vez que ambas vedam discriminações por motivos de raça ou origem.[33] Mais: mesmo a norma que proíbe o homossexualismo poderia ser criticada com argumentos de direito constitucional, atinentes a direitos fundamentais como a liberdade, a privacidade e a intimidade, que teriam de prevalecer sobre a tutela constitucional da família e da moralidade.

Mas, uma vez que se responda a essa pergunta desta maneira, em sentido afirmativo, cai-se imediatamente em um novo problema: a argumentação crítica acima tecida aparentemente dispensa o conceito de bem jurídico. O que se utilizaram foram valores e princípios constitucionais, e só – se o leitor duvidar, releia

30. Cf., levando em conta a doutrina do direito constitucional, Appel, *Verfassung und Strafe*, cit., p. 476; de acordo também Frisch, "Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur...", cit., p. 217.

31. BVerfGE 6 (1957), p. 389 et seq.

32. A respeito, cf. Sigg, *Das Rassestrafrecht in Deutschland in den Jahren 1935-1945 unter besonderer Berücksichtigung des Blutschutzgesetzes*, Aarau: Sauerländer, 1951, p. 49 et seq.

33. Nesse sentido também Roxin, *Strafrecht*, cit., § 2/11 (sem, é claro, falar da Constituição brasileira).

o parágrafo anterior. Não seria o conceito de bem jurídico algo dispensável? Não bastaria afirmar que o direito penal só pode tutelar *valores acolhidos, ou ao menos não-vedados, pela Constituição?* Com isso estamos diante do próximo problema, que diz respeito à necessidade ou não de um conceito constitucional de bem jurídico ao lado da Constituição de que já dispomos.

d) A problemática do conceito constitucional de bem jurídico (II): imprescindível ou mera duplicação conceitual?

O conceito de bem jurídico teria alguma função ao lado do conjunto de valores constitucionais? Não se poderia dizer que o fim do direito penal é proteger valores constitucionais, sem precisar propor um novo termo, tornando sem razão de ser as intermináveis discussões a seu respeito? Parece-me que grande parte dos defensores do conceito de bem jurídico, especialmente entre nós, o utiliza como sinônimo desta descrição "valor acolhido ou não vedado pela Constituição", apesar de isso fazer do conceito algo dispensável. Não seria, portanto, mais adequado renunciar ao conceito de bem jurídico, falar unicamente em tutela de valores constitucionais, e com isso simplificar consideravelmente a teoria geral do direito penal?

Creio que a resposta deve recair em sentido negativo, porque o bem jurídico-penal, apesar de ter de ser arrimado na Constituição – afinal, doutro modo, não poderia limitar o poder do legislador –, deve ser necessariamente mais restrito do que o conjunto dos valores constitucionais. Nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo direito penal. A palavra-chave aqui é o *princípio da subsidiariedade*, ou da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima: como o direito penal dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma afetação de qualquer interesse de caráter ínfimo para legitimar a intervenção penal.[34] A nossa Constituição protege até mesmo os interesses do Colégio

34. Observe-se que não trabalhei aqui com as tradicionais formulações do princípio, segundo as quais a pena seria a mais grave das sanções, à qual portanto só se poderia recorrer uma vez que o legislador não dispusesse de nenhum outro meio menos grave, como o direito administrativo

Pedro II, ao qual dedica dispositivo próprio, em que declara: "O Colégio Pedro II, localizado na Cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal" (art. 242, § 2.º). É necessário, muito mais, que o bem seja dotado de alguma relevância, de fundamental relevância, de relevância tamanha que se possa justificar a gravidade da sanção que a sua violação em regra acarreta. Daí por que precisamos de uma definição de bem jurídico mais restrita do que a mera referência a valores constitucionais.

e) A problemática do conceito constitucional de bem jurídico (III): como defini-lo?

Com o que estamos diante do seguinte desafio: se o conceito de bem jurídico não pode servir de mero espelho da Constituição, mas tem de necessariamente excluir algo, como defini-lo? Aqui, as propostas doutrinárias realmente abundam, e ao contrário do que declara o conhecido brocardo latino, esta abundância de fato prejudica, porque ela implica em confusão, em desorientação, quando o que se quer é justamente um parâmetro para orientar o legislador. Já se propuseram as mais diversas definições de bem jurídico, que vão desde "interesse juridicamente protegido"[35] a "valor objetivo que a lei reconhece como necessita-

ou o direito civil. É de se dar razão a Tiedemann, que aponta que, muitas vezes, estes outros ramos do direito podem ser bem mais limitadores da liberdade do que o direito penal (Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 1969, p. 145, n. 22; "Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung", In: TIEDEMANN, Klaus (Ed.). *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, 2. Aufl. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 9 et seq., SS. 16-17; "Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht", *JuS*, p. 690, 1989; "Strafrecht in der Marktwirtschaft". In: KÜPER; WELP (Eds.). *Festschrift für Stree und Wessels*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993. p. 530-531; de acordo também Schünemann, "Alternative Kontrolle der Wirtschaftskrimininalität", in: DORNSEIFER et al. (Eds.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln: Heymanns etc., 1989. p. 632; Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 234). Parece-me, portanto, que uma tarefa urgente diante da qual a moderna doutrina dó direito penal se encontra é reestudar o princípio da subsidiariedade, levando em consideração este problema. Para mais reflexões, cf. Greco, "Princípio da subsidiariedade...", cit.

35. Principalmente Liszt, "Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft", *ZStW* 8/133 et seq., 1888; Liszt e Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26. ed., Berlin/Leipzig: DeGruyter, 1932, p. 4. Similar, Figueiredo Dias, "A questão

do de proteção",[36] "valor elementar da vida em comunidade",[37] "unidade funcional social",[38] "pretensão de respeito",[39] "relação real da pessoa com um valor concreto reconhecido pela comunidade"[40] etc.

Creio que este cansativo debate é, em grande medida, terminológico, e talvez seja por isso que se observa um crescente desinteresse da doutrina a seu respeito. Tem-se a impressão de estarem todos a dizer aproximadamente a mesma coisa, mas valendo-se de palavras distintas. Na verdade, parece-me que o essencial é, de fato, compreender que existem nada mais do que três questões fundamentais no momento de definir o conceito de bem jurídico. A primeira delas diz respeito a que este interesse, valor, unidade funcional, pretensão de respeito etc. seja de *importância fundamental* para alguém, de modo que a existência ou o bem-estar deste alguém estariam severamente ameaçados caso a incriminação inexistisse. Aqui, não há problema algum, parece haver grande acordo ou ao menos possibilidade de acordo na doutrina. A segunda questão diz respeito a este mencionado "alguém": para quem o bem jurídico deve ter importância fundamental? Para os indivíduos, para a coletividade ou para os dois?

Este tópico é calorosamente debatido atualmente na Alemanha. São imagináveis três posições, apesar de, na prática, serem defendidas unicamente duas. De um lado, encontram-se os adeptos da chamada *concepção dualista de*

do conteúdo material do conceito de crime (ou fato punível)", in: *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 63.

36. Mezger, *Strafrecht* – Ein Lehrbuch, 3. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1949, p. 201. Similar, Bitencourt, *Tratado de direito penal*, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 204; Carneiro Coelho, op. cit., p. 130.

37. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlin: DeGruyter, 1969, p. 1-2.

38. Rudolphi, "Die verschiedenen Aspekte...", cit., p. 163; de acordo, Fiandaca e Musco, op. cit., p. 5.

39. Schmidhäuser, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, 2. ed., Tübingen: Mohr, 1984, § 5/27. De acordo, Gropp, op. cit., § 3/28.

40. Otto, op. cit., § 1/32.

bem jurídico, entre os quais se encontram Tiedemann,[41] Kuhlen,[42] Schünemann,[43] Hefendehl[44] e, em Portugal, Figueiredo Dias,[45] e que parece ser a posição dominante: para esta concepção, há bens jurídicos tanto individuais, quanto coletivos, e não se pode reduzir os bens jurídicos individuais à sua dimensão de interesse coletivo e nem vice-versa os bens jurídicos coletivos à sua dimensão de interesse individual. Bens jurídicos individuais e coletivos seriam ambos igualmente legítimos e admissíveis. Do outro lado, encontram-se os que pugnam por uma *concepção monista-pessoal de bem jurídico.* Para estes autores, atualmente encabeçados por Hassemer, ponto de partida são os interesses individuais.[46] Bens jurídicos da coletividade só podem ser reconhecidos na medida em que referíveis a indivíduos concretos. A coletividade por si só não é objeto de proteção do direito penal. A terceira posição seria *monista-estatal ou monista-coletivista*, para a qual todos os bens jurídicos serão reflexo de um interesse do Estado ou da coletividade. Bens jurídicos individuais não seriam reconhecíveis enquanto tais, porque o indivíduo só seria protegido na medida em que isso interessasse ao Estado ou ao coletivo. Como dissemos, esta posição, pelo seu evidente autoritarismo, não é mais praticamente sustentada. Ela foi apaixo-

41. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen...*, cit., p. 119 et seq.; *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*, Berlin/New York: DeGruyter, 1980, p. 28; "Wirtschaftsstrafrecht...", cit., p. 691; *Wirtschaftsbetrug*, Berlin/New York: DeGruyter, 1999, p. XII.

42. Kuhlen, "Umweltstraftrecht – Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik", *ZStW* 105/704, 1993.

43. Schünemann, "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", *GA*, p. 208 et seq., 1994, em áspera polêmica contra o conceito monista-pessoal de bem jurídico.

44. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 73.

45. Figueiredo Dias, op. cit., p. 63 e 74.

46. Hassemer, "Grundlinien einer personalen...", cit., p. 91-92; "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *ZRP*, p. 379, 1992; de acordo, também, Hohmann, "Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht", *GA*, p. 76 et seq., 1992; Stächelin, op. cit., p. 100. Entre nós, decidido e enfático, Tavares, *Teoria do injusto...*, cit., p. 216 et seq.; próximos, ademais, Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro*, São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 464 et seq., n. 236.

nadamente propugnada por Binding[47] e, na atualidade, vejo em Weigend seu único defensor na Alemanha.[48-49]

Para se utilizar um exemplo concreto: uma teoria dualista não terá qualquer dificuldade em reconhecer o *meio ambiente* como um bem jurídico coletivo, nem sempre redutível a bens jurídicos individuais.[50] Já uma teoria monista-pessoal poderá ter problemas com este conceito, havendo mesmo quem negue a existência de um bem jurídico coletivo meio ambiente, considerando todas as infrações ambientais meros crimes de perigo abstrato contra a vida ou a integridade física de pessoas concretas.[51]

Creio que a teoria monista-pessoal do bem jurídico, por interessante que seja, não pode ser aceita, porque ela lança sobre os bens jurídicos coletivos um estigma que não lhes faz verdadeira justiça. Bens jurídicos coletivos não são uma novidade no direito penal. Eles não foram introduzidos com o moderno direito penal ambiental e econômico. Os crimes de falsidade de moeda e de corrupção, existentes em toda e qualquer legislação penal desde tempos esquecidos, tutelam bens jurídicos coletivos, e nada há de errado com isso. O problema dos bens jurídicos coletivos não está em referi-los a indivíduos, e sim, como veremos abaixo, em distinguir bens jurídicos coletivos autênticos de meras retificações de bens

47. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4. ed., Leipzig: Felix Meiner, 1922, vol. I, p. 358.

48. Weigend, "Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen", *ZStW* 98/59, 1986.

49. Próximos, também, Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Jr., "A finalidade da sanção penal", *Pena e Constituição*, São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 44: "a função da pena é a de proteger os bens jurídicos para garantir a sobrevivência do Estado".

50. Nesse sentido, enfaticamente Schünemann, "Kritische Anmerkungen...", cit., p. 209; "Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts", in: SCHMOLLER (Ed.). *Festschrift für Otto Triffterer*. Wien/New York: Springer, 1996. p. 437 et seq.; "Vom Unterschicht- zum Oberschichtstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?", in: KÜHNE; MIYAZAWA (Ed.). *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderung in Japan und Deutschland*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. p. 27; e Tiedemann, *Die Neuordnung des...*, cit., p. 10, 18 e 28; "Wirtschaftsstrafrecht...", cit., p. 693; Kuhlen, "Umweltstraftrecht...", cit., p. 705; Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 307.

51. Assim, especialmente, Hohmann, op. cit., p. 82.

jurídicos individuais. Veremos que, ao contrário do que defende a teoria monista-pessoal, quanto menos um bem jurídico coletivo se deixar referir a indivíduos, menos problemático ele será. Além do mais, nem sempre será possível referir o bem jurídico coletivo aos interesses de indivíduos concretos. Para dar um exemplo:[52] a pretensão de arrecadar os impostos devidos continua a ser um bem jurídico, ainda que o dinheiro obtido seja utilizado para comprar tanques de guerra e não para a construção de jardins de infância. Da mesma forma, e agora o exemplo é meu, pouco importa que nenhum interesse individual seja afetado pela conduta do particular que em segredo gratifica o funcionário público para que este realize, já depois do expediente, um ato vinculado a que o particular tinha de qualquer forma direito, mas que só seria praticado bem depois. Se ainda assim, apesar de ausente qualquer referência a interesses individuais, os defensores da teoria pessoal-monista quiserem admitir a punibilidade nestes dois casos (alegando que, por exemplo, a arrecadação de impostos ou a honestidade da Administração afeta, bastante indiretamente, interesses individuais), então acabam por trabalhar com uma noção de "referência indireta ao indivíduo" tão ampla, que só parecem diferir da concepção dualista no que se refere à terminologia. Ou seja: *temos de partir de uma teoria dualista do bem jurídico.*

Resolvidas estas duas questões, a da fundamental relevância daquilo que se entenda por bem jurídico e a do titular do bem jurídico como os indivíduos e a coletividade, resta uma terceira: a de se o bem jurídico deve ser entendido como *realidade fática* ou como uma *entidade meramente ideal.* Entre as definições acima mencionadas, algumas há que com bastante clareza consideram o bem jurídico um ideal: em especial as que se referem a "valores" ou à "pretensão de respeito". Já as que se referem a uma "unidade social funcional" ou a uma "relação real" buscam fixar o bem jurídico na realidade.[53] Muitas vezes, porém, não é da definição do conceito de

52. Retirado de Amelung, op. cit., p. 162.

53. Detalhes sobre a discussão em Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 27 et seq.

bem jurídico, e sim da explicação que dá o autor sobre as relações entre bem jurídico e objeto da ação que veremos se defende ele um conceito realista ou idealista de bem jurídico. Assim, por exemplo, Liszt, que definia bem jurídico como interesse juridicamente protegido, parece à primeira vista trabalhar com um conceito realista, mas, ao diferenciar bem jurídico e objeto da ação, diz que só o objeto da ação pode ser lesionado, enquanto o bem jurídico, encontrando-se além do mundo fenomênico, ou seja, além do domínio da lei causal, é impassível de qualquer agressão.[54] Esta questão não é, ao contrário do que possa parecer, meramente terminológica, porque ela está estreitamente ligada ao problema dos bens jurídicos aparentes ou falsos, de que abaixo trataremos. Sem adiantar o que logo além se irá dizer, declare-se unicamente que definições de bem jurídico que o transformem em uma entidade ideal, em um valor, em algo espiritual, desmaterializado, são indesejáveis, porque elas aumentam as possibilidades de que se postulem bens jurídicos *à la volonté*, para legitimar qualquer norma que se deseje.[55] Ordem pública, segurança pública, incolumidade pública, confiança, tudo isso pode ser mais facilmente entendido como bem jurídico se o conceito deste se referir a meras entidades ideais, e não a dados concretos. Por isso, parece-me mais desejável trabalhar com um conceito de bem jurídico como realidade, posição que entre nós defende Juarez Tavares.[56] Note-se que realidade não é o mesmo que realidade empírica, porque o mundo real não se esgota naquilo que se pode verificar por meio da investigação das ciências naturais:[57] a honra, por exemplo, é uma realidade, apesar de não lhe ser essencial o aspecto empírico.

Resolvidas estas três questões, aí sim o resto torna-se problema terminológico. Podemos falar em interesses, funções, dados, elementos, no que quisermos. Prefiro

54. Liszt, "Der Begriff des Rechtsguts...", cit., p. 153.

55. Assim, apontando a proximidade entre a concepção ideal de bem jurídico e bens jurídicos falsos, Amelung, op. cit., p. 173 et seq., e Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 33.

56. Cf. Tavares, "Critérios de selação de crimes...", cit., p. 79. Cf. ademais Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 28; Amelung, op. cit., p. 166.

57. Por exemplo, Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 28.

usar o termo "dados", pela sua maior conotação fática:[58] bens jurídicos seriam, portanto, *dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional.* Por isso é que o fato de o Colégio Pedro II ser mantido na órbita federal não é um bem jurídico, enquanto a vida, a liberdade, a autenticidade da moeda e a probidade da Administração[59] o são.

3. *O segundo problema: esse conceito político-criminal de bem jurídico pode ser condição necessária para a incriminação?*

Agora tocaremos numa das questões mais delicadas em torno da teoria do bem jurídico. Definimos bem jurídico como dado necessário para a realização pessoal e para a subsistência de um sistema social. Mas estará o direito penal adstrito à exclusiva proteção de bens jurídicos? Ser-lhe-á realmente vedado incriminar uma conduta para proteger algo que não um bem jurídico?

Em regra, especialmente no Brasil, quem se vale de um conceito político-criminal de bem jurídico não duvida desta vedação. Lembremos unicamente a afirmação de Hassemer, segundo a qual incriminações sem bens jurídicos não passariam de "terrorismo estatal".[60] Afinal, de que valeria a idéia de bem jurídico, se o legislador não estivesse adstrito a ela? Já na Alemanha, a situação começa a modificar-se. Poucos, mas cada vez mais autores, mesmo entre os defensores da teoria político-criminal do bem jurídico, começam a aceitar, ainda que em caráter excepcional, incriminações sem bem jurídico, por alguns chamadas de *delitos de comportamento*.[61]

58. Não se ignoram as críticas à utilização deste termo (por exemplo, Stratenwerth, "Zum Begriff...", cit., p. 381), mas, como dissemos, elas não atingem o cerne da questão, uma vez que ao falar em dados quero apenas sugerir que o bem jurídico é uma realidade, e que não pode ser fruto da simples fantasia do legislador (ou do intérprete).

59. Quanto a estes dois últimos bens jurídicos coletivos, há porém séria controvérsia doutrinária a respeito da formulação adequada. Cf. a nota 143, sobre o segundo deles, por exemplo.

60. Hassemer, "Darf es Straftaten geben...", cit., p. 64.

61. Entre os defensores do conceito de bem jurídico, mencionem-se Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 52 et seq. (em especial p. 64 e p. 73); "Das Rechtsgut als materialer...", cit., p.

Coloquemos um exemplo. O art. 32 da Lei 9.605/1998 erige em crime a conduta de "praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos". Se alguém pega seu cão e o tortura, para depois abandoná-lo mutilado, deixando-o agonizar por horas, não consigo duvidar do caráter criminoso desta conduta. Contudo, tampouco consigo vislumbrar aqui qualquer bem jurídico afetado, porque definimos bem jurídico como dado fundamental de titularidade ou do indivíduo, ou da coletividade. Causar horríveis sofrimentos a um cão não afeta de modo algum qualquer esfera individual. E tampouco se pode dizer que este comportamento fira bens jurídicos da coletividade.

Talvez o leitor objete: como não? A revolta que sentimos diante de tal comportamento dá indícios da existência de um bem jurídico, sim. Ele poderia formular-se como o sentimento de solidariedade para com certos animais superiores. Este sentimento tratar-se-ia, obviamente, de um bem jurídico coletivo.

Tal formulação, não o nego, seria possível e defensável. Ela aliás fora proposta por Roxin na terceira edição de seu tratado.[62] Ocorre que ela cria um grande problema, talvez maior do que aquele que ela pretende solucionar, porque a partir do momento em que sentimentos de revolta pela prática de dado comportamento servem de base para legitimar a sua punição, pode-se até mesmo declarar o homossexualismo uma conduta punível, vez que há muitíssimas pessoas que manifestam similar revolta diante de tal comportamento. Ou, para usar um exemplo de Jakobs, até a violação de normas de etiqueta à mesa poderia ser considerada um crime:[63] imagine-se a revolta que não decorria do fato de alguém liberar sonoramente gases malvindos num jantar oficial. Noutras palavras: o preço de se

128; Andrew v. Hirsch, "Der Rechtsgutsbegriff und das *harm principle*", in: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 21 et seq. (em especial p. 25); Roxin, Nova versão § 2 para a 4. ed. de *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, ago. 2003, inédito, n. 52 et seq.; Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, cit., vor § 1/11.

62. Roxin, *Strafrecht*, cit., § 2/21.

63. Jakobs, *Strafrecht*, cit., § 2/19.

dilatar o conceito de bem jurídico para compreender também sentimentos superiores implica num abandono de qualquer função crítica. E é por isso que, na ainda não publicada quarta edição de seu manual, propõe Roxin que se reconheça que, na tutela penal de animais, está-se diante de incriminações sem bem jurídico.[64]

Roxin fala ainda em mais duas exceções à idéia de bem jurídico como condição necessária da punição. Além da proteção de animais e plantas,[65] menciona ele a proteção ao embrião[66] e aos interesses de gerações futuras,[67] porque, se é verdade que nenhum destes dois interesses é passível de referência aos indivíduos hoje concretamente existentes, nem às condições de subsistência do atual sistema social, também é verdade que a sua excepcional fragilidade justifica uma intervenção do direito penal. Ou seja, seria necessário reconhecerem-se três exceções à necessidade de um bem jurídico para justificar uma punição. Deixemos porém de lado estas duas outras exceções, e concentremo-nos unicamente no delito de maus-tratos a animais, porque tanto o embrião, como as gerações futuras ainda se referem a interesses de seres humanos, enquanto no caso da tortura imposta a um cão, nem mediatamente se pode falar em qualquer referência a um interesse humano.

Diante deste estado de coisas, são possíveis *três posturas*. A *primeira* delas, radical e conseqüente, seria declarar que de fato os interesses envolvidos no tipo de maus tratos a animais não são bens jurídicos e por isso não podem ser objeto de tutela penal.[68] Creio que este posicionamento, louvável por sua consistência e

64. Roxin, *Nova versão § 2...*, cit., n. 52 et seq.; assim também Jakobs, *Strafrecht*, cit., § 2/19, e Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, cit., vor § 1/11. Para um curto e não muito atualizado panorama das discussões em torno do objeto tutelado pelo delito de maus tratos a animais, cf. Wiegand, *Die Tierquälerei*, Lübeck: Schmidt-Römhild, 1979, p. 125 et seq.

65. Roxin, *Nova versão § 2...*, cit., n. 55 et seq.

66. Idem, ibidem, n. 52 et seq.

67. Idem, n. 57 et seq.

68. Nesse sentido, pouquíssimos autores, como, por exemplo, Dulce Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid: Dykinson, 2000, p. 58.

coragem – porque a maioria dos defensores intransigentes da proteção de um bem jurídico como princípio absoluto prefere nem dizer como resolvem este problema –, é impraticável e indesejável. Em especial a crescente preocupação com o meio ambiente, com a biodiversidade, com a subsistência não só da fauna, como mesmo da flora, obrigará a que se tutele penalmente interesses não necessariamente referidos ao bem-estar do homem.

A *segunda saída* seria a continuação da proposta acima feita por meu hipotético leitor. Ela consistiria em expandir o conceito de bem jurídico para compreender também o bem-estar animal. Com isso, salvar-se-ia a idéia de bem jurídico como necessário para qualquer incriminação. Mas o conceito de bem jurídico seria de tal maneira dilatado que sequer se poderia imaginar alguma incriminação que o dispensasse. Cair-se-ia ou numa teoria que legitima a incriminação do homossexualismo ou, caso nos referíssemos à idéia de valores constitucionais, a incriminação de tentativas de retirar o Colégio Pedro II da esfera federal.

A *terceira proposta* é nas linhas de Roxin e Hefendehl. Ela implica em reconhecer exceções à idéia de bem jurídico como condição necessária para a incriminação. Claro que ela teria a desvantagem de enfraquecer, à primeira vista, o potencial crítico da categoria do bem jurídico, uma vez que agora se pode proibir mesmo sem bem jurídico. Ocorre que tal enfraquecimento é, em verdade, um fortalecimento, porque a recusa de diluir o conceito de bem jurídico permite demarcar com precisão em que ponto se está utilizando o direito penal para tutelar interesses que já não são referíveis ao homem e ao sistema social existentes, impondo àquele que defende uma tal incriminação um forte ônus de fundamentação. Além disso, abre-se um horizonte completamente novo para a investigação científica, a saber, o da formulação de critérios para a legitimação de incriminações sem bem jurídico. Hefendehl, por exemplo, esforça-se no sentido de formular tais critérios, afirmando que é necessária uma convicção enraizada no sentido da necessidade de respeitar determinada norma de

comportamento.[69] É verdade que esse critério tampouco parece convincente, mas a necessidade de se pensar a respeito nunca teria sido vista, caso insistíssemos em remendar a definição inicial de bem jurídico. Muito pelo contrário, muitas incriminações já estariam de antemão justificadas, porque sempre se poderia alegar defenderem elas bens jurídicos, segundo o conceito dilatado do segundo caminho. A terceira proposta merece, assim, nossa acolhida, porque ela mostra as coisas com maior clareza, impede que, por meio de uma modificação *ad hoc* das premissas iniciais, se jogue a poeira para debaixo do tapete, o que é a única maneira de evitar que depois nos deparemos com surpresas desagradáveis. Ela está longe de ser ideal, é verdade. O problema diante do qual nos encontramos não é passível de uma solução perfeita, e o que interessa é saber qual entre as possíveis soluções é a menos ruim. Parece-me que a terceira o é, porque, para usar uma imagem, ela ao menos evita que o cavalo de tróia atravesse as muralhas do bem jurídico e acabe por derrubá-las de dentro para fora.

Ou seja: o bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus tratos a animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social. Se há outras exceções, se elas são as três apontadas por Roxin, ou se também outras, qual o seu fundamento, tais são problemas relativamente recentes e que no âmbito deste sucinto trabalho têm de ficar em aberto. Eles marcam porém pontos nevrálgicos para futuras investigações.

4. *O terceiro problema: como distinguir bens jurídicos coletivos autênticos de falsos bens jurídicos coletivos?*

Por fim, o terceiro e último problema a respeito do conceito político-criminal de bem jurídico. Optamos por uma concepção dualista do bem jurídico,

69. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 56.

isto é, reconhecemos bens jurídicos coletivos em seu pleno direito, ao lado de bens jurídicos individuais. Mas um rápido apanhado de bens jurídicos coletivos já demonstra que nem todos apresentam o mesmo *pedigree*. De um lado, temos bens jurídicos coletivos como o meio ambiente, a fé pública (crimes de falso), a Administração Pública e sua probidade (crimes de corrupção). De outro, a incolumidade pública (chamados crimes de perigo comum[70]), a saúde pública (crimes de tóxico),[71] a segurança no trânsito (crimes de trânsito),[72] as relações de consumo (crimes contra o consumidor).[73] O curioso é que este segundo grupo de bens jurídicos coletivos é proposto e defendido pela generalidade de nossa doutrina, em alguns casos (crimes de perigo comum) sem maiores questionamentos, em outros, como nos crimes de tóxico e de trânsito, justamente como alternativa à construção de crimes de perigo abstrato. Ou seja, eles são propostos pelos defensores garantistas do direito penal dito mínimo, que repudia crimes de perigo abstrato. O que não parece ser visto é que, no final das contas, *acabou-se por legitimar, da mesma forma, a antecipação do direito penal.*[74] Só que no caso dos crimes de perigo abstrato, antecipa-se a proibição; no bem jurídico coletivo, antecipa-se a própria

70. Criticamente quanto a este conceito de perigo comum, cf. Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, cit., vor § 1/9a, e Heine, em Schönke e Schröder, op. cit., vor §§ 306 ff./19, que acertadamente relevam que o perigo comum não se refere a um bem jurídico supra-individual, e sim a bens jurídicos individuais de várias pessoas.

71. Rudolf Schmitt, "Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?", in: SCHROEDER, F. C.; ZIPF (Eds.). *Festschrift für Maurach*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 125; Endriß e Malek, *Betäubungsmittelstrafrecht*, 2. ed., München: Beck, 2000, n. 30; Klaus Weber, *Betäubungsmittelgesetz Kommentar*, 2. ed., München: Beck, 2003, § 1/3 et seq.; Borja Jiménez, *Curso de política criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 199; Jesus, *Lei antitóxicos*, cit., p. 12; Celso *Delmanto*, Tóxicos, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 16.

72. Kühl, in: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch*. 24. ed. München: Beck, 2001. § 315/1; Wessels e Hettinger, *Strafrecht* – Besonderer Teil, 27. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2003, n. 978; Rengier, *Strafrecht* – Besonderer Teil II, 2. ed., München: Beck, 1999, § 43/1; Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 11, p. 13.

73. Jesus, "Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo", *RBCCrim* 4/81 et seq., 1993.

74. Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 25, chega a antever esta crítica, e responde com pouca clareza.

lesão. E mais: como agora haveria verdadeira lesão, e não mais mero perigo abstrato, como a saúde pública seria lesionada, e não somente posta em perigo abstrato pelo porte de entorpecentes (art. 16 da Lei de Tóxicos), desaparecem todos e quaisquer problemas de legitimidade. Afinal, o tal princípio da lesividade, que exige lesão (ou perigo concreto) a um bem jurídico, estaria atendido – com o que surgem dúvidas a respeito de se não demos uma grande volta para acabar em situação pior daquela da qual saímos, *pois ao menos os crimes de perigo abstrato tinham a virtude de não ocultar o fato de que o direito penal está realmente se antecipando*. Já certos bens jurídicos coletivos resolvem tudo, acabam com todos os problemas, e é nisto, justamente, que está o maior problema.

Pois bem, este artifício não é uma construção nacional. Já há décadas empenham-se vários autores em inventar bens jurídicos coletivos a todo momento que necessitam de um fundamento para legitimar uma proibição um tanto estranha.[75] E isso não tem interesse meramente teórico, porque a postulação de um bem jurídico coletivo acaba tendo um segundo efeito prático, além da já apontada legitimação da criminalização antecipada por meio de sua ocultação: *uma legitimação da sanção exasperada*. Vejamos alguns exemplos.

O art. 311 da Lei de Trânsito define como crime a conduta de "velocidade incompatível", definida nos seguintes termos: "trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano. Pena – detenção, de seis meses a um ano, ou multa". Já a lesão corporal culposa (art. 121, § 6.º, do CP) é punida com detenção de dois meses a um ano. Damásio de Jesus considera o referido crime um delito de lesão ao bem jurídico coletivo incolumidade públi-

75. Cf., além dos autores citados nas notas anteriores, principalmente Tiedemann, por exemplo, *Wirtschaftsbetrug*, cit., § 265/6, onde argumenta ser necessário postular um bem jurídico coletivo no crime de fraude contra seguro, pois doutro modo não se conseguiria "explicar" (isto é, justificar) a elevada cominação penal. Também admitindo um bem jurídico coletivo neste crime, Lackner e Kühl, op. cit., § 265/1.

ca;[76] por isso, sequer se vê diante do problema da sanção absurda. Já quem considere tal crime um crime de perigo[77] terá em suas mãos o instrumentário adequado para criticar a cominação legal. Afinal, puniu-se a mera exposição a perigo com pena mais grave do que a própria lesão ao bem jurídico individual integridade física.

Outro exemplo ainda mais gritante, aliás um dos mais gritantes de todos, é a Lei de Tóxicos, que pune o tráfico de entorpecente com pena de 3 a 15 anos de reclusão e multa (art. 12). Se temos um bem jurídico saúde pública, é mais fácil tentar explicar o porquê de tal sanção draconiana.[78] O crime passa a ser, afinal, crime de lesão![79] Se dispensarmos, porém, esse bem jurídico coletivo e trabalharmos unicamente com bens jurídicos individuais, em especial com a integridade física de quem recebe o tóxico, transformando estes crimes em crimes de perigo abstrato, ganhamos duas coisas. Primeiramente, vemos a criticabilidade da proibição, que tutela um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular. E com isso *abrimos as portas para uma interpretação teleológica restritiva do tipo*: este tipo só deverá aplicar-se caso a vontade do titular do bem jurídico seja juridicamente irrelevante, por estar viciada de erro, por ser ele doente mental, menor, louco ou inculpável por qualquer outro motivo.[80] O segundo problema deste bem jurídico coletivo é legitimar a *sanção absurda*, pois se o tráfico de tóxico nada mais é do que uma conduta que gera um perigo abstrato de lesão à integridade física, esta conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de

76. *Crimes de trânsito*, cit., p. 227.

77. Observe-se que a norma fala em "gerar perigo de dano", o que é indicação clara de perigo concreto, e não só abstrato. Mas até a interpretação deste tipo como de perigo abstrato seria mais benéfica do que a postulação do bem jurídico coletivo.

78. Se bem que nem assim isso seja de todo possível, como apontei em *meu* estudo "Tipos de autor e Lei de Tóxicos", *RBCCrim* 43/226.

79. Assim Jesus, *Lei antitóxicos*, cit., p. 16.

80. Conclusão próxima em Frisch, "An den Grenzen...", cit., p. 95; "Wesentliche Voraussetzungen...", cit., p. 218; e Queiroz, op. cit., p. 116. Isso independentemente de outras considerações restritivas, tais como as que propus em meu estudo citado na penúltima nota.

lesão, no caso as lesões corporais. Estas são punidas em sua forma simples com detenção, de três meses a, no máximo, um ano.

E é por isso que parte da doutrina embarcou num empreendimento que, segundo me parece, será uma das mais fecundas utilizações da teoria do bem jurídico: a *desconstrução de bens jurídicos só aparentemente coletivos*. Roxin,[81] Schünemann,[82] Hefendehl[83] e Amelung,[84] entre outros, esforçam-se por criticar certos bens jurídicos, como os acima apontados, e mais alguns, interpretando os respectivos tipos como crimes de perigo abstrato para um bem jurídico individual. Argumenta-se em especial que os referidos bens jurídicos só são aparentemente coletivos, uma vez que eles não passam da soma de vários bens jurídicos individuais.[85] A soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente, porém, para constituir um bem jurídico coletivo, porque este é caracterizado pela elementar da não-distributividade, isto é, ele é indivisível entre diversas pessoas.[86] Assim, cada qual tem a sua vida, a sua propriedade, independente das dos demais, mas o meio ambiente ou a probidade da Administração Pública são gozados por todos em sua totalidade, não havendo uma parte do meio ambiente ou da probidade da Administração Pública que assista exclusivamente a A ou a B. Já o bem jurídico saúde pública, por exemplo, nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem coletivo.

81. Roxin, *Nova versão § 2...*, cit., n. 79.

82. Schünemann, "Das Rechtsgüterschutzprinzip...", cit., p. 149; cf. também "Vom Unterschicht- zum Oberschichtstrafrecht...", cit., p. 26, 28.

83. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 139 et seq.

84. Amelung, op. cit., p. 171 et seq.

85. Cf. as passagens citadas nas notas anteriores. Só Amelung trabalha com considerações um pouco diversas: para ele, estaremos diante de um bem jurídico aparente quando o suposto bem jurídico não passar de uma descrição substantivada do próprio comportamento em conformidade à norma, tal como seria o caso no suposto bem jurídico "moralidade".

86. Cf. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 112 e 123.

Este empenho no sentido de desconstruir pseudo-bens jurídicos coletivos é extremamente recente e tem sido levado adiante de modo ainda muito intuitivo. Não está claro se e em que medida o critério da não-distributividade é realmente capaz de efetivar aquilo que ele promete, a separação entre o joio e o trigo, porque os defensores de tais bens coletivos não se cansam de afirmar que eles são mais do que a soma dos diversos bens individuais.[87] É o momento, a meu ver, de se pensar *em critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos*, para impedir que se legitimem leis absurdas com construções *ad hoc*, sem qualquer fundamento, mantendo a consciência dos penalistas limpa e imperturbada, em razão de estarem respeitando o tal princípio da lesividade – ao menos da boca para fora. Mas esta necessidade de se formularem critérios para postulação de bens jurídicos coletivos não foi vista nem mesmo na Alemanha. Aqui se abre todo um campo para um trabalho pioneiro.

5. *Síntese das considerações sobre o bem jurídico*

Em síntese, podemos observar três aspectos:

– *O conceito político-criminal de bem jurídico é possível.* Ele tem de estar arrimado na Constituição, mas não se limita a meramente refletir os valores que a Constituição consagra, uma vez que somente valores fundamentais podem justificar a gravidade da intervenção penal (princípio da subsidiariedade). Estes valores podem ser tanto do indivíduo, como da coletividade, merecendo acolhida a concepção dualista de bem jurídico. Assim sendo, definimos bem jurídico como dado fundamental para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social.

– *A tutela de um bem jurídico não é, porém, condição necessária para a legitimidade de uma incriminação.* Em casos excepcionais, como o dos maus tratos a

87. Tiedemann, *Die Verbrechen...*, cit., p. 10 et seq.; "Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?", *Verhandlungen des 49*, Deutschen Juristentages, München: Beck, 1972, p. C 19 et seq.; Jesus, *Lei antitóxicos*, cit., p. 11.

animais, não será possível falar em bem jurídico no sentido acima proposto. Para evitar uma total diluição do conceito de bem jurídico, com sacrifício de seu caráter crítico, é melhor admitir exceções – ainda que com enorme cautela. Abre-se, com isso, todo um novo campo para a investigação científica, que diz respeito aos critérios com base nos quais se podem reconhecer tais exceções.

– Por fim, *é preciso cuidado com pseudo-bens jurídicos coletivos*. Falar em saúde ou incolumidade pública, por exemplo, esconde os déficits de legitimidade de antecipações da tutela penal. A categoria dos crimes de perigo abstrato, referida a um bem jurídico individual, é muito mais crítica, porque expõe estes problemas com toda clareza. É necessário, porém, formular critérios para a distinção entre bens jurídicos coletivos autênticos e aparentes, algo que nem mesmo na Alemanha se viu ser necessário.

III – O segundo grupo de dúvidas: a estrutura do delito

1. Introdução

Demos início a nossas considerações ao examinarmos a assertiva segundo a qual crimes de perigo abstrato seriam inconstitucionais, em razão do tal princípio da lesividade. Ocorre que, após a análise do bem jurídico acima realizada, ainda não começamos a falar verdadeiramente da problemática dos crimes de perigo abstrato, porque, como foi só recentemente visto na Alemanha, mas não ainda entre nós,[88] o problema dos crimes de perigo abstrato pouco tem a ver com a questão do bem jurídico. A legitimação dos crimes de perigo abstrato não deve ser discutida à luz de considerações sobre o bem jurídico, e sim sobre outro tópico, que alguns autores começam a chamar de "estrutura do delito" (*Deliktstruktur*). *Ao tratar*

88. Uma aparente exceção seria Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade...*, cit., p. 43, em suas considerações a respeito da relação entre o que ele chama de "princípio da ofensividade" e o "princípio da proteção de bens jurídicos". Mas a leitura do resto do trabalho demonstra que ele de fato não diferencia suficientemente as duas questões.

do bem jurídico, está-se diante da pergunta: o que proteger? Ao tratar da estrutura do delito, o problema já não é mais o que proteger, e sim: como proteger?

É neste "como", na questão da estrutura do delito, que devemos examinar a problemática do crime de perigo abstrato. Explicitemos a questão por meio de um exemplo, a saber, o bem jurídico individual *vida*. Aqui, a primeira pergunta, quanto à existência de bem jurídico, se responde facilmente em sentido afirmativo, porque a vida é dado necessário para a realização pessoal, subsumindo-se, portanto, à definição acima proposta. A segunda ordem de considerações diz respeito à estrutura dos delitos que protegem a vida. Esta proteção pode ser efetivada por meio de *delitos de lesão*: pensemos no homicídio culposo e no homicídio doloso, sem falar em vários outros crimes em que a destruição da vida figura como qualificadora (lesão corporal seguida de morte, estupro com resultado morte). Outra estrutura de proteção é a dos *delitos de perigo concreto*: a vida é protegida por meio desta estrutura nos crimes de perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132, CP), no abandono de incapaz (art. 133),[89] no incêndio (art. 250).[90] Aqui, é necessário que de uma perspectiva *ex post* resulte efetivamente uma situação de fragilidade para o bem jurídico tutelado, que só se salva por obra do acaso.[91] Por fim, o bem jurídico vida pode ser protegido também por meio de crimes de perigo abstrato: por exemplo, o legislador proíbe a rixa (art. 137) não só no interesse da incolumidade pública,[92] como, principalmente, porque essa conduta pode provocar mortes.

Como vimos, entre nós tornou-se costumeiro declarar inconstitucionais *in totum* os crimes de perigo abstrato. Diz-se que isso resultaria do princípio da

89. Apesar de parte da doutrina falar em um bem jurídico "segurança" (Bitencourt, *Código Penal comentado*, cit., p. 482).

90. Apesar de parte da doutrina falar no pseudo-bem jurídico coletivo "incolumidade pública" (Bitencourt, *Código Penal comentado*, cit., p. 954).

91. Mais detalhes a respeito deste conceito normativo de perigo concreto abaixo, 2.

92. Para alguns autores, este bem jurídico figura ao lado do bem jurídico individual como objeto de tutela penal (Bitencourt, *Código Penal comentado*, cit., p. 511). Para a posição aqui defendida, trata-se de um falso bem jurídico.

lesividade, da necessária referência a um bem jurídico. Podemos afirmar, já de agora, que tal colocação do problema é falha, por tratar-se de um *erro categorial*. Nos crimes de perigo abstrato, o problema, em geral, não está no bem jurídico a ser protegido, pois este é o mesmo dos crimes de perigo concreto e dos crimes de lesão, a respeito de cuja legitimidade muitas vezes não se pode duvidar. O que se está afirmando, a rigor, é que *as estruturas do delito legítimas* se restringem a unicamente duas formas: à do delito de lesão e à do delito de perigo concreto. Essa afirmativa já pouco tem a ver com o problema do bem jurídico, previamente tratado. O próprio termo "princípio da lesividade" ou "ofensividade" convida a que se confunda a questão do bem jurídico com a questão da estrutura do delito. São estas as duas questões verdadeiramente decisivas, e é por isso que parece melhor não trabalharmos mais com a denominação princípio da ofensividade ou lesividade, e sim com a distinção entre proteção de bens jurídicos e estrutura do delito. Já tratamos acima do primeiro destes tópicos, atinente ao bem jurídico. Resta-nos o segundo, referente às estruturas do delito, com o que surge toda uma série de questionamentos, a que agora daremos voz.

2. *A primeira dúvida: o que se deve entender por perigo concreto?*

A linha divisória entre o legítimo e o ilegítimo, segundo a tese da ilegitimidade do perigo abstrato que agora examinamos, seria dada pelo caráter concreto ou abstrato do perigo criado. Ou seja, defender esta tese erige ao *status* de problema fundamental a definição do que seja perigo concreto, uma vez que ela demarcará os limites do ainda punível. Mas, curiosamente, todo o esforço de discussão da doutrina moderna sobre o conceito de perigo parece ser soberanamente ignorado pelos inimigos dos crimes de perigo abstrato, porque eles raramente se referem a esta discussão, e muito menos tomam partido em favor de uma ou outra das posições nela defendidas.

Ponto comum à grande maioria dos que se importam em definir o que seja *perigo concreto* é a perspectiva com base na qual ele deve ser ajuizado: trata-se da *perspectiva ex post*, isto é, levam-se em conta todas as circunstâncias reais, mesmo as somente conhecidas e cognoscíveis após a realização do fato.[93] Quanto a isto, não parece haver dúvida na doutrina alemã. Ainda assim, os críticos do perigo abstrato só raramente esclarecem se partem de uma perspectiva *ex ante* ou *ex post*.[94] E mais: a principal fonte de inspiração dos críticos nacionais do perigo abstrato, a doutrina italiana, considera amplamente que o juízo de perigo concreto deve formular-se segundo uma perspectiva *ex ante*, isto é, levando em conta unicamente as circunstâncias conhecidas e cognoscíveis no momento da prática do fato.[95] Com isso, os autores italianos acabam tendo um conceito de perigo concreto que é muito mais amplo do que o dos alemães, um conceito que compreende grande parte daquilo que os alemães chamam de perigo abstrato.[96]

Continuemos, porém, a nossa exposição, para depois tirarmos conclusões. Há, fundamentalmente, duas posturas a respeito do que seja perigo concreto. Uma, de *natureza ontológica*, proposta sobretudo por Horn e que acabou por encontrar pouquíssimos seguidores, afirma existir perigo concreto quando a não-ocorrência do resultado não é cientificamente explicável por meio de uma lei natural.[97] Segundo Horn, se não fosse possível afirmar em razão de qual lei natural o resul-

93. Hirsch, "Gefahr und Gefährlichkeit", in: HAFT et al. (Ed.). *Festschrift für Arthur Kaufmann*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993. p. 557 et seq.; Roxin, *Strafrecht*, cit., § 11/121; contra, pela perspectiva *ex ante*, Koriath, "Zum Streit um die Gefährdungsdelikte", *GA*, p. 52, p. 60 et seq., 2001.

94. Uma aparente exceção é Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 6, que fala em perspectiva *ex post*; digo aparente, porque, como veremos, este autor logo introduz mecanismos que compensam a restrição de punibilidade resultante da adoção desta perspectiva ("perigo comum, difuso ou coletivo").

95. Cf. Fiore, op. cit., p. 183; Mantovani, op. cit., p. 223 et seq.; Padovani, op. cit., p. 170.

96. Ao leitor que ainda não estiver familiarizado com os termos *ex ante* e *ex post*, peço que tenha a paciência de prosseguir na leitura, pois logo adiante, em dois parágrafos, trarei um exemplo que deve esclarecer o teor da argumentação.

97. Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln: Otto Schmidt, 1973, p. 159.

tado danoso deixou de ocorrer, se as leis naturais de que dispomos levassem-nos a diagnosticar a ocorrência de um resultado o qual, na verdade, não se sucedeu, então estaríamos diante de uma verdadeira situação de perigo concreto. Já a segunda concepção, de *caráter normativo*, rechaça a possibilidade de que se possa recorrer a dados ônticos, inerentes ao mundo do ser, para definir quando há perigo concreto. Para este conceito normativo de perigo, na formulação que ele recebe de Schünemann,[98] estaremos diante de um perigo concreto somente quando não se pudesse ter confiado na não-ocorrência do resultado. Noutras palavras: o bem jurídico terá passado por perigo concreto quando a inocorrência da lesão parece mera obra do acaso, quando um homem racional não pudesse contar com um final feliz para os acontecimentos. Este conceito normativo de perigo parte de longa tradição, tradição essa tanto doutrinária, podendo encontrar-se formulações similares ao menos desde Binding, que falava em "abalo da certeza existencial de um bem jurídico",[99] como jurisprudencial, havendo vários julgados em que aparece a idéia da não-ocorrência do resultado por mero acaso.[100] É este o conceito de perigo concreto hoje majoritário.[101]

Agora surge a seguinte indagação: será esta a compreensão de perigo concreto acolhida por aqueles que consideram ilegítimos os crimes de perigo abstrato? Para dar um exemplo: digamos que alguém, em estado de embriaguez, ultrapasse um motociclista pela direita, além disso saindo de sua faixa e avançando bastante sobre a do motociclista. Ocorre que este motociclista compete em *motocross* e não tem a menor dificuldade em recuar um pouco a própria

98. Schünemann, "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahlrässigkeits-und Gefährdungsdelikte", *JA*, p. 796, 1975.

99. Binding, op. cit., p. 372-373.

100. Por último, BGH NStZ 1996, p. 83 et seq.

101. Por exemplo, Roxin, *Strafrecht*, cit., § 11/125; Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p. 223 et seq.; Ostendorf, "Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts", *JuS*, p. 430, 1982. Entre nós, Damásio de Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 6.

motocicleta, evitando, assim, um acidente. Será que aqui a doutrina brasileira consideraria inaplicável o dispositivo do art. 306 do Código de Trânsito, o qual incrimina a conduta de "conduzir veículo automotor, na via pública, sob influência de álcool ou de substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem"? Se realmente o entender como crime de perigo concreto, a resposta só pode ser afirmativa, uma vez que, aqui, o resultado não deixou de ocorrer por acaso, e sim pelas superiores capacidades do motociclista. De um ponto de vista *ex post*, essas superiores capacidades devem ser levadas em conta, e elas refutam a suspeita de que haveria perigo. Mas Luiz Flávio Gomes, por exemplo, insiste que o tipo "não exige perigo concreto para pessoa determinada, ao contrário, trata-se de perigo a um número indeterminado de pessoas (perigo indireto ou comum), que entraram no raio de ação da conduta causadora de riscos".[102] Da mesma forma, Damásio de Jesus, que, apesar de adotar o conceito de perigo concreto da moderna doutrina dominante,[103] o faz só nominalmente, uma vez que se limita a exigir um "perigo comum (difuso ou coletivo)", declarando que, no crime de embriaguez ao volante, "ainda que nenhum indivíduo da coletividade venha a ser exposto a perigo, há crime, desde que ocorra rebaixamento do nível de segurança do tráfego".[104-105] E quem entender, na esteira da doutrina italiana, que o juízo de perigo se formula de uma perspectiva *ex ante*, não poderá levar em conta o fato de que o motociclista é competidor de *motocross* – algo de que só se pode saber depois da prática do fato, ou seja, *ex post* – para excluir a existência do perigo concreto.

A rigor, nossos críticos do perigo abstrato só conseguem ser tão radicais porque trabalham com um conceito de perigo concreto bem mais amplo, bem

102. Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade...*, cit., p. 105.

103. Como observei em nota anterior, de número 101.

104. Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 8.

105. Substancialmente idêntica também Bianchini, op. cit., p. 69.

menos severo, do que o proposto pela doutrina alemã, porque se até "perigo comum", perigo para número indeterminado de pessoas, é perigo concreto, se existe uma "teoria do perigo concreto indireto",[106] então grande parte daquilo que a doutrina dominante pode, no máximo, considerar crime de perigo abstrato acabou sendo elevado à categoria dos crimes de perigo concreto e tornada legítima.

Ou seja: o primeiro problema da crítica global aos crimes de perigo abstrato é não explicitar o conceito de perigo concreto do qual ela parte. Esta indeterminação acaba por flexibilizar e atenuar a radicalidade da tese analisada, porque muito do que costumamos compreender por crimes de perigo abstrato já passará a ser, segundo a imprecisa concepção examinada, perigo concreto – e escapará facilmente do juízo de ilegitimidade.

3. *A segunda dúvida: crimes de perigo abstrato e falsos bens jurídicos coletivos*

A radicalidade da tese defendida pelos inimigos do crime de perigo abstrato levaria, se fosse ela real, à inconstitucionalidade de muitos mais dispositivos do que eles parecem imaginar. Isso porque é muito fácil recusar globalmente estes crimes, se se continua a trabalhar com aqueles bens jurídicos "coletivos" que acima criticamos, como a paz pública, a incolumidade pública, a saúde pública etc. Mas, uma vez que se recusem tais bens jurídicos, que devem ser decompostos em bens jurídicos individuais que na verdade são, ver-se-á que muitíssimas incriminações antes incontroversas não passam de crimes de perigo abstrato – e que nada há de errado com isso.

Vejamos, por exemplo, o *crime de envenenamento de água potável* ou de substância alimentícia ou medicinal (art. 270): "envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo". A doutrina dominante ainda trabalha com um bem jurídico cole-

106. Assim, Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade...*, cit., p. 105.

tivo: a incolumidade pública.[107] Se compreendermos este delito como um delito para a proteção de bens jurídicos individuais, como a vida e a integridade física, será ele transformado em um crime de perigo abstrato.[108] Duvidará alguém da legitimidade desta incriminação? Aliás, uma vez que se recuse tanto o bem jurídico incolumidade pública, quanto a saúde pública, quase todos os crimes do Título VIII ("Dos crimes de perigo comum"), Capítulo III ("Dos crimes contra a saúde pública"), passarão a ser crimes de perigo abstrato contra bens jurídicos individuais.

E isso com o ganho acima explicitado: primeiramente, *abre-se todo um novo campo para interpretar restritivamente o alcance da proibição nos referidos tipos*. Por exemplo, o crime de charlatanismo (art. 283), que pune o ato de "inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível", uma vez entendido como crime de perigo abstrato em defesa especialmente da integridade física, mas em casos limite também da vida da pessoa enganada, tem seus alicerces profundamente abalados, pois, em princípio, a vítima pode autocolocar-se em perigo, sem que isto gere qualquer responsabilidade para terceiros que venham a participar de tal ação perigosa.[109] Quem acredita em "cura por meio secreto ou infalível" o faz, em regra, a próprio risco, porque, nos dias de hoje, é amplamente sabido que tais meios não existem. A exceção a esta regra será o caso em que a vítima padece de algum déficit de responsabilidade: por exemplo, ela sofre de um mal grave, que turva a sua capacidade de compreensão ou de autodeterminação, em termos análogos aos do art. 26 do CP (que trata da inimputabilidade), ou é menor, ou doente mental, ou está laborando em erro não imputável a ela mesma. Outro exemplo acima examinado foi o dos crimes de tóxicos.

107. Bitencourt, *Código Penal comentado*, cit., p. 991.

108. Cf. Lackner e Kühl, op. cit., § 314/1; Heine, em Schönke e Schröder, op. cit., § 314/2. No sentido do crime de perigo abstrato, também, Bitencourt, *Código Penal comentado*, cit., p. 992, se bem que o autor dirija este perigo à incolumidade pública e não a bens jurídicos individuais.

109. Cf. a respeito Roxin, *Funcionalismo e imputação objetiva*, trad. Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, § 11/91 et seq.

Em segundo lugar, como acima já apontamos, *a desmistificação de bens jurídicos coletivos faz penas desproporcionadas saltarem aos olhos*. Não precisamos citar outra vez os exemplos acima dados; daremos unicamente mais um, o do art. 270, o crime de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal. Acabamos de dizer que ninguém pode duvidar da legitimidade desta incriminação. É verdade; mas pode-se e deve-se duvidar da legitimidade da pena de reclusão, de dez a quinze anos, porque, por mais perigosa que seja a presente ação, ela não deixa de ser um mero crime de perigo abstrato, que jamais pode ser punido com pena mais alta que a do próprio delito de lesão. E os respectivos crimes de lesão, aqui, são punidos ou com reclusão, de dois a oito anos (tomemos unicamente a lesão corporal gravíssima), ou com reclusão, de seis a vinte anos (homicídio simples). O único ponto de vista que poderia justificar penas relativamente mais elevadas seria, aqui, o fato de que o perigo é gerado para um número indeterminado de pessoas. Mas ainda assim esse ponto de vista não poderia fazer a pena mínima começar acima da do crime de homicídio.

As vantagens de se recusarem bens jurídicos pseudo-coletivos são, portanto, muitas. O que perguntamos, assim, é o seguinte: como se posicionam os críticos do crime de perigo abstrato em relação a este problema, já que eles têm, a rigor, duas opções? A primeira é acolherem as críticas aqui formuladas a tais bens jurídicos falsamente coletivos e com isso terem de declarar inconstitucionais quase todos os chamados crimes contra a saúde pública, por exemplo. E a segunda é, para salvarem a constitucionalidade de tais proibições, terem de admitir a postulação de bens jurídicos coletivos a gosto, aqui e toda vez que se queira resgatar a legitimidade de alguma incriminação. É infelizmente esta segunda postura a mais difundida entre os críticos brasileiros do crime de perigo abstrato. Alguns chegam mesmo a declarar que o bem jurídico coletivo é desejável, justamente por resolver todos os problemas,[110] deixando de ver que é exatamente nesta aparente simplificação que está o problema.

110. Assim, especialmente, Jesus, *Crimes de trânsito*, cit., p. 23; Luiz Flávio Gomes, *Princípio da ofensividade...*, cit., p. 103, que fala na necessidade de "descobrir" o bem supra-individual afetado,

Ou seja: a radicalidade da tese examinada, segundo a qual os crimes de perigo abstrato seriam inconstitucionais, sofre uma segunda atenuação, porque seus defensores não hesitam em postular falsos bens jurídicos coletivos toda vez que se vêem diante de um tipo que querem imunizar contra a crítica.

4. *O caminho promissor: abandono de soluções globais em favor de um detalhado desenvolvimento das diversas estruturas do delito*

E é por isso que um setor da doutrina moderna vem propondo uma terceira via, que renuncia às pretensões das quais parte um vasto setor de penalistas não só brasileiros, no sentido de que seja possível uma solução global. Propõe-se, muito mais, uma *solução diferenciada*: da mesma forma que, na questão do bem jurídico, tentou-se separar o joio do trigo, excluindo bens jurídicos só aparentemente coletivos, agora, em face do problema da estrutura do delito, tentar-se-á formular *critérios para distinguir os crimes de perigo abstrato legítimos dos ilegítimos*, porque, se por um lado temos delitos de perigo abstrato indubitavelmente legítimos, de outro temos crimes como o disparo de armas de fogo, recentemente introduzido pela nova Lei de Armas de Fogo, acima mencionado. Ou seja, é preciso formular critérios de distinção um pouco mais complexos do que um mero tudo ou nada, numa postura que não pode ser nem de aceitação global, nem de obstinada recusa, mas de busca de um sadio meio termo, ciente da heterogeneidade dos problemas com que se está lidando, o que faz da procura de uma solução unitária algo no mínimo ingênuo. Um vasto grupo de autores subscreve esta linha de pensamento, entre eles se encontrando Roxin,[111]

para que, com isso, o tipo seja posto em consonância com a idéia de ofensividade, o que é uma clara transformação do conceito dogmático de bem jurídico em conceito político-criminal.

111. Roxin, "Política criminal y dogmática jurídico-penal em la actualidad", trad. Carmem Gómez Rivero, in: *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 91 et seq.; "Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal", trad. Luís Greco, *RBCCrim* 35/16, 2001.

Schünemann,[112] Frisch[113] e Jakobs.[114] Mas os dois mais importantes trabalhos nesta linha são as recentes teses de livre-docência de Wohlers e de Hefendehl. Tentarei fazer uma apertada síntese do que dizem os dois jovens professores, para depois formular algumas conclusões.

Após criticar os instrumentos teóricos com que até agora se vem tentando restringir o poder do legislador de incriminar,[115] declara Wohlers que o caminho correto está em construir grupos de crimes de perigo abstrato e enunciar os requisitos de legitimidade que cada qual tem de atender.[116] Distingue ele três espécies de delitos de perigo abstrato: primeiramente, os por ele chamados delitos de ação concretamente perigosa; depois, os delitos de cumulação; e, por último, os delitos de preparação.

O primeiro destes grupos de delitos, o dos *delitos de ação concretamente perigosa* – minha tradução de *konkrete Gefährlichkeitsdelikte* –, refere-se àqueles tipos que proíbem uma ação que leva, tipicamente, a uma situação não mais controlável pelo agente e, portanto, perigosa para o bem jurídico.[117] Um exemplo seria, no direito alemão, a conduta de embriaguez ao volante.[118] Aqui, a proibição só é

112. Schünemann, "Kritische Anmerkungen...", cit., p. 213 et seq.; "Vom Unterschicht- zum Oberschichtstrafrecht...", cit., p. 27 et seq.

113. Frisch, "An den Grenzen...", cit., p. 91 et seq.; "Wesentliche Voraussetzungen...", cit., p. 214 et seq.

114. Jakobs, "Kriminalisierung im Vorfeld...", cit., p. 768 et seq.

115. Inclusive a teoria do bem jurídico, diante da qual ele adota postura declaradamente cética: Wohlers, op. cit., p. 279; Hefendehl, "Die Tagung aus der Perspektive...", cit., p. 282.

116. Wohlers, op. cit., p. 278; Hefendehl, Wohlers e v. Hirsch, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden Baden: Nomos, 2003, p. 282.

117. Wohlers, op. cit., p. 311; Wohlers e v. Hirsch, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung", in: *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 199.

118. No direito alemão, este crime se realiza com a mera conduta de dirigir embriagado, sem que seja necessário um requisito adicional, como a lesão ou o perigo concreto para determinado bem jurídico protegido (cf. Lackner e Kühl, op. cit., § 316/1). Já no nosso direito, entretanto, a redação do mesmo crime leva a crer tratar-se de crime de perigo concreto para um bem jurídico individual, vez que o tipo exige que o autor "exponha a dano potencial a incolumidade de outrem" (art. 306 do Código de Trânsito). Jesus, entretanto, postula o bem jurídico coletivo para

legitimável diante de uma ponderação de interesses que se assemelha bastante àquela que se costuma realizar em sede de delito culposo, ao concretizar o dever objetivo de cuidado, o risco permitido.[119] Enquanto o perigo ainda for dominável e compensável pelo autor, não se pode legitimar uma incriminação.[120]

O segundo grupo de casos proposto por Wohlers é o dos *delitos de cumulação* – uma figura proposta por Kuhlen, em 1986, e muitíssimo controvertida na literatura alemã.[121] Delitos de cumulação proibiriam condutas que, tomadas em si mesmas, não se mostram perigosas, mas que começam a sê-lo a partir do momento em que a sua prática passe a ser repetida por um número maior de pessoas.[122] Esta estrutura de delito seria especialmente própria para delitos ambientais, vez que a pureza das águas, por exemplo, sequer seria ameaçada com a prática de uma única ação poluidora, sendo porém necessário impedi-la, pela possibilidade de sua generalização. Aqui só haverá criminalização legítima caso os efeitos de cumulação sejam fundados em expectativas realistas,[123] devendo o bem jurídico protegido ser dotado de especial relevância, de modo a fundamentar um dever de cooperação.[124]

Por último, refere-se Wohlers ao grupo dos *delitos de preparação*. Estes seriam proibições de comportamentos que não se mostram diretamente lesivos a um bem jurídico, mas se limitam a criar um perigo de que o próprio agente ou

considerar tal crime de lesão e de mera conduta, dispensando a comprovação do perigo a pessoa concreta (*Crimes de trânsito*, p. 166).

119. Wohlers e v. Hirsch, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...", cit., p. 213.

120. Wohlers, op. cit., p. 314.

121. Kuhlen, "Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung", *GA*, p. 716 et seq., 1986.

122. Wohlers, op. cit., p. 218; Wohlers e v. Hirsch, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...", cit., p. 199.

123. Wohlers, op. cit., p. 322 et seq.; Wohlers e v. Hirsch, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...", cit., p. 208-209.

124. Wohlers e v. Hirsch, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...", cit., p. 210.

um terceiro futuramente cometam uma ação lesiva.[125] Tais proibições só são legitimáveis, se existirem especiais fundamentos que justifiquem o dever antecipado de responsabilizar-se pela integridade do bem jurídico ou pelo comportamento de terceiros,[126] como é o caso em hipóteses de entrega de objetos perigosos[127] ou de existência de sentido delitivo unívoco da contribuição.[128]

Hefendehl, por sua vez, raciocina de maneira um pouco diversa. Para ele, o problema da estrutura do delito está ligado à espécie de bem jurídico que se deseja tutelar. Ele constrói uma detalhada sistematização dos delitos contra bens jurídicos coletivos, que nesta sede não podemos descrever,[129] e afirma que a cada grupo de bens jurídicos coletivos corresponde uma determinada estrutura do delito.[130]

De todas as estruturas de delito, a do *delito de lesão* se mostra a menos problemática, uma vez que proibições de lesionar são em regra idôneas para proteger o bem jurídico em questão. Exemplo de delito de lesão seria o crime de sonegação fiscal.[131] Se o legislador, contudo, recorrer a um *crime de perigo*, e não mais a um crime de lesão, deverão ser atendidos certos pressupostos de legitimidade mais extensos para que a proibição possa considerar-se justificada. Primeiramente, será necessário encontrar um equivalente material para a ausência de causalidade real nos crimes de perigo: uma vez que neles o bem jurídico não é causalmente lesionado, surge a pergunta quanto ao que poderá legitimar a proibição.[132] Este equivalente material poderá ser, nos delitos ambientais e nos delitos de corrupção,

125. Wohlers, op. cit., p. 328; Wohlers e v. Hirsch, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...", p. 198.

126. Wohlers e v. Hirsch, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...", cit., p. 200-201.

127. Idem, ibidem, p. 205.

128. Wohlers, op. cit., p. 335.

129. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 113 et seq.

130. Idem, ibidem, p. 148; "Das Rechtsgut als materialer...", cit., p. 129.

131 Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 200; "Das Rechtsgut als materialer...", cit., p. 131.

132. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 182 et seq.; "Das Rechtsgut als materialer...", cit., p. 131.

a idéia da cumulação, que acabamos de ver em Wohlers,[133] e que também tem em Hefendehl um de seus mais importantes defensores. Já ao direito penal de alimentos (*Lebensmittelstrafrecht*), em que se trata de proteção de bens jurídicos individuais (integridade física dos consumidores, e não saúde pública!), a estrutura do delito de potencial lesivo será a mais adequada.[134] Esta figura, a do delito de potencial lesivo, é uma modalidade de crime de perigo abstrato defendida por alguns autores, cujo tipo objetivo é limitado pela idéia de criação de um risco, nos moldes da moderna teoria da imputação objetiva.[135] Assim, não havendo criação de risco *ex ante* para os bens jurídicos individuais, deverá ser excluída a tipicidade dos delitos no direito penal de alimentos.

Mas Hefendehl não se contenta em analisar a questão da estrutura do delito. Ele prossegue, perguntando, numa próxima etapa, a respeito dos *limites da proibição*: aqui entrarão considerações referidas a alternativas ao direito penal (princípio da subsidiariedade)[136] e ao princípio da proporcionalidade.[137] Mas o principal mérito de Hefendehl, a meu ver, é ter construído a sua sistemática levando em conta não somente delitos tradicionalmente considerados questionáveis (em geral pertencentes à legislação penal extravagante), mas também incriminações tradicionais, presentes no seio do Código Penal, cuja legitimidade pouco se discute,

133. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 183 et seq., sobre os delitos de corrupção, ademais p. 321 et seq.; "Das Rechtsgut als materialer...", cit., p. 131.

134. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 170 et seq. Apesar de não me parecer claro se os delitos de potencial lesivo devem ser realmente entendidos como equivalentes materiais à causalidade, porque Hefendehl trata deles antes de chegar a esta questão.

135. A respeito, detalhadamente, Hoyer, *Die Eignungsdelikte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, p. 18 et seq. Cf. ademais Frisch, "An den Grenzen...", cit., p. 93; "Wesentliche Voraussetzungen...", cit., p. 215, o qual propõe uma substituição global dos crimes de perigo abstrato por crimes de potencial lesivo.

136. Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 213 et seq. Observe-se que Hefendehl, na esteira de Tiedemann, não trabalha com a formulação tradicional do princípio da subsidiariedade, vez que não lhe parece que a sanção penal seja sempre a mais grave (idem, ibidem, p. 234).

137. Idem, ibidem, p. 83 et seq.

como a falsificação de moeda,[138] ou a corrupção. Com isso, acabou ele por elevar a discussão a um outro nível de complexidade, porque após seu trabalho não me parece mais possível avançar teses radicais, sem que se comprove chegarem elas a resultados desejáveis também nos tipos que o propositor da tese não tinha em mente.

A presente exposição, um tanto apertada, das formulações de Wohlers e Hefendehl teve por objetivo demonstrar em que situação se encontra o atual debate. Não nos cabe, nos limites estreitos deste trabalho, avaliar se os sistemas de delitos de perigo propostos por cada qual se mostram acertados. O que podemos e devemos observar é apenas que se tratam de propostas consistentes, que merecem uma reflexão muito mais detida e cuidadosa do que aquelas com que estamos acostumados. Enfim: *Wohlers e Hefendehl, de fato, não resolveram tudo, mas ao menos demonstraram que caminho se deve seguir, um caminho muito mais árduo, muito mais tortuoso, do aquele em que ainda nos encontramos, um caminho em que não existem fórmulas mágicas, nem soluções globais, mas que consiste na determinação cuidadosa dos limites entre o perigo abstrato legítimo e o ilegítimo.* Aliás, também a doutrina italiana, que na década de 70 formulou crítica acirrada aos crimes de perigo abstrato, parece hoje favorecer uma solução diferenciadora.[139]

Uma vez que se reconheça, portanto, que não é correto condenar a totalidade dos crimes de perigo abstrato, fazendo-se necessário, isso sim, distinguir os crimes de perigo abstrato legítimos dos ilegítimos, ter-se-á aberto todo um novo campo de investigação, em que Wohlers e Hefendehl não deram senão os primeiros passos. Longe de apresentar uma tipologia própria, o que seria pretensão demais, limitar-me-ei a colocar uma série de questões que terão de ser resolvidas já logo de início, para que as futuras investigações possam trazer bons resultados.

138. Objeto também de um estudo anterior, "Zur Vorverlagerung des Rechtsgutschutzes am Beispiel der Geldfälschungstatbestände", *JR*, p. 353 et seq., 1996.

139. Cf. as diferentes tipologias e critérios em Fiandaca e Musco, op. cit., p. 176 et seq.; Fiore, op. cit., p. 183 et seq.; Marinucci e Dolcini, op. cit., p. 416 et seq.

Primeiramente, é preciso perguntar se o conceito crime de perigo abstrato é um referencial suficiente para a discussão, ou se é necessário ser mais preciso. Tem-se de refletir, assim, se por trás da denominação única "crime de perigo abstrato" não se esconde uma gama de fenômenos bastante heterogêneos, fazendo necessário distinguir grupos de crimes de perigo abstrato, para que se possa dar início a uma análise separada da legitimidade de cada qual destes grupos.

Caso se considere necessário dissecar o conceito de perigo abstrato, ter-se-á, em seguida, de discutir quais seriam as novas estruturas. A doutrina fala atualmente numa variedade de espécies de crime de perigo abstrato, que vão desde as já vistas, ao expormos Wohlers e Hefendehl, até algumas outras, como a do delito de perigo abstrato-concreto. Quais destas serão necessárias, quais dispensáveis? É este o *segundo problema* que se coloca.

Um terceiro problema diz respeito à possibilidade de aplicar as categorias lesão, perigo concreto, perigo abstrato a bens jurídicos coletivos, para caracterizar com precisão de que estrutura de delito se trata. De um lado, há autores que declaram ser os crimes de perigo abstrato a técnica de proteção adequada aos bens jurídicos coletivos.[140] No outro extremo estão os que afirmam tratarem-se todos os delitos para a proteção de bens jurídicos supra-individuais de crimes de lesão.[141] Um terceiro grupo de autores diz que a distinção entre lesão e perigo perde seu sentido no caso de bens jurídicos coletivos, de modo que os delitos para a sua tutela são crimes de mera conduta.[142] E um último grupo de autores, entre os quais se encontra, como vimos, Hefendehl, considera que a cada espécie de bem jurídico coletivo corresponde uma certa estrutura do delito. A questão preliminar será, certamente, determinar com clareza o que se entenderia por lesão no caso de bens

140. Por exemplo, Hassemer, "Grundlinien einer personalen...", cit., p. 89. Entre nós, Mello Jorge Silveira, *Direito penal supra-individual*, p. 66.

141. Jesus, "Nova visão da natureza dos crimes...", cit., p. 86; *Crimes de trânsito*, cit., p. 18 et seq.; *Lei antitóxicos*, cit., p. 16.

142. Tiedemann, *Wirtschaftsbetrug*, cit., § 264/17, § 264a/16.

jurídicos coletivos – algo que de modo algum se pode considerar resolvido. Afinal, o crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), por exemplo, será de lesão, de perigo concreto ou perigo abstrato em relação ao bem jurídico protegido?[143] Essa pergunta só poderá ser respondida quando se tiver um critério com base no qual se diferencie a lesão do mero perigo em tais bens jurídicos coletivos.

Em *quarto lugar*, e aqui se situa a questão decisiva, cumpre enunciar se e sob quais condições as diferentes espécies de crime de perigo abstrato[144] se mostram legítimas. Parece-me especialmente problemática a categoria dos delitos de cumulação, pela tendência de criminalizar bagatelas que lhe é ínsita: como vimos, nos delitos de cumulação já seria punível aquele comportamento em si inócuo, mas que se torna perigoso caso praticado em grande número.[145] Por outro lado, parece-me bastante promissora a proposta de transformar alguns crimes de perigo abstrato em crimes de potencial lesivo,[146] restringindo o tipo à proibição daquelas condutas *ex ante* perigosas. Estes meus juízos, porém, não passam de meras suspeitas, que apenas indicam a necessidade de estudar mais a fundo o tema antes de sair pregando soluções.

143. Isso sem falar que o próprio bem jurídico protegido é aqui objeto de controvérsias. Na doutrina brasileira, costuma-se dizer que os tipos de corrupção tutelam o bem jurídico Administração Pública, pura e simplesmente (cf. Bitencourt, *Código Penal comentado*, cit., p. 1086). Já na doutrina alemã, faz-se um esforço no sentido de concretizar um pouco mais que aspecto da Administração Pública é afetado, falando alguns autores na probidade no exercício do cargo (Arthur Kaufmann, "Comentário a BGH *JZ*, n. 59, p. 375 et seq.", *JZ*, p. 376 et seq.), outros na confiança da população nesta probidade (Lackner e Kühl, op. cit., § 331/1; Cramer, em Schönke e Schröder, op. cit., § 331/3), outros na capacidade de funcionamento da Administração Pública e da justiça (Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, cit., vor § 331/7), outros combinam alguns destes aspectos (Kargl, "Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität", *ZStW* 114/787, 2002).

144. Ou o próprio crime de perigo abstrato, caso se tenha dado resposta negativa à primeira questão.

145. Cf. o mais atualizado trabalho sobre o delito de cumulação, detalhada e criticamente, Ioanna Anastasopolou, *Deliktstypen zum Schutze kollektiver Rechtsgüter und der Kumulationsgedanke*, Dissertation, München, 2003, p. 199 et seq., ainda em fase de publicação.

146. Como querem Frisch, cf. acima, nota 135, e Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter...*, cit., p. 167; já Roxin, *Strafrecht*, cit., § 11/129, propõe uma tal restrição para um grupo de crimes de perigo abstrato.

Algo, porém, parece certo: que somente analisando cuidadosamente a multiplicidade de crimes de perigo abstrato, mesmo os mais esquecidos, poderemos começar a pensar em critérios realmente fundados para solucionar o problema da legitimidade destas incriminações. A solução a que chegaremos será necessariamente diferenciada, porque assim é a realidade que se está a examinar. E aqui, mais uma vez, mostra-se correto o postulado metodológico básico do sistema de Roxin, segundo o qual é sempre necessário analisar o material empírico, os problemas concretos, que têm de poder influir na formulação da teoria genérica e abstrata,[147] pois do contrário esta será inadequada. O problema que temos diante de nós é especialmente complexo, não podendo sequer ser enfrentado com os olhos de cultor da parte geral. Ele situa-se num ponto de cruzamento entre a parte geral e a especial, e qualquer solução que deixe de levar em conta a riqueza e a multiplicidade presentes na parte especial terá prontamente de atenuar a sua inicial radicalidade, ou modificando o declarado ou inventando mecanismos *ad hoc* para salvá-lo – o que, como vimos, é expediente comum entre os críticos do perigo abstrato.

6. *Síntese das considerações sobre a estrutura do delito*

Resumindo esta segunda parte, podemos afirmar que:

– o problema da proteção ao bem jurídico não se confunde com o problema da estrutura desta proteção (*estrutura do delito*). Perguntar sobre a legitimidade de crimes de perigo abstrato é formular uma pergunta que, em princípio, nada

147. Roxin, *Funcionalismo e imputação...*, cit., § 7/82 et seq.; "Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts", in: KAUFMANN, Arthur (Ed.). *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1968. p. 260 et seq.; e, detalhadamente, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. ed., Berlin/New York: DeGruyter, 2000, p. 528 et seq. Mais explicações sobre este método em Greco, "Introdução à dogmática funcionalista...", cit., p. 136 et seq., e "Imputação objetiva: uma introdução", in: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 69 et seq.

tem a ver com a idéia de bem jurídico, mas tão-só com a estrutura dos delitos de que se vale o legislador para protegê-lo;

– a *radicalidade da recusa total* aos crimes de perigo abstrato é *meramente aparente*, porque, em primeiro lugar, trabalha-se com um conceito obscuro de perigo concreto, que transforma muitas condutas criadoras de perigo meramente abstrato em condutas criadoras de perigo concreto, e, em segundo lugar, porque se recorre a bens jurídicos falsamente coletivos, que automaticamente legitimam proibições e sanções abusivas;

– o caminho correto para a solução do problema está numa *detalhada análise dos crimes de perigo abstrato e no desenvolvimento de critérios específicos de legitimidade.* Talvez seja necessário inclusive distinguir alguns grupos de casos, segundo um critério diferenciador que ainda há de ser formulado. A utopia das soluções globais deve ser abandonada.

IV – Conclusão

Com o que concluímos que as certezas dos críticos do perigo abstrato não são, de modo algum, justificadas. Elas derivam de uma simplificação excessiva de questões altamente complexas. Muitos ignoram vários dos problemas atinentes ao conceito de bem jurídico, achando-se que basta ancorá-lo numa Constituição que considera valor relevante até o caráter federal do Colégio Pedro II. O fato de que um conceito mais restrito de bem jurídico seja necessário e as conseqüências que isto gera especialmente para certos crimes ambientais não são discutidos, quando sequer vistos. Trabalha-se com bens jurídicos coletivos sem a menor preocupação, ignorando seu potencial legitimador não só de proibições abusivas, como também de sanções penais draconianas. Confunde-se a questão do bem jurídico (o que proteger?) com a da estrutura do delito (como proteger: por meio de crime de lesão, perigo concreto ou abstrato?). E ainda que reformulássemos a tese dos críticos do perigo abstrato na nova roupagem, dizendo que ela não se refere a um

problema de bem jurídico e sim de redefinição de quais seriam as estruturas do delito legítimas (só o delito de lesão e de perigo concreto), ainda assim há uma série de problemas que sequer são vistos. Além do amplo recurso a bens jurídicos falsamente coletivos, opta-se por um conceito de perigo concreto que transforma muitos perigos meramente abstratos em perigos concretos. E ignora-se de todo que parte da doutrina moderna tenha acabado de reconhecer como sua futura tarefa vasculhar os diversos tipos e formular critérios de legitimidade tanto de bens jurídicos coletivos como, principalmente, de crimes de perigo abstrato.

O principal erro dos inimigos do perigo abstrato é achar que, criticando esta figura, resolveram todos os problemas. A rigor, os problemas apenas começaram a aparecer.

Bibliografia

AMELUNG, Knut. "Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 154 et seq.

ANASTASOPOLOU, Ioanna. *Deliktstypen zum Schutze kollektiver Rechtsgüter und der Kumulationsgedanke*. Dissertation. München, 2003.

APPEL, Ivo. "Rechtgüterschutz durch Strafrecht?". *KritV*, p. 278 et seq., 1999.

_____. *Verfassung und Strafe*. Berlin: Duncker & Humbloy, 1998

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. 4. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1922. vol. I.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOCKELMANN, Paulo; VOLK, Klaus. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Beck, 1987.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II.

CAPEZ, Fernando. *Consentimento do ofendido e violência desportiva*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNEIRO COELHO, Yuri. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DELMANTO, Celso. *Tóxicos*. São Paulo: Saraiva, 1982.

ENDRIß, Rainer; MALEK, Klaus. *Betäubungsmittelstrafrecht*. 2. ed. München: Beck, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. 5. ed. Roma/Bari: Laterza, 1996.

FEUERBACH, Paul Johan Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 14. ed. Giessen: Heyer, 1847.

_____. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Erfurt: Henningsche Buchhandlung, 1799, reimp. Aalen, 1966. vol. I.

_____. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Tasche: Chemnitz, 1800, reimp. Aalen, 1966. vol. II.

FIANDACA; MUSCO. *Diritto penale*. Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. "A questão do conteúdo material do conceito de crime (ou fato punível)". In: *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 53 et seq.

FIORE, Carlo. *Diritto penale.* Parte generale. Torino: Utet, 1999. vol. I.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal.* Parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRISCH, Wolfgang. "An den Grenzen des Strafrechts". In: KÜPER; WELP (Eds.). *Festschrift für Stree und Wessels.* Heidelberg: C. F. Müller, 1993. p. 69 et seq.

_____. "Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie.* Baden Baden: Nomos, 2003. p. 215 et seq.

_____. "Straftat und Straftatsystem". In: WOLTER; FREUND (Eds.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem.* Heidelberg: C. F. Müller, 1996. p. 135 et seq.

_____. "Wesentliche Voraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung". In: ESER (Ed.). *Vom totalitären zum rechtstaatlichen Strafrecht.* Freiburg: Max Planck Institut, 1993. p. 201 et seq.

GOMES, Luiz Flávio. "A contravenção do art. 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto? (A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido)". *RBCCrim*, São Paulo, n. 8, p. 69 et seq., 1994.

_____. *Norma e bem jurídico no direito penal.* São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal.* São Paulo: Ed. RT, 2002.

GRECO, Luís. "Imputação objetiva: uma introdução". In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1 et seq.

_____. "Introdução à dogmática funcionalista do delito". *RBCCrim*, São Paulo, n. 32, p. 120 et seq., 2000.

_____."Princípio da subsidiariedade no direito penal". *Dicionário de princípios jurídicos*, no prelo.

_____. "Tipos de autor e Lei de Tóxicos". *RBCCrim*, São Paulo, n. 43, p. 226 et seq., 2003.

GROPP, Walther. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil. Berlin: Springer etc., 1998.

GÜNTHER, Klaus. "Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts". In: JUNG et al. (Eds.). *Recht und Moral*. Baden Baden: Nomos, 1991. p. 205 et seq.

_____. "Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein 'Paradigmawechsel' im Strafrecht?". In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT a. M. (Ed.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt a. M.: Peter Lang etc., 1995. p. 445 et seq.

HANACK, Ernst Walther. "Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?". *Gutachten A für den 47*. München: Deutschen Juristentag, Beck, 1968. p. A7 et seq.

HASSEMER, Winfried. "Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 57 et seq.

_____. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. München: Beck, 1990.

_____. "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre". In: PHILIPS; SCHOLLER (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*. Heidelberg: Decker u. Müller, 1989. p. 89 et seq.

_____. "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts". *ZRP*, p. 378 et seq., 1992.

_____. "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik". *StV*, p. 483 et seq., 1995.

_____. "Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland". In: SIMON (Ed.). *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994. p. 259 et seq.

_____."Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterchutz". *NStZ*, p. 553 et seq., 1989.

_____. *Theorie und Soziologie des Vebrechens*. Frankfurt a. M.: Europäische Verlagsanstalt, 1980.

HEFENDEHL, Roland. "Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 119 et seq.

_____. "Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsbefürworters". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 386 et seq.

_____. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Heymanns etc., 2002.

_____. "Zur Vorverlagerung des Rechtsgutschutzes am Beispiel der Geldfälschungstatbestände". *JR*, p. 353 et seq., 1996.

_____; WOHLERS, Wolfgang; v. HIRSCH, Andrew (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003.

HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von (Ed.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. München: Beck, 2003.

HIRSCH, Hans-Joachim. "Gefahr und Gefährlichkeit". In: HAFT et al. (Ed.). *Festschrift für Arthur Kaufmann*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993. p. 545 et seq.

v. HIRSCH, Andrew. "Der Rechtsgutsbegriff und das *harm principle*". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 13 et seq.

HOHMANN, Olaf. "Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht". *GA*, p. 76 et seq., 1992.

HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*. Köln: Otto Schmidt, 1973.

HOYER, Andreas. *Die Eignungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987.

HUNGRIA, Nelson. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. II, vol. I.

ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

JÄGER, Herbert. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1957.

JAKOBS, Günther. "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung". *ZStW*, n. 97, p. 751 et seq., 1985.

_____. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil. 2. ed. Berlin: DeGruyter, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts* – Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

JESUS, Damásio de. *Crimes de trânsito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Lei antitóxicos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. "Nova visão da natureza dos crimes contra as relações de consumo". *RBCCrim*, São Paulo, n. 4, p. 81 et seq., 1993.

KARGL, Walter. "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz". In: INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT a. M. (Ed.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt a. M. usw.: Peter Lang, 1995. p. 53 et seq.

_____. "Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität". *ZStW*, n. 114, p. 761 et seq., 2002.

KAUFMANN, Arthur. "Comentário a BGH *JZ*, n. 59, p. 375 et seq.". *JZ*, p. 376 et seq.

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat*. Frankfurt a. M.: Klostermann, 1989.

KORIATH, Heinz. "Zum Streit um die Gefährdungsdelikte". *GA*, p. 51 et seq., 2001.

KÖHLER, Michael. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil. Berlin: Springer etc., 1997.

KUHLEN, Lothar. "Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung". *GA*, p. 389 et seq., 1986.

_____. "Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?". In: WOLTER; FREUND (Eds.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*. Heidelberg: C. F. Müller, 1996. p. 77 et seq.

_____. "Umweltstraftrecht – Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik". *ZStW*, n. 105, p. 697 et seq., 1993.

LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch*. 24. ed. München: Beck, 2001.

LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1996.

LISZT, Franz v. "Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft". *ZStW*, n. 8, p. 133 et seq., 1888.

_____; SCHMIDT, Eberhardt. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 26. ed. Berlin/Leipzig: DeGruyter, 1932.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. I.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1999.

MARINUCCI; DOLCINI. *Corso di diritto penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

MAURACH, Reinhardt. *Deutsches Strafrecht* – Besonderer Teil. 4. ed. Karlsruhe: C. F. Müller, 1964.

MERKEL, Reinhard. *Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus*. Baden Baden: Nomos, 1994.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht* – Ein Lehrbuch. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1949.

NAUCKE, Wolfgang. "Die Reichweite des Vergeltunsstrafrechts bei Kant". *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafens*. Baden Baden: Nomos, 2000. p. 79 et seq.

_____. "Zu Feuerbachs Straftatbegriff". *Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts*. Baden Baden: Nomos, 2000, p. 191 et seq.

OSTENDORF, Heribert. "Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts". *JuS*, p. 426 et seq., 1982.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*. 6. ed. Berlin/New York: DeGruyter, 2000.

PADOVANI, Tullio. *Diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1995.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2003.

QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RÉGIS PRADO, Luiz. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

RENGIER, Rudolf. *Strafrecht* – Besonderer Teil II. 2. ed. München: Beck, 1999.

ROXIN, Claus. "Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts". In: KAUFMANN, Arthur (Ed.). *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1968. p. 260 et seq.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. "Política criminal y dogmática jurídico-penal em la actualidad". Trad. Carmem Gómez Rivero. In: *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. "Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal". Trad. Luís Greco. *RBCCrim*, São Paulo, n. 35, p. 16, 2001.

_____. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil. 3. ed. München: Beck, 1997. vol. I.

_____. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Hamburg: Cram de Gruyter, 1963.

_____. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 7. ed. Berlin/New York: DeGruyter, 2000.

_____. "Wandlung der Strafrechtswissenschaft". *JA*, p. 221 et seq., 1980.

_____. "Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen". *JA*, p. 545 et seq., 1980.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs". *Festschrift für Honig*. Göttingen: Otto Schwarz & Co., 1970. p. 151 et seq.

_____. *Systematischer Kommentar*. 6. ed. Neuwied: Luchterhand etc., 1997.

SANTANA VEGA, Dulce. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.

SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. "A finalidade da sanção penal". *Pena e Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 26. ed. München: Beck, 2001.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1984.

SCHMITT, Rudolf. "Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?". In: SCHROEDER, F. C.; ZIPF (Eds.). *Festschrift für Maurach*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 113 et seq.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Alternative Kontrolle der Wirtschaftskrimininalität". In: DORNSEIFER et al. (Eds.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln: Heymanns etc., 1989. p. 629 et seq.

_____. "Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 133 et seq.

_____. "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft". *GA*, p. 201 et seq., 1994.

_____. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahlrässigkeits-und Gefährdungsdelikte". *JA*, p. 787 et seq., 1975.

_____. "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft". In: SCHÜNEMANN et al. (Ed.). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: DeGruyter, 2001. p. 1 et seq.

_____. "Vom Unterschicht- zum Oberschichtstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?". In: KÜHNE; MIYAZAWA (Ed.). *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderung in Japan und Deutschland*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. p. 15 et seq.

_____. "Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts". In: SCHMOLLER (Ed.). *Festschrift für Otto Triffterer*. Wien/New York: Springer, 1996. p. 437 et seq.

SIGG, Marianne. *Das Rassestrafrecht in Deutschland in den Jahren 1935-1945 unter besonderer Berücksichtigung des Blutschutzgesetzes*. Aarau: Sauerländer, 1951.

STÄCHELIN, Gregor. *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

STRATENWERTH, Günther. *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*. Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1993.

_____. "Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter". In: HEFENDEHL; WOHLERS; v. HIRSCH (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden Baden: Nomos, 2003. p. 255 et seq.

_____. "Wahres Strafrecht?". In: PRITTWITZ et al. (Ed.). *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Baden Baden: Nomos, 2002. p. 373 et seq.

_____. "Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts". *ZStW*, n. 105, p. 679 et seq., 1993.

_____. "Zum Begriff des 'Rechtsgutes'". In: ESER et al. (Ed.). *Festschrift für Theodor Lenckner*. München: Beck, 1998. p. 377 et seq.

TAVARES, Juarez. "Critérios de selação de crimes e cominação de penas". *RBCCrim*, São Paulo, número especial de lançamento, p. 75 et seq., 1992.

_____. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*. Berlin/New York: DeGruyter, 1980.

_____. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1969.

_____. "Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?". *Verhandlungen des 49.* Deutschen Juristentages. München: Beck, 1972. p. C 19 et seq.

_____. *Wirtschaftsbetrug*. Berlin/New York: DeGruyter, 1999.

_____. "Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung". In: TIEDEMANN, Klaus (Ed.). *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, 2. Aufl. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972. p. 9 et seq.

_____. "Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht". *JuS*, p. 689 et seq., 1989.

VOGEL, Klaus. "Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts". *StV*, p. 110 et seq., 1996.

VOLK, Klaus. "Strafrecht und Wirtschaftskriminalität". *JZ*, p. 85 et seq., 1982.

WEBER, Klaus. *Betäubungsmittelgesetz Kommentar*. 2. ed. München: Beck, 2003.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: DeGruyter, 1969.

WEIGEND, Thomas. "Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen". *ZStW*, n. 98, p. 44 et seq., 1986.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil. 33. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.

_____; HETTINGER, Michael. *Strafrecht* – Besonderer Teil. 27. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.

WIEGAND, Klaus Dieter. *Die Tierquälerei*. Lübeck: Schmidt-Römhild, 1979.

WOHLERS, Wolfgang: *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts* – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

WOLTER, Jürgen: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.

ZACZYK, Rainer. *Das Unrecht der versuchten Tat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

La imputación por omisión impropia en el art. 4 de Ley 7.492/1986

Raúl Cervini

Profesor de Derecho Penal en la Universidad Mayor de la República y Universidad Católica del Uruguay. Director del Departamento Penal de la Universidad Católica del Uruguay. Secretario General para América Latina y 2.º Vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del International Center of Economic Penal Studies – ICEPS.

Sumario: 1. Planteamiento – 2. La problemática de la equiparación entre causar y no impedir referida al conjunto de delitos en que ella pueda legítimamente tener lugar – 3. Imposibilidad de equiparación de la omisión con la característica de temeridad, propia del tipo en examen – 4. Existencia de posición de garante – 5. Conclusiones.

Resumo: No todos los delitos (siquiera aquellos de resultado) admiten imputación por vía de omisión de impedir el resultado. La omisión impropia refiere, según la mejor doctrina, a aquellos delitos de resultado puros, esto es, edificados a base de pura causalidad en la provocación del evento y, por la historia dogmática y relevancia legislativa, referidos a la vida y la integridad física, bien consideradas con relación al individuo singular, bien como delitos de común peligro. Aunque no se admitiera tal solución restrictiva al círculo de la imputación por omisión impropia, es evidente que la equiparación sólo refiere a la mera causación del resultado, no se extiende al modo de causación del mismo, cuando es precisamente ese modo el que da el consistir o la individualidad del delito. En mayor medida son procedentes las consideraciones expuestas cuando se trata, como ocurre en el caso, del art. 4.º de la Ley 7.492/86 de una convocatoria de la figura

a un concepto, como el de temeridad, que es exactamente lo contrario (y, por lo tanto, plena y radicalmente incompatible) de la inactividad que caracteriza a la omisión. Por último habrá que analizar –y esto es fundamental– si el paciente cumple con los estrictos requisitos como para ocupar la posición de garante.

Palavras-chave: omisión impropia; delitos de resultado puros; concepto de temeridad; posición de garante.

1. Planteamiento

1. Con anterioridad nos hemos referido al art. 4 de la Ley 7.492/1986, entendiendo que esta norma carece de la suficiente nitidez y concreción como para permitir distinguir aquello que pretende punir.[1] En esta oportunidad nos ocuparemos de otro aspecto dogmáticamente trascendente relacionado con la misma norma: la posibilidad de imputar este tan impreciso tipo penal por vía de omisión impropia.

2. Aclarado lo anterior resulta de portada señalar que no puede haber responsabilidad penal por la simple pertenencia funcional de alguien a una persona jurídica, cuya gestión es señalada como delictuosa (fraudulenta o temeraria, en el caso). Lo contrario importaría la violación a dos grados del principio de culpabilidad, mediante el expediente de crear en la cabeza de una persona física responsabilidad vicariante por actos imputados a una persona jurídica. Ni las personas jurídicas son penalmente responsables (por más que una tendencia a darle un sesgo penalizante al Derecho Administrativo así lo propugne), ni, mucho menos, sus administradores son garantes formales, ante el Derecho Penal, por la rectitud de su gestión. Esto ni siquiera ocurre en lo que atañe a la responsabilidad estatutaria y civil del administrador, según se desprende de la lectura del art. 158, II, § 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas (Ley 6.404, de 15 de diciembre de 1976, con las modificaciones de la Ley 9.457, de 5 de mayo de 1997): "El administrador no es responsable por actos ilícitos de otros

1. CERVINI, Raúl. *El principio de legalidad y el tipo evanescente previsto en el art. 4 de la Ley 7492/86*. Disponible en la Internet: <http:/7www.direitocriminal.com.br>, 02.10.2001.

administradores, salvo si fuere connivente con ellos, hubiere tenido negligencia en descubrirlos o si, teniendo conocimiento de ellos, dejara de actuar para impedir su práctica".

3. En mérito a lo expuesto, y entrando en el tema objeto de esta contribución, pensamos que la posibilidad de imputación por omisión impropia o, en otras palabras, por omiso impedimento de un resultado que podría y debería haber impedido, sólo sería posible si se diera respuesta afirmativa a tres cuestiones sucesivas:

3.1 La primera, si todo delito, y, en especial, el de gestión temeraria, puede ser cometido mediante omisión, en los términos del art. 13, § 2.º, del Código Penal.

3.2 La segunda, admitida respuesta positiva a la primera, si la calificación de "temeraria", que pueda darse a la gestión (y salvada su inherente indeterminabilidad) es compatible o no con la inactividad que es esencia de la omisión.

3.3 Finalmente, en tercer lugar y ya salvadas estas dos cuestiones previas por la respuesta afirmativa, decidir si el eventual autor por omisión impropia tenía en el caso hipotético, las facultades y conocimiento suficientes como para evitar el resultado, esto es, si se encontraba en posición de garante.

Estos serán los temas que trataremos sucesivamente.

2. La problemática de la equiparación entre causar y no impedir referida al conjunto de delitos en que ella pueda legítimamente tener lugar

1. Sin duda, no es cuestión menor la de examinar si el omiso impedimento de un resultado es vía de imputación aplicable a toda clase de delitos o, más concretamente, a toda clase de resultados propios de un tipo de prohibición, o si sólo lo es para *algunos* que reúnan en sí determinados requisitos, precisamente aquellos sobre cuya base se edificó la teoría de la omisión impropia.

2. Quien probablemente haya examinado la cuestión con mayor rigor y sentido de garantía, sea Giovanni Fiandaca, en su famosa monografía dedicada al delito comisivo mediante omisión.[2]

Ya en las primeras páginas de dicha obra, el autor preludia la preocupación que luego desarrollará más detenidamente, como un *Leitmotiv* de toda la obra: "El haber establecido el principio general, que la responsabilidad por omisión presupone una especial obligación de actuar, no dice todavía nada, sobre todo en tema de la omisión denominada impropia, sobre el ámbito operativo de la responsabilidad misma: permanece, en efecto, abierto el problema de ver si el campo de aplicación del delito omisivo impropio deba entenderse limitado en consideración, no sólo de la peculiaridad estructural de determinadas *fattispecie*, sino aun (y fundamentalmente), de la naturaleza y de la calidad de los bienes a su turno protegidos".[3]

3. La preocupación garantizadora es plenamente fundada y, podríase decir, de premiosa satisfacción, so riesgo de que todo el sistema de libertades que pretende salvaguardar el principio de legalidad, sucumba a un gravamen oculto, de hipertróficos y, consecuentemente imprecisos contornos, según el cual seamos llamados a responsabilidad por cualquier resultado lesivo, y de acuerdo a obligaciones que se ponga en nuestra cabeza, no ya en nombre de la ley, del contrato o de nuestro hacer peligroso precedente, sino en nombre de la ética, de la solidaridad, de la estrecha comunidad de vida o de peligro, o, lo que es más grave aun, de las exigencias de "la más elemental sensibilidad jurídica", como lo ha postulado recientemente Muñoz Conde.[4]

2. FIANDACA, Giovanni. *Il reato comissivo mediante omissione*. Milano: Giuffrè, 1979. En la misma línea: GRLLE, Vicenzzo. *La omissione nel Codice Penale italiano. Osservazioni*. Napoli: Bertini, 1985.

3. FIANDACA. Op. cit., p. 7.

4. Esta realidad propia de un sector de la doctrina actual, puede constatarse con la lectura del *Manual de derecho penal*, de Francisco Muñoz Conde y Mercedes Garcia Aran (*Tirant lo Blanch*. Valencia, 1996). Luego de enumerar las tres fuentes legales que el art. 11 del Código español establece como fundadoras de posición de garante (en sustancia, al igual que en el art. 13 del Código

La delimitación del campo de obrar de esta equiparación valorativa entre el hacer y el no impedir es, entonces, una necesidad de primer orden, para prevenir una amenaza a nuestra libertad que venga, no ya del relativamente delimitado campo de lo prohibido, sino del impreciso y amenazante contorno de lo que se pretenda sernos mandado.

4. Fiandaca examina la cuestión demarcatoria desde la portada misma de la norma de cláusula general que funda la responsabilidad por omiso impedimento del resultado. Recuerda, en efecto, que el art. 40 del Código Penal italiano (y en ello, al igual que el art. 13 del brasileño y el art. 4 del uruguayo) regula la materia desde el título "Relación de causalidad". No desconoce, por cierto, que tal colocación del tema de la omisión preste flanco a las objeciones, como podría ser la confusión entre la causalidad y la ilicitud de la omisión.

5. Pero, más allá de ellas, es procedente determinar si, a los efectos de la problemática en examen, no hay indicaciones útiles, a partir del tipo de relación que el Código ha operado.

"La conexión entre regla de equivalencia y problema causal puede, en verdad, valer como indicación a favor de una cierta delimitación del ámbito operativo de la *fattispecie* omisiva impropia: precisamente, tal conexión podría denotar que el campo de acción de la *fattispecie* considerada va limitado a los casos en los cuales aflora

Penal brasileño, el contrato, la ley y el hacer peligroso precedente), los autores establecen estas inquietantes consideraciones (p. 261 y ss.): "Pero no siempre se puede fundamentar directamente en alguna de estas tres fuentes la posición de garante, y, sin embargo, la más elemental sensibilidad jurídica dice que el sujeto que omite debe responder del resultado. Piénsese, por ej. en la convivencia de facto de una pareja no casada y, por tanto, sin obligaciones legales ni contractuales específicas derivadas de esa situación. ¿Podría decirse que todo lo más hay pura omisión del deber de socorro y no comisión por omisión de un homicidio, si uno de los miembros de la pareja deja morir sin prestarle ayuda a quién convive con él desde hace años, o a un hijo pequeño de la persona con la que convive?". Con los respetos debidos, no parece haber diferencia, en esta invocación a la más elemental sensibilidad jurídica, respecto de aquella que hacían los representantes de la *Kieler Schule* al sano sentimiento del pueblo alemán. El punto de partida es el mismo: la materia social no es valorativamente inerte (y en ello la *Kieler Schule* rebatía con razón a Radbruch), sino que es un ente que impone sus propias valoraciones y exigencias al jurista. No hay objeción en que esto suceda *secundum ius*, pero sí la hay cuando se concede a la valoración la facultad de ampliar o, aun, de sustituir la ley, como parece ser el caso de esta hipertrofiada y, por ilimitada, imprecisa, concepción del garante. De ahí la necesidad, aludida en el texto, de operar su racional limitación.

el problema del nexo causal entre conducta y resultado lesivo; se trataría, en otras palabras, del reconocimiento, en el nivel de normativización positiva, que la regla del art. 40 CP es aplicable solamente a delitos de resultado".[5]

E insiste, párrafos adelante: "El resultado penalmente relevante, punto terminal del nexo de causalidad, es el resultado en sentido naturalístico; esto es, una modificación del mundo externo que es consecuencia de la conducta criminosa. Según una enseñanza que puede retenerse prevalente, los delitos de resultado consisten, precisamente, en la causación de un resultado naturalísticamente percibible y relevante por la lesión o puesta en peligro del bien objeto de la tutela".

"Al interno de los delitos de resultado, aún, es operativa una diferenciación. El legislador, en efecto, al formular la *fattispecie* penal, puede describir la conducta causativa del resultado de dos modos: sea centrando la tipicidad del comportamiento sobre la mera eficacia causal; o bien tipificando la conducta criminosa mediante el agregado de modalidad y notas ulteriores respecto a su actitud etiológica".

"Ahora bien, es con relación a la primera hipótesis que aparece como preferible usar la etiqueta 'delitos causales puros': esto para significar que la carga de desvalor del hecho se especifica en la producción del resultado lesivo, en tanto aparecen indiferentes las modalidades del comportamiento causativo del resultado".[6]

6. Esta distinción, agrega el autor citado, tiene plena relevancia a los efectos de determinar la configurabilidad de la *fattispecie* de comisión por omisión, dado que, (como se verá en el ítem siguiente de este estudio, con más detalle), la inactividad carece del alcance de suplir aquellas modalidades de la acción típicamente requeridas para caracterizarla como punible. "Aquí hay, propiamente un límite de naturaleza ontológica a fin de impedir que, mediante omisión, pueda configurarse el específico *Handlungsunrecht* (injusto o desvalor de acción) del delito en cuestión".[7]

5. FIANDACA. Op. cit., p. 37 y 38.
6. Ídem, ibídem, p. 38 y 39.
7. Ídem, p. 39.

7. En razón de ello, el autor postula un círculo restrictivo de delitos cuya imputación por omisión impropia resulta admisible: los delitos contra la vida y la integridad personal, ya sea considerada la persona individualmente (Delitos contra la personalidad física del hombre), ya lo sea como miembro indeterminado de una comunidad puesta en peligro común (Delitos contra la seguridad pública). Y ello, respecto de los delitos causales puros, donde el "comportamiento criminal correspondiente es apreciado, ante todo, por su idoneidad para incidir en la modificación (física) del bien objeto de protección. Y ello acaece porque el mismo interés tutelado reposa sobre un quid dotado de estructura naturalística: la vida y la integridad física, en efecto, son entidades a las cuales es inherente un sustrato de naturaleza orgánica; esto explica por qué el evento lesivo puede verificarse a continuación de una alteración física del bien mismo".[8]

8. "Determinado que la propia estructura real del interés tutelado, en los casos mencionados, se presta a una tipificación del hecho criminoso en términos puramente causales, queda una última consideración de no leve relevancia".

"En verdad, el legislador, al incriminar hechos lesivos de los bienes señalados, habría podido incluir, en los correspondientes tipos legales, elementos idóneos para caracterizar el hecho más allá de su eficacia causal: y elementos, como ya se ha observado, de naturaleza que impida acceder, por un límite ontológico a una integración de la *fattispecie* mediante inactividad. Si esto, por el contrario, no ha acaecido, como lo prueba la formulación legal de los tipos de ilícito en examen, es por una significativa razón: al haber tipificado la conducta ilícita en el modo menos restricto, esto es, sobre la base de la mera relación de causalidad –en términos naturalísticos o normativos (en base al art. 40 cpv. del CP), según se trate de acción o de omisión– no puede sino suponerse en el legislador el intento de otorgar una tutela penal lo más amplia posible. Y la amplitud de la protección aparece, aquí, justificada propiamente por la consideración debida

8. FIANDACA. Op. cit., p. 40 a 45.

al altísimo rango de los bienes a salvaguardar, que son, precisamente, aquellos de la vida y la integridad física del individuo, ya lo sea en tanto tal, ya lo sea como miembro de la colectividad".[9]

9. Esta tentativa demarcatoria encuentra válidos motivos de confirmación, por otra parte, en la propia tradición doctrinaria y jurisprudencial: del mismo modo que la problemática causal se ha desenvuelto a la sombra del delito de homicidio, es este mismo delito el que ha ofrecido el modelo para la configuración mediante omisión.

10. Una última consideración, para finalizar esta tan extensa como justificada cita de Fiandaca, que toca las raíces mismas del pensamiento liberal (decía Feuerbach que la obligación originaria <ursprünglich> del ciudadano sólo concierne a las abstenciones de hechos lesivos): "Ya se ha visto cómo la responsabilidad por omisión, históricamente, tiende a asumir un carácter de excepcionalidad: la obligación fundamental del ciudadano, al menos en una sociedad de tradición liberal, es aquella de no agredir positivamente los bienes jurídicos de terceros. Si esta es la regla, las desviaciones aparecen justificadas en la medida en que la creación de obligaciones de actuar se revele indispensable: precisamente, cuando la exigencia de tutelar en modo reforzado un determinado bien es advertida como prevaleciente respecto al grave sacrificio de la libertad personal, inevitablemente conexo a la activación del mecanismo de la responsabilidad por omisión". Sin duda alguna, concluye Fiandaca, los bienes de la vida y la integridad física revisten una posición tan prominente como para requerir una protección que sea lo más completa posible.[10]

11. Por lo expuesto y sin duda alguna de nuestra parte, el tipo penal previsto en el art. 4 de la Ley 7.492/1986 es totalmente ajeno a aquellos en que, según la opinión ampliamente fundada, que se viene de mencionar, pueda tener presencia la omisión impropia.

9. FIANDACA. Op. cit., p. 45.
10. FIANDACA. Op. cit., p. 46 y 47.

3. Imposibilidad de equiparación de la omisión con la característica de temeridad, propia del tipo en examen

1. De todos modos, aunque no se compartieran las conclusiones expuestas en el apartado anterior y no se considerara tan restringido el círculo de delitos a los que es accesible la imputación por vía de omisión impropia, sobreviviría todavía una dificultad insalvable para imputar, por modo omisivo, la conducta analizada.

2. En efecto y sobre este aspecto llamamos a una lectura sumamente cuidadosa del art. 13 del Código Penal brasileño. Este texto no deja lugar a dudas en el sentido de que la omisión relevante es aquella "sin la cual el resultado no habría ocurrido". La referencia es, inequívocamente, al *omiso impedimento del resultado*. No alcanza, por consiguiente, ni podría hacerlo, a equiparar a la omisión los *modos* típicamente relevantes, mediante los cuales el resultado es causado. La responsabilidad por no-evitación del resultado sólo puede tener lugar cuando el mismo es elevado al rango de hecho típico, con independencia de la modalidad de su causación, precisamente porque, en virtud, como ya se vio, de la amplísima tutela dispensada a determinados bienes jurídicos de primera importancia, el *centro de gravedad del injusto está constituido por la lesión misma*, de donde se legitima la equiparación entre causarla y no impedirla, en presencia, en el último caso, de específica obligación de hacerlo.

3. Pero parece cierto que la vía omisiva está expresamente descartada cuando a le ley interesa, para determinar la punibilidad de un resultado, *no sólo su causación en sí*, sino el *modo* en que la misma se produce. Cuando el fulcro del injusto se traslada desde el resultado hacia el acto, acentuándose el disvalor de éste.

4. Se advierte, de esta manera, que una forma muy clara y evidente de evadir la tipicidad de una ley incriminatoria de la *modalidad de producción de un evento* sería la de imputarla por una vía, como la omisiva, que precisamente ni fue prevista ni incorporada por el legislador a la *fattispecie*. No parece, en efecto, razonable, que determinado requisito de tipicidad se considerara igual e indiferentemente cumplido, tanto con el real y efectivo acaecimiento del mismo, como con la ausencia absoluta de tal ocurrencia. Es igualmente patente que, para justificar tal acto de ilusionismo

jurídico, no podría invocarse el principio de equiparación entre hacer y omitir, porque el mismo sólo rige, como ya se vio, para aquello que está expresamente dispuesto y, de paso, para lo que en pura lógica puede funcionar, esto es, para la igualación, *según el disvalor* (no en causalidad real), entre evento causado y evento no impedido, en presencia de obligación y posibilidad específicas de impedirlo.

5. Al respecto, por otra parte, parece haber difundido consenso doctrinario. Ya se adelantó, en el capítulo anterior, la opinión de Fiandaca. En el presente, puede citarse también la opinión de Giovanni Grasso, quien descarta la posibilidad de equiparación en aquellas hipótesis "en que la conducta causativa del evento es descrita por línea interna, requiriéndose que el resultado sea causado por una cierta conducta positiva y no otra, como ocurre en la estafa, en la cual la inducción en error debe ser causada mediante artificios o engaños (que no constituyen un quid extraño a la conducta, sino son la conducta conforme a la *fattispecie*) o en la extorsión, en la cual el daño y el correlativo provecho deben ser producidos a través del constreñimiento de otros mediante violencia o amenaza".

"En estas últimas hipótesis la falta de impedimento del resultado lesivo puede equivaler (para usar la misma expresión empleada en el art. 40, 2.º ap. CP) a la mera causación, pero no a aquella particular 'forma' de causación que es a su vez requerida para la subsumibilidad del comportamiento en el tipo delictuoso".[11]

6. Seguramente sea Filippo Sgubbi probablemente quien, mediante sus reflexiones, conduzca la cuestión al centro exacto del debate: "En todos aquellos casos en los cuales la norma penal describe la conducta típica recibiendo (reenviando a) parámetros normativos extraños a ella, es al complejo de reglas extrapenales que el intérprete debe hacer referencia para definir el comportamiento vedado".

"Serán por esto reglas extrapenales las que nos dirán si la *fattispecie* incriminadora de qua comprenda (o no) también la omisión".

"Es una observación relevantísima a los efectos de nuestra investigación: en todas estas *fattispecie* en que la definición de la conducta está normativizada (en el

11. GRASSO, Giovanni. "Il reato omissivo impropio". *La estructura objetiva de la fattispecie.* Milano: Giuffrè, 1983. p. 156 y 157.

sentido, repetimos, que es comprensible solamente a la luz de reglas puestas a lo externo de la incriminación), el problema de la inserción de la omisión en el hecho descrito en el modelo legislativo de tipicidad no es afrontable en el plano de la 'asimilación'. Es la incriminación misma que, si bien en vía mediata –esto es, por el trámite del reenvío–, indica al operador si y cómo existen, al interno del conjunto de reglas reclamadas, normas que imponen un comportamiento positivo".[12]

7. Es éste el punto exacto de interrumpir la cita, a los efectos de compararla con la situación en examen : sin duda alguna, *el tipo de gestión temeraria es de aquellos que reenvían fuera de sí* (y con la problemática ya tratada en el capítulo primero de este estudio) *y hacia el intérprete, la tarea íntegra de centrar el fulcro del injusto.*

8. Cualquiera sea el concepto de temeridad, es muy claro que el mismo tiene como factor común un emprendimiento que *hace más* de lo prudente, cualquiera sea el entendimiento que se acuerde a este término; que evade positivamente los límites de lo adecuado.[13]

Esta caracterización de la conducta *es plena y absolutamente incompatible con la imputación de omisión*, de cargo del paciente. Es, si se quiere, una *contradictio in adjectio* que en sí misma descarta toda posible imputación. *Mutatis mutandi*, equivaldría a imputar el delito de Ultraje Público al Pudor, con la agravante de ejecutarlo de noche y en despoblado.

4. Existencia de posición de garante

1. Finalmente, aunque se tuvieran por salvadas las objeciones (a nuestro juicio, insalvables) a una imputación, vía omisiva, de la conducta de gestión

12. SGUBBI, Filippo. *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento.* Padova: Cedam, 1975. p. 108 y 109.

13. En este sentido, y por toda la doctrina, que es al respecto absolutamente concorde y pacífica, puede citarse la opinión siempre esclarecedora de Soler (*Derecho penal argentino.* TEA, 1967. t. II, p. 143) : "Hay negligencia, cuando el sujeto *podía* evitar el daño, si hubiese desplegado *más* actividad en determinado sentido. Hay imprudencia, cuando el sujeto *podía* evitar el daño con ser más reposado, es decir, desplegando *menos* actividad, u obrando más reflexivamente".

temeraria, todavía quedaría por resolver si el paciente se encontraba, efectivamente, en posición de garante.

2. En orden a ello, cabe citar en primer término (porque seguramente no ha sido superada, por su claridad), la explicación de Binding de lo que muy posteriormente, con Nagler, se denominó la "posición de garante", aquella por cuya mediación se responsabiliza a una persona, en posición de custodia de un bien jurídico o de vigilancia de una fuente de peligro, por el no impedimento de un resultado que estaba en su posibilidad y obligación impedir. Notoriamente, Binding refería su discurso al tema de la causalidad en la omisión (una obsesión que acompañó al pensar del siglo XIX: cómo reconducir el fenómeno de la omisión al cerne de causación de lesión de bienes jurídicos, que era la tesis fundamental del pensamiento causalista), determinando su momento en la contención de la voluntad (*Unterdrückung des Willens*). Pero si la conclusión de Binding, de ingresar la omisión dentro de un fenómeno de causalidad, puede considerarse equivocada, a la vista de la evolución ulterior de la teoría, no lo es en cambio la caracterización, embrionaria pero inequívoca, de quien luego se llamó el "garante".[14]

3. Como ya se dijo, Binding veía la causalidad de la omisión en la contención de la voluntad de impedir la lesión del bien jurídico. De ese pensamiento básico, dice Rudolphi,[15] "resultan importantes consecuencias para la pregunta acerca de cuál debe ser la naturaleza del *hacer precedente*, para fundar una responsabilidad por la omisión de impedir el resultado. El mismo debe, como expresa Binding, ser portador de un doble carácter: si bien, por una parte, debe impedir el peligro de ocurrencia del resultado, por otra parte debe también

14. En el mismo sentido del texto, véase especialmente, Giovanni Fiandaca, op. cit., p. 18: "Y en verdad, ya según la concepción bindingniana, el sujeto asume la calidad de 'garante' de la salvaguarda de determinado bien, en la medida en que, en fuerza de una acción precedente, ha manifestado (...)" la promesa que se verá más detenidamente en el texto.

15. RUDOLPHI, Hans Joachim. *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungskelikte und der Gedanke der Ingerenz* (*La problemática de la equiparación en los delitos impropios de omisión y el concepto de ingerencia*). Göttingen: Otto Schwartz & Co., 1966. p. 16.

promoverlo. El omitente debe, por un lado decidir 'funcionar como una condición impeditiva', esto es, como Binding en otro lugar explica, 'debe prometerse no sólo a sí mismo sino a terceros, dedicar su atención y su empeño a la represión de determinados peligros".

4. Esta promesa de ayuda y combate al peligro, puede consistir, entre otros, y en lo que a nuestro caso interesa, en la aceptación de cargo, pero debe ser tal que provoque la expectativa de la prestación de la ayuda prometida. "Mediante su hacer precedente (promesa de ayuda) el agente se coloca, según la concepción de Binding, no sólo como garante contra determinados peligros, con lo que se establece como una condición negativa, impidente del resultado dañoso, sino que, también y además, coloca una condición positiva para el resultado dañoso (el buen nadador induce al mal nadador a ponerse en peligro, sin adoptar ulteriores medidas de previsión) u ocasiona la supresión de condiciones impeditivas del resultado (determina al guardia del puente a abandonar su puesto) o, en fin, impide la aparición de condiciones impeditivas del resultado" (el farero no enciende la luz).

"Para la punibilidad de los delitos impropios de omisión, esto significa que ella sólo puede tener lugar cuando el omitente no contiene a aquellas fuerzas causales de la lesión de un bien jurídico que con su promesa de evitar el resultado provocó, esto es, cuando renuncia a su voluntad de enfrentar el peligro".[16]

5. La apreciación de la figura del garante debe hacerse, entonces, preliminarmente, según esta idea rectora: solamente puede serlo quien se ha colocado a sí mismo (o ha sido legalmente investido) como condición de que un determinado resultado no acaezca.

6. Esta idea rectora debe ser complementada y en el supuesto fáctico del art. 4 de la Ley 7.492/1986, sólo será admisible el funcionamiento de la posición de garante cuando la persona eventualmente imputada, además de contar con

16. RUDOLPHI. Op. cit., p. 17.

poderes idóneos como para modificar la situación, conociera en plenitud la medida del riesgo y la real situación financiera de la empresa.[17]

Las precitadas consideraciones de corte dogmático tienen claro aval en el campo de la teoría operativo-financiera. El riesgo ha sido conceptuado por Solomon y Pringle,[18] en su forma más simple y práctica, como el grado de incertidumbre respecto de un evento. Ese grado de incertidumbre está directamente vinculado, en el área financiera, a la previsión de resultados y se entiende por previsión "el proceso por el cual, a partir de *informaciones existentes*, admitidas ciertas hipótesis, a través de algún método de gerenciamiento, llegamos a informaciones sobre el futuro, con una determinada finalidad"[19] (Enfasis no original). En forma convergente ha señalado Severin, que, dentro del conjunto de las corporaciones, las entidades financieras se caracterizan por constituir un complejo de actividades de operatividad no siempre convergente. Esto, en el sentido de que, conforme al citado autor, el resultado de un segmento no se traduce en todos los casos, inmediata y apreciablemente, en el resultado de otro.[20] Recientemente agrega,[21] que, a los efectos del diagnóstico de la salud de una institución financiera, no alcanza con apreciar el resultado de sus segmentos, sino que corresponde estudiar el entramado de los mismos. Y dentro de una institución son muy pocas las personas que están en condiciones de establecer y detectar la urdimbre de esas variables. Consecuentemente, el tema, a su juicio, no pasa sólo por el

17. CAVALLIERI, Ericco. *Omesso impedimento dell'evento in diritto penale.* Padova: Luccini, 1999. p. 34 y ss.

18. *Introducción a la administración financiera.* Sao Paulo: Atlas, 1981. Apud SECURATO. *Decisiones financeiras*, p. 21.

19. LEME, Ruy Aguiar da Silva. *Proyección de demanda.* San Pablo: Vanzolini, 1976. p. 36.

20. SEVERIN, Louis W. *Recent developments in relation to economic crimes.* Ladelt De. Austin, 1991. p. 60 y ss.

21. Durante la reunión de la JICAB (Nueva York, diciembre de 1997) el citado Severin, en su calidad de Presidente del Consejo de Dirección del International Center of Economic Penal Studies, hacía las referencias expuestas en el texto.

conocimiento de uno o más datos aislados, sino por la cabal aprehensión de sus significados en el contexto del universo de información *disponible*.

7. De conformidad a este criterio, no puede admitirse sin más que, por el hecho de desempeñar una persona un cargo ejecutivo en un segmento determinado de una entidad financiera, haya estado necesariamente en condiciones de apreciar, y evaluar los resultados que registraban otros segmentos de la corporación y ésta en su conjunto. Solamente a partir de esa constatación podrá considerarse la posición de garante.

5. Conclusiones

1. No todos los delitos (siquiera aquellos de resultado) admiten imputación por vía de omisión de impedir el resultado. Conforme a la mejor doctrina, la omisión impropia tiene su génesis y justificación en aquellos delitos de pura causación que refieren a bienes supremos, como la vida y la integridad corporal, sean éstos considerados con relación a un individuo determinado, ya lo sean con vinculación al individuo como integrante de un conglomerado social o colectividad. O sea: La omisión impropia refiere, según la mejor doctrina, a aquellos delitos de resultado puros, esto es, edificados a base de pura causalidad en la provocación del evento y, por la historia dogmática y relevancia legislativa, referidos a la vida y la integridad física, bien consideradas con relación al individuo singular, bien como delitos de común peligro.

2. Aunque no se admitiera tal solución restrictiva al círculo de la imputación por omisión impropia, es evidente que la equiparación sólo refiere a la *mera causación del resultado*, no se extiende al *modo* de causación del mismo, cuando es precisamente ese modo el que da el consistir o la individualidad del delito. En defecto de cláusula legal expresa, es obvio que no puede considerarse cumplido un requisito típico, de exigida presencia positiva, con la absoluta ausencia de verificación del mismo. De otro modo, se llegaría al absurdo de

sostener, contra el principio de tipicidad (especificación del de legalidad), que la adecuación típica se cumple, indiferentemente, tanto con el verificarse como con el no verificarse del hecho o presupuesto requerido por la figura. Dicho de otro modo: más allá de la tesis restrictiva, la omisión impropia no puede tener lugar respecto de aquellos delitos en que no sólo importa la causación de un resultado, sino la modalidad de tal causación.

3. En mayor medida son procedentes las consideraciones expuestas cuando se trata, como ocurre en el caso, de una convocatoria de la figura a un concepto, como el de temeridad, que es exactamente lo contrario (y, por lo tanto, plena y radicalmente incompatible) de la inactividad que caracteriza a la omisión.

4. Finalmente, habrá que analizar cuidadosamente si el paciente cumple con los requisitos para ingresar a una posición de garante: integrando el círculo en que se produce el dominio del hecho, encontrándose dotado de completo conocimiento del mismo y dotado de las potestades para impedirlo. Como enseña Cavallieri: "el paciente no se encuentra en situación de garante, en cuanto carece de los poderes de hecho y de derecho para dominar una situación gobernada en la cúpula".[22]

22. CAVALLIERI. Op. cit. ut *supra* p. 32.

As penas alternativas na Inglaterra e nos Estados Unidos*

Roberto Chacon de Albuquerque
Advogado. Doutor em direito
na Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo. Gestor.

Sumário: Introdução – 1. Inglaterra: 1.1 Sistema carcerário; 1.2 Probation Service; 1.3 Penas alternativas – 2. Estados Unidos: 2.1 Sistema carcerário; 2.2 *Probation agencies*; 2.3 Penas alternativas – 3. Conclusão.

Resumo: O artigo, baseado em fontes originais, primárias, divide-se em duas partes: uma sobre a situação das penas alternativas na Inglaterra e outra, nos Estados Unidos. Faz-se uma análise histórica do processo de constituição das penas alternativas em ambos os países, bem como das várias modalidades de penas alternativas atualmente existentes. Também se analisa a situação do sistema carcerário na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Palavras-chave: Penas alternativas; *probation*; sistema carcerário; Inglaterra; Estados Unidos.

* Este artigo foi redigido durante curso sobre penas alternativas, ministrado pelo Prof. Dr. Miguel Reale Jr. na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Introdução

A *probation*, na Inglaterra e nos Estados Unidos, está na origem das penas alternativas.[1] A própria *probation* pode ser considerada uma pena, já que a pena privativa de liberdade é suspensa,[2] sendo o detido solto na comunidade sob a supervisão de um *probation officer*.[3-4] A concessão[5] da *probation* não constitui um ato vinculado, mas discricionário.[6] Se o detido não respeitar os termos da *probation*, fixados pelo juiz, ela é revogada.[7] O detido vai para a prisão.

O objetivo principal da *probation*, tradicionalmente, foi a reabilitação do detido. Aos olhos da população inglesa e americana, este objetivo teria perdido seu significado, sendo associado ao assistencialismo. Em lugar da reabilitação, passa-se a exigir a reparação da vítima pelos prejuízos sofridos ou a incapacitação do detido para a prática de outros crimes. As *reparation orders* materializam, justamente, o princípio da reparação. Elas procuram equilibrar os interesses da vítima e da sociedade com a necessidade de reintegrar o detido na comunidade,[8] o qual passaria a compreender as conseqüências de suas ações ao providenciar a reparação dos prejuízos sofridos pela vítima. A forma mais comum de alcançar-

1. KLEIN, Andrew. *Alternative sentencing, intermediate sanctions and probation*. 2. ed. Cincinnati: Anderson, 1997. p. vii.

2. Richards *v.* Crump, 260 S.C. 133, 194 S.E.2d 575, 576.

3. *Probation officers* são funcionários que supervisionam tradicionalmente o cumprimento de penas alternativas na Inglaterra e nos Estados Unidos.

4. State *v.* Fields, 67 Haw. 268, 686 P.2d 1379, 1387.

5. Um dos principais obstáculos à concessão da *probation* é a prática de *felonies*, crimes com agravantes.

6. "It is not a matter of right, but rather is an act of grace and clemency available only to those defendants found eligible by the Court" (cf. People *v.* Brown, 172 Cal.App.2d 30, 342 P.2d 410, 412).

7. Baine *v.* Beckstead, 10 Utah 2d 4, 347 P.2d 554, 558.

8. WORRALL, Anne. *Punishment in the community*: the future of criminal justice. Londres: Longman, 1997. p. 46: "Far from demonstrating that it is resourceful, tolerant and healing, the community is then rejecting, excluding and intolerantly punitive".

se a reparação é a mediação vítima-réu, que não precisam, necessariamente, encontrar-se face a face. Um intermediário pode auxiliá-los a chegar a um acordo. Algumas formas de reparação envolvem os familiares tanto da vítima como do réu. A título de incapacitação do detido para a prática de outros crimes, seu tratamento tem sido relegado a segundo plano, em benefício, nos Estados Unidos, por exemplo, da castração química.

Os *probation officers* não mantêm mais, nos Estados Unidos, a prerrogativa exclusiva de assessorar o juiz na fixação da pena do detido.[9] A própria comunidade, ou empresas privadas, tem assumido tal papel. Salvo manifestação em contrário da Youth Court,[10] jovens infratores, não reincidentes, na Inglaterra, são submetidos a Youth Offender Panels (Comitês de Jovens Infratores), que fixam a pena a ser aplicada. Este comitê compõe-se de pessoas recrutadas na comunidade local, com interesse em ou experiência com jovens. Também no que diz respeito à supervisão do detido, os *probation officers* têm perdido espaço, mais uma vez na Inglaterra, em sede de *parental bind-overs* e *parenting orders*,[11] quando tal papel é assumido pelos próprios pais do jovem infrator.

A transformação da *probation* transcorre em meio a uma profunda crise do sistema carcerário, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos. Em 1999, a população carcerária da Inglaterra, por 100.000 habitantes, era uma das maiores da Europa. Havia 125 ingleses presos por 100.000 habitantes, em comparação, por exemplo, com 89 franceses presos por 100.000. Em 1999, a população carcerária dos Estados Unidos, por 100.000 habitantes, era a segunda maior do mundo. Só havia sido ultrapassada pela da Rússia, que sofria as conseqüências do colapso do regime soviético. Havia 682 americanos

9. Com *pre-sentence reports*, *probation officers* assessoram o juiz na fixação da pena do detido.

10. A Youth Court constitui um tribunal da infância e do adolescente, na Inglaterra.

11. *Parental bind-overs* e *parenting orders*, como se verá a seguir, são penas cominadas aos pais, que passam a ter o dever de supervisionar e vigiar seus filhos.

presos por 100.000, em comparação, por exemplo, com 109 canadenses presos por 100.000 habitantes.[12]

1. Inglaterra

A cada ano, cerca de 2 milhões de pessoas são detidas pela polícia inglesa.[13] Aproximadamente 55% dos suspeitos confessam a prática do crime de que são acusados, após serem presos pela polícia.[14] A partir dos 10 anos, inicia-se a responsabilidade penal.[15] A polícia, em 1999/2000, descobriu em cerca de 25% dos casos os autores dos crimes que chegaram ao seu conhecimento.[16] A proporção de crimes registrados na polícia aumenta, anualmente, cerca de 5%.[17]

Cerca de 96% dos litígios penais são decididos sumariamente por uma das Magistrates' Courts,[18] a primeira instância do Poder Judiciário inglês.[19] Qualquer litígio pode, em princípio, ser julgado seja por ao menos dois e habitualmente três *lay magistrates*, seja por um *district judge*, pertencentes a uma das Magistrates' Courts. Os *district judges* fazem parte de uma carreira assalariada

12. GRÃ-BRETANHA. Home Office. The Research Development and Statistics Directorate Communication and Development Unit. *A guide to the criminal justice system in England and Wales.* Londres, 2000. p. 71.

13. Idem, ibidem, p. 27: "Every year just under two million people are arrested by the police".

14. Idem, p. 27.

15. Idem, p. 28.

16. Idem, p. 65.

17. GRÃ-BRETANHA. Home Office. The Research Development and Statistics Directorate. *Digest 4.* Londres, 1999. p. 3.

18. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 18: "Approximately ninety-six per cent of criminal cases are dealt with summarily at a magistrates' court".

19. Apenas em 1535 o País de Gales adotou a *common law*, depois de ter sido invadido pela Inglaterra, em 1304. A Escócia, por sua vez, desenvolveu um sistema jurídico baseado no direito romano. Após a fusão dos Parlamentos da Escócia, da Inglaterra e do País de Gales em 1701, não se procurou uniformizar os sistemas jurídicos inglês e escocês, uma situação que perdura até hoje. Após 1999, tanto o País de Gales como a Escócia passaram a dispor de Parlamentos próprios. No País de Gales, o Parlamento não tem jurisdição sobre questões penais, ao contrário da Escócia (cf.: GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 18).

do Poder Judiciário inglês, ao contrário dos *lay magistrates*, que sequer costumam possuir formação jurídica.[20] A última instância do Poder Judiciário inglês é a House of Lords, composta por Lords of Appeal, juristas de renome geralmente designados entre os juízes da Court of Appeal,[21] o tribunal imediatamente inferior à House of Lords.[22]

90% dos acusados em *summary trial* (julgamento sumário) confessam-se culpados.[23] Para certas modalidades de crimes submetidos a *summary trial*, pode-se solicitar aos acusados mediante correspondência postal que confessem ter praticado o crime.[24] Apenas pouco mais de 4% dos casos decididos pelas Magistrates' Courts sobem à Crown Court em sede de recurso.[25] Nestes, cerca de 60% dos acusados confessam sua culpa.[26] Habitualmente, um desconto de um terço na pena é concedido a quem se confessa culpado.[27]

São três as categorias de crimes: i) *triable only on indictment*: diz respeito aos crimes mais graves, que precisam ser julgados pela Crown Court, a exemplo do homicídio ou do estupro; ii) *triable-either-way*: abrange os crimes que impliquem prejuízos superiores a £ 5.000, bem como, por exemplo, roubo ou

20. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system*..., cit., p. 18-19.

21. Idem, ibidem, p. 20: "The highest Court in the land is the House of Lords. The Court is composed of the Lords of Appeal, who are lawyers of eminence generally appointed from amongst the judges of the Court of Appeal".

22. A estrutura hierárquica do sistema judiciário penal inglês é, fundamentalmente, a seguinte: Magistrates' Courts, Crown Court, Court of Appeal e House of Lords (cf.: GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system*..., cit., p. 20).

23. Idem, ibidem, p. 34.

24. Idem: "Defendants may be invited to plead guilty for certain summary (mostly motoring) offences by post and therefore avoid a court appearance".

25. Idem, p. 35: "Just over four per cent of those proceeded against are dealt with by the Crown Court".

26. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system*..., cit., p. 35. "Of these, around 60 per cent plead guilty".

27. Idem, ibidem, p. 37: "The Court of Appeal states that a discount of one-third should normally be given for a timely guilty plea".

dirigir embriagado; e iii) *summary*: compreende crimes que podem ser julgados apenas por Magistrates' Courts, sobretudo crimes que impliquem prejuízos inferiores a £ 5.000.[28]

Em 1988, cerca de 40% dos réus foram condenados a multa, cerca de 20%, a serviços comunitários e cerca de 15%, a prisão. Em 1998, cerca de 30% dos réus foram condenados a multa, cerca de 30%, a serviços comunitários e cerca de 20%, a prisão. O restante, tanto em 1988 como em 1998, foi julgado inocente ou condenado a outras espécies de penas.[29] Embora as multas sejam a forma de punição mais utilizada, sua aplicação tem declinado, já que lhe faltaria a dor física e moral consideradas essenciais na punição de crimes graves.[30-31]

1.1 Sistema carcerário

O sistema carcerário inglês, em sua configuração atual, tem cerca de 200 anos. As prisões são um fenômeno recente na Inglaterra, produto da Revolução Industrial e do êxodo rural. Antes, a pena de morte ou o banimento para as colônias eram as formas habituais de punição para a prática de crimes mais graves. As poucas prisões que existiam eram usadas para encarcerar devedores ou réus aguardando julgamento. *Hooligans* (arruaceiros) eram presos para serem recrutados pela Royal Navy ou pelos corsários, piratas a serviço da Inglaterra que saqueavam as colônias espanholas. Meninos de rua eram seqüestrados e remetidos para as colônias inglesas. A expressão "*kidnapping*" (seqüestro) provém de "*to nap kids*". "*To nap*" significa, até hoje, pegar alguém desprevenido.

28. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 32.

29. Idem, ibidem, p. 68.

30. Na Inglaterra, homicídio, tentativa de homicídio, estupro são exemplos, não exaustivos, de crimes graves. Nos Estados Unidos, crimes aos quais pode ser cominada uma pena superior a seis meses são considerados *serious crimes* (crimes graves), dando direito a julgamento pelo júri, em oposição aos *petty crimes* (cf. Maita *v.* Whitmore, C.A.Cal. 508 F.2d 143, 145).

31. WORRALL, Anne. Op. cit., p. 9.

Em 1777, John Howard publicou *The State of Prisons*, uma avaliação crítica da condição das prisões inglesas, o que contribuiu para sua reestruturação. Dentro de 50 anos, as prisões transformaram-se na principal modalidade de punição utilizada pelo Poder Judiciário na Grã-Bretanha.[32] Em 2000, existiam 137 estabelecimentos prisionais na Inglaterra e no País de Gales. Cerca de 7 eram mantidos pela iniciativa privada.[33] Com a privatização, o empresário lucra como um dono de hotel. Quanto mais presos houver e quanto mais tempo eles passarem no presídio, mais lucro ele terá. Os custos são repassados para o Estado.[34] O único estabelecimento prisional brasileiro totalmente privado é o de Guarapuava, no Paraná. É o presídio mais caro do País. Cada detento custa R$ 2 mil por mês. Um preso custa, em média, R$ 600 por mês.[35]

Todos os homens adultos presos na Inglaterra são subsumidos a uma das quatro categorias de segurança: "A", "B", "C" ou "D". A categoria "A" diz respeito a presos cuja fuga seria extremamente perigosa para a segurança pública ou estatal. Presos da categoria "B" não exigem o nível mais alto de segurança, mas ainda apresentam um risco considerável para a segurança pública ou estatal. Presos da categoria "C" são considerados como não tendo nem vontade nem recursos para fugir. Estabelecimentos prisionais que encarceram presos das categorias "A" a "C" são chamados de "*closed*" *prisons* (prisões "fechadas"). Presos da categoria "D", que não apresentam riscos e provavelmente não tentarão fugir, são mantidos em "*open*" *prisons* (prisões "abertas"). Mulheres e jovens infratores podem ser colocados em estabelecimentos prisionais abertos ou fechados, dependendo do risco que apresentem.[36]

32. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 24: "Within 50 years, prisons became the main mode of punishment used by criminal courts in Britain".

33. Idem, ibidem, p. 24: "By 2000 there were seven privately managed prisons in England and Wales".

34. SÜSSEKIND, Elizabeth. "Memórias do cárcere". *Revista Consulex* 48, 06.12.2000.

35. Idem, ibidem, p. 6-7.

36. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 24: "They may be held in open or closed prisons depending on risk".

A população carcerária na Inglaterra não pára de aumentar, bem como o tempo de prisão ao qual os detidos são submetidos. Em 1988, havia cerca de 50 mil presos; em 1998, 65 mil presos. Em 1988, homens adultos, com mais de 21 anos, passavam em média 19 meses na prisão; em 1998, 23,6 meses.[37] Em finais de março de 2000, a população carcerária já era de 65.460, 2% maior do que em finais de março de 1999, quando atingira 64.210.[38] A manter-se tal nível de crescimento, ela deve atingir 70.400 em 2007.[39]

Em 1995, 17% da população carcerária masculina e 24% da população carcerária feminina pertenciam a minorias não brancas, sobretudo de origem afro-caribenha e asiática.[40] A vasta maioria dos réus provém da classe operária ou está desempregada.[41]

A redução da população carcerária seria vista como um sinal de fraqueza na luta contra o crime. Argumentos que justificam a redução da população carcerária sob um ponto de vista orçamentário poderiam ser mais bem aceitos do que argumentos humanitários.[42] A população estaria disposta a pagar pela punição dos criminosos, mas não por seu tratamento.[43] Negros[44] e mulheres são discriminados na concessão de penas alternativas.[45]

37. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 63.

38. Idem, ibidem, p. 25: "The prison population in England and Wales at the end of March 2000 was 65,460, two per cent higher than at the end of March 1999 (64,210)".

39. Idem.

40. WORRALL, Anne. Op. cit., p. 16.

41. Idem, ibidem, p. 20: "The vast majority of defendants appearing in court are from the working or unemployed classes".

42. Idem, p. 33.

43. Idem, p. 25: "The fact is that people are prepared to pay for the punishment of criminals; they are not prepared to pay for their treatment".

44. Neste texto, utilizou-se a expressão "negro" em lugar de "afro-americano", já que, várias vezes, ao longo do mesmo, será feita referência à situação dos negros britânicos. A expressão afro-britânico não é de uso corrente.

45. WORRALL, Anne. Op. cit., p. 15.

1.2 Probation Service

As origens da *probation* remontam ao século XIX, quando clérigos se tornaram responsáveis por delinqüentes juvenis, para salvá-los da prisão. Os Police Court Missionaries, instituição fundada em 1876 pela Igreja Anglicana, costumam ser considerados como os predecessores do Probation Service.[46]

Com o Probation of Offenders Act 1907, os tribunais ingleses passaram a nomear *probation officers*. O Probation Service tornou-se a instituição responsável por assessorar o Poder Judiciário mediante a elaboração de *pre-sentence reports* e na supervisão de criminosos na comunidade. O objetivo do Probation Service é proteger o público, reduzir a reincidência e assegurar a punição e reabilitação dos detidos.[47]

O Probation Service tem sofrido ataques de grupos que defendem sua privatização. O *esprit de corps* dos *probation officers*, por outro lado, permanece inabalado. Para os *probation officers*, seu trabalho consiste em fazer "diagnósticos" do detido, prescrevendo, em seguida, o tratamento apropriado. Eles vêem a si mesmos como os guardiões da segurança pública inglesa.[48]

Os *probation officers* desempenham uma série de tarefas, incluindo a supervisão de penas comunitárias impostas aos detidos. Tais penas incluem *probation orders*, *community service orders*, *combination orders* e *supervision orders*. Infratores com mais de 16 anos também podem ser submetidos a *curfew orders* (toques de recolher) com monitoramento eletrônico, que podem ser cumpridas conjuntamente com outras penas alternativas. Os *probation officers* também são responsáveis pela elaboração de pareceres sobre a possibilidade de os infratores serem submetidos a monitoramento eletrônico. Tais pareceres podem assumir a forma de um *specific sentence report* ou de um *pre-sentence report*.

46. WORRALL, Anne. Op. cit., p. 9.
47. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 22.
48. WORRALL, Anne. Op. cit., p. 72-73.

De acordo com o Criminal Justice Act 1991, detidos juvenis e adultos sentenciados a 12 meses ou mais de prisão são supervisionados pelo Probation Service antes e depois de serem colocados em liberdade. Desde janeiro de 1999, um número crescente deles tem sido colocado em liberdade mais cedo para passarem até 60 dias sendo monitorados eletronicamente na comunidade.[49]

Cerca de 600 (9%) dos *probation officers* trabalham no sistema carcerário, ao lado de agentes penitenciários, para assegurar a continuidade entre a pena privativa de liberdade e a pena alternativa.[50]

1.3 Penas alternativas

Conforme o Criminal Justice Act 1991, a pena de prisão só deve ser imposta quando o crime for *so serious* (tão grave) que apenas tal punição puder ser justificada.[51] O Criminal Justice Act 1991, emendado pelo Criminal Justice Act 1993, determina que se apliquem penas que reflitam a *seriousness* (gravidade) do crime ou dos crimes cometidos pelo acusado. Não se define o que significa gravidade. O Crime (Sentences) Act de 1997 exige que se apliquem penas mínimas a reincidentes na prática de crimes graves. Tais penas mínimas, cuja aplicação costuma ser automática,[52] incluem prisão perpétua para maiores de 18 anos que reincidirem na prática de um crime grave.[53] Homicídio, tentativa de homicídio, estupro são exemplos, não exaustivos, de crimes graves.

O Criminal Justice Act 1991 aumentou o espectro de punições no seio da comunidade. Elas chegam agora a ser consideradas como penas, e não como

49. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system*..., cit., p. 22.

50. Idem, ibidem, p. 23.

51. Idem, p. 37.

52. Idem.

53. Idem: "These include a mandatory sentence of life imprisonment for anyone over the age of 18 convicted of a serious offence who has a previous conviction for a similar offence".

alternativas à prisão.[54] Uma *community sentence* (pena comunitária) pode ser imposta apenas se o crime for *serious enough* (grave o bastante) para justificar sua aplicação. Qualquer restrição à liberdade precisa ser sopesada com a gravidade do crime praticado e ser adequada para o respectivo detido. Ele não precisa manifestar seu consentimento à aplicação da pena comunitária.[55] Se ele não cumprir os termos em que a pena comunitária foi fixada, ele incorre no que se convenciona chamar de *breach* (infração).

Com o *pre-sentence report* (PSR), o *probation officer* apresenta à Crown Court um relatório minucioso sobre os antecedentes do acusado, incluindo condenações anteriores. Tal relatório contém informações sobre o caráter, personalidade e antecedentes domésticos e sociais do acusado, bem como informações sobre sua formação educacional, atividade profissional, avaliação de impacto na vítima e potencial de risco de reincidência. O PSR costuma propor uma *probation order* para o acusado, se for o caso. Em situações precisas, o Probation Service prepara um *specific sentence report* (SSR). O SSR tem, como indica seu nome, a aplicação de uma pena específica como foco.[56]

Quando um crime for grave o bastante para justificar uma pena de até dois anos de prisão, ela pode ser suspensa entre um e dois anos, se houver circunstâncias excepcionais que justifiquem tal medida. Nos raros casos em que se adota a suspensão da pena, costuma-se considerar a aplicação de multa[57] ou reparação.[58] A pena privativa de liberdade que for suspensa não é aplicada, a

54. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 39.

55. Idem, ibidem.

56. Idem, p. 36.

57. *Fines* (multas) podem ser impostas a quase todas as espécies de crimes (cf.: GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 40).

58. *Compensation* (reparação) pode ser aplicada conjuntamente com qualquer outra espécie de pena, bem como pode constituir a pena principal imposta ao réu (cf.: GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 41).

menos que o réu, durante sua vigência, cometa outro crime que acarrete outra pena privativa de liberdade.[59]

As penas alternativas, na Inglaterra, dividem-se, em primeiro lugar, entre as que são aplicadas pela justiça comum e as que são aplicadas pelas Youth Courts. As penas alternativas disponíveis na justiça comum são as seguintes: a) *probation orders*; b) *community service orders*; c) *combination orders*; e d) *curfew orders*. As Youth Courts, por sua vez, têm à sua disposição as seguintes penas alternativas: a) *supervision orders*; b) *attendance center orders*; c) *reparation orders*; d) *action plan orders*; e) *referral orders*; f) *parental bind-overs*; e g) *parenting orders*. A diversidade de penas alternativas nas Youth Courts atesta a crescente importância assumida pela delinqüência infanto-juvenil na Inglaterra. A expressão "*order*", em tal contexto, significa mandado.

A origem da *probation order* remonta ao Probation of Offenders Act 1907, tendo permanecido uma pena alternativa com o Criminal Justice Act 1991. Seu propósito inicial foi oferecer aconselhamento e assistência ao detido, mas, a partir desta lei, o objetivo da *probation* passou a incluir não só a reabilitação do detido, mas também um elemento preventivo, a adoção de medidas destinadas a proteger a população de sua reincidência na prática do crime.[60] Qualquer réu com mais de 16 anos pode ser condenado a *probation* por um período de seis meses a três anos, cujo objetivo será assegurar sua reabilitação, proteger a população do perigo que sua convivência acarretaria ou prevenir a prática de outros crimes. *Probation orders* exigem que o detido seja supervisionado por um *probation officer*. Ao condenar-se um réu a *probation*, podem-se acrescentar várias outras exigências, como a necessidade de residência num endereço específico, cumprimento de atividades especificadas na sentença, comparecimento a um *probation center*, tratamento para dependência alcoólica etc. Alguns *probation centers* dispõem de

59. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system*..., cit., p. 38.

60. WORRALL, Anne. Op. cit., p. 64.

cursos aos quais os detidos precisam comparecer, por até 60 dias, como um pré-requisito à concessão da *probation order*.[61]

Réus com mais de 16 anos que forem detidos por um crime cuja prática for séria o bastante para suscitar a aplicação de uma pena privativa de liberdade a um adulto, podem ser condenados, com base numa *community service order*, a prestar gratuitamente serviços comunitários. Tais penas envolvem um mínimo de 40 horas e um máximo de 240 horas a serem prestadas dentro de 12 meses. A prestação de serviços comunitários é efetuada sob a direção de um organizador de serviços comunitários, trabalhando conjuntamente com o Probation Service. A título de serviços comunitários, incluem-se, entre outros, projetos de conservação, construção de *playgrounds*, pintura e decoração em benefício de idosos ou deficientes.[62] Na Inglaterra, aplica-se a prestação de serviços comunitários de maneira bastante disseminada, ao contrário dos Estados Unidos. Mesmo assim, a população inglesa às vezes manifesta sua indignação contra uma espécie de punição que tiraria o trabalho dos desempregados, sob o argumento de que não valeria a pena ensinar um ofício a criminosos.[63]

O Criminal Justice Act 1991 introduziu as *combination orders*, com vigência a partir de outubro de 1992. Elas, como indica seu nome, combinam elementos tanto da *probation order* como da *community service order*. Podem ser aplicadas a qualquer réu com mais de 16 anos. A duração máxima da parte da *combination order* consagrada à *probation* varia de um a três anos. *Probation officers* continuam a supervisionar o detido enquanto o serviço comunitário for efetuado. O mínimo de horas de serviço comunitário é de 40, e o máximo, de 100.[64]

Curfew orders (toques de recolher) exigem que o detido permaneça, por períodos específicos, num endereço determinado. A partir de dezembro de 1999,

61. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 39.

62. Idem, ibidem.

63. WORRALL, Anne. Op. cit., p. 89-90.

64. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 40.

toques de recolher monitorados eletronicamente passaram a ser aplicados nacionalmente.[65] O detido passa a vestir uma tornozeleira que, em combinação com um equipamento eletrônico, monitora seu paradeiro.[66] Se o detido abandona seu endereço residencial durante o toque de recolher, tenta retirar ou estragar a tornozeleira ou o equipamento, empresas privadas encarregadas de supervisionar a aplicação do toque de recolher são advertidas automaticamente. Toques de recolher podem ser impostos conjuntamente com outras penas alternativas.[67] 75% dos que escapam do monitoramento eletrônico seriam pegos em 24 horas.

Condenados à prisão por três meses a quatro anos podem ser libertados para em seguida serem submetidos a toque de recolher. O detido precisa ter mais de 18 anos, ao ser libertado. Ele pode sair da prisão até dois meses antes, mas terá de permanecer num endereço específico por no mínimo nove horas ao dia, monitorado por uma tornozeleira eletrônica.[68] Antes de a *curfew order* ser concedida, o detido precisa ser submetido a uma avaliação de risco e dispor de um endereço fixo. A *curfew order* pode ser revogada, caso o detido descumprir os termos segundo os quais ela foi concedida, se ela constituir um risco para a população, se for impossível monitorar o detido, ou se ele reincidir na prática do crime.

O primeiro caso de concessão de *curfew order* na Inglaterra, envolvendo Richard Hart, não foi bem sucedido. Acordado por policiais no meio da noite, pois o equipamento que monitorava seu paradeiro indicava equivocadamente que ele abandonara sua residência durante o toque de recolher, Richard Hart termi-

65. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 40.

66. "Um projeto de lei que substitui a prisão convencional pelo monitoramento via satélite – a chamada 'prisão virtual' –, como mais uma forma de pena alternativa, está em andamento na Câmara dos Deputados brasileira. Com um *chip* eletrônico acoplado a uma tornozeleira, o preso poderia continuar em seu convívio social, mas com todos os passos vigiados" (cf. "Projeto institui prisão virtual". *Tribuna do Direito*, São Paulo, p. 20, maio 2001).

67. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 40.

68. Idem, ibidem, p. 44.

nou solicitando seu próprio recolhimento à prisão, no que foi atendido. O equipamento já falhara 15 vezes.[69]

Quem praticar crimes para financiar sua dependência com drogas, pode ser condenado a submeter-se a tratamento.[70] Tal pena pode ser aplicada conjuntamente com uma modalidade qualquer de serviço comunitário. O réu precisa ter mais de 16 anos e manifestar seu consentimento em benefício do tratamento, que pode durar de seis meses a três anos.

Agora, passa-se a analisar as penas alternativas aplicadas pelas Youth Courts.

Qualquer jovem entre 10 e 17 anos é julgado, em princípio, por uma Youth Court. Mas existem exceções a tais regras. Ele poderá ser julgado pela Crown Court nas seguintes hipóteses, entre outras: se ele for acusado de homicídio; se ele tiver mais de 14 anos e for acusado da prática de um crime grave;[71] e se ele for acusado conjuntamente com alguém com mais de 18 anos de idade. Jovens com mais de 16 anos, se a Youth Court julgar apropriado, podem ser condenados, da mesma maneira que adultos, a *probation*, *community service* ou *combination orders*. Jovens de 10 a 17 anos também podem ser multados.[72] Com o seqüestro e assassinato de James Bulger, de dois anos de idade, por John Venables e Robert Thompson, de 10 anos de idade, em 1993, a própria inocência das crianças, na Inglaterra, foi colocada em xeque pela população.[73]

Quem tem menos de 18 anos,[74] pode receber uma *supervision order*, que pode durar de três meses a três anos. O jovem passa, então, a ser supervisionado

69. WORRALL, Anne. Op. cit., p. 31-32.

70. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system*..., cit., p. 40: "Drug treatment and testing orders are aimed at those who commit crimes to fund a drug habit".

71. Devido a *grave crimes* (crimes graves), um adulto pode ser preso por ao menos 14 anos (cf.: GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system*..., cit., p. 48).

72. Idem, ibidem, p. 51.

73. WORRALL, Anne. Op. cit., p. 40.

74. Idem, ibidem, p. 9.

por um *probation officer*, tendo o dever de encontrar-se periodicamente com ele e de efetuar atividades específicas que auxiliem a direcionar seu comportamento para condutas socialmente aceitáveis.

Sob o pressuposto de que todo jovem precisa de ocupação e instrução adequadas, sob supervisão, concede-se a *attendance center order* a qualquer jovem entre 10 e 20 anos de idade. Para quem tem mais de 18 anos, a duração máxima da pena é de 36 horas, mas para quem tem menos de 18 anos a pena precisa ter a duração máxima de 12 horas, exceto se circunstâncias excepcionais justificarem seu aumento ou redução. Exige-se que o jovem freqüente um centro local por no máximo três horas ao dia, onde habitualmente ele receberá educação e treinamento físico.[75]

Com natureza distinta da *attendance center order*, a *reparation order* exige que o jovem infrator preste uma reparação em benefício da vítima, se a vítima consentir, ou da comunidade como um todo. Como reparação, pode-se escrever uma carta de desculpas, pedir desculpas pessoalmente à vítima, limpar *graffiti* pintados num muro, reparar danos materiais causados por uma conduta criminosa. A reparação precisa ser consentânea com a gravidade do crime praticado, não podendo exceder o total de 24 horas. *Reparation orders* não podem ser combinadas com penas privativas de liberdade, nem com *supervision orders* ou *action plan orders*.

Com o propósito de propiciar uma resposta individual e intensiva, de curta duração, para o comportamento anti-social do jovem infrator, surgiram as *action plan orders*. Seu objetivo é corrigir não só as causas do comportamento anti-social, mas também o próprio comportamento. Tal pena submete o jovem a certas exigências, como tratamento psicológico, que são supervisionadas por um *probation officer*. Estas exigências não podem ultrapassar a duração de três meses.[76]

75. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system...*, cit., p. 51.

76. Idem, ibidem, p. 52.

O Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 criou uma nova modalidade de pena alternativa para jovens, a *referral order*. Após ser detido, o jovem, desde que não seja reincidente e não tenha confessado a prática da infração, salvo manifestação em contrário da Youth Court, pode ser submetido a um Youth Offender Panel (Comitê de Jovens Infratores). Tal comitê é composto de pessoas recrutadas na comunidade local, com interesse em ou experiência com jovens. Um membro da Youth Justice[77] também faz parte do Comitê de Jovens Infratores. O Comitê elabora um acordo com o infrator e sua família, com o objetivo de corrigir o comportamento do jovem, bem como suas causas. O acordo estabelecerá requisitos a serem necessariamente cumpridos pelo jovem infrator, os quais podem incluir uma desculpa ou alguma forma de reparação para a vítima, efetuar serviços comunitários, participar em programas de aconselhamento familiar ou de reabilitação de entorpecentes. Se o jovem não concordar com os termos do acordo ou se os descumprir, ele é remetido à Youth Court para ser julgado pela infração cometida.[78]

Quando se julgar que os pais ou responsáveis não cuidaram e controlaram apropriadamente do jovem infrator, a Youth Court pode adotar uma *parental bind-over*. Por meio dela, exige-se que os pais ou responsáveis cuidem e controlem apropriadamente do jovem, sob pena de terem de pagar uma quantia específica, com natureza semelhante a uma multa, que não pode exceder £ 1.000,00. No caso de jovens infratores com menos de 16 anos, precisa-se justificar a não-adoção de *parental bind-overs*; sua adoção não é compulsória no caso de jovens infratores com mais de 16 anos. O período de *bind-over* não pode exceder três anos, tampouco persistir após o jovem ter atingido 18 anos.[79]

Também para estimular que os pais ou responsáveis cuidem e controlem apropriadamente de seus jovens, o Crime and Disorder Act 1998 criou a *parenting*

77. Também fazem parte da Youth Justice assistentes sociais.

78. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system*..., cit., p. 53.

79. Idem, ibidem.

order. Ela contém duas exigências: os pais ou responsáveis são obrigados a freqüentar sessões de aconselhamento que podem durar até três meses; eles também são obrigados a exercer medidas de controle sobre o jovem, comprometendo-se, por exemplo, a assegurar que ele compareça à escola ou evite lugares que possam afetar negativamente seu comportamento. Uma *parenting order* pode durar até 12 meses. O cumprimento das exigências fixadas é supervisionado por um *probation officer*, um assistente social ou um membro da Youth Justice.[80]

2. Estados Unidos

A *plea bargain*,[81] um acordo entre a acusação e a defesa, é um elemento fundamental da justiça penal americana. Em troca da confissão, a acusação aceita processar o réu por um crime de menor gravidade. Como conseqüência da *plea bargain*, com freqüência o crime pelo qual se é processado não é o crime pelo qual se foi preso. Embora a *plea bargain* não vincule o juiz, a grande maioria deles costuma aprovar os termos em que ela tenha sido concebida.[82]

Para ilustrar como funciona a *plea bargain*, mencionamos a seguir uma hipótese clássica. Um indivíduo vai a uma festa, encontra seu chefe e assassina-o. A tese da defesa é que ele praticou o crime completamente alcoolizado, sem o controle de suas faculdades mentais. A tese da acusação é bem mais simples, homicídio doloso. Ambas as teses são inverossímeis. Advogado e promotor encontram-se. O promotor afirma que o indivíduo distribuíra entorpecentes na festa. Como seu interesse é prender o traficante que vendera entorpecentes ao indivíduo, ele apresenta sua proposta. Quer que o indivíduo simule uma compra de entorpecentes com o traficante, para que este seja preso em flagrante. Em troca,

80. GRÃ-BRETANHA. *A guide to the criminal justice system*..., cit., p. 53.

81. A *plea bargain* é, popularmente, definida da seguinte forma: "It usually involves the defendant's pleading guilty to a lesser offence".

82. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 23.

o promotor acusaria o indivíduo de lesão corporal seguida de morte. Aceita a proposta, a *plea bargain* materializa-se. Um dos principais objetivos da *plea bargain* é acelerar a condenação do réu, reduzindo custos judiciais. Ao assegurar a condenação, ela serve de marco balizador para uma eventual reincidência futura. Ao celebrar uma *plea bargain*, a acusação tem com freqüência em mente lançar mão do acusado como instrumento para submeter à justiça penal indivíduos que ocupem posições destacadas em organizações criminosas. Talvez nada ilustre tão bem o pragmatismo americano, que nos remete a Oliver Wendell Holmes Jr., William James e John Dewey, como a *plea bargain*.

Para a defesa lograr a concessão de uma pena alternativa, ela precisa freqüentar o gabinete do promotor, ter um bom relacionamento com a acusação.[83] Bom advogado, nos Estados Unidos, é o que faz *lobby* em benefício de seu cliente junto a promotores e *probation officers*, seja para lograr uma *plea bargain* favorável a seu cliente, seja uma pena alternativa.

Em 2000, um em cada 32 americanos adultos, ou 6.470.000, estava atrás das grades, em *parole*[84] ou em *probation*.[85] Desse total, 725.527 (11%) estavam em *parole*, 1.933.503 (30%), em cadeias ou prisões, e 3.839.532 (59%), em *probation*.

As minorias constituem um dos alvos prediletos da justiça penal americana. Aproximadamente um terço dos homens negros americanos entre as idades de 20 e 29 anos estava preso em outubro de 1995. De 1980 a 1993, a porcentagem de negros nas prisões aumentou de 46,5% para 50,8%, e a de hispânicos, de 7,7% para 14,3%. Em 31.12.1993, cerca de dois terços de todos os presos americanos eram negros, asiáticos, indígenas ou hispânicos.[86] Como resultado, um jovem negro

83. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 26: "The place for the defense to begin advocating an alternative sentence is in the prosecutor's office".

84. A *parole* equivale à liberdade condicional.

85. A *probation* é um período supervisionado, com suspensão da pena, depois que o detido deixa a prisão.

86. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 1-2.

do sexo masculino tem maior probabilidade de terminar numa prisão do que cursar uma universidade.[87]

A prática de crimes violentos nos Estados teria diminuído ultimamente em virtude de uma série de fatores. Uma causa fundamental teria sido o controle mais rígido da venda de armas de fogo. Em 1992, havia mais lojas de venda de armas nos Estados Unidos do que postos de gasolina.[88]

A justiça penal, nos Estados Unidos, é a penúltima instituição na qual os americanos mais confiam.[89]

2.1 Sistema carcerário

Os *quakers*, uma seita puritana, foram responsáveis pela criação das prisões, nos Estados Unidos. Heleno Fragoso ensina: "Em 1790, sob influência dos Quakers, constrói-se em Filadélfia a Prisão de Walnut, cujo regime se baseava no segregamento e no silêncio. Os condenados eram submetidos a um período inicial de isolamento, que subsistia durante todo o cumprimento da pena, para os autores de crimes graves. Os autores de crimes sem gravidade podiam trabalhar em comum durante o dia, em silêncio. O sistema do completo isolamento (*solitary system*) foi introduzido nas novas prisões de Pittsburgh (Western Penitenciary) e Cherry Hill (Eastern Penitenciary), construídas em 1818 e 1829".[90] Sintomaticamente, ao mesmo tempo em que iniciaram a construção de prisões nos Estados Unidos, os *quakers* difundiram, a partir da Filadélfia, a construção de casas sem muros, uma tradição que, paradoxalmente, persiste até

87. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 5: "It is a sobering statistic indeed to realize that in this country a young black male has a better chance of going to prison than college".

88. "As lições dos números do crime". *Zero Hora*, Porto Alegre, p. 4, 06.05.2001.

89. ESTADOS UNIDOS. U.S. Department of Justice. Bureau of Justice Statistics. *Sourcebook of criminal justice statistics 1999*. Washington, 2000. p. 101.

90. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. 10. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 299.

hoje nos Estados Unidos. Desde então, a população americana tem nutrido uma complexa relação de amor e ódio com as prisões.

Em 1991, os Estados Unidos gastaram cerca de US$ 16 bilhões na manutenção de seu sistema penitenciário.[91] À medida que a legislação penal se torna ainda mais rigorosa, projeta-se uma população carcerária de 7,5 milhões dentro de uma geração. Estima-se que a construção de novas prisões custará ao menos US$ 376 bilhões, e o custo anual de manutenção das mesmas, US$ 133 bilhões.[92]

Em alguns Estados americanos, o crescimento dos gastos com o sistema carcerário é ultrapassado apenas pelos gastos com saúde. Vários Estados têm cortado gastos em educação, redirecionando-os para a construção e manutenção do sistema carcerário.[93] O salário médio anual de um professor assistente na Universidade da Califórnia é de US$ 45.000, o mesmo pago a um agente penitenciário em San Quentin.[94]

Nas duas últimas décadas, o número de adultos no sistema correcional dos Estados Unidos triplicou, atingindo, agora, 3,1% da população adulta do país, comparados com 1%, em 1980. O número de americanos presos deve ultrapassar em breve o número de estudantes universitários em tempo integral.[95] Apenas no Colorado, estima-se que até 2005 a população carcerária aumente 43%. Desde 1984, ela já aumentou 390%.[96] Desde 1987, mais de um terço de todos os recursos públicos disponíveis no Colorado para a construção foram gastos, precisamente, na construção ou expansão dos estabeleci-

91. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 5.

92. Idem, ibidem.

93. Idem, p. 6.

94. Idem.

95. Idem.

96. ESTADOS UNIDOS. Colorado. *Senate Bill 00-104*. Sect. 1, "a": "The number of offenders incarcerated in prisons in the State has increased by over three hundred ninety percent since 1984. It is estimated that the inmate population will increase by an additional forty-three percent by 2005".

mentos prisionais.[97] O Texas tem, proporcionalmente, a maior população carcerária.

Uma das razões do aumento crescente da população carcerária nos Estados Unidos é a aprovação de leis estaduais e federais determinando a adoção de *determinate sentencings* (penas determinadas), que restringem a discrição judicial na fixação da punição a ser imposta ao réu. Califórnia, Carolina do Norte, Connecticut, Florida, Illinois, Indiana, Maine, Minnesota, Novo México e Washington adotaram tal sistema, que costuma favorecer a aplicação da pena de prisão. Praticamente todos os Estados dispõem de leis impondo a aplicação de *mandatory sentences* (penas obrigatórias) para a prática de crimes específicos.[98]

De 1842 a 1851, dos 8.494 cidadãos que haviam sido presos em Massachusetts, quase a metade, 4.168, havia sido recolhida à prisão por alcoolismo.[99] Atualmente, dependentes de drogas ocupam tal espaço. A tipificação seletiva também constitui uma das razões do aumento da população carcerária nos Estados Unidos.

2.2 Probation agencies

O Federal Probation System americano tem cerca de 70 anos.[100] As *probation agencies* estaduais não são administradas de maneira uniforme. Seu funcionamento varia de Estado para Estado. Em alguns Estados, elas são controladas por agências executivas ou judiciárias. Outros Estados aboliram suas *probation agencies*, preferindo contratar empresas privadas para desempenhar suas atribui-

97. ESTADOS UNIDOS. Colorado. *Senate Bill 00-104*. Sect. 1, "b": "Since 1987, over one-third of all capital construction funds have been spent on prison expansion, and currently, the department of corrections consumes nearly one-sixth of the entire state budget".

98. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 7.

99. Idem, ibidem, p. 71: "From 1842 to 1851, he recorded that, of 8,494 persons incarcerated in Massachusetts, 4,168, almost half, were sentenced as 'common drunkards'".

100. SCHMALLEGER, Frank. *Criminal justice today*. An introductory text for the twenty-first century. New Jersey: Prentice Hall. p. 452.

ções.[101] O orçamento da *probation agency* de Nova York alcança cerca de US$ 115 milhões anuais. Cada Estado gasta, em média, US$ 17,6 milhões anuais com sua *probation agency*. Para cada dólar gasto em prisões, em 1988, gastavam-se apenas três centavos de dólar em *probation*, nos Estados Unidos.[102] Recomenda-se que cada *probation officer* tenha sob sua supervisão cerca de 35 ex-detentos. No entanto, a cifra de 250 ex-detentos por *probation officer* é comum em algumas regiões dos Estados Unidos.[103]

São duas as atribuições fundamentais do *probation officer*: a de assistente social e a de agente penitenciário.[104] Como assistente social, ele verifica, por exemplo, qual a espécie de serviço comunitário ou de tratamento psicológico mais adequado para o ex-detento. Como agente penitenciário, ele visita periodicamente o ex-detento em sua residência, muitas vezes sem anunciar-se. Caso o ex-detento reincida na prática do crime ou infrinja as condições da *probation*, o *probation officer* pode solicitar a revogação da pena alternativa. O período de *probation* pode durar meses ou anos, compreendendo encontros periódicos entre o *probation officer* e o ex-detento, nos quais se avaliará seu processo de reintegração social.[105] A *probation*, nos Estados Unidos, não constitui um direito subjetivo do detento, mas uma liberalidade que lhe é concedida pela Justiça.[106]

Probation officers podem, com efeito, recomendar ao juiz a revogação da pena alternativa,[107] que é automática em caso de reincidência. A superlotação dos presídios americanos pode ser, em boa parte, atribuída a quem infringe os termos

101. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 68.

102. Idem, ibidem, p. 73.

103. SCHMALLEGER, Frank. Op. cit., p. 453.

104. Idem, ibidem, p. 452.

105. Idem.

106. "It is not a matter of right, but rather is an act of grace and clemency available only to those defendants found eligible by the Court" (cf. People *v.* Brown, 172 Cal. App. 2d 30, 342 P.2d 410, 412).

107. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 321.

da *probation*. Todavia, da mesma maneira que as prisões americanas estão superlotadas, a *probation* também padece do mesmo mal.[108] Mais de 3,8% da população adulta do Texas, em 1995, estavam em *parole* ou *probation*,[109] uma pena imposta pela prática de um crime, mediante a qual o detento é solto na comunidade sob a supervisão de um *probation officer*, em lugar da prisão.[110] A convivência do detido com *probation officers*, a médio prazo, pode ensinar-lhe a manipulá-los.[111]

O papel do *probation officer* na concessão da pena alternativa é essencial, com a redação dos *presentence reports*. Num *presentence report*, constará, por exemplo, testes psicológicos, bem como análises da situação financeira do réu, seus interesses e passatempos.[112] Ao elaborarem um *presentence report*, os *probation officers* não precisam observar o princípio do contraditório.[113] Eles têm imunidade na preparação de tais relatórios.[114] Em cerca de 90% dos casos, os *presentence reports* são aprovados pelo Poder Judiciário.[115] Quanto mais grave for o crime cometido, mais severa costumará ser a pena alternativa cominada.[116] A Suprema Corte, em Williams *v.* New York,[117] já se manifestou favoravelmente à pena de morte de um réu, com base num *presentence report*, apesar de o júri ter-se manifestado em contrário. Cortes orçamentários têm prejudicado as *probation agen-*

108. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 68: "While the crisis of jail and prison overcrowding is well known, probation too is overcrowded and has matched prisons in exponential growth".

109. Idem, ibidem, p. 69.

110. "Sentence imposed for commission of crime whereby a convicted criminal offender is released into the community under the supervision of a probation officer in lieu of incarceration" (cf. State *v.* Fields, 67 Haw. 268, 686 P. 2d 1379, 1387).

111. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 367.

112. Idem, ibidem, p. 27.

113. Idem, p. 31.

114. Idem, p. 32.

115. Idem, p. 35.

116. Idem, p. 144.

117. Williams *v.* New York, 337 U.S. 241, 69 S. Ct. 1079,93 L. Ed. 1337 (1949).

cies. Instituições privadas têm sido procuradas, com freqüência, para a elaboração de *presentence reports*,[118] que têm sido acatados pelo Poder Judiciário.

Os juízes americanos têm recebido *sentencing plans*,[119] que fazem as vezes de *presentence reports*, bastante detalhados, que podem incluir cartas de recomendação de empregadores, familiares e mesmo de vítimas. Eles costumam aceitar tais *sentencing plans* em 80% dos casos.[120] Empresas privadas têm-se especializado em redigir tais *sentencing plans*, como a Sentencing Concepts Inc.

2.3 Penas alternativas

Não existe um *numerus clausus* de penas alternativas nos Estados Unidos, ao contrário da Inglaterra. Crescentemente, tem-se lançado mão de *mixed sentences*,[121] que combinam mais de uma modalidade de pena alternativa, como *probation* e prisão domiciliar ou tratamento psicológico e prestação de serviços à comunidade. A *probation* tem sido complementada por outras penas, como a reparação e a prestação de serviços comunitários.[122] Um homem, em 1996, foi detido por abusar sexualmente de suas filhas adotivas. Ele foi condenado a permanecer 24 anos em *probation* e executar 1.000 horas de serviços à comunidade. Ele poderia ter permanecido 80 anos na prisão.[123] A reparação[124] da vítima pelos prejuízos sofridos e a prestação de serviços à comunidade têm sido consideradas essenciais no

118. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 35.

119. *Sentencing plans* são propostas de aplicação de pena a indivíduos específicos.

120. SCHMALLEGER, Frank. Op. cit., p. 454.

121. Não se condena um réu, necessariamente, a uma pena alternativa, mas a várias penas alternativas, que podem encaixar-se em categorias distintas, como, por exemplo, reabilitação e incapacitação, com a participação em tratamento psicológico e a prestação de serviços comunitários (cf.: KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 135).

122. Idem, ibidem, p. 74.

123. SCHMALLEGER, Frank. Op. cit., p. 454: "Vang could have received 80 years in prison".

124. A reparação é utilizada, sobretudo, quando se pratica um crime contra o patrimônio.

processo de reabilitação do detido.[125] A prestação de serviços à comunidade, todavia, tem sido reservada com freqüência apenas a quem pratica crimes do colarinho branco ou pertence à classe média.[126] Tradicionalmente, quem pratica crimes do colarinho branco não costuma ser punido com muita severidade.[127] Connecticut seria um modelo na aplicação de penas alternativas, ao contrário do Texas.

Como longos períodos de prisão têm sido considerados contraproducentes, também se têm adotado *split sentences*, que combinam a pena de prisão com um período de *probation*. Alguns tribunais consideram a prisão como uma das condições da *probation*.[128] Para outros, a *probation*, historicamente, a primeira pena alternativa, pode transformar-se numa alternativa à prisão mesmo para quem praticar crimes considerados de maior gravidade.[129] Um pedófilo foi obrigado a exibir, diante de sua casa, uma advertência à comunidade, colocando todos a par de sua condição.[130] Ele foi condenado ainda a cinco anos de *probation*, antecedidos de um ano de prisão, um exemplo típico de *split sentence*.[131]

Intermediate sanctions[132] são penas alternativas que constituem um meio termo entre a pena privativa de liberdade e a *probation*. Ao invés de substituir a prisão

125. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 141.

126. Idem, ibidem, p. 141-142.

127. Idem, p. 132: "Undoubtedly, many other so-called white-collar criminals escaped imprisonment altogether because white-collar criminals traditionally are punished less severely than blue-collar criminals".

128. Idem, p. 74.

129. Idem, p. 75.

130. Idem, p. 110: "To rectify this, she ordered the defendant to post a sign with three-inch-high lettering on his new home to read: 'Dangerous Sex Offender No Children Allowed'".

131. Idem.

132. A opinião pública americana tende a considerar a *probation* como um serviço social de eficácia duvidosa, e não como uma medida punitiva. Para contornar tal problema, surgiram novas espécies de penas que pretendem constituir um meio termo entre a *probation* e a prisão, as *intermediate sanctions* e a *smart sentencing*. Ambas são caracterizadas por um intenso mecanismo de supervisão do detido, bem como por programas de reabilitação. A *smart sentencing* é chamada de a versão penal da bomba de nêutrons. Ela deixaria o detido intacto, mas destruiria seu comportamento anti-social (cf.: WORRALL, Anne. Op. cit., p. 3).

ou a *probation*, as *intermediate sanctions* envolvem supervisão intensiva, prisão domiciliar, monitoramento eletrônico e *shock incarceration*.[133] Com a *shock incarceration*, o réu é condenado a passar de 90 a 180 dias num *boot camp*, para depois ser colocado em *probation*. *Boot camps* têm um feitio militar, o que inclui disciplina extremamente rígida, treinamento físico e trabalho duro. Quem completa com sucesso tais programas, é colocado em *probation*. Quem fracassa, pode ser remetido a uma prisão.[134]

A *probation* constitui uma pena alternativa à prisão, mas a crescente desilusão com o princípio da reabilitação tem diminuído sua importância. Algumas penas alternativas incorporam, todavia, a característica mais importante da *probation* – sua aplicação costuma ser monitorada e executada por *probation officers*. As penas alternativas, por outro lado, podem conter elementos estranhos à *probation*, como retribuição, reparação, incapacitação, além da reabilitação. Um dos principais objetivos das penas alternativas é reduzir os gastos com a construção e manutenção de prisões.[135]

A *probation* é, historicamente, a primeira alternativa à pena de prisão. Desde quando John Augustus,[136] um sapateiro, convenceu, ainda no século XIX, a Boston Police Court a libertar um alcoólatra maltrapilho, para ser colocado sob sua supervisão, surgiu, nos Estados Unidos, a *probation*.[137] A primeira legislação sobre *probation*, em todo o mundo, nasceu em Massachusetts, em 1878.[138] A Suprema Corte, em 1928, decidiu que a *probation* constitui um meio eficaz para insular detidos predispostos à reabilitação da influência nefasta das prisões.[139] Os requi-

133. SCHMALLEGER, Frank. Op. cit., p. 454.

134. Idem, ibidem, p. 455-456.

135. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 10.

136. 1.946 homens foram colocados sob os cuidados de John Augustus até seu falecimento, em 1859 (cf.: KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 68).

137. Idem, ibidem, p. 67.

138. Idem, p. 68.

139. United States *v.* Murray, 275 U.S. 347, 48 S. Ct. 146, 72 L. Ed. 309 (1928).

sitos legais para a concessão da *probation* variam de Estado para Estado.[140] Apenas três Estados classificam a *probation* oficialmente como uma pena.[141] Apesar do grande número de pessoas colocadas em *probation*, ela não tem evitado que as prisões se tornem cada vez mais superlotadas.[142]

O *Wall Street Journal* publicou, em 1983, um artigo classificando a *probation* como um risco para a sociedade. O compromisso principal da *probation* é com o princípio da reabilitação, o que é cada vez menos bem visto nos Estados Unidos. A população americana tem exigido punições cada vez mais severas para os detidos pela Justiça.[143]

A transformação da probation começou, no meio da década de 70, com Jimmy Carter, então Governador da Geórgia. Mais da metade da população carcerária deste Estado fora condenada por crimes não violentos, um recorde nos Estados Unidos. Para modificar tal situação, transformou-se o sistema de *probation*, tornando-o mais rígido com a adoção, por exemplo, de *curfews* (toques de recolher), *mandatory employment* (emprego obrigatório) e *restitution* (reparação). *Shock detention centers* (centros de detenção de choque) foram criados, no interior de prisões, para abrigar detidos.[144] Quem infringia os termos da *probation*, tinha de ser enviado a tais centros.[145] A população carcerária da Geórgia diminuiu consideravelmente, como resultado de tais medidas.[146]

140. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 70: "Statutes defining probation eligibility vary. Some narrowly prescribe eligibility. Others leave it completely open to the Court. Some spell out eligibility offense by offense. Others define broad categories of eligibility based on the offense or offender characteristics. Nine States have enacted comprehensive sentencing guidelines, specifying legitimate sentence ranges for all crimes. The 1984 Federal Criminal Code recodification legislation imposed a similar scheme".

141. Idem, ibidem, p. 71.

142. Idem, p. 70.

143. Idem, p. 72.

144. Idem, p. 76.

145. Idem: "State law was also changed mandating that probation violators could not be sent to prison but must be sent to these centers".

146. Idem, p. 77.

A partir do momento em que um réu é julgado culpado e colocado em *probation*, a pena é suspensa. Ela permanece pendente até que o detido cumpra com as condições específicas dela. Tais condições variam bastante. Apenas o Alasca restringe a possibilidade de, na sentença, fixarem-se outras condições além das previstas na lei. Cada vez mais, exige-se a prestação de serviços comunitários ou a participação em tratamentos psicológicos.[147] Vários Estados exigem que o detido seja sentenciado à prisão, como uma condição da *probation*. As condições da *probation* não são completamente discricionárias. Elas precisam, por exemplo, ser factíveis e respeitar os direitos e garantias constitucionais.[148] A uma mulher condenada por posse de heroína não se pode impor, como condição da *probation*, não engravidar. Com a *shock probation*, réus são recolhidos à prisão sem saber que, pouco tempo depois, serão colocados em *probation*. Teve início em Ohio, em 1965, sendo usada hoje em cerca da metade dos Estados Unidos.[149]

São três as categorias nas quais se encaixam as penas alternativas nos Estados Unidos: reparação, reabilitação e incapacitação. A reparação implica alguma modalidade de restituição pecuniária. Após provocar um acidente numa estrada, dirigindo na contramão, um médico terminou provocando o falecimento de um pai de família. Condenado a cinco anos de *probation*, ele também foi obrigado a pagar anualmente US$ 25 mil durante trinta anos à família do falecido.[150] Este é um exemplo clássico de reparação. A reabilitação costuma envolver um mandado de tratamento obrigatório[151] ou um mandado de modificação de com-

147. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 77.

148. Idem, ibidem, p. 80-87.

149. SCHMALLEGER, Frank. Op. cit., p. 455.

150. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 103: "To help the victim's family survive without their breadwinner, he ordered the defendant to pay US$ 25,000 a year for thirty years, adding to an eventual total of three-quarters of a million dollars".

151. *Mandatory treatment order.*

portamento.[152] Motoristas que são pegos dirigindo alcoolizados costumam ser obrigados a submeterem-se a tratamento. Uma homicida, que assassinara seu companheiro, não foi condenada a qualquer pena privativa de liberdade, que poderia alcançar quinze anos de prisão. Decidiu-se que durante cinco anos ela não poderia contrair matrimônio ou viver maritalmente com qualquer homem, sem autorização judicial.[153] Ambos os casos encaixam-se na categoria da reabilitação, com a imposição, respectivamente, de um mandado de tratamento obrigatório e de um mandado de modificação de comportamento. A incapacitação compreende a adoção de medidas que restringem a liberdade do detido, como a prisão domiciliar e a prestação de serviços comunitários.[154-155]

O Congresso americano promulgou a legislação de compensação da vítima[156] somente em 1984.[157] Ao contrário da reparação, a compensação é paga pelo contribuinte, mesmo se o réu não for detido.[158] A reparação obriga o detido a fazer algo, e não que algo seja feito para ou contra ele.[159] Em Oklahoma, adotou-se um sistema de mediação. O detido precisa encontrar-se com a vítima, para entrar num acordo de reparação, que é submetido ao juiz competente. Se ele concordar, ratificando o acordo, o detido é libertado para cumprir os termos do acordo de reparação,[160] cujo cumprimento é monitorado por *probation officers*.[161] A repara-

152. *Behavior modification order.*

153. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 101: "The Court rejected incarceration and, instead, ordered the defendant to refrain from marrying or living with any man without the Court's approval for the five years in which she should be under court supervision".

154. Parte-se do pressuposto de que, enquanto se estiver trabalhando, não se poderá cometer nenhum crime (cf.: KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 106-107).

155. Idem, ibidem, p. 107.

156. *Victim legislation compensation.*

157. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 152.

158. Idem, ibidem, p. 154.

159. Idem, p. 155.

160. Idem, p. 158.

161. Idem, p. 182.

ção, que também pode ser considerada uma condição da *probation*,[162] não compreende a punição do detido, mas a reparação do prejuízo provocado por sua conduta ilícita.[163]

Ela pode envolver a prestação de serviços, em benefício da vítima. Quem tiver, por exemplo, pichado um muro, pode ser condenado a pintá-lo. Outra modalidade de reparação é pagar o tratamento psicológico de que a vítima necessite. Os prejuízos de natureza econômica,[164] sofridos pela vítima, também podem ser reembolsados.[165] Para a defesa, a oportunidade de envolver a vítima no processo de reparação é estratégica. Caso a vítima tiver entrado em acordo com o réu, o juiz tenderá a impor mais provavelmente uma pena alternativa.[166] O Minnesota Restitution Program, de 1972, introduziu a possibilidade de o detido trabalhar para reparar os prejuízos sofridos pela vítima, o que foi adotado em todos os Estados Unidos.[167]

Quando os Estados Unidos ainda eram uma colônia, dependentes de álcool podiam ser condenados a cortar madeira. Boa parte das auto-estradas sulistas foi construída por detidos que trabalhavam acorrentados uns aos outros.[168] Todavia, a origem da prestação de serviços comunitários, tal como ela é concebida atualmente, remonta à Califórnia dos anos 60, quando juízes, relutando a condenar à prisão quem não tinha recursos para pagar multas, escolheram a alternativa da prestação de serviços comunitários. Em Tate *v.* Short,[169] a Suprema Corte proibiu que se condenassem à prisão réus indigentes.[170] Quando se é condenado

162. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 163.
163. Idem, ibidem, p. 161.
164. Idem, p. 171.
165. Idem, p. 164.
166. Idem, p. 183.
167. SCHMALLEGER, Frank. Op. cit., p. 456.
168. *Chain gangs*.
169. Tate *v.* Short, 401 U.S. 395, 91 S. Ct. 668, 28 L. Ed. 2d 130 (1971).
170. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 197.

à prestação de serviços comunitários, o lugar de trabalho varia, mas costuma ocorrer em entidades sem fins lucrativos. Em alguns casos, pode-se exigir que o detido preste serviços diretamente à vítima, reparando os prejuízos causados ou compensando a vítima mediante trabalho não remunerado, chamado de serviço à vítima.[171-172]

A superlotação penitenciária tem contribuído para o crescimento da importância da prestação de serviços comunitários, bem como a legislação sobre trânsito, que contempla especificamente esta modalidade de pena alternativa.[173] *Probation officers* costumam supervisionar a prestação de serviços comunitários. Assim, eles incapacitam os detidos, prevenindo sua reincidência na prática do crime.[174] A prestação de serviços comunitários, muitas vezes, pode constituir uma condição da *probation*.[175] Na Flórida, a prestação de serviços comunitários, que goza de grande aprovação popular em todos os Estados Unidos,[176] pode ser conjugada a qualquer outra espécie de punição.[177] Na Louisiana, qualquer juiz pode condenar o réu à prestação de serviços comunitários, desde que, por exemplo, ao crime praticado se comine uma pena inferior a trinta anos.[178] Para alguns detidos, a prestação de serviços comunitários mais adequada pode envolver o auxílio a crianças ou a idosos; para outros, cuidar de animais, sem contato com outras pessoas; ou lavar viaturas policiais, limpar ônibus escolares.[179]

171. *Victim service.*

172. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 195.

173. Idem, ibidem, p. 198-199.

174. Idem, p. 200.

175. Idem, p. 201.

176. Idem, p. 208.

177. Idem, p. 201: "Florida law provides for community work service orders in addition to any other punishment".

178. Idem, p. 201.

179. Idem, p. 207.

Nos Estados Unidos, a impopularidade do princípio da reabilitação deve-se ao fato de ele ter-se vinculado excessivamente à aplicação de tratamento psicológico.[180] Antes de o tratamento psicológico ter início, a maioria dos detidos já teria reincidido na prática do crime.[181] Os programas de tratamento psicológico mais bem sucedidos são os que modificam a maneira de o detido pensar, uma tarefa extremamente complexa e difícil.[182] Várias são as modalidades de *mandatory treatment*, que envolvem desde tratamento médico a psicológico, sobretudo para dependentes de álcool e de entorpecentes.[183] Se o detido não responder satisfatoriamente ao tratamento, sempre poderá ser imposta a pena de prisão. O tratamento para estupradores pode envolver até mesmo a castração química. A castração química teve início no Texas, em 1995, a pedido de um pedófilo.[184] *Probation officers* costumam monitorar os programas de tratamento médico e psicológico.[185]

Como alternativa à prisão, a modalidade mais tradicional de incapacitação, um detido pode ser confinado à sua residência, em prisão domiciliar, submetido a monitoramento eletrônico. A Flórida, em 1997, aprovou a supervisão, via satélite, de ex-detentos.[186] Vários Estados contemplam a prisão domiciliar como uma condição da *probation* ou como uma pena alternativa independente.[187] Quem está em prisão domiciliar, pode sair apenas em caso de emergência médica, ir ao trabalho, fazer compras. Mulheres grávidas, idosos, deficientes mentais e pessoas doentes costumam ser condenados a prisão domiciliar. Pode-se trabalhar duran-

180. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 235.
181. Idem, ibidem, p. 236.
182. Idem, p. 240.
183. Idem, p. 260.
184. Idem, p. 246.
185. Idem, p. 277.
186. SCHMALLEGER, Frank. Op. cit., p. 458.
187. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 289.

te o dia e permanecer em sua residência durante a noite.[188] Atualmente, procura-se combinar vigilância com tratamento. Um réu pode ser condenado a prisão domiciliar e a tratamento psicológico, por exemplo.[189] *Boot camps*, estabelecimentos correcionais dotados de disciplina militar,[190] foram criados com o objetivo de maximizar, e não de minimizar, os efeitos da incapacitação nos jovens, para impedir sua reincidência na prática do crime.[191]

3. Conclusão

São várias as espécies de penas alternativas, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos. Todavia, ambos têm uma das maiores populações carcerárias do mundo, em pleno crescimento. Fatores sociais[192] e econômicos podem contribuir para o aumento da criminalidade. Noticiários televisivos, a própria televisão, filmes e videogames são considerados, pela população americana, como fatores que contribuem decididamente para o aumento da violência.[193]

A violência assume uma importância econômica cada vez mais significativa. Ela provoca gastos de R$ 105 bilhões no Brasil, cerca de 10,5 % do Produto Interno Bruto (PIB), mais do que a riqueza produzida num país como o Chile. Apenas a segurança particular custa cerca de R$ 18 bilhões anuais, em comparação com os R$ 21 bilhões do orçamento das Forças Armadas. A segurança priva-

188. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 289.

189. Idem, ibidem, p. 297.

190. A população americana tem manifestado seu apoio à criação de campos de internamento para indivíduos identificados como solidários a causas terroristas (cf. "Campos de internamento têm apoio", *Gazeta Mercantil*, São Paulo, p. A-12, 25.09.2001).

191. KLEIN, Andrew. Op. cit., p. 303.

192. Um aumento de 10% nos salários dos jovens sem qualificação levaria a uma redução de 10% na participação desses mesmos jovens no crime (cf. "As lições dos números do crime", cit., p. 4).

193. ESTADOS UNIDOS. U.S. Department of Justice. Bureau of Justice Statistics. Op. cit., p. 123.

da já emprega cerca de 700 mil homens oficialmente, enquanto outros 800 mil trabalham clandestinamente. No total, cinco vezes o efetivo das Forças Armadas, que, juntas, somam 323 mil militares.[194]

Existiam, no Brasil, 226.551 presos e um déficit de cerca de 70 mil vagas.[195] São Paulo tem o maior número de presos, 94 mil, quase 50% do total. Cerca de 9.653 mulheres estão presas. A maioria cumpre condenação por tráfico e roubo.[196] O Conselho Nacional de Políticas Criminal e Penitenciária estimou em 1995 uma reincidência, levando-se em consideração ex-detentos, de 85%.[197]

A situação nos Estados Unidos tampouco é animadora: "Assim, nos EUA, com condenações de 1,2 milhão de criminosos, com o uso de mais de 700 mil agentes carcerários e 5 mil prisões, o crime custou, em 1997, nada menos do que US$ 1,102 trilhão. A comparação não é muito adequada, mas isso significa o PIB brasileiro de dois anos e quase 14% do PIB americano, com as atividades ilícitas".[198]

194. WERNECK, Antônio. "Violência provoca gastos de R$ 105 bi no Brasil". Disponível em: <http://oglobo.globo.com>. Acesso em: 12.08.2001.

195. "Projeto institui prisão virtual", cit., p. 20.

196. LOMBARDI, Renato. "Em um ano, Brasil tem mais 30 mil presos". *O Estado de S. Paulo*, p. C7, 23.08.2001.

197. SÜSSEKIND, Elizabeth. Op. cit., p. 7-8.

198. DELFIM NETTO. "Quanto custa o crime?". *Jornal do Commercio*, p. A-17, 10, 11, 12 e 13.02.2002.

La Orden de Detención Europea y su recepción en la República Federal de Alemania*

Damián Pablo Borean

Abogado y auxiliar de primera de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.).

Sumario: 1. Introducción – 2. Situación actual en materia de extradición a nivel europeo y alemán: 2.1 Normativa vigente; 2.2 Crítica y dificultades prácticas – 3. Descripción de la Orden de Detención Europea: 3.1 Definición y significado; 3.2 Presupuestos generales; 3.3 Impedimentos y limitaciones para la ejecución; 3.4 Procedimiento de emisión (*Ausstellungsverfahren*); 3.5 Procedimiento de ejecución (*Vollstreckungsverfahren*) – 4. Estado de la transposición de la Orden de Detención Europea al derecho alemán – 5. Algunas consideraciones sobre la situación jurídica y los derechos subjetivos de la persona afectada – 6. Conclusiones – 7. Anexo: Catálogo del art. 2, 2.º párrafo, de la Decisión marco de la Orden de Detención Europea – Bibliografía – Abreviaturas de las revistas empleadas.

* El presente trabajo es la versión en castellano de la ponencia presentada en idioma alemán el 23.06.2003 en el Seminario "Problemas del Derecho Penal y Procesal Penal Internacional" del catedrático Klaus Volk, en el marco de los estudios de maestría que el autor realiza en la Universidad de Munich, Alemania, bajo la dirección del catedrático Bernd Schünemann. Un profundo agradecimiento a las siguientes personas, sin cuyo apoyo este artículo hubiera sido posible: los catedráticos Bernd Schünemann (U. Munich) y Esteban Righi (U.B.A.), el profesor Gustavo A. Bruzzone (U.B.A.), los asistentes académicos Mariana Sacher y Bastian Mehle (U. Munich), mis padres, mi novia Maria de la Paz Gardey. Así también, agradezco el apoyo financiero al Deutscher Akademischer Austauschdienst (D.A.A.D) y a la Fundación Banco de Ciudad de Buenos Aires. La traducción al español del presente trabajo fue realizada por Beatriz Spínola (U. Complutense de Madrid) y por el autor.

Resumo: A decisão pela "Ordem de Detenção Européia" introduziu uma série de regras em substituição às regras referentes à extradição nos países da União Européia, os quais deverão incorporar a partir de janeiro de 2004 estas regras no ordenamento nacional de cada um deles. O trabalho que aqui se apresenta compara a ordem normativa antiga sobre a matéria com o novo sistema denominado "Ordem de detenção européia", analisando, neste sentido, o ordenamento alemão e europeu. Serão descritos, neste sentido, os aspectos básicos das alterações no direito alemão. Por fim serão analisados os possíveis impactos que esta "Ordem de Detenção Européia" poderá significar nos direitos dos indivíduos afetados. O autor chega à conclusão que este novo sistema judicial europeu uniforme de detenção e transferência de pessoas prioriza uma elevada eficiência da cooperação entre os países, em detrimento de restrições importantes nos direitos do indivíduo afetado.

Palavras-chave: extradição entre estados membros da União Européia; cooperação policial e judicial entre os estados membros da UE; terceiro Pilar da UE; Título VI do Tratado da União Européia; ordem de detenção européia; transposição da ordem de detenção européia no ordenamento jurídico alemão; projeto de lei alemão no que tange à ordem de detenção européia.

1. Introducción

Por encargo del Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999,[1] la Comisión Europea presentó una propuesta de "Decisión marco del Consejo Europeo relativa a la Orden de Captura Europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros".[2] En base a ello, la Decisión marco del Consejo Europeo adoptada el 13 de junio de 2002 en Sevilla[3-4] ordena a los Es-

1. Ver su 35.ª conclusión; impresa en inglés en Cullen/Jund, p. 157 ss.
2. *Diario Oficial de la UE* (en adelante, *DO*) C332 E del 27.11.2001, p. 305-319; disponible bajo el *Diario Oficial de la UE* en: <http://europa.eu.int/eur-lex/de/search/search_oj.html>.
3. *DO* L190 del 18.07.2002, p. 1-18; disponible bajo el *Diario Oficial de la UE* en: <http://europa.eu.int/eur-lex/de/search/search_oj.html>. La Decisión marco citada ha entrado en vigencia el 07.08.2002.
4. En adelante, se la nombrará "Decisión marco de la Orden de Detención Europea" o simplemente "Decisión marco".

tados miembros –con fecha límite 31 de diciembre de 2003– la transposición de la Orden de Detención Europea a sus ordenamientos jurídicos nacionales en reemplazo de la normativa vigente en materia de extradición.[5] Esta denominada "Decisión marco para la aproximación de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros"[6] –como instrumento jurídico empleado– no tiene efecto directo sobre las legislaciones nacionales de estos países, sino que sólo los resultados previstos en ella obligan a dichos Estados. Queda únicamente en el ámbito de sus autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para la recepción y posterior implementación del instituto (cf. art. 34, 2.º párrafo, b) del Tratado de la Unión Europea, en adelante TUE). La aludida Decisión marco significa, por un lado, una reacción política de Europa contra el atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001,[7] mientras que, por el otro, se trata de un nuevo paso hacia el logro de "la cooperación policial y judicial europea en materia penal" (esto es, el denominado "Tercer Pilar" de la Unión Europea de acuerdo al Título VI del TUE) así como también del objetivo de la Unión Europea (en adelante, UE) fijado en los arts. 2 y 29, párrafo 1.º, del TUE: "(...) ofrecer a (sus) ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia (...)".[8]

Entretanto, el Ministerio de Justicia de la República Federal de Alemania (*Bundesministerium der Justiz*) estudia un proyecto de "ley para la transposición de la Decisión marco relativa a la Orden de Detención Europea" (Ley alemana

5. Considerandos 5 y 11; arts. 31, párrafo 1.º y 34, párrafo 1.º, de la Decisión marco. Excepcionalmente tienen aplicación los tratados de extradición vigentes entre Estados miembros, siempre y cuando aporten una mayor simplificación y facilitación al procedimiento previsto en la Decisión marco como así también exista una declaración expresa de los Estados miembros sobre este aspecto (art. 31, párrafo 2.º, Decisión marco). De esta forma, estos acuerdos pierden su significado en los hechos, según Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 65. Además, los Estados de la UE pueden aplicar, en el futuro, el actual procedimiento extraditorio a los casos motivados en delitos cometidos con anterioridad al 1 de enero de 2004 (art. 32 Decisión marco).

6. Streinz, p. 171 ss.

7. Así surge del punto 4.1 de los fundamentos de la antes aludida propuesta de la Comisión Europea (nota 2); cf. Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 65 y Alegre, p. 1.

8. Considerando 5 de la Decisión marco; respecto del "Tercer Pilar" de la UE véase: Streinz, p. 20-21, 33-34 y 50-51; crítico de este objetivo: Schünemann, *StV* 2003, p. 116 y *ZRP* 2003, p. 185 ss.

de la Orden de Detención Europea; *Europäisches Haftbefehlsgesetz*[9]).[10] Si bien la incorporación definitiva del nuevo instituto al derecho de los Estados miembros resulta de vital importancia para la discusión futura sobre este tema, no es menos cierto que, ya hoy, el estudio de la cuestión plantea numerosos problemas cuyo debate no debe ser descuidado.

En el presente trabajo se tratarán cuatro aspectos importantes de esta problemática, a saber:

En primer término, se describirá en forma resumida la situación actual de la normativa vigente en materia de extradición a nivel europeo y alemán, destacando especialmente las dificultades y complejidad de la materia (II).

En segundo lugar, se explicará el nuevo concepto de la "Orden de Detención Europea"[11] así como sus requisitos materiales y formales en comparación a la regulación en materia de extradición vigente a nivel europeo y alemán (III).

Una tercera parte versará sobre los aspectos esenciales del estado actual de la transposición de la Orden de Detención Europea al derecho alemán (IV).

La última parte se ocupará de los posibles impactos que, de acuerdo a la doctrina, la Orden de Detención Europea podría tener en los derechos de los individuos eventualmente afectados (V).

2. Situación actual en materia de extradición a nivel europeo y alemán

2.1 Normativa vigente

Los tratados multilaterales de extradición vigentes a nivel europeo pueden clasificarse de la siguiente forma:[12]

9. En adelante, EuHbG.

10. Ministerio de Justicia de la República Federal de Alemania, Proyecto de EuHbG, Estado: 17.04.2003 y Schnigula/Jacoby, Proyecto de fundamentación de EuHbG, Estado: 24.01.2003.

11. También conocida en el Reino de España como la "Euroorden".

12. Esta clasificación pertenece a: Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, *S.* 8-13 y Vogel, *JZ* 2001, p. 938.

a) Los instrumentos del Consejo de Europa, esto es el Convenio europeo de extradición del 13 de diciembre de 1957,[13] su primer Protocolo adicional del 15 de octubre de 1975, el cual no tiene vigencia en Alemania,[14] su segundo Protocolo adicional del 17 de marzo de 1978[15] y los tratados bilaterales complementarios.

b) Los tratados europeos referidos a delitos determinados, por ejemplo el Convenio europeo para la represión del terrorismo del 27 de enero de 1977.[16]

c) El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen –del 14 de junio de 1985 relativo a la supresión progresiva de los controles en las fronteras comunes– de fecha 19 de junio de 1990. Este acuerdo es complementario del ya citado Convenio europeo de extradición.[17-18]

d) Los instrumentos jurídicos desarrollados en el marco del "Tercer Pilar" de la UE –véase Introducción–: el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la UE del 10 de marzo de 1995[19] y el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE del 27 de septiembre de 1996.[20]

Los tratados internacionales anteriormente celebrados –en parte– entre idénticos Estados encuentran, en principio, aplicación siempre y cuando no contradigan a los acuerdos que posteriormente fueron concluidos –cf. al principio *lex posteriori derogat legi priori*[21]–. Sin perjuicio de ello, se destaca asimismo

13. *Boletín Oficial alemán II* (1964), p. 1369 ss., impreso en Schomburg/Lagodny, parte principal II A.
14. Impreso en Schomburg/Lagodny, parte principal II A 1.
15. *Boletín Oficial alemán II* (1990), p. 118 ss., impreso en Schomburg/Lagodny, parte principal II A 2.
16. *Boletín Oficial alemán II* (1978), p. 321 ss., impreso en Schomburg/Lagodny, parte principal II A 3.
17. Véase título III, capítulo 4 y art. 59, párrafo 1.º, Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.
18. *Boletín Oficial alemán II* (1993), p. 1.010 ss., impreso en Schomburg/Lagodny, parte principal IV.
19. *DO* C 78 del 30.03.1995, p. 1 y ss.; impreso en Schomburg/Lagodny, parte principal III A c.
20. *DO* C 313 del 23.10.1996, p. 11 y ss.; impreso en Schomburg/Lagodny, parte principal III A a.
21. Gleß, p. 7.

una relación de complementariedad entre los convenios más antiguos (el Convenio europeo de extradición con sus acuerdos adicionales y el convenio europeo para la represión del terrorismo) y las más recientes.[22]

En Alemania, estos acuerdos tienen prioridad, por su especialidad, frente a la Ley alemana sobre Asistencia Judicial Internacional en Asuntos Penales (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*; en adelante IRG), siempre y cuando estén incorporados al derecho interno alemán de acuerdo a los arts. 25 y 59, 2.º párrafo, de la Constitución Alemana (*Grundgesetz*; en adelante GG) (cf. § 1, 3.º párrafo, IRG) y regulen en forma concluyente un caso de extradición. De esta manera, la IRG tiene, en principio, aplicación subsidiaria. Sólo puede aplicarse en forma complementaria junto a los acuerdos mencionados, si una regulación expresamente (o por deducción del contexto del convenio) falta. Además, la IRG se toma en consideración, cuando contiene una reglamentación más favorable para el Estado requirente que el acuerdo de extradición aplicable al caso. En ambos casos, la aplicación complementaria de la IRG no debe contrariar el contenido del tratado.[23]

2.2 Crítica y dificultades prácticas

Si bien estas relaciones contractuales entre los países europeos dan una primera impresión superficial de un sistema europeo de extradición "ideal y cooperativo", tanto la crítica sistemática como las dificultades prácticas se encargan de demostrar completamente lo contrario. Algunos problemas de importancia se enumeran sintéticamente a continuación:

a) El ámbito espacial de validez y la aplicación práctica de los citados acuerdos es dependiente de las ratificaciones temporalmente divergentes y eventuales reservas de los Estados contratantes como así también de la correspondiente incorporación a sus derechos nacionales. De esta manera, no

22. Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 12 y 35-36.

23. Schomburg/Lagodny, § 1, n.m. 21; Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 13-15; Haas, p. 81-83 y V. Bubnoff, p. 13.

resulta visible la simplificación[24] del tradicional procedimiento extraditorio aportadas por los instrumentos de la UE y de Schengen. Entre las diferentes causas a que responde este fenómeno, pueden mencionarse: el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen no fue firmado por todos los Estados miembros y asociados, mientras que los convenios relativos al procedimiento simplificado de extradición y a la extradición fueron suscriptos por todos los países de la UE pero sólo parcialmente ratificados. Asimismo, estos dos últimos tienen vigencia provisoria.[25]

b) La falta de claridad, complejidad e inabarcabilidad de la normativa europea en materia de extradición dificulta no solo el trabajo del operador jurídico, sino que también coloca al propio sujeto a ser extraditado o *extraditurus* en una situación jurídica "vaga". Se trata de una suma desmedida de normas de derecho internacional público, europeo y nacional (en parte vigentes paralelamente), cuyo dominio en muchos casos resulta casi imposible incluso a los expertos.[26] Como prueba otras de dificultades, deben destacarse además algunos de los ejemplos que brinda Schomburg:[27] "la aplicación provisoria-anticipada" de los Convenios relativos al procedimiento simplificado de extradición y a la extradición respecto a dos o más Estados miembros, el tratamiento repetido de idénticas cuestiones en diferentes normas, la falta de una documentación centralizada de consulta permanente acerca de la normativa vigente en la materia y, por último, el error de técnica legislativa en virtud del cual las reservas y las declaraciones formuladas en relación a la aplicación temporal y espacial de los convenios no son modificadas

24. Véase su descripción en: Vogel, *JZ* 2001, p. 938-939 y Gleß, p. 7 ss.

25. La conclusión 35.ª del Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 (nota 1) también exige una inmediata ratificación de estos instrumentos por parte de los Estados miembros; ver también el punto 4.3 de la ya mencionada propuesta de la Comisión Europea (nota 2); Gleß, p. 4; Schomburg, *ZRP* 1999, p. 238 y Wegner, *StV* 2003, p. 105. Respecto a la validez provisional de estos instrumentos véase Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 11.

26. Considerando 5.º de la Decisión marco; críticamente: Schomburg, *ZRP* 1999, p. 237-238; Vogel, *JZ* 2001, p. 940; Perron, *ZStW* (112) 2000, p. 205; Gleß, p. 13. Schomburg llega a contar hasta 11 diferentes ordenamientos jurídicos que deben ser consultados en un hipotético caso de extradición entre Alemania y los Países Bajos en: *StV* 1998, p. 154 s. y nota 18.

27. Schomburg, *StV* 1998, p. 154-155 y *ZRP* 1999, p. 237-238.

o retiradas en sus "convenciones madre" (es decir, aquellas del Consejo de Europa), sino en contexto con otros acuerdos (instrumentos de Schengen y de la UE).

c) Las previsiones de Schengen y de la UE anteriormente aludidas tienden a fortalecer los derechos del individuo requerido, debido a que contemplan expresamente los derechos a: la asistencia jurídica,[28] el reconocimiento de la validez a nivel europeo del principio *ne bis in idem* y una mayor participación del *extraditurus* en el proceso extraditorio.[29] Sin embargo, estos instrumentos internacionales no adoptan hasta el día de hoy una auténtica decisión sobre la situación jurídica del *extraditurus* y remiten solamente a la protección de los derechos individuales prevista en normas de derecho nacional.[30] Respecto a ello, debe responderse en forma definitiva: aa) si nos hallamos ante un "objeto de la negociación interestatal con derechos humanos elementales" –esto es, un reflejo del derecho internacional público objetivo– o bien ante un "sujeto jurídico con derechos subjetivos propios y autónomos", como también bb) qué derechos y de acuerdo a qué parámetro europeo deben serle garantizados a la persona reclamada.[31] Así también señalan Schomburg y Lagodny[32] diferentes deficiencias del derecho extraditorio alemán respecto de la protección jurídica del individuo, las cuales dan a entender que el *extraditurus* es más bien visto como un "objeto de la extradición", que como un "sujeto de derecho". De esta manera, el tratamiento –ilegal– de la doctrina mayoritaria alemana de "preso para otro Estado" –entiéndase desprovisto de derechos– respecto de la persona detenida con fines de extradición en los términos del § 16 IRG conlleva a que estos individuos no gocen de la protección prevista en los arts. 104, 3.º y 4.º párrafo, GG y 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Aún más, la declaración

28. Pero no a la asistencia jurídica obligatoria de un letrado experto (*fachkundige Pflichtbeistandschaft*) en el proceso extraditorio, ver Schomburg, *StV* 1998, p. 156.

29. Gleß, p. 9; Schomburg, *StV* 1998, p. 155 y Vogel *JZ* 2001, p. 939.

30. Gleß, p. 9.

31. Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 32 ss.; Schomburg, *StV* 1998, p. 153 y Weigend, *JuS* 2000, p. 110-111.

32. Schomburg/Lagodny, Introducción, n.m. y 140 ss. y Schomburg, *StV* 1998, p. 155-156.

de la persona reclamada producida ante un juez de primera instancia (*Amtsrichter*), carente de facultades decisorias, es obligatoria (§§ 21, 22, y 28 IRG), aunque solamente facultativa ante la Audiencia Territorial (*Oberlandesgericht*, en adelante OLG), la cual, en definitiva, es competente para la resolución del proceso extraditorio y de la prisión preventiva con fines de extradición (§ 30, 2.º párrafo, 1.ª oración y 3.º párrafo, IRG). También la falta de recursos del extradicto contra las decisiones del OLG o la interpretación y aplicación restrictiva del –sólo previsto como excepción– instituto de la asistencia jurídica obligatoria del perseguido (§ 40, párrafo 2.º, IRG) dan motivo a nuevos reparos.

d) Por un lado, los presupuestos e impedimentos "clásicos" de la extradición, que se encuentran en progresivo retroceso en los instrumentos europeos,[33] toman en cuenta los derechos del individuo reclamado.[34] Por el otro, se basan en intereses prioritarios de soberanía nacional, en las diferentes concepciones nacionales existentes acerca de la persecución penal y sus límites y en una desconfianza a priori frente a la actuación de la justicia penal extranjera.[35] La solidaridad de una persecución penal común europea no constituye, por el contrario, fundamento alguno de presupuestos e impedimentos de una extradición.[36] Muchos de ellos – ante todo el principio de especialidad y la regla de doble incriminación o de

33. Gleß, p. 8-9 y Vogel, *JZ* 2001, p. 938-939.

34. Por ejemplo, según los principios de *ordre public* internacional y de proporcionalidad, puede rechazarse la extradición debido a: aa) causas extremas individuales u objeciones humanitarias, bb) condenas en ausencia, cc) amenaza de pena de muerte o de prisión perpetua como también el trato inhumano o persecución penal contraria a los principios de un Estado de Derecho, entre otros.

35. Así por ejemplo la regla de doble incriminación, la validez nacional del principio *ne bis in idem*, la potestad punitiva nacional concurrente de dos Estados, la prohibición (limitada) de extraditabilidad de nacionales, el examen judicial excepcional de las sospechas existentes respecto del sujeto requerido en relación al hecho atribuido (*Ausnahmetatverdachtsprüfung*), la no extraditabilidad por delitos políticos, militares y fiscales, el principio de especialidad, entre otros. Algunos de los presupuestos e impedimentos extraditorios aquí mencionados pueden basarse en intereses de soberanía nacional como así también perseguir al mismo tiempo la protección del individuo a ser extraditado.

36. Gleß, p. 13; Weigend, *JuS* 2000, p. 110; Perron, *ZStW* (112) 2000, p. 206 y Vogel, *JZ* 2001, p. 942-943.

identidad de la norma– resultan, según Schomburg,[37] –en principio– superfluos y hasta renunciables con el correr del tiempo en el espacio judicial del Acuerdo de Schengen, únicamente bajo la condición de que perdure un "freno general de emergencia" (*allgemeine Notbremse*), con el cual –bajo circunstancias cambiantes– los derechos humanos puedan ser protegidos. Debe regir entonces, según este autor, un orden público internacional (*ordre public*) –comparable con las garantías mínimas del CEDH y de sus Protocolos adicionales, en un sentido amplio–.

e) A pesar de la simplificación y mayor celeridad procesal introducidas por los instrumentos de Schengen y de la EU,[38] el procedimiento extraditorio consiste, hasta el presente, en la mayoría de los Estados miembros en una estructura tradicional de doble escalón con una etapa jurisdiccional de admisibilidad y otra fase político-administrativa de concesión de la extradición (*traditionelle zweistufige Struktur mit Zulässigkeits – und Bewilligungsphasen*) (véase 3.4.a y 3.5.a). En determinados casos, un procedimiento estructurado así puede durar un largo tiempo hasta la adopción de una solución jurídica concluyente.[39] En este contexto, Vogel[40] sugiere la supresión del procedimiento político-administrativo de concesión de la extradición (*Bewilligungsverfahren*) como una medida para lograr mayor simplificación y celeridad, siempre y cuando estén debidamente aseguradas las obligaciones jurídicas extraditorias y rija el "principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales" en la EU (véase 3.1).

37. Schomburg, *StV* 1998, p. 157; ver también Weigend, *JuS* 2000, p. 110; Vogel, *JZ* 2001, p. 941-943; Gleß, p. 13 y Schübel, *NStZ* 1997, p. 110.

38. Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 39 ss. y 60 ss.; Gleß, p. 7-8 und Vogel, *JZ* 2001, p. 939.

39. Conclusión 35.ª del mencionado Consejo Europeo de Tampere y considerandos 1 y 5 de la Decisión marco. Un claro ejemplo de demora en materia de extradición es el caso de secuestro de avión de Lufthansa *Landshut* en octubre de 1977, en el cual un imputado fue atrapado en octubre de 1994 en Noruega y recién fue extraditado a Alemania en noviembre de 1995. Este procedimiento extraditorio abarco 10 instancias judiciales noruegas y la intervención de la ministra de justicia de dicho Estado requerido. En este sentido, cf. Nehm, *DRiZ* 1996, p. 42 ss., Schübel, *NStZ* 1997, p. 106 y Schnigula/Jacoby, p. 27.

40. Vogel, *JZ* 2001, p. 943.

3. Descripción de la Orden de Detención Europea

3.1 Definición y significado

Se entiende por "Orden de Detención Europea": "una resolución judicial dictada por un Estado miembro (denominado "Estado emisor") con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro (conocido como "Estado ejecutor") de una persona buscada para el ejercicio de las acciones penales o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de la libertad" (cf. art. 1, 1.º párrafo, de la Decisión Marco).

A diferencia de un procedimiento extraditorio jurisdiccional-político clásico caracterizado por relaciones interestatales, la Orden de Detención Europea constituye un sistema judicial europeo de detención y traslado de personas uniforme con cooperación directa entre las autoridades judiciales intervinientes[41-42] (véase 3.4.b y 3.5.b). En otras palabras, si la autoridad judicial competente del "Estado emisor" (o "autoridad judicial emisora") libra una Orden de Detención Europea, sólo decide sobre su ejecución la autoridad judicial competente del "Estado ejecutor" (o "autoridad judicial de ejecución"),[43] sin intervención posterior del Poder Ejecutivo del respectivo país. Una o más autoridades centrales

41. Considerandos 5 y 11; arts. 16, párrafo 3.º y 31, párrafo 1.º, de la Decisión marco. Las prescripciones tradicionales extraditorias tienen sólo validez para las relaciones de los Estados miembros con terceros Estados (esto es, extra UE). Respecto de la entrega de personas por parte de Estado miembros ratificantes a la Corte Penal Internacional tienen aplicación lo art. 89 ss. del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (cf. art. 16, párrafo 4.º. Decisión marco).

42. El procedimiento político-administrativo de concesión (*Bewilligungsverfahren*) no puede ser dejado completamente de lado, ya que la Decisión marco en sí requiere la realización de diferentes ponderaciones de orden de conveniencia política general y/o exterior que lo hacen necesario (por ejemplo, art. 16 Decisión marco), cf. Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 65.

43. Las autoridades judiciales de emisión y de ejecución deben ser designadas a nivel de derecho nacional conforme al art. 6, párrafos 1.º. y 2.º de la Decisión marco. Si esta tarea será competencia de un Juez o de un Fiscal, no ha sido determinado, cf. en este sentido la propuesta de la Comisión Europea (nota 2), art. 3 (c).

pueden crearse, de acuerdo a los ordenamientos jurídicos nacionales, únicamente con fines de apoyo administrativo y práctico de ambas autoridades judiciales en la ejecución de este tipo de medidas.[44]

Este nuevo modelo supone la creación de un sistema de "libre tránsito de decisiones judiciales" en un espacio judicial común de la UE que abarca todas las fases del proceso anteriores y posteriores a la notificación de la sentencia judicial.[45] En este contexto, la Orden de Detención Europea constituye la primera expresión práctica del "principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en asuntos penales".[46] Este principio presupone una confianza recíproca entre los Estados miembros, cuya justificación radicaría en que todos estos países son Estados Democráticos de Derecho que respetan los derechos fundamentales y humanos y están vinculados a la CEDH.[47] De esta forma, los Estados miembros se hallan obligados, de acuerdo a la decisión marco, al reconocimiento y ejecución de toda Orden de Detención Europea bajo un control judicial suficiente y un respeto a los principios fundamentales y derechos individuales. La posibilidad de limitar o denegar la ejecución de esta medida se reduce a determinados supuestos que luego serán expuestos (véase 3.3).

44. Considerando 9 y art. 7, párrafo 1.º, Decisión marco. Ver también V. Heintschel-Heinegg/Rohlff, *GA* 2003, p. 46.

45. Considerando 5 Decisión marco.

46. Consejo Europeo del 15 y 16 de junio de 1998 de Cardiff; Conclusión 37.ª del Consejo Europeo de Tampere (nota 1); Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal del 30 de noviembre de 2000 (*DO* C012 del 15.01.2001, p. 305-319), puntos 2.2.1 y 3.1; Propuesta de la Comisión Europea (nota 2), fundamentación, punto 4.5.3; Considerandos 2 y 6, y art. 1, párrafo 2.º, Decisión marco. Como precursor del principio de "circulabilidad de decisiones en materia penal" (*Grundsatz der "Verkehrsfähigkeit von strafrechtlichen Entscheidungen"*) debe citarse a Sieber en: *ZStW* (103) 1991, p. 963; Delmas-Marty (Editora), p. 2 s. y *ZRP* 2000, p. 190-191. En forma crítica, es tratado por: Vogel, *JZ* 2001, p. 940- 941 y Schünemann, *StV* 2003, p. 119 y *ZRP* 2003, p. 186 ss.

47. Considerandos 10 y 12 de la Decisión marco y Programa de medidas (nota 46), introducción. Así, Vogel (nota 46) y Sieber (nota 46).

3.2 Presupuestos generales

La emisión y/o ejecución de la Orden de Detención Europea está permitida cuando concurren los siguientes *presupuestos generales*:

a) En caso de que su fin sea la persecución penal de una persona, ésta debe haber cometido un delito al que se le asigne una pena o medida de seguridad privativa de libertad de un mínimo de doce meses según el derecho del Estado emisor. Si su fin es la ejecución de una sentencia o la imposición de una medida de seguridad, la privación de libertad asignada en el derecho del Estado emisor deberá ser de un mínimo de cuatro meses (art. 2, párrafo 1.º, Decisión marco).[48]

b) La necesaria comprobación de la incriminación del hecho de la persona solicitada, tanto en el derecho del país requirente como en el del requerido, como presupuesto de la concesión de una extradición (la llamada regla de doble incriminación o de identidad normativa[49]), reviste, en las nuevas previsiones de la Orden de Detención Europea, una mayor limitación aunque no ha sido eliminada completamente.[50] El examen de la doble incriminación no procede si el hecho

48. En el derecho extraditorio europeo vigente rigen varias exigencias respecto al límite mínimo de la sanción. Si el pedido de extradición tiene como fin la persecución penal de extradicto, éste se halla fijado, en principio, en una pena privativa de libertad de un año (§ 3, párrafo 2.º, IRG y art. 2 y párrafo 1.º, oración 1.ª, Convenio europeo de extradición), o en un año de pena privativa de libertad en el Estado requirente y seis meses en el requerido, o, en el caso de Francia, de dos años (art. 2, párrafo 1.º, Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE y art. 61 Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen). Para la ejecución de penas o medidas de seguridad privativas de libertad, el mínimo es de cuatro meses (§ 3, párrafo 2.º, oración 3.ª, IRG y art. 2, párrafo 1.º, oración 2.ª, Convenio europeo de extradición). V. Schomburg/Lagodny, Introducción n.m. 65 y Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 65 y 73.

49. V. art. 2, párrafo 1.º, Convenio europeo de extradición y §§ 2 y 3 párrafo 1.º, IRG. En un hecho que no cumple la condición de la extensión de la pena señalada en la nota al pie 48, éste principio se limita en el marco de una solicitud de extradición por conductas delictivas adicionales (por ejemplo, art. 2, párrafo 2.º, Convenio europeo de extradición). En principio, este presupuesto no se tiene en consideración en la persecución de la delincuencia organizada (art. 3 Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE). Véase Schomburg/Lagodny, Introducción, n.m. 64; Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, 2003, p. 16 ss. y 72 ss. y V. Bubnoff, p. 45 ss.

50. Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 65; V. Bubnoff, *ZEuS* 2002, p. 226; V. Heintschel-Heinegg/Rohlff, *GA* 2003, p. 48.

que da lugar a la Orden de Detención Europea es uno de los 32 delitos del catálogo del art. 2, párrafo 2.º, de la Decisión marco (v. Anexo) y para éste está prevista una pena privativa de libertad o medida de seguridad de un mínimo de tres años en el derecho del Estado emisor. En caso de que no concurran estos presupuestos, el Estado ejecutor puede denegar la entrega de la persona solicitada por la falta de incriminación del hecho en su derecho, con independencia de los elementos típicos o de la denominación del delito (art. 2, párrafo 4.º, en relación con el art. 4, párrafo 1.º, Decisión marco). La ejecución de una Orden de Detención Europea por cuestiones de tasas e impuestos, de aduana y de cambio, no es denegable sólo porque el derecho del Estado ejecutor no contemple el mismo tipo de tasas o de impuestos o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de tasas o impuestos, de aduana y de cambio, que la legislación del Estado emisor (art. 4, párrafo 1.º, Decisión marco).[51]

El mencionado catálogo contiene numerosos delitos y grupos de delitos.[52] Éste puede ser modificado en cualquier momento por el Consejo europeo (art. 2, párrafo 3.º, de la Decisión marco). Los delitos allí listados no siguen un criterio uniforme. Así, se incluyen: aa) delitos respecto a los que es competente la Corte Penal Internacional, bb) delitos de drogas, cc) delitos de terrorismo, dd) delitos protectores de los intereses de la Unión y ee) delitos clásicos. Por otro lado, muchos

51. En el derecho actual de extradición europeo, también se puede, en principio, conceder la extradición por delitos fiscales, aduaneros y cambiarios, siempre y cuando se respete la regla de doble incriminación. Para ello, no se tiene en cuenta si las regulaciones fiscales o de aduanas o de control de cambios son del mismo tipo en ambos Estados, cf. art. 5 Convenio europeo de extradición, art. 2 de su segundo Protocolo adicional y art. 6 del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE (este último válido para el ámbito de la UE). Con más facilidades para los Estados de Schengen (que no son parte del segundo Protocolo adicional del Convenio europeo de extradición), en relación al impuesto sobre el consumo y al valor agregado y a tasas aduaneras, cf. art. 63 en relación con el art. 50, párrafo 1.º, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. Cf. Schomburg/Lagodny, las normas citadas y Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 77.

52. Su acuerdo público fue lento y complicado, especialmente por la oposición del gobierno italiano, v. Wegner, *StV* 2003, p. 105 y V. Heintschel-Heinegg/Rohlff, *GA* 2003, p. 48.

delitos se enumeran en el catálogo mediante términos claves indeterminados que no presuponen un examen de la doble incriminación, como, entre otros, "delitos de alta tecnología, en particular delito informática" (en lengua alemana listado como *Cyberkriminalität*), "racismo y xenofobia" y "sabotaje", los cuales dan lugar a "reproches sorprendentemente difusos" necesitados de mayor concreción.[53]

3.3 Impedimentos y limitaciones para la ejecución

Aunque se den estos presupuestos generales, pueden concurrir motivos para la denegación de la entrega de una persona o impedimentos para la ejecución de la Orden de Detención Europea, en ambos casos vinculantes o facultativos. Además, la entrega puede tener un alcance limitado en virtud de diferentes restricciones.

a) Los motivos *vinculantes de denegación* que impiden la ejecución de la Orden de Detención Europea son los siguientes:

aa) La concesión de una amnistía[54] para el delito por parte del Estado ejecutor competente para la persecución del delito (art. 3, Nr. 1, Decisión marco).

bb) El principio *ne bis in idem*,[55] según el cual el afectado ya haya sido condenado con sentencia firme por la mismo hecho, que sirve de base a la Orden de

53. V. Bubnoff, *ZEuS* 2002, p. 226-227; V. Heintschel-Heinegg/Rohlff, *GA* 2003, p. 48; Alegre, p. 5-6 y Schünemann, *GA* 2002, p. 507-508, *StV* 2003, p. 119 y *ZRP* 2003, p. 187-188.

54. En el derecho extraditorio tradicional: cf. el art. 9 Convenio europeo de extradición en relación con el art. 4 de su segundo Protocolo adicional, art. 9 del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE, art. 62, párrafo 2.º, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el § 9, párrafo 2.º, IRG.

55. El principio *ne bis in idem* se limita, como impedimento extraditorio, al ámbito de aplicación nacional alemán (art. 103, párrafo 3.º, GG y § 9 IRG) y al cómputo nacional de la pena cumplida por el mismo hecho en el extranjero (§§ 51, párrafo 3.º, StGB y 153c, párrafo 2.º, StPO). Esto lo define el art. 9 Convenio europeo de extradición y lo precisan y amplían los arts. 2 de su primer Protocolo adicional y 4 de su segundo Protocolo adicional. En el art. 1 del Convenio de *ne bis in idem* de la Comunidad Europea y en el art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen se establece el principio *ne bis in idem* europeo. Sobre ello: Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 167 ss.; Schomburg/Lagodny, Introducción, n.m. 67 ss., § 9 IRG n.m. 1, ss., Art. 9 Convenio

Detención Europea, por un Estado miembro, siempre y cuando la sanción se haya ejecutado, se esté ejecutando en ese momento o ya no pueda ejecutarse (art. 3, Nr. 2, Decisión marco). Éste también abarca absoluciones y decisiones judiciales de sobreseimiento relativas al derecho material.[56] Existen dos supuestos en los cuales el Estado ejecutor posee la *facultad* de denegar la entrega: (1) la sentencia condenatoria firme de un tercer Estado por el mismo delito, la cual cumple los presupuestos de ejecución antes señalados y (2) otro tipo de decisión dictada por la autoridad judicial de un Estado miembro (diferente de la condena y absolución firmes), que pone fin a una persecución penal ulterior del mismo hecho (art. 4, Nr. 3 y 5 Decisión marco). El texto de la Decisión marco acoge la validez a nivel de la UE del principio *ne bis in idem* y muestra la apertura a un principio internacional de *ne bis in idem*.[57] Esta Decisión marco toma en cuenta, mediante la previsión de una facultad de denegación de la entrega por parte del Estado ejecutor, la problemática de qué tipo de decisiones, que ponen fin a un proceso, pueden impedir la persecución penal a nivel europeo.[58]

cc) La falta de responsabilidad penal de la persona solicitada por razón de edad según las normas del Estado miembro ejecutor (la llamada cláusula de inimputabilidad) (art. 3, Nr. 3 Decisión marco).[59]

europeo de extradición n.m. 1 ss. y 54 Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, n.m. 1 ss.; V. Bubnoff, p. 71 ss.; Schomburg, *StV* 1998, p. 157-158; Weigend, *JuS* 2000, p. 108; Vogel, *JZ* 2001, p. 939 y 942-943 y Perron, *ZStW* (112) 2000, p. 207.

56. Así, V. Bubnoff, *ZEuS* 2002, p. 228.

57. Así, V. Heintschel-Heinegg/Rohlff, *GA* 2003, p. 49 y, crítico, V. Bubnoff, *ZEuS* 2002, p. 228.

58. Así, V. Bubnoff, *ZEuS* 2002, p. 228-229. Se discuten especialmente los casos de las decisiones de la Fiscalía, que ponen fin al proceso penal fuera del juicio oral, como por ejemplo el proceso transaccional (*Transactie–verfahren*) de Bélgica y de los Países Bajos o el sobreseimiento del proceso francés por motivos de hecho del derecho francés. Véase un resumen de este debate en: Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 172 ss.

59. Aunque no exista regulación expresa en materia de extradición, también está prohibida la entrega de niños inimputables (cf. § 19 StGB). Cf. también § 40, párrafo 2.º, Nr. 2 IRG, Schomburg/Lagodny, § 3, n.m. 15 s. y § 73, n.m. 61 y V. Bubnoff, p. 61.

dd) La persecución contraria a los principios del Estado de Derecho o la punición de la persona solicitada por su sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, convicción política o inclinación sexual (Considerando 12 Decisión marco).[60]

ee) La prohibición de entrega de una persona a un Estado en el que existe para ella un serio riesgo de pena de muerte,[61] de tortura o de otras penas[62] o tratos[63] inhumanos o degradantes (Considerando 13 Decisión marco).

ff) La existencia de otras circunstancias especiales (en el caso concreto) contrarias a los derechos fundamentales o los derechos humanos (cf. la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente su Capítulo VI) y a los principios generales reconocidos en el art. 6 TUE que impiden la entrega (Considerando 12 y art. 1, párrafo 3.º, Decisión marco).[64] Esta llamada cláusula de reserva europea de *ordre*

60. Este motivo vinculante de denegación de la extradición se funda en los principios reconocidos en las Convenciones de Derechos Humanos y se aplica también a los casos de extradición conforme al art. 3 párrafo 2.º, Convenio europeo de extradición y § 6, párrafo 2.º, IRG. El Derecho de asilo (Art. 16a, párrafo 1.º, GG) prohíbe la extradición de personas con derecho a asilo al Estado que las persigue. Sobre este impedimento: Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 79-80, Schomburg/Lagodny, § 6, n.m. 33 ss. y Weigend, *JuS* 2000, p. 108.

61. La amenaza de pena de muerte en el Estado requirente –como impedimento extraditorio plasmado en los art. 11 Convenio europeo de extradición, art. 102 GG y § 8 IRG– no se considera excepcionalmente, si el Estado requirente se compromete a que la pena de muerte no se impondrá o bien no se ejecutará en el caso concreto. Ver Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 82-83, Schomburg/Lagodny, § 8, n.m. 1 ss., V. Bubnoff, p. 69 y Weigend, *JuS* 2000, p. 108-109.

62. La "insoportable relación" en el caso concreto entre el hecho cometido y la sanción impuesta o esperable en el Estado requirente se opone a los principios del Estado de Derecho del derecho internacional público, al art. 3 CEDH y a la extradición de una persona, cf. Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 83-84; V. Bubnoff, p. 67 s. y Schomburg/Lagodny, § 73, n.m. 60.

63. La amenaza seria de tortura o trato degradante del inculpado durante el procedimiento o en la ejecución de la pena en el país solicitado infringe el art. 3 CEDH, entre otros, e impide la extradición. Cfr. Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 84-85; V. Bubnoff, p. 68 s. y Schomburg/Lagodny, § 73, n.m. 90 ss. y 99 ss.

64. En el ámbito de la extradición, se aplica la reserva del *ordre public* o el impedimento extraditorio a causa de una única infracción (1) del *standard* mínimo según el derecho internacional de justicia constitucional elemental, (2) de los principios constitucionales irrenunciables de orden público

public se aplica de la misma forma tanto en el Estado de emisor como en el ejecutor. Asimismo, regula las modalidades y el alcance del reconocimiento a nivel de la UE de la Orden de Detención Europea y de las decisiones que la motivan, así como la configuración del procedimiento de entrega.[65]

b) Junto a los casos de motivos no vinculantes de denegación de la ejecución ya mencionados (véase 3.2.b y 3.3.a.bb), la autoridad judicial competente para la ejecución puede denegar la entrega de la persona en los siguientes supuestos de *impedimentos facultativos* para la ejecución:

aa) Si la persona solicitada ya fue perseguida penalmente en el Estado de ejecución por el mismo hecho que motiva la Orden de Detención Europea (art. 4, Nr. 2 Decisión marco) o sus autoridades judiciales decidieron no iniciar un procedimiento por esa acción o sobreseerlo[66] (art. 4, Nr. 3 Decisión marco). Para evitar que el mismo hecho se persiga penalmente dos veces, las situaciones de conflicto se resuelven en favor del derecho del Estado de ejecución (llamada competencia concurrente para la persecución penal).[67]

bb) Si la persecución penal o la ejecución de la pena ya han prescripto según el derecho del Estado de ejecución y si, según su derecho penal, concurrió su competencia jurisdiccional en relación con los hechos (art. 4, Nr. 4 de la Decisión marco).[68]

en Alemania o (3) de los mandatos elementales de derecho internacional cf. § 73 IRG. Resulta muy instructivo al respecto: Schomburg/Lagodny, § 73 n.m. 1 ss.; Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 19-20 y 74 ss. y V. Bubnoff, p. 56.

65. Así, V. Bubnoff, *ZEuS* 2002, p. 231 y, crítico, Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 66 y 74.

66. Cf. también, como impedimento facultativo de la extradición, el art. 9 Convenio europeo de extradición y, como impedimento vinculante, el § 9 IRG.

67. Así, V. Bubnoff, *ZEuS* 2002, p. 229.

68. La extradición no está permitida sin excepción cuando el delito se halla prescripto conforme al derecho del Estado requirente. En relación a la medida en que deba enjuiciarse la prescripción según el derecho del Estado requirente, rigen tres sistemas: (1) conforme al Derecho de ambas partes (art. 10 Convenio europeo de extradición), (2) conforme al derecho del Estado requirente en caso de jurisdicciones concurrentes (art. 8, párrafo 2.º, Convenio relativo a la extradición de los

cc) Si el lugar del hecho se hallaba parcial o totalmente en territorio en el que el Estado de ejecución ejerce su soberanía o si el hecho, que motivó de la Orden de Detención Europea, se cometió fuera del territorio del Estado emisor y las normas del Estado de ejecución no permiten la persecución de delitos del mismo tipo cometidos fuera de su ámbito de soberanía (llamada cláusula de territorialidad o de competencia jurisdiccional concurrente) (art. 4, Nr. 7 a) y b) de la Decisión marco).[69]

dd) Si el fin de la Orden de Detención Europea es la ejecución de una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad contra los nacionales o los residentes del Estado de ejecución y este Estado, según su Derecho, asume la ejecución de ambas medidas restrictivas de la libertad (art. 4, Nr. 6 de la Decisión marco). En caso de una Orden de Detención Europea para la persecución penal de nacionales o residentes del Estado de ejecución, el sistema de la Decisión marco establece, como condición para su entrega, la repatriación del sujeto para el cumplimiento de la pena o medida de seguridad en el Estado ejecutor, tras el respeto de derecho de audiencia del afectado en el Estado emisor (art. 5, Nr. 3 Decisión marco). Esta cláusula tiene su trasfondo en la abolición de la tradicional prohibición de la extradición de los propios nacionales por parte de los países de la UE[70] (conforme al art. 7 Convenio relativo a la extradición de los Estados miembros de la UE) y fue recepcionada en el derecho alemán mediante la refor-

Estados miembros de la UE y § 9, párrafo 2.º, IRG) o (3) según la solución conciliadora conforme al art. 62, párrafo 1.º, Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. Ver Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 85 ss. y V. Bubnoff, p. 77.

69. Véase V. Bubnoff, *ZEuS* 2002, p. 229-230. Esta posibilidad de denegación de la extradición pasiva también está prevista en el art. 7 Convenio europeo de extradición. Sobre ella, v. Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 85.

70. En Alemania, históricamente, la extradición de los nacionales alemanes –en el sentido del art. 116 GG– estaba prohibida por el art. 16, párrafo 2.º, GG (en su antigua redacción) y en el § 2, párrafos 1.º, y 3.º, IRG. Tal clase de extradición se denegaba contractualmente (cf. art. 6, párrafo 1.º, a) y b) Convenio europeo de extradición). En tales casos, el Estado alemán solicitado se hacía cargo de la persecución penal del sujeto solicitado. V. Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 74-75; Baier *GA* 2001, p. 432-433 y V. Bubnoff, p. 58 ss.

ma constitucional del art. 16, párrafo 2.º, GG en su redacción actual. Según esta norma constitucional alemana, se permite la creación de una regulación legal de la extradición de un ciudadano alemán a un Estado miembro de la UE o a la Corte Penal Internacional mientras se respeten los "principios del Estado de Derecho".[71] La regulación de la Decisión marco de la Orden de Detención Europea pretende así la mejor resocialización posible del afectado, permitiéndole que pueda cumplir la pena o medida de seguridad en el entorno personal e idiomático de su tierra natal o su lugar de residencia.[72]

c) La Decisión marco prevé como *restricciones* importantes de la entrega de la persona solicitada, junto a la cláusula de la no extraditabilidad de nacionales –v. 3.3.b.dd–, el sometimiento de la ejecución de la Orden de Detención Europea a las siguientes *garantías del Estado emisor o de su autoridad judicial*:

aa) El "principio de especialidad"[73] (ya vigente en el Derecho de extradición tradicional[74]), es decir, la garantía de que la persona entregada por motivo de una Orden de Detención Europea sólo sea perseguida y condenada en el Estado emisor por el hecho por el que se decidió su entrega (art. 27, párrafo 2.º, Decisión marco). Este principio se restringirá del modo siguiente: (1) por el otorgamiento del consentimiento general (o del Estado de ejecución) y especial (o de la autoridad judicial del mismo), así como también de la persona solicitada (antes o después de la entrega); (2) por una estancia o un regreso de la persona solicitada al territorio

71. Sobre la modificación del Art. 16 párrafo 2.º, GG, v. Baier *GA* 2001, p. 427 ss.; Zimmermann, *JZ* 2001, p. 233 ss. y Uhle, *NJW* 2001, p. 1.889 ss. Hasta la fecha no se ha aprobado, en Alemania, ninguna Ley al respecto.

72. V. Bubnoff, *ZEuS* 2002, p. 230-231 y Baier *GA* 2001, p. 443-444.

73. Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 66; V. Heintschel-Heinegg/Rohlff, *GA* 2003, p. 48 y V. Bubnoff, *ZEuS* 2002, p. 233.

74. En materia extraditoria, cf. art. 14, párrafo 1.º, Convenio europeo de extradición y § 11 IRG. Las excepciones a este principio se encuentran en los arts. 10 y 11 del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE, art. 66, párrafo 2.º, del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, arts. 7 y 9 del Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la UE y § 41 IG. V. Schomburg/Lagodny, Introducción, n.m. 74; V. Bubnoff, p. 30 ss. y Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 18 ss. y 66 ss.

soberano del Estado emisor en los 45 días siguientes a su puesta en libertad definitiva; (3) en caso de delitos o en el marco de la persecución penal, en tanto no tenga que entrar en consideración la privación de la libertad y (4) en la ejecución de penas y medidas de seguridad no privativas de libertad o medidas sustitutivas de aquéllas privativas de libertad (art. 27, párrafos 1.º, 3.º y 4.º, Decisión marco).

bb) La condición según la que una persona sólo se entregará para la ejecución de una pena privativa de libertad o medida de seguridad perpetuas si el Ordenamiento jurídico del Estado emisor acepta que se examine la pena impuesta –a petición o, a más tardar, tras veinte años– o actos de gracia que podrían conducir a la suspensión de la ejecución de la pena o medida. El afectado debe tener un derecho a ello según el derecho o la práctica jurídica del Estado emisor (art. 5, Nr. 2 Decisión marco).[75]

cc) La sujeción de la ejecución de una Orden de Detención europea basada en una condena en ausencia del sujeto buscado a que la autoridad judicial del Estado emisor dé garantías –que se consideren suficientes– que la persona solicitada tendrá la posibilidad de pedir una reanudación del proceso y de estar presente en el juicio (art. 5, Nr. 1 Decisión marco).[76]

75. En el derecho de extradición, éste no es un impedimento expreso. Cf. las reservas/aclaraciones de Portugal a los Convenios europeo de extradición, de aplicación del Acuerdo de Schengen y relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la UE respecto al rechazo de la extradición por amenaza de cadena perpetua, en Schomburg/Lagodny, p. 799 y 1.014-1.015.

76. Un impedimento extraditorio por condena en ausencia o en rebeldía del *extraditurus*, tiene lugar cuando fueron lesionados el derecho a audiencia y a una debida defensa en juicio de esta persona en el proceso que motiva tal sentencia condenatoria (cf. arts. 3 y 6 CEDH en relación con los arts. 25 GG y 3, párrafo 1.º, del segundo Protocolo adicional del Convenio europeo de extradición). Un pedido de extradición de estas características es excepcionalmente concedido cuando el Estado requirente otorga a la persona solicitada una garantía –que se considere suficiente– por la cual se asegure su derecho a un nuevo juicio en el cual se encuentre plenamente garantizado el derecho de defensa. La concesión de la extradición faculta al Estado requirente –por falta de impugnación o recurso por parte del condenado– a ejecutar la sentencia cuestionada o bien llevar adelante la persecución penal contra el extradicto (art. 3, párrafo 1.º, oración 2.ª y 3.ª, segundo Protocolo adicional del Convenio europeo de extradición). Véase una amplia explicación al respecto en: Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 88-90 y Schomburg/Lagodny, § 73, n.m. 70 ss. y V. Bubnoff, p. 81 ss.

3.4 *Procedimiento de emisión (*Ausstellungsverfahren*)*

a) Las disposiciones administrativas denominadas "Directivas para la comunicación con el extranjero en asuntos penales" (*Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten*; en adelante, RiVASt)[77] son fijadas por el Gobierno Federal (*Bundesregierung*) y los Gobiernos de los Länder y constituyen el marco regulatorio del procedimiento en la extradición activa (*Einlieferung*) y sus formalidades en Alemania. De acuerdo a este ordenamiento, la Fiscalía –como autoridad de ejecución en el proceso penal (de acuerdo a los §§ 36, párrafo 2.º, oración 3.ª y 451, párrafo 1.º StPO)– pesquisa sobre la base de una orden de una detención judicial (cf. § 114 StPO) o de una sentencia penal ejecutable (cf. §§ 260 y 449 StPO) a las personas que han huido al extranjero. En caso de paradero desconocido del imputado, esta pesquisa[78] puede desarrollarse a través de la anotación o registración de éste en Interpol o de su descripción en el Sistema de Información de Schengen (en adelante, SIS) (cf. arts. 95 ss. en relación con art. 64 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen).[79] Siendo su lugar de residencia conocido, la Fiscalía puede solicitar al correspondiente Estado europeo la *detención provisoria* del perseguido con fines extraditorios (*vorläufige Auslieferungshaft*, cf. art. 16, párrafo 1.º Convenio europeo de extradición y Nr. 86, párrafo 1.º RiVASt). En casos de urgencia, la Fiscalía puede disponer directamente

77. *Boletín Oficial del Gobierno Federal alemán* (*Bundesanzeiger o BAnz*) Nr. 176 del 18.09.1984 en relación con el suplemento n. 47/84 como también los diarios oficiales de los Länder. Publicación de los cambios: por ejemplo *BAnz* n. 40a. del 27.02.1993; impreso en Schomburg/Lagodny, Anexo 11.

78. Ver Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 36-39.

79. En este caso, toma la Fiscalía, como autoridad comunicante, la responsabilidad por la legalidad de la descripción en el SIS y por la comprobación de la extraditabilidad del hecho para todos los Estados de Schengen (art. 95, párrafo 2.º, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen). Tal anotación se equipara al pedido de detención provisional de acuerdo al art. 16 del Convenio europeo de extradición. En relación a la pesquisa con el SIS ver: Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 39-40 y Schomburg/Lagodny, art. 64 Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, n.m. 1 ss. y comentario anterior a los arts. 92-119 del mismo convenio, n.m. 1 ss. y art. 95 del mismo convenio, n.m. 1 ss.

la *detención policial* (*polizeiliche Festnahme*) de la persona en el extranjero a través de Interpol y paralelamente solicitar su captura ante el juez de primera instancia (*Amtsrichter*) competente en Alemania. Luego del libramiento de la orden judicial de detención, la Fiscalía debe pedir la detención provisoria con fines extraditorios por la vía diplomática o a través del Departamento Criminal Federal alemán (*Bundeskriminalamt*), esto es también de Interpol (Nr. 86, párrafos 2.º, 3.º y 4.º RiVASt y art. 16, párrafos 1.º, 2.º y 3.º, Convenio europeo de extradición). En el supuesto de que el imputado sea detenido por ejemplo en Estrasburgo, Francia, el Fiscal alemán debe realizar un informe documentado del caso (Nr. 91 y 92 RiVASt) y proponerle, a través de la Fiscalía General (*Generalstaatsanwaltschaft*), a la Administración de Justicia del Land (en adelante, *Landesjustizverwaltung*) un pedido de extradición del imputado, siempre y cuando tal solicitud resulte permitida, proporcional y con posibilidades de éxito (Nr. 88, párrafo 1.º, RiVASt). Tras examinar este informe desde el punto de vista de los hechos, del derecho y de la política exterior, la *Landesjustizverwaltung* dirige de oficio el pedido de extradición al gobierno francés cuando es al mismo tiempo autoridad de concesión de extradición activa (*Bewilligungsbehörde*). De lo contrario, envía este informe al Ministerio Federal de Justicia alemán (*Bundesministerium der Justiz*), el cual presenta directamente la solicitud de extradición ante las autoridades francesas, o bien le pide al Ministerio de Relaciones Exteriores que lo haga, cuando la vía diplomática se halla prevista.[80]

b) En comparación a la actual regulación alemana en materia del procedimiento en la extradición activa, la Decisión marco contiene sólo disposiciones generales sobre el libramiento de una Orden de Detención Europea

80. Se toman en cuenta sólo el Convenio europeo de extradición y las *RiVASt* para presentar un ejemplo ficticio, quedando de lado otros tratados internacionales y normas alemanas aplicables. Cf. además 2.1. Para un tratamiento completo del procedimiento en la extradición activa en Alemania, ver Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 54-60.

contra una persona que se halle en un Estado miembro. Esta normativa precisa una concretización adicional a través de su ulterior transposición al derecho nacional. Bajo las siguientes exigencias formales, una autoridad judicial alemana[81] puede librar una Orden de Detención Europea sin necesidad de un examen posterior de la autoridad de concesión (*Bewilligungsbehörde*).

Si la persona buscada se encuentra en un lugar desconocido, la autoridad judicial alemana puede solicitar la anotación de la Orden de Detención Europea o la descripción de la persona buscada en el SIS (art. 95 Convenio de aplicación del Acuerdo de *Schengen*). Esta registración en el SIS equivale a una Orden de Detención Europea acompañada de la información que figura en el art. 8, párrafo 1.º, de la Decisión marco. Hasta que el SIS tenga la capacidad técnica para transmitir todos estos datos, la descripción de la persona en el SIS equivaldrá a la Orden de Detención Europea hasta que la autoridad judicial de ejecución reciba el original (art. 9, párrafos 2.º y 3.º, Decisión marco). La autoridad judicial alemana de emisión puede requerir la colaboración de Interpol para el envío de la Orden de Detención Europea cuando no le es posible recurrir al SIS (art. 10, párrafo 3.º, Decisión marco). Si existe sospecha de que una persona perseguida se encuentra por ejemplo en Estrasburgo, Francia, la autoridad judicial alemana competente puede transmitir, en forma directa "por cualesquiera medios fiables", la Orden de Detención Europea de esa persona a las autoridades judiciales francesas de ejecución solicitando su cumplimiento. (arts. 9, párrafo 1.º y 10 párrafo 4.º, Decisión marco). Para el supuesto en el que la autoridad judicial francesa de ejecución no fuera conocida a ciencia cierta, la justicia alemana puede contar con las indagaciones necesarias a realizarse por los puntos de contacto nacional alemanes de la Red Judicial Europea[82] con sus pares franceses (art. 10,

81. Cf. nota 43.

82. La Red Judicial Europea, creada por la acción común del Consejo Europeo del 29.06.1998 (*DO* L191 del 07.07.1998, p. 4), consiste en una estructura descentralizada compuesta por una Secretaría y diferentes puntos de contacto nacional situados en los Estados miembros. Estos puntos de contacto se ocupan de coordinar las autoridades judiciales de los Estados miembros y, por lo

párrafo 1.º, Decisión marco). El libramiento de la Orden de Detención Europea puede llevarse a cabo también a través de la Autoridad Central alemana –que se designe eventualmente en la transposición– (art. 7, párrafo 2.º, Decisión marco) o el sistema de comunicaciones protegido de la Red Judicial europea (art. 10, párrafo 2.º, Decisión marco). Todo problema o dificultad en relación a su comunicación, autenticidad o de falta de documentación necesaria para la ejecución de la citada Orden deben ser solucionados por ambas autoridades judiciales intervinientes o bien, dado el caso, por las mencionadas Autoridades Centrales (art. 10, párrafo 5.º, Decisión marco).

En todos los casos, la Orden de Detención Europea debe formularse de acuerdo a la redacción de un modelo incluido en el anexo de la Decisión marco, ser traducida a uno de los idiomas oficiales del Estado miembro ejecutor y contener la siguiente información (art. 8, párrafos 1.º y 2.º, Decisión marco):

aa) la identidad y nacionalidad de la persona buscada;

bb) el nombre, domicilio, número de teléfono y de fax como también la dirección de correo electrónico de la autoridad judicial emisora;

cc) la indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier resolución judicial ejecutiva con asimilables consecuencias jurídicas cf. al ámbito de aplicación de los arts. 1 y 2 Decisión marco;

dd) la naturaleza y tipificación jurídica del delito, en especial a los fines de establecer los presupuestos previstos en el art. 2 de la Decisión marco;

ee) la descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar, y el grado de participación en el mismo de la persona buscada;

tanto, de lograr un trabajo judicial conjunto eficiente –en especial en materia de colaboración judicial y persecución de delitos complejos–. Los citados puntos cuentan con informaciones jurídicas y prácticas sobre estos ámbitos, como por ejemplo la posibilidad de acceso a un "Atlas judicial", el cual contiene, entre otros aspectos, un índice de las autoridades de los Estados miembros competentes en materia del pedidos de colaboración judicial internacional. Ver Dieckmann, *NStZ* 2001, p. 620; Antor, *DRiZ* 2002, p. 330-331; V. Bubnoff, *ZEuS* 2002, p. 204 y 207 y V. Heintschel-Heinegg /Rohlff, *GA* 2003, p. 47 y nota 24.

ff) la pena dictada, si hay sentencia firme, o bien la escala penal prevista para el delito por la ley del Estado miembro emisor;

gg) y, si es posible, otras consecuencias (jurídicas) del delito.

*3.5 Procedimiento de ejecución (*Vollstreckungsverfahren*)*

a) El procedimiento en la extradición pasiva (*Auslieferungsverfahren*), esto es a consecuencia de pedidos de extradición de cualquier país europeo a la República Federal de Alemania, se encuentra, en principio, actualmente regulado por la IRG (cf. también art. 22 Convenio europeo de extradición).[83]

Por ejemplo, acaecida en territorio alemán la detención provisional en el sentido del art. 16 Convenio europeo de extradición de una persona requerida por autoridades judiciales francesas, este sujeto debe ser inmediatamente escuchado ante el juez de primera instancia (*Amtsrichter*) competente (§ 21[84] IRG). Asimismo el OLG competente –de acuerdo a §§ 13 y 14 IRG–, previo al ingreso del pedido formal de extradición de la justicia francesa y sólo a raíz del pedido de captura de las autoridades judiciales francesas, puede ordenar la *detención provisoria* con fines de extradición para asegurar que el sujeto detenido no se sustraiga del proceso (*vorläufige Auslieferungshaft*, conforme art. 16 Convenio europeo de extradición y § 16 IRG).

Entretanto, el *gobierno francés* debe presentar ante el *gobierno alemán*, a más tardar dentro de 18 días luego de la detención del *extraditurus*, un pedido completo y formal de extradición de esta persona, el cual debe incluir todos los documentos detallados en el art. 12 del Convenio europeo de extradición (art. 16, párrafo

83. Se toman en cuenta sólo el Convenio europeo de extradición y la *IRG* para presentar un ejemplo ficticio, quedando de lado otros tratados internacionales y normas alemanas aplicables. Cf. además 2.1.

84. Si el perseguido es detenido provisionalmente sin ninguna orden de captura de la justicia francesa, el procedimiento se rige conforme los §§ 22 IRG en relación con §§ 16 y 21, párrafo 1.º, IRG.

4.º, oración 1.ª, 1.ª parte Convenio europeo de extradición). A estos fines, el gobierno francés debe tener en cuenta que la detención provisoria del sujeto buscado no debe exceder los 40 días (art. 16, párrafo 4.º, oración 1.ª, 2.ª parte Convenio europeo de extradición).

En la solicitud de extradición, Francia, como Estado requirente, debe afirmar en forma concluyente la existencia de un delito extraditable cometido por parte de la persona perseguida, aunque no debe presentar –en principio– las pruebas al respecto. En circunstancias especiales, existe la posibilidad de un examen judicial excepcional de las sospechas existentes respecto del sujeto requerido en relación al hecho atribuido (*Ausnahmetatverdachtsprüfung*) (§ 10, párrafo 2.º IRG).

Una vez ingresado este pedido de extradición a Alemania en tiempo y forma, la persona buscada debe declarar ante el Juez de primera instancia (*Amtsrichter*) competente (§ 28 IRG). A consecuencia de la recepción de dicha solicitud, el OLG correspondiente se encuentra facultado a ordenar la *detención formal* con fines extraditorios (*förmliche Auslieferungshaft*) del sujeto perseguido bajo las condiciones del § 15 IRG. Esta detención debe ser examinada periódicamente por el OLG, a más tardar cada dos meses de duración de la prisión. (§ 26 IRG). Por otro lado, no existe un límite legal temporal máximo de la detención formal del sujeto perseguido.

La decisión en sí sobre el pedido de extradición francés consta de dos fases (denominado "proceso de doble escalón" o *zweistufiges Verfahren*). En primer término, el OLG competente analiza la legalidad del pedido en el denominado procedimiento de admisibilidad (*Zulässigkeitsverfahren*), siendo su resolución irrecurrible de acuerdo al § 13, párrafo 1.º, oración 2.ª IRG. A continuación, el Ministro de Justicia alemán (para mayores detalles, cf. § 74, Abs.1 IRG)[85] decide

85. Si otra autoridad, que entra en la esfera de actuaciones de otro Ministro alemán, es competente para la prestación de colaboración judicial internacional, reemplaza ésta en tal función al Ministro de Justicia. En relación a posibles delegaciones de estas facultades a los gobiernos de los Länder, véase § 74, 2.º párrafo IRG y el acuerdo de competencia del 1.º.07.1993 impreso en Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, Anexo II.

en forma definitiva sobre su conveniencia en materia de política exterior y/o general en el denominado proceso de concesión (*Bewilligungsverfahren*). La impugnación de esta decisión no se encuentra contemplada legalmente y es doctrinariamente muy controvertida.[86] Concedida la extradición, debe efectuarse el traslado del *extraditurus* al Estado requirente en un plazo máximo de 30 días a contar desde la fecha de entrega acordada por ambos Estados intervinientes, sin importar si dicha entrega en este período de tiempo resulta ejecutable. De lo contrario, el *extraditurus* debe ser dejado en libertad (art. 18, párrafo 4.°, Convenio europeo de extradición).[87]

En lugar del procedimiento aquí descripto puede darse un proceso simplificado de extradición, siempre y cuando exista el correspondiente consentimiento informado de la persona buscada. Esta clase de proceso renuncia al análisis de los presupuestos de admisibilidad (*Zulässigkeitsvoraussetzungen*) como así también impone menores exigencias formales al pedido de extradición (arts. 1 ss. Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la UE, 66 Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y § 41 IRG). De acuerdo a este procedimiento, la comunicación de la concesión de la extradición por parte del Estado requerido debe realizarse a más tardar en los 20 días siguientes al consentimiento del afectado (art. 10 Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la UE). La entrega del *extraditurus* debe producirse transcurridos 20 días desde la recepción de dicha comunicación por parte de la autoridad competente del Estado requirente (art.

86. La impugnabilidad de la decisión de concesión (*Bewilligungsentscheidung*) –esto es, un acto administrativo gravoso para el administrado– es (en parte) rechazada, con el fundamento que sostiene que la discrecionalidad de la autoridad de concesión no se halla limitada por un derecho subjetivo del afectado a no ser extraditado. Según esta opinión, la autoridad de concesión sólo se reduce a valorar aspectos de política general y exterior, razón por la cual una impugnación cf. art. 19, párrafo 4.°, GG no tiene lugar. Cf. Weigend *JuS* 2000, p. 110.

87. Para una explicación del procedimiento en la extradición pasiva en Alemania ver: Schomburg/Lagodny, Introducción, n.m. 62 ss.; Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 21 ss. y 40 ss.; V. Bubnoff, E., p. 23 ss.; Haas, p. 89 ss. y Weigend *JuS* 2000, p. 109-110.

11 Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la UE).[88]

Junto a los derechos a ser escuchado y a consentir su extradición, el *extraditurus* posee durante todo el proceso el derecho[89] a tomar vista del expediente (*Akteneinsichtsrecht*, cf. § 77 IRG en relación con § 147, párrafo 1.º, StPO) como así también a la asistencia de un letrado (§ 40 IRG) y a la intervención de un traductor (§ 77 IRG en relación con § 185 GVG).

b) A diferencia del procedimiento en la extradición pasiva ya expuesto, el proceso de ejecución de una Orden de Detención Europea se supedita a una decisión definitiva de una autoridad judicial ejecutiva sobre la entrega de la persona buscada y dado el caso sobre su alcance ("modelo de escalón único" o *einstufiges Modell*). Los presupuestos generales (ver 3.2), impedimentos y restricciones (ver 3.3) expuestos deben comprobarse. En caso de problemas de prioridad de ejecución entre unas o más Ordenes de Detención Europeas, se puede pedir a Eurojust[90] que se pronuncie al respecto (art. 16, párrafo 3.º, Decisión marco).

Si una persona es detenida en Alemania a raíz de una Orden de Detención Europea emitida por ejemplo por la justicia francesa, la autoridad judicial de ejecu-

88. Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 60 ss.; Schomburg/Lagogny, § 41 IRG, art. 66 Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y comentario anterior al art. 1 Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la UE, arts 1 ss.

89. A los fines de una crítica en relación a la protección del perseguido en el marco de la IRG, cf. *ut-supra* 2.2.c.

90. El órgano centralizado *Eurojust*, creado por la Decisión marco del Consejo Europeo del 28.02.2002 (*DO* L 63 del 06.03.2002, p. 1 disponible bajo el *Diario Oficial de la UE on line*: <http://europa.eu.int/eur-lex/de/search/search_oj.html>.), cumple exclusivamente funciones de apoyo en el marco del trabajo judicial conjunto en la UE (en especial en materia de formas de criminalidad y organizada y compleja transnacionales), pero carece de facultades investigativas propias. Su estructura se compone de un Colegio y de miembros nacionales. Esta institución trabaja como centro de aclaración y coordinación para evitar investigaciones penales superpuestas en la UE, presta apoyo e informa sobre el derecho aplicable. Eurojust es considerado como "pionero" de la creación de una Fiscalía Europea. Ver Schomburg, *ZRP* 1999, p. 237 ss., Dieckmann, *NStZ* 2001, p. 620; v. Bubnoff, *ZEuS* 2002, p. 204 ss. y V. Heintschel-Heinegg / Rohlff, *GA* 2003, p. 47 y nota 23.

ción alemana competente debe, conforme al derecho alemán, informar al detenido acerca de la existencia de la citada Orden y de su contenido como también de la posibilidad de consentir su entrega. El otorgamiento de dicho consentimiento en los términos del derecho alemán tiene lugar ante la autoridad judicial de ejecución alemana en presencia de un letrado y de un traductor, siendo el consentimiento dado –en principio– irrevocable (arts. 11 y 13 Decisión marco).

La Orden de Detención Europea se tramitará y ejecutará con "carácter de urgencia" de acuerdo a los plazos que a continuación se detallan (art. 17 párrafo 1.º Decisión marco). Si el perseguido –en nuestro ejemplo– consiente su entrega, la autoridad judicial de ejecución alemana debe decidir sobre ello en forma definitiva en el lapso de 10 días luego de prestado dicho acuerdo (art. 17, párrafo 2.º, Decisión marco). En el supuesto en el que el detenido no consienta su traslado, debe serle garantizado el derecho a ser escuchado ante la autoridad judicial de ejecución competente alemana de acuerdo a las disposiciones del derecho alemán (art. 14 Decisión marco). En este caso, deberá adoptarse una decisión definitiva sobre la ejecución de la citada Orden dentro de los 60 días de ocurrida la detención del sujeto buscado (art. 17, párrafo 3.º, Decisión marco). Cuando la autoridad judicial alemana no puede respetar este plazo, dispone de una prórroga de 30 días, debiéndole comunicar a la autoridad judicial de emisión francesa las causas de esta demora (art. 17, párrafo 4.º, Decisión marco). Sólo en el caso de una demora ocasionada por circunstancias extraordinarias la autoridad alemana competente está obligada a informar a Eurojust sobre ello. Ante la repetición de nuevas u otras demoras, el gobierno francés puede comunicar tal circunstancia al Consejo Europeo para que se evalúe la aplicación de la presente Decisión marco por parte de los Estados miembros (art. 17, párrafo 7.º, Decisión marco).[91]

91. Una sanción no fue prevista, ya que la duración de los procedimientos extraditorios varia en forma considerable y depende inevitablemente de las circunstancias del caso concreto. En relación a los Estados, se garantiza el respeto de los plazos a través de las comunicaciones del vencimiento de los mismos al Consejo Europeo y a Eurojust, cf. Schnigula/Jacoby, p. 27.

Hasta que se adopte una decisión definitiva sobre la entrega del sujeto perseguido, la autoridad judicial de ejecución alemana debe asegurar a su par francés que concurren los presupuestos generales para ello (Art. 17, párrafo 5.º, Decisión marco).

A la espera de esta decisión sobre la ejecución de una Orden de Detención Europea francesa (para el ejercicio de acciones penales), la autoridad judicial de ejecución alemana debe: aa) aceptar el traslado temporal de la persona buscada a la autoridad judicial de emisión francesa, con posibilidad de regreso de esta persona al Estado ejecutor; o bien bb) permitir la declaración del individuo buscado ante la autoridad judicial alemana competente con la intervención del funcionario competente francés de conformidad con el derecho alemán y las condiciones acordadas por ambas autoridades judiciales intervinientes (art. 18 en relación con art. 19 Decisión marco).

Durante el transcurso del proceso, la autoridad judicial de ejecución alemana está facultada a disponer, conforme a su derecho interno, la detención preventiva del sujeto buscado *solamente* a raíz de una Orden de Detención Europea.[92] Sin embargo, es posible en todo momento la puesta en libertad provisional de la persona de acuerdo a las prescripciones alemanas, siempre y cuando hayan sido adoptadas las medidas necesarias para evitar la huida del perseguido (art. 12 Decisión marco).

La fecha de entrega del individuo buscado es fijada en forma inmediata por las autoridades alemanas y francesas correspondientes en el caso concreto en forma telefónica, escrita o por otro medio de igual tipo.[93] La entrega tiene lugar a más tardar en el lapso de 10 días desde la decisión definitiva de la ejecución de la

92. Esto quiere decir que la única causa jurídica de la detención del sujeto buscado es la Orden de Detención Europea en sí. Un eventual pedido formal adicional de entrega de tal persona no tiene lugar. De esta forma, resulta innecesario que la autoridad de ejecución alemana ordene primero una detención provisional y luego una formal del perseguido, cf. §§ 15 y 16 IRG.

93. Schnigula/Jacoby, p. 28.

Orden de Detención Europea. Sólo debido a causas inevitables para ambos autoridades intervinientes, es posible una prórroga de 10 días luego de fijada una nueva fecha de entrega. En forma excepcional y provisoria el traslado del perseguido puede suspenderse hasta que desaparezcan los motivos humanitarios graves que lo impiden. Una vez vencidos los plazos de entrega, el individuo detenido debe ser liberado (art. 23 Decisión marco).

4. Estado de la transposición de la Orden de Detención Europea al derecho alemán

1. El proyecto ministerial de "Ley para la transposición de la Decisión marco relativa a la Orden de Detención Europea" (Ley alemana de la Orden de Detención Europea; *Europäisches Haftbefehlsgesetz*, en adelante EuHbG) no contempla una incorporación al derecho alemán de la Decisión marco por separado, sino que se trata de una reforma general de la IRG. Los cambios más importantes introducidos son explicados en este acápite.

La nueva Parte Novena de la IRG (titulada "Colaboración de los Estados miembros de la UE"), introducida a través del proyecto de la EuHbG a continuación del § 83 IRG, se orienta a la sistemática de la IRG y conserva la terminología del derecho extraditorio clásico en lugar de incorporar los nuevos conceptos previstos en la Decisión marco.[94] Asimismo, regula el procedimiento como así también los presupuestos e impedimentos bajo los cuales las autoridades alemanas deben conceder la extradición o entrega de una persona a un Estado miembro.

El tráfico extraditorio entre los Estados miembros se rige con arreglo a la IRG (§ 1, párrafo 4.º, oración 1.ª IRG). Como parte de la IRG, la Parte Novena

94. Por ejemplo, "extradición" en lugar de "entrega de personas"; "Estado (miembro) requirente y requerido" en lugar de "Estado (miembro) emisor y ejecutor" o bien "autoridad judicial requirente y requerida" en vez de "autoridad judicial de emisión y ejecución".

encuentra aplicación, por ende, en todos los casos en los que el pedido de extradición y la comisión de los delitos que lo motivan son previos a la vigencia de la EuHbG.[95] Siempre y cuando la Parte Novena de la IRG no contemple una normativa especial en asuntos del extradición entre Estados miembros, resultarán aplicables al pedido de extradición de un Estado integrante de la UE (reglado en las Partes Segunda y Tercera) las restantes reglas de la IRG (§ 83a IRG). De esta manera, la Parte Novena de la IRG goza de prioridad frente a las otras normas de este ordenamiento.[96] Asimismo, esta parte es prioritaria a los tratados internacionales y las regulaciones de la IRG en materia de Auxilio judicial internacional carente de tratado. Estas dos últimas normativas resultan, sin embargo, aplicables sólo como derecho nacional en forma auxiliar (§ 1, párrafo 4.º, oración 2.ª, IRG).[97]

El proyecto de la EuHbG no sigue el modelo judicial europeo de escalón único (*einstufiges Modell*) uniforme de detención y traslado de personas con cooperación directa entre las autoridades judiciales intervinientes o el sistema de "libre tránsito de decisiones judiciales" en un espacio judicial común de la UE (cf. previsiones de la Decisión marco). Por el contratrio, conserva más bien el procedimiento extraditorio jurisdiccional-político tradicional de doble escalón (*zweistufiges Verfahren*) caracterizado por relaciones interestatales. En este sentido, las fases jurisdiccional de admisibilidad (*Zulässigkeitsphase*) y político-administrativa de concesión (*Bewilligungsphase*) propias del proceso extraditorio tradicional, como también las competencias previstas hasta ahora por la IRG no aparecen reformadas.[98]

95. Cf. Schnigula/Jacoby, p. 8-10.

96. La nueva Parte Novena de la IRG tiene, en principio, prioridad ante las otras prescripciones de la IRG, si, a través de ello, se facilita la finalización de pedidos de extradición que ingresan a Alemania, debiendo determinarse tal circunstancia en cada caso, Cf. Schnigula/Jacoby, p. 10.

97. En el § 1, párrafo 4.º, oración 2.ª, IRG se transpone, según el proyecto ministerial, el art. 31 de la Decisión marco. Cf. también 1, 2.1 y en especial la nota 5.

98. Cf. 3.1, 4 y 5.

2. A nivel de la *admisibilidad* de un pedido de extradición de un Estado miembro, el número y el alcance de los presupuestos de admisibilidad se redujeron con las siguientes consecuencias:

a) § 83c, párrafo 1.º. IRG permite, sobre la base del art. 16, párrafo 2.º, oración 2.ª, GG (en su nueva redacción), la extradición de ciudadanos alemanes (aunque no de residentes en Alemania) a un Estado miembro para el ejercicio de las acciones penales, siempre que se asegure la repatriación del *extraditurus* –de acuerdo a sus deseos– para el cumplimiento de la sanción que se le imponga. Idéntica entrega de un ciudadano alemán a un país miembro de la UE para el cumplimiento de una pena privativa de la libertad es sólo admisible con el consentimiento del afectado (§ 83c, párrafo 2.º, IRG).[99]

b) El proyecto también transpone: aa) la ampliación del sanción penal mínima de los delitos extraditables reglada conforme el art. 2, párrafo 1.º de la Decisión marco (§ 83d a y b IRG),[100] bb) la abolición de la no extraditabilidad con motivo a delitos fiscales prevista en el art. 4 Nr. 1, parte segunda de la Decisión marco (§ 83d c IRG)[101] y cc) la abolición de la regla de la doble incriminación para el catálogo de delitos del art. 2, párrafo 2.º, de la Decisión marco (83d d IRG).[102]

c) El § 83f a IRG, el cual transpone el art. 3, Nr. 2 de la Decisión marco, amplía la aplicación del principio *ne bis in idem* a las condenas firmes (que cumplan con los presupuestos de ejecución antes mencionados) y a absoluciones[103] dictadas por las autoridades judiciales de los Estados miembros. Con ello, este

99. § 83c, párrafo 1.º, IRG transpone el art. 5, n. 3 de la Decisión marco. § 83c, párrafo 2.º, IRG es la transposición del art. 4, n. 6. de la Decisión marco. Cf. 3.3.b.dd.

100. Cf. 3.2.a y nota 48.

101. Cf. 3.2.b y nota 51.

102. Cf. 3.2.b y nota 49.

103. La ejecución en el sentido de esta regulación se refiere también a una pena de ejecución condicional. El sobreseimiento o suspensión del proceso penal condicionados al cumplimiento de obligaciones (*Einstellung des Strafverfahrens aufgrund der Erfüllung von Auflagen*) por el mismo hecho no es tenido en cuenta para la determinación del principio *ne bis in idem*, cf. Schnigula/Jakoby, p. 20.

parágrafo complementa el § 9 Nr.1 IRG.[104] Como presupuesto de admisibilidad complementario, también se introduce expresamente la prohibición de extradición de menores de edad inimputables prevista en el art. 3, Nr. 3 de la Decisión marco (§ 19 StGB en relación con § 83f b IRG).[105] También es inadmisible la entrega de los condenados en ausencia sin el cumplimiento de la garantía de parte del Estado requirente (art. 5, Nr.1 de la Decisión marco), no exigiéndose por el contrario tal garantía a la autoridad judicial emisora de la Orden de Detención Europea (§ 83f c IRG).[106]

d) Finalmente son abolidos, como impedimentos extraditorios, el principio de reciprocidad (§ 5 IRG) y la no extraditabilidad por delitos políticos (incluyendo los delitos conexos) como así también por delitos militares (§§ 6, párrafo 1.º; 7 y 83e IRG). El aún más limitado principio de especialidad cf. art. 27 de la Decisión marco reemplaza al tradicional § 11 IRG, el cual no encuentra aplicación en estos casos (§ 83e en relación a § 83n IRG).[107]

3. En la fase de *concesión*, se estatuye –en principio– una obligación de conceder aquellos pedidos de extradición de los Estados miembros declarados admisibles por el OLG, siempre y cuando no tengan lugar los nuevos impedimentos (de concesión) introducidos en la Novena Parte de la IRG (§§ 83b y 83h IRG).[108] Por esta razón, la autoridad de concesión (*Bewilligungsbehörde*) puede, mediante una decisión no impugnable (§ 74b IRG),[109] denegar pedi-

104. Cf. 3.3.a.bb y notas 55 y 58.

105. Este parágrafo completa el § 40 párrafo 2.º, n. 2, IRG, de acuerdo al cual la extradición de menores de edad –imputables– está en ppio. permitida. Cf. 3.3.a.cc y nota 59.

106. Cf. 3.3.c.cc y nota 76.

107. De esta manera, queda asegurada una aplicación uniforme del principio de especialidad dentro de la UE, cf. Schnigula/Jacoby, p. 31 ss. Cf. también 3.3.c.aa junto con nota 73.

108. § 83h IRG incorpora al derecho alemán el "principio del celero reconocimiento mutuo de decisiones judiciales" y concretiza la obligación de conceder pedidos de extradición admisibles (§ 83b IRG), así Schingula/Jacoby, p. 24.

109. Cf. 3.4.a y en especial la nota 86.

dos de extradición admitidos por el OLG únicamente a raíz de los siguientes motivos:

a) La competencia concurrente de persecución penal entre los Estados requerido y requirente. El Estado requerido dispone de una propia potestad penal respecto de los hechos en que se basa el pedido de extradición. Esta causa tiene aplicación, sin importar que una investigación penal formal aún no exista, recién fuera iniciada, suspendida o sobreseída (*eingestellt*)[110] (§ 83h a y b IRG como transposición del art. 4, Nr. 2 y 3 Decisión marco).[111]

b) La existencia (bajo la ponderación de las circunstancias del caso en concreto) de pedidos de extradición prioritarios de un tercer Estado frente a idénticas solicitudes (§ 83h c IRG, el cual transpone el art. 21 Decisión marco).

c) La conducta, por la cual se solicita la extradición, está amenazada con pena privativa de la libertad perpetua y el Estado requirente no garantiza, cf. al art. 5, Nr. 2 de la Decisión marco, la realización de una revisión de la prosecución del cumplimiento de la pena a más tardar luego de 20 años (§ 83h d IRG).[112]

d) Un rechazo de la extradición puramente basado en "el principio de reciprocidad" (§ 83h e IRG).[113]

4. El procedimiento de emisión de la Orden de Detención Europea previsto en la Decisión marco deberá transponerse a través de la correspondiente

110. La extradición no puede ser rechazada debido a la existencia de un sobreseimiento o suspensión del proceso penal por un mismo hecho en el Estado requerido, cuando posteriormente se puede afirmar que el Estado requirente dispone de nuevos o mejores medios probatorios, cf. Schnigula/Jacoby, p. 25.

111. Cf. 3.3.b.aa.

112. Cf. 3.3.c.bb.

113. Si bien la Decisión marco fija a los Estados miembros límites estrictos en cuanto a la transposición de los nuevos criterios materiales de la Orden de Detención Europea, tal ordenamiento les ha abierto una serie de causas facultativas de denegación de la entrega, las cuales pueden implementarse en forma diferenciada en el caso en concreto. En este aspecto, las ponderaciones de reciprocidad para la concesión de un pedido –motivado en la Orden citada– pueden cobrar un significado decisivo, cf. Schnigula/Jacoby, p. 25-26.

reforma de las RiVASt,[114] mientras que el proyecto en sí sólo incorpora al derecho alemán su procedimiento de ejecución.[115]

En este último aspecto, se transponen las formalidades de una Orden de Detención Europea complementarias a las ya enunciadas por el § 10 IRG para un pedido formal de extradición. También, se prevee la equiparación de la citada Orden con la descripción de la persona requerida en el SIS solicitando su captura con fines de extradición (§ 83g IRG, el que incorpora el art. 9, párrafo 3.º, de la Decisión marco).[116] Asimismo, se acortan los plazos de concesión de la extradición de la persona requerida a un país miembro de conformidad con los arts. 17 y 23 de la Decisión marco (§ 83i, párrafos 1.º y 2.º IRG). Cuando se exceden los términos de concesión, el gobierno alemán se encuentra facultado a brindar datos personales a Eurojust como también al Consejo Europeo, siempre y cuando ello sea necesario para la explicación de la demora o para la solución de los problemas acaecidos (§ 83i, párrafo 4.º, IRG como transposición del art. 17, párrafo 4.º, Decisión marco).[117] Respecto de la entrega de la persona buscada, el proyecto dispone: a) el acuerdo de la fecha con la autoridad competente del Estado requirente de conformidad a los plazos reducidos por la Decisión marco, b) la posibilidad de una prórroga del término de entrega a raíz de causas inevitables para ambos Estados y c) la suspensión del traslado por razones humanitarias o debido a la persecución penal de la justicia alemana o, dado el caso, por la ejecución de una sanción impuesta en Alemania (§ 83i, párrafo 3.º, IRG, que

114. Cf. Schingula/Jacoby, p. 7. Cf. asimismo 3.4.b.

115. Cf. 3.5.b.

116. La norma proyectada sustituye al art. 64 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. Esta prescripción persigue una futura supresión de la transmisión de un pedido formal de detención provisional y/o de extradición y de esta forma lograr una mayor simplificación y celeridad del proceso extraditorio, debido a que todo el proceso se deberá desarrollar sobre la base de *un único documento electrónico*, así Schnigula/Jacoby, p. 23. Cf. también 3.4 y 5 junto a la nota 92.

117. Respecto a los plazos de concesión previstos en la Decisión marco y su exceso, cf. 3.5.b y nota 91.

transpone el art. 23, párrafos 1.º-4.º, Decisión marco).[118] Si, en el lapso de 10 días luego del fracaso de una entrega de la persona buscada, no se llega a un acuerdo de una nueva fecha de traslado, el sujeto perseguido debe ser puesto en libertad (§ 83j IRG como transposición del art. 23, párrafo 5.º, Decisión marco).[119] Por último, el § 83 k IRG, que transpone el art. 18 de la Decisión marco, dispone la obligación de aprobar una solicitud de declaración del sujeto buscado ante una autoridad judicial alemana en presencia de los representantes del Estado miembro emisor, siempre y cuando su extradición aún no haya sido concedida.[120] Por el contrario, el traslado temporal de la persona buscada al Estado requirente en los términos del art. 18 de la Decisión marco no se incorpora al derecho alemán ya que la corta duración de los plazos cf. § 83i IRG lo hace impracticable.[121]

5. Algunas consideraciones sobre la situación jurídica y los derechos subjetivos de la persona afectada

1. El modelo de la Decisión marco de la Orden de Detención Europea y su proyecto alemán de transposición no logran corregir la insuficiente protección

118. El § 83i, párrafo 3.º, IRG prescribe una prórroga de 10 días luego del primer intento de entrega a los fines de fijar una nueva fecha. Por el contrario, el art. 23, párrafo 3.º, Decisión marco no dispone una prórroga de este tipo, sino que ordena a las autoridades solamente a que *en forma inmediata* acuerden esta fecha. Respecto a las previsiones de la Decisión marco acerca de los plazos de traslado y su exceso, cf. 3.5.b.

119. La prórroga de la detención preventiva de la persona buscada de 10 días posteriores a la fecha de traslado resulta necesaria para la determinación de las causas del exceso del plazo de entrega como así también para decidir si una prórroga puede ser concedida. En este sentido, Schnigula/Jacoby, p. 26.

120. La competencia de la autoridad judicial alemana que recibirá este *nuevo tipo de declaración* de la persona buscada –esto es en presencia de funcionarios competentes extranjeros– no se encuentra prevista de momento en el proyecto. Tampoco han sido fijadas las condiciones y garantías bajo las cuales esta declaración debe desarrollarse. El proyecto remite a los principios procesales generales de acuerdo a los cuales una declaración del imputado tiene lugar ante un juez o un fiscal alemán. Asimismo, cf. Schnigula/Jacoby, p. 27 y también 3.5.b.

121. Así, Schnigula/Jacoby, p. 26.

de los derechos de la persona buscada del actual derecho de extradición europeo, ya descripta en el punto 2.2.c.

Si bien la Decisión marco prevé una serie de derechos y principios protectores del sujeto en cuestión (por ejemplo el derecho a consentir su entrega, a ser escuchado, a ser asistido por un letrado y por un intérprete, así como la prohibición del doble persecución penal con validez en el ámbito de la UE), carece de una regulación específica de un *standard* europeo común o de mecanismos concretos de protección de los derechos del perseguido. Nuevamente no se ha adoptado una decisión definitiva sobre la posición jurídica del sujeto buscado.[122] En lugar de ello, el aseguramiento de los derechos subjetivos se reduce a remisiones generales a la Carta de los Derechos Fundamentales de UE, al art. 6 TUE (el cual reenvía indirectamente al CEDH) y a los derechos nacionales de los Estados miembros ejecutores (pero no el de los emisores).[123] En un firme convencimiento de que todos los Estados miembros son Estados Democráticos de Derecho, que han suscripto la CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE como así también (*a priori y en abstracto*) respetan los derechos fundamentales y humanos en el proceso penal, la Decisión marco funda su precaria protección del individuo requerido.[124]

Tampoco el proyecto de la EuHbG contiene expresamente previsión alguna referida a la protección de los derechos de la persona buscada sino que, por el momento, parece conformarse con lo ya normado insuficientemente en este aspecto en las restantes prescripciones de la IRG.[125]

122. Es decir, si será tratado como "un objeto de la negociación entre Estados" (*Objekt des zwischenstaatlchen Handelns*) o como "un sujeto de derecho" (*Rechtssubjekt*). Cf. en este sentido 2.2.c.

123. Gleß, p. 9; V. Heintschel-Heinegg/Rohlff, *GA* 2003, p. 50 y Alegre, p. 1-2.

124. El resaltado me pertenece. Así surge de los considerandos 10 y 12 de la Decisión marco. Cf. Alegre, p. 2 y también la nota al pie 46 arriba colocada.

125. Por ejemplo, debido a la introducción expresa de la no impugnabilidad de la decisión de concesión (*Bewilligungsentscheidung*) sobre la ejecución de una Orden de Detención Europea

Además, los derechos individuales aquí tratados son asegurados en forma limitada por los ordenamientos europeos ya aludidos (es decir, la CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE). Estas normas contienen solamente *principios protectores genéricos* cuya concretización se deja en manos de cada uno de los Estados miembros. Más aún, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE no es vinculante.[126] Es así que la protección del perseguido se encuentra edificada en forma *incompleta e insuficiente*, a la vez que a nivel de los ordenamientos nacionales resulta *diferente* según Estado miembro.[127]

Dos propuestas de solución merecen citarse: a) la creación de una nueva Decisión marco, específica y complementaria de la Decisión marco de la Orden de Detención Europea, que reglamente los derechos del individuo en materia de la colaboración judicial en asuntos penales en la UE[128] y b) la inclusión en la Decisión marco de la Orden de Detención Europea de una cláusula, referida a los derechos fundamentales y en relación con el caso concreto, la cual asegure la posibilidad de denegar la ejecución la Orden mencionada en los supuestos en los que la decisión –que ordena la emisión de dicha medida– contradice las normas generales europeas de protección de derechos fundamentales o los principios básicos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros ejecutores.[129]

2. Asimismo, merecen destacarse algunas consecuencias de la Decisión marco, que especialmente comprometen los derechos del individuo perseguido y los principios fundamentales:

planeada por el proyecto ministerial de EuHbG (§ 74b IRG), podría incluso llegar a hablarse de *un empeoramiento de la situación del perseguido*. Asimismo, cf. 3.5.a y 4.4 y en especial la nota 86. Respecto del déficit de la IRG en materia de protección del *extraditurus*, ver 2.2.c.

126. Alegre, p. 2-3. Crítico en relación al origen histórico, la no obligatoriedad y el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: Broß, *JZ* 2003, p. 431-432.

127. Alegre, p. 2-3.

128. Alegre, p. 2-3.

129. Matt, p. 3.

a) En relación al *derecho a la libertad* en el sentido del art. 5 CEDH, la Decisión marco no explica si la persona buscada a causa de una Orden de Detención Europea cae dentro de la protección de esta Convención cf. art. 5, párrafo 1.º, f, sino que deja dicha decisión en manos de las autoridades judiciales nacionales o eventualmente en las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[130]

El traslado compulsivo de una persona privada de su libertad a causa de una Orden de Detención Europea presupone, en comparación al derecho extraditorio tradicional, menores exigencias. Por un lado, ello se debe a la mayor restricción (y en ciertos casos supresión) tanto de los presupuestos como también de los impedimentos materiales. Por el otro, surgen nuevas limitaciones –a las ya aludidas–, debido a que la Orden de Detención Europea en sí es el único fundamento jurídico de la privación de la libertad y posterior traslado del sujeto perseguido.[131] Asimismo, la Decisión marco no garantiza que los presupuestos existentes en cada uno de los derechos procesales penales de los Estados miembros para el libramiento de una Orden de Detención Europea resulten equiparables entre sí desde el punto de vista de los principios de un Estado de Derecho.[132] Vogel[133] teme "una ejecución incondicional y automática" de este tipo de medida procesal basada en el "principio del mutuo reconocimiento de decisiones judiciales". Motiva su temor sosteniendo que este principio podría llevar a una suerte de irrefutable "presunción de conformidad con los principios del Estado de

130. Alegre, p. 3.

131. Esto es, sin que sean necesarios un pedido formal de entrega adicional de parte del Estado emisor o un examen por parte de la autoridad judicial de ejecución de las sospechas del sujeto requerido respecto del hecho. Simplemente tiene la autoridad judicial de ejecución *la posibilidad de requerir nuevos datos* a la autoridad judicial emisora de acuerdo al art. 15, párrafo 2.º, Decisión marco. Ello significa una *severa disminución* de los controles de la detención de la persona buscada en comparación al sistema de extradición aún vigente. Cf. también 3.5.a y b junto a la nota 92.

132. Desde el punto de vista alemán son exigidos parámetros de conformidad a un Estado de Derecho (*rechtstaatliche Maßstäbe*) equiparables al art. 104 GG y a los §§ 112 ss. StPO, cf. Matt, p. 4.

133. Vogel, *JZ* 2001, p. 937 y 940-941.

Derecho (*Rechtsstaatlichkeitsvermutung*) de la persecución penal extranjera en el caso concreto". Según este autor, resulta exigible en cada supuesto concreto un examen de la persecución penal "extranjera" por la autoridad judicial de ejecución basado en un parámetro de *ordre public* como también de los derechos fundamentales nacionales y de los derechos del hombre.

El art. 6 y el considerando 8 de la Decisión marco no aclara si es un juez o un fiscal quien, como autoridad judicial, deba decidir sobre la emisión o la ejecución de una Orden de Detención Europea, dejando la respuesta a este planteo a la transposición a nivel nacional.[134] Por el contrario, resulta obligatoria la exclusiva competencia de un juez para este tipo de decisiones que involucran la privación de la libertad de un individuo (art. 5 CEDH). Aún más, un sector de la doctrina alemana reclama una "protección bilateral obligatoria de los derechos del afectado por parte de un juez" –esto es, tanto en el Estado emisor como en el ejecutor–.[135]

Si bien el art. 12 de la Decisión marco dispone la libertad provisional del perseguido (sumado a las medidas cf. al derecho interno para evitar su huida), no determina, si el art. 5, párrafo 3.º, CEDH garantiza también tal libertad "caucionada" durante el proceso, quedando también ello a cargo de las regulaciones nacionales.[136]

b) Respecto al *derecho a un proceso justo* en el sentido del art. 6 CEDH, la Decisión marco no prevé ninguna facultad del sujeto buscado para impugnar y/o recurrir contra lesiones considerables de sus derechos individuales durante los procedimientos de emisión y/o de ejecución de una Orden de Detención

134. Cf. además 3.1 y nota 43.

135. Vogel, *JZ* 2001, p. 943 y Matt, p. 3.

136. La protección del art. 5, párrafo 3.º CEDH garantiza, en principio, sólo la detención o privaciones de la libertad legales del imputado para conducirlo ante la autoridad judicial competente en el sentido del art. 5, párrafo 1.º, c CEDH. Por ejemplo, de acuerdo al derecho inglés, si bien una soltura provisional "caucionada" se encuentra, en principio, prevista en su procedimiento penal nacional, este instituto no resulta aplicable a los casos de extradición. En este sentido ver: Alegre, p. 3-4. Para el tratamiento de los detenidos con motivo de procedimientos extraditorios en Alemania, véase, 2.2.c y la nota 32.

Europea.[137] La Decisión marco también desconoce la situación precaria en que se halla la persona requerida a causa de este tipo de medida procesal,[138] ya que no ha reglado en forma autónoma y concreta el derecho de defensa en estos casos, sino que se ha limitado a remitir a las *diferentes* prescripciones del derecho nacional del eventual Estado ejecutor.[139] Mejor dicho, este derecho debe ser garantizado en cada sitio donde se desarrolla el proceso –es decir, tanto en el Estado ejecutor como en el emisor– y no recién con posterioridad al momento de la detención de un individuo con fines de ejecución de una Orden de Detención Europea (cf. art. 11, párrafo 2.º, Decisión marco). En este sentido, resulta asimismo necesaria la garantía de una "doble" defensa obligatoria o de oficio del afectado en ambos Estados citados. Aún más, debería asegurarse la introducción de un amplio derecho a consultar del expediente, el cual deba abarcar no sólo las actuaciones iniciadas con motivo de la Orden de Detención Europea sino también aquellas que tramitan ante la autoridad judicial de emisión de dicha Orden.[140]

c) El principio democrático garantiza al ciudadano que sólo sea penado solamente de acuerdo a las leyes penales en cuyo origen éste, como ciudadano activo, pudo participar. De esta manera, la limitación del derecho de no extraditabilidad de ciudadanos alemanes de acuerdo el art. 16, párrafo 2.º, GG (nueva redacción) bajo la reserva de la comprobación de la regla de la doble incriminación se trata, de acuerdo a Schünemann,[141] de un caso de aplicación de los "principios propios de un Estado de Derecho" (*rechtstaatlichen Grundsätze*) que, conforme la Constitución alemana, deben garantizarse en estos supuestos.

137. Alegre, p. 4.

138. Debido al idioma extranjero, la complejidad del marco normativo y la naturaleza coercitiva de la medida.

139. Alegre, p. 4-5.

140. Matt, p. 3 y 5-6.

141. Schünemann, *GA* 2002, p. 507 ss.; *StV* 2003, p. 119 ss. und *ZRP* 2003, p. 187-189.

Por el contrario, el Consejo Europeo, carente de toda facultad de legislación en materia penal como también de legitimidad democrática, ha abolido el examen de la regla de la doble incriminación en referencia a un amplísimo catálogo de delitos descriptos en forma excesivamente indeterminada. Bajo estas nuevas condiciones, la Orden de Detención Europea debe ejecutarse sin reparos. Aún cuando la conducta –en la que se basa esta Orden– de acuerdo al derecho del Estado miembro ejecutor no configura delito alguno, este Estado debe entregar a sus propios nacionales a un Estado miembro emisor. En este contexto, concluye el citado autor, que los órganos legislativos alemanes no se hallan obligados a transponer esta Decisión marco y que, dado el caso en el que se dicte una ley nacional de transposición, ésta debería ser declarada inconstitucional –esto es, anulada– por el Tribunal Constitucional alemán.

d) El derecho al respeto y consideración de la vida familiar en el sentido del art. 8 CEDH puede hallarse eventualmente afectado, si la persona permanece detenido buscada lejos de su domicilio y familia por un tiempo significativamente largo. La hipotética libertad provisional "caucionada" de esta persona –que debería contemplarse a nivel europeo– o bien su traslado temporal a su patria o país de residencia con anterioridad a la celebración del juicio podrían aliviar los efectos del problema.[142]

e) Si bien la Decisión marco posee una cláusula vinculante de no entrega de la persona requerida en el supuesto de una persecución penal y/o sentencia opuesta a los principios de un Estado de Derecho[143] y tanto el art. 3 CEDH como la prohibición de *non refoulement* (o de no devolución del que huye al país del que escapa, cf. art. 33 párrafo 1.º, de la Convención de Ginebra) garantizan el derecho de asilo político, la supresión de la no extraditabilidad por delitos políticos y conexos sin ninguna excepción (como en el art. 5 párrafo 2.º, del Convenio relativo a la

142. Alegre, p. 5.

143. Cf. 3.3.a.dd y nota 60.

extradición entre los Estados miembros de la UE)[144] significa una nueva y mayor restricción al derecho de asilo.[145]

6. Conclusiones

Esencialmente el sistema de la Decisión marco de la Orden de Detención Europea hasta aquí descripto introduce una serie de regulaciones que reemplazarán el actual derecho de extradición entre países de la UE a partir de enero de 2004. Las nuevas normas buscan una mayor eficacia, celeridad, claridad normativa y simplificación de la entrega de persona con fines de persecución y/o ejecución penal en el ámbito de la UE. Los tradicionales presupuestos e impedimentos extraditorios son restringidos e incluso en muchos casos suprimidos. A grandes rasgos, fueron tenidos en cuenta los problemas del actual derecho de extradición en referencia a los aspectos presentados en este párrafo (véase 2.2.a, b, d y e).

Asimismo, la incorporación de organismos europeos (léase Consejo Europeo, Eurojust y la Red Judicial Europea) como nuevos actores –incluso con facultades vinculantes– de este procedimiento de entrega introducido en el ámbito de la UE deja a las claras que el rumbo emprendido por los Estados miembros apunta hacia la consecución de un proceso penal europeo común.

Si las metas o resultados perseguidos por esta Decisión marco (con una esperada eficiencia del modelo en cuanto a la colaboración judicial de la UE) pueden cumplirse en forma integral, no puede aún ser evaluado en forma concluyente ya que ello depende de su futura transposición a los derechos nacio-

144. Este impedimento (cf. art. 3, párrafo 1.°, Convenio Europeo de extradición) fue suprimido por el art. 5 Convenio relativo a la Extradición entre los Estados miembros de la UE, siempre y cuando los Estados miembros ninguna declaración contraria hubieran formulado. Schomburg/Lagodny, art. 5 Convenio relativo a la Extradición entre los Estados miembros de la UE, n.m. 4 ss. y Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf, p. 77 ss.

145. Schnigula/Jacoby, p. 19 y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), p. 2.

nales. En lo que atañe a la transposición alemana aún en estudio, puede afirmarse que el proyecto ministerial de EuHbG no ha introducido el cambio proclamado como fundamental por la Decisión marco. En lugar del "sistema judicial europeo de escalón único uniforme de detención y traslado de personas con cooperación directa entre las autoridades judiciales intervinientes" anunciado, el proyecto legislativo citado conserva "el modelo jurisdiccional-político de doble escalón" de la IRG consistente una etapa de admisibilidad y otra de concesión.

Como demuestra la crítica enunciada en el punto 5, la Decisión marco no sólo prioriza una elevada (*y esperada*) eficiencia en la colaboración judicial por encima del status de los derechos del sujeto perseguido, sino que también carece de un *standard* europeo completo y uniforme de protección de estos derechos. Tampoco una reforma seria en materia de derechos individuales se vislumbra –por el momento– en el proyecto ministerial de transposición alemán. De esta forma, *simplificaciones procesales se enfrentan a los descuidados derechos individuales relegándolos.*

En el marco de la Orden de Detención Europea, se trata nuevamente de la relación de tensión polarizada entre una efectiva aplicación del derecho penal dentro de la UE y la protección de los derechos del individuo. Sin embargo, de acuerdo a de Lüderssen,[146] estos dos polos no se oponen, ya que una *efectiva aplicación del derecho penal en sentido amplio* sólo puede serlo cuando se conforma a los principios de un Estado de Derecho. Según este autor, el aseguramiento de los derechos individuales del inculpado es *una meta que se encuentra en pie de igualdad* junto a *la efectiva aplicación del derecho penal en sentido estricto*. De hecho, esta *efectividad restringida* de la aplicación derecho penal resulta desde luego difícil de definir: ¿deberá estarse al número de condenas o al de detenciones? ... o tal vez –para el caso de una de Orden de Detención Europea–: ¿será la suma de entregas de personas entre Estados miembros decisiva?

146. Lüderssen, *GA* 2003, p. 83-84.

Debido a que la Decisión marco ya se encuentra vigente,[147] resta sólo esperar cómo la transpondrán al derecho interno los Estados miembros para comienzos de 2004, como así también a su aplicación judicial.[148] En esta tarea, los aludidos parámetros de aplicación del derecho penal y de persecución penal efectivas pueden resultar *variables*.

7. Anexo: Catálogo del art. 2, 2.º párrafo, de la Decisión marco de la Orden de Detención Europea:

– pertenencia a organización delictiva,

– terrorismo,

– trata de seres humanos,

– explotación sexual de los niños y pornografía infantil,

– tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,

– tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,

– corrupción,

– fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas,

– blanqueo del producto del delito,

– falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro,

– delitos de alta tecnología, en particular delito informático,

– delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas,

– ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal,

147. Cf. nota 3.

148. En este sentido y como ya fuera expuesto, Schünemann exige la no transposición de la Decisión marco al derecho alemán y, dado el caso, la declaración de inconstitucionalidad y, por ende, la anulación de la ley de transposición por el Tribunal Constitucional alemán, cf. 5.2.c.

– homicidio voluntario, agresión con lesiones graves,

– tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos,

– secuestro, detención ilegal y toma de rehenes,

– racismo y xenofobia,

– robos organizados o a mano armada,

– tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte,

– estafa,

– chantaje y extorsión de fondos,

– violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías,

– falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos,

– falsificación de medios de pago,

– tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento,

– tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares,

– tráfico de vehículos robados,

– violación,

– incendio voluntario,

– delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional,

– secuestro de aeronaves y buques,

– sabotaje.

Bibliografía

ALEGRE, Susie. "EU Cooperation in Criminal Matters: A Critical Assessment of the European Arrest Warrant". Conferencia en el marco del seminario. *Justice and Home Affairs –Toward the full Implementation of the Amsterdam Treaty.* París, febrero 2002. Disponible bajo: <www.cicerofoundation.org>.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Consideraciones del ACNUR respecto de la propuesta de la Comisión Europea para una Decisión marco del Consejo Europeo relativa a la Orden de Captura Europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Ginebra, octubre 2001.

ANTOR, Stefan. "Das Europäische Justizielle Netz". *DRiZ*, 2002. p. 330.

BAIER, Helmut. "Die Auslieferung von Bürgern der EU an Staaten innerhalb der EU". *GA*, 2001. p. 425.

BROß, Siegfried. "Grundrechte und Grundwerte in Europa". *JZ*, 2003. p. 429.

CULLEN/JUND. *Strafrechtliche Zusammenarbeit in der EU nach Tampere.* Colonia, 2002.

DIECKMANN, Jochen. "Europäische Kooperation im Bereich der Strafrechtspflege". *NStZ*, 2001. p. 617.

FIERRO, Guillermo. *La ley penal y el derecho internacional.* 2. ed. Buenos Aires, 1997.

GLEß, Sabine. *Auslieferungsrecht der Schengen-Vertragsstaaten, neuere Entwicklungen, ein Projektbericht, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.* Friburgo de Brisgovia. Disponible bajo: <http://www.iuscrim.mpg.de/verlag/Forschaktuell/FASchengen.pdf>.

HAAS, Gregor. *Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland.* Tesis doctoral. Berlin, 2000.

HACKNER/LAGODNY/SCHOMBURG/WOLF. "Internationale Rechtshilfe in Strafsachen". *Ein Leitfaden für die Praxis.* Munich, 2003.

HEINTSCHEL-HEINEGG/ROHLFF. "Der Europäische Haftbefehl". *GA*, 2003. p. 45.

LÜDERSSEN, Klaus. "Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtssetzung". *GA*, 2003. p. 71.

MATT, Holger. *Toma de posición de Deutschen Strafverteidigers E.V. en relación a la Orden de Detención Europea.* Frankfurt del Meno, febrero 2002.

Ministerio de Justicia de la República Federal de Alemania (Bundesministerium der Justiz – BMJ). Proyecto de Ley para la transposición de la Decisión relativa a la Orden de Detención Europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (Ley de la Orden de Detención Europea –*Europäisches Haftbefehlsgesetz*– EuHbG), abril 2003.

NEHM, Kay. "Extremistische Straftaten und grenzüberschreitende Strafverfolgung". *DRiZ*, 1996. p. 41.

_____. "Zusammenarbeit der Strafverfolgungsorgane in Europa –Eine Zwischenbilanz–". *DRiZ*, 2000. p. 355.

PERRON, Walter. "Auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungsverfahren?" *ZStW* (112) 2000, p. 202.

SCHNIGULA/JACOBY. *Fundamentos del proyecto ministerial de la Ley alemana de la Orden de Detención Europea* (*Europäisches Haftbefehlsgesetz* – EuHbG). Enero 2003.

SCHOMBURG/LAGODNY. *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen.* Comentario. 3. ed. Munich, 1998.

SCHOMBURG, Wolfgang. "Die Rolle des Individuums in der Internationalen Kooperation in Strafsachen. Eine kurze Betrachtung aus deutscher Sicht". *StV*, 1998. p. 153.

_____. "Justizielle Zusammenarbeit im Bereich des Strafrechts: EURO-JUST neben Europol!". *ZRP*, 1999. p. 237.

SCHÜBEL, Eva. "Wie gut funktioniert die Strafverfolgung innerhalb Europas?". *NStZ*, 1997. p. 105.

SCHÜNEMANN, "Bernd. Ein Gespenst geht um in Europa – Brüsseler "Strafrechtspflege" intra muros". *GA*, 2002. p. 501.

_____."Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahren!". *StV*, 2003. p. 116.

_____. "Die Schranken des Grundgesetzes für das Prinzip der 'Gegenseitigen Annerkennung' vom Europäischen Haftbefehl bis zum Verfassungsentwurf". *ZRP*, 2003. p. 185.

SIEBER, Ulrich. "Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht". *ZStW*, (103) 1991. p. 957.

_____. "Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht –Einführung in das Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU". En: Delmas-Marty Mireille (Editora). *Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, Ius Kriminale.* Colonia, Berlin, Bonn, Münich, 1998. tomo 7, p. 2-9.

_____."Bekämpfung des EG-Betrugs und Perspektive der europäischen Amts– und Rechtshilfe". *ZRP*, 2000. p. 186.

STREINZ, Rudolf. *Europarecht.* 5. ed. Heidelberg, 2001.

UHLE, Arnd. "Auslieferung und Grundgesetz; Anmerkungen zu Art. 16 II GG". *NJW*, 2001. p. 1.889.

VOGEL, Joachim. "Abschaffung der Auslieferung? Kritische Anmerkungen zur Reform des Auslieferungsrechts in der EU". *JZ*, 2001. p. 937.

VON BUBNOFF, Eckhart. *Auslieferung, Verfolgungsübernahme, Vollstreckungshilfe; ein Handbuch für die Praxis.* Berlin, 1988.

_____."Institutionelle Kriminalitätsbekämpfung in der EU: Schritte auf dem Weg zu einem europäischen Ermmitlungs– und Strafrechtsverfolgungsraum". *ZEuS*, 2002. p.185.

WEGNER, Carsten. "Vorschlag der Europäischen Kommission für einen Europäischen Hafbefehl". *StV*, 2003. p. 105.

WEIGEND, Thomas. "Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts". *JuS*, 2000. p. 105.

ZIMMERMANN, Andreas. "Die Auslieferung Deutscher an Staaten der EU und internationale Gerichtshöfe. Überlegungen zum neuen Art. 16 Abs.2 S.2 GG". *JZ*, 2001. p. 233.

_____. "Europäischer Haftbefehl nimmt Gestalt an". *DRiZ*, 2002. p. 402.

Abreviaturas de las revistas empleadas

DRiZ	–	Deutsche Richterzeitung
GA	–	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
JuS	–	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung
JZ	–	Juristenzeitung
NJW	–	Neue Juristiche Wochenschrift
NStZ	–	Neue Zeitschrift für Strafrecht
StV	–	Strafverteidiger
ZEuS	–	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZRP	–	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	–	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado

Fábio Félix Ferreira

Prof. M. Sc. de Direito Penal e Criminologia na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB. Doutorando em Direito Penal e Criminologia na Universidad Pablo Olavide – UPO, Espanha.

Salvador Cutiño Raya

Experto em Criminologia – US/ES. Prof. de Criminologia e Direito Penitenciário – UPO/ES. Doutorando em Direito Penal e Criminologia – UPO/ES.

Sumário: 1. Diretrizes político-criminais e penitenciárias brasileiras contidas na Constituição Federal de 1988 – 2. Diretrizes básicas da política criminal e penitenciária brasileira – 3. "Inovações" da Lei 10.792/2003 – 4. O isolamento em cela e o Regime Disciplinar Diferenciado enquanto vitimização do delinqüente – 5. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) em face do desajuste com os princípios penais garantistas inseridos na Constituição Federal: 5.1 Da inconstitucionalidade do isolamento e do RDD em face da violação ao princípio constitucional da legalidade; 5.2 Da inconstitucionalidade do isolamento em face da violação ao princípio constitucional da proporcionalidade; 5.3 Da inconstitucionalidade do isolamento e do RDD em face da violação ao princípio constitucional da humanidade; 5.4 Da inconstitucionalidade do isolamento e do RDD em face da vedação constitucional à prisão de natureza administrativa disciplinar; 5.5 Da incompatibilidade do isolamento e do RDD com as Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária – Resolução 5, de julho de 1999 – do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – 6. Algumas conclusões – Bibliografia.

Resumo: Avaliar a inconstitucionalidade do isolamento em cela e do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD em face das diretrizes político-criminais e penitenciárias contidas na Constituição Federal brasileira é o que ora se pretende.

Palavras-chave: Isolamento em cela; Regime disciplinar diferenciado; Violação ao Texto Constitucional.

1. Diretrizes político-criminais e penitenciárias brasileiras contidas na Constituição Federal de 1988

As idéias Iluministas dos séculos XVII e XVIII trouxeram para os textos normativos, em particular para a Constituição Americana e a Francesa, inúmeras normas garantistas de liberdades e prerrogativas individuais, cuja ênfase se dá com a consolidação dos direitos inerentes à condição humana e cidadã, e por outro lado com a limitação da intervenção estatal punitiva.

Inúmeros são os princípios penais contidos nos textos constitucionais desde o século XVIII que visam tutelar o indivíduo em face do arbítrio estatal punitivo.

No Brasil, esses princípios, garantistas das liberdades e prerrogativas individuais e limitadores do arbítrio estatal, sempre se fizeram presentes no direito constitucional pátrio, no entanto somente com a Constituição Federal de 1988 houve uma ampliação e consolidação dos mesmos.

Já se sabe que a Constituição Federal brasileira, de 05.10.1988, redesenhou o ordenamento jurídico-político brasileiro numa perspectiva do Estado Democrático, Social e de Direito, fazendo surgir a possibilidade de implementação e consolidação de políticas públicas que assegurem a proteção dos direitos e garantias fundamentais, tudo a desaguar numa integral proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, o art. 1.º, III, do Texto Constitucional vigente, adotou, entre outros, como fundamento do Estado Democrático, Social e de Direito a *dignidade da pessoa humana*, possibilitando a valorização da respeitabilidade e inviolabilidade física, moral e psíquica do cidadão.

Com isso, o exercício do poder estatal punitivo deve orientar-se no sentido de desestimular a intervenção penal que resulte em lesão a essa dignidade humana.

Ademais, o art. 4.º, II, da Carta Magna vigente, impõe ao Estado Democrático, Social e de Direito o poder-dever de zelar, interna e externamente, pelo respeito aos direitos humanos.

Com o fim de assegurar a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos humanos o legislador constitucional formulou garantias processuais penais que visam assegurar dignidade e inviolabilidade física, moral e psíquica aos processados e condenados.

Nessa esteira, consolidou como direitos e garantias fundamentais, entre outras, as seguintes diretrizes político-criminais e penitenciárias, aqui tomadas para comento:

"Art. 5.º (...).

(...)

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVII – não haverá penas:

(...)

e) cruéis;

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Esses direitos e garantias fundamentais, entre outros previstos no art. 5.º da CF, de 05.10.1988, limitam o *jus persequendi in judicio* e o *jus puniendi*, disciplinando as ações das instituições do sistema penal, evitando que alguém seja preso pela vontade arbitrária das instituições penais. Impede a intervenção penal desnecessária e desproporcional, assegurando o *jus libertatis* do cidadão. Veda o arbítrio estatal punitivo dos regimes de exceção. Ou seja, fixa diretrizes político-criminais e penitenciárias que se ajustam aos regimes democráticos.

Tudo isso impõe um novo pensar-fazer das instituições do sistema penal, sempre numa perspectiva garantista dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos e garantias fundamentais devem orientar as ações e interpretações das instituições do sistema penal, buscando o resgate da dignidade e dos direitos humanos prometidos pelo Estado Democrático, Social e de Direito.

Nessa esteira, as diretrizes e garantias constitucionais devem ser entendidas como uma nova orientação político-criminal e penitenciária que se quer implantar depois do Texto Constitucional de 1988.

Ademais, esse novo pensar-fazer garantista que as instituições do sistema penal devem adotar se configura enquanto orientação da moderna doutrina e legislação penitenciária internacional a qual o Brasil não pode se furtar. Nesse sentido, afirma-se que ao Estado cumpre zelar pela dignidade e integridade do preso "como culminación de los deberes que la Administración tiene con el preso o penado se afirma la obligación estatal de velar por la vida, integridad y salud de los internos, precepto que tiene su complemento, entre otros, en las reglas 31.1 de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, bem como en el artículo 6.º, que prohíbe los malos tratos de palabra o obra, de acuerdo con el artículo 15 de la Constitución, y el artículo 204 bis del vigente Código Penal

español,[1] y como hacen el artículo 109 del Reglamento belga o el artículo 13 de la ley mexicana" (Valdés, 1995:36).

Essa orientação explicita que a intervenção do aparelho estatal punitivo, além de zelar pela integridade das garantias individuais, deve limitar-se a "finalidad primordial que no es otra más que la reeducación y la reinserción social de los sentenciados, objetivo esencial que se repite en el importante artículo 27 de la Constitución italiana de 1947, artículo 26 de la Ley holandesa, artículo 13 del Reglamento belga de 1965, artículo 2.º de la Ley penitenciaria sueca de 1947, artículos D.70.2, D.97, D.188 y D.189 del Código de Procedimiento Penal francés y en el artículo 2.º de la Ley de Ejecución portuguesa" (Valdés, 1995:33).

Daí se afirmar que a intervenção estatal punitiva se encontra sujeita às limitações desenvolvidas e consolidadas pela legislação internacional que tutela a integridade dos direitos humanos.

2. Diretrizes básicas da política criminal e penitenciária brasileira

No intuito de consolidar essa política criminal e penitenciária garantista, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, vinculado ao Ministério da Justiça, fixou as Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária – Resolução 5, de julho de 1999, entre outras, nos termos seguintes:

"Art. 4.º Defender o instituto das penas alternativas, como forma de evitar a privação da liberdade, a qual deve ser imposta excepcionalmente, como ultima *ratio*.

Art. 5.º Apoiar a descriminalização e a despenalização de certas condutas, por imperativo da evolução social, à luz da moderna concepção da intervenção mínima do direito penal.

1. Art. 174.2 do Código Penal de 1995, em vigor.

(...)

Art. 7.º Alertar para a ineficácia de regramentos normativos que visem a alargar a tipificação penal e oferecer maior rigor no tratamento de certos crimes, especialmente quando venham a contrariar o regime progressivo de cumprimento de pena, cientificamente voltado para a reintegração social do condenado.

(...)

Art. 13. Repudiar propostas como a pena de morte, pena perpétua e redução de idade-limite da responsabilidade penal".

As presentes Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária brasileira enunciam os princípios básicos e propósitos a serem perseguidos, objetivando o aperfeiçoamento da reação estatal ante o fenômeno delitivo, bem como da execução penitenciária no país, tudo em consonância com a Constituição Federal vigente, com o Programa Nacional de Direitos Humanos e com as normas internacionais de tratamento penitenciário e tutela dos direitos humanos.

Extraem-se dessas Diretrizes Básicas os seguintes princípios que orientam a política criminal e penitenciária brasileira: intervenção mínima, descriminalização, despenalização e desjudicialização, opção pelos mecanismos preventivos, atenção às vítimas, reeducação e reinserção progressiva do apenado, tudo a resultar no reordenamento do sistema penal pátrio nos moldes do garantismo jurídico-penal.

Portanto, depois do Texto Constitucional de 1988 as instâncias do sistema penal – instância policial, judiciária e penitenciária – devem ajustar discurso e prática punitiva aos moldes do Estado Democrático, Social e de Direito, assegurando direitos e garantias fundamentais, priorizando sempre a consolidação democrática e a tutela dos direitos humanos.

Mas, diante da realidade apresentada pelas instituições do sistema penal, e considerando a atual fase de desregulamentação ou flexibilização do Estado Democrático, Social e de Direito, se pode questionar: as instituições do sistema penal, após a Constituição Federal vigente, adequaram seus discursos e ações aos

princípios, direitos e garantias constitucionais? Ou deixaram de reformular seus discursos e ações arbitrárias? São reflexões que se pretende suscitar e, para tanto, será tomado para análise o isolamento em cela, por um prazo de 30 (trinta) dias, e o Regime Disciplinar Diferenciado, por um prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, previstos na Lei de Execução Penal brasileira.

3. "Inovações" da Lei 10.792/2003

A Lei 10.792/2003, entre outras "inovações", alterou a Lei de Execução Penal ao estabelecer, além do isolamento em cela, sanção já existente na Lei de Execução Penal, previsto para os presos que venham a cometer falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade, a possibilidade de permanência do preso provisório ou condenado, "autor de fato previsto como crime doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas", ou que "apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade", ou ainda "sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando", no Regime Disciplinar Diferenciado, num prazo máximo de 360, podendo esse prazo ser renovado em caso de nova falta grave da mesma espécie, sendo possível alcançar o limite de um sexto da pena aplicada.[2]

Antes mesmo de aprofundar em alguns aspectos do Direito Internacional de Tutela dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional, uma primeira reprovação que se pode fazer às alterações inseridas pela Lei 10.792/2003 é que este novo regime proposto – Regime Disciplinar Diferenciado, será aplicado tanto aos presos condenados como aos presos preventivos, desde que se enquadrem nos vagos, imprecisos e polêmicos conceitos de "autor de fato que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas", ou "apresente alto risco

2. Cf. art. 52, I, §§ 1.º e 2.º, da Lei 7.210/1984, com as alterações inseridas pela Lei 10.792/2003.

para a ordem e a segurança do estabelecimento penal e da sociedade". Esta falta de diferenciação no trato dispensado aos distintos tipos de presos tem sido habitual em algumas legislações penitenciárias em distintos países, no entanto contraria não só a normativa internacional, bem como a um dos mais elementares princípios do direito penal, reconhecido em todas as legislações, que é o princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, o art. 10.º.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabelece em seu apartado a) "que os processados (preventivos) (...) serão submetidos a um tratamento distinto, adequado a sua condição de pessoas não condenadas". Estas mesmas orientações se extraem da leitura das Regras 84 a 92 das regras mínimas para o tratamento dos reclusos da ONU; do Princípio 8 do conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1988; ou da Regra 90 das regras penitenciárias européias.

No caso concreto da legislação brasileira a importância é maior, pois se prevê um regime muito duro, de 360 dias em regime disciplinar, inclusive sendo autorizada a ampliação desse prazo a até um sexto da pena fixada. Neste caso, uma pessoa ainda não condenada, e portanto inocente, poderá estar isolada durante todo o tempo que se atrase a Justiça na conclusão do seu processo.

Avaliar a incompatibilidade do isolamento e do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) em face das Diretrizes de Política Criminal e Penitenciária traçadas pelo Texto Constitucional vigente e pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – Resolução 5, de julho de 1999, é o que ora se pretende. Desde logo, cumpre ressaltar que a essas noticiadas "inovações" da Lei 10.792/2003 se seguem outras propostas de alterações na legislação penal, tais como ampliação do limite máximo de 30 para 40 anos das penas privativas de liberdade, proibição de concessão de *habeas corpus* para os reincidentes, classificação do crime de homicídio cometido contra autoridades judiciárias como crime hediondo, cujas penas passariam de 12 a 20 anos para 20 a 40 anos de

privação da liberdade, propostas que se podem agrupar todas elas num mesmo campo axiológico, qual seja, o direito penal do inimigo fundado numa política criminal autoritária que não se ajusta com os regimes democráticos.

Essa política criminal autoritária, que ora se desenha, se trata de um fenômeno internacional. Na Espanha se presencia, agora, um recrudescimento da política criminal governamental, manifestada nas propostas de reforma do Código Penal de 1995, com a finalidade de "varrer as ruas" nas palavras do ex-Presidente José Maria Azenar. Nesta reforma proposta se criam novos tipos penais, se aumentam com rigor algumas sanções, surgem inclusive algumas penas novas.

Por outro lado, e nesse contexto autoritário e simbólico, acaba de entrar em vigor os chamados "juízos rápidos", com os quais se estabelece um prazo de 15 dias para a tramitação do processo e publicação da sentença para os delitos sancionados com uma pena menor de 5 anos de privação de liberdade. Todas essas medidas se orientam para uma restrição dos direitos e garantias individuais, reconhecidos no Texto Constitucional e na legislação internacional.

4. O isolamento em cela e o Regime Disciplinar Diferenciado enquanto vitimização do delinqüente[3]

Desde o século XVIII que o cárcere se converteu em verdadeiros depósitos humanos, abrigando não só delinqüentes, mas também vadios, pobres, prostitutas e enfermos. A experiência do cárcere demonstra que o mesmo, além de não possuir ação ressocializadora, tem sido foco de inúmeros problemas, tais como: estrutura física deficitária, superlotação, ausência de atendimento educacional e assitencial, maus-tratos físicos e psíquicos, alimentação deficitária, isolamento sócio-familiar, cometimento de novos delitos, enfermidades e insegurança. Ade-

3. Cf. sobre os efeitos do isolamento, entre outros, Carlos García Valdés, "Medicina psicosomática y patología carcelaria", *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 12, 1980 e Central de Observación, "El suicidio en la institución penitenciaria", *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, n. 247, 1999.

mais, o cárcere parece estar produzindo os nefastos efeitos da desaculturação, despersonalização, aculturação prisional e prisionização, tudo a resultar numa dessocialização do preso.

De modo geral, em quase todos os países, o cárcere se caracteriza como espaço de anormalidade e violência, onde o preso, além de ser privado da sua liberdade de locomoção, vê-se privado dos direitos inerentes à condição humana.

Todas essas limitações impostas ao preso resultam em problemas biológicos, mentais e sócio-familiares que podem ser agrupados, segundo Valverde (1997:100-26) em problemas sensoriais – alterações da visão, audição, paladar, olfato, alterações da imagem pessoal e tensão muscular; e problemas psicossociais – auto-afirmação agressiva, comportamento subalterno frente à instituição prisional, alteração da sexualidade, perda de controle sobre a própria vida, estado permanente de ansiedade, perda de expectativas para o futuro, perda do sentido de responsabilidade, perda de vínculos sócio-familiares, alterações da afetividade, sensação de desamparo, anormalidade de linguagem.

Ademais, como se não fossem suficientes esses problemas vividos no cárcere, na maioria das vezes o preso é submetido a uma freqüente violação dos direitos não atingidos pela sentença penal condenatória. Assim, tem sido comum a violação aos direitos à integridade física e psíquica, à inviolabilidade de correspondência, aos direitos e garantias durante a execução da pena imposta.

Nesse quadro, o preso é submetido a uma violência institucional que a doutrina define como vitimização terciária, outra vitimização ou vitimização do delinqüente. Trata-se, segundo Landrove Díaz (1998:191), da violência institucional sofrida pelo preso. Trata-se da vitimização do vitimário.

Ainda segundo Landrove Díaz (1998:192-193), essa vitimização do preso, desumana e degradante, produzida pelos aparelhos que integram o sistema penal, se manifesta nos seguintes níveis: durante a intervenção policial – a violência desmesurada e a tortura são marcas da Polícia em quase todos os países do

mundo; durante a decretação da prisão preventiva – medida cautelar, transitória e excepcional que se converteu em regra; *durante o internamento carcerário.*

A vitimização do preso durante o internamento carcerário se dá desde a superlotação carcerária, torturas freqüentes, deficitária alimentação, efeitos negativos do ócio, agressões sexuais, até a negação dos direitos e garantias constitucionais previstos para a execução da pena privativa de liberdade e, agora, com a possibilidade de permanecer 360 dias num regime disciplinar a ser cumprido nas insalubres e deteriorantes celas de segurança.

Como regra geral, essas celas, em tese individuais, se caracterizam pelo reduzido espaço físico, inexistência de atividades laborais, de vínculos sociais e familiares, reduzida luminosidade e oxigenação, tudo a gerar um ambiente insalubre e deteriorante. Basta recordar as Celas de Segurança da Penitenciária Central João Chaves, em Natal, que, segundo relatório de inspeção do Human Rights Watch,[4] consistia em 4 (quatro) celas, 3 (três) delas medindo aproximadamente 2 (dois) metros por 3 (três) metros, e uma maior de 3 (três) metros por 5 (cinco) metros, sendo que nenhuma dessas tinha acesso à luminosidade natural ou instalações sanitárias. Também se constatou a existência de 8 (oito) a 10 (dez) presos sobrevivendo em cada uma das Celas de Segurança. Embora esse seja um exemplo extremo das miseráveis condições dessas celas, a rigor, a atual situação das unidades prisionais brasileiras não se distancia muito desse quadro. Parece que a submissão do preso durante o lapso temporal de 360 dias numa cela de isolamento, na maioria das vezes sem acompanhamento jurídico, psicológico, assistencial, social e familiar, resulta em violenta manifestação do *jus puniendi* que Landrove Díaz (1998:191) afirma ser a violência institucional sofrida pelo preso. A vitimização do vitimário.

Esta excessiva dureza da vida carcerária, amplificada no caso de isolamento e Regime Disciplinar Diferenciado, da qual a Lei 10.792/2003 é uma

4. HUMAN RIGHTS WATCH. *O Brasil atrás das grades.* Relatório de Inspeção a estabelecimentos penitenciários brasileiros. Rio de Janeiro: Human Rights Watch, 1998.

representação extrema, resulta ademais contraproducente à prevenção e repressão da delinqüência, que constitui sua mais repetida justificativa política e midiática. Na Espanha a investigação criminológica tem provado a relação entre um maior rigor nas medidas adotadas durante o encarceramento e a reincidência.[5] Assim, 78% dos sujeitos desse estudo que terminaram o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado reincidiram, enquanto dos sujeitos que alcançaram a liberdade condicional, somente reincidiram 20,4%.

Ademais, cumpre ressaltar que o isolamento contraria o estabelecido na Regra 58 das regras mínimas da ONU, que indica como finalidade da pena "a proteção da sociedade contra o crime" e, para isto, se deve utilizar o tempo de reclusão (atividades educacionais, laborais) para que a pessoa presa "uma vez liberada não somente queira respeitar a lei e prover as suas necessidades, mas que também seja capaz de fazer". Isto parece praticamente impossível em uma política criminal autoritária que propugna por medidas como o isolamento.

5. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) em face do desajuste com os princípios penais garantistas inseridos na Constituição Federal

É pacífico que "os princípios jurídicos constituem as idéias centrais de um determinado sistema jurídico, dando-lhe um sentido lógico, racional e coerente" (Sundfeld, 1992:37). A necessidade de observar e aplicar os princípios jurídicos decorre do entendimento de que o "princípio é o mandamento nuclear de um determinado sistema; é aquele valor que orienta e repercute sobre todas as demais normas" (Bandeira de Mello, 1991:299).

5. REDONDO; FUNES; LUQUE. *Justicia Penal y reincidencia*. Barcelona: Fundación Jaume Callís, 1994.

Com isso, os princípios que orientam a intervenção penal, ao serem observados e satisfeitos, possibilitam a visualização sistêmica do ordenamento jurídico – princípios e normas vigentes, orientando o legislador na formulação da norma, no sentido de melhor coerência e unidade.

Resgata-se, também, as funções de integração da norma atuando como fonte de Direito supletiva, bem como a função interpretadora orientando os operadores do direito na interpretação e aplicação da norma. Daí a importância dos princípios jurídicos.

Sendo a intervenção penal medida de extrema intimidação, com repercussão no *status libertatis* do cidadão, é necessário que essa intervenção se funde em princípios que constituam o alicerce da política criminal e penitenciária. Isso porque "o princípio é uma norma de hierarquia superior às demais regras jurídicas do sistema" (Grau, 1990:97).

Saliente-se que "o desrespeito a um dos princípios do direito consiste em infração muito mais grave do que aquela que decorre da inobservância de uma norma positiva" (Bandeira de Mello, 1991:300), pois se trata dos fundamentos essenciais ao sistema jurídico.

Nessa linha, e partindo-se do pressuposto de que o legislador ao optar pela intervenção penal deve orientar-se pelos princípios jurídico-penais vigentes, enfatiza-se a necessária análise do isolamento em cela e do Regime Disciplinar Diferenciado à luz dos princípios constitucionais que regulam a intervenção penal.

Assim, entre os princípios constitucionais orientadores da intervenção penal, exigíveis no momento de formulação da norma, tomar-se-ão para comento os seguintes: *legalidade, proporcionalidade e humanidade.*

5.1 Da inconstitucionalidade do isolamento e do RDD em face da violação ao princípio constitucional da legalidade

Decorre do *princípio da legalidade* que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – reserva legal; que a tipificação

seja realizada com expressões certas, claras e taxativas – taxatividade; e que a lei anteceda às condutas humanas – anterioridade. A legalidade, segundo o desdobramento da determinação ou taxatividade, requer que a tipificação de condutas atenda à teoria geral do tipo, ou seja, que o tipo apresente elementos claros – conduta inequívoca, núcleo, sujeito e bem jurídico bem definidos, proporcionando interpretação harmônica. Ou seja, "a legalidade veda a descrição genérica do tipo penal. O crime não é qualquer ação, mas ação clara e determinada, sob pena de violação ao mandamento constitucional da legalidade – art. 5.º, XXXIX, da CF/1988" (Cernichiaro, 1995:20).

Dispõe a Lei de Execução Penal pátria que constitui falta grave, passível de sanção administrativa disciplinar de isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, o cometimento, entre outras, das seguintes condutas:

"Art. 50. Comete falta grave o condenado a pena privativa de liberdade que:

I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

(...)

VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V no art. 39 desta lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se no que couber, ao preso provisório".

A falta grave prevista no art. 50, VI, constitui em inobservância de deveres de obediência a servidores e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se (art. 39, II); e transgressões ou inobservância da execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas (art. 39, V).

Para essas faltas graves a Lei de Execução Penal prevê as seguintes sanções disciplinares:

"Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I – advertência verbal;

II – repreensão;

III – suspensão ou restrição de direitos (art. 41, parágrafo único);

IV – isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no art. 8.º desta Lei.

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do artigo anterior serão aplicadas pelo diretor do estabelecimento.

(...)

Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares levar-se-á em conta a pessoa do faltoso, a natureza e as circunstâncias do fato, bem como as suas conseqüências.

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 53 desta Lei.

Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias.

Parágrafo único. O isolamento será sempre comunicado ao juiz da execução".

As faltas graves, previstas na Lei de Execução Penal, que quando cometidas pelos presos podem resultar na aplicação da sanção administrativa disciplinar de isolamento, apresentam constitucionalidade duvidosa, pois inadequadas ao *princípio da legalidade.*

As condutas mencionadas no art. 50, I e IV, da Lei de Execução Penal, tipificadas como falta grave, indicam essa possibilidade por trazerem expressões de difícil compreensão.

As expressões *incitar, subverter a ordem, subverter a disciplina* carecem de melhor definição. Tais expressões, por serem incriminações vagas, imprecisas e passíveis de múltiplas significações, possibilitam interpretações extensivas, resultando numa insegurança para o preso ante o Estado.

Também as expressões *inobservância de deveres de obediência, inobservância das ordens recebidas* – incluem-se aqui as costumeiras ordens arbitrárias e ilegais comuns nas unidades prisionais? – se fazem incompreensíveis. Ora, essa tipificação torna-se inaplicável em face da ausência de *taxatividade.* Inadmissível a tipificação, ainda que a título de falta grave, com tamanha generalidade.

Esses dispositivos retratam a ausência de adequação da norma penal ao princípio da legalidade – *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, princípio já consagrado pelos Estados liberais.

Essa tipificação, em termos imprecisos e vagos, como esses, deixa o cidadão vulnerável a interpretações subjetivas do preceito.

Cabe assinalar o entendimento de que "a função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos" (Batista, 1999:78).

Tem-se ainda que "a formulação de tipos penais gerais 'genéricos ou vazios', valendo-se de 'conceitos indeterminados', eqüivale a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso" (op. cit.).

Trata-se de violação ao princípio da legalidade por emprego de expressões sem precisão semântica (Zaffaroni, 1986:16), capaz de gerar interpretações múltiplas para expressões que, ao menos lingüisticamente, integram um mesmo campo de significação jurídica.

A Lei de Execução Penal, ainda que seja para a regulação das faltas, não pode fazer uso de expressões ambíguas e vagas. Toda lei penal exige linguagem clara, certa e precisa, sob pena de violar o princípio da legalidade, num dos seus desdobramentos que é a *taxatividade*.

Também, a nova redação do art. 52, *caput*, e § 1.º, da Lei de Execução Penal, ao dispor que "a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao Regime Disciplinar Diferenciado"; e ainda "o Regime Disciplinar Diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal e da sociedade", apresenta expressões ambíguas e vagas, tais como "subversão da ordem", "subversão da disciplina", "alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou

da sociedade", que não podem ensejar a aplicação de tão rigoroso regime disciplinar. Inequívoca a ausência da *taxatividade.*

Cabe ressaltar que desde 1953, durante a celebração do Seminário Latino-Americano sobre a prevenção do delito e tratamento do delinqüente, já se orienta aos países que observem o princípio da legalidade durante a execução da sanção penal, inclusive na regulação da disciplina interna nas unidades prisionais, sendo essa a posição doutrinária vigente no Brasil.

No direito comparado, vale citar que a orientação jurisprudencial do Tribunal Constitucional espanhol[6] é no sentido de exigir do direito administrativo sancionador a observância do princípio da legalidade em todos os seus desdobramentos: *lex previa* e *lex certa.*

Apesar dessa orientação do Tribunal Constitucional espanhol, na Espanha ainda excedem os conceitos jurídicos indeterminados ao largo da legislação penitenciária, como demonstra o regulamento penitenciário ao tratar da disciplina penitenciária: "cualquier hecho o circunstancia indiciario de una posible perturbación de la vida normal del centro" (art. 71.2 del Reglamento Penitenciario) ou para justificar vistoria nas celas, revistas pessoais e confisco de objetos pessoais: "sustancia susceptible (...) de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento" (art. 68.2 RP).

Zuñiga Rodríguez (2001:285) critica a adoção de tipos – delitos, contravenções e faltas – cuja formulação faça uso de textos imprecisos ou ambíguos como aqueles encontrados na Lei de Execução Penal brasileira, ao afirmar que "uno de los atentados al principio de legalidad en la concreción de las infracciones disciplinarias es el abuso de conceptos jurídicos indeterminados, en los que el intérprete a la hora de aplicarlos, tiene que hacer un extraordinario esfuerzo para su encaje al caso concreto".

6. SSTC 133, de 21.07.1987, 127, de 05.07.1990 e 117, de 29.03.1993. Apud ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Manual de derecho penitenciario.* Salamanca: Universidad de Salamanca, 2001. p. 285.

Logo, conclui-se que as faltas contidas na Lei de Execução Penal, bem assim o texto da Lei 10.792/2003, por fazerem uso de expressões imprecisas, não se ajustam à *taxatividade* – desdobramento do princípio constitucional de legalidade, sendo passível de argüição de inconstitucionalidade a imposição de sanção fundada naquelas faltas. Ao Estado não mais se permite o exercício arbitrário do *jus puniendi*, pois "la potestad sancionadora de la administración penitenciaria se ha sometido claramente al principio de legalidad y precisa para ejercerse facilitar medios de defensa que se ofrecen al interno susceptible de sanción. Quedan lejos las fórmulas resonantes, reflejo de una ideología autoritaria, que hacían referencia al mantenimiento de una disciplina inquebrantable, a un orden férreo o similares" (Valdés, 1995:121).

5.2 *Da inconstitucionalidade do isolamento em face da violação ao princípio constitucional da proporcionalidade*

Outro princípio é a *proporcionalidade*. Segundo esse mandamento as sanções cominadas e aplicadas devem ser proporcionais à lesão causada pelo sujeito ativo. Cominar ou aplicar sanção desproporcional à lesão causada é ilegítimo e injusto, significando violação aos Direitos Universais do Cidadão. Ademais, o princípio da proporcionalidade deve orientar a cominação e aplicação da sanção considerando uma escala de valoração social da conduta e do resultado lesivo – desvalor da ação e do resultado, impedindo, com isso, uma desproporcionalidade entre os diversos tipos – crimes, contravenções e faltas – existentes no ordenamento jurídico.

Tais idéias, necessariamente, impõem ao legislador a adequação da norma ao conjunto sistêmico de mandamentos jurídicos, sob pena de demonstrar-se enquanto norma penal materialmente injusta, com conseqüente "desobediência civil".

O art. 52 da Lei de Execução Penal brasileira, com as alterações inseridas pela Lei 10.792/2003, ao prever o período de 360 dias de Regime Disciplinar

Diferenciado parece não considerar o princípio da proporcionalidade, pois inúmeros são os delitos previstos no Código Penal pátrio cuja lesividade supera a lesividade existente nessas faltas graves, e cujas sanções são bem inferiores. Senão vejamos:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

(...)

Perigo de contágio venéreo

Art. 130. Expor alguém por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

(...)

Maus-tratos

Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.

(...)

Rixa

Art. 137. Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

(...)

Constrangimento ilegal

Art. 146. Constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

A sanção administrativa disciplinar, durante até 360 dias, com possibilidade de alcançar até um sexto da pena aplicada, demonstra nítida desproporcionalidade ao prescrever sanções superiores às sanções previstas para muitos delitos contidos no Código Penal pátrio.

O art. 52, em sendo aplicado, nos conduzirá à seguinte situação de perplexidade:

Aqueles que cometerem crimes de lesão corporal, maus-tratos e constrangimento ilegal contra presos provisórios ou condenados, prática comum nas unidades prisionais, serão apenados com sanção de no máximo 1 (um) ano de detenção, podendo iniciar o cumprimento dessa reprimenda em regime semi-aberto, ou efetuar o pagamento de multa.

Já o preso que venha a praticar as genéricas e imprecisas condutas de incitar movimento de subversão à ordem ou à disciplina; inobservar os deveres de obediência a servidores e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; ou então inobservar as tarefas e ordens recebidas, ou forem classificados sob o impreciso conceito de subversor da ordem ou da disciplina poderão ficar sujeitos a regime disciplinar de 360 dias a serem cumpridos em celas de segurança.

Parece ser situação de extrema inadequação ao princípio da proporcionalidade.

Também parece desproporcional a possibilidade existente na Lei de Execução Penal de aplicação do isolamento e do RDD para condenados em geral, quer esses cumpram a reprimenda em regime fechado, quer cumpram em regime semi-aberto. A respeito dessa desproporcionalidade manifesta-se a doutrina que "otro inconveniente de optar por el catálogo de sanciones es que se desconsidera la circunstancia de que existen centros con muy diferente naturaleza lo que supone que los preceptos 108 y 109 del Rto. No pueden aplicarse universalmente a todos los centros y, en segundo lugar, que determinadas acciones que aparecen como

faltas graves pueden serlo en un centro con régimen cerrado y, sin embargo, perder gravedad en un centro abierto. Un ejemplo de esto último son todas aquellas acciones que consisten en formular protestas o reclamaciones, es lógico que no resulte de la misma transcedencia cuando se formulan en un régimen cerrado especial donde el sentido de la disciplina es más estricto que en un régimen abierto" (Mapelli Caffarena, 1983:294).

A Lei de Execução Penal brasileira, ao autorizar a aplicação do isolamento para aqueles que tenham "incitado ou participado de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; ou inobservado os deveres previstos nos incisos II e V no art. 39", seja para os presos do regime fechado, seja para aqueles do regime semi-aberto, parece fazer uso de tratamento desproporcional violador do princípio em comento.

5.3 Da inconstitucionalidade do isolamento e do RDD em face da violação ao princípio constitucional da humanidade

Dispõe o Texto Constitucional que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; não haverá penas cruéis; a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" – art. 5.º, III, XLVII, XLVIII e XLIX, da CF/1988.

Desse conjunto de garantias se extrai o princípio da humanidade, que significa reconhecer e tratar o preso como pessoa humana, que embora privado do direito de locomoção, mantém a titularidade dos demais direitos não atingidos pela sentença penal, assegurando-lhes todos os direitos inerentes à condição humana.

Esse princípio, consagrado no Texto Constitucional, encontra-se previsto e consagrado no ordenamento jurídico internacional ao dispor que "ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degra-

dante" – art. 5.º da Declaração dos Direitos do Homem; bem assim, "ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes" – art. 5.º, II, da Convenção Americana sobre direitos humanos; ou ainda, "o preso deve ser tratado humanamente, e com o respeito que lhe corresponde por sua dignidade humana" – art. 10, I, da Convenção Internacional sobre direitos políticos e civis. Também outras normas internacionais proíbem a tortura e os maus-tratos ou penas desumanas ou degradantes, como o Princípio 6 do conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão; ou ainda o art. 3.º do Convênio Europeu de Direitos Humanos.

A Convenção contra a Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984 define o que se entende por tortura como "todo ato pelo qual se infrinja a uma pessoa dor ou sofrimento grave, sejam físicos ou mentais", com a finalidade de obter uma informação ou confissão, de castigá-la ou de intimidar a pessoa afetada ou a outras. Estabelece também esta Convenção que "não se consideram tortura a dor ou o sofrimento que seja conseqüência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes ou incidentais a estas". Com esta exceção tão pouco precisa se deixa uma *porta aberta* para a atuação arbitrária das Instituições Penitenciárias, pois os maus-tratos destas às pessoas presas quase sempre aparecem no marco do cumprimento de uma sanção estabelecida legalmente. Nesse sentido, poderia se considerar o RDD durante 360 dias uma *sanção legítima*, pois estabelecida frente às infrações regimentais previstas na normativa penitenciária, permitindo-se, assim, o grave sofrimento físico e psíquico que produz.

No entanto, o sentido das normas internacionais parece ser outro, e seu objetivo é evitar a atuação da administração penitenciária que afete gravemente a dignidade da pessoa, exponha a um tratamento vexatório e constitua uma humilhação a mais do que a já produzida pela privação da liberdade. Por isso, os atos da instituição carcerária que não sejam estritamente necessários para o cum-

primento da pena de privação da liberdade e sua finalidade principal de reeducação e reinserção social do apenado, também reconhecida pela legislação internacional, e representem um *plus* de humilhação e violência, devem ser compreendidos como tortura, maus-tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, em função da gravidade da conduta. Como afirma Rivera Beiras (1997:78) "ha de entenderse como trato degradante aquel que es susceptible de crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad capaces de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral". Nesse sentido, isolar uma pessoa durante 360 dias, limitando sua liberdade de movimentos, restringindo extremamente suas comunicações e seus vínculos com o exterior e endurecendo, em geral, todas as suas condições de vida, configura um tratamento degradante, que aumenta desnecessariamente a humilhação que já sofre uma pessoa submetida a uma pena privativa de liberdade, situação mais grave ainda em ambientes onde a realidade das prisões é lamentável, como é o caso brasileiro.

Parece claro que o Regime Disciplinar Diferenciado se distancia do direito constitucional e internacional que reiteradamente vem orientando no sentido de uma intervenção penal e um tratamento penitenciário humanizado, pois o isolamento e o RDD, sem dúvida alguma, agravam a dessocialização do preso.

Ademais, se se considerar que o encarceramento comum tem produzido como efeito problemas biológicos, mentais e sócio-familiares, que merecem ser novamente citados, agrupados, segundo Valverde (1997:100-26) em problemas sensoriais – alterações da visão, audição, paladar, olfato, alterações da imagem pessoal e tensão muscular; e problemas psicossociais – auto-afirmação agressiva, comportamento subalterno frente à instituição prisional, alteração da sexualidade, perda de controle sobre a própria vida, estado permanente de ansiedade, perda de expectativas para o futuro, perda do sentido de responsabilidade, perda de vínculos sócio-familiares, alterações da afetividade, sensação de desamparo, anormalidade de linguagem, se pode questionar: o que esperar

de um regime disciplinar durante 360 dias, em Celas de Segurança onde inexistem condições mínimas de sobrevivência? Ademais, o isolamento e o RDD anulam qualquer possibilidade de convívio. Nesse ambiente é possível se falar em ressocialização do preso? Ou, ao menos, é possível se falar em não dessocialização do preso?

Parece inconciliável o fim proposto para a pena privativa de liberdade – a ressocialização do preso – com o isolamento existente na Lei de Execução Penal, bem como o regime disciplinar adotado pela Lei 10.792/2003.

O isolamento por longo período, conforme prevê o novo texto legal, tende a agravar o quadro de vitimização a que se encontra submetido os presos no Brasil. Isolar durante 360 dias significa violar diretrizes político-criminais e penitenciárias contidas no Texto Constitucional, bem assim violar o ordenamento jurídico internacional. Ademais, o isolamento representará o agravamento do sofrimento estéril a que se encontram submetidos os presos. Sofrimento que pode ser sintetizado, em linhas gerais, pelo quadro a seguir:

– Idéia generalizada de que a vitimização dos delinqüentes encarcerados não merece a atenção do Poder Público e da sociedade civil;

– Reiterados abusos às regras mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento daqueles que se encontram privados da liberdade;

– Aprisionamento, quase sempre, em unidades com excesso de população;

– Inexistência ou oferecimento precário de assistência jurídica, médica, odontológica e social;

– A sistemática prática da tortura;

– Manutenção de presos à disposição da Justiça em Delegacias de Polícia, sem qualquer estrutura para esse fim;

– Violência física e psíquica entre os encarcerados;

– Ausência de atividades laborais para considerável parcela da população encarcerada;

– Revista aos encarcerados, quase sempre, feita de forma violenta;

– Insuficiência das oportunidades de trabalho, educação e treinamento e lazer.

As já citadas regras mínimas da ONU também regulam certos aspectos que podem incidir na legalidade ou legitimidade de um Regime Disciplinar Diferenciado. Assim, da Regra 10 a 13 se estabelecem umas condições mínimas que devem cumprir as celas de uma unidade penitenciária. Por exemplo:

A Regra 10 dispõe: "Os locais destinados aos reclusos e especialmente aqueles que se destinam ao alojamento dos reclusos durante a noite, devem satisfazer as exigências de higiene, considerando o clima, particularmente no que concerne ao volume de ar, superfície mínima, iluminação artificial, calefação e ventilação".

A Regra 11 estabelece: "Em todo local onde os reclusos tenham que viver ou trabalhar: a) as janelas terão que ser suficientemente grandes para que o recluso possa ler e trabalhar com luz natural; e deverão estar dispostas de maneira que possa entrar ar fresco, haja ou não ventilação artificial; b) a luz artificial terá que ser suficiente para que o recluso possa ler e trabalhar sem prejuízo para sua visão".

Já as Regras 12, 13 e 14 regulam a adequação das instalações sanitárias, os locais para banho, a limpeza e o bom estado que devem estar todos os locais freqüentados regularmente pelos reclusos.

Em outro sentido, ao regular o regime disciplinar, essas regras mínimas proíbem "as penas corporais, isolamento em celas escuras, assim como toda sanção cruel, desumana e degradante" (R. 31) "e a utilização de algemas, correntes e camisas-de-força como sanções" (R. 33), prática habitual nas situações de isolamento.

Também se deve ter em conta que ao aplicar o isolamento, as Regras 79 e 80 que orientam no sentido de zelar "particularmente pela manutenção e melhoramento das relações entre o recluso e sua família, e estimular o recluso para que mantenha ou estabeleça relações com pessoas ou organismos externos que possam favorecer os interesses de sua família assim como sua própria readaptação social", são flagrantemente violadas.

Ademais, o Regime Disciplinar Diferenciado demonstra toda a sua inocuidade quanto ao fim ressocializador, pois se trata de medida imposta que conforme Muñoz Conde (1982:148) significa grave violação às garantias fundamentais, pois "o tratamento não é uma obrigação que pode ser imposta coativamente ao preso. Ademais, a imposição coativa de um tratamento 'ressocializador' afeta a consciência e a escala de valores do preso, viola o direito a ser diferente – quando o tratamento é imposto – sendo uma violação aos direitos fundamentais do preso".

Ou seja, a ideologia do tratamento que fundamenta o fim da ressocialização não passa de uma condução e/ou manipulação da personalidade do preso, pois a intervenção *ressocializadora*, que se caracteriza pela moral autoritária do Estado punitivo, representa uma padronização de condutas que viola a diversidade humana.

Também se deve considerar que se no atual momento as unidades prisionais brasileiras, com raras exceções, não conseguem implementar e fazer cumprir as regras mínimas das Nações Unidas para atendimento e tratamento das pessoas privadas de liberdade, o uso do Regime Disciplinar Diferenciado tende a agravar a situação dos presos brasileiros, conduzindo o país a uma situação extrema de violação aos direitos do homem.

O isolamento e o Regime Disciplinar Diferenciado representam intervenção de extrema gravidade, pois incide sobre a liberdade de movimento corporal do preso, com efeitos contraproducentes que não se ajustam e anula qualquer possibilidade de ressocialização ou não dessocialização. Isso porque o preso, já privado da liberdade pessoal de locomoção, de ir e vir, de manter contatos exteriores, agora, no isolamento, se vê subtraído de um dos desdobramentos do direito de locomoção que é o direito de movimento corporal. Não se pode negar que o isolamento subtrai quase todas as possibilidades de movimentos corporais do preso, sofrendo este dupla reprimenda estatal. Inviável qualquer tratamento penitenciário e política de reinserção, bem assim imprevisíveis as conseqüências

biopsíquicas e sócio-familiares para os isolados. A adoção do isolamento não se ajusta aos princípios contidos na Lei de Execução Penal, que impõe ao Estado o dever de zelar e promover a integridade do preso.

É tão evidente os nefastos efeitos do isolamento sobre o preso que o direito comparado já orienta no sentido de, em sendo absolutamente necessária essa medida, que a mesma seja acompanhada de providências médico-sanitárias que minimizem os efeitos do isolamento. Nesse sentido a Lei Geral Penitenciária da Espanha dispõe que:

"Art. 43. (...)

1. La sanción de aislamiento se cumplirá con informe del médico del establecimiento, quien vigilará diariamente al interno mientras permanezca en esa situación, informando al Director sobre su estado de salud física y mental y, en su caso, sobre la necesidad de suspender o modificar la sanción impuesta".

Ou seja, essa previsão normativa sinaliza para os graves efeitos do isolamento sobre a saúde do preso.[7]

Apesar de tudo isto, a jurisprudência, tanto no âmbito europeu como no espanhol, não parece atender a esta finalidade de defesa dos direitos humanos e das garantias básicas de forma tão extensiva e produz uma clara restrição destes direitos para as pessoas presas.[8] No entanto, ainda que se adotem algumas posturas restritivas, o regime previsto na Lei de Execução Penal parece ser muito agressivo aos direitos e garantias próprios de um Estado de Direito e de uma administração penitenciária democrática. Vê-se, então, que o Brasil distancia-se sobremodo da orientação internacional.

Centrando na jurisprudência constitucional espanhola, é de destacar a Sentença 2, de 21.01.1987. Em seu Fundamento jurídico 2 se estabelece que "no

7. Ver nota n. 2.

8. Cf. Sentenças de 18.06.1971 – Assunto De Wilde, Ooms e Versyp; de 18.01.1978 – Assunto Irlanda contra Reino Unido; e Sentença de 25.04.1978 – Assunto Tyrer, todas do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Sentença do Tribunal Constitucional espanhol 2, de 21.01.1987.

cabe duda que cierto tipo de aislamiento en celdas negras, el confinamiento absolutamente aislado o cerrado es una forma de sanción que envuelve condiciones manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes, y por ello han venido siendo vedados en los más modernos sistemas penitenciarios". O Tribunal Constitucional espanhol aceita a sanção de isolamento com as restrições estabelecidas na legislação penitenciária espanhola para a sua adoção e as estritas condições que se exige para a sua execução. Como segue dizendo o Alto Tribunal "esta regulación legal restrictiva supone, por un lado, que este tipo de sanción no es una más de las que están a disposición de las autoridades penitenciarias, sino que sólo debe ser utilizada en casos extremos, y en segundo lugar que esta sanción se reduce a una confinación separada, limitando la convivencia social con otros reclusos, en una celda con condiciones y dimensiones normales, llevar una vida regular, y que se le puede privar de aquellos beneficios (biblioteca, posesión de radio etc.) abiertos a los demás internos".

A limitação legal dos casos em que se pode aplicar esta sanção e as condições estritas que se impõe para a sua execução na legislação espanhola deixam ver que se trata de uma medida muito prejudicial para o apenado, somente aplicável em casos extremos e que deve permitir a *vida regular do interno*. O isolamento assim considerado é juridicamente discutível pelas restrições que impõe para as pessoas presas de direitos não limitados pela própria pena. Ademais, nas péssimas condições que se produzem na realidade penitenciária, o isolamento se converte em uma atuação degradante e desnecessariamente restritiva dos direitos mais elementares que deve desfrutar qualquer pessoa num regime democrático. Apesar desta regulamentação, a realidade na Espanha demonstra o freqüente uso do isolamento como sanção e em condições muito duras; o que ocorrerá então se, no plano legislativo, se aumentar o rigor, a duração ou se *relaxar* as limitações para a aplicação desta medida extrema? No caso da legislação brasileira a duração excessiva já converte tal medida, sem entrar em outras considerações, em reprovável manifestação punitiva à luz dos direi-

tos e garantias individuais reconhecidos em um Estado Democrático, Social e de Direito. Assim, como diz o Tribunal Constitucional espanhol "(...) no es la sanción en sí, sino que el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, el carácter más o menos estricto de la medida, su duración, el objeto perseguido y sus efectos en la persona en cuestión, los que podrían hacer en concreto de esa sanción una infracción del artículo 3 del Convenio de Roma" (Sentencia 2, de 21.01.1987, F. J. 2.º).

Também, a falta de claridade do texto legal ao regular os supostos aos quais seriam aplicados esta sanção (por exemplo, dificuldade em se classificar uma pessoa como subversiva ou de alto risco para a segurança), deixa uma grande discricionariedade para a administração penitenciária. Isto supõe, na prática penitenciária, mais possibilidades de abusos aos direitos básicos e as garantias para defender-se das pessoas que se encontram em uma posição muito débil ante a administração.

Ademais, num país onde a população livre ainda encontra dificuldades em obter assistência médica; onde a população carcerária convive com doenças infecto-contagiosas como a tuberculose e a Aids; onde, segundo relatório do Human Rights Watch,[9] o espaço físico é inadequado com a prática de atividades médico-sociais, faltam medicamentos, faltam equipamentos e existe reduzido número de profissionais da área de saúde, manter o preso no isolamento, com todas essas deficiências, significa caminhar para a absoluta inocuização do mesmo.

5.4 Da inconstitucionalidade do isolamento e do RDD em face da vedação constitucional à prisão de natureza administrativa disciplinar

A ordem constitucional vigente, ao dispor que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária

9. Relatório citado à p. 9.

competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" – art. 5.º, LXI, da CF, resultou por vedar as prisões de natureza administrativa disciplinar, com exceção para os crimes e transgressões militares.

Diante dessa vedação à prisão administrativa disciplinar parece que o isolamento em cela e o Regime Disciplinar Diferenciado tornaram-se, à luz da Constituição Federal de 1988, insustentáveis, pois violam essa proibição.

O isolamento e o Regime Disciplinar Diferenciado, enquanto sanção administrativa disciplinar que são, ao serem aplicados aos presos que cometem falta grave ou considerados subversivos ou periculosos, se constituem, inequivocamente, em violação ao art. 5.º, LXI, da CF.

A vedação à privação de liberdade imposta pela Administração Civil é destacada também na doutrina internacional ao dispor que "hay que considerar que por la comisión de las infracciones pueden imponerse sanciones como el aislamiento en celda que no está exento de polémicas, pues si sostenemos que el aislamiento en celda puede ser una privación de libertad dentro de la privación de libertad (por su específico régimen que limita aún más la libertad de movimientos del interno dentro de la Institución), y por tanto la cárcel dentro de la cárcel, se violará el artículo 25.3 de la Constitución, al establecer que la Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, ya que esta sanción (aunque con la lógica revisión del Juez de Vigilancia, ante la interposición de los recursos judiciales correspondientes), la impone un órgano colegiado administrativo (La Comisión Disciplinaria) y no una autoridad judicial" (Rodríguez, 2001:130).[10]

Ademais, conforme se vê no art. 54 da Lei de Execução Penal, a sanção prevista no inc. IV do art. 53 – isolamento em cela – será aplicada pelo diretor

10. Cf.: FERNÁNDEZ GARCÍA, J. "El régimen disciplinario". In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coord.). *Manual de derecho penitenciario*. Madrid, 2001; y MAPELLI CAFFARENA, B. "El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional". RIVERA BEIRAS, I. (Coord.). *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. Barcelona, 1984.

do estabelecimento, muitas vezes, na prática, após ter ouvido os mesmos agentes públicos – agentes penitenciários, coordenadores de vigilância, coordenadores de segurança – envolvidos, direta ou indiretamente, nas situações conflitivas que deram causa ao procedimento disciplinar. Some-se a isso a quase inexistente ou deficitária assistência jurídica aos presos que resulta, em última análise, numa imposição da sanção administrativa disciplinar com violação ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Regular a execução penal nos termos fixados pelo Texto Constitucional, com conseqüente afastamento do isolamento e do RDD, se constitui numa exigência do moderno direito penitenciário, bem assim numa necessária jurisdicionalização da Execução Penal.

Atualmente, no Estado Democrático, Social e de Direito que se quer ver consolidado, "ficou para trás o tempo em que o condenado à pena de prisão era despojado de todos os direitos, transformando-se em objeto de uma relação especial de poder criada e mantida num espaço de não-direito" (Andrade, 1987:243).

O Regime Disciplinar Diferenciado, por todo o exposto, não se ajusta à ordem constitucional nacional e internacional, e também não se ajusta às idéias de reeducação e ressocialização inseridas no ordenamento jurídico nacional, pois "hoje, sabe-se que as idéias de correção ou de educação não se compadecem com a existência de duros e degradantes regimes prisionais, pressupondo, pelo contrário, o respeito e a salvaguarda da dignidade humana" (Rodrigues, 2001:65). Visível a incompatibilidade do RDD na nova ordem constitucional.

5.5 *Da incompatibilidade do isolamento e do RDD com as Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária – Resolução 5, de julho de 1999 – do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária ao dispor que se constitui Diretriz Básica de Política Criminal e Penitenciária brasileira, entre

outras, "alertar para a ineficácia de regramentos normativos que visem a alargar a tipificação penal e oferecer maior rigor no tratamento de certos crimes, especialmente quando venham a contrariar o regime progressivo de cumprimento de pena, cientificamente voltado para a reintegração social do condenado" (art. 7.º da Resolução 5/1999), bem assim "repudiar propostas como a pena de morte, pena perpétua e redução de idade-limite da responsabilidade penal" (art. 13 da Resolução 5/1999), repudiou os instrumentos político-criminais e penitenciários que se aproximam do Movimento de Lei e da Ordem ou Direito Penal do Terror, ou ainda, Direito Penal do Inimigo.

Esse movimento de Lei e da Ordem se caracteriza, em linhas gerais, por sugerir o recrudescimento da reação estatal punitiva ante o fenômeno delitivo. Reação estatal punitiva imediatista e simbólica que, quase sempre, não se ajusta ao Texto Constitucional e ao Estado Democrático, Social e de Direito.

Em breve síntese, esse movimento, estimulado pela *mass media*, se caracteriza, ainda, e propõe, segundo Araújo Jr. (1991:70):

"1. a pena se justifica como castigo e retribuição;

2. os chamados crimes atrozes devem ser punidos com penas severas e duradouras;

3. as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos devem ser cumpridas em regimes de severidade;

4. a prisão provisória deve ter o seu espectro ampliado;

5. deve haver uma diminuição dos poderes de individualização do juiz e um menor controle judicial da execução da pena".

Essas idéias, que carecem de fundamentação científica e não têm demonstrado resultados empíricos positivos, fundamentaram a Lei 8.072/1990 – Lei de Crimes Hediondos, rechaçada por amplos setores da doutrina nacional e por setores do Judiciário, e agora serviram para fundamentar a Lei 10.792/2003.

Cumpre ressaltar que a Lei 8.072/1990 – Lei de Crimes Hediondos –, que renunciou ao regime progressivo de cumprimento de pena privativa de liber-

dade, conquista do moderno saber penal e penitenciário, não conseguiu, até o momento, deter os crimes tipificados como hediondos.

Também, países que adotam essas orientações meramente retributivas, a exemplo dos EUA, têm, ao mesmo tempo, apresentado índices crescentes de situações delitivas. Ou seja, parece que o rigor legislativo não tem sido eficaz na resolução dos conflitos definidos como crime.

Ademais, essas orientações aparecem ao lado de outras proposições como a ampliação do limite máximo da pena privativa de liberdade para 40 anos; classificação do homicídio cometido contra autoridades judiciárias como crime hediondo com pena de 20 a 40 anos; vedação do *habeas corpus* para os reincidentes; redução da idade-limite de responsabilidade penal; pena de prisão perpétua; pena de morte; pena de trabalhos forçados; e inoculação dos delinqüentes sexuais mediante a castração ou esterilização; todas elas resultando num retorno ao Estado punitivo medieval, numa clara renúncia ao Estado Democrático, Social e de Direito.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária ao dispor, segundo a Resolução 5/1999, que compete ao Estado brasileiro "alertar para a ineficácia de regramentos normativos que visem a alargar a tipificação penal e oferecer maior rigor no tratamento de certos crimes, especialmente quando venham a contrariar o regime progressivo de cumprimento de pena, cientificamente voltado para a reintegração social do condenado" (art. 7.º, Resolução 5/1999), bem assim "repudiar propostas como a pena de morte, pena perpétua e redução de idade-limite da responsabilidade penal" (art. 13, Resolução 5/1999), afastou qualquer possibilidade de adoção no país desses instrumentos de dessocialização e inocuização do preso.

O Regime Disciplinar Diferenciado com prazo de até 360 dias significa a adoção, no país, de instituto de constitucionalidade duvidosa, bem assim de instituto dessocializante e inocuizante inadmissível nos países democráticos.

Também, para que se tenha uma idéia de como o RDD se afasta da legislação de outros países, vale citar dois aspectos acerca de qualquer isolamento disciplinar:

a) primeiro, em outras codificações[11] esse instituto é medida excepcional, a ser adotada somente na situação extrema em que o manifeste uma comprovada agressividade e violência, ou quando este, reiterada e gravemente, altere a convivência no estabelecimento; vê-se logo a impossibilidade de aplicação generalizada fundada no impreciso conceito de subversão e periculosidade, como prevê a Lei brasileira.

b) segundo, o limite previsto na legislação brasileira – até 360 dias – afasta-se dos limites usados em outros países, pois "el artículo 39 de la Ley penitenciaria italiana indica la limitación de hasta quince días para la sanción del aislamiento celular; el artículo 103.9 de la Ley de Ejecución alemana señala el límite de cuatro semanas para el arresto celular; el artículo 53 de la Ley de régimen penitenciario venezolano establece los quince días para la reclusión en celda de aislamiento; igual número de días de separación de la vida en común imponen los artículos 28.4 y 30 del reglamento canadiense; el artículo 83 del reglamento belga fija la extensión máxima de la sanción en celda en los nueve días, con la posibilidad de llegar a los dieciocho si se comete por el interno nueva infracción sin intervalo temporal; el artículo 133.1 h), i) de la Ley penitenciaria portuguesa sitúa el límite temporal del internamiento en celda individual o disciplinaria en un mes y, por ultimo, el artículo 42.1 de la Ley General Penitenciaria española sitúa el límite del aislamiento en catorce días" (Valdés, 1995:126). Também, nesse mesmo sentido, a Regra 51.4 b) das Regras inglesas, que era mais dura, estabelecendo um limite de 56 dias, foi revogada.

Por derradeiro, todas estas restrições de direitos que incidem sobre as pessoas internadas em centros penitenciários, e que o isolamento em cela e o RDD são mais uma manifestação restritiva do Estado punitivo, buscam fundamentar-se e justificar-se na jurisprudência internacional e nacional através dos

11. Seja exemplo o Regulamento Geral Penitenciário espanhol, que, no seu art. 42.4, dispõe acerca da natureza excepcional desse instituto. Ver nesse mesmo sentido: o Auto do Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, de 17.04.1997.

conceitos da defesa da *ordem pública, ordenada convivência, caráter insuprimível da discricionariedade regulamentária* no âmbito penitenciário etc.

Uma das justificativas mais utilizadas na jurisprudência espanhola é a existência de uma relação especial de sujeição do preso para com a administração penitenciária. Lasagabaster, em sua obra *Las relaciones de sujeción especial* (Madrid, 1994), define-a como "aquella construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los Poderes Públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa". Este conceito foi utilizado pela primeira vez por Laband (para os funcionários públicos) e depois, com maior claridade, por Mayer, em 1924, e aparece relacionado com um direito penal liberal retributivo, pouco interessado pelo sistema penitenciário.

Na Espanha este conceito – relação especial de sujeição – não teve tanta reflexão doutrinária, além de ter sido adotada pela jurisprudência de forma acrítica, inclusive depois da aparição da Lei Orgânica Geral Penitenciária de 1979, primeira Lei Orgânica do período democrático. Deve-se abandonar este conceito num contexto do Estado Democrático, Social e de Direito onde a administração penitenciária não pode constituir-se em um âmbito externo ao Direito, que justifique uma discricionariedade especial desta frente a certo tipo de cidadão, que suponha o desaparecimento do sistema de direitos e garantias individuais que as legislações democráticas reconhecem para todas as pessoas.[12]

A realidade jurisprudencial espanhola demonstra que este conceito de relação especial de sujeição tem sido freqüentemente utilizado para vulnerar o princípio da legalidade, restringir os direitos fundamentais das pessoas presas e evitar o controle judicial da atividade da administração penitenciária. Alguns

12. Lasagabaster: "El operador jurídico tiene aquí un verdadero talismán, que sin mayor esfuerzo que su sola utilización, permite justificar actuaciones administrativas que de otra forma serían perfectamente ilegales" (op. cit., p. 152).

exemplos disto chamamos, por exemplo, a já citada Sentença do Tribunal Constitucional espanhol 2, de 21.01.1987, na qual se afirma, em seu Fundamento jurídico 2.º, que "el interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un Poder Público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al Poder Público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material".

Outros exemplos se podem extrair das Sentenças 60/1996 ou 129/1995, nas quais se afirmam coisas como as seguintes: "el internamiento de un ciudadano en un centro penitenciario vincula al interno con la Administración estableciendo una relación de sujeción especial que le somete a un poder administrativo autónomo y más intenso que el se proyecta, en general, sobre el común de las personas", ou ainda, "las relaciones jurídicas que, con ocasión del internamiento en un centro penitenciario se establecen entre las personas recluidas en el mismo y la Administración penitenciaria, tienen naturaleza de relación especial de sujeción y así se desprende del art. 25.2 CE (Constituição Espanhola)".

Esta última frase demonstra a adoção deste conceito de especial sujeição pela jurisprudência constitucional espanhola, ao derivar-se de uma interpretação muito extensiva do art. 25.2 da Constituição Espanhola. Dispõe o citado artigo que "el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, *el sentido de la pena* y la ley penitenciaria". A ambígua expressão *sentido da pena* serve para justificar esta restrição de direitos que implica a relação especial de sujeição, conceito surgido das intenções do Poder Executivo de defender suas clássicas prerrogativas em outras formas políticas de Estado já superadas his-

toricamente. Em um Estado que chama a si mesmo Democrático, Social e de Direito, a manutenção destes privilégios de uma administração autoritária se torna indefensável, e nenhuma esfera da atividade dos Poderes Públicos deveria se furtar ao controle jurisdicional necessário à defesa das garantias fundamentais das pessoas e nenhum âmbito desse mesmo Estado de Direito deve permanecer alheio à lei e aos direitos constitucionalmente reconhecidos.

Em algumas sentenças do tribunal constitucional começa a se perceber uma certa modificação na consideração dos direitos fundamentais das pessoas presas. Assim, a Sentença 48/1996, de 25 de março, entende que as relações de sujeição especial não somente limitam certos direitos, mas também obrigam a Administração Pública a que "se proteja y facilite el ejercicio de los demás que no resulten necesariamente limitados". Espera-se que esta tendência se consolide e signifique uma verdadeira inclusão do âmbito penitenciário em um Estado e uma sociedade efetivamente democráticos, pois

"(...) es claro que la situación de sujeción especial del interno (si es que este concepto es aceptable en un Estado de Derecho) en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales" (STC 120/1990) ni por tanto que "la justicia se detenga en la puerta de las prisiones" (SSTC 2/1987, 297/1993, 97/1995 y S.T.E.D.H. de 28 de junio de 1994, caso Campbell y Fell). (Sentencia TC 143/1995, de 3 de octubre, F. J. 2.º Y STC 39/1997, de 27 de febrero).

As "inovações" introduzidas na Lei de Execução Penal brasileira e outras reformas penais e processuais programadas nas legislações de muitos países, entre elas a reforma do Código Penal e da Lei de Enjuizamento Criminal espanhola, com pesar, não têm se conduzido por esse caminho de consolidação dos direitos básicos de todas as pessoas em um Estado Democrático, mas sim pelo caminho da restrição e limitação de direitos em determinados setores, criando excepcionalidades que violam o princípio da igualdade ante a lei, pilar dos nossos ordenamentos jurídicos.

6. Algumas conclusões

6.1 Demonstra, o isolamento e o RDD em comento, que, sob forte influência midiática e, em muitos momentos para atender a esta, ainda não se consegue – ou não se quer – identificar, avaliar, discutir e alterar a gênese da violência e criminalidade presente. Continua a insistir no clássico e ineficaz enfrentamento das conseqüências. Continua a acreditar – e querer fazer-se acreditado – que uma centena de presos em Regime Disciplinar Diferenciado vai suspender ou minimizar as causas e motivações que geram a violência e a criminalidade. Seja exemplo dessa argumentação a Lei 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos –, que parece não ter contribuído para a redução dos índices de crimes definidos como tais;

6.2 Demonstra afastamento por completo do Estado Democrático, Social e de Direito prometido pelo legislador constituinte de 1998, bem assim da legislação internacional de tutela e promoção dos direitos fundamentais que o Brasil recepcionou;

6.3 Demonstra não considerar e violar as Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária traçadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária;

6.4 Demonstra que está em curso no Brasil uma Política Criminal e Penitenciária autoritária, conservadora, utilitarista, midiática e simbólica;

6.5 Demonstra que os setores outrora ditos de esquerda, progressistas, libertários, não têm apresentado uma Política Criminal e Penitenciária compatível com o ideário que afirmam defender. Ao inverso, demonstram uma sedução pela reação estatal punitiva que se deixa aproximar e contaminar da Política Criminal e Penitenciária segregacionista formulada e exportada pelos EUA;

6.6 Demonstra que, embora se tenha um Governo Federal formalmente democrático e de base popular, está se formulando e implantando políticas criminais e penitenciárias que vão recair forte e perversamente sobre essa mesma base popular;

6.7 Demonstra que existe a possibilidade, caso não se rediscuta a forma atropelada como se tem apresentado tais proposições, quase sempre com o compromisso de se fazer uma tramitação emergencial, do atual Governo Federal ser lembrado pela História como o responsável pela adoção, no Brasil, de um Direito Penal do Inimigo característico dos regimes de exceção;

6.8 Reduzir a violência e a criminalidade é tarefa de todos. No entanto, não se podem reduzir esses fenômenos à base de políticas simbólicas e que se afastem do Estado Democrático, Social e de Direito.

Bibliografia

ANDRADE, J. C. Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1987.

ARAÚJO JR., João Marcelo de. "Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – Aspectos". *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revam, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, C. Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1991.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revam, 1999.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coord.). *Manual de derecho penitenciario*. Salamanca: Universidad de Salamanca/Colex, 2001.

CERNICHIARO, L. Vicente. *Direito penal na Constituição vista dos tribunais*. Rio de Janeiro: Ed. RT, 1995.

GRAU, E. Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988* – Interpretação e crítica. São Paulo: Ed. RT, 1990.

HUMAN RIGHTS WATCH. *O Brasil atrás das grades.* Relatório de inspeção a estabelecimentos penitenciários brasileiros. Rio de Janeiro: Human Rights Watch, 1998.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *La moderna victimologia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

LASAGABASTER. *Las relaciones de sujeción especial.* Madrid: Ivap/Civitas, 1994.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Principios fundamentales del sistema penitenciario español.* Barcelona: Bosch, 1983.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito". In: Vários autores. *Política criminal y reforma del derecho penal.* Bogotá: Temis, 1982.

MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Madrid: Civitas, 1996.

REDONDO; FUNES; LUQUE. *Justicia Penal y reincidencia.* Barcelona: Fundación Jaume Callís, 1994.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales.* Barcelona: Bosch, 1984.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária.* São Paulo: Ed. RT, 2001.

SUNDFELD, C. Ari. *Fundamentos de direito público.* São Paulo: Malheiros, 1992.

VALDÉS, Carlos García. *Comentarios a la legislación penitenciaria.* Madrid: Civitas, 1995.

VALVERDE, Jesús. *La cárcel y sus consecuencias.* Madrid: Popular, 1997.

ZAFFARONI, E. Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina.* Buenos Aires, 1986.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Manual de derecho penitenciario.* Salamanca: Universidad de Salamanca, 2001. p. 285.

_____. *Política criminal.* Madrid: Colex, 2001.

Princípios constitucionais do Ministério Público

Francisco Dias Teixeira
Subprocurador-Geral da República.

Sumário: 1. Introdução – 2. Independência e imparcialidade – 3. Independência funcional, autonomia funcional e autonomia administrativa: 3.1 Independência e autonomia; 3.2 Autonomia funcional e autonomia administrativa – 4. Unidade e indivisibilidade: 4.1 A unidade; 4.2 A indivisibilidade – 5. Compatibilização dos princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

Resumo: No presente artigo procura-se estabelecer o significado e o conteúdo dos princípios constitucionais do Ministério Público (unidade, indivisibilidade e independência funcional), indicando-se a aplicabilidade de cada um e a respectiva titularidade (a Instituição ou seu membro). Objetiva-se, com isto, a funcionalidade desses princípios, superando-se as possíveis contradições inerentes ao agir e eliminando-se paradoxos aparentes, especialmente entre o princípio da unidade e o da independência funcional.

Distinguem-se, por outro lado, os princípios do Ministério Público, que se referem à sua função constitucional (defesa do interesse público), das garantias constitucionais do Ministério Público (autonomia funcional, administrativa e financeira), que se referem ao ente jurídico estatal Ministério Público.

Palavras-chave: Ministério Público; princípios constitucionais; independência funcional; unidade; indivisibilidade.

1. Introdução

Não há nada mais caro à instituição Ministério Público de que a *unidade* e a *independência funcional*.[1] O consenso entre os membros da instituição é pleno enquanto se refira a esses conceitos de forma abstrata, desejáveis de se realizarem. Ninguém sustenta que se deva tocar nesses princípios. Todos preconizam a absoluta necessidade de se assegurar "a unidade de ação" entre os vários órgãos, de modo a se constituir "uma identidade institucional"; e todos se atribuem o direito a "uma atuação independente", da mesma forma que reconhecem igual direito ao outro. Mas aí é que surge a questão: se todos os membros têm direito à *independência funcional*, como construir-se a *unidade institucional*?

Não obstante o consenso em torno dos princípios – *unidade* e *independência funcional* – abstratamente considerados, os mesmos constituem questões que atormentam o nosso agir, e, "na prática", muitas vezes formamos concepções diversas sobre esses preceitos, gerando, não raro, situações de quase impasse.

Pretende-se, aqui, dar uma contribuição para se aclarar o significado dessas expressões, no contexto em que são utilizadas no texto constitucional, e, assim, encontrar-se uma forma de compatibilizar os proclamados e aclamados "princípios constitucionais do Ministério Público", no plano horizontal (a relação entre membros de igual nível), no plano vertical (a relação entre membros de níveis diferentes) e no plano organizacional (a relação entre os membros e os órgãos institucionais de decisão, deliberação ou coordenação), de sorte que, por um lado, seja assegurado à instituição um "perfil" revelador de sua *unidade*, e, por outro, seja preservada a *independência* de cada um de seus membros.

1. O § 1.º do art. 127 da CF diz que: "São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional". Atemo-nos, porém, inicialmente, aos conceitos de "unidade" e "independência funcional", para, depois, de forma mais detida, verificarmos a relação entre os conceitos "unidade" e "indivisibilidade", e destes com a "independência funcional".

Já o § 2.º do mesmo artigo diz que: "Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa (...)". Observa-se, pois, que a Constituição Federal não se refere a essas garantias do Ministério Público como sendo princípios. Procuraremos, assim, evidenciar a natureza dessas garantias e a que elas se referem.

Com efeito, muito se ouve falar sobre "os princípios constitucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional do Ministério Público", mas pouco se tem refletido sobre os campos de aplicabilidade desses conceitos, sobre as áreas de interseção dos mesmos e, conseqüentemente, sobre a compatibilização deles em nossa *praxis*. Invoca-se ou o princípio da *independência funcional* ou o *princípio da unidade* casuisticamente, de acordo com a posição que se quer defender, conforme a posição ideológica que se tem ou se deseja ver prevalecer no momento: a ação de determinado membro ou a autoridade de uma determinada orientação institucional. Mas não se vê uma abordagem teórica desses princípios, demonstrando o *modus* como podem, conjunta e concretamente, operar. A própria instituição tem sido tímida em enunciar entendimento sobre a questão. Não se crê nem se pretende que os conflitos decorrentes da dimensão ideológica de um *agir social* venham ser eliminados por uma espécie de "objetivização" das normas que regulamentam esse agir, mas um mínimo de elucidação dessas normas pode evitar, ou ao menos evidenciar, arbitrariedades que, por vezes, procura-se esconder sob o manto de conceitos *ad doc*.

Para isso, o primeiro passo é estabelecer o sistema conceitual (elementos significantes = palavras), de forma que se possa saber que, sempre que se utiliza uma palavra ou uma expressão, está-se referindo à mesma idéia.

No caso, tratando-se de uma "ciência normativa", esse sistema conceitual há de ser retirado da Constituição Federal, pois a tarefa consiste, exatamente, em estabelecer o conteúdo das palavras e expressões ali empregadas. Numa palavra: interpretá-las.

Essas palavras e expressões encontram-se nos §§ 1.º e 2.º do art. 127 da Carta Política, *verbis*:

"§ 1.º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2.º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa (...)".

O que, pois, é "unidade", "indivisibilidade", "independência funcional", por um lado, e, por outro, "autonomia funcional" e "autonomia administrativa", enquanto atributos do Ministério Público, por força da norma constitucional?

É o que pretendemos delinear. Para isso, no entanto, julgamos serem úteis algumas considerações acerca da própria natureza da instituição Ministério Público e da respectiva função.

2. Independência e imparcialidade

A *independência* está para o Ministério Público assim como a *imparcialidade* está para a magistratura. É certo que o juiz deve também agir com independência e o membro do Ministério Público, com imparcialidade, na medida em que o juiz, para manter-se imparcial, deve ser independente, e o membro do Ministério Público, mesmo enquanto *parte*, deve ter como pressuposto de sua atuação a mesma equidade que se espera do juiz (e não o simples interesse individual ou de grupo, como se tem por legítimo ao advogado). Nisso é que as duas instituições tocam-se.

Mas, se as instituições Ministério Público e magistratura intersecionam-se nos pontos *independência* e *imparcialidade*, elas não se seguem paralelas. Com efeito, a *imparcialidade* do juiz significa *eqüidistância das partes*, e diz respeito ao "mundo processual". Já o Ministério Público, mesmo atuando na qualidade de *custos legis*, não se situa num ponto ideal eqüidistante dos sujeitos processuais, pois seria ingênuo entender que a função do *custos legis* é defender uma norma abstrata, indiferente das partes em conflito; ao contrário, ele defende a norma, mas apenas enquanto esta é vocacionada a assegurar um *determinado interesse*, ainda que não coincida com o interesse de nenhuma das partes litigantes. Sua posição é, portanto, de *distanciamento* das partes, mas não de eqüidistância entre elas. Ou seja: o Ministério Público mantém-se em posição independente (distante) das partes, mas pode, perfeitamente, direcionar sua atuação no sentido de uma delas, desde que aí vislumbre o *determinado interesse* (= público). Pode-se, assim, dizer que a *imparcialidade* do juiz é uma *imparcialidade processual e formal*, porque diz respeito à sua posição no processo, e é indiferente aos interesses em litígio; en-

quanto que a *imparcialidade* do membro do Ministério Público é uma *imparcialidade pré-processual e material*, porque dele é exigida antes de entrar na cena processual, e diz respeito à sua *decisão* acerca do interesse (= bem jurídico) a ser defendido. Mais especificamente: quando *decide* que um determinado bem jurídico atende ao interesse público, e, portanto, merece sua defesa, o membro do Ministério Público fá-lo com *imparcialidade*; mas, a partir daí, é "parte" (genericamente falando), na medida em que defenderá aquele interesse em face de outros interesses; enquanto que o juiz não decide, previamente, qual interesse deve prevalecer (a que dou o nome de "independência funcional"), e, por isso mesmo, diante da lide, mantém-se neutro (= imparcialidade). Disso resulta que, no plano simbólico, a nota caracterizadora do Judiciário é a *imparcialidade*, e a do Ministério Público, a *independência*.

Porém, enquanto a *imparcialidade* do juiz assenta-se na base razoavelmente estável da lei, e por esta é moldada, a *independência* do órgão ministerial, se se assenta na plataforma da lei, guia-se pela âncora fugidia do *interesse social*, de cuja proteção a Lei Maior incumbiu o Ministério Público (art. 127). É dizer: posto um conflito entre interesses público e particular, o juiz (no plano abstrato da imparcialidade) arbitrará o conflito conforme o regramento legal ("imparcialmente"), e não em consideração às partes em conflito, enquanto que o membro do Ministério Público terá "escolhido", previamente, o "interesse" de cuja defesa a Lei Maior o incumbiu. E assim o fez exercendo sua independência funcional, pois "interesse particular" e "interesse público" são conceitos puros e opostos somente no plano teórico: na realidade fática e processual, muitas vezes, imbricam-se, e cabe ao membro do Ministério Público discriminá-los, para decidir pela defesa de um ou de outro: o juízo do "interesse público" compete ao Ministério Público (por delegação expressa da Lei Maior, art. 127). Ao Judiciário compete, apenas, dizer se o "interesse público" formulado pelo Ministério Público tem respaldo na ordem jurídica, ou se, ao contrário, é o interesse postulado pelo particular que a lei protege.

Com isso, obviamente, não se olvida a "função social" do juiz, nem o seu dever de, ao aplicar a lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil). Tampouco ignora-se que esse juízo de "interesse público" formulado pelo órgão do Ministério Público não pode ser arbitrário, livre de qualquer baliza normativa. A diferença está em que, para o juiz, o "interesse social" é conceito subsidiário de seu mister (aplicar a lei); já para o Ministério Público, o "interesse social" constitui-se no próprio objeto de seu mister (art. 127 da Carta Magna). O compromisso do juiz para com o *interesse público* e a *ordem democrática* é o compromisso do cidadão, qualificado pela função de julgar. Nesse sentido, é um compromisso-reflexo, porque seu compromisso direto diz com a imparcialidade na aplicação da lei. Já o compromisso do membro do Ministério Público com o *interesse público* é o compromisso do advogado (advogado do *interesse público*), portanto, primário, exclusivo, direto, que se confunde com sua própria função, outorgada pela Carga Magna. Disso decorre uma maior liberdade política (= *independência funcional*) no agir do Ministério Público, em contrapartida à maior rigidez técnica (= *imparcialidade*) do juiz.

Ao Ministério Público incumbe, ainda, num primeiro momento, fiscalizar a adequação dos atos dos demais agentes públicos àquela "plataforma" cimentada pela lei (defesa da ordem jurídica), sob o pressuposto de que a lei representa o *interesse público*; e, num segundo momento, "monitorar" a própria "plataforma legal", que deve inspirar-se num complexo principiológico de vocação democrática (o regime democrático), nos termos do art. 127 da CF. É amplo, pois, o espaço político no qual o órgão do Ministério Público pode movimentar-se legitimamente. Pode-se objetar que, nesse mesmo espaço, limitado apenas pela Constituição e pelas leis constitucionalmente válidas, movimenta-se o juiz. Mas ao juiz não é concedida a liberdade de movimentar-se *sponte sua*: o seu agir incide no ponto onde é solicitada sua intervenção, enquanto que o órgão do Ministério Público determina o seu próprio ponto de ação. É a liberdade de iniciativa, que em muito

se diferencia da liberdade de iniciativa do advogado liberal, porque este é jungido por um mandato particular e específico para o caso, não podendo – ele também – definir o caso concreto em que agirá, enquanto que o órgão do Ministério Público tem um mandato público (= legal) e genérico. Mais uma vez, aqui, ressalta-se a *independência funcional* do Ministério Público.

A Constituição é o limite ao campo de exercitação da *independência funcional* do Ministério Público, direcionada, sempre, ao *interesse público*, conforme, aliás, o é para todos e para tudo, enquanto agir social.[2] Mas existe diferença: enquanto, na condição de cidadão, o indivíduo não está *obrigado* (apenas tem o dever moral e cívico) a exercitar sua liberdade para vocacionar seu agir à busca da realização do *interesse público*, mas deve apenas agir de modo a não o obstar, ou, quando muito, colaborar na sua realização, e, por outro lado, o "agir no interesse público" do juiz está condicionado a um agir anterior (por maior que seja a lesão a um *interesse público*, o juiz não poderá coibi-lo se não houver quem saia em defesa desse *interesse*) – o Ministério Público está *obrigado* a tanto (porque este é o seu ofício), tem o dever legal e constitucional de utilizar a *independência*, que lhe é assegurada, na permanente defesa do *interesse público*.

Assim, enquanto agente titular – cuja titularidade exercerá de forma *independente*, nos limites do mandato conferido pela Lei Maior e regulado pelas leis complementar e ordinária – de iniciativas representadoras do *interesse público*, o Ministério Público é um agente público de atuação técnica e política, ao mesmo tempo e em igual dose.

Mas esse "agir independente", além de obediente às leis e à Constituição no que diz respeito à sua ontologia, há de ser balizado, no que diz respeito à sua *praxis*, pelos princípios da *unidade* e da *indivisibilidade*, que também são de ordem constitucional. *Unidade*, *indivisibilidade* e *independência funcional* são os princípios constitucionais do Ministério Público (§ 1.º do art. 127).

2. Os atos puramente individuais, na medida em que se traduzam como *atos da intimidade*, que não repercutem fora dessa esfera, não encontram limite sequer na Lei Maior.

3. Independência funcional, autonomia funcional e autonomia administrativa

3.1 Independência e autonomia

Conforme se sabe, a Constituição Federal dedica três artigos ao Ministério Público: 127, 128 e 129 (o art. 130 refere-se ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, ao qual se aplicam as disposições contidas naqueles artigos, e cuja especificidade não é objeto deste estudo).

De uma forma geral, pode-se dizer que o art. 127 traça o perfil geral da instituição, a partir de sua finalidade (*caput*), de seus princípios informadores (§ 1.º) e de sua forma de gestão (§§ 2.º e 3.º). O art. 128 especifica os vários ramos do Ministério Público e suas peculiaridades, bem assim as garantias de seus membros e respectivas vedações. Já o art. 129 especifica os vários instrumentos de ação por meio dos quais a instituição poderá alcançar as finalidades a que é vocacionada (art. 127).

As questões objeto deste estudo – atinentes aos princípios do Ministério Público – têm sede, pois, no art. 127 da Lei Maior, pelo que sua transcrição é elucidativa:

"Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1.º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2.º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, promovendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3.º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias".

Vê-se que o legislador constitucional, referindo-se a um *princípio* da instituição Ministério Público, no § 1.º, utilizou a expressão *independência* (funcional), enquanto que, no § 2.º, cuidando da forma de gestão dessa instituição, utilizou a expressão *autonomia* (funcional e administrativa). "Independência" e "autonomia" não significam a mesma coisa na linguagem natural, e representam conceitos jurídicos diversos. Impõe-se determinar os significados dessas expressões no texto constitucional.

De Plácido e Silva, sobre a *independência*, diz: "(...) exprime o *estado das coisas* que se mostram *livres*, sem qualquer ligação ou conexão com as demais. / No sentido jurídico, entretanto, *independência* não possui ou não é tida no conceito absoluto de liberdade irrestrita, liberdade sem qualquer sujeição, liberdade de fazer o que se queria, sem qualquer respeito às demais coisas (...)".

Já, quanto à *autonomia*, diz que "(...) se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha. / Nesse sentido, seja em relação às pessoas, seja em relação às instituições, o vocábulo tem significado em todo idêntico ao que expressa *independência*".

Mas é o mesmo dicionarista que acrescenta: "A autonomia pode ser absoluta ou relativa. Quando se diz *autonomia absoluta*, entende-se autonomia soberana, sem qualquer restrição que possa limitar a ação de quem a tem. E, neste caso, é sinônimo da própria *soberania*, que é aquela que possuem os Estados independentes e constituídos segundo a vontade soberana de seus componentes. / Entre nós, a autonomia da União é soberana, pois que nela repousa todo poder político da Federação. / Já a autonomia dos Estados federados e dos Municípios se mostra relativa, porque se entende uma autonomia meramente administrativa, subordinada ao poder soberano da União,

que tem, tão-somente, a personalidade internacional, um dos caracteres fundamentais da soberania (...)".[3]

Sabe-se, por outro lado, que a *soberania* – aqui sinônimo de *independência* – é indivisível e se concentra no ente Estado. Assim entendida, é impróprio dizer-se que: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (art. 2.º da CF). Porém, aqui, "independência" não significa exclusividade (como se diria da soberania), senão exatamente o contrário: a co-participação no exercício da soberania. E é nesse sentido que, apesar de não incluído no referido art. 2.º, o Ministério Público, por força do art. 127, também é co-partícipe desse exercício, na medida em que seus agentes expressam, sem possibilidade de reforma por outro órgão, o *interesse público*. A circunstância de o Judiciário julgar em sentido contrário não elide essa independência = *soberania* do Ministério Público, pois a soberania está na "formulação" do *interesse público* a ser defendido: a circunstância de o Judiciário julgar em sentido contrário constitui-se, apenas, manifestação de sua própria *soberania*, na sua função de julgar.

A partir dessas noções, conclui-se que a expressão *autonomia* não coincide com a expressão *independência*, porque a primeira pode ser *absoluta* ou *relativa*, e somente a *autonomia absoluta* significa *independência*, que, por seu turno, reporta-se à soberania.

No caso em estudo, pode-se afirmar, a partir dessas noções, que *independência funcional* significa *soberania da convicção* do agente ministerial (que, nem por isto, está livre de responder por seus atos, porque ninguém o está, num Estado Democrático). Ao passo que *autonomia funcional* quer dizer, apenas, a possibilidade jurídica dada à instituição para praticar atos por meio de seus órgãos, sem se reportar, hierarquicamente, aos demais órgãos do Estado, para validar esses atos.

3. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

Hugo Nigro Mazzilli localizara ambos os princípios da *autonomia* e da *independência funcional* no membro da instituição, *verbis*:

"(...) *autonomia funcional: é a autonomia do ofício exercido pelo Ministério Público em face de outros órgãos estatais, especialmente em face dos governantes, legisladores e juízes.*

(...) a *independência funcional*, que é a liberdade com que estes (os agentes do Ministério Público) exercem seu ofício agora em face de outros órgãos da própria instituição do Ministério Público".[4]

No entanto, com a devida vênia, entendemos ser mais apropriado localizar-se a *autonomia funcional* na instituição, recaindo no membro apenas o princípio da *independência funcional*, que garante a este liberdade no desempenho de seu ofício quer em face de outra autoridade ou órgão do Estado, quer em face de outro membro da instituição.

É Hugo Nigro Mazzilli quem noticia: "Em parecer a respeito do tema, Helly Lopes Meirelles assim se pronunciou: 'Independência é de caráter absoluto; a autonomia é relativa a outro órgão, agente ou poder'. Ora, no que concerne ao desempenho da função ministerial, pelo órgão (Ministério Público) e seus agentes (promotores, procuradores), há independência da atuação e não apenas 'autonomia funcional'".[5]

Paulo Cesar Pinheiro Carneiro assim se refere à *independência funcional*: "Princípio maior da instituição, que se traduz no direito de o promotor ou procurador de justiça oficiar livre e fundamentadamente de acordo com sua consciência e a lei, não estando adstrito, em qualquer hipótese, à orientação de quem quer que seja. Essa independência funcional é ilimitada, não estando o mem-

4. MAZZILLI, Hugo Nigro. "Independência do Ministério Público". In: CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto de Mello de (Coord.). *Ministério Público* – Instituição e processo. São Paulo: Atlas, 1997. p. 107.

5. MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 57.

bro do *Parquet* sujeito sequer às recomendações do Conselho Superior do Ministério Público para o desempenho de suas funções, ainda naqueles casos em que se mostre conveniente a atuação uniforme (arts. 10, XII, 15, X, 17, IV, e 20, todos da LC 8.625/1993)".[6]

A relação do membro, no exercício de seu ofício e no que diz respeito às suas convicções, em face de outro agente ou órgão público é de liberdade absoluta, portanto expressa *independência* e não *autonomia* funcional.

A *independência funcional* (ao lado da *unidade* e da *indivisibilidade*) é, pois, *princípio institucional* do Ministério Público, enquanto que a *autonomia* (funcional ou administrativa) não tem a dignidade de princípio, mas é uma simples "forma funcional de ser" assegurada ao Ministério Público, garantindo-lhe autogestão, à semelhança dos demais órgãos de poder do Estado.

Conforme já anotado, *independência* e *autonomia* são conceitos diferentes. O primeiro diz com a *soberania* de um ente, o segundo quer significar apenas inexistência de vínculo entre dois órgãos.

Ora, ainda que se possa sustentar que, na Carta de 1988, o Ministério representa um "quarto poder", o constituinte, no art. 2.º, adotou o paradigma dos três poderes, "*independentes* e harmônicos entre si". Assim, não poderia ele, no art. 127, investir a instituição Ministério Público da mesma *independência* caracterizadora do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, com o que ficaria consagrada a solução quadripartida do Poder, negada no art. 2.º. Conclui-se, pois, que a *independência* refere-se ao *agir funcional* (= atividade-fim) do Ministério Público, não ao ente (estrutura jurídica) enquanto tal. Já a *autonomia* refere-se,

6. CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 46.

No entanto, conforme analisaremos mais detidamente, o caráter ilimitado da *independência* só pode dizer respeito à convicção do membro, exteriorizada nos atos oficiais para os quais tenha atribuição, nos termos da lei e das normas regulamentares, mas não quanto aos atos que deva praticar, e nem mesmo quanto a aspectos exteriores desses atos, tendentes a compatibilizar os atos de um membro com os atos dos demais membros, pois, aqui, segundo entendemos, o membro não só está vinculado à lei, mas também às normas regulamentares da instituição.

exatamente, à estrutura da instituição (que a faz um ente jurídico)[7] em relação aos demais órgão do Estado, assegurando-lhe os meios para desincumbir de sua atividade-fim, regulamentando, no que for necessário, o exercício dessa atividade. Isso fica mais claro ao observar-se que, depois de proclamar, no § 1.º, a *independência funcional* como princípio do *agir institucional*, o § 2.º diz que "ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa".

3.2 Autonomia funcional e autonomia administrativa

Posto que, em sua atuação institucional, os membros da instituição agem com *independência*, e que a *autonomia* é garantia de natureza administrativa, reportando-se, pois, à estrutura da instituição, parece, à primeira vista, que o Constituinte colocou desnecessariamente a locução "autonomia funcional" no § 2.º. Bastaria, ao lado do princípio da *independência funcional* estabelecido no § 1.º, limitar-se, no § 2.º, a assegurar ao Ministério Público a *autonomia administrativa*. Porém, sendo princípio de hermenêutica que "o legislador não utiliza palavra inutilmente", há de se estabelecer o significado jurídico-constitucional da expressão "autonomia funcional" contida no referido § 2.º, diferenciando-a da *autonomia administrativa*, e também, por óbvio, da *independência funcional*.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido R. Dinamarco, referindo-se indistintamente a *independência funcional*, *autonomia funcional* e *autonomia administrativa*, dizem: "Ser *independente* significa, em primeiro lugar, que cada um de seus membros age segundo sua própria consciência jurídica, com submissão exclusivamente ao direito, sem ingerência do Poder Executivo, nem dos juízes e nem mesmo dos órgãos superiores do próprio Ministério Público (v. Lei 8.625, de 12.02.1993, art. 1.º, par. ún.). Por outro lado, a independência do Ministério Público como um todo identifica-se na sua competência para

7. A expressão "ente jurídico", aqui, não tem mesmo significado técnico da expressão "pessoa jurídica". Legislativo, Executivo, Judiciário e, também, Ministério Público são "entes jurídicos", sem que, no entanto, se revistam da natureza de "pessoa jurídica".

propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e títulos (CF, art. 127, § 2.º) e para elaborar 'sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias' (art. 127, § 3.º)".[8]

Conforme já dito no item *supra*, não me parece que a *independência* referida no art. 127 da Lei Maior diz com o ente Ministério Público, mas com a função de seus membros.

No item 2 *supra*, procurou-se estabelecer o conteúdo do princípio da *independência funcional*, em confronto com o princípio da *imparcialidade*, tendo por premissa que o princípio refere-se ao agir da instituição, por meio de seus membros. Impõe-se, assim, estabelecer a diferença entre as locuções "autonomia funcional" e "autonomia administrativa", enquanto garantias do ente estatal Ministério Público.

Além da atividade-fim desempenhada pelos vários membros da instituição, regida pelo princípio da *independência funcional*, e da atividade-meio desempenhada pelo corpo administrativo da instituição, chefiado pelo Procurador-Geral, a instituição pratica outra espécie de atos não administrativos nem finalísticos propriamente ditos. São os atos regulamentares praticados por seus órgãos superiores, que incidem sobre a atividade-fim desempenhada por seus membros. Referimo-nos aos atos do Conselho Superior, das Câmaras de Revisão, da Corregedoria e do próprio Procurador-Geral, quando de natureza institucional. A *autonomia funcional* significa, pois, que, depois da lei, a atividade-fim dos membros da instituição é regrada pela própria instituição, e esses atos regulamentadores não estão sujeitos a controle hierárquico por parte de outra autoridade fora da instituição. Não é demais afirmar que esses atos, por serem regulamentares, jamais poderão versar sobre o conteúdo do ato a ser praticado pelo membro, porque, aqui – diga-se novamente – está-se na seara da *independência funcional*, que não apenas tem sede constitucional, mas foi erigida à categoria de princípio.

8. ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrine. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, p. 212.

Resta ver o espaço da *autonomia administrativa.*

Conforme já assinalado, todo o § 2.º diz respeito à instituição enquanto estrutura que viabiliza o exercício daquelas funções (*independentes* – repita-se) elencadas no *caput* do art. 127. Posto que a *autonomia funcional* refere-se ao poder regulamentar conferido à instituição, quanto aos atos funcionais de seus membros, a expressão "autonomia administrativa" somente pode reportar-se aos atos administrativos propriamente ditos, de competência da instituição, por meio de seu chefe (Procurador-Geral – da República, na União; de Justiça, nos entes federados), e significa que esses atos não estão sujeitos a controle hierárquico de outra autoridade (do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário). Mas isso só é possível por meio do sistema de controle externo comum a todos os órgãos de poder do Estado.[9]

4. Unidade e indivisibilidade

4.1 A unidade

São três os *princípios* constitucionais do Ministério Público, consagrados no § 1.º do art. 127: a *unidade*, a *indivisibilidade* e a *independência funcional.*

No item 2, procuramos demonstrar o significado e o espaço de incidência do princípio da *independência funcional*, utilizando, por método, o referencial do dogma da *imparcialidade* do juiz.

9. Nesse sentido é o entendimento de Hugo Nigro Mazzili, que elenca os seguintes exemplos: "a) a prática de atos próprios de gestão; b) a prática de atos e decisões sobre a situação funcional do pessoal ativo e inativo da carreira e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; c) a elaboração de suas folhas de pagamento e a expedição dos competentes demonstrativos; d) a aquisição de bens e a contratação de serviços, efetuando-se a respectiva contabilização; e) o provimento dos cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como nos casos de promoção, remoção e demais formas de provimento derivado; f) a edição de atos de aposentadoria, exoneração e outros que importem vacância de cargos de carreira e dos serviços auxiliares, bem como os de disponibilidade de membros do Ministério Público e de seus servidores; g) a organização de suas unidades administrativas e seus serviços auxiliares (secretarias, coordenadorias, centros de apoio, promotorias ou procuradorias); h) a composição de seus órgãos de administração superior, com elaboração de seus regimentos internos" ("Independência do Ministério Público", cit., p. 105).

Após aquela digressão no item 3, onde se procurou analisar as *garantias* asseguradas no § 2.º (*autonomia funcional* e *autonomia administrativa*), com a finalidade de evidenciar não apenas a diferença entre a *independência funcional* e a *autonomia funcional*, mas também entre esta e a *autonomia administrativa*, impõe-se voltar ao § 1.º, para tratar do objeto deste estudo, que são os *princípios constitucionais do Ministério Público*, restando, agora, abordar os princípios da *unidade* e da *indivisibilidade*.

Se é certo que os três princípios – *unidade*, *indivisibilidade* e *independência funcional* – articulam-se em determinado ponto, parece-me não menos certo que os princípios da *unidade* e da *indivisibilidade* apresentam maiores afinidades entre si.

Numa primeira abordagem, de ordem semântica, das expressões *unidade*, *indivisibilidade* e *independência funcional*, nota-se que as duas primeiras querem limitar, enquanto a última visa ampliar as possibilidades de ação do membro da instituição. Com efeito, pelos princípios da *unidade* e da *indivisibilidade*, o membro é apenas expressão do todo, sem identidade própria; já pelo princípio da *independência funcional*, o membro expressa-se por convicção própria, não condicionada sequer por orientação emanada daquele todo (= instituição).[10] É preciso compatibilizá-las, pois.

E assim, já numa segunda abordagem, contextual, verifica-se que *independência funcional* refere-se ao agente individualmente considerado, enquanto que *unidade* e *indivisibilidade* têm em consideração a ação dos diversos agentes, reportando-se, pois, à instituição. Ou seja: *independência funcional* é conceito cujo conteúdo extrai-se do centro (instituição) e se localiza na extremidade (membro) – o membro é o titular do princípio; *unidade* e *indivisibilidade* são conceitos cujo conteúdo é extraído das extremidades (membros) para o centro (instituição) – a

10. Hugo Nigro Mazzilli assim se expressa: "A unidade e a indivisibilidade da instituição, assim vistas sob o ponto de vista hierárquico, são mitigadas pelos princípios da independência e autonomia funcional" ("Independência do Ministério Público", cit., p. 57).

instituição é o titular dos princípios. A *unidade* e a *indivisibilidade* supõem, portanto, uma instância garantidora das mesmas (= instituição), ao passo que o principal garantidor da *independência funcional* é o próprio membro, pessoa humana, que exerce *imediatamente* uma função e possui liberdade para exercê-la.

É de Hugo Nigro Mazzilli a seguinte definição: "(...) a unidade é o conceito de que os promotores de um Estado integram um só órgão sob a direção de um só chefe; indivisibilidade significa que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros (...)".[11]

Por se referir a "um só órgão sob a direção de um só chefe", a definição do consagrado autor e membro do Ministério Público paulista aplica-se apenas a um ramo – o Ministério Público da União ou de um dos entes federados – da instituição nacional Ministério Público.

Com efeito, não existe chefia – mesmo administrativa – nem estrutura burocrática sobrepairando os ministérios públicos da União e dos diversos Estados da federação, mas cada qual tem a sua chefia (Procurador-Geral da República e Procuradores-Gerais de Justiça, respectivamente) e sua estrutura próprias.

Mas os princípios da *unidade* e da *indivisibilidade*, consagrados na Carta Republicana, dizem respeito à instituição que perpassa os vários entes aglutinados na Federação, incluindo a própria União, que, conforme se sabe, tem a sua organização ministerial, dividida em Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (art. 128). Não se pode dizer, pois, que o princípio da *unidade* diz com a estrutura organizacional da instituição, e muito menos com chefia. Mas a *unidade* diz com a função dos diversos membros da instituição, sejam eles agentes federais ou estaduais, e constitui-se num ideal abstrato; ou, sendo um princípio – conforme o é –, remete-se a uma meta: a atuação coesa dos vários membros, sejam eles estaduais ou federais. Assim, o primeiro instrumento garantidor dessa unidade é, exatamente, a Consti-

11. *O Ministério Público na Constituição...*, cit., p. 53.

tuição Federal, e depois, a lei, pelas quais cada membro deve pautar sua atuação, em conformidade com seu discernimento e sua convicção, e não uma chefia.

Já Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e professor da universidade do mesmo Estado, abstraindo o aspecto estrutural-hierárquico do princípio da *unidade*, define-o a partir de uma visão institucional-orgânica, *verbis*: "Por este princípio, entende-se que o Ministério Público se constitui de um só organismo, uma única instituição. Quando um membro do *Parquet* atua, quem na realidade está atuando é o próprio Ministério Público. (...), isto é, não é possível dissociar o órgão da instituição; aquele faz esta atuar. Assim como não se pode dissociar o membro do órgão, aquele é parte integrante deste; juntos formam um só todo".[12] E o princípio da *indivisibilidade*, segundo o mesmo autor: "(...) é uma decorrência natural do princípio da unidade e nele poderia estar compreendido. Significa que a instituição, o organismo, não pode ser dividido. Quando um membro da instituição substitui o outro, é o próprio Ministério Público que continua a atuar. Um pode ser substituído pelo outro, sem qualquer vinculação de opinião e sem que tal fato cause a cindibilidade da instituição".[13]

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido R. Dinamarco, numa abordagem de natureza processual, não destoam desse conceito. Explicam: "Ser una e indivisível a instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam (quem está na relação processual é o Ministério Público, não a pessoa física".[14]

Observa-se que os autores acima vistos definem o princípio da *unidade* ou a partir de uma visão estrutural-hierárquica ou a partir de uma visão institucio-

12. Op. cit., p. 43.
13. Idem, ibidem, p. 44.
14. Op. cit., p. 212.

nal-orgânica.[15] No entanto, sendo uma contrapartida direta do princípio da *independência funcional*, o princípio da *unidade* deve projetar-se diretamente no mesmo objeto que expressa a *independência funcional* (ato do membro do Ministério Público). A *unidade* não diz, pois, com a instituição, mas com o *fazer* dessa instituição. A estrutura institucional é apenas um meio para se lograr obter a *unidade* desse *fazer*. Noutras palavras: a *unidade* está para a instituição assim como a *independência funcional* está para o indivíduo membro do Ministério Público. Da mesma forma que o indivíduo não é o objeto da *independência funcional*, mas seu titular e garantidor, a instituição não é o objeto da *unidade*, mas seu titular e garantidor.

A relação *unidade/independência funcional* é, pois, necessariamente conflituosa: de um lado, o indivíduo em seu natural desejo e em seu direito constitucional de liberdade de atuação; de outro, a instituição, em sua vocação normal e em seu dever jurídico de impedir ações contraditórias, ou, pior, mutuamente elisivas. Como todo conflito de repercussão social, esse também necessita de regramento, regramento esse que não se realiza apenas com as leis processual e orgânica, mas essas deixam a descoberto inúmeras situações potencialmente conflituosas, tanto entre os membros quanto entre esses e a instituição.[16]

15. Nessa linha também é o entendimento firmado pelo TACivSP, segundo o qual "inexiste unidade entre Ministérios Públicos diversos, como, por exemplo, o Federal e o dos Estados (*JTACiv*-Lex, 52/87)".

Isso poderia ser válido em face da Constituição pretérita, na qual o Ministério Público, mesmo já dotado de certas garantias constitucionais (mas não dos princípios da *unidade*, da *indivisibilidade* de da *independência funcional*), ainda se constituía num apêndice do Poder Executivo, e a Carta Magna cuidava apenas do Ministério Público da União (art. 94). Porém, conforme já dito, a Carta de 1988 inicia a normatização do Ministério Público proclamando aqueles princípios, a informar *toda* a instituição, perpassando seus órgãos estruturais atinentes à União ou aos Estados, que vêm elencados depois, num plano secundário aos princípios *gerais*.

16. Na hipótese de arquivamento de inquérito policial ou civil, a unidade realiza-se por força de lei, pois, ainda que o membro que se manifestou pelo arquivamento do inquérito não possa ser compelido, pelo órgão superior, a promover a ação, esse órgão garante a *unidade*, designando outro órgão para promovê-la. A falha nessa *unidade*, no caso do inquérito policial, decorre da sistemática adotada na lei processual penal, que determina que o membro do Ministério Público promova o arquivamento do inquérito perante o juiz, permitindo, assim, que, em situação idêntica àquela em que o órgão superior do Ministério Público unificou entendimento no sentido de se exercer a ação

Disso resulta a necessidade de a instituição contar com instrumentos organizacionais, em forma de colegiados, tais como Conselho Superior, Câmara de Coordenação e Revisão etc., a serviço do princípio-fim da *unidade*, já que cada indivíduo-membro é centro garantidor da *independência funcional*. Esses órgãos (e especialmente o Conselho Superior, por ser representativo dos membros, já que por eles eleito) deverão, pois, estabelecer, obedecidas as normas legais e dentro dos limites da razoabilidade, os espaços e os conteúdos respectivos dos princípios da *independência funcional* e da *unidade*, de forma a compatibilizar, *na prática*, aquilo que semanticamente opõe-se, mas devem conviver, porque ambos têm sede constitucional.

Mas essas normas jamais poderão ter a especificidade de molde a incidir diretamente no conteúdo dos atos a serem praticados pelos membros, conferindo-lhes *unidade* quanto ao mérito. Nenhum instrumento legal ou regulamentar existe (nem pode existir) para impor a *unidade* de atuação nesse espaço mais restrito que diz com a convicção de cada membro. Aqui, os colegiados funcionam como órgãos de formulação da *unidade* desejável e de persuasão em busca dela, pela autoridade formal de que dispõem e pela razoabilidade de seus enunciados.

4.2 A indivisibilidade

Visto, pois, que o princípio da *unidade* não diz com a estrutura organizacional da instituição e muito menos com chefia, mas é um ideal abstrato, um princípio que se remete a uma meta (a atuação coesa de seus membros) e cujo instrumento

penal, não se a exercite, porque o juiz acolhera a promoção de arquivamento do membro de 1.ª instância. Disso resulta meu entendimento no sentido de que o mais adequado seria que o membro, sempre que decidisse pela não promoção da ação penal ao cabo de uma investigação regularmente desenvolvida, recorresse, de ofício, a seu órgão superior, conforme se faz no caso do inquérito civil público. (Sobre a questão é nosso artigo "A titularidade da ação penal e o arquivamento do inquérito policial", publicado na *Revista da Procuradoria-Geral da República*, n. 6, *Revista de Assuntos Criminais* 3/1995, da 2.ª Câm. de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, e *RBCCrim*, n. 14, abr.-jun. 1996).

garantidor principal é a lei, observa-se que a *indivisibilidade* diz mais com a estrutura ou as várias subestruturas da instituição, pois, realmente, como define Hugo Nigro Mazzili, *significa que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros*. Mas – acrescente-se – essa *substituição* faz-se por critérios previamente estabelecidos pela lei e regulamentados pela instituição, nos moldes da respectiva subestrutura (do Ministério Público do ente federado). Ou seja: a Constituição prevê que os membros da instituição estão investidos de idêntico poder para falar em nome da instituição, decorrendo daí a possibilidade de um ser substituído por outro sem quebra da *expressão institucional* (= indivisibilidade). Porém, essa *substituição* há de estar previamente disciplinada na lei (que organiza a instituição, cria cargos e ofícios etc.) e especificamente prevista nas normas regulamentares da própria instituição (a substituição eventual, as intervenções processuais, no desempenho dos vários ofícios de curadoria, *custos legis* etc.). Conclui-se, portanto, que, enquanto a *unidade* é *princípio-meta*, não definida previamente sequer pela lei (esta é simples referencial da unidade, a ser construído e buscado todos os dias), a *indivisibilidade* é *princípio-concreto*, cujo exercício é rigorosamente definido por leis e por regulamentos, que formam a própria estrutura da instituição. Ou seja: não pode haver hipótese em que dois membros, em idêntica situação jurídica, falem por ela, ao mesmo tempo.[17]

17. A questão atinente à compatibilização dos princípios da *unidade*, da *indivisibilidade* e da *independência funcional* é mais freqüentemente suscitada, de um lado, em face de, numa mesma instância, dois membros divergirem-se sobre determinada questão: um, na condição de parte *strito sensu*, outro, intervindo, v.g., na condição de *custos legis*; e, de outro lado, na hipótese de um membro que oficia em instância superior divergir da manifestação exarada por aquele que oficia em instância inferior. Parece-me que ambas as situações são explicáveis. É que, na primeira hipótese, a indivisibilidade não é cindida porque os atos processuais são de naturezas diversas, ainda que praticados numa mesma fase processual. Na segunda hipótese, deve prevalecer o princípio da *independência funcional*, por várias razões, entre as quais: a) esta permite que a própria instituição corrija a concepção de *interesse público* que, eventualmente, mostre-se inadequada num momento posterior; b) o órgão de instância inferior também exerceu sua *independência funcional*, ao formular, em determinado momento histórico e processual, o seu entendimento sobre o *interesse público*; c) supostamente, o membro de instância superior é mais experiente que o de instância inferior, e, portanto, a *unidade* não pode fazer-se sobre o entendimento deste. O presente artigo, porém, não comporta tal discussão. Ela foi objeto de nosso artigo "O *custos legis* em face da Constituição Federal", publicado na *Revista da Procuradoria-Geral da República*, n. 10, jan.-jun. 1997.

Neste passo, vê-se que os princípios da *indivisibilidade* e da *unidade* não se colidem, mas se ajustam: o primeiro vincula a instituição em ponto imediato, concreto (o ato do membro); o segundo orienta-a por meio de um ponto recuado, concebível intelectivamente, mas nunca plenamente realizável, utópico, mesmo.

O "ponto de atrito" dá-se, pois, na conjugação dos princípios da *unidade* e da *independência funcional*, e não deste com a *indivisibilidade*, pois seria de todo insustentável que, a pretexto da *independência funcional*, sem qualquer motivo objetivo, um membro viesse refazer ato já praticado por outro.

5. Compatibilização dos princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional

Posto que todos são de estatura constitucional, os princípios da *unidade*, da *indivisibilidade* e da *independência funcional* (em especial o primeiro e o último, *essencialmente* contraditórios) hão de se acomodar na *prática*. Essa "acomodação" deve repousar-se numa compreensão teórica sobre eles.

Para isso, e especialmente em relação ao princípio da *independência funcional*, é necessário ter em mente um outro princípio (este geral, e não escrito), segundo o qual *não há princípio jurídico absoluto.*

Isto posto, suponho que o primeiro passo consiste em verificar se, dentro do texto constitucional, é possível estabelecer a prevalência de um princípio sobre o outro.

Se ambos os princípios (*unidade* e *independência funcional*) têm estatura constitucional e se ambos postulam reger a situação dada, há de se perquirir sobre a especificidade da questão para se determinar qual deve ceder em prevalência do outro, de sorte a se extrair uma conclusão que melhor se adeqüe ao fim último visado pela ordem jurídica (que, no caso, é a defesa do *interesse público*).[18]

18. A questão remete-se, pois, ao conceito de *interesse público*, que não será desenvolvida aqui. Mas todo conceito pressupõe algum consenso sobre os seus termos...

De imediato, pela própria análise semântica (antes, pois, de se entrar nas técnicas propriamente de interpretação jurídica), *independência*, enquanto se refere à *formação de convicção*, não é suscetível de regramento formal. Ora, a *independência funcional* nada mais é de que a possibilidade de o agente público expressar, no exercício de suas atribuições, sua convicção a respeito de determinada questão que lhe foi submetida. Conclui-se, pois, que nenhuma norma, regulamentar ou legal, pode estabelecer, cercear, ou moldar o conteúdo da manifestação do órgão ministerial sobre uma determinada questão afeta a seu âmbito de atribuições e no exercício dessas atribuições. Nesse sentido, tem-se, pois, que a *independência funcional* é princípio prevalecente, pois não é suscetível de limitação. Portanto, a pretexto de se realizar o princípio da *unidade*, não se pode estabelecer um determinado *entendimento* (sempre e necessariamente político-ideológico) a ser seguido pelos diversos membros em seus atos, mas esse entendimento é formado por cada um, guiado apenas pela lei e pela Constituição. O limite (pois sempre há limites) que se pode estabelecer à *independência funcional* é de natureza externa, sem afetar sua substância. Assim, é legítimo estabelecer que um órgão ministerial, presentemente, não pode exercer sua *independência funcional* em determinados espaços territoriais, sobre determinadas questões ou matérias, em certos juízos e instâncias; ou: deve fazê-lo em determinada condição (*v.g.*, parte ou *custos legis*), sob determinada forma (v.g., explicitativa dos fundamentos do ato). Porém, nesses limites formais previamente delimitados, sua *independência funcional* é plena, ainda que o exercício dessa liberdade leve a soluções opostas à de outro membro, mesmo que de grau funcional mais elevado.[19]

19. Agindo na condição de *custos legis*, entendemos que a *independência* é plena. Já na condição de parte *strito sensu*, o princípio da *unidade* reduz o da *independência* aos estritos limites técnico-jurídicos. Com efeito, em princípio, o membro que oficia em instância superior na condição de parte está obrigado a sustentar a ação até onde for viável, a partir de sua avaliação técnico-jurídica, passível de eventual demonstração. E isso decorre de um *princípio lógico* e processual, segundo o qual quem (no caso, o Ministério Público, e não seu membro) promove uma ação (e, saindo do campo jurídico, poder-se-ia falar até em ação física...), em princípio, pretende seu resultado final, que, no

Verifica-se, pois, que é o princípio da *indivisibilidade* que exerce limitação objetiva e formal sobre o princípio da *independência funcional*. Tem uma função auxiliar, instrumental do princípio da *unidade*, já que este, dizendo respeito ao mérito do ato de um membro, não pode descer à sua concretude, estabelecendo seu conteúdo, mas somente aponta o conteúdo desejável. Assim, o princípio da *indivisibilidade* supre a "inoperância" do princípio da *unidade*, traçando, de forma concreta e até onde é possível, os contornos do ato, de sorte a impedir que, pelo princípio da *independência* que opera a partir de onde cessa o princípio da *unidade*, a instituição desagregue-se.

Com tal mecanismo, evitando-se, por meio do princípio da *indivisibilidade*, atuações sobrepostas e opostas, e possibilitando-se, por meio da *independência funcional*, a correção de eventuais atuações discrepantes de um membro, numa determinada fase ou instância, por outro membro em situação diversa, construi-se a *unidade* possível. E, ao mesmo tempo, compatibilizam-se os três princípios, porque cada um incide em campo próprio: a *unidade*, no plano da meta, atinente à instituição/função; a *independência*, no plano da execução, atinente ao membro; a *indivisibilidade*, no plano da estrutura, atinente à instituição/organização.

Verifica-se, assim, que, enquanto a relação entre o princípio da *unidade* e o da *independência funcional* é uma relação de contradição, a relação entre a *indivisibilidade* e a *independência funcional* é de complementaridade. Explicitando-se: uma vez consumado o ato ministerial por um de seus membros, não poderá outro, sob pretexto de estabelecer a *unidade*, agir naquele "espaço" em sentido contrário, não apenas porque isso quebraria o princípio da *indivisibilidade*, mas também porque feriria a *independência funcional* do primeiro membro, que a exercera, praticando o ato supostamente dentro dos limites formais previamente delimitados. Ou seja: ao agir, por um lado, o membro do Ministério Público expres-

caso, é a decisão da mais alta corte aonde, dentro das normas processuais, é possível levar a ação. (Sobre a compatibilização dos ofícios de parte e *custos legis*, v. nota 16).

sa sua convicção, exercendo sua *independência funcional*; e, por outro, empenha toda a instituição (princípio da *indivisibilidade*), impedindo que outro membro se manifeste em sentido contrário.[20] E isso se baseia no *mandato* do qual cada membro da instituição está investido constitucionalmente, para representar a sociedade nas questões também previstas constitucionalmente.

Verifica-se, pois, que os princípios da *indivisibilidade* e da *independência funcional* unem-se para o entrechoque dialético com o princípio da *unidade*, o qual, conforme já se anotou, tem por âncora apenas a Constituição e as leis, que, sendo comuns para todos, apresentam o norte de todas as atuações. Assim, o papel dos órgãos de coordenação da instituição é procurar aclarar esse norte, inclusive estabelecendo *políticas institucionais*, e persuadir os membros a segui-lo.

20. Questão polêmica diz respeito à possibilidade de, em processo judicial, depois de um membro do Ministério Público manifestar concordância com determinada decisão, outro, em igual ofício (parte ou *custos legis*), recorrer da mesma. Há de se distinguir duas hipóteses: se o membro pretensamente revisor agiu fora de suas atribuições previamente delimitadas, a par de incidir em falta disciplinar, sua manifestação há de ser tida por inexistente, por força da Lei Maior, e com base nos princípios da *indivisibilidade* e da *independência funcional*; mas, se no prazo recursal foi regularmente investido de atribuição para oficiar no caso, a nova manifestação há de ser tida como um ato revisional da própria instituição.

Inmigración/xenofobia ante las instituciones culturales y religiosas

Antonio Beristain

Catedrático de Derecho Penal. Director Honorario del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián.

Dedicatoria: A las niñas y niños inmigrantes. A los mal llamados "sin papeles", con profundo respeto. A mis colegas de la *International Conference on Migration and Crime. Global and Regional Problems and Responses*, de los que tanto aprendo. A las Instituciones Culturales y Religiosas, con el deseo de que se centren más en las personas marginadas. A la Fundación *Profesor Manuel Broseta*.

Sumario: 1. Urge avanzar e *inventar* más y en dirección "contraria" – 2. Realidad sociológica-epistemológica – 3. Perfil de los inmigrantes (y refugiados): 3.1 ¿Cuántos inmigrantes cometen delitos graves? Estadísticas victimológicas; 3.2 Los inmigrantes macrovíctimas allí y aquí e *in itinere*; 3.3 Agentes morales, hoy y mañana. Integración intercultural – 4. Desde la no discriminación *de lege lata* hacia la discriminación positiva *de lege ferenda* – Bibliografía.

Resumen: Después del esperanzado agradecimiento a las muchas personas e instituciones que investigan y trabajan para mejor conocer y solucionar el macro problema de la inmigración y la criminalidad en España, se seleccionan diversas estadísticas, informaciones e investigaciones al respecto; sin olvidar la incidencia

de nuestra xenofobia. Se investiga el perfil de los inmigrantes: éstos no delinquen tanto como parece; en cambio, sí padecen mayor victimación de lo que se dice, en su país de origen y en el de "llegada". Muchos son verdaderos agentes morales que enriquecen nuestros valores y nuestra convivencia. A todos ellos, nosotros con nuestras instituciones culturales y religiosas, los debemos acoger y atender, no sólo cumpliendo las normas legales nacionales e internacionales de la no discriminación, sino además con inteligencia sentiente, con apertura, con supralegal sensibilidad victimológica preferencial, desde el modelo Europol, Eurojust hacia el *Euroetic*, de discriminación positiva.

Palabras-clave: agentes morales; discriminación *positiva*; euroetic victimológica; grandes religiones; integración cultural diferenciada; interculturalismo; justicia restaurativa y agápica; metarrazón compasiva; servicio jesuita a refugiados.

1. Urge avanzar e *inventar* más y en dirección "contraria"

> *"Los hombres no hemos nacido para vivir formando batallones uniformados, cada uno con su propia bandera al frente, sino para mezclarnos los unos con los otros sin dejar de reconocernos a pesar de todas las diferencias culturales una semejanza esencial y a partir de esa mezcla* inventarnos *de nuevo una y otra vez"* – Fernando Savater, 213.

Agradecemos a todas las personas e instituciones que trabajan en favor de los inmigrantes y en contra de la xenofobia. También a las autoridades e instituciones españolas, europeas e internacionales, políticas, culturales y religiosas por su empeño en solucionar este problema tan complejo y tan grave. Nuestra gratitud se dirige, igualmente, a quienes se esfuerzan e introducen mejoras importantes –pero todavía muy insuficientes– en las múltiples normas internacionales y españolas de política mundial, relacionadas con la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración social (*BOE*

23 diciembre 2000), que entró en vigor el 23 enero de 2001. Gracias al Consejo Superior de Política de la Inmigración y a varias Comunidades Autónomas que han creado departamentos específicos y planes de integración. Por ejemplo en Andalucía, Baleares, Cataluña, La Rioja, Navarra, País Vasco... También a las diversas delegaciones que están intensificando su labor en este campo, sin olvidar el Aula de Migración creada el año 1994, en el Colegio de Abogados de Madrid, y los programas de formación para los voluntarios, como lo hace paradigmáticamente la Cruz Roja.

Se ha logrado mucho y se continúa avanzando, pero, sin embargo, no basta. Hemos de trabajar más y, sobre todo, hemos de optimizar de otra manera, con otro planteamiento, desde otro *nuevo* satélite orientador; desde y hacia otra *nueva* ética, porque la situación actual está todavía muy lejos de la normal; tanto que podemos denominarla macrovictimizante, como lo manifiestan algunas estadísticas que recogemos en el apartado siguiente. También lo demuestran diversas investigaciones nacionales y supranacionales. "En general, las administraciones públicas, con algunas salvedades meritorias, apenas han iniciado la elaboración y aplicación de las políticas públicas específicas que requiere el establecimiento permanente de núcleos apreciables de población inmigrante" (Laura Diez y colaboradores, 37, 255 s.). Como argumenta Gustavo Morello, S. J. (28), "no se puede construir un país con un modelo económico y cultural que se desentiende de lo marginal".

Avancemos en dirección "contraria". Nuestra actual Legislación y Jurisprudencia no debe tender ni dirigirse a protegernos de los inmigrantes, sino a protegerles a ellos. En dirección contraria a la tradicional. Todavía más, no pretendamos sólo acoger a los inmigrantes, sino también asumir sus valores positivos, su búsqueda de integración intercultural. No basta que el Código Penal de 1995, en sus artículos 22.4.ª, 314, 510, 511, 512, 515, 5.º, tipifique como delito la discriminación (A. Beristain, 1999). Pedimos que nuestros Códigos, Jueces y Tribunales distingan y atiendan preferencialmente a los inmigrantes,

más que a los autóctonos; que nos exijan su discriminación positiva (Enrique Ruiz Vadillo, 1991, 19 s.). Para que los inmigrantes logren que su libertad e igualdad sean reales y efectivas, nuestras Instituciones legales, *religiosas* y *culturales* han de tratarles preferencial y desigualmente (Cf. Constitución Española art. 9.2). Admitimos ciertos supuestos de objeción de conciencia y/o de desobediencia civil, como veremos después.

Hemos alcanzado cotas altas, sin embargo estamos a gran distancia de la meta. Reconozcamos con Maurice Allais, Premio Nobel de Economía 1987, que "la cuestión de las migraciones es la más importante que tiene ante sí Europa, más aún que la Unión Económica y Monetaria". Hemos de solucionar, y *podemos* solucionar esta macrovictimación. Cualquier trabajo sensato en este campo es más útil de lo que parece. No como el de Sísifo, que con gran esfuerzo subía la voluminosa y pesada roca a la cumbre, pero inmediatamente volvía a caer al valle. Nuestro esfuerzo y nuestro hacer en favor de los más débiles rinde frutos siempre, aunque no lo percibamos. Lo digo porque importa sobremanera apuntalar nuestra generosidad y nuestra esperanza cierta. Atina José María Díez Alegría cuando, con los evangelios y la ciencia en la mano (no siempre bastan los evangelios), nos argumenta su *Yo creo en la esperanza* (1972) y *Yo todavía creo en la esperanza* (1999). También Pedro Laín Entralgo (195), cuando escribe: "La creencia y la esperanza son la vía óptima para la posesión íntima de lo real".

2. Realidad sociológica-epistemológica

> *"En la medida que lentamente nos vamos convirtiendo en un país receptor, nuestro sentimiento de solidaridad va menguando, en la misma proporción. Un reciente informe de la Comisión Europea reprocha a España su trato discriminatorio con los inmigrados, constatando que más del 50% está sometido a discriminaciones económicas"* – Esther Giménez-Salinas, 134.

Antes de reflexionar sobre el perfil de los inmigrantes, sobre lo que nosotros y nuestras instituciones debemos saber y hacer, sobre las teorías, las prácticas y los

compromisos para solucionar nuestros problemas de la inmigración y la xenofobia, hemos de seleccionar previamente, ahora, algunos datos concretos, algunas investigaciones cuantitativas y cualitativas que permitan hacernos una idea lo más aproximada posible de la realidad fáctica y las dimensiones específicas de estas cuestiones, principal pero no exclusivamente en España. Observamos, con metodología multi e interdisciplinar, los duelos migratorios de hoy para crear la ética compasiva y agápica de mañana (J. Achótegui, 427 ss.; A. Arteta, 274 ss.; A. Beristain, 2001, 531 ss.).

Primero seleccionamos algunas cifras acerca de lo mucho que preocupa a nuestros ciudadanos el aumento de la inmigración, por múltiples motivos, y porque (según opinan algunos) ésta es la causa principal de nuestra inseguridad ciudadana. A continuación, veremos el volumen de los inmigrantes ahora en España, y cuántos se encuentran internos en instituciones penitenciarias. Para completar la información objetiva, recogeremos diversas estadísticas acerca de nuestra mayor o menor xenofobia. Nos apoyamos en testimonios y estudios de especialistas y en diversos informes de Instituciones autorizadas.

El barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), en su Avance de Resultados del Barómetro de marzo de 2002 (Estudio 2452), y de julio de 2002 (Estudio 2463), nos informa qué tanto por ciento de nuestros ciudadanos incluye la inmigración, el racismo y/o la inseguridad pública entre los tres problemas principales actualmente en España. La mayoría coloca en primer lugar el paro y el terrorismo; pero no pocos se refieren a la inseguridad ciudadana, la inmigración y el racismo, como aparece en la figura siguiente.

Figura 1.

¿Cuáles son, a su juicio, los tres problemas principales que existen actualmente en España? *(Respuesta espontánea).* (Multirrespuesta: máximo tres respuestas)

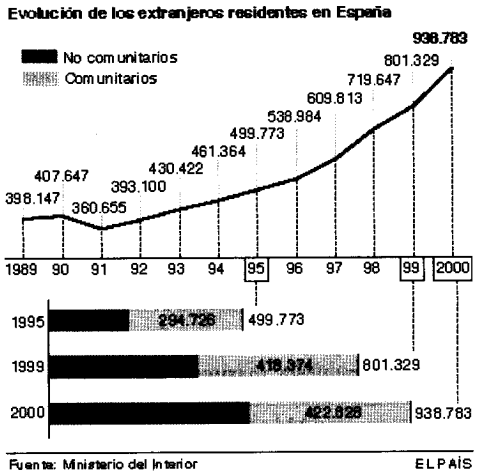
	Marzo		Julio
Paro	64.8	Paro	67.0

	Marzo		Julio
Terrorismo, ETA	57.8	Terrorismo, ETA	54.1
Drogas	24.8	Inmigración	25.9
Inseguridad ciudadana	20.4	Inseguridad ciudadana	20.6
Inmigración	15.9	Drogas	14.2
Problemas económicos	8.2	Problemas económicos	9.5
Educación	5.9	Educación	3.3
Problemas políticos	4.9	Problemas políticos	5.5
Racismo	1.5	Racismo	1.0

Estas respuestas deben interesarnos y preocuparnos, pues muestran que muchos ciudadanos españoles sienten inquietud ante el aumento y la situación –legal e ilegal– de la población inmigrante. Esta crece sin solución de continuidad, como patentiza la figura número dos, al mostrar la evolución numérica, desde 1989.

Figura 2.

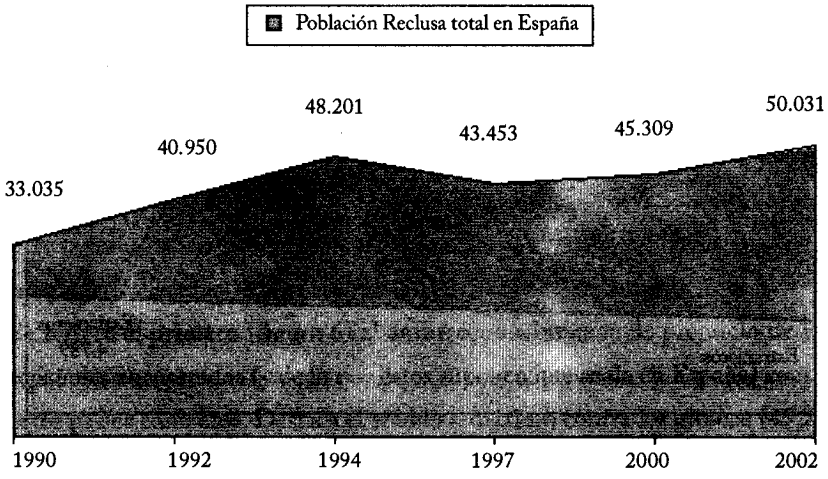
Evolución de residentes extranjeros en España desde 1989. División entre comunitarios y no comunitarios.

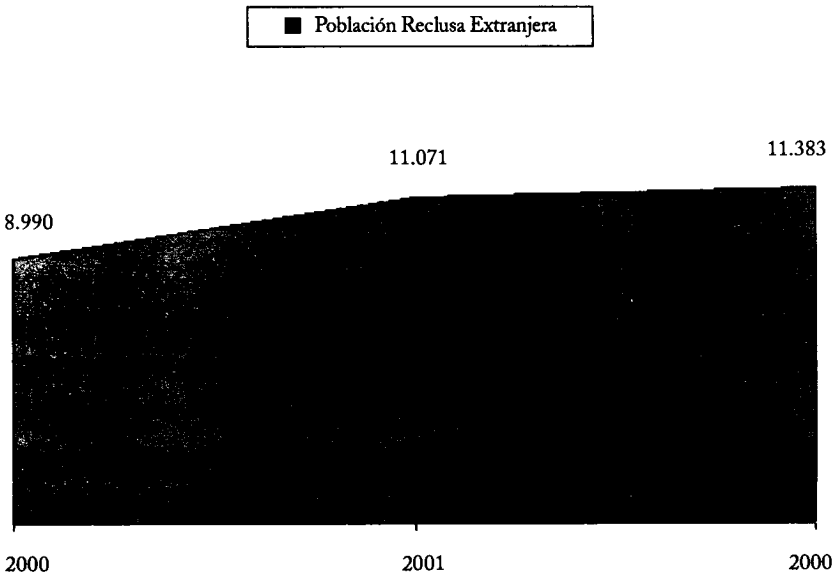


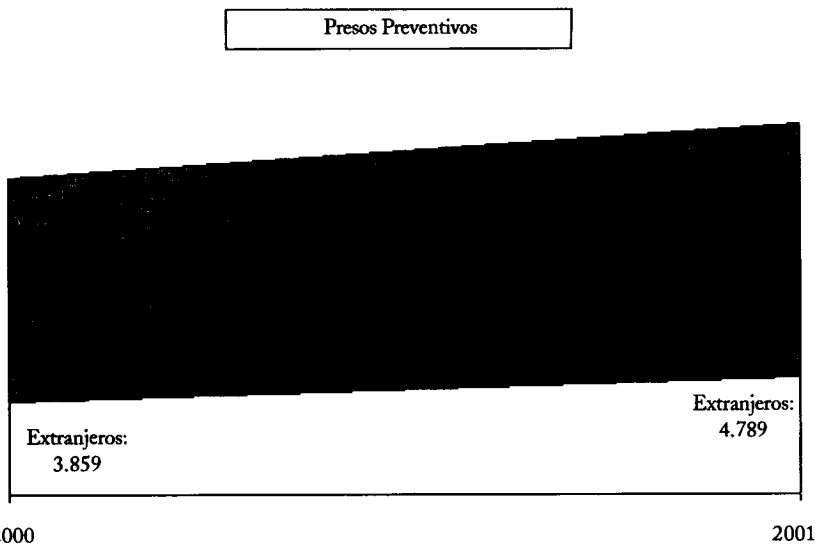
Según los informes oficiales –Balance 2001– de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, a primeros del mes de abril de 2001 había más de un millón de extranjeros residentes con los papeles en regla: exactamente 1.109.060. Nuestro país registró ese año el mayor crecimiento (un 23,81%) de población inmigrante desde 1995. La población extranjera ha aumentado un 121,91% en los últimos siete años.

No pocas personas y algunos medios de comunicación destacan a los inmigrantes entre los principales factores etiológicos de la hodierna creciente inseguridad ciudadana. Por ejemplo, según informa Begoña Aguirre, el 47% de los universitarios madrileños piensa que los inmigrantes incrementan nuestra delincuencia. Como prueba de que los inmigrantes son quienes aumentan la inseguridad pública, algunos de estos universitarios aducen el alto número de ellos sancionados y privados de libertad actualmente en los establecimientos penitenciarios españoles.

Figuras 3, 4 y 5.



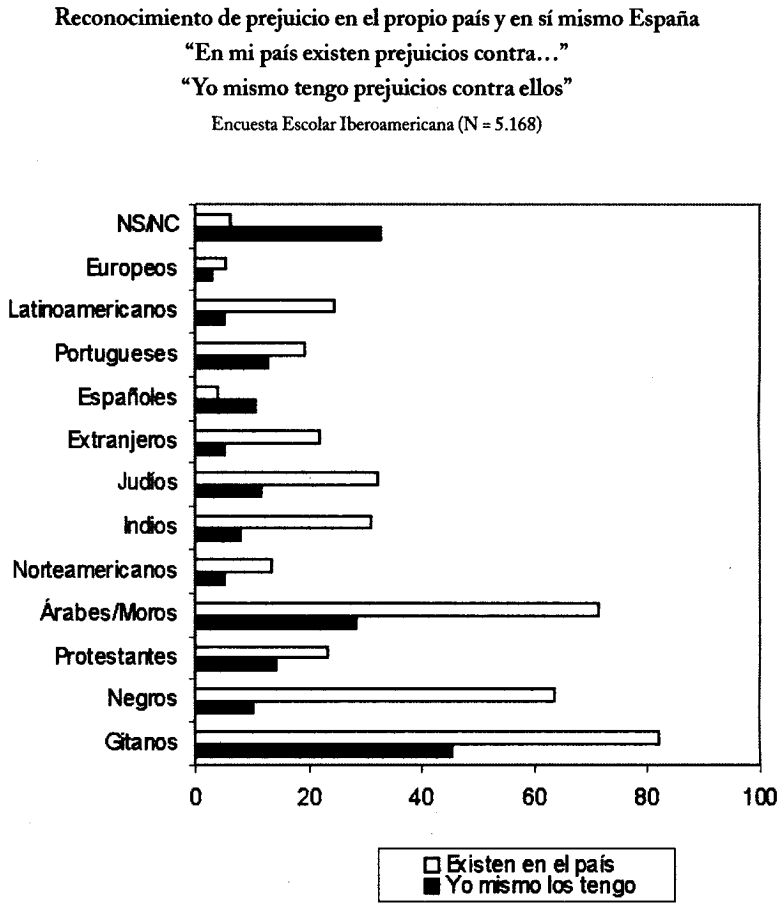

Población Reclusa Extranjera
11.071
11.383
8.990
2000
2001
2000


Presos Preventivos
Extranjeros:
4.789
Extranjeros:
3.859
2000
2001

Ante este número cada día mayor de extranjeros sancionados por los tribunales de Justicia, muchas personas están alarmadas. Lógicamente, las autoridades públicas, las instituciones culturales y religiosas, los juristas, los policías e incluso los ciudadanos en general, debemos hacer lo que podamos por la disminución de esa alarma, para bien de los españoles y de los extranjeros. Ante todo, hemos de analizar más científicamente sus orígenes y sus remedios. Hemos de investigar si esa alarma pública se basa en el excesivo número de inmigrantes (así creen no pocos) o proviene de otros factores etiológicos como nuestra exagerada xenofobia y/o nuestra insuficiente solidaridad, nuestra falta de respeto del "otro", el no caer en la cuenta de que él nos enriquece en el índice de natalidad, en lo laboral, en lo axiológico, en lo económico, etcétera. Especial atención merece lo económico, pues según indican los técnicos, como el Rector de la Universidad Complutense, Rafael Puyol, en el Curso de Verano en San Sebastián (agosto 2002), los inmigrantes aportan el 2,5% del producto interior bruto y desempeñan un papel no despreciable en el funcionamiento de la economía española, pues "la inmigración, especialmente la proveniente de países extracomunitarios hay que verla como una solución económica para los países desarrollados, ya que la emigración aporta actualmente una cifra aproximada de 18.000 millones de euros en la economía española". En sentido parecido C. Carrasco (198 ss.).

A la luz de investigadores autorizados encontramos evaluaciones sobre el grado de nuestra xenofobia que, según explican algunos sociólogos, influye en la inseguridad ciudadana (A. Beristain 2002 a, 8 s.). Me limito a transcribir tres resúmenes que presenta Calvo Buezas en su libro *Racismo y solidaridad de españoles, portugueses y latinoamericanos. Los jóvenes ante otros pueblos y culturas*. Se refiere el primero (figura 6) al autorreconocimiento de prejuicio de los españoles encuestados (y de lo que éstos suponen que se da en España) contra otros países concretos. Destaca el volumen máximo contra los gitanos (45,2 y 82,2), los árabes/moros (28,8 y 71,7) y los negros (10,4 y 62,5).

Figura 6.

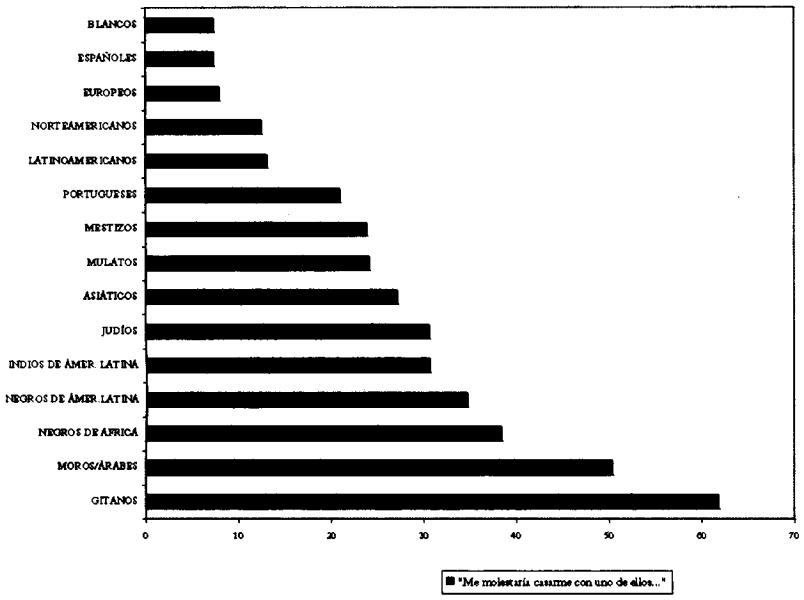


El segundo resumen (figura 7) muestra el prejuicio matrimonial de los españoles, a los que molestaría casarse con diversos grupos. Con los que menos, son los blancos y los españoles (7,4; esta cifra quizás provenga de nacionalistas radicales vascos y catalanes, según el autor). Con los que más, son los gitanos (61,5), los moros/árabes (50,4), negros de África (38,5) e indios de América (30,7).

Figura 7.

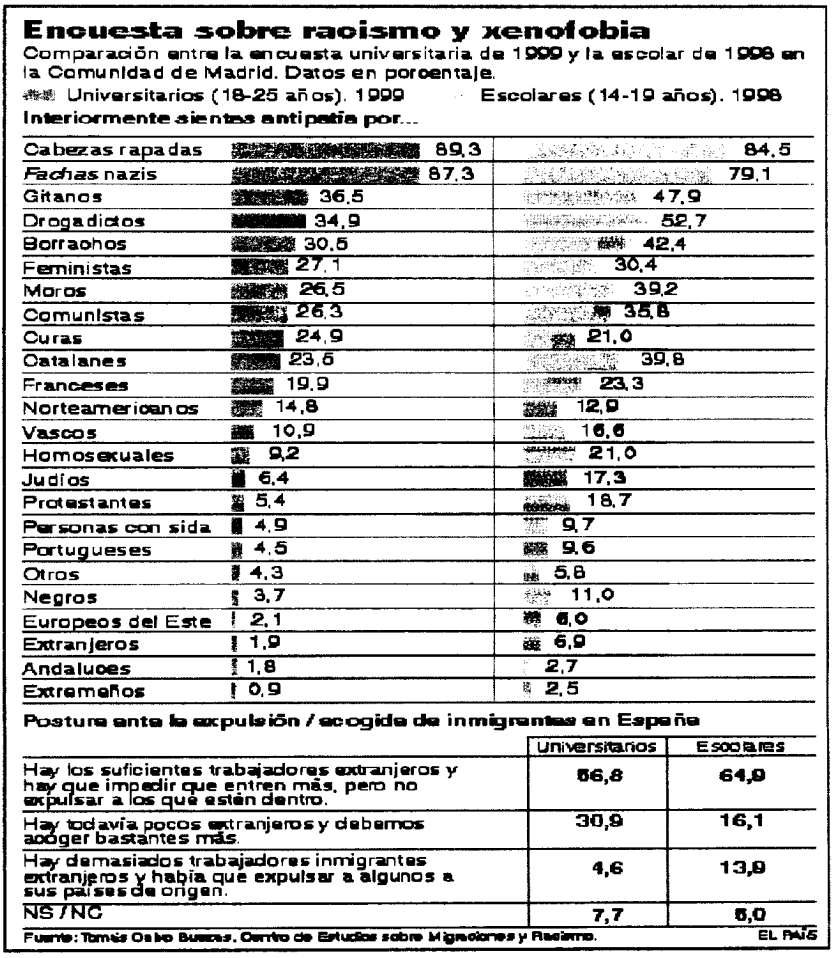
Prejuicio matrimonial
Orden de prejuicio contra los diversos grupos
España

Encuesta Escolar Iberoamericana (N = 43.816)



El tercero (figura 8) compara la encuesta de 1999 a universitarios (18-25 años) con la anterior de 1998 a escolares (14-19 años), en la Comunidad de Madrid. Los universitarios sienten antipatía interiormente sobre todo por los cabezas rapadas (89,3 %), por los *fachas* nazis (87,3%), por los gitanos (36,5%)... También la sienten, pero menos por los judíos (6,4%), los negros (3,7%), europeos del Este (2,1%)... Las respuestas de los escolares coinciden casi totalmente.

Figura 8.



Encuesta sobre racismo y xenofobia

Comparación entre la encuesta universitaria de 1999 y la escolar de 1998 en la Comunidad de Madrid. Datos en porcentaje.

Universitarios (18-25 años). 1999 — Escolares (14-19 años). 1998

Interiormente sientes antipatía por...

	Universitarios	Escolares
Cabezas rapadas	89,3	84,5
Fachas nazis	87,3	79,1
Gitanos	36,5	47,9
Drogadictos	34,9	52,7
Borrachos	30,5	42,4
Feministas	27,1	30,4
Moros	26,5	39,2
Comunistas	26,3	35,8
Curas	24,9	21,0
Catalanes	23,6	39,8
Franceses	19,9	23,3
Norteamericanos	14,8	12,9
Vascos	10,9	16,6
Homosexuales	9,2	21,0
Judíos	6,4	17,3
Protestantes	5,4	18,7
Personas con sida	4,9	9,7
Portugueses	4,5	9,6
Otros	4,3	5,8
Negros	3,7	11,0
Europeos del Este	2,1	6,0
Extranjeros	1,9	6,9
Andaluces	1,8	2,7
Extremeños	0,9	2,5

Postura ante la expulsión / acogida de inmigrantes en España

	Universitarios	Escolares
Hay los suficientes trabajadores extranjeros y hay que impedir que entren más, pero no expulsar a los que están dentro.	56,8	64,9
Hay todavía pocos extranjeros y debemos acoger bastantes más.	30,9	16,1
Hay demasiados trabajadores inmigrantes extranjeros y había que expulsar a algunos a sus países de origen.	4,6	13,9
NS/NC	7,7	5,0

Fuente: Tomás Calvo Buezas. Centro de Estudios sobre Migraciones y Racismo. EL PAÍS

Estas diversas estadísticas, este elevado grado de racismo y xenofobia explican que, nuestra inseguridad ciudadana no se debe tan directa y principalmente a la criminalidad de los inmigrantes, sino en gran parte a nuestra deformación cognitiva, a nuestra actitud contra ellos, a nuestra búsqueda de

chivos expiatorios. Nuestros inmigrantes son delincuentes, en gran parte, porque nosotros, nuestros mecanismos de control, los "vemos" y etiquetamos como tales (esa etiqueta conduce hacia la delincuencia) en el sentido de algunos partidarios del *Labeling approach*, (Garcia-Pablos, A., 773 ss.; Garrido, V., Stangeland, P., Redondo, S., 367 ss.; Christie, N., 111). A la misma y/o semejante conclusión exculpatoria de los inmigrantes se llega, como explicaremos después, en el apartado 3.1, si se interpretan con rigor académico algunos datos empíricos, desde puntos de vista cuantitativo y cualitativo, en el campo policial, procesal y penitenciario.

Otro factor etiológico de nuestra inseguridad pública quizás sea nuestra mejorable Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, antes citada, y su Reglamento, Real Decreto 864/2001 de 20 de julio. Pero, su análisis alargaría excesivamente este artículo. Puede verse, entre otros, los comentarios de Fernández Valverde; Sagarra Trias; De Lucas, 2002, a través de sus tres etapas históricas, etc.

Acierta el Presidente de la Comunidad de Madrid, Alberto Ruiz-Gallardón (en sus declaraciones a *El País*, el miércoles 1 de mayo de este año 2002, p. 22), cuando afirma que "Unir inseguridad ciudadana con inmigración es un debate perverso. Lo que nos tiene que importar a las administraciones públicas no es quiénes son los sujetos que realizan esas transgresiones, sino cuáles son esas nuevas formas de fractura social, al margen de cuál sea su procedencia o su nacionalidad... ahora es una organización delictiva nueva, que no puede tener una respuesta súbita...". A esta cita textual y a lo indicado hasta aquí, puede añadirse una interrogación: ¿cuántas infracciones de los inmigrantes deben tipificarse como *hurto famélico*?, es decir ¿como no delito? ¿como acto lícito? ¿como apropiación de lo que es suyo, en equitativa justicia? (A. Beristain, 2000, 441; F. Muñoz Conde, 366; Serrano Gomez, 343), ¿como compasiva superación de la justicia misma? (A. Arteta, 288; G. Sartori, 2002, 77). Además, aproximadamente el 35% de los arrestos a extranjeros se debe a entradas ilegales o estancias irregulares, pero no a delitos o faltas.

Podemos suponer (sin pretensión alguna demagógica) que la suma de los euros hurtados o robados por mil inmigrantes, según los artículos 234-242 del Código Penal, queda muy por debajo de la cantidad defraudada a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social por un solo ciudadano español "honesto, de cuello blanco", en relación con los artículos 305-307 del mismo Código.

En pocas palabras, autorizadas estadísticas e investigaciones avalan la afirmación de que la inmigración es uno de los problemas más merecedores de nuestra atención. Por otra parte, estudios fehacientes ofrecen consideraciones sobre nuestra deplorable xenofobia que nos hace ver a los inmigrantes más infractores de lo que son. Además, ninguna estadística prueba como cierto lo que muchos piensan: que a los inmigrantes se debe en gran parte nuestra actual inseguridad ciudadana. Ninguna, o casi ninguna investigación se ha ocupado de lo más elemental para esclarecer este problema: recoger información inmediata, concreta, de las personas y/o instituciones victimizadas gravemente por los inmigrantes. Salvo un par de estudios de poca envergadura, no conozco publicaciones dignas de mención que analicen y comenten acerca de la cantidad y calidad de homicidios, lesiones, daños y perjuicios causados por los inmigrantes en España. Necesitamos más encuestas de autoinculpación y de victimación (Redondo Illescas, 309, 315 s.). A continuación, en el apartado 3, nos preguntamos si el problema principal en este campo es la criminalidad de los inmigrantes tal como difunden algunos medios de comunicación, o algo muy distinto, la macrovictimación que padecen en sus países de origen y, más o menos, en el país de acogida.

3. Perfil de los inmigrantes (y refugiados)

"3.1 Todos los poderes públicos, las fuerzas sociales y los medios de comunicación deben combatir la visión negativa que ahora se tiene del inmigrante económico, al que no se considera como una persona que ejerce su derecho a la emigración, porque esta visión está favoreciendo el racismo y la xenofobia" – Unión Europea, Comité Económico y Social, Dictamen, 17.09.2001.

No pocos españoles consideran que en nuestro país sobran muchos inmigrantes. Opino que esa creencia, muy extendida, carece de bases sólidas, pues el porcentaje de inmigrantes en España es notablemente menor que la media europea: 2% en España, 6,3% en Francia, 9% en Alemania, 10% en Bélgica, 16% en Austria y 20% en Suiza. Esta creencia equivocada da pie a que, con frecuencia, se violen fundamentales derechos y necesidades de miles de inmigrantes cuya vida y conducta se *desconocen*. La mayoría de quienes formulan críticas severas contra los inmigrantes jamás han tratado con ellos y jamás se han informado al respecto. Urge, pues, conocerlos. Por eso reflexionamos ahora sobre el perfil de nuestros inmigrantes. Descubriremos que son menos delincuentes de lo que se pregona, y más víctimas de lo que creemos, en sus países de procedencia y también en aquellos a donde llegan; sin olvidar los fallecidos *in itinere*. Desde otro punto de vista, como indicamos en el siguiente apartado 4, aunque algunos ni lo sospechan, hoy y mañana muchos de esos inmigrantes pueden ser agentes morales de nuestra más humana convivencia. Pueden ser "partenarios"* (Beristain 1998, 92 s.) de una convivencia de integración diferenciada, de una ética mundial como la pergeñada por los más reconocidos especialistas, o por Juan XXIII, o la Propuesta de Hans Küng (1991, 88 ss, 144, 163 ss.).

Desde algunos puntos de vista, aunque no todos (Teresa Rodriguez Montañes, 3; Francisco Alonso Pérez, 2002, 2; Gema Varona, 196 ss., 550; Comisión Europea, 24), podemos considerar que el inmigrante es, poco más o menos, como el refugiado, "un ser que sufre no solamente por haber sido arrancado de su tierra, de su trabajo, de su país, sino también por tener que mendigar para sobrevivir. Para una persona que tenía un trabajo que le permitía vivir decentemente, es difícil aceptar que alguien decida en su lugar lo que tiene que comer y en qué cantidad. Todavía es más difícil aceptar permanecer todo el día sentado, sin hacer nada, a la espera del momento de la distribución de la ayuda.

* La palabra "partenario" no aparece en el Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española (1992). Quizás se pueda definir, como compañero y partícipe, colaborador y coautor, ciudadano y agente social etc. En inglés e alemán se usa mucho la palabra equivalente "partner", como en francés "partenaire".

Sentirse inútil es lo peor" (Marie-Béatrice Umutesi, 243 ss.). Lo que comentamos en las páginas siguientes se refiere directamente a los inmigrantes, pero está muy relacionado con la problemática y la solución de los refugiados.

3.1 ¿Cuántos inmigrantes cometen delitos graves? Estadísticas victimológicas

> *"El Ministerio del Interior ha decidido enfrentarse abiertamente a la decisión de la titular del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Algeciras que el pasado 31 de agosto dejó en libertad a 31 inmigrantes retenidos en un centro de Málaga, al entender que su confinamiento más allá de tres días no tenía cobertura legal"* –
> Lorenzo J. del Rio Fernández, 3.

Una opinión ampliamente admitida considera como cierto que gran parte de los inmigrantes son delincuentes. Como prueba se aducen diversos testimonios y discursos sociopolíticos. Sobre todo, el aumento del número de inmigrantes ingresados en los centros penitenciarios, que antes hemos indicado, en la figura 6. Reconocemos que el porcentaje de inmigrantes internos en nuestros establecimientos penitenciarios supera llamativamente el de los españoles, pues los inmigrantes suponen menos del 2% de la población total de nuestro país (40.499.791, según *Anuario El País*, 2002, p. 136), en cambio suman más del 22% de la población reclusa. Pero este paralelismo no certifica que medie entre ambas cifras la relación de causa a efecto. Del mero paralelismo no deduzcamos causalidad, pues el efecto resulta mediatizado a través de múltiples variables que se interponen e intercalan.

Cabe como posible, e incluso como probable, que la *policía* actúe con más severidad ante los infractores inmigrantes que ante los patrios; que sospeche más de ellos y los detenga con más "facilidad". En España y en varios países de Europa una persona, simplemente por pertenecer a una raza no mayoritaria, es susceptible de reiterados controles policiales legitimados por el objetivo de "descubrir" al extranjero irregular (Marta Gonzalo Quiroga, 3). Como reconocen los Ministros Europeos responsables de la migración, en su IV Conferencia (Luxemburgo,

1991), "Las investigaciones demuestran que el peligro de ser detenido por la policía es más grande para los inmigrados que para los autóctonos, de forma que hay que interpretar las estadísticas con mucha prudencia". (Consejo de Europa, 1991, número marginal 195, cfr. *Fundación Encuentro*, n. 121, p. 84 ss.). Algunas estadísticas españolas reconocen y autocritican sus "limitaciones" en perjuicio de los inmigrantes, y sus "operaciones de ingeniería" con la finalidad de autorrealizar la profecía sobre las bondades de "concretos programas de políticos". (*Observatorio de la Seguridad Pública.* Boletín elaborado y editado por el Instituto de Estudios de Seguridad y Policía. Madrid, 2002).

Cabe también que los *tribunales* condenen a los inmigrantes en mayor proporción. Con excesiva frecuencia algunos Jueces ordenan la detención preventiva del extranjero con motivo de su expulsión del territorio nacional, entendiendo que durante la tramitación del expediente el extranjero puede ser privado de libertad. Por desgracia, "el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo la legalidad de la detención de los extranjeros con motivo de la incoación de un expediente de expulsión" (Francisco Alonso Perez, 2001, 2). En parecido sentido crítico contra la Jurisprudencia se habían manifestado anteriormente Mercedes Heredia Puente y Cristóbal Francisco Fabrega Ruiz (1). Desde la innegable subjetividad y parcialidad en la percepción de estas dos instancias de la Política criminal se deduce, lógicamente, que la cifra negra de la delincuencia foránea sea más reducida que la relativa a la autóctona. Todos los inmigrantes infractores –e incluso muchos sólo sospechosos– ingresan en prisión. En cambio ingresa un porcentaje menor de los infractores españoles (Elisa García España, 277-386). A aquéllos, nuestros tribunales continúan imponiéndoles siempre sanciones prisionales cuando en muchos supuestos debían dejarles en libertad e imponerles únicamente otras sanciones alternativas, como multas, trabajos en beneficio de la comunidad o, mejor dicho, en beneficio de "las víctimas": artículos 33, 40, 49, 53, 88, del Código Penal (Beristain, 2002), suspensión de la ejecución (artículo 80) etc.

Dentro ya de los establecimientos penitenciarios, por múltiples sinrazones, resulta inevitable que los internos extranjeros sufran más que los internos españoles. Como lamenta Esther Giménez-Salinas (136), los inmigrantes encuentran diversas dificultades "añadidas"; entre otras, la lengua, el régimen de visitas, los permisos de salida, el tercer grado y el cumplimiento en régimen abierto.

Hablamos aquí del perfil de los inmigrantes en general, no de los que organizan su ingreso ilegal en España, ni de las bandas que se dedican a su explotación ilegal (se calcula que hay más de 300) y que trafican con su prostitución, contra los derechos de los extranjeros y de los trabajadores, de documentos falsos, fraude y estafas, etcétera, como se aprecia en el cuadro siguiente. Se estima que estos delincuentes mueven en España más de 600.000 millones de euros, casi un billón de pesetas.

Principales redes de tráfico ilegal de inmigrantes, desarticuladas por la Policía

Cuerpo Nacional de Policía	Año 1999	Año 2000
Redes de prostitución	82	84
Responsables detenidos	312	381
Redes contra los derechos de los extranjeros	60	76
Responsables detenidos	151	202
Redes de documentos falsos	20	76
Responsables detenidos	69	275
Redes contra el derecho de los trabajadores	56	67
Responsables detenidos	109	120
Redes de fraude y estafas	26	14
Responsables detenidos	55	32

Fuente: Graciela MALGESINI, p. 83.

Dicho brevemente, carecemos de suficientes argumentos para afirmar, como hacen algunos, que un alto porcentaje de los inmigrantes hoy en España

merecen ser considerados delincuentes y protagonistas principales de nuestra inseguridad ciudadana. Más científico resulta considerarlos principalmente como víctimas. Lo explicamos a continuación.

3.2 Los inmigrantes macrovíctimas allí y aquí e in itinere

"El duelo migratorio afecta no tan sólo
a los inmigrantes sino también a los autóctonos
y a los que se quedan en el país de origen" –
Joseba Achótegui, 439.

Indicamos aquí algunos de los múltiples discursos, racionales y metarracionales, probatorios de que nuestros inmigrantes (no tratamos ahora de sus "traficantes"), en su inmensa mayoría son víctimas allí, en su país nativo, y aquí en España, en Europa. Sabemos que provienen de países pobres. Más pobres de lo que muchos de nosotros creemos: Marruecos, Ecuador, Colombia, Argelia, Afganistán... Son víctimas extremas de la injusticia mundial (I. Alarcón, Mohedano, *et al.*, 95 ss.; L. Boff, 721 s.; Dower, N.; Perez Cepeda, A. I, 52 s.). Ya el año 1973, Pedro Arrupe (1982, 352 s; 1982 a, 368 s.) refiriéndose a los inmigrantes – refugiados se adelantó a la semántica de su tiempo y hablaba con frecuencia de las "víctimas". Estos hombres, estas mujeres y estos niños en su país de origen carecen de comida y bebida, de vestidos, de hogar, de medicinas, de trabajo, de instrucción, de los medios necesarios para llevar una vida verdaderamente humana, se ven afligidos por las calamidades o por la falta de salud y de tratamiento médico elemental... (cfr. Juan XXIII, *Mater et Magistra*, de 1961, y el Concilio Vaticano II: "Decreto sobre el apostolado de los seglares", *Gaudium et Spes*, núm. 8. Los números 25 y 26 del boletín *Servir* detallan algunos aspectos de esta macrovictimación, de esta injusticia estructural que debemos tener presentes con más frecuencia. Aquí seleccionamos un par de estadísticas.

ESCOLARIZACIÓN/ALFABETIZACIÓN EN EL MUNDO		
NIÑOS	• 113 millones no escolarizados, (97%) en regiones menos desarrolladas • 2 millones de niños en edad de educación primaria y 20 millones en edad de secundaria no van a la escuela en Latinoamérica	
ADULTOS	1990 1998	895 millones no saben leer o escribir 880 millones no saben leer o escribir
JOVENES (entre 15 y 24 años)	1990 1998	Tasa de alfabetización 84% Tasa de alfabetización 87%
MAYORES DE 15 AÑOS	2000	49.3 millones de analfabetos en países no desarrollados 1.1 millones de analfabetos en países desarrollados

MUJERES Y NIÑOS REFUGIADOS		
REFUGIADOS	80% mujeres y niños La mayoría huye de sus casas a causa de la guerra y la violencia.	
	MUJERES	NIÑOS
	– Objeto de abuso generalizado en países en guerra – 16.4 millones sufren de VIH/SIDA – El tráfico de personas se practica sobre todo con mujeres – Prostitución, esclavitud sexual – 1.300 millones de personas sufren pobreza absoluta, subsistiendo con menos de un dólar diario (70% mujeres).	– 300.000 niños luchan como soldados

Los inmigrantes también padecen victimaciones aquí, en España, y –poco más o menos– en los otros países a los que se ven obligados a acudir, en medios de transporte generalmente infrahumanos. Los recientes casos trágicos en el sur de España y en las costas de Italia, etc., son tantos que han cegado notablemente la sensibilidad de muchos de nosotros.

Recogemos, al menos, algunas cifras de los fallecidos *in itinere* hacia España.

FECHA	SUCESO	VÍCTIMAS
Mayo 1989	Naufragio de una patera al norte de Ceuta.	Mueren 20 personas y 4 sobreviven.
Febrero 1992	Accidente dentro de la bodega de un viejo pesquero en el Estrecho.	Mueren asfixiados 20 magrebíes y muchos de los 250 sufren heridas.
Octubre 1996	Patera en el Estrecho	Fallecen 27 inmigrantes
Diciembre 1996	Naufragio entre Sicilia y Malta.	La cantidad de muertos y heridos definitiva se desconoce; se habló de decenas.
Marzo 1997	Vuelco de un camión cerca de Figueres, Girona.	Murieron 11 personas.
Septiembre 1997	Hundimiento de una patera cerca de Tarifa.	Se encuentran 14 cadáveres.
Julio 1998	Naufragio de una patera cerca de Melilla.	Mueren 38 personas ahogadas.
Marzo 1999	Naufragio de una patera cerca de Tánger.	La policía marroquí halla 13 cadáveres.

FECHA	SUCESO	VÍCTIMAS
Mayo 1999	Naufragio de tres pateras hacia España.	Al menos 13 inmigrantes perecen ahogados.
Agosto 1999	Naufragio cerca del cabo Tres Forcas en Melilla.	Mueren 38 personas marroquíes.
Mayo 2000	Naufragio de una patera en las costas de Fuerteventura.	Mueren 12 personas subsaharianas.
Mayo 2000	Naufragio de una lancha neumática a punto de llegar a Tarifa.	Mueren 6 inmigrantes ahogados.
Febrero 2001	Naufraga una patera cerca de España.	Al menos 10 personas han muerto.

Fuente: Graciela MALGESINI, 93 ss.

Los medios de comunicación nos informan, a veces, acerca de las victimaciones que sufren los inmigrantes; pero sólo de las más llamativas. Nuestra xenofobia excesiva, como lo confirman las investigaciones antes citadas y otras muchas, hace que la figura del extranjero despierte toda clase de suspicacias y temores; el *chivo expiatorio*. Este hecho se agrava ante individuos de otra raza o de costumbres muy diferentes de las que conocemos. Algunos medios repiten ese patrón, influidos por la sociedad e influyendo posteriormente en la misma. Así brota un círculo vicioso difícil de romper, condenado a retroalimentarse crecientemente. Por desgracia, los inmigrantes con frecuencia continúan marginados, en cierto grado, aún después de integrados en el país de acogida. Su status laboral suele mantenerse más bajo, y su tasa de paro más alta (B. Dietz, 184 ss.).

Hannah Arent, cuando reflexiona sobre el origen del totalitarismo, y Albert Bastenier (230) coinciden en que los inmigrantes, los refugiados, los apátridas y

las minorías constituyen "el grupo más sintomático de la política contemporánea". Ese grupo representa como ningún otro la definición universal y abstracta de los derechos humanos, sin embargo paradójicamente resulta que casi siempre está privado de una real protección jurídica.

3.3 Agentes morales, hoy y mañana. Integración intercultural

> *"El mestizaje es, en nuestras sociedades multiculturales, el recordatorio permanente de lo imprevisible que resulta la aventura humana y de la necesidad del proyecto democrático. En este sentido, el mestizaje es el paradigma de la aventura* intercultural *(subrayo) y abre una nueva vía de humanidad"* – Jacques Audinet, 258.

Después de haber comentado que muchos inmigrantes son no tanto delincuentes sino víctimas, hemos de añadir, en este apartado, algo más positivo: esas personas son hoy y serán mañana agentes morales, creadores de una cultura más humana en nuestros países. Muchos argumentos, no sólo de historia general –del campo jurídico, ético, religioso, etcétera– muestran la factibilidad imparable de que un alto porcentaje de inmigrantes por motivos humanitarios –refugiados–, o por reagrupación familiar o por problema económico o laboral, desempeñen –en la convivencia cotidiana– un papel fecundo de agentes morales. De la superioridad técnico-económica del entorno nacional frente a los inmigrados, no se deduce superioridad alguna en el campo axiológico. Al contrario, en muchos casos, a las personas y a los grupos de personas más débiles y vulnerables puede y debe reconocerse calidad de agentes morales (Garzon Valdes, 537; M. T. Sáez, 580 s.) y dignos de especial tutela jurídico-penal, por ser los más débiles (L. Ferrajoli). Son factores humanizadores.

Ya en la cultura helénica –y más en nuestros días– se acepta la legitimidad de la objeción de conciencia y/o de la desobediencia civil (J. Rawls, 158 ss.), se acepta el valor del individuo como persona imitadora de Antígona que respeta la

moral positiva y la legalidad establecida por la autoridad, pero también admite que siempre puede haber un conflicto con la ética crítica, con "lo que le dictan los dioses" y no repugna a la razón. El Derecho positivo debe permitir siempre "una discusión *espiritual* y no liquidarla con el sometimiento forzoso o incluso la aniquilación de los hombres por otros hombres" (H. Welzel, 112). La *Vox populi* no siempre proclama la *Vox Dei.* Los inmigrantes en cuanto víctimas escuchan la voz de Dios y contribuirán a que "las culturas no morirán ni desaparecerán sino que simplemente pervivirán con una nueva carne y un nuevo espíritu, en el cuerpo y el alma nuevos de los hijos del mestizaje. La verdad es que el futuro será mestizo, una nueva vida para el encuentro de las culturas" (V. Elizondo, 267). Encuentro intercultural, como proclamaba el Derecho romano: *Dum Romae viveris, romano vívite more*, mientras habites en Roma, vive según la costumbre romana.

Entienden equivocadamente la inculturación deseada por Pedro Arrupe quienes equiparan la religión con la cultura y olvidan que la religión es distinta y distante. "No es competencia de la fe sustituir a una cultura en decadencia. Ni le corresponde salvar unas instituciones que se han vuelto incapaces de transmitir la cultura en una determinada civilización. Si la fe permanece fiel a sí misma, distante, entonces se revelará indirectamente como una energía para toda cultura" (Christian Duquoc, 145).

La sociedad acepta, cada día más, importantes documentos de las NN.UU., con principios de convivencia universal que impiden la instrumentalización de los técnica y económicamente menos dotados. Esto facilita que los inmigrantes desarrollen su misión de agentes morales, es decir buscadores y creadores del bienestar y la felicidad para ellos y para los demás. Los ciudadanos demócratas del siglo XXI, sobre todo si aceptamos la axiología cristiana, si proclamamos la prioridad moral del individuo sobre la comunidad, si admitimos la existencia de mínimos éticos universales, si rechazamos el relativismo ético (Garzón Valdés, 525 ss.), hemos de reconocer en los inmigrantes, ante todo, personas concretas de

carne y hueso en tanto que agentes morales. En el mundo cultural se exige unas normas de convivencia universalmente admitidas, normas que impidan la instrumentalización, la "marginación" de los técnica y económicamente más frágiles. En el mundo religioso destaca la postura de Pedro Arrupe (1982 a, 379 s.), cuando afirma que esos inmigrantes juegan en cierta manera el papel de conciencia de los países de este nuestro continente en todo lo que se refiere a sus relaciones con el Tercer Mundo.

En resumen, contra lo que aparece en ciertos medios de comunicación, declaramos que un notable porcentaje de inmigrantes son personas con alto grado de coraje, que salen de su país, superan el poder de la hambruna, vienen con ganas de trabajar todo lo que sea necesario, aunque encuentren condiciones infrahumanas. Son personas responsables que superan obstáculos casi irrebasables, con ideales de generosidad para sus familiares y compatriotas, que no se contentan con sobrevivir ellos y los suyos, que acabarán saliendo triunfantes en lo material y, principalmente, en lo espiritual. Gente merecedora de que les reconozcamos como agentes morales, con derecho a cubrir sus necesidades y a desplegar plenamente sus capacidades individuales, familiares y sociales. Parece oportuno que se lleven a cabo investigaciones empíricas acerca de las acciones y actitudes altruistas de muchos inmigrantes.

Desde esta perspectiva, no parece suficiente la legislación actual, universalmente admitida, que proclama la no discriminación. Debe avanzar más adelante y atreverse a proclamar la discriminación *positiva* con los inmigrantes-víctimas. Tenemos obligación de solidarizarnos con ellos, y levantarnos con ellos –sin violencia– contra el absurdo de la injusticia, como escribe H. R. Schlette (256), comentando, en general, la fuerza renovadora de la solidaridad con las víctimas y su rebelión contra la injusticia, que nos enriquecerá éticamente ("die Solidarität der Leidenden und das Sich-Auflehnen, gegen das Ungerechte..."). En sentido parecido, Peter Noll (1984, 230 s.; 1985, 20 s.).

Dentro de esta "revolucionaria" pero justa cosmovisión, se puede llegar a considerar atrasada la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que se contenta con obligar a los Estado Miembros las medidas de no discriminación contenidas en ella, a más tardar el 19 de julio de 2003. Diversos motivos impiden esperar al año 2003 para exigir la no discriminación. Además, ya hoy, postulan la discriminación positiva a favor del inmigrante, como argumentamos a continuación en referencia al art. 9 de la Constitución Española.

4. Desde la no discriminación *de lege lata* hacia la discriminación positiva *de lege ferenda*

"En este punto, la igualdad formal de las partes no corresponde a la igualdad sociológica: obrero respecto al empresario, inquilino frente al casero, campesino frente al dueño de la tierra. De ahí que cuando las leyes o las sentencias desigualan razonablemente lo desigual, restablecen la perdida igualdad básica" – E. Ruiz Vadillo, E. Zuloaga, 1991, 19.

A la luz de lo expuesto en las páginas anteriores, resumamos dos conclusiones principales que de ellas se derivan. Por una parte, los serios motivos que fundamentan la doctrina y la legislación nacional e internacional en favor de respetar y hacer respetar al máximo la no discriminación de los inmigrantes; y, por otra, la exigencia desde la ética metarracional de las grandes religiones que pide *de lege ferenda* la discriminación positiva de los inmigrantes, su acogida como protagonistas morales opuestos a la multiculturalidad ("el multiculturalista como escribe Mikel Azurmendi [356] supone que a cada sociedad le corresponde una cultura fija, espesa, e invariable; y supone que lo mejor para una cultura es mantenerse diferente, siempre iguala sí misma") y defensores de la interculturalidad, la integración diferenciada (M. T. Sáez, 572 s.; G. Sartori, 2001, 129). También como "partenarios" de la nueva ética mun-

dial que aupa a primer rango la parábola del Buen Samaritano y el artículo 9 de la Constitución española.

Europa ha nacido, históricamente, desde cosmovisiones e instituciones culturales y religiosas. Lo reconoce, también F. Nietzsche (134). El derecho de Asilo, por ejemplo, brota de antecedentes religiosos. En concreto, el Concilio de Lérida del año 546 proclama que "los clérigos no han de sacar o azotar al siervo suyo que se refugia en un templo cristiano". Lógicamente, en la renaciente Unión Europea, ante la macrovictimación de los inmigrantes, nos importa deducir, de lo hasta aquí expuesto, unas breves coordenadas que abran la puerta a más detalladas reflexiones de los especialistas acerca de qué y cómo nuestras instituciones culturales y religiosas deben *conocer*, acerca de qué y cómo deben *hacer*. Crear una nueva epistemología, una nueva praxis policial, una nueva justicia social y una nueva ética. Desde la *Europol* y la *Eurojust* hemos de avanzar hacia la *Euroetic* victimológica.

Empecemos por conocer con otra pupila, desde otra perspectiva. Como explica W. Jaeger (112 ss.) "sufrimos una hipertrofia de la actividad cerebral racional. Miramos a través del microscopio y vemos cada vez más detalles. Pero, en cambio, se nos escapa la visión global, la realidad del conjunto, de la sinergia. Todavía peor, perdemos la luz y la dimensión metarracional de nuestro convivir". Es difícil ver y saber, sin prejuicios, la realidad de los millones de víctimas marginadas, de inmigrantes excluidos de los elementales derechos humanos; y además, a veces, no queremos solucionarlo, ni verlo (Kolvenbach, 2; J. Sobrino, 1992, 223-232; Amnistia Internacional, 2002, 12 ss.). Para conseguir la información objetiva de esta tragedia mundial hemos de superar la hegemonía de la razón instrumental opresora y de la sinrazón postmoderna, que abocan en la ausencia de compasión y de solidaridad y de fraternidad. Apoyémonos en la "inteligencia sentiente" (I. Ellacuria, 655), en un tipo de racionalidad y/o metarracionalidad que supere "los sueños de la razón", que fundamente y exija una nueva cosmovisión de la libertad y la dignidad de todos los seres humanos, sin excluir los inmigrantes. (J. B. Metz, 336 ss.). "En muchos países de la Unión

Europea es necesaria una amplia y profunda labor político-pedagógica por parte de las fuerzas políticas, económicas, sociales y religiosas para aumentar la conciencia pública sobre el derecho a la inmigración", como proclama la Unión Europea, Comité Económico y Social, Dictamen sobre una Política Comunitaria de Migración, 17.09.2001.

Ante todo merecen tenerse en cuenta importantes normas Internacionales (G. Varona, 64 ss.) y concretamente de las NN.UU. que proclaman la igualdad y no discriminación de los inmigrantes. Recordemos, al menos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y, especialmente su artículo 13.1: "Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado", y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de 25 noviembre 1981. También debemos recordar, el artículo 5.4 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, de 13 de diciembre de 1985: "Con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él". Y, el artículo 16.2 de la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos Humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990: "Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la protección *efectiva* (subrayo) del Estado contra toda violencia, daño corporal, amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones".

En 2002, hemos de dar un paso hacia adelante de evolución cualitativa que supere esta actualmente proclamada no discriminación. Hemos de reconocer que, aunque se cumpla, es insuficiente y en algunos casos criminógena. La legislación penal que proclama la no discriminación, en los artículos antes citados, resulta anticuada. Su inspiración en el principio de humanidad le obliga al Código a asumir funciones sociales más solidarias con los inmigrantes víctimas

(J. L. de la Cuesta, p. 175 s.). Estos merecen, por muchos motivos, también por su peculiar victimación una atención preferencial y disfrutar de especiales derechos para reparar lo que han sufrido en su ayer, y para posibilitar lo que harán como agentes morales, en su hoy y en su mañana. Hemos de superar lo establecido en el Consejo Europeo de Tampere (1999), de Leaken (2001) y de Sevilla (2002), y lo propuesto en el Libro Verde de la Comisión de Europa, de 10.04.2002, relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales. Desde estos y otros documentos e investigaciones, si los interpretamos desde la victimología compasiva, emerge lo que podríamos llamar una nueva hermenéutica del delicado fenómeno migratorio, una "cultura de acogida" (G. Varona, 469), una conciencia ética de fraternidad universal, en el sentido de que nace vigoroso un reconocimiento generalizado de ciertos valores innovadores considerados precisamente como fundamentales y universales porque verdaderamente son la expresión de la igual humanidad del hombre y de la mujer (Jean Ladriere, 78).

Muchos cultivadores de la Ética y de las Ciencias afines trabajan eficazmente en la búsqueda de unos mínimos comunes a todas las sociedades respecto a los derechos humanos básicos, como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y a una igualdad que haga efectiva la formal, sin olvidar la contribución de los inmigrantes al interculturalismo y a la configuración de nueva ciudadanía (A. Beristain, 1998 a; C. Giménez, 556 ss.; A. Cortina, 263). También algunos, y cada día más, influidos por las experiencias y tradiciones religiosas piden una *Euroetic* que en nuestra vida individual y social apruebe e integre el talante de la Bienaventuranzas Evangélicas ("Bienaventurados los pobres". Evangelio de San Mateo, cap. V; y "el más pequeño entre vosotros es el más importante", Evangelio de San Lucas, cap. IX,48), y que admita –o, por lo menos, no rechace– la creencia y experiencia central de que a Dios y a la felicidad se le encuentra al lado de los vencidos, de los inmigrantes (Reyes Mate, 210 ss.; J. Sobrino, 1999, 474 s.; H. Häring, 883; Concilio Vaticano II, Gaudium et Spes, núm. 72; Peter Noll, 1984, 40 s., 229-232 y 1985, 69 ss.; Eric Wolf, 26 ss., 70 s.).

La tecnociencia como la política y, aunque menos, también la universidad, está, con frecuencia, plegada a la acción y a unas formas de acción regidas y exigidas por las finalidades y cosmovisiones tradicionales ya finiquitadas del *homo faber, homo oeconomicus*. Las cuestiones de los inmigrantes requieren nuevas coordenadas que ni la ciencia, ni la política son capaces de bosquejar y verificar (J. Ladriere, 76). Necesitamos la colaboración de los dedicados a la Ética y a las Religiones que nos brinden un *Ethos* universal, nuevo. Ese Ethos privilegia a los inmigrantes, sin que signifique aceptación de la moral eclesial, pues ésta ha incurrido y puede hoy ciertamente incurrir en graves violaciones de los Derechos Humanos. No se olvide el *Syllabus*.

Junto a la urgencia de una nueva cosmovisión mundial de la mujer y el hombre, conviene subrayar la necesidad de una nueva praxis legal, policial, económica y de política general que respete y desarrolle los derechos fundamentales de los inmigrantes y los preferencie como protagonistas, como agentes morales, con encomiable talante reactivo, pero no violento, frente a la injusticia (Aurelio Arteta, 264 s., con referencias a Horkheimer y Habermas).

En este tema, como recuerda el Consejo de Europa (1991, 91) en su Cuarta Conferencia de Ministros Europeos responsables de la migración, "no olvidemos que las iglesias han tenido, aunque no siempre, y tienen un papel de particular importancia. A menudo han sido las primeras en preocuparse y ocuparse de las necesidades de los inmigrados". Como mención indiciaria, entre otras muchas, de la teoría y praxis eclesial a favor de los inmigrados y refugiados podemos recordar la labor desarrollada por *Jesuit Refugee Service* y, en escala muy pequeña, pero digna de atención por la Comunidad de San Egidio, de Roma. Por ejemplo, cuando el 28 de abril de 2002, su *Newsletter* destaca la noticia en los periódicos "Los ancianos piden: *No impidáis a los inmigrantes que nos ayuden a vivir*".

Hoy resultan sumamente fecundos los esfuerzos por descubrir y armonizar los elementos comunes a todas las religiones (Hans Küng y Kart-

Josef Kuschel, 1994; A. Beristain, 1994, 185 s.). Afortunadamente, las iglesias y no menos las cristianas han actualizado radicalmente su doctrina tradicional en algunos puntos patentemente xenófoba, por ejemplo cuando Pío IX, en el *Syllabus errorum*, anexo a la Encíclica *Quanta cura* (1864), condenaba "las leyes de muchos países católicos que autorizan a los inmigrantes el ejercicio público de su religión". Recordamos esta falibilidad y nos sentimos obligados a pedir perdón y deseamos corregirla.

Para terminar, recuerdo lo que concluí en la *Internacional Conference on Migration and Crime. Global and Regional Problems and Responses*, organizada por Ispac de las Naciones Unidas, en Courmayeur Mont Blanc (1998). Veo con esperanza que se intensifican las contribuciones de las grandes religiones en colaboración con las fuerzas culturales y jurídicas para solucionar urgente y radicalmente nuestra tragedia actual de las migraciones. (Beristain, 1998, 305). Hoy se confirma mi optimismo al releer la argumentación de un teólogo señero Denis Müller (760), para concluir que "la acogida de los inmigrantes significa finalmente un mayor conocimiento espiritual y un mejor desarrollo ético y político". También al constatar que las NN.UU (2001, p. 258) "alientan a los Estados de origen y de destino de los migrantes a que consideren la adopción de estrategias bilaterales o regionales orientadas a proteger (y desarrollar) los derechos humanos de los migrantes y sus familias, *con carácter prioritario* (subrayo) y de conformidad con la legislación apropiada, a que luchen eficazmente contra el tráfico internacional de migrantes y a que *protejan* (subrayo) a los migrantes y sus familias de la explotación e intimidación de los traficantes y las organizaciones delictivas".

En resumen, todas las personas y las instituciones culturales, jurídicas y religiosas estamos obligados a cumplir la legislación nacional e internacional que, por el imperativo de la igualdad humana, exige reconozcamos a los inmigrantes y sus familiares los mismos derechos que a los nacionales. Así, se resolverán muchos macro-problemas, muchos duelos migratorios. Pero, a la luz

de lo que aquí hemos argumentado con metodología multi e interdisciplinar, intelectual y metaintelectual, afirmamos que en el tercer milenio esa igualdad formal, pasiva, conservadora, resulta insuficiente y criminógena. Estamos obligados a "inventar" nuevas leyes, instituciones y costumbres que fomenten la discriminación positiva de los inmigrantes, discriminación requerida porque ellos, en cuanto víctimas, tienen derecho a jugar un inigualable papel pedagógico (J. Urra, 95) de agentes morales, en los centros educativos, de interculturalismo y de no relativismo ético (M. T. Sáez, 575). Sin olvidar que muchos inmigrantes nos transmiten la experiencia de que, como proclama Enrique Ruiz Vadillo (1996, 247), "no sólo es derecho lo que se legisla, sino algo más: lo son también los valores que se instauran en el punto más alto del sistema, por eso puede hablarse de Ley y de Derecho, como declara el artículo 103 de la Constitución Española".

Bibliografía

ACHÓTEGUI, Joseba (2002): "Aspectos psicológicos y psicosociales en la migración: Características de los duelos migratorios". En J. M. ALEMANY et al. *La inmigración, una realidad en España.* Zaragoza: Centro Pignatelli.

AGUIRRE, Begoña (1999): "El 47% de los universitarios opinan que los inmigrantes incrementan la delincuencia". *El País Digital*, 21 diciembre.

ALARCÓN MOHEDANO, I; MARAÑON MAROTO, T; de MARTÍN SANZ, L. V. (2002): *Derecho de extranjería. Práctica administrativa y jurisdiccional.* Madrid: Dykinson.

ALEMANY, J. M. et al. (2002): *La inmigración, una realidad en España.* Zaragoza: Centro Pignatelli.

ALONSO PEREZ, Francisco (2001): "Privaciones de libertad en la legislación de extranjería". *La Ley*, n. 5.441, p. 1-4, 17 de diciembre.

ALONSO PEREZ, Francisco (2002): "El concepto de refugiado en la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951. Doctrina Jurisprudencial". *La Ley*, n. 5.524, p. 1-5, 16 de abril.

AMNISTIA INTERNACIONAL (2002): "La guerra de la Unión Europea contra la *inmigración ilegal* pone en peligro los derechos humanos. Llamamiento de Amnistía Internacional a la Cumbre de la UE en Sevilla". *Revista bimestral para los países de habla hispana*, n. 56, p. 12 ss, agosto-septiembre.

ANUARIO EL PAÍS, Madrid, 2002.

ARRUPE, Pedro (1982): "Formación para la promoción de la justicia". *La Iglesia de hoy y del futuro.* Santander: Sal Terrae.

ARRUPE, Pedro (1982 a): "Lucha por la justicia y educación en los centros escolares". *La Iglesia de hoy del futuro.* Santander: Sal Terrae.

ARTETA, Aurelio (1996): *La compasión. Apología de una virtud bajo sospecha.* Barcelona: Paidós.

AUDINET, Jacques (1999): "Frontera del cuerpo, fronteras sociales". *Concilium*, n. 280, p. 249-258.

AZURMENDI, Mikel (2001): *Estampas del ejido.* Madrid: Taurus.

BASTENIER, Albert (1999): "Inmigrantes y demandante de asilo: figuras de la globalización e interrogantes teológicos". *Concilium*, n. 280, p. 227-238.

BERISTAIN, Antonio (2002): "El juez prohíbe al victimario su aproximación a las víctimas y ¿le obliga a atenderlas? (artículos 57 y 49 del Código penal)". Libro *Homenaje a José Cerezo*. En prensa.

BERISTAIN, Antonio (2002a): Mundo inmigrante. *Entrevista*, Logroño, n. 10, julio-agosto.

BERISTAIN, Antonio (2001): "Justicia restaurativo-agápica, no vindicativa". *Universitas.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, n. 102, pp. 531-534, diciembre.

BERISTAIN, Antonio (2000): *Victimología. Nueve palabras clave.* Valencia: Tirant lo Blanch.

BERISTAIN, Antonio (1999): "Racismo y discriminación personal como agravante (artículo 22.4.ª del Código Penal de 1995)". En Manuel Cobo del Rosal (Dir.). *Comentarios al Código Penal.* Madrid: Edersa, t. II, p. 965-997.

BERISTAIN, Antonio (1998): "Religion as aetiology and solution of the crime/migration problem. (Spirituality as a Regeneration of Solidarity)". En International Scientific and Profesional Advisory Council of the United Nations crime prevention and Criminal Justice Programme, *Migration and Crime*, Milano.

BERISTAIN, Antonio (1998a): "El nuevo ciudadano responsable y solidario: el partenario (Reflexión criminológica victimológica)". En Ana Messuti (Coord.). *Perspectivas Criminológicas en el umbral del tercer milenio.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

BERISTAIN, Antonio (1994): "Reflexiones criminológicas sobre inmigrantes y refugiados". *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 7 extr., p. 163-189.

BOFF, Leonardo (1999): "Vida y muerte sobre el planeta tierra". *Concilium*, n. 283, p. 717-728.

CALVO BUEZAS, Tomás (1997): *Racismo y solidaridad de españoles, portugueses y latinoamericanos. Los jóvenes ante otros pueblos y culturas.* Madrid: Edic. Libertarias.

CÁRITAS ESPAÑOLA (2000): "Bibliografía" (sobre inmigración). *Documentación Social*, n. 119, p. 329-343.

CARRASCO, Concha (2002): "Impacto económico de la inmigración: incorporación al mercado de trabajo formal e informal", con bibliografía. En J. M. Alemany et al.

CHRISTIE, Nils (1993): *La industria del control del delito.* Buenos Aires: Los Editores del Puerto.

COMISIÓN EUROPEA (2002): *Libro Verde.* Relativo a una Política comunitaria de retorno de los residentes ilegales. Bruselas, 10 abril.

CONCILIO VATICANO II (1965): Constitución Pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual. *Gaudium et Spees.*

CONSEJO DE EUROPA (1991): 4.ª Conferencia de Ministros europeos responsables de asuntos de migración. Luxemburgo, septiembre (Cf. Madrid: Fundación Encuentro, 1991, n. 121, *Inmigrantes en la convivencia*).

CORTINA, Adela (1999): *Los ciudadanos como protagonistas.* Barcelona: Círculo de Lectores.

CUESTA, José Luis de la (2001): "Responsabilidad civil. Procedimiento. Incoación. Efectos". *La Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores.* Bilbao: Consejo Vasco de la Abogacía.

DE LUCAS, Javier (2002): "La dimensión política de la inmigración: un reflexión pendiente". En J. M. ALEMANY et al.

DIETZ, Bárbara (2001): "The Integration of Inmigrants in Germany: Policy and Labor Market Aspects". *Beihefte der Konjunkturpolitik. Zeitschrift für angewandte Wirtschaftsforschung. Applied Economics Quarterly.* Berlin: Duncker & Humblot, Heft, 52, "Migration in Europa", con bibliografía.

DÍEZ ALEGRÍA, José María (1972): *Yo creo en la esperanza.* Bilbao: Desclée de Brouwer.

_____ (1999): *Yo todavía creo en la esperanza.* Bilbao: Desclée de Brouwer.

DIEZ, Laura (2000): "El contenido de la nueva ley". En Eliseo Aja (Coord.). *La nueva regulación de la inmigración en España.* Valencia: Tirant lo Blanch.

DOWER, Nigel (1995): "La pobreza en el mundo". En Peter Singer (Ed.).

DUQUOC, Christian (1999): "Fe cristiana y amnesia cultural", *Concilium*, n. 279, p. 139-145.

ELIZONDO, Virgil (1999): "El mestizaje: Así nace una nueva vida". *Concilium*, n. 280, p. 259-267.

ELLACURIA Ignacio (1982): "Actividad del cerebro 'y' actividad de la mente". En A. BERISTAIN (Comp.). *Estudios Vascos de Criminología*, Bilbao: Mensajero.

FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael (2001): "La nueva Ley de extranjería. Una visión general", *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, vol. II.

FERRAJOLI, L. (2001): "Prefacio". En A. Messuti, J. Sampedro Arrubla (Eds.). *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio.* Buenos Aires: Universidad.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa (2001): *Inmigración y delincuencia en España:* análisis criminológico, Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. (1999): *Tratado de criminología.* 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

GARRIDO, V.; STANGELAND, P.; REDONDO, S. (2001): *Principios de Criminología.* 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

GARZÓN VALDES, Ernesto (1993): *Derecho, ética y política.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GIMÉNEZ, Carlos (2002): "El planteamiento intercultural y su relación con la ciudadanía y las políticas públicas", con abundante bibliografía. En J. M. Alemany et al.

GIMÉNEZ-SALINAS, Esther (1994): "Extranjeros en prisión". *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 7 extr.

GONZALO QUIROGA, Marta (2001): "Discriminación racial y control de identificación policial: Valoración de la raza como indicio de extranjería y de nacionalidad". *La Ley*, n. 5.291, p. 1-5, 19 de abril.

HÁRING, Hermann (1997): "Ni él ni sus padres pecaron... El castigo, la culpa y la exclusión". *Concilium*, n. 273, p. 871-883.

HEREDIA PUENTE, Mercedes; FABREGA RUIZ, Cristóbal Francisco (1996): "Las privaciones de libertad en el campo de la extranjería". *La Ley*, n. 3.960, 25 de enero, p. 1-4.

INSTITUTO DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD Y POLICÍA (2002): *Observatorio de la Seguridad Pública*, Madrid.

JAEGER, Willigis (1999): *En busca de la verdad. Caminos. Esperanzas. Soluciones.* Bilbao: Desclée De Brouwer.

KOLVENBACH, Peter-Hans: Entrevista en ABC, *Los Domingos*, 13 octubre 2002, p. 1-4.

KÜNG, Hans (1991): *Proyecto de una ética mundial.* Traducción G. Canal Marcos. Madrid: Trotta.

_____; KUSCHEL, Kart-Josef (Eds.) (1994): *Hacia una ética mundial*, Madrid: Trotta.

LADRIERE, Jean (1988): "¿A dónde va el hombre?". *Los Grandes Avances del Conocimiento.* Bilbao: En Universidad de Deusto.

LAIN ENTRALGO, Pedro (1993): *Creer, esperar, amar.* Barcelona: Círculo de Lectores.

MALGESINI, Graciela (2002): "Europa, ¿destino de flujos migratorios espontáneos u objetivo del tráfico de personas?". En J. M. Alemany et al.

MATE, Reyes (1991): *La razón de los vencidos.* Barcelona: Anthropos.

METZ, J. B. (1992): "Libertad solidaria. Crisis y cometido del espíritu europeo". *Concilium,* n. 240, p. 336 y ss.

MORELLO, Gustavo, S. J. (2002): "¿Qué pasó en Argentina?". *El Ciervo.* Barcelona, n. 614, mayo, p. 26-28.

MÜLLER, Denis (1993): "Patria de los viajeros para una ética de las migraciones". *Concilium,* n. 248, p. 741-761.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2001): *Derecho penal. Parte especial.* Valencia: Tirant lo Blanch.

NN.UU. (1990): Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre 1990.

NN.UU. (1985): Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

NIETZSCHE, F. (1997): *Más allá del bien y del mal.* Trad. Andrés Sánchez Pascual. Madrid: Alianza.

NOLL, Peter (1985): *Gedanken über Unruhe und Ordnung.* Zürich: Pendo.

NOLL, Peter (1984): *Diktate über Sterben und Tod. Mit Totenrede von Max Frisch.* Zürich: Pendo.

PEREZ CEPEDA, Ana Isabel (2002): "Instrumentos internacionales en la lucha contra el tráfico de inmigrantes y la trata de seres humanos". *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja.* Suplemento, n. 10, julio, p. 45-64.

RAWLS, J. (1999): *Justicia como equidad.* Trad. M. A. Rodilla. Madrid: Tecnos.

REDONDO ILLESCAS, Santiago (2001): "La delincuencia y su control: realidades y fantasías". *Revista de derecho penal y criminología.* 2.ª época. n. 8, p. 308-325.

RIO FERNÁNDEZ, Lorenzo J. del (2001): "Detención e internamiento de extranjeros: Estatuto jurídico". *La Ley*, n. 5.422, p. 1-5, 20 noviembre.

RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa (2001): "Ley de Extranjería y Derecho penal". *La Ley*, n. 5.261, p. 1-5, 6 de marzo.

RUIZ VADILLO, Enrique (1996): *Exigencias constitucionales en el proceso penal como garantía de la realización de la justicia. La grandeza del derecho penal.* Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.

RUIZ VADILLO, Enrique; ZULOAGA ARTEAGA, Elvira (1991): *Derecho civil. Introducción al estudio teórico práctico.* 18. ed. Logroño: Ed. Ochoa.

SÁEZ ORTEGA, Mª Teresa (2002): "Crisis de la educación e interculturalidad: en busca de la perspectiva perdida". En J. M. Alemany el al.

SAGARRA TRIAS, Eduardo (2002): "La legislación española del 2001 sobre extranjería e inmigración". *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 1, p. 61-102.

SARTORI, Giovanni (2001): *La sociedad multiétnica, Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros.* Madrid: Taurus.

_____ (2002): *La sociedad multiétnica, extranjeros e islámicos, apéndice actualizado.*

SAVATER, Fernando (1999): *Las preguntas de la vida.* Barcelona: Ariel.

SCHLETTE, Heinz Robert (2001): "Der verwundete Humanismus: Jean Améry". *Orientierung*, n. 23-24, 15-31, p. 252-257, diciembre.

SERRANO GOMEZ, Alfonso (2002): *Derecho penal. Parte especial.* 7. ed. Madrid: Dykinson.

SERVICIO JESUITA AL REFUGIADO (2002): *Servir.* Roma, n. 25 y 26, abril y julio.

SINGER, Peter (Ed.) (1995): *Compendio de ética.* Trad. J. Vigil Rubio, y M. Vigil. Madrid: Alianza Diccionarios.

SOBRINO, Jon (1992): "Aniquilación del otro. Memoria de las víctimas. Reflexión profético-utópica", *Concilium*, n. 240, p. 223-232.

SOBRINO, Jon (1999): *La fe en Jesucristo. Ensayo desde las víctimas.* Madrid: Trotta.

UMUTESI, Marie-Béatrice (2002): *Huir o morir en El Zaire. Testimonio de una refugiada ruandesa.* Traducción R. Arozarena. Lleida: Milenio.

UNIÓN EUROPEA (2001): Dictamen del Comité Económico y Social sobre "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre un política comunitaria de migración", *Diario Oficial*, n. C 260 de 17.09.2001, p. 104-112.

URRA, Javier (2002): "El psicólogo forense en los juzgados y fiscalías de menores". En URRA, J. (Comp.). *Tratado de Psicología Forense*, Madrid: Siglo XXI.

VARONA MARTINEZ, Gema (1994): *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos.* Vitoria: Ararteko.

WELZEL, Hans (1971): "El problema de la validez del derecho. Una cuestión límite del derecho". En G. Radbruch; E. Schmidt; H. Welzel. Trad. J. M. Rodríguez Paniagua. *Derecho injusto y derecho nulo.* Madrid: Aguilar, p. 73-112.

WOLF, Eric (1958): *Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf.* Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.

NOTA – Agradecemos a *La Ley, Revista Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, la gentileza de permitir la publicación de este artículo (ya aparecido en su n. 5.660, de noviembre 2002).

4. O Direito em Ação

4.1 Jurisprudência Comentada

Identificação e qualificação criminal – Lembrando do mestre Sérgio Marcos de Moraes Pitombo

Roberto Soares Garcia

Advogado criminal em São Paulo. Membro do Conselho Diretivo da *Revista do IBCCRIM*. Diretor jurídico do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD. Vice-coordenador da Comissão de Crimes na Internet da Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações – ABDI.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de HC 275.312/1, da Comarca de São Paulo (6.ª Vara Criminal – Processo 256/94), em que é impetrante a Bela. Sandra Regina de Souza Lombardi Dias (procuradora do Estado), sendo paciente Paulo Cezar de Oliveira ou Paulo César de Oliveira.

Acordam, em 10.ª Câm. do Tribunal de Alçada Criminal, por v.u., em conceder, em parte, a ordem para reconhecer e declarar que Paulo Cezar de Oliveira – titular da Cédula de Identidade, Registro Geral, XXX, da Secretaria de Segurança Pública, do Estado de São Paulo – não há de figurar como indiciado, acusado, ou condenado pelos crimes de roubo biqualificado – duas vezes – e de tentativa de roubo, duplamente qualificado, praticados em concurso material e ocorridos em meados de 1993, bem como a 10 e a 28.03.1994; fatos objetivados na Ação Penal, de número originário 256/94, a qual tramitou, ou corre, perante a DD. 6.ª Vara Criminal da Capital. Assim, restando sem força e efeito, quanto a ele, o indiciamento, a acusação e a r. sentença condenatória; dando-se baixa,

inclusive, na distribuição. Ratificando-se, oportunamente, os dados da qualificação do autêntico acusado, por termo nos autos, na forma estabelecida em lei (art. 299, 2.ª parte, do CPP). Com a determinação de se enviar cópia do presente acórdão ao MM. Juiz de Direito da DD. 6.ª Vara Criminal da Capital, ao MM. Juiz de Direito da DD. 1.ª Vara Criminal do Foro Regional de Santana, e ao MM. Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos e Polícia Judiciária, Divisão de Processamento II (Dipo 4.2.1), nos termos do voto do sr. juiz relator, que segue em anexo.

Presidiu o julgamento o Sr. Juiz José Santana; dele participaram, ainda, os Srs. Juízes Márcio Bártoli e Poças Leitão.

São Paulo, 7 de junho de 1995 – Sérgio Pitombo, relator.

VOTO – A Procuradora do Estado Sandra Regina de Souza Lombardi Dias impetra ordem de *habeas corpus*, em favor de Paulo Cezar de Oliveira – titular da Cédula de Identidade, R.G., 18.410.759, de São Paulo; filho de Margarida Ricarda de Oliveira; bancário; nascido em Pereira Barreto, Estado de São Paulo, a 29.11.1967; domiciliado nesta Capital, onde reside na Rua João Dias Cerqueira, n. 104, Bairro Jardim Tremembé –, apontando como pretensa autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da DD. 6.ª Vara Criminal da Comarca da Capital, com vistas à ação penal, cujo Processo recebeu o número originário 256/94. Afirma, em resumo, que teve curso ação penal, de índole condenatória, na qual figurou como co-increpado indivíduo, que se identificou como Paulo Cezar de Oliveira. Atribuiu-se a falsa identidade, desde o momento em que se deixou prender, em flagrante delito. Não o submeteram à identificação, pelo processo datiloscópico, na ocasião. Observa a impetrante que se atuou, no episódio, com falta de cautela, visto como até sua assinatura não conferia, com a constante do aludido documento. Andou o processo e tal indivíduo terminou condenado, por roubo biqualificado – duas vezes – e, ainda, por tentativa de roubo, duplamente qualificado, em concurso material. Na seqüência, expediu-se mandado de prisão, que se cumpriu; o acusado, verdadeiro autor do delito, interpôs recurso de apelação. O defensor constituído ofertou razões. Antes da subida dos autos ao tribunal, o inculpado empreendeu fuga. Em seguida, chegaram informações de que o nome usado pelo sujeito agente era falso. Diante da possibilidade de se efetuar prisão injusta do paciente, expediu-se contramandado de prisão, até esclarecimento da verdadeira identidade do acusado. Juntou-se, então, documentação em que se comprovava que o coato, a

30.07.1992, bem antes dos crimes perseguidos, extraviara os documentos pessoais. Na Polícia Judiciária, procedeu-se a oitiva dos policiais militares que realizaram a prisão do inculpado. Apresentaram-lhes Paulo Cezar de Oliveira, para reconhecimento. Não foi reconhecido como a pessoa que haviam prendido. As vítimas dos roubos, por igual, se chamaram ao 2.º Distrito Policial de Tucuruvi. Não reconheceram o paciente qual um dos roubadores. Inquiriu-se, também, Paulo Cezar de Oliveira, o qual informou do extravio de documentos. Ainda que, ao providenciar nova documentação, tomou conhecimento de que se achava "procurado" pela polícia. Como nenhuma participação tivera nos delitos mencionados, apresentou-se a autoridade policial, buscando esclarecer o erro. Assere a impetrante que não pode restar o paciente esperando trâmites burocráticos, ou que, um dia, o sujeito agente dos roubos venha a ser capturado. No intuito de arrimar o presente *mandamus*, deduziu justificação judicial, que tramitou perante a DD. 6.ª Vara Criminal da Capital. Na medida asseguratória, perguntaram-se às vítimas, que tornaram a não reconhecer o paciente, inobstante tivessem identificado, a 23.05.1994, em audiência, o argüido, então preso. Refere, de outra sorte, a existência de fotografia do acusado, estampada no *Jornal Diário Popular*. Observa que o coato acabou demitido do estabelecimento bancário em que trabalhava, em face das notícias veiculadas pela imprensa. Anota, também, que, além da condenação, nascente no processo de número originário 256/94, existe ação penal em seu nome, em andamento, na DD. 1.ª Vara Regional de Santana, e inquérito policial, tramitando pelo Dipo. Assim, enquanto o paciente não tiver excluídas de sua folha de antecedentes tais ocorrências, não conseguirá trabalho, nem vida nova. Daí, pretender que se conceda a ordem para que se trancque a Ação Penal, de número originário 256/94, quanto a Paulo Cezar de Oliveira, excluindo-o do pólo passivo. Pede, outrossim, a expedição de salvo-conduto, vez que seu registro geral, até a presente data, não foi apreendido, nem lhe foi devolvido, correndo-se o risco de seu mau uso (f.).

Autos de justificação, requeridos por Paulo Cezar de Oliveira e que tiveram trâmite perante a DD. 6.ª Vara Criminal da Capital, recebendo o número originário 194/85, escoltam o pedido (f.).

Encartou-se aos autos cópia reprográfica de v. acórdão, proferido no HC 259.400/6, no qual figurou como paciente Paulo Cezar de Oliveira (f.).

Deliberou-se pelo processamento do *mandamus* (f.).

Requisitaram-se informações (f.). Vieram e o MM. Juiz de Direito da DD. 6.ª Vara Criminal da Comarca da Capital deu conta, em suma, de que: "Realmente, tudo o que constou na inicial do *habeas corpus* é verdade, ou seja, o impetrante não foi o verdadeiro autor do crime de roubo, objeto do Processo-Crime 256/94 desta 6.ª Vara Criminal, sendo que o indivíduo que praticou o delito, utilizando-se da cédula de identidade, fez-se passar por ele, tanto na polícia como em juízo, sendo que, no final, acabou sendo condenado. Acontece que a pessoa evadiu-se da prisão e, por isso, foi expedido mandado de prisão, ocasião em que o paciente ficou sabendo que fora processado por um crime que jamais cometera. Assim sendo, s.m.j. de Vossa Excelência, entendo que o *habeas corpus* deve ser concedido ao paciente, a fim de que ele seja excluído do pólo passivo da ação penal, por não ser parte legítima neste processo" (f.).

Cópias reproqráficas de inquérito policial da 2.ª Delegacia de Polícia, registrado sob n. 122/93, e de outras peças processuais acompanham as r. informações (f.).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer, propondo, em preliminar, converter o julgamento em diligência, para que viesse aos autos cópia da r. sentença condenatória. No mérito, opinou pela concessão da ordem (f.).

Converteu-se o julgamento em diligência, conforme alvitrado (f.).

Juntou-se cópia reprográfica do aludido r. *decisum* (f.).

Em nova vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça reiterou parecer favorável à concessão da ordem (f.).

É o relatório, em síntese.

A identificação jurídica guarda, sempre, caráter pragmático. Serve à segurança, à certeza e à igualdade das relações de direito. Como tal atividade surge objetiva e subjetivamente complexa, pode-se dizer existente um procedimento de identificação. Se o procedimento aflora empírico, temos o reconhecimento; se emerge técnico-científico, possuímos a identificação médico-legal ou pericial e policial ou judiciária.

A identificação é, pois, o procedimento técnico-científico por meio do qual se identifica alguém, reencontrando-lhe a identidade, ou a descobrindo, por necessidade jurídica.

No processo penal, a mencionada indispensabilidade está em só se poder aforar a acusação em face de argüido conhecido, comunicando ou apontando, ao menos, sua identidade física (arts. 41 e 259, 1.ª parte, do CPP).

Identificação e qualificação criminal

Há quem denomine de identificação nominal aquilo que se chama qualificação pessoal. Convém delimitar os conceitos.

A identificação consiste no verificar a identidade e é a sua prova. Um dos meios legais de demonstrá-la – não o único – acha-se na exibição da cédula de identidade. Já a qualificação é ato de qualificar-se, ou de ser qualificado, pela indicação de qualidades pessoais, ou dos diversos papéis sociais exercidos. Daí, mostrar-se direta ou indireta, conforme sejam os papéis comunicados ou atribuídos.

A qualificação, no processo penal, mostra-se como a tomada de informes pela autoridade, policial ou judiciária, da vítima, testemunha, suspeito, indiciado ou acusado sobre seu nome, naturalidade, estado civil, idade, filiação, domicílio, residência, meio de vida ou profissão, lugar onde trabalha e se sabe ler e escrever. Afinal, é a anotação formal dos dados pessoais daqueles supra-aludidos.

O Código de Processo Penal menciona a qualificação em vários dispositivos (arts. 41; 185; 203; 352, III e IV; 365, II; 533, § 3.º; e art. 724, I; o último revogado pelo art. 138 e parágrafos da Lei 7.210/1984, o qual se refere à identificação do liberado condicional).

A qualificação do acusado irrompe, na lei processual penal, exibindo rol exemplificativo de informes individuais, até porque manifestamente incompleto (art. 352, III e IV, e art. 365, II). Basta ver o que se pede às testemunhas (art. 203).

O diploma processual penal, contudo, não usa, com critério, as palavras identificação e qualificação. Cabe, pois, à doutrina e à jurisprudência apartar os conceitos, para fazê-los operar.

A qualificação pessoal tem valia, no direito e no processo penal, de manifesto. Serve, inclusive, como elemento complementar da identificação, quando aponta as qualidades individuais da pessoa física.

Inobstante o comum alargamento do conceito de identidade, as qualidades, ou acidentes, tais como a nacionalidade, idade, filiação, estado de casada ou de solteira da pessoa natural, profissão ou outras, não o integram. Aquilo que não se exibe permanente, não dura no tempo, só qualifica; apenas adjetiva, não identifica; eventualmente, colabora na identificação.

É preciso não confundir a identificação do indiciado ou do acusado – a pessoa incriminada; a que surge qual provável agente ou autor da infração penal – com uma das maneiras de identificar fisicamente: a colheita de impressões datiloscópicas.

As ações penais de conhecimento, de natureza condenatória, exigem inculpados certos, individuados.

Reclamam pessoa humana, considerada em suas características própria e físicas, ainda que se lhe desconheça o nome e não se tenha a identificação digital (arts. 41 e 259 do CPP) – daí um dos mais conhecidos erros do diploma vigorante, quando, referindo casos de chamamento edital, menciona pessoa incerta (art. 363, II, do CPP).

Ao se assentar que o increpado é pessoa, sempre certa, mostram-se dois interesses prevalentes em jogo. O da Justiça penal, no perseguir em juízo, só, pessoa física determinada, seja para lhe saber dos antecedentes criminais, seja para evitar o risco de erro judiciário. E o da sociedade, em não ver nenhum de seus membros acusados, senão aquele provável autor de fato ilícito e típico, por mínima garantia contra o eventual arbítrio estatal. A certeza jurídica precisa funcionar, então, duplamente: estabelecendo estado de razoável conhecimento e informação sobre o incriminado – *quis* – e lhe protegendo os direitos fundamentais, bem assim os dos outros membros da comunhão social, perante o poder do Estado.

No que pertine à ação penal, de que se cuida, teve ela argüidos certos, individuados. A todo tempo, identificado por suas características físicas foi o inculpado, que se faz passar pelo coato. Reconheceram-no, em pessoa, vítimas e testemunha (f.). Inclusive, fotografias suas existiam (f.). Depois, se verificou que usara documento de identidade alheio. Servira-se, pois, da qualificação pessoal de Paulo Cezar de Oliveira (f.). Tanto é verdade, que os ofendidos e testemunha – policial que o prendeu –, perguntados e inquirida, na justificação criminal, confirmaram os reconhecimentos pessoais do acusado, porém, deixaram de identificar o paciente como um dos sujeitos agentes (f.). Note-se, de passagem, que jamais se duvidou de ser Elias Azevedo dos Santos o co-increpado, na mencionada ação penal condenatória (f.).

Sempre com a maior vênia, não se cuida de falta de legitimidade para causa ou para o processo (art. 43, III, do CPP). A *legitimatio ad causam* diz com as partes certas; quanto ao direito material violado, ou ameaçado de violação; a quem a lei concede a ação judiciária e o direito de responder-lhe ao pedido. Já a *legitimatio ad processum* resume-se na capacidade processual, em senso estrito, ou faculdade de praticar atos processuais válidos. Na ação penal, que tramitou pela DD. 6.ª Vara Criminal da Capital, e cujo processo tomou o número originário 256/94, Paulo Cezar de Oliveira nem haveria de ser parte,

nem deveria estar em juízo. Eram e estiveram, porém, de modo determinado, em comparticipantes dos crimes, utilizando-se falsamente das qualidades. No tocante ao coato, jamais irrompeu, portanto, justa causa para indiciamento, acusação e sanção e condenação. No muito amplo sentido, que se há de tirar da expressão legal, que não se cifra, unicamente, em fundamento probatório, para arrimar acusação (art. 648, I, do CPP).

Ainda, e com o acatamento devido, não exsurge hipótese de trancamento. A ação penal existe; guarda, ao que parece, validade; e teria a específica eficácia, sempre em relação aos inculpados certos, individuados (f.).

Cumpre, tão-só, reconhecer e declarar que Paulo Cezar de Oliveira não há de figurar como indiciado, acusado, ou condenado pelos crimes de roubo biqualificado – duas vezes – e de tentativa de roubo, duplamente qualificado, praticados em concurso material e ocorridos em meados de 1993, bem como a 10 e a 28.03.1994; fatos objetivados na referida ação penal. Assim, não possuindo força e efeito, quanto a ele, o indiciamento, a acusação e a r. sentença condenatória; dando-se baixa, inclusive, na distribuição. Retificando-se, oportunamente, os dados de qualificação do autentico acusado, por termo, nos autos, na forma estabelecida em lei (art. 259, 2.ª parte, do CPP).

Impossível conceder salvo-conduto ao paciente, em face de inquéritos policiais e outras ações penais em curso ou por emergir. Em cada caso, terá de erguer incidente de legitimação de identidade, por muito que lhe custe o extravio de documentos. Convém, entretanto, que se noticie o decidido, mediante cópia do presente acórdão, ao MM. Juiz de Direito da DD. 6.ª Vara Criminal da Capital, ao MM. Juiz de Direito da DD. 1.ª Vara Criminal do Foro Regional de Santana, e ao MM. Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos e Polícia Judiciária, Divisão de Processamento II (Dipo 4.2.1), para que procedam como de direito.

Posto isto, concede-se, em parte, a ordem para reconhecer e declarar que Paulo Cezar de Oliveira – antes qualificado – não há de figurar como indiciado, acusado, ou condenado pelos crimes de roubo biqualificado – duas vezes – e de tentativa de roubo, duplamente qualificado, praticados em concurso material e ocorridos em meados de 1993, bem como a 10 e a 28.03.1994; fatos objetivados na referida ação penal, de número originário 256/94, a qual tramitou, ou corre, perante a DD. 6.ª Vara Criminal da Capital. Assim, restando sem força e efeito, quanto a ele, o indiciamento, a acusação e a r. sentença condenatória; dando-se baixa, inclusive, na distribuição. Retificando-se,

oportunamente, os dados de qualificação do autêntico acusado, por termo nos autos, na forma estabelecida em lei (art. 259, 2.ª parte, do CPP). Com a determinação de se enviar cópia do presente acórdão, ao MM. Juiz de Direito da DD. 6.ª Vara Criminal da Capital, ao MM. Juiz de Direito da DD. 1.ª Vara Criminal do Foro Regional de Santana, e ao MM. Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos e Polícia Judiciária, Divisão de Processamento II (Dipo 4.2.1).

Sérgio Pitombo.

Comentários

Foi em razão de uma consulta, recebida em meu escritório de advocacia, que cheguei ao acórdão acima transcrito. A hipótese que me colocava o consulente era a seguinte: Ele, que tivera seus documentos roubados, tomara conhecimento da existência de três ações penais em que figuraria como réu, sendo que, numa delas, havia mandado de prisão expedido em seu desfavor; mostrou-me prova farta de que o responsável pelos fatos imputados nos processos não era o mesmo que ali se apresentava a pedir socorro.

O que fazer? A resposta, do ponto de vista teórico, era até fácil, afinal estão aí os institutos da justificação, do *habeas corpus* (para impedir o cumprimento iminente do mandado de prisão) e da revisão criminal. Mas, como na prática a teoria pode ser outra, debrucei-me sobre os repertórios de decisões de nossos tribunais, a buscar indícios de como veriam nossas Cortes a questão que lhes seria levada no caso concreto.

E foi no final do segundo volume do *Código de Processo Penal e sua interpretação judicial*,[1] obra de fôlego coordenada pelo Dr. Alberto Silva Franco e pelo Dr. Rui Stoco, que me deparei com excerto de decisão proferida pela 10.ª Câm. do E. TACrimSP, no HC 275.312/1, que tivera como relator, em junho de 1995, o então Juiz Sérgio Marcos de Moraes Pitombo.

1. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código de Processo Penal e sua interpretação judicial*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 3.482-3.483.

Daí, interessado em estudar as circunstâncias que cercavam aquele precedente, providenciei cópia do "inteiro teor" da decisão, que, ao chegar a minhas mãos, confirmou minha expectativa: o trecho destacado no *Código de Processo* citado, que já trazia preciosíssimas lições, era apenas retrato parcial da riqueza que se encontrava nos termos do voto do relator.

Logo nas primeiras linhas do texto da lavra do Magistrado Sérgio Pitombo, supus que poderia existir interesse dos cultores das ciências penais em tomar conhecimento dos termos daquela decisão, não havendo seção melhor do que esta, na *Revista do IBCCRIM*, para a divulgação das idéias traçadas no acórdão.

Ao final da leitura, convenci-me de que o lugar escolhido realmente seria perfeito, mas não haveria comentário a fazer às lições proferidas, cujos termos esgotam o assunto, sem margem para anotações outras que não se mostrassem supérfluas. O que, afinal, acrescentar, depois de ler no voto as considerações sobre os conceitos de identificação e qualificação criminais, legitimidade *ad causam* e a *legitimatio ad processum* etc., todos tratados à exaustão e com rigor científico absoluto, levando a conclusões inquestionáveis?

Nada, absolutamente nada há para dizer sobre o mérito do *decisum*, valendo contudo destacar o esmero do Magistrado Sérgio Pitombo ao decidir o caso concreto, em que S. Exa. não se limitou à superficialidade tristemente comum nalgumas decisões que, acobertadas pela desculpa da busca da concisão, rendem loas, na verdade, à ausência de fundamentação.

Bem ao contrário, o que se encontra no voto é a análise profunda das questões submetidas a julgamento, em que às circunstâncias de fato apresentadas se conferiram as devidas conseqüências jurídicas, tudo tendo em vista as balizas da ciência penal e processual, da Constituição vigente e da legislação pertinente.

Peço licença para abrir um breve parêntesis: É que penso que esse cuidado todo com o rigor científico o magistrado herdou do Prof. Sérgio Pitombo, de quem tive o privilégio de ter sido aluno. Sim, o Prof. Pitombo foi um cientista do direito, trazendo conceitos novos, voltados sempre para a humanização da persecução

penal, que há de ser garantista por excelência, fazendo questão de dividir com seus alunos a evolução dessas idéias. Passada mais de uma década, lembro-me de cada aula sua, algumas delas havidas ainda no alvorecer de dias de inverno, lá pelas sete horas de sexta-feira, quando a sala ficava abarrotada de gente, apesar do frio; quem conhece a dinâmica das aulas da graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sabe que presença maciça de alunos na sala é raridade, mesmo quando a lição é proferida em dia ameno, em horário próximo do meio-dia. Aquelas que eram ministradas pelo Prof. Pitombo, entretanto, não importando as condições climáticas, o dia ou o horário, eram sempre concorridíssimas, sendo que esse incomum afluxo de alunos se dava porque ao respeito demonstrado pela pontualidade e assiduidade do professor somava-se um escancarado amor pela arte de ensinar o direito aos jovens. Creio, profundamente, que foi esse amor pelo ensino do direito, constatável a olhos nus, que marcou com fogo diversas gerações de jovens estudantes, que tatuou para sempre em mim suas ricas lições.

De qualquer forma, deixando de lado essa minha reminiscência e voltando ao voto elaborado pelo Magistrado Sérgio Pitombo, vê-se a profundidade da abordagem do professor: em sede de *habeas corpus*, diante de constatação inequívoca, alcançada em justificação criminal, de que o paciente não se confundia com o indivíduo que fora indiciado, processado e condenado por determinados fatos, embora este tivesse sido qualificado como aquele, defere-se a ordem para isso declarar de imediato, sem que fosse necessário lançar mão de revisão criminal, pois – e aqui a inferência é minha – não se há de impor ao *mandamus* limites formais para a tutela material de garantias fundamentais do cidadão.

E assim fica uma singela homenagem a Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, cujo passamento deu-se há pouco mais de um ano: o cidadão, o advogado, o magistrado e, principalmente, o professor – que deixou para sempre suas lições de direito e de cidadania registradas nos artigos, nos acórdãos, nos pareceres e na postura irrepreensível – há de ser chamado, por tudo e para sempre, de *mestre*.

Finalmente, convém lembrar que, num momento em que "a vida judiciária, no País, exibe rol crescido de ameaças e transgressões aos direitos individuais e suas garantias", que "ora se originam na pura ignorância dos preceitos da Lei Maior, ora, em imaginado pragmatismo processual, que nada deseja atender e respeitar, sob a falácia de existir clima de guerrilha", é preciso destacar, nas palavras do mestre Pitombo, que "o processo penal consiste em instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral, não de mera liberação de coação estatal, que se ostenta na pena ou na medida de segurança. Tutela, pois, a liberdade jurídica dos inculpados todos; sem esquecer dos condenados. Aqui, se cuida de liberdade protegida; não de simples permissão. Ao titular de direito fundamental dá-se, por isso, tutela jurídico-processual positiva, ou negativa em face do Estado".[2]

2. Em prefácio à obra de Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 7-8.

4.2 Parecer

Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?

José Afonso da Silva

Advogado. Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador do Estado aposentado.

Sumário: 1. Preliminares – 2. A competência para a investigação criminal – 3. A doutrina dos poderes implícitos – 4. O mais e o menos em direito. Investigação seletiva? – 5. Uma competência exclusiva – 6. Resposta à consulta.

A consulta: O IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais me honra formulando-me a seguinte consulta:

Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?

A questão posta pela consulta não é complicada nem demanda grandes pesquisas doutrinárias, porque a Constituição Federal dá resposta precisa e definitiva no sentido de que o Ministério Público não tem competência para realizar investigação criminal direta.

1. Preliminares

1. Antes de discutir o mérito do consulta, cumpre fazer alguns esclarecimentos preliminares. O primeiro deles é que, aqui, não se levará em conta as questões de conveniência ou de oportunidade de se conferir ao Ministério Público poderes investigatórios na esfera penal. Isso pode ser uma discussão de *lege ferenda*, não de *lege lata*, porque a Constituição já dá a solução. Por isso, também não é pertinente discutir aqui o bom ou o mau funcionamento do sistema adotado. Sem as generalizações indevidas, injustas e injustificadas, pode-se reconhecer procedência às críticas relativas à ineficiência e à morosidade das investigações, assim como não é destituído de verdade o argumento do Ministério Público de que "Não é raro ver-se policiais que são responsáveis pela prevenção e repressão da criminalidade envolvendo-se com o crime organizado e na prática de atos de corrupção com o objetivo de impedir a investigação de delitos, bem como cometendo atos de violência (p. ex.: tortura) ou abuso de poder". Esse envolvimento não é apenas da polícia. Uma das características do crime organizado está no envolvimento de autoridades públicas como um dos modos de sua ação e de sua impunidade. Não falta quem diga que o fato de a polícia estar na linha de frente da investigação criminal contribui para a contaminação de alguns de seus elementos, e não é garantido que, se o Ministério Público assumisse tal condição, ficaria imune aos mesmos riscos. Sobre esses aspectos, vale a pena transcrever a seguinte passagem de parecer que o ilustre constitucionalista Luís Roberto Barroso ofereceu ao Secretário Especial dos Direitos Humanos, Min. Nilmário Miranda:

"Sem a pretensão de uma elaboração sociológica mais sofisticada, e muito menos de empreender qualquer juízo moral, impõe-se aqui uma reflexão relevante. No sistema brasileiro, é a polícia que atua na linha de fronteira entre a sociedade organizada e a criminalidade, precisamente em razão de sua função de investigar e instaurar inquéritos criminais. Por estar à frente das operações dessa

natureza, são os seus agentes os mais sujeitos a protagonizarem situações de violência e a sofrerem o contágio do crime, pela cooptação ou pela corrupção. O registro é feito aqui, porque necessário, sem incidir, todavia, no equívoco grave da generalização ou da atribuição abstrata de culpas coletivas.

Pois bem: não se deve ter a ilusão de que o desempenho, pelo Ministério Público, do papel que hoje cabe à polícia, manteria o *Parquet* imune aos mesmos riscos de arbitrariedade, abusos, violência e contágio".

2. A esse propósito, não é demais recordar o exemplo italiano. O Ministério Público brasileiro ficou muito entusiasmado com a atuação dos procuradores italianos na chamada Operação Mãos Limpas, que teve inequívoco sucesso no combate aos crimes mafiosos. Como se sabe, na Itália vigorava até 1989 o juizado de instrução, quando foi suprimido, e os poderes de inquérito e de investigação concentraram-se nas mãos do Ministério Público.[1] Essa transformação proveio da legislação anti-máfia e teve impacto imediato, mas não tardou a surgirem os abusos de poder. O Procurador Di Pietro, o mais destacado membro do Ministério Público de então, teve de renunciar ao cargo em conseqüência das denúncias de desvio de poder; assim também se deu com procuradores na Sicília. Então, a suposição do parecer do Prof. Luís Roberto Barroso é algo que a experiência já provou.

O Ministério Público no Brasil é hoje uma instituição da mais alta consideração pública por sua atuação ética e sua eficiência que é preciso conservar e defender. E um dos modos eficazes dessa defesa consiste em mantê-lo dentro dos estritos contornos de suas funções institucionais, que não inclui a função investigatória direta.

3. Enfim, seja como for, o certo é que o eventual mau funcionamento do sistema de investigação criminal pela Polícia Judiciária, como qualquer outro

1. Cf. Renaud van Ruymbeke, *Le juge d'instruction*, 3. ed., Paris: Presses Universitaires de France (que sais-je?), 1996, p. 7.

defeito ou deficiência que se possa verificar, não tem a força de transferir para outra instituição sua competência constitucionalmente estabelecida, nem autoriza que outra instituição o assuma, mesmo subsidiariamente.

2. A competência para a investigação criminal

4. O signatário deste parecer, enquanto assessor na Constituinte, apoiou e, nos limites de suas possibilidades, ajudou na formulação das normas que deram ao Ministério Público a posição de destaque como instituição constitucional permanente e autônoma. Conheci do assunto desde o primeiro Anteprojeto da Subcomissão da Organização do Poder Judiciário e Ministério Público, cujo relator foi o Deputado Constituinte Plínio de Arruda Sampaio, oriundo da instituição, que se inspirou na organização da instituição no Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais (Afonso Arinos), de que foi relator o então Procurador-Geral da República e hoje Min. Sepúlveda Pertence, que mereceu o meu apoio no Plenário daquela comissão. Na elaboração desse anteprojeto, na Constituinte, não estiveram ausentes as Associações de Ministério Público, especialmente a Associação do Ministério Público de São Paulo, que se manteve sempre presente na defesa da instituição durante a elaboração constitucional. Pois bem, o texto desse anteprojeto (arts. 43 a 46), aprovado pela subcomissão em 25.05.1987, já continha, em essência, tudo que veio a ser contemplado na Constituição, na qual não há uma palavra que atribua ao Ministério Público a função investigatória direta. Lá estava, como função privativa, "promover a ação penal pública" e "promover inquérito para instruir ação civil pública", como estava também, sem exclusividade (art. I, *a* e *b*), "o poder de requisitar atos investigatórios criminais, podendo efetuar correição na Polícia Judiciária, sem prejuízo da permanente correção judicial" (art. 45, II, *e*); essa correição foi convertida, depois, em controle externo da atividade policial. Ora, se o Ministério Público estava interessado na investigação criminal direta, seria de esperar que

constasse desse anteprojeto algo nesse sentido, já que o relator era um constituinte afinado com a instituição. As únicas disposições aproximadas a isso vieram no Anteprojeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo (junho de 1987), de que foi relator o Constituinte Egídio Ferreira Lima. O art. 137, V, incluía entre as funções institucionais do Ministério Público, além da competência para "requisitar atos investigatórios", também "exercer a supervisão da investigação criminal", assim como a faculdade de "promover ou requisitar a autoridade competente a instauração de inquéritos necessários às ações públicas que lhe incumbem, podendo avocá-los para suprir omissões (...)". Isso se manteve no Projeto de Constituição (Comissão de Sistematização, julho de 1987, art. 233, § 3.º). Já no Primeiro Substitutivo do Relator Bernardo Cabral (Comissão de Sistematização, agosto de 1987), essas normas sofreram alguma transformação importante, excluindo-se a possibilidade de "promover (...) a instauração de inquéritos necessários às ações públicas", bem como se eliminou a possibilidade de "avocá-los para suprir omissões". Ou seja, suprimiu aquilo que o Ministério Público hoje ainda pretende: o poder de investigação subsidiário. O texto ficou com o seguinte teor:

"Art. 180. São funções institucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:

(...)

VI – requisitar a instauração de inquérito policial, determinar diligências investigatórias, podendo supervisionar a investigação criminal e promover inquérito civil".

Note-se que, no Segundo Substitutivo do Relator Bernardo Cabral (Comissão de Sistematização, setembro de 1987), nova transformação sofreu essa competência. Nele, já não consta a faculdade de "supervisionar a investigação criminal", e "promover inquérito civil" foi para outro dispositivo, conectado com "ação civil pública" (art. 151, III: "promover inquérito civil e a ação civil (...)"), o que tem relevo para a interpretação da norma. Demais, a função de "requisitar a ins-

tauração de inquérito policial" e "determinar diligências investigatórias" já não é direta, mas indireta e não imperativa, como se vê da leitura do § 4.º do art. 151:

"Serão sempre fundamentadas as promoções e as cotas dos membros do Ministério Público, inclusive para requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial".

E assim foi aprovado na Comissão de Sistematização, integrando o Projeto de Constituição "A" (novembro de 1987), a ser submetido ao Plenário, em primeiro turno. Surgiu, então, o Projeto Substitutivo do Centrão, que sugeriu diversas reduções nas funções institucionais do Ministério Público, mas não foram aceitas. O texto aprovado decorreu de um acordo das lideranças, conseqüente da fusão de diversas emendas, a de n. ZP0012-0 do Constituinte Alexandre Costa, dando nova redação àquele § 4.º do art. 151 (*supra*), restabeleceu a competência direta para requisitar diligência investigatória e a instauração de inquérito policial, mas nenhuma proposta no sentido de dar ao Ministério Público função investigatória direta. O Constituinte Plínio de Arruda Sampaio, defensor intransigente das prerrogativas da instituição, sustentou, na tribuna, o acordo, mostrando que "a instituição do Ministério Público foi delineada na Subcomissão do Poder Judiciário [de que ele foi relator, diga-se de passagem] com o objetivo claro de criá-la forte, autônoma, independente do Executivo. O que se quer é um fiscal da lei com plenos poderes para exercer a ação penal, inclusive contra aquele que o nomeia, contra o Presidente da República (...). Além dessa autonomia, um segundo aspecto básico da construção do Ministério Público foi aprovado na subcomissão. Consiste em conferir à instituição atribuições maiores do que simplesmente a de perseguir os criminosos: estamos dando-lhe também atribuição de defender a sociedade como um todo. Defender quem não tem quem o defenda". Quem é hoje que não tem quem o defenda: o índio, a natureza, o consumidor. "Por isso, todo um elenco de competências foi atribuído ao novo órgão Ministério Público, no âmbito da perseguição do ilícito civil". Não há uma palavra em favor da possibilidade de o Ministério Público proceder a investigação direta.

As regras constantes do acordo vieram a integrar o Projeto de Constituição "B" (junho de 1988), submetido ao Plenário, em segundo turno, sendo assim aprovado, constituindo o Projeto de Constituição "C" (setembro de 1988), destinado à redação final, mantido tal qual no Projeto de Constituição "D" (20.09.1988), com a transposição do conteúdo do § 4.º do então art. 158 para o inc. VIII do mesmo artigo. Assim, com outros ajustes de redação, os arts. 156 a 159 do projeto aprovado em primeiro turno vieram a constituir os arts. 127 a 130 da Constituição.

5. Essas observações históricas sobre a formação constitucional da instituição não pretendem perquirir a intenção do legislador constituinte para dela extrair o sentido das normas. Não, esse originalismo não se compadece com os processos modernos de interpretação constitucional. O que vale não é a intenção do legislador, mas a intencionalidade das normas constitucionais, o que significa que o sentido de cada norma ou de cada conjunto de normas se extrai do plexo de valores que foram incorporados na Constituição. Essa incorporação se deu por ação dos constituintes, não pela intenção de cada um, mas pela conjugação da vontade constituinte, não da vontade psicologicamente identificada, mas pela vontade culturalmente constituída, porque vontades que agiam em função de valores, por isso mesmo acolhendo uns e recusando outros. Por isso é que a Constituição é um sistema de valores. Por isso também é que processos de formação constitucional têm interesse, não para a interpretação das normas acolhidas, mas para conhecer os valores que não foram acolhidos, que foram rejeitados, e que, por essa razão mesma, não podem ser invocados para a composição de direitos, menos ainda de competências, tanto mais quando a competência pretendida tenha sido outorgada a outro órgão ou instituição como é o caso, já que a Constituição conferiu à Polícia Civil Estadual e Federal a função de Polícia Judiciária e a de apuração das infrações penais (art. 144, §§ 1.º e 4.º).

6. Percorram-se os incisos em que o art. 129 define as funções institucionais do Ministério Público e lá não se encontrará nada que autorize os membros da instituição a proceder a investigação criminal diretamente. O que havia sobre isso

foi rejeitado, como ficou demonstrado na construção da instituição durante o processo constituinte e não há como restabelecer por via de interpretação o que foi rejeitado. Se a Constituição tivesse silenciado sobre o tema, ainda se poderia discutir sobre a possibilidade de se ser a matéria conferida ao Ministério Público, por via de lei, como se fez na Itália, onde se retirou o poder investigatório do juiz de instrução, passando-o, por lei, para os Procuradores da República que funcionam junto dos tribunais. Mesmo assim, o Ministério Público na Itália não tem esse poder autonomamente, porque a Polícia Judiciária não depende dele integralmente, mas da autoridade judiciária (Constituição italiana, art. 109), pois a Constituição italiana só tem um dispositivo sobre o Ministério Público para impor-lhe o dever de exercer a ação penal (art. 112). A Constituição portuguesa tem dois artigos sobre o Ministério Público, mas não dispõe sobre sua competência, deixando a matéria para a lei (arts. 221 e 222), por isso a lei pôde integrar a Polícia Judiciária na organização do Ministério Público com competência exclusiva para a instrução preparatória das infrações penais.[2] Na Espanha, não é ao Ministério Público que cabe a função investigatória, só por si diretamente. Lá a função de averiguação dos delitos cabe à Polícia Judiciária que, no entanto, no exercício dessa função, depende do juiz, dos tribunais e também do Ministério Público (Constituição, art. 126). Na Colômbia, sim, a Constituição dá competência direta à Procuradoria-Geral da Nação (Fiscalía General de la Nación) para investigar os delitos e acusar os presumidos infratores ante os juízos e tribunais competentes (art. 250).

7. Essas indicações do direito estrangeiro só têm a utilidade de mostrar que o regime da matéria no Brasil é próprio, peculiar e único, porque define os campos de atuação do Ministério Público e da Polícia Judiciária com precisão, e sem dependência recíproca, de sorte que a invocação de doutrina estrangeira sobre o assunto não traz a menor contribuição ao seu esclarecimento. Nem é neces-

2. Cf. Bismael B. Moraes, *Direito e polícia, uma introdução à Polícia Judiciária*, São Paulo: Ed. RT, 1986, p. 75.

sário recorrer a grandes indagações doutrinárias, diante do que está estabelecido nas normas constitucionais.

3. A doutrina dos poderes implícitos

8. No material que me foi apresentado para a elaboração deste parecer consta que o Ministério Público argumenta que, ainda que se entenda que a Constituição não lhe tenha conferido expressamente os poderes investigatórios, na esfera penal, é de ser aplicada a doutrina dos poderes implícitos, pois, se a Constituição lhe assegura a competência privativa para promover a ação penal pública, deve ter-lhe também assegurado os meios para alcançar esse fim.

9. Essa concepção da doutrina dos poderes implícitos, com a devida vênia, não é correta. Primeiro, é preciso indagar se entre a investigação penal e a ação penal ocorre uma relação entre meio e fim. O meio para o exercício da ação penal consiste no aparato institucional com a habilitação, competência adequada e condições materiais para fazê-lo.

O fim (finalidade, objetivo) da investigação penal não é a ação penal, mas a apuração da autoria do delito, de suas causas, de suas circunstâncias. O resultado dessa apuração constituirá a instrução documental – o inquérito – (daí, tecnicamente, *instrução penal preliminar*) para fundamentar a ação penal e serve de base para a instrução penal definitiva. Segundo, poderes implícitos só existem no silêncio da Constituição, ou seja, quando ela não tenha conferido os meios expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. Se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes explícitos.[3] Como falar em poder implícito onde ele foi explicitado, expressamente estabelecido, ainda que em favor de outra instituição?

3. Cf. a doutrina de Marshall e de outros constitucionalistas em Ruy Barbosa e deste mesmo, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1932, vol. 1, p. 190 et seq.

10. O exemplo do constitucionalismo brasileiro se verificou no regime da Constituição de 1891, relativamente à figura do interventor, porque ela disciplinava a intervenção federal nos Estados (art. 6.º), mas não previa essa entidade. Reconheceu-se, em face disso, que era legítima a nomeação de um interventor no caso de intervenção com o afastamento do Governador. O Presidente da República reivindicou essa competência. Ruy Barbosa, no entanto, argumentou em contrário, pois nem a Constituição lhe dava esse direito nem lho dava nenhuma lei do País, porque esse poder cabia ao Congresso Nacional.

"Desta arte [disse Ruy], reconhecendo que a Constituição se não ocupava com a entidade do interventor, reconhecia eu ao legislador nacional o direito de, no uso da faculdade a ele conferida pelo art. 6.º, n. 2, criar por lei a intervenção e confiá-la a um interventor."[4]

Nesse texto temos duas lições importantes para a conclusão deste assunto. Primeiro, o poder implícito só ocorre quando a Constituição não se ocupa da matéria; segundo, não cabe a determinado órgão a competência que está prevista para outro.

No caso sob nossas vistas, a Constituição se ocupou do tema, conferindo a investigação na esfera penal à Polícia Judiciária; logo, ela não cabe a nenhum outro órgão ou instituição, nem, portanto, ao Ministério Público.

4. O mais e o menos em direito. Investigação seletiva?

11. Outro argumento que consta em favor da competência investigatória direta do Ministério Público é o de que, sendo ele titular da ação penal pública, também há de ter o poder de investigação criminal, sob o argumento de que "quem pode o mais pode o menos". Se esse prolóquio tem algum valor no campo de direito privado não sei, mas no campo do direito público, especialmente no direito constitucional, não tem nenhum valor. Não é uma parêmia a que se dá valor de

4. Op. cit., p. 195.

regra interpretativa. O que é mais e o que é menos no campo da distribuição das competências constitucionais? Como se efetua essa medição, como fazer uma tal ponderação? Como quantificá-las? Não há sistema que o confirme. As competências são outorgadas expressamente aos diversos poderes, instituições e órgãos constitucionais. Nenhuma é mais, nenhuma é menos. São o que são, porque as regras de competência são regras de procedimento ou regras técnicas, havendo eventualmente regras subentendidas (não poderes implícitos) às regras enumeradas, porque submetidas a essas e, por conseguinte, pertinente ao mesmo titular. Não é o caso em exame, porque as regras enumeradas, explicitadas, sobre investigação na esfera penal conferem esta à Polícia Judiciária, e são regras de eficácia plena, como costumam ser as regras técnicas.

12. Assim mesmo se pode discutir sobre o que é mais e o que é menos entre a *investigação* e a *ação judicial penal*. A investigação é um procedimento de instrução criminal (preliminar, preparatória) em busca da verdade e da formação dos meios de prová-la em juízo. A ação é um ato pelo qual se invoca a jurisdição penal. Procedimento da instrução penal preliminar, como qualquer procedimento, é uma sucessão de atos concatenados que se registram e se documentam no *inquérito policial*, que vai servir de base para a propositura da ação penal ou não, conforme esteja ou não configurada a prática do crime, sua autoria e demais elementos necessários à instrução penal definitiva. O resultado positivo da investigação do crime é que constituirá pressuposto da ação penal viável. Sem a investigação prévia da verdade e dos meios de prová-la em juízo, é impossível a ação penal, diz bem Canuto Mendes de Almeida.[5] Pode-se estabelecer uma relação de mais e de menos entre esses elementos?

13. Demais, se o argumento do "quem pode o mais pode o menos", assim como o argumento, muito parecido, dos poderes implícitos, fossem procedentes,

5. Cf. *Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo: Ed. RT, 1973, p. 61. Outras partes do livro são bastante instrutivas a respeito da investigação na esfera penal, do inquérito policial e de sua função.

a coerência exigiria que o Ministério Público assumisse inteiramente a função investigativa. Mas não é isso que ele pretende, como mostra esta passagem de memorial apresentado a Ministros do STF:

"Frise-se que o Ministério Público não pretende substituir-se, indistintamente, à Polícia Judiciária na investigação das infrações penais, mas dispor de meios para obter diretamente, de modo mais célere e eficaz, em determinadas situações e quando o interesse público o exige, as provas e informações de que necessita para a formação de seu convencimento sobre a viabilidade da ação penal" (p. 24).

Esse texto é exemplar. Ele reconhece que a competência é da Polícia Judiciária. Implicitamente denuncia que o Ministério Público não tem o poder de investigação na esfera penal, senão não reivindicaria exercê-la apenas em determinadas situações. De fato, aí só se pleiteia substituir-se a Polícia Judiciária "em determinadas situações e quando o interesse público o exige". Quem decide quais são essas "determinadas situações", quem decide "quando o interesse público o exige"? O próprio Ministério Público a seu alvedrio? Isso só cria incertezas e confusão. Ora, toda investigação criminal é de interesse público. Este a exige em todos os casos em que um delito se manifesta. Qual o critério de seleção, o de maior repercussão na mídia? É certo que um dispositivo do Ato 98/1996 do ilustre Procurador-Geral da Justiça de São Paulo, o mesmo que subscreve o memorial apresentado aos eminentes Ministros do STF, pretendeu estabelecer casos em que isso pudesse ocorrer. Sobre esse dispositivo, falarei mais adiante (item 20).

5. Uma competência exclusiva

14. De passagem, já me manifestei sobre o tema, nos termos seguintes: "o art. 144, § 4.º, estatui que *às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.* Isso quer dizer que a Constituição reservou à Polícia Civil Estadual um campo de atividade exclusiva que não

pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a realização do inquérito policial, que constitui o cerne da atividade de Polícia Judiciária, que não comporta o controle do Ministério Público. (...) A outra é que também à Polícia Civil, Polícia Judiciária, se reservou a função de apuração das infrações penais, o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido desrespeito à Constituição normas que atribuam a órgão do Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações, como o fez o art. 26 do Ato 98/1996".[6]

15. Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público. O próprio § 4.º do art. 144 ressalva a competência da União em contemplação da Polícia Judiciária Federal (art. 144, § 1.º) e exclui da competência da Polícia Judiciária a apuração das infrações penais militares, em harmonia com o art. 124, com base no qual cabe à Polícia Judiciária Militar, exercida por autoridades das corporações militares, a função de apuração dos crimes militares no âmbito de cada qual, por meio de inquérito policial militar.[7]

16. Outra exceção que se costuma lembrar é a do poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito, que também é expressa na Constituição (art. 58, § 3.º), mas o inquérito parlamentar não é um típico inquérito criminal, porque visa apurar fato determinado de qualquer natureza: político, administrativo, responsabilidade civil e também criminal, como se nota do final do § 3.º do art. 58, tanto que suas conclusões nem sempre dispensam investigações policiais, como a experiência tem mostrado, porque, no fundo do inquérito parlamentar, se

6. Cf. José Afonso da Silva, "Parecer: controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público – Entendimento do art. 129, VII, da CF – Conteúdo da lei complementar e seus limites constitucionais – Competências exclusivas das polícias", *Revista ADPESP*, ano 17, n. 22, p. 19 et seq., dez. 1998.

7. Cf. CPP Militar, arts. 7.º, 8.º e 9.º.

movem interesses e métodos políticos, nem sempre compatíveis com uma instrução penal preliminar, que, como nota Canuto Mendes de Almeida, invocando a lição dos grandes processualistas e da legislação, tem por finalidade preservar a inocência contra as acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam.[8] É certo que as comissões parlamentares de inquérito realizam também atividade de investigação, e essa é a sua única função que ressalta do seu próprio nome, investigação não tipicamente criminal, mas também criminal, e, nesse aspecto particular, pode-se ter essa investigação como exceção ao disposto no art. 144, §§ 1.º e 4.º, mas exceção expressa.

17. Num texto da lavra do ilustre processualista Antônio Scarance Fernandes, transcrito na já referida peça do Ministério Público de São Paulo, menciona-se também que "é muito comum a apuração indireta de crimes por meio de sindicâncias e processos administrativos". Essa idéia está conectada com a outra segundo a qual o inquérito policial é facultativo, citando-se a propósito o art. 4.º, par. ún., do CPP que diz que a atribuição, no *caput*, da função de Polícia Judiciária não exclui a de autoridade administrativa, a quem por lei seja cometida a mesma função. A questão hoje consiste em saber se uma tal *lei* se sustenta em face do art. 144, §§ 1.º e 4.º, da Constituição. Será nitidamente inconstitucional, como qualquer lei ordinária ou complementar que atribua a função de Polícia Judiciária, vale dizer, de investigação na esfera penal, a qualquer outra autoridade, órgão ou instituição. Ora, para membros do Ministério Público, normalmente profundos conhecedores do direito, inclusive do direito constitucional, não é sequer necessário insistir nisso.

18. A tese de que o inquérito policial é facultativo não é bem correta. O que é certo é que ele é dispensável, quando a *notitia criminis* consta de algum procedimento ou documentos com elementos suficientes para a propositura da ação penal. Os exemplos podem ser as conclusões de comissão parlamentar de

8. Op. cit., p. 17.

inquérito e os procedimentos administrativos, ou se com a representação forem oferecidos elementos que habilitem o Ministério Público a promover a ação penal (CPP, art. 39, § 5.º). É nesse caso que o Dr. Scarance Fernandes disse que "é muito comum a apuração *indireta* [itálico meu] de crimes por meio de sindicância e processos administrativos". É *indireta*, porque não se trata de investigação criminal, mas de apuração de ilícito administrativo durante a qual se comprovou infrações penais.

19. O certo é que as exceções apresentadas estão consignadas na Constituição. Se existe lei que atribua a função de Polícia Judiciária a outro órgão ou instituição, ela contraria o disposto no art. 144, §§ 1.º e 4.º, da Constituição, e é inconstitucional. Em todo caso, nenhuma das exceções mencionadas, quer as consignadas na Constituição, quer as referidas em lei, beneficiam o Ministério Público. Note-se, enfim, que nem mesmo a tese de que o inquérito é "facultativo" lhe abre a possibilidade do exercício direto do poder de investigação na esfera penal, porque só o é quando existe outro meio já constituído (procedimento, documento) que, por já conter a definição da infração, de seu autor etc., o dispensa. Veja-se bem, a sua dispensa nos casos previstos não defere ao Ministério Público o poder de investigação direta.

20. Volto à questão da *investigação seletiva* n. 13 *supra*, para reafirmar a competência exclusiva da Polícia Judiciária Estadual e Federal, cada qual no âmbito de sua competência, para a investigação na esfera penal comum; as exceções do inquérito policial militar e de comissões de inquérito não infirmam aquela exclusividade em relação às infrações penais comuns. Não há na Constituição nada que autorize o Ministério Público a instaurar e presidir inquérito criminal. Ele o tem feito por via do inquérito civil previsto no inc. III do art. 129, com notório desvio de finalidade, já que o inquérito civil é peça de instrução preparatória da ação civil pública consignada a ele no mesmo dispositivo e não evidentemente de instrução criminal. Ou tem pretendido usar de procedimento administrativo próprio, como o art. 26 do Ato 98/1996 do Procurador-

Geral de Justiça de São Paulo definiu, com desvio ainda mais sério, porque, a toda evidência, procedimento administrativo não é meio idôneo para proceder investigações criminais diretas. O fato mesmo de se recorrer a tais expedientes demonstra, à saciedade, que o Ministério Público não recebeu da Constituição o poder para promover investigações diretas na área penal.

A propósito dessas questões, permito-me transcrever texto do meu parecer já citado antes:

"Mais contundentemente inconstitucional é o disposto no art. 26 do Ato 98/1996, quando atribui ao órgão do Ministério Público a função investigatória direta. Eis o texto:

'Art. 26. O órgão do Ministério Público poderá promover diretamente investigações, por meio de procedimento administrativo próprio a ser definido em Ato do Procurador-Geral de Justiça, ouvido o Colégio de Procuradores de Justiça:

I – se houver necessidade de providência cautelar;

II – quando as peculiaridades do caso concreto exijam em prol da eficácia da persecução penal'".

"Em essência", como lembrei naquele parecer referido, com esse dispositivo institui o Ministério Público, *sponte propria*, particular forma de inquérito, extrapolando, por certo, sua competência institucional constitucionalmente estabelecida. Acrescentei, *ipsis litteris*: "O procedimento administrativo, referido no dispositivo, é uma contrafação do inquérito civil previsto no inc. III do art. 129 da Constituição, que não pode ser transmudado em mal disfarçada forma de inquérito penal, porque tem destinação própria, qual seja, servir de peça informativa prévia à propositura da ação civil pública para os fins ali previstos.[9] A apuração das infrações penais é uma das atribuições exclusivas da Polícia Civil, que se encontra expressamente prevista no art. 144, § 4.º, da CF. Não há como legitimamente passar essa atribuição para o Ministério Público por meio de ato admi-

9. Nesse sentido, a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo (LC 734/1993), art. 109.

nistrativo ou de qualquer medida legislativa infraconstitucional, sem grave afronta a normas e princípios constitucionais. Vale dizer, pois, que o tal 'procedimento administrativo próprio' é, na verdade, um expediente de invasão de competência, desprovido de base legal".[10]

21. O *Ato Normativo 314-PGJ/CPJ, de 27.06.2003,* regulamentou o procedimento administrativo referido no citado art. 26 do Ato Normativo 98/1996. Sua ementa procura amparar sua legitimidade declarando que regulamenta, na área criminal, o procedimento administrativo previsto no art. 26, I, da Lei Federal 8.625/1993 repetido no art. 104, I, da Lei Complementar Estadual 734/1993. Esses dispositivos, por seu turno, regulamentam o art. 129, VI, da CF, que inclui entre as funções institucionais do Ministério Público "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva". Nem esse dispositivo nem os daquelas leis autorizam "procedimento administrativo criminal" de que fala o art. 2.º do citado Ato 314/2003. O art. 26, I, da Lei 8.625/1993 estabelece o seguinte:

"Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior".

10. Cf. José Afonso da Silva, op. cit., p. 21.

Como se vê, esse dispositivo, repetido *ipsis litteis* no art. 104, I, da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo (LC 104/1993), não contém nada que autorize a instauração de procedimento de investigação criminal. Ele autoriza o Ministério Público, *no exercício de suas funções*, a instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, e todo o conteúdo de suas alíneas é tipicamente administrativo, ou refere-se a procedimentos tais como a sindicância administrativa, o inquérito administrativo e o processo administrativo, e se destina a apurar infrações disciplinares e eventual aplicação de sanções administrativas (Lei do Ministério Público da União, arts. 246-261; Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, art. 251), pois procedimento administrativo não é procedimento idôneo para investigação na esfera penal, de sorte que, também nesse particular, o referido dispositivo extrapola as balizas constitucionais das funções institucionais do Ministério Público, até porque, se são procedimentos, *no exercício de suas funções*, e se em suas funções não entra a investigação criminal direta, o procedimento administrativo não poderia converter-se em inquérito criminal, sob a presidência de um membro do Ministério Público, como pretende o Ato 314/2003, que assim contraria regras e princípios constitucionais. O art. 2.º desse ato estatui que "o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções na área criminal, poderá, de ofício ou em face de representação ou outra peça de informação, instaurar procedimento administrativo criminal quando, para a formação de seu convencimento, entender necessários maiores esclarecimentos sobre o caso ou o aprofundamento da investigação criminal produzida". Ora, se o membro do Ministério Público tem conhecimento de crime e não tem os elementos suficientes para a propositura da ação penal competente, o que lhe compete, de acordo com a Constituição (art. 129, VIII), é requisitar a instauração do inquérito policial, não lhe cabendo promovê-lo, por si mesmo, de ofício, ou em face de representação ou outra peça de informação. Por outro lado, se necessita de maiores esclarecimentos sobre o caso ou o aprofundamento da investigação criminal produzida, não pode ele substituir a autoridade competente para

efetivar a investigação (a Polícia Judiciária). O que lhe cabe, em tal circunstância, é também, nos termos do mesmo dispositivo constitucional, "requisitar diligências investigatórias" à autoridade competente, o presidente do inquérito policial.

Claro está que, se esse chamado "procedimento administrativo criminal" (o nome é uma contradição em termos, pois, se é administrativo não é criminal, se é criminal não é administrativo), se esse procedimento se limitasse ao "aperfeiçoamento, celeridade, finalidade e indisponibilidade da ação penal" (Ato 314/2003, art. 2.º, § 1.º, II), ou à "prevenção e correção de irregularidade, ilegalidade ou abuso de poder relacionado com a atividade de investigação" (art. 2.º, § 1.º, III), ou à "fiscalização da execução de pena e medida de segurança" (art. 2.º, § 1.º, V), nada haveria a objetar, porque são atribuições que estão dentro das funções do Ministério Público. O que se reputa transgressora da Constituição é pretendida investigação criminal direta, naquele Ato 314/2003 encapuçada sob o manto do "aperfeiçoamento da investigação, visando à preservação ou obtenção da prova, inclusive técnica, bem como a validade da prova produzida, para fins de persecução penal" (art. 2.º, § 1.º, IV), mas que está definido na letra *b* do art. 26 do Ato 98/1996 que confere aos membros do Ministério Público (de São Paulo) o poder de estabelecer procedimentos administrativos para promover diretamente investigações criminais (ou seja, "promover diretamente investigações, por meio de procedimento administrativo próprio (...) b) quando as peculiaridades do caso concreto exijam em prol da eficácia da persecução penal"). E isso é o que tem ocorrido na prática: órgãos do Ministério Público instauram um procedimento administrativo com o fim precípuo, não de apurar ilícitos administrativos, mas de apurar ilícito criminal, convocando supostos infratores, testemunhas etc. etc. Não se trata daquele argumento, que às vezes se ouve de que lhe é lícito concluir as investigações para apurar infrações penais e, sendo o caso, intentar a ação penal competente, quando ele instaura um inquérito civil ou um procedimento administrativo, e, no seu desenvolvimento, encontra indício de tais infrações. Na verdade, na prática, serve-se o Ministério Público ou do inquérito civil ou de procedimento

administrativo, diretamente, como meio de proceder a investigações na esfera criminal. Como se disse antes, isso constitui um desvio de finalidade, uma fraude à Constituição que não lhe confere tal poder.

22. Há, de fato, quem sustente que, quando o Ministério Público instaura o inquérito civil como instrução prévia da ação civil pública e, no seu curso de procedimento, descobre infrações penais, estará ele autorizado a prosseguir nas investigações criminais para apurar as infrações penais possíveis. "Autorizado" porque norma constitucional? O inquérito civil é "uma investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública". Esse conceito é de um ilustre jurista membro do Ministério Público, Hugo Nigro Mazzilli.[11] Em essência, é essa também a concepção do Min. Celso de Mello, emitida quando assessor do Gabinete Civil da Presidência da República. Disse ele: "O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública".[12] Se é assim, e é, não há como distorcer esse importante instrumento, para transformá-lo num inquérito policial.

A ação civil pública se destina a apurar responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a outros interesses difusos e coletivos, e também à proteção do patrimônio público e social (Lei 7.347/1985, art. 1.º; e CF, art. 129, III). Tem como objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Lei.7.347/1985, art. 3.º). Para tanto é que a lei e

11. Cf. *O inquérito civil*, p. 54, apud WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa. *A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 151.

12. Cf. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção*, habeas data, São Paulo: Ed. RT, 1989, p. 122, nota 2. Também Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, op. cit., p. 159.

também a Constituição prevêem o inquérito civil que não pode ser convertido (ou distorcido), nem direta nem indiretamente, em procedimento de apuração de infração penal. Se, no curso do inquérito civil ou de procedimento administrativo, se deparar com possível infração penal, seu presidente tem ude remeter as peças pertinentes à Polícia Judiciária, nos termos do art. 129, VIII, para a instauração do competente inquérito policial, pois, repita-se, membro do Ministério Público não tem legitimidade constitucional para presidir a inquérito com o objetivo direto ou indireto de apuração de infração penal, pois a apuração de infração penal, exceto as militares, é função da Polícia Judiciária, sob a presidência de delegado de polícia (CF, art. 144, § 4.º).

6. Resposta à consulta

23. Enfim, à vista do exposto, posso responder sinteticamente à consulta, nos seguintes termos:

Não. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público não pode realizar nem presidir investigação criminal.

É o meu parecer.

São Paulo, 29.03.2004.